



EVANGELISCHE AKADEMIE RHEINLAND-WESTFALEN  
HAUS DER BEGEGNUNG MULHEIM AN DER RUHR

# Protokoll



PROBLEME DES AUSLÄNDERRECHTS UND DER RECHTS-  
VERTRETUNG FÜR AUSLÄNDER IN DER BUNDESREPUBLIK  
DEUTSCHLAND

Tagung in Verbindung mit dem Initiativkreis für  
die Reform des Ausländerrechts

9. und 10. September 1978

Tagungsfolge:

Samstag, 9. September

DIE INTERNATIONALEN VERTRÄGE UND IHRE  
BEDEUTUNG FÜR DAS AUSLÄNDERRECHT IN DER  
BUNDESREPUBLIK

Professor Dr. Christian Tomuschat,  
Universität Bonn

S. 2 - 29

Sonntag, 10. September

DAS ARBEITSERGEBNISRECHT UND SEINE  
AUSWIRKUNGEN AUF DAS AUFENTHALTSRECHT

Professor Dr. Wolfgang Däubler,  
Universität Bremen

S. 30 - 50

Tagungsleitung:

Dr. Walter Sohn, Evangelische Akademie  
Rheinland-Westfalen, Mülheim a. d. Ruhr

Verantwortlich für dieses Protokoll:

Eleonore Pfeiler, Evangelische Akademie

# DIE INTERNATIONALEN VERTRÄGE UND IHRE BEDEUTUNG FÜR DAS AUSLÄNDERRECHT IN DER BUNDESREPUBLIK

Professor Dr. Christian Tomuschat, Bonn

## I. Einleitung

Völkerrechtliche Verträge bestimmen in erstaunlich weitem Umfang die Lebensordnung in der Bundesrepublik. Äußerlich sichtbar wird ihre Bedeutung allein schon an dem Umfang des Bundesgesetzblattes Teil II, in dem diese Rechtstexte verkündet werden. In manchen Jahren schon hat Teil II mit Teil I, in dem die Rechtsvorschriften nationalen Ursprungs verkündet werden, fast gleichgezogen. Seit wenigen Jahren findet das Völkerrecht auch in der Rechtspraxis steigende Beachtung. Als ein aufschlußreiches Indiz für diese Neuorientierung wird man vor allem die Tatsache werten dürfen, daß das meistverbreitete juristische Blatt, die Neue Juristische Wochenschrift, nunmehr in regelmäßigen Abständen Sondernummern mit Beiträgen zum internationalen Recht erscheinen läßt. Nicht durchweg beziehen sich freilich internationale Rechtsakte<sup>(1)</sup> auf den persönlichen Rechtsstatus des Ausländers. Zumindest partiell aber eignen einem Großteil von ihnen derartige Wirkungen.

Mit diesen Bemerkungen ist gleichzeitig schon die Schwäche der völkerrechtlichen Vereinbarungen und des auf ihrer Grundlage ergangenen Sekundärrechts angedeutet. Anders als das spezifisch deutsche Recht, das dem Juristen aller Berufskategorien vertraut ist und dessen Kenntnis vor allem durch die vielfältigen handlichen Textsammlungen erleichtert wird, findet sich das Ausländerrecht internationalen Ursprungs zerstreut in einer Vielzahl von Rechtsakten, über die sich nur schwer ein Überblick gewinnen läßt. Ein vor zehn Jahren von Rudolf Schiedermair unternommener Versuch einer Gesamtdarstellung im "Handbuch des Ausländerrechts"<sup>(2)</sup> ist mittlerweile hoffnungslos veraltet und fand sich

von Anfang an diskreditiert durch eine totale Verzeichnung der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Fremdenrechts der Bundesrepublik (3). Umfassende Textsammlungen gibt es nicht und kann es wohl auch nicht geben. Den Zustand des europäischen Gemeinschaftsrechts muß man gar chaotisch nennen. Täglich stößt das Amtsblatt der Gemeinschaften neue Verordnungen aus, von denen die meisten den Agrarmarkt betreffen und ungefähr die gleiche Lebensdauer wie Eintagsfliegen besitzen. In diesem Wust gehen die auf Dauerhaftigkeit angelegten Rechtsakten mehr oder weniger unter. Kurzum, die äußeren Umstände sind nicht eben günstig für die Effektivität des Rechts internationalen Ursprungs. Man muß diesen beklagenswerten Zustand als eine rechtssoziologische Gegebenheit zunächst einmal zur Kenntnis nehmen.

II. Da die Anzahl der für das Ausländerrecht der Bundesrepublik wichtigen internationalen Rechtsakte so erheblich ist, kommt es zunächst darauf an, sich einen gewissen Überblick zu verschaffen. Ich will meine nachfolgenden Ausführungen in drei Abschnitte gliedern. Zunächst soll von dem regionalen Geltungsbereich die Rede sein. Danach werde ich mich in einem zweiten Abschnitt mit dem sachlichen Geltungsbereich der internationalen Rechtsakte befassen, und im letzten Abschnitt soll ihre Wirkungsweise behandelt werden.

#### A. Regionaler Geltungsbereich

##### 1) Das europäische Gemeinschaftsrecht.

Bekanntlich ist der vom Ursprung her rein territorial zu verstehende Begriff "europäisch" aus seiner Grundbedeutung längst herausgewachsen. Mit "europäisch" wird in der internationalen Politik vielmehr in der Regel eine Staatengruppe bezeichnet, deren Mitglieder sich untereinander durch gleiche Grundauffassungen über Demokratie und Rechtsstaat verbunden wissen. So ist der Europarat ein Zusammenschluß der großen Mehrzahl der westeuropäischen Staaten freiheitlicher Verfassungsstruktur, und

die Europäischen Gemeinschaften wiederum umfassen einen Teil der Europarat-Staaten, deren innere Homogenität noch stärker ausgeprägt ist als im weiteren Kreis des Europarats. Erst vor wenigen Jahren hat man sich bei der Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa wieder auf die weite Bedeutung des Begriffs Europa zurückbesonnen, bezeichnenderweise aber gleichzeitig die USA und Kanada zu den europäischen Staaten hinzugeschlagen, weil die nordamerikanischen Länder zu Westeuropa in einer engen politischen und wirtschaftlichen Verbindung stehen. Zurück aber zum Ausländerrecht: Das grundlegende Solidaritätsgefühl zwischen den in den Europäischen Gemeinschaften zusammengeschlossenen Staaten hat es ermöglicht, dem Ausländerrecht geradezu eine revolutionäre neue Wendung zu geben. Während der traditionelle Anspruch des souveränen Nationalstaats lautet, "Herr im eigenen Haus" sein zu wollen, beruhen die Gemeinschaften auf dem Gedanken der individuellen und unbevormundeten Freizügigkeit, die allen Gemeinschaftsangehörigen zugestanden ist. Freilich war das ursprüngliche Konzept seiner sachlichen Tragweite nach beschränkt. Freizügigkeit sollte es nur zum Zwecke der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit geben, sei es als Arbeitnehmer oder als Selbständiger. Plastisch kam diese Enge in dem von Hans Peter Ipsen geprägten Ausdruck des "Marktbürgers" (4) zum Ausdruck: Gleichberechtigung sollte nur im wirtschaftlichen Bereich herrschen. Diese Brutalität der marktwirtschaftlichen Logik - um es einmal ganz kraß auszudrücken - war andererseits von Anfang an abgemildert. So sah der EWG-Vertrag selbst in Art. 48 Abs. 3 Buchst. d) vor, daß der Arbeitnehmer nach Beendigung seines Arbeitslebens am bisherigen Aufenthaltsort sollte verbleiben dürfen (5). Die einschlägigen Durchführungsakten betrachteten es überdies von Anfang an als eine Selbstverständlichkeit, daß nicht die Freizügigkeit des Arbeitnehmers als bloßen Individuums zu regeln sei, sondern daß man es mit in familiären Bindungen stehenden Menschen zu tun habe, so daß auch die Familie den Schutz des Art. 48 in An-

spruch nehmen könne(6). Schließlich hat ein jüngstes Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Sache Watson und Belmann(7) die Frage aufgeworfen, ob nicht auch der Tourist in den Genuß der Freizügigkeitsregelungen komme, da es anderenfalls im Gemeinsamen Markt keine Dienstleistungsfreiheit gäbe. In der Tat ist der Tourist Empfänger von Dienstleistungen, und die Beschränkung seiner Reisefreiheit beeinträchtigt die aktive Dienstleistungsfreiheit aller derjenigen, die ortsbundene Dienste erbringen.

Die Entscheidung für die volle Freizügigkeit innerhalb einer Gruppe von gegenwärtig neun und voraussichtlich bald zwölf Staaten läßt sich in ihrer politischen Langzeitwirkung kaum überschätzen. Sie muß vor allem zu einer Revision überkommener Begriffe führen. Während das herkömmliche Verständnis von einer Zweiteilung ausging, den kurzzeitig als Gast anwesenden Ausländer einerseits und den auf Dauer ansässigen andererseits unterschied, wobei letzterer als potentieller Bewerber um die Einbürgerung erschien, hat sich nunmehr die Kategorie derjenigen dazwischengeschoben, die ein grundsätzlich uneingeschränktes Aufenthaltsrecht besitzen, ohne indes Staatsbürger des Aufenthaltslandes zu sein oder werden zu müssen. Die Heimat des Gemeinschaftsbürgers ist von Rechts wegen das gesamte Gebiet der neun Staaten. Es ist geradezu unvermeidlich, daß die damit ermöglichte personelle Durchdringung an der Basis den früher als hermetisch abgeschlossene Einheit verstandenen Nationalstaat in Frage stellt und zumindest tendenziell auf die Errichtung gemeinsamer politischer Strukturen zuläuft. Andererseits liegt auf der Hand, daß die Ausdehnung der bestehenden Solidaritätsbände auf die drei Beitrittskandidaten in einer Periode starker Arbeitslosigkeit beträchtliche Probleme schafft. In einer Mitteilung vom 20. April 1978 (8) schreibt die Brüsseler Kommission, daß es in den zwölf Ländern zusammen gegenwärtig rund 7,5 Millionen Arbeitslose gebe. Sie fährt fort:

"Die Freizügigkeit, insbesondere die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, stellt ein Grundrecht dar, das die Gemeinschaft ihren Bürgern nicht verweigern darf. Die Freizügigkeit allein löst in Zeiten der Arbeitslosigkeit keine großen Wanderungsströme aus. Nichtsdestoweniger könnte sie bei einer derart angespannten Arbeitsmarktlage zu ernststen Konflikten führen. Nur über die Regionalpolitik in Verbindung mit angemessenen Übergangsmaßnahmen läßt sich das Recht auf Freizügigkeit und Arbeit in der Gemeinschaft für die Staatsangehörigen der neuen Mitgliedstaaten allmählich verwirklichen". (9)

Ich will im Augenblick nichts hinzufügen.

Sämtliche weiteren internationalen Bindungen, in die sich die Bundesrepublik hineinbegeben hat, stehen der Kühnheit der europäischen Gemeinschaftsrechtsordnung bei weitem nach. Ergänzend sei freilich noch bemerkt, daß die volle Freizügigkeit auch in dem Assoziationsabkommen zwischen der Türkei und der EWG von 1963/1970 (10) vorgesehen ist. Sie soll stufenweise über zehn Jahre hinweg verwirklicht werden. Die erste Stufe ist bereits am 1. 1. 1977 in Kraft getreten und sieht gewisse Privilegierungen der türkischen Arbeitnehmer gegenüber sonstigen Drittlandsangehörigen vor. (11) Allgemein wird das Abkommen heute angesichts der geradezu hoffnungslosen Arbeitslosigkeit in der Türkei als eine langsam tickende Zeitbombe empfunden. Das ursprüngliche europäische Solidaritätsgefühl würde jedenfalls bis zur Zerreißprobe strapaziert werden, wenn die Gemeinschaft die volle Verantwortung für mehrere beschäftigungslose Türken zu übernehmen hätte. Wie das Problem - ohne Bruch der Vertragstreue - gelöst werden kann, erscheint bis heute ungeklärt.

## 2) Abkommen des Europa-Rats

Keines der Abkommen, die multilateral im Rahmen des Europa-Rats zustande gekommen sind, läßt sich an Intensität der Bindungswirkung, was das Prinzip der Freizügigkeit angeht, mit den Rechtsregeln

des europäischen Gemeinschaftsrechts auch nur entfernt messen. Das Europäische Niederlassungsabkommen vom 13. 12. 1955 (12) gewährt kein echtes subjektives Recht auf Einreise und Aufenthalt. In Art. 2 wird das Versprechen, die Einreise zum Zwecke des dauernden Aufenthalts zu erleichtern, durch die zusätzliche Wendung, daß die "wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse" des Aufenthaltsstaats solches "gestatten" müßten, nicht nur relativiert, sondern geradezu zunichte gemacht, wenn man überdies den Protokollvermerk zur Kenntnis nimmt, wonach jeder Staat selbständig das Vorliegen solcher Gründe beurteilen darf. Auch die vor kurzem ausgearbeitete, aber noch nicht in Kraft getretene Europäische Konvention über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer (13) verbessert insoweit die Rechtslage nicht, sondern versucht lediglich, die Position desjenigen Arbeitnehmers zu verbessern, den ein Mitgliedsstaat kraft freier Entscheidung auf sein Staatsgebiet zugelassen hat (14). Nach den Gründen für diese Zurückhaltung braucht nicht lange gesucht zu werden. Mitglieder des Europarats sind seit langem auch Griechenland und die Türkei, neuerdings auch Spanien und Portugal, Länder also mit einem beträchtlichen Arbeitslosenproblem, dessen Lösung lediglich mit Maßnahmen zur Verwirklichung eines freien Arbeitsmarktes nicht erreicht werden kann.

Im übrigen hat der Europarat eine ganze Fülle von Abkommen erarbeitet, die für den Status des ausländischen Arbeitnehmers weittragende Bedeutung besitzen. Ich brauche nur die Europäische Menschenrechtskonvention und die Europäische Sozialcharta zu erwähnen, ferner die wichtigen Abkommen über Soziale Sicherheit. Sachlich bringen diese Verträge aber keine weitergehenden Ergebnisse, als sie auch mit einem beliebigen Drittstaat ausgehandelt werden könnten. Hier zeigt sich, daß der Europarat in seinen Grundzügen eben doch nur eine Koordinationsstelle der westeuropäischen Staaten darstellt. Eine gemeinsame Politik nach innen und außen, wie



sie die Gemeinschaftenanstreben, gibt es nicht.

### 3) Bilaterale Abkommen

Auf der nächsten Stufe finden sich bilaterale Abkommen der Bundesrepublik mit einer Vielzahl von Staaten. Ich kann und will diese Abkommen hier nicht sämtlich im einzelnen vorstellen. Ein Blick in den Fundstellennachweis B, den Index zum Bundesgesetzblatt II, läßt erkennen, daß die Verrechtlichung der internationalen Beziehungen im wesentlichen durch praktische Bedürfnisse bestimmt ist. Wo im zwischenstaatlichen Verkehr tatsächlich Probleme aufgetreten sind, hat man sich um ihre Bewältigung bemüht; anderenfalls hat man hingegen offensichtlich keine Bemühungen unternommen. So gilt etwa zwischen der Bundesrepublik und Jamaica in dem hier relevanten Bereich lediglich ein gegenseitiges Doppelbesteuerungsabkommen. Das heißt in concreto, daß die Regelung des Rechtsstatus der jamaicanischen Staatsangehörigen in der Bundesrepublik im wesentlichen dem deutschen Recht überlassen ist, soweit nicht allgemeine Grundsätze des Völkerrechts oder diejenigen völkerrechtlichen Abkommen eingreifen, zu deren Einhaltung sich die Bundesrepublik gegenüber jedermann verpflichtet hat; ohne daß es auf die Vertragsmitgliedschaft des jeweiligen Heimatlandes ankäme - was vor allem für die Übereinkommen menschenrechtlicher Substanz zutrifft. Ganz anders sieht es im Verhältnis zu Spanien aus, um nur ein Beispiel von der entgegengesetzten Seite der Skala zu wählen. Schon im Jahre 1952 wurde zwischen den beiden Staaten ein Abkommen über Gastarbeitnehmer geschlossen, daß in der Folgezeit durch eine Anwerbevereinbarung (1960) ergänzt wurde. Im Jahre 1970 kam noch ein Niederlassungsvertrag hinzu, der Bestimmungen sowohl für selbständig wie auch für unselbständig tätige Personen enthält. Weitere rechtliche Gewährleistungen enthalten ein Abkommen aus dem Jahre 1966 über Arbeitslosenversicherung und ein erst im letzten Jahre in Kraft getretenes Abkommen über soziale Sicherheit von 1973.

Auch im Verhältnis zu Jugoslawien etwa hat es sich als notwendig erwiesen, Verträge über Soziale Sicherheit und Arbeitslosenversicherung abzuschließen, während angesichts der sozialistischen Wirtschaftsordnung des Landes verständlicherweise kein Raum war für die Vereinbarung niederlassungsrechtlicher Grundsätze, die ja private wirtschaftliche Entscheidungsmacht voraussetzen.

Zwischen all diesen bilateralen Verträgen läßt sich für die Zwecke unserer heutigen Betrachtung eine klare Scheidung treffen. Auf der einen Seite stehen die Übereinkommen, die den Rechtsstatus des in der Bundesrepublik befindlichen fremden Staatsangehörigen ausgestalten und regeln, ohne in irgendeiner Weise ein Recht auf Zugang zur Bundesrepublik oder auf Arbeitsaufnahme in der Bundesrepublik zu gewährleisten. Solche Regelungen finden sich allein in den Niederlassungsverträgen, von denen für die Praxis diejenigen mit dem Iran und der Türkei - sie stammen noch aus der Vorkriegszeit - sowie die späteren mit Griechenland und Spanien die größte Bedeutung erlangt haben - deswegen nämlich, weil die Verwaltungsbehörden sich durchweg zu einer restriktiven Handhabung entschlossen haben. Von ähnlichen Schwierigkeiten ist niemals die Rede gewesen im Verhältnis zur Schweiz und zu den Vereinigten Staaten, weil die Bundesrepublik bei einer einengenden Auslegung nach dem allgemeinen zwischenstaatlichen Gegenseitigkeitsprinzip erhebliche Nachteile zu Lasten ihrer eigenen Staatsangehörigen hätte befürchten müssen. Man muß zugeben, daß die Vorschriften sämtlicher Niederlassungsabkommen in der Tat der Auslegung beträchtliche Hindernisse in den Weg legen. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

#### 4) Exkurs: KSZE-Schlußakte

Ehe ich mich den weltweit geltenden Abkommen zuwende, sei noch mit wenigen Worten die KSZE-Schlußakte (15) erwähnt, die bekanntlich im Jahre 1975 von einer nach Helsinki einberufenen

Staatenkonferenz angenommen worden ist. Die Schlußakte enthält u. a. auch einen bisher in der rechtspolitischen Diskussion kaum zur Kenntnis genommenen Abschnitt mit dem Titel "Wirtschaftliche und soziale Aspekte der Wanderarbeit", der anders als die Mehrzahl der übrigen Bestandteile des Dokuments nicht aus dem Ost-West-Gegensatz und zu seiner Überwindung hervorgegangen ist, sondern ersichtlich die Interessenlage der Mittelmeerländer im Verhältnis zu den nördlichen Ländern Westeuropas zum Hintergrund hat. Gefordert wird dort u. a. die Gleichberechtigung zwischen Wanderarbeitern und Bürgern der Gastländer hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen sowie der sozialen Sicherheit, die Gleichstellung für den Fall der Arbeitslosigkeit sowie die bilinguale Erziehung für die Kinder der Wanderarbeiter. Man kann feststellen, daß hier ein präziser Problemkatalog nicht vom grünen Tisch aus erarbeitet worden ist, sondern in voller Kenntnis der derzeitigen Notlage. Die Politiker wußten genau, wo der Schuh drückt.

#### 5) Weltweite Abkommen

Auf weltweiter Ebene lassen sich im wesentlichen zwei Zentren ausmachen, von denen aus das internationale Fremdenrecht fördernde Impulse erfahren hat.

a) Der Zeitnachfolge nach ist an erster Stelle die ILO zu nennen, die Internationale Arbeitsorganisation, die bereits nach dem ersten Weltkrieg im Jahre 1919 gegründet worden ist. Sie hat es im Laufe ihrer nunmehr fast sechzigjährigen Existenz stets als ihre besondere Aufgabe angesehen, den Status des Arbeitnehmers durch die Ausarbeitung völkerrechtlicher Abkommen zu verbessern. Wohlgemerkt, die ILO befaßt sich mit den Rechten des Arbeitnehmers schlechthin, also nicht nur mit den Rechten des ausländischen Arbeitnehmers. Einige neuere Übereinkünfte haben sich aber speziell den Schutz des ausländischen Arbeitnehmers zum Ziel gesetzt, so namentlich

das Übereinkommen Nr. 97 über Wanderarbeiter von 1949 (16) und das Übereinkommen Nr. 143 "über Mißbräuche bei Wanderungen und die Förderung der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmer" von 1975, das allerdings von der Bundesrepublik bisher nicht ratifiziert worden ist (17). Durchweg haben die ILO-Übereinkommen das Arbeitsverhältnis zum Gegenstand, greifen aber auch über diese Materie hinaus, indem sie etwa das Prinzip der Gewerkschaftsfreiheit festlegen oder ausdrücklich normieren, daß eine Verbindung zwischen Arbeitsvertrag und Aufenthaltserlaubnis unzulässig sein soll (18).

b) Als zweites Kraftfeld haben sich die Vereinten Nationen selbst profiliert. Es ist kaum möglich, ein umfassendes Bild ihrer recht-schöpferischen Tätigkeit zu vermitteln, ist doch eine solche Vielfalt von Rechtsinstrumenten zustande gebracht worden, daß die Freude über das Erreichte schon eher der bangen Frage weicht, ob man nicht des Guten zuviel und Verwirrung statt Klarheit geschaffen habe. Ich will mich daher auf die Hauptelemente beschränken. Seit dem Jahre 1976 stehen der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte wie auch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in Kraft. Mitglied beider Übereinkommen ist auch die Bundesrepublik. Wie in der Europäischen Menschenrechtskonvention ist es auch ein Grundzug dieser jüngeren Vertragswerke, daß sie die in ihnen niedergelegten Rechte und Freiheiten jedermann zuerkennen ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit. Beide Pakte haben also das rechtliche Ermessen der Mitgliedstaaten in bezug auf die Behandlung fremder Staatsangehöriger weiter eingeschränkt, allerdings bis auf einen entscheidenden Punkt: Auch sie enthalten - verständlicherweise - kein Recht auf freie Einreise. Hier besteht nach wie vor ein Qualitätsunterschied zwischen dem Staatsbürger und dem Angehörigen eines fremden Landes. Nicht einmal zur Gewährleistung des Asylrechts haben sich seinerzeit die Vertragsschöpfer verstehen können.

Lassen Sie mich noch in zwei Sätzen das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (19) erwähnen. Obwohl man vom Titel her zunächst meinen würde, daß das Übereinkommen im vorliegenden Zusammenhang keine rechtlich erhebliche Rolle spielen könne, hat doch der zu seiner Überwachung eingesetzte Ausschuß den Begriff der Rasse so weit ausgedehnt, daß er sich dadurch die Möglichkeit verschafft hat, auch zur Behandlung der Gastarbeiter in den Vertragsstaaten Stellung zu nehmen (20).

## B. Sachlicher Geltungsbereich

1) Was den sachlichen Geltungsbereich der hier erörterten Verträge angeht, so kann man ihn mit wenigen Worten auf einen Generalnenner bringen. Angestrebt wird durchweg die Gleichbehandlung der Ausländer im allgemeinen und der ausländischen Arbeitnehmer im speziellen. Dabei ist es häufig nicht getan mit einer bloßen Aufhebung der Vorschriften, die bisher für Ausländer eine Schlechterstellung vorgesehen hatten. Das gilt insbesondere für das Berufszulassungsrecht. Wenn für die Aufnahme einer Berufstätigkeit das Abschlußzeugnis bestimmter deutscher Ausbildungseinrichtungen vorgeschrieben ist - wie etwa bei den Ärzten -, so hilft es dem Ausländer, der seine Ausbildung im Heimatland erfahren hat, recht wenig, wenn man ihm formal den Zugang zum Arztberuf in der Bundesrepublik eröffnet, ohne gleichzeitig auch eine Anerkennung seines Prüfungszeugnisses auszusprechen (21). Insgesamt handelt es sich aber hier wohl eher um Sonderfälle, wobei die freien Berufe eine herausgehobene Rolle spielen.

2) Am umfassendsten und stärksten ist der Gleichbehandlungsgrundsatz im EWG-Recht ausgebildet. Das fängt, wie ich bereits gesagt habe, mit dem Einreise- und Aufenthaltsrecht an. Angesichts des Sagulo-Urteils des EuGH vom 14. 7. 1977 (22) ist neuerdings sogar fraglich geworden, ob das deutsche Recht überhaupt noch die Rechtsmacht besitzt, die Erteilung einer besonderen Aufent-

haltserlaubnis an EWG-Ausländer vorzuschreiben, wie dies die Konzeption des Aufenthaltsgesetzes/EWG ist (23). In der Tat: Wie das Aufenthaltsrecht der deutschen Staatsangehörigen unmittelbar auf Art. 11 des Grundgesetzes beruht, so ergibt sich das Aufenthaltsrecht der EWG-Angehörigen unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht und bedarf keiner speziellen Verleihung durch nationale Verwaltungsentscheidung. Konsequenz setzt sich die Gleichheit bis in das Berufszulassungs- und Berufsrecht hinein fort. Art. 48 des EWG-Vertrages ist in dieser Hinsicht kategorisch und läßt den Grundgedanken schon bei einer flüchtigen Lektüre des Textes deutlich hervortreten. Im Niederlassungsrecht ist der Vertragswortlaut zwar weniger explizit, doch besteht auch insoweit Einigkeit, daß sich die Einzelregelungen auf dasselbe Prinzip der Gleichbehandlung zurückführen lassen.

Gleichzeitig bilden die Freizügigkeitsregelungen ein Musterbeispiel dafür, daß echte Freizügigkeit mehr voraussetzt als Gleichberechtigung im Aufenthaltsrecht und im Berufsrecht. Nochmals sei zunächst auf die selbstverständliche Einbeziehung der Familie hingewiesen, wie sie in der noch heute maßgebenden Verordnung Nr. 1612/68 anerkannt worden ist. Den Verfassern des Vertrages war, wie sich aus Art. 51 ergibt, ferner von vornherein bewußt, daß die Freizügigkeit ergänzender Regelungen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit bedarf. Der Vertrag legt fest, daß ein System einzuführen sei, wonach Versicherungszeiten, die in verschiedenen Mitgliedstaaten abgeleistet worden sind, zusammengerechnet werden. Bereits die Verordnung Nr. 3 von 1958, eine der ersten EWG-Verordnungen überhaupt, hat dieses System geschaffen. Ihre heutige Nachfolgerin, die Verordnung Nr. 1408/71 (24), gehört im übrigen zu den Rechtsakten, zu deren Auslegung der Europäische Gerichtshof bisher schon in einer kaum noch zu überblickenden Anzahl von Verfahren vor nationalen Gerichten um Hilfestellung ersucht worden ist (25). Aber auch damit hat es noch nicht sein Bewenden. Art. 48 Abs. 2 schreibt

Gleichberechtigung auch in privatrechtlichen Rechtsbeziehungen vor. Niemand darf daher in einem Arbeitsverhältnis allein seiner Staatsangehörigkeit wegen benachteiligt werden (26). Nur im Vorübergehen sei bemerkt, daß einige nationale Fußballvereine, unter ihnen insbesondere der DFB, sich bis in die jüngste Vergangenheit gesträubt haben, diesen klaren rechtlichen Geboten nachzukommen. Schließlich fordert die Verordnung Nr. 1612/68 in ihrem Art. 12, daß die Kinder der Gastarbeiter im schulischen Bereich gleichzustellen seien. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Sache Casagrande/München vom 3. 7. 1974 (27) hat klargestellt, daß zu den unterschiedslos zu gewährenden Vergünstigungen auch eine vom bayerischen Staat gezahlte Erziehungsbeihilfe rechnet (28).

Zur vollen Gleichstellung mit dem deutschen Staatsbürger ist es damit nur noch ein Schritt, allerdings ein wichtiger. Von der Ausübung staatsbürgerlicher Rechte bleiben die Gemeinschaftsbürger ausgeschlossen. Ein Wahlrecht in Gemeinde, Land oder Bund steht ihnen ebensowenig zu wie das Recht, eine als hoheitlich qualifizierte Tätigkeit auszuüben. Auf die Dauer muß allerdings diese Disparität zwischen der Permanenz des Aufenthalts und dem völligen Ausschluß von der politischen Mitbestimmung am Lebensmittelpunkt als unnatürlich empfunden werden. Wohl nicht ganz zu Unrecht haben auch manche Autoren festgestellt, daß die Sorgen und Kümernisse einer Bevölkerungsgruppe für die Politiker erst dann denjenigen Grad brennender Aktualität erlangen würden, der zu tatkräftigen Abhilfemaßnahmen führt, wenn die Betroffenen auch Wähler seien. Die Kommission hat bereits vor Jahren vorgeschlagen, den Gemeinschaftsangehörigen zumindest das Wahlrecht auf kommunaler Ebene zuzugestehen. Ein Beschluß der Pariser Gipelkonferenz vom Dezember 1974 hatte diese Anregung positiv aufgenommen (29) und das Ziel aufgestellt, den Gemeinschaftsbürgern besondere politische Rechte zuzuerkennen. Die Arbeiten der mit der näheren Prüfung beauftragten Sachverständigen haben sich allerdings heillos fest-

gefahren. Nicht einmal das bescheidene Ziel der Einführung eines europäischen Passes konnte erreicht werden, da sich die Meinungsunterschiede zur Farbe und Beschriftung eines solchen Passes bisher als unüberwindlich erwiesen haben (30).

3) Wendet man sich den übrigen Verträgen zu, so findet man selbstverständlich niemals ein derart zur Perfektion gebrachtes Gesamtsystem, sondern immer nur Teilregelungen, die mehr oder minder gelungen sind.

a) Als erste Gruppe möchte ich diejenigen Verträge nennen, die einen eng begrenzten Sachgegenstand betreffen, wie namentlich die Abkommen über Soziale Sicherheit sowie die Doppelbesteuerungsabkommen. Übereinkommen dieses Typs weisen durchweg einen hohen rechtlichen Präzisionsgrad auf. Sie sind von Spezialisten erarbeitet worden und sind unmittelbar auf praktische Bedürfnisse zugeschnitten. Demgemäß bereiten sie den Anwendungsinstanzen im Regelfall keine größeren Schwierigkeiten. Es besteht auch kaum jemals die Gefahr, daß sie von den zuständigen Behörden einfach übersehen werden könnten. Insgesamt kann man solchen Abkommen ein hohes Maß an Effektivität bescheinigen.

b) Weniger gut sieht es mit den Niederlassungsabkommen aus. Lassen Sie mich als Beispiel den Niederlassungs- und Schiffahrtsvertrag mit Griechenland aus dem Jahre 1960 (31) wählen. Einerseits enthält dieses Abkommen bestimmte aufenthaltsrechtliche Vorschriften, zum anderen umfaßt es spezifisch berufsrechtliche Regelungen, die wiederum durchweg auf die Generallinie der Gleichbehandlung zu bringen sind. Die bisherige Rechtsprechung hat es sich mit diesem wie auch mit dem deutsch-spanischen Niederlassungsvertrag arg einfach gemacht. Ohne auch nur den Versuch einer objektiven Auslegung zu unternehmen, haben die Gerichte ohne viel Feder-



lesens erklärt, daß die aufenthaltsrechtlichen Vorschriften als Verweisung auf das nationale Aufenthaltsrecht der Bundesrepublik zu verstehen seien, so daß das ausländerpolizeiliche Ermessen keiner irgendwie gearteten Einschränkung unterliege. Und um das Maß gleichsam voll zu machen, wurde darüber hinaus die Meinung verfochten, daß das Aufenthaltsrecht dem Gewerberecht vorgeschaltet sei. Die Zulassung zum Staatsgebiet sei der primäre Rechtsakt, von dem insgesamt der Rechtsstatus des Ausländers in der Bundesrepublik abhängt. Werde die Aufenthaltserlaubnis nicht oder nur mit gewissen Einschränkungen erteilt, so vermöge eben die feierlich zugesagte Gleichberechtigung im Gewerbesektor gar nicht zu greifen (32). Mit dieser Argumentation hat man sich für berechtigt angesehen, in die Pässe von Griechen und Spaniern den Standardvermerk hineinzustempeln: "Berechtigt nicht zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit".

Neuerdings hat sich die früher geschlossene Phalanx der Gerichte der Bundesrepublik etwas gelockert. Vor allem der Hessische VGH hat in zwei bemerkenswerten Urteilen vom 2. 12. 1976 (33) die Auffassung vertreten, daß eine derartige Abwertung eines Niederlassungsabkommens, dessen Gesamtsinn ja auf Herstellung von Freiheit der Erwerbstätigkeit gerichtet ist, einen offenen Verstoß gegen den auch im Völkerrecht geltenden Auslegungsgrundsatz von Treu und Glaube bedeute. In der Tat: Wenn die Auffassung der übrigen Gerichte, auch des Bundesverwaltungsgerichts zuträfe, hätten die Verträge keinerlei Verbesserung des Rechtsstatus der Angehörigen der vertragschließenden Staaten gebracht, und man müßte sich ernsthaft fragen, wozu überhaupt die Abkommen abgeschlossen worden sind. Überdies ist auch der Schluß von der Regelungsgewalt über Einreise und Aufenthalt auf eine umfassende polizeistaatliche Gängelungsbefugnis im Rechtsstaat des Grundgesetzes unannehmbar. Folgerichtig zu Ende gedacht, müßte die Rechtsprechung es auch für zulässig halten, daß die Grund-

rechte des Ausländers durch Bedingung oder Auflage zur Aufenthaltserlaubnis über das sonst vom Grundgesetz gebilligte Maß hinaus eingeschränkt werden. Man könnte also fremden Staatsangehörigen untersagen, in der Bundesrepublik zu heiraten, die Gerichte anzurufen oder gewerkschaftlichen Vereinigungen beizutreten. Niemand hat sich bisher ernsthaft für derartige rechtliche Monstrositäten eingesetzt (34), man hat aber geglaubt, sich auf diese Weise jedenfalls an den aus den Niederlassungsverträgen resultierenden Rechtsfolgen vorbeimogeln zu können.

Der Offenheit halber muß ich sagen, daß ich in einem Musterverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht einen spanischen Kläger vertrete. Gleichwohl bin ich der Meinung, daß ich Ihnen soeben lediglich ein advokatisches Parteiplädoyer vorgetragen habe. Mir scheint völlig objektiv betrachtet die bisherige Rechtsprechung im nationalstaatlichen Egoismus verrannt zu sein (35). Freilich ist zuzugeben, daß - und gerade das ist der Vorwurf, den man an die Gerichte mit Ausnahme des HessVGH richten kann - jedes Abkommen sorgfältig für sich allein zu prüfen oder "abzuklopfen" ist, wie ein heute beliebtes Modewort lautet. Eine gewisse Bedeutung besitzt selbstverständlich auch die Anwendungspraxis des Vertragspartners. Würde er das Abkommen ebenfalls restriktiv handhaben, so wäre damit der Vertragsinhalt auf dem niedrigeren Niveau festgeschrieben. Das scheint aber nach den mir vorliegenden Informationen weder im Hinblick auf Griechenland noch auf Spanien der Fall zu sein.

- c) Die letzte Kategorie umfaßt diejenigen Verträge, die ganz generell individuelle Rechte und Freiheiten zum Gegenstand haben. Das trifft für die in diesem Sinne bereits erwähnten Abkommen der ILO wie auch für die grundlegenden Menschenrechtspakte auf euro-

päischer wie universaler Ebene zu. Besitzen die meisten Abkommen der ILO die Form des auf das Detailproblem ausgerichteten und daher sofort vollzugsfähigen Rechtssatzes, so zeichnen sich die allgemeinen menschenrechtlichen Vertragswerke durch ein hohes Maß an Abstraktion aus. Ihre Aussagen lassen sich denen des Grundgesetzes durchaus ebenbürtig an die Seite stellen. Es handelt sich also meist um die Aufstellung eines Prinzips, aus dem dann im Wege der konkretisierenden Deduktion genauere Regeln für die vielfältigen Problemlagen zu erarbeiten sind, wie sie der Alltag mit sich bringt. Um diese für den Nichtjuristen vielleicht etwas undurchsichtigen Sätze sogleich an einem verständlichen Beispiel näher zu erläutern: Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält in Art. 8 eine Vorschrift über den Schutz der Familie. Den Vertragsstaaten sind demnach Handlungen, welche diese rechtliche Gewährleistung verletzen würden, verboten. Ein Kernbereich möglicher Anwendungsfälle läßt sich ohne Schwierigkeiten definieren. Die Zwangsscheidung etwa wäre mit Art. 8 wohl kaum zu vereinbaren. Kann aber die Garantie des Art. 8 im Hinblick auf Ausländer auch durch aufenthaltsrechtliche Maßnahmen verletzt werden, obwohl Ausländer nach der Konvention an sich kein Einreise- und Aufenthaltsrecht besitzen? Die Europäische Kommission hat eine derartige Ausstrahlungswirkung des Rechts auf Schutz der Familie in gewissen Grenzen bejaht.

Man erkennt allerdings sofort, daß ein derartiges Auslegungsergebnis wohl in der Regel zunächst umstritten sein wird, bis die Rechtslage durch eine letztverbindliche Entscheidung geklärt worden ist. Ein Vertragswerk, das präzise Detailregeln enthält, verbürgt ganz offensichtlich weit mehr Rechtssicherheit und ist daher vom Standpunkt des Betroffenen her allemal vorzuziehen. Ohne also die Bedeutung der umfassenden Menschenrechtskataloge in den internationalen Abkommen in irgendeiner Weise herabsetzen zu wollen, wird man

doch ganz nüchtern feststellen dürfen, daß sie jedenfalls keine unmittelbaren Antworten auf drängende Konflikte geben. Es gilt hier das gleiche wie im Hinblick auf die Grundrechte des Grundgesetzes, die auch erst in einem allmählichen Entfaltungsprozeß zu ihrer heutigen Fülle und Ergiebigkeit herangewachsen sind.

### C. Wirkungsweise

Ich bin damit schon bei meinem letzten Abschnitt angelangt, der die Wirkungsweise der internationalen Verträge zum Gegenstand haben soll.

Der Jurist sollte sich stets der Tatsache bewußt sein, daß das Recht notwendig auf den Vollzug angewiesen ist, wenn es sich von der philosophischen Aussage oder der Sonntagspredigt unterscheiden will. Für die innerstaatlichen Rechtsregeln der Bundesrepublik wird im allgemeinen die reale Geltungskraft als eine Selbstverständlichkeit betrachtet. Die Bürokratie, über die so viel geklagt wird, hat auch ihre Vorzüge; sie nämlich trägt den Normvollzug neben dem Bürger selbst. Aber auch in unserem Lande gibt es ein "Vollzugsdefizit" - so lautet das Schlagwort im Umweltrecht - oder hat man sich mit einer "Dunkelziffer" auseinanderzusetzen - so die Kriminologie, wie ja überhaupt das Strafrecht seine Existenzberechtigung aus seiner ständigen Verletzung erfährt. Auch bei völkerrechtlichen Normen bedarf die Vollzugsfrage stets einer sorgfältigen Prüfung. Es läßt sich gerade hier nicht abstreiten, daß es Normen gibt, die nur auf dem Papier stehen und den Gang der Geschehnisse kaum zu beeinflussen vermögen.

- 1) Geltungssicherung innerhalb der nationalen Rechtsordnung
  - a) Die beste Geltungssicherung wird einem völkerrechtlichen Rechtsakt zuteil, wenn er unmittelbar von den zuständigen Behörden und

Gerichten zu beachten ist, ohne daß es irgendwelcher zusätzlicher Vermittlungstechniken bedürfte. Dem europäischen Gemeinschaftsrecht, dem EWG Vertrag selbst, den von Rat und Kommission erlassenen Verordnungen sowie teilweise auch den Richtlinien (36) kommt diese unmittelbare Wirkung zu, ebenso den meisten der übrigen von mir erwähnten Verträge. Die verfassungsrechtliche Grundlage bildet Art. 59 Abs. 2 - ggf. in Verbindung mit Art. 24 - des Grundgesetzes. Völkerrechtliche Verträge, die Rechte und Pflichten des Individuums festlegen, bedürfen nach dem allgemeinen Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes der gesetzgeberischen Billigung und erhalten durch ein sog. "Zustimmungsgesetz" dieselbe verbindliche Kraft wie sonstige nationale Gesetze. Jedermann kann sich also auf sie berufen und ggf. auch eine Klage auf sie stützen. Auf diese Weise kommt es zu einer "Demokratisierung" der Rechtskontrolle. Jeder Betroffene hat die Möglichkeit, sich selbst für die Wahrung seines Rechts einzusetzen und sich im Streitfalle an die Gerichte zu wenden. Keine Rechtstechnik ist besser geeignet, einem völkerrechtlichen Vertrag zur Effektivität zu verhelfen, als seine Einführung in das innerstaatliche Recht, wie sie in der Bundesrepublik praktiziert wird.

Im Einklang mit dieser grundsätzlichen Weichenstellung werden bei uns Abkommen über Sozialversicherung, Doppelbesteuerung, Niederlassung, Auslieferung sowie auch die Europäische Menschenrechtskonvention als unmittelbar zugunsten und zu Lasten der Einzelperson anwendbares Recht betrachtet. Für den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte liegen bisher noch keine gerichtlichen Entscheidungen vor, doch meine ich, daß auch der Pakt unter den Begriff des "Rechts" fällt, an das - nach Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes vollziehende Gewalt und Rechtsprechung gebunden sind (37). Freilich bedeutet die parallele Geltung von drei umfassenden Grundrechtskatalogen keine Revolutionierung der deutschen Rechtsordnung. Die

beiden Abkommen der regionalen europäischen wie der Weltebene bestätigen im wesentlichen die Gebote des Grundgesetzes, wenn sie auch in manchen Einzelvorschriften präziser ausformuliert sind.

b) Was unmittelbare Anwendbarkeit bedeutet und welche juristische Wohltat sie verkörpert, wird am besten am Gegensatz verdeutlicht. Die Europäische Sozialcharta und der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt) bilden heute die hauptsächliche Erscheinungsform von Verträgen, denen kraft ausdrücklicher Festlegung die unmittelbare Anwendbarkeit abgeht. Warum dies? Die Antwort ist einfach. Beide Abkommen enthalten anspruchsvolle soziale Rechte, an ihrer Spitze das Recht auf Arbeit, ohne aber dabei stehenzubleiben. So will insbesondere der Sozialpakt dem einzelnen "das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit" gewährleisten. Es liegt auf der Hand, daß die staatliche Organisation derartiges gewiß nicht ohne weiteres zu leisten vermag. Vorausgesetzt wäre in jedem Falle eine perfekt funktionierende Bürokratie, die den hilfsbedürftigen Menschen in jeder Lebensregung erfaßt. Auch die Wirtschaft kann kein Staat völlig "in den Griff" bekommen, da vor allem die außerwirtschaftlichen Faktoren gleichsam wie Naturereignisse auf die heimischen Verhältnisse einwirken. Selbst die östlichen Staaten vermögen sich heute weniger denn je aus der weltwirtschaftlichen Verklammerung zu lösen, die permanent zu vielfältigen Umstellungen und Neustrukturierungen des Produktionsapparates zwingt. Ein Alleinheilmittel gegen die Arbeitslosigkeit haben auch sie nicht gefunden.

Diese Beschränktheit des staatlichen Leistungsvermögens ist der Hauptgrund für den deutlich zum Ausdruck gebrachten Vertragswillen, die sozialen und wirtschaftlichen Verheißungen nicht als echte subjektive Rechte auszugestalten, die vor jedem Gericht eingeklagt werden

können. Wer die Dinge nüchtern einschätzt, kann diese Zurückhaltung nur begrüßen. Das Recht sollte klar geschieden sein von der bloßen politischen Proklamation. Werden unerreichbare Ziele als "Recht" ausgegeben, so muß die Rechtsordnung insgesamt schweren Schaden nehmen, da sich alsdann ihre Glaubwürdigkeit über kurz oder lang erschüttert findet.

- c) Innerstaatlich ein rechtliches nullum sind Abmachungen wie die in der KSZE Schlußakte niedergelegten. Es herrscht Übereinstimmung zwischen allen beteiligten Staaten, daß man keinen echten völkerrechtlichen Vertrag abschließen, sondern sich nur in einem politischen Sinne binden wolle. Dieser negative Konsens war die Geschäftsgrundlage der Verhandlungen. Die Sowjetunion und ihre Verbündeten hätten sich anderenfalls kaum auf derart weitreichende Zusagen eingelassen, wie sie sie tatsächlich im humanitären Bereich gemacht haben. Die KSZE-Schlußakte gehört also nicht der Sphäre des Rechts, sondern derjenigen der Politik an. Immerhin würde ich es aber für zulässig halten, daß etwa ein Gericht bei der Ermessenskontrolle einer Verwaltungsentscheidung auch auf die Schlußakte Bezug nimmt, handelt es sich doch um ein Dokument, dessen Inhalt von der Bundesregierung förmlich gebilligt worden ist. Trotzdem kann die Schlußakte in jeder rechtlichen Argumentation gleichsam nur der letzte Rettungsanker sein. Wer auf die Schlußakte verweisen muß, hat vorher schon sämtliche schneidigeren Waffen gestreckt.

## 2) Geltungssicherung durch Verfahren der völkerrechtlichen Ebene

Obwohl ich soeben die unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge als eine der sichersten Garantien für ihre effektive Durchsetzung gepriesen habe, muß dieses Urteil doch noch mit einer gewissen modifi-

zierenden Einschränkung versehen werden. Gänzlich sollte ein Vertrag niemals nur den innerstaatlichen Gerichten der beiden Vertragsländer ausgeliefert sein. Nationale Gerichte sind in der Regel geneigt, sich der allgemeinen politischen Grundstimmung des Landes anzupassen. In der zwischenstaatlichen Auseinandersetzung verstehen sie sich demgemäß häufig als Garanten der Interessen ihres Landes. Ohne in eine konkrete Urteilsschelte ausbrechen zu wollen, würde ich in diesem allgemeinen Sinne etwa die geschilderte Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu den Niederlassungsabkommen der Bundesrepublik qualifizieren. Ähnliches läßt sich auch in anderen Ländern beobachten und erhält im übrigen seine volle Aktualität überhaupt erst dann, wenn die Gerichte als Teil des politischen Systems verstanden werden, das von einer erleuchteten Minderheit gesteuert und gelenkt wird, ohne daß jemand dabei "formalistisch" auf eine Position der Unabhängigkeit pochen dürfte. Deshalb ist es im Grunde eine unumgängliche Notwendigkeit, auch internationale Kontrollmechanismen vorzusehen, mit anderen Worten, die alleinige Auslegungs- und Anwendungskompetenz des nationalen Richters zu durchbrechen. Lassen Sie mich zu den einzelnen Verfahrenstypen abschließend noch einige kurze Bemerkungen machen.

- a) Für die beste und effektivste Verfahrensmodalität halte ich es, wenn es auf den Anstoß des Individuums hin zur Anrufung der zuständigen internationalen Kontrollinstanz kommen kann. Insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention sieht vor, daß der Einzelne sich bei einer vermeintlichen Verletzung seiner Konventionsrechte unmittelbar an die Straßburger Menschenrechtskommission wenden kann (Anl. (25) (38)). Die Kommission nimmt eine Vorprüfung vor. Hält sie eine Beschwerde für nicht offensichtlich unbegründet oder gar für begründet, so muß sie das Ministerkomitee oder den Menschengerichtshof befassen. Erst vor wenigen Tagen hat der



Gerichtshof von sich reden gemacht, als er die gegen das deutsche Abhörsgesetz gerichteten Beschwerden verworfen hat.

So schön sich das Straßburger Schutzsystem in der Theorie ausnimmt, so wenig vermögen doch manche seiner Züge vom praktischen Rechtsschutzbedürfnis her betrachtet zu befriedigen. Nicht nur mahlen die Straßburger Mühlen selbst langsam. Jahrelange zeitliche Verzögerungen sind auch durch die Tatsache bedingt, daß der Beschwerte erst den Rechtsweg in seinem Heimatland voll ausgeschöpft haben muß. Zu den verfügbaren Rechtsmitteln gehört in der Bundesrepublik auch die Verfassungsbeschwerde. Gerade das Bundesverfassungsgericht aber gehört in puncto Zügigkeit, das sei mit allem Respekt gesagt, eher auf die Angeklagten- als auf die Richterbank. So wirkt die Menschenrechtsbeschwerde eher präventiv, durch die Abschreckungswirkung, die sie unbestreitbar auf die Gerichte und Behörden der Bundesrepublik hat.

Weitaus besser funktioniert das Vorlageverfahren nach Art. 177 des EWG Vertrages. Jedes Gericht hat nach dieser Vorschrift die Möglichkeit, den Europäischen Gerichtshof in Luxemburg anzurufen, wenn ihm in einem Prozeß Zweifel an der richtigen Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts kommen; für die höchsten Gerichte besteht eine Vorlagepflicht. Durch die Anrufung des Gemeinschaftsrichters kann also schon auf der niedrigsten Stufe der ersten Instanz für ein richtiges Verständnis des anwendbaren Gemeinschaftsrechts gesorgt werden, ohne daß der Betroffene die langwierigen Mühen einer Ausschöpfung des Rechtswegs auf sich zu nehmen hätte.

- b) Als zweitbeste Lösung wird man objektive Kontrollverfahren betrachten dürfen, bei denen internationale Instanzen sich in regelmäßigen Abständen vergewissern, ob die Ver-

tragsländer ihren Pflichten nachkommen. Dieses Modell ist zunächst in der ILO entwickelt worden, wo es mittlerweile zu einem bemerkenswerten Perfektionsgrad herangereift ist. Ein unabhängiger Sachverständigenausschuß prüft kontinuierlich die von den Vertragsstaaten vorzulegenden Berichte über die Vertragserfüllung, und in sehr freimütiger Weise äußert sich der Ausschuß dann über die seiner Ansicht nach bestehenden Mängel und Defizite. Leider ist diese Seite der Arbeit der ILO viel zu wenig bekannt. Auch die Journalisten haben bisher keinen rechten Geschmack an den Berichten gefunden, obwohl sie gerade unter politischen Aspekten eine erregende Lektüre darstellen.

Ganz nach dem Vorbild der ILO ist das Überwachungsverfahren für die Europäische Sozialcharta ausgestaltet worden. Wenn auch die Sozialcharta kein innerstaatlich unmittelbar anwendbares Recht darstellt, so hat sie doch echte Rechtsverpflichtungen auf der internationalen Ebene zwischen den vertragschließenden Staaten begründet. Mit großer Sorgfalt hat der auch hier errichtete Sachverständigenausschuß seine bisherige Arbeit verrichtet. M. E. bilden auch seine Schlußfolgerungen eine höchst bemerkenswerte Lektüre. So hat der Ausschuß beispielsweise ständig die Praxis der Bundesrepublik zur Familienzusammenführung kritisiert. Allerdings zeigt sich gerade an diesem Beispiel deutlich, daß es einer solchen Überwachung, deren Resultate sich lediglich in einer Art gutachtlicher Stellungnahme niederschlagen, an dem entscheidenden Quentchen Durchsetzungskraft fehlt. Ein Gremium, das echte Entscheidungsbefugnis besitzt, wird einfach ernster genommen. Aber da ich ebenfalls einem solchen Überwachungsgremium mit bescheidenen Kompetenzen angehöre, nämlich dem Menschenrechtsausschuß nach dem Pakt über bürgerliche und politische Rechte, will ich mich jeder abschließenden Stellungnahme enthalten.

### III. Schluß

Ich komme zum Schluß. Wie Sie im Laufe meiner Ausführungen haben erkennen können, ist mir das gestellte Thema - ich darf bemerken, daß nicht ich es definiert habe - äußerst komplex. Generelle Folgerungen lassen sich daher nur unter Schwierigkeiten ziehen. Wenn man sich aber einmal vor der terrible simplivication nicht scheut, kann man vielleicht folgendes feststellen: Das gegenwärtige Ausländerrecht der Bundesrepublik ist unter völkerrechtlichen Aspekten ein Klassenrecht. Es gibt eine privilegierte Gruppe, die Gemeinschaftsbürger, denen von Rechts wegen ein gesichertes Einreise- und Aufenthaltsrecht zusteht. Die Rechtslage aller übrigen Ausländer ist in diesem zentralen Punkt prekär, da weder das allgemeine Völkerrecht noch die übrigen völkerrechtlichen Verträge ein Recht auf Einreise und Aufenthalt kennen oder jedenfalls doch nur entsprechende Ansätze gewährleisten. Im allgemeinen befassen sich die geltenden Abkommen nur mit der Rechtsstellung während des Aufenthalts. Auch das ist gewiß nicht unwichtig. Selbst wenn aber insoweit die volle Gleichbehandlung erreicht ist, bleibt die Existenz des Ausländers doch von Unsicherheit über seinen weiteren Lebensweg überschattet. Diesem Mißstand ist wohl eher auf der Ebene des Verfassungsrechts der Bundesrepublik als vom Völkerrecht her zu begegnen.

- (1) Der Begriff "Rechtsakt" wird im folgenden als Sammelbegriff für die verschiedenartigen in Betracht kommenden Rechtsquellen verwandt
- (2) Handbuch des Ausländerrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1968
- (3) Vgl. etwa C. Tomuschat, Besprechung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), 33 (1973), S. 395-400
- (4) Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 187
- (5) Näher ausgeführt durch die "Bleibeverordnung" (EWG) Nr. 1251/70, vom 29.6.1970, ABLEG Nr. 142/42, abgedruckt auch in: Sartorius II, Nr. 180 d.
- (6) Vgl. jetzt Art. 10-12 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, vom 15.10.1968, ABLEG Nr. L 257/2, abgedruckt auch in: Sartorius II, Nr. 180
- (7) EuGH, 7.7.1976, 118/75, Slg. 1976, S. 1185, 1197/98.
- (8) Erweiterung der Gemeinschaft. Umfassende Überlegungen, Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 1/78
- (9) AaO, S. 12 Nr. 31
- (10) Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der EWG und der Türkei, vom 12.9.1963, BGBI. 1964 II, S. 510, in der Fassung des Zusatzprotokolls vom 23.11.1970, BGBI. 1972 II, S. 387 (dort Art. 36-40).
- (11) Vgl. B. Huber, Die Entwicklung des Ausländer- und Arbeitserlaubnisrechts im Jahre 1977, NJW 1978, S. 1710, 1715/16
- (12) BGBI. 1959 II, S. 998
- (13) Vom 24.11.1977, European Treaty Series No. 93. Dazu G. Igl, Ein neues Instrument zum Schutz der Wanderarbeitnehmer: Das Europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung des Wanderarbeitnehmers, RIW/AWD 1977, S. 704-708.

- (14) Vgl. Art. 4 Abs. 1, dessen Auslegung allerdings Anlaß zu Zweifeln gibt, vgl. Igl, aaO, S. 706.
- (15) Abgedruckt in: Europa-Archiv 1975, S. D 437
- (16) Die Bundesrepublik ist nicht Mitglied
- (17) Bis zum 1. Januar 1978 war das Abkommen überhaupt erst von zwei Staaten (Obervolta und Zypern) ratifiziert worden.
- (18) So Art. 8 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 143
- (19) Vom 21.12.1965, BGBI. 1969 II, S. 962
- (20) Die Berichte des Ausschusses erscheinen jährlich als Beilage zum "Offiziellen Protokoll" der Generalversammlung.
- (21) Im EWG-Recht hat man eine solche gegenseitige Anerkennung erreicht, vgl. die Richtlinie des Rates vom 16.6.1975 (75/362/EWG), ABLEG Nr. L 167/1
- (22) 8/77, Slg. 1977, S. 1495, 1505-1507
- (23) Vgl. C. Sasse, Bannstrahl des EuGH gegen deutsches EG-Ausländerrecht? EuGRZ 1978, S. 230-235, sowie die dort (S. 229/230) referierte Umfrage zu den Konsequenzen des Urteils
- (24) Vom 14.6.1971
- (25) Durchweg handelt es sich dabei um Vorabentscheidungssachen nach Art. 177 EWGV.
- (26) So deutlich auch Art. 7 Abs. 1,4 der Verordnung Nr. 1612/68
- (27) 9/74, Slg. 1974, S. 773, 779
- (28) Vgl. zur Gleichstellung auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit auch das Urteil des EuGH vom 16.12.1976, Inzirillo, 63/76, Slg. 1976, S. 2057, 2066-2069
- (29) Schlußkommunique Nr. 10, 11, abgedruckt in: Achter Gesamtbericht über die Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaften 1974, 1975, S. 337, 339.

- (30) Vgl. dazu die EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 16. 11. 1977 sowie R. Bieber "Besondere Rechte" für die Bürger der Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 1978, S. 203-207
- (31) Vom 18.3.1960, BGBl. 1962 II, S. 1506
- (32) Vgl. etwa BVerwG, 18.12.1969, DVBl. 1970, S. 623, 624 (allerdings mit gewissen Vorbehalten). Extrem in der genannten Richtung der BayVGh: 6.3.1967, Gewerbearchiv (GA) 1968, S. 45, 46; 7.10.1969, GA 1970, S. 368, 369; 30.6.1970, BayVBl. 1970, S. 368, 369
- 33) DÖV 1978, S. 137 mit Anm. W. Kanein, S.140-142 = JZ 1978, S. 21 mit Anm. D. Deiseroth S. 25-27 = GA 1976, S. 340 mit Anm. F. Franz
- (34) Ausdrückliche ablehnende Stellungnahme bei J. Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), S. 49, 70 sowie S. 103, Leitsatz 5
- (35) In einer undatierten Stellungnahme (September 1978) in diesem anhängigen Verfahren hat jetzt auch das Bundeswirtschaftsministerium dem BVerwG nahegelegt, seine Rechtsprechung als nicht völkerrechtskonform zu revidieren.
- (36) Sämtliche aufenthaltsrechtlichen Richtlinien hat der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit zuerkannt.
- (37) Nähere Ausführungen bei C. Tomuschat, Die Bundesrepublik Deutschland und die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen, VN 1978, S. 1, 3/4
- (38) Bekanntlich ist allerdings Voraussetzung für die Zulässigkeit des Beschwerdeverfahrens die Abgabe einer besonderen Unterwerfungserklärung durch den betroffenen Staat.

# DAS ARBEITSERLAUBNISRECHT UND SEINE AUSWIRKUNGEN AUF DAS AUFENTHALTSRECHT

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Ich freue mich, daß ich nicht als Referent, sondern als Gesprächspartner angekündigt wurde. Dies deshalb, weil ich mir nicht recht zutraue, als Hochschullehrer ohne große praktische Erfahrung im Ausländerrecht die Rolle eines Referenten traditioneller Art zu übernehmen und damit den Anspruch zu erheben, umfassend einen bestimmten Teil des Ausländerrechts vor Ihnen aufarbeiten zu können. Was ich als Gesprächspartner machen kann, ist die Benennung einiger Grundlagen, auf denen die Ausländerbeschäftigung und das Recht der Arbeitserlaubnis aufbaut. Ich fände es sehr gut, wenn diese Grundlagen, aber auch die praktischen Erfahrungen, die Sie viel mehr als ich selbst im Bereich des Ausländerrechts besitzen, nachher in die Diskussion eingehen würden.

1. Zunächst eine etwas längere Vorbemerkung zum Sinn und zur ökonomischen Bedeutung der Ausländerbeschäftigung. Es ist ja, glaube ich, kein Mißstand, wenn sich Juristen auch damit etwas befassen.

Wir haben, wie Sie alle wissen, im Prinzip zwei Gruppen von Ausländern in der Bundesrepublik. Es gibt einmal die relativ kleine Gruppe von Angehörigen der Nachbarstaaten - Österreich, Niederlande, Schweiz usw. -, die in der Regel keine sehr großen Schwierigkeiten der Integration in die deutsche Bevölkerung haben, die gute Chancen auf Einbürgerung besitzen, die also wohl auch von der prozessualen Seite her relativ wenig Probleme aufwerfen. Es gibt zum zweiten die große und uns primär interessierende Gruppe der ausländischen Arbeitnehmer, die typischerweise aus Südeuropa und zum kleinen Teil auch aus Nordafrika stammen.

Diese Ausländerbeschäftigung hat Tradition. Schon im Jahre 1407 gab es im Deutschen Reich 3,4 Prozent ausländische Arbeitnehmer - damals vorwiegend Polen, aber auch Angehörige anderer Nationalitäten wie Russen und Italiener. Der Grund war damals wie heute das Bedürfnis, bestimmte überwiegend unqualifizierte Beschäftigungen mit relativ bescheidenen, geringe Ansprüche stellenden, leicht auswechselbaren Arbeitskräften besetzen zu können. Im Hintergrund stand ein Wirtschaftswachstum, das die Zahl der Arbeitsplätze außerordentlich vergrößerte, aber auch die Abwanderung deutscher Bevölkerung aus bestimmten Bereichen wie etwa der Landwirtschaft.

Die Ausländerbeschäftigung hatte und hat für die deutschen Unternehmer zunächst eine Reihe ganz spezifischer Vorzüge, die sie im Vergleich zur Inländerbeschäftigung besonders attraktiv machen. Dazu gehört einmal die erhöhte Mobilität. Man kann Ausländer im Prinzip anwerben für welchen Ort man will. Wenn etwa ein Türke einen Arbeitsplatz in Deutschland sucht, dann hat er in der Regel keine Präferenzen für Berlin, Hamburg, das Ruhrgebiet oder Stuttgart, sondern er geht an den Ort, für den er angeworben wurde. Anders als bei Deutschen, taucht das Problem der regionalen Immobilität nicht auf. Viel wichtiger und in der Gegenwart besonders signifikant ist der zweite Vorzug für die Unternehmer, nämlich die Pufferfunktion der Ausländerbeschäftigung, d. h. die Möglichkeit, einen Teil der Ausländer wieder nach Hause zu schicken, wenn man ihre Arbeitskraft nicht mehr benötigt. Man hat mit Hilfe des Arbeitserlaubnis- und des Ausländerrechts relativ flexible Möglichkeiten, um die Ausländerbeschäftigung zu drosseln, also der Arbeitsmarktentwicklung anzupassen. Die Einstellung von Ausländern hat für die Unternehmer zum dritten den Vorzug, daß diese Arbeitskräfte relativ schlechte Arbeitsbedingungen zu akzeptieren gezwungen sind. Dies



spart nicht nur Lohnkosten, sondern schafft auch eine Konkurrenzsituation zu den deutschen Arbeitnehmern, die die "billigen" Wettbewerber fürchten. Beide Gruppen von Beschäftigten lassen sich dann leicht gegeneinander ausspielen. Schließlich spart das Aufnahmeland bei der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in beträchtlichem Umfang Infrastrukturkosten: Die ganze Ausbildung der ausländischen Arbeitskräfte war ja Sache des Entsendestaates, des Emigrationslandes. Solange der einzelne nicht produktiv tätig war, wurde er in seinem Heimatstaat ernährt und versorgt. Einen großen Teil seiner aktiven Zeit verbringt er in der Bundesrepublik, während er im (unproduktiven) Alter oft wieder in seinen Heimatstaat zurückkehrt. Das spart, aufs Ganze gesehen, Infrastrukturkosten für das Aufnahmeland und ist von daher für die deutschen Unternehmer wie für die gesamte deutsche Volkswirtschaft außerordentlich vorteilhaft.

Diesen Vorteilen der Ausländerbeschäftigung, die man zur Kenntnis nehmen muß, stehen beträchtliche Nachteile für die Emigrationsländer gegenüber. Ihre Wirtschaftskraft wird im Ergebnis dadurch geschwächt, daß gerade die aktivsten Leute im besten Alter vorübergehend auswandern und insoweit beim Aufbau der eigenen Industrie fehlen. Hinzu kommt, daß diese Arbeitskräfte sehr häufig aus den sowieso benachteiligten Teilen der Entsendeländer kommen - etwa aus Süditalien, Ostanatolien -, wo die Wirtschaftsstruktur besonders schwach ist und es deshalb unbedingt notwendig wäre, stattdessen dort die Wirtschaft aufzubauen. Demgegenüber wird häufig darauf verwiesen, die Rücküberweisungen der ausländischen Arbeitnehmer würden die Zahlungsbilanzen der Emigrationsländer erheblich verbessern. Das ist zumindest übertrieben. Natürlich gibt es gewisse Entlastungseffekte, doch steigert auf der anderen Seite die Rückkehr ausländischer Arbeitnehmer und das Verbleiben ihrer Familien im Entsendeland die Nachfrage nach Gütern, die

nur aus den hochindustrialisierten Staaten importiert werden können: einerseits fließen zwar DMark zurück nach Griechenland, in die Türkei oder nach Jugoslawien, andererseits aber wird die Zahlungsbilanz dadurch belastet, daß dort eine zusätzliche Nachfrage nach Industriegütern entsteht, die vom Auto über den Kühlschrank bis zur Stereoanlage reicht. Weiter wird sehr oft auf das Qualifikationsargument abgestellt, wonach ausländische Arbeitnehmer sich in der Bundesrepublik Deutschland qualifizieren würden. Auch dies erscheint zumindest etwas übertrieben - um mich vorsichtig auszudrücken. Drei Prozent etwa schaffen den Aufstieg zum Facharbeiter, wenn sie nicht schon als solcher eingestellt wurden. Und auch sie sind in der heutigen Situation in der Gefahr, diesen Arbeitsplatz wieder zu verlieren, weil es den Vorrang der Deutschen bei der Arbeitsvermittlung gibt und ein ausländischer Facharbeiter deshalb sehr leicht in die Situation kommen kann, entweder eine Hilfsarbeitertätigkeit anzunehmen oder nach einem Jahr als unvermittelbar angesehen zu werden, und zwar mit der Folge, daß er nach einigen Monaten wahrscheinlich ausgewiesen wird.

Die Nachteile für die Entsendeländer liegen somit auf der Hand. Das bedeutet allerdings nicht, daß wir die Ausländer, die hier in der Bundesrepublik arbeiten, auffordern, wieder nach Hause zu gehen und dort die Wirtschaft aufzubauen; es besagt zunächst nur, daß wir uns im klaren darüber sein müssen, daß die Ausländerbeschäftigung im Prinzip eine Bereicherung unserer Wirtschaft ist auf Kosten der Wirtschaft weniger entwickelter Länder. Daraus kann man bei der Entwicklungshilfe politische Konsequenzen ziehen, damit läßt sich rechtfertigen, die weitere Anwerbung in Grenzen zu halten oder auszuschließen. Daraus kann man Konsequenzen ziehen in bezug auf die Ausbildung zu qualifizierten Berufen, die der Abstimmung mit dem

Entsendeland bedarf. Das alles in Perspektiven, die zu diskutieren wären. Zynisch wäre es dagegen, wollte man mit dieser Begründung Existenzen vernichten, die mit unendlichen Entbehrungen in der Bundesrepublik aufgebaut wurden.

2. Ein Mittel zur Steuerung der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, das uns hier beschäftigen soll, ist das Arbeitserlaubnisrecht, ist die Gewährung bzw. Versagung der Arbeitserlaubnis.

a) Ausgangspunkt der bestehenden rechtlichen Regelung ist die Tatsache, daß Ausländer nicht Träger des Grundrechts aus Art. 12 GG sind. Das Recht, Beruf und Arbeitsplatz frei zu wählen, ist ein Deutschenrecht, ist beschränkt auf Deutsche im Sinne des Art. 116 GG. Ausländer bedürfen deshalb einer Arbeitserlaubnis, die gem. § 19 Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz "nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falles" gewährt wird. "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes" sind somit die entscheidenden Kriterien. Dies gilt nicht für ausländische Arbeitnehmer, die aus den Mitgliedstaaten der EG kommen, also insbesondere für Italiener und neuerdings auch für Iren. Sie sind ausgenommen, da sie aufgrund der Freizügigkeitsregelung des Art. 48 ff EWG-Vertrag die Möglichkeit haben, in der BRD ohne Arbeitserlaubnis zu arbeiten. Eine Sonderregelung gibt es seit kurzem auch für türkische Arbeitnehmer: Aufgrund des Assoziierungsabkommens zwischen der EG und der Türkei sind gewisse Erleichterungen vorgenommen worden. Sie ändern allerdings nichts an dem Grundsatz, daß keine Freizügigkeit besteht und daß türkische Arbeitnehmer genau wie andere Arbeitnehmer aus nicht-assoziierten Drittstaaten einer Arbeitserlaubnis bedürfen. Lediglich

im Hinblick auf die Bedingungen dieser Arbeitserlaubnis, insbesondere in Bezug auf mögliche einschränkende Auflagen, ist für Türken eine Verbesserung erfolgt.

b) Was bedeutet konkret "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes"? Die Praxis geht davon aus, daß bei der Vermittlung deutsche Arbeitnehmer generell den Vorrang haben. Ein Arbeitgeber, der Ausländer vermittelt haben will, muß daher gleichzeitig darlegen, daß er während eines angemessenen Zeitraums deutsche Arbeitnehmer gesucht, aber nicht gefunden hat. Dieser Inländervorrang ist zwar ständige Praxis, aber alles andere als zwingend. Wenn man sich nach traditioneller Juristenmanier § 19 AFG anschaut und ihm den § 18 AFG gegenüberstellt, der die Anwerbung zum Gegenstand hat, so muß man konstatieren, daß bei der Anwerbung ausdrücklich auf die Belange und Interessen der deutschen Arbeitnehmer und der deutschen Wirtschaft abgehoben wird. Dort ist sehr deutlich gesagt, daß die Interessen der deutschen Wirtschaft und die Interessen der deutschen Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt werden dürfen. Bei § 19, bei der Gewährung und Verlängerung der Arbeitserlaubnis, ist davon jedoch in keiner Weise die Rede. Konsequenz: Man müßte korrekterweise davon ausgehen, daß "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes" nichts mit einem Inländerprimat zu tun hat, daß es nur darum geht, ob überhaupt Arbeitsmöglichkeiten vorhanden sind. Außerdem läßt sich sicherlich die These vertreten, daß es ungerecht ist und der prinzipiellen Gleichstellung von ausländischen Arbeitnehmern, die auch in internationalen Abkommen festgelegt ist, widerspricht, wenn man die Arbeitslosigkeit einseitig auf die Ausländer abwälzt, wenn man sie zu einer Gruppe macht, die die geringsten Chancen hat, wieder einen Arbeitsplatz zu bekommen. Dies ist auch deshalb unlogisch, weil das AFG die ganzen anderen Förderungsmaßnahmen wie Umschulung und Zuschüsse zu Fortbildungsmaß-

nahmen usw. auch den Ausländern gewährt und sie insofern also genau so fördern will wie Beschäftigte mit deutscher Staatsangehörigkeit. Auch mit Rücksicht auf diese Inkonsequenz spricht m. E. mit Rittstieg, der das in einem Aufsatz sehr eingehend begründet hat, alles dafür, daß der Vorrang der Deutschen bei der Arbeitsvermittlung rechtswidrig ist, daß § 19 Abs. 1 anders auszulegen ist. Ich bin mir im klaren darüber, daß eine solche These erst noch der Durchsetzung bei der Arbeitsverwaltung und vor den Gerichten bedarf - dennoch sprechen die besseren Gründe für sie.

Zweite Voraussetzung für die Gewährung einer Arbeitserlaubnis ist, daß der ausländische Arbeitnehmer eine Aufenthaltserlaubnis besitzt. § 5 Abs. 1 der Arbeitserlaubnisverordnung koppelt die Arbeitserlaubnis an die Aufenthaltserlaubnis: Nur dann, wenn der Ausländer sich "befugt" in der Bundesrepublik aufhält, kann ihm eine Arbeitserlaubnis gewährt werden. Das wiederum führt sehr oft zu der grotesken Situation, daß das Arbeitsamt bei der Erteilung der Arbeitserlaubnis erst die Aufenthaltserlaubnis verlangt und die Ausländerbehörde bei der Gewährung der Aufenthaltserlaubnis erst die Arbeitserlaubnis sehen will. Das läßt sich im Grunde genommen nicht mit logischen, sondern nur mit pragmatischen Mitteln einigermaßen bewältigen. Man kann vielleicht versuchen, eine vorläufige Aufenthaltserlaubnis bis zur Gewährung der Arbeitserlaubnis zu bekommen oder man muß auf informelle Wege ausweichen.

c) Liegen nun die Voraussetzungen für eine Arbeitserlaubnis vor, so erhält der Arbeitnehmer zunächst eine sogenannte allgemeine Aufenthaltserlaubnis nach § 1 der Arbeitserlaubnisverordnung. Diese allgemeine Arbeitserlaubnis kann beschränkt werden auf bestimmte berufliche Tätigkeiten in einem bestimmten Betrieb - sie muß es nach § 1 der

Arbeitserlaubnisverordnung nicht, aber sie wird es üblicherweise. Das heißt, der Arbeitnehmer darf nur in diesem einen Betrieb arbeiten - verliert er seinen Arbeitsplatz, so steht er zunächst einmal ohne Arbeitserlaubnis da.

Die Arbeitserlaubnis wird in der Regel beim ersten Mal für ein Jahr gewährt und dann jeweils um 2 Jahre verlängert. Für Türken gilt die Sonderregelung, daß nach drei Jahren eine Bindung an den Betrieb nicht mehr zulässig ist; sie sind insofern etwas besser gestellt als die übrigen ausländischen Arbeitnehmer. Die Frage ist, ob diese ein wenig an die mittelalterliche Schollengebundenheit erinnernde Betriebsbindung sich eigentlich so ohne weiteres mit dem Grundgesetz und internationalen Verträgen vereinbaren läßt. Es gibt eine neuere Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlins, wonach eine Beschränkung des Aufenthaltsrechts auf bestimmte Berliner Bezirke gegen das Zusatzprotokoll Nr. 4 zur Europäischen Menschenrechtskonvention verstößt. Im konkreten Fall ging es darum, daß einem türkischen Arbeitnehmer eine Aufenthaltserlaubnis gegeben wurde mit der Auflage, daß er weder in Kreuzberg und Wedding noch in 2 oder 3 anderen Westberliner Bezirken wohnen durfte. Die "Türkenviertel" sollten so von weiteren Türken freigehalten werden. Dies ist vom Verwaltungsgericht Berlin für rechtswidrig erklärt worden, da das Zusatzprotokoll Nr. 4 zur MRK unbestritten die Wirkung eines innerstaatlichen Gesetzes besitzt und in seinem Artikel 2 das Recht der Binnenwanderung auch allen Ausländern zugesteht, die sich erlaubterweise im Inland befinden. Freizügigkeit innerhalb eines staatlichen Territoriums - also ein sonst nur Deutschen zustehendes Grundrecht - wurde so auf Ausländer ausgedehnt. Der Gesetzgeber kann lediglich diejenigen Einschränkungen anordnen, die in einer demokratischen Gesellschaft zugunsten der Belange des Gemein-

wohls erforderlich sind. Es besteht daher kein unbeschränkter, sondern ein beschränkter Gesetzesvorbehalt, der an bestimmte inhaltliche Voraussetzungen gebunden ist. Mit Recht hat das Verwaltungsgericht Berlin den Standpunkt vertreten, daß dieser Gesetzesvorbehalt hier nicht eingreift, weil das Ausländergesetz die - unzulässige - unbegrenzte Möglichkeit eröffnet, die Aufenthaltserlaubnis mit Bedingungen und Auflagen zu versehen.

Diesen Grundsatz könnte man m. E. sehr wohl ins Recht der Arbeitserlaubnis übertragen. Es gibt keine "Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft" - wie es ausdrücklich heißt -, durch Gesetz die an die Arbeit gekoppelte Freizügigkeit in der bisher praktizierten Weise zu beschränken. Was für die Aufenthaltserlaubnis gilt, muß genau so auch für die Arbeitserlaubnis gelten: Man kann nicht die Freizügigkeit dadurch unterlaufen, daß man die Arbeitserlaubnis an bestimmte Betriebe oder an bestimmte Regionen bindet, denn damit stünde sie nur noch auf dem Papier. Wenn man die Freizügigkeit akzeptiert, muß man auch im Bereich der Arbeitserlaubnis entsprechende Konsequenzen ziehen. Ein weiteres Argument spricht für diese Position. In der Untersuchung von Dolde über die politischen Rechte der Ausländer ist in fundierter (im übrigen meist traditionell-juristischer) Weise der Nachweis geführt worden, daß diejenigen Grundrechte, die wie Art. 12 für Ausländer nicht gelten, deshalb für Ausländer nicht gegenstandslos sind. Da Artikel 1 und 2 GG auch auf sie Anwendung finden, muß zumindest der Menschenwürdegehalt der Grundrechte nach Art. 9 Abs. 1 und Art. 12 auch Ausländern erhalten bleiben. Ein Minimum an Berufsfreiheit ist also gesetzes- und verwaltungsfest.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Bindung an einen bestimmten Betrieb und damit

der de-facto-Ausschluß des Kündigungsrechts des ausländischen Arbeitnehmers noch mit Art. 1 u. 2 GG vereinbar ist, ob es nicht das unverzichtbare Minimum an Berufsfreiheit unterschreitet. Wer gezwungen ist, in einem bestimmten Betrieb zu bleiben, ist damit m. E. Objekt eines Verfahrens und besitzt nicht mehr die selbstverständliche fundamentale Freiheit der nicht-faschistischen kapitalistischen Ordnung, den Arbeitsplatz zu wechseln und seine Arbeitskraft ggf. unter besseren Bedingungen irgendwo anders anbieten zu können. Die Betriebsbindung ist daher auch aus diesem Grund rechtswidrig.

c) Wenn ein ausländischer Arbeitnehmer 5 Jahre lang in Arbeit gestanden hat und in dieser Zeit eine Arbeitserlaubnis besaß, dann hat er nach § 2 Abs. 2 der Arbeitserlaubnisverordnung Anspruch auf die sog. besondere Arbeitserlaubnis. Sie ist in der Regel auf 5 Jahre befristet, muß aber erteilt werden, und zwar ohne Rücksicht auf die auf dem Arbeitsmarkt bestehenden Verhältnisse. Insofern sind Ausländer, die schon längere Zeit in der Bundesrepublik tätig sind - und das ist mittlerweile eine große Zahl -, den Deutschen partiell gleichgestellt. Einzige Einschränkungsmöglichkeit - auch das eine Besonderheit der besonderen Arbeitserlaubnis: Sie kann auf einen bestimmten Arbeitsamtsbezirk oder einen umliegenden Bezirk beschränkt werden. Die besondere Arbeitserlaubnis beinhaltet bei ihnen das Recht, überall im ganzen Bundesgebiet und in allen Arbeitsamtsbezirken eine Arbeit suchen zu können.

e) Schließlich gibt es einen dritten Fall der Arbeitserlaubnis: die Gewährung unter dem Gesichtspunkt des Härtefalls. Hierzu hat das Bundessozialgericht ausdrücklich entschieden, daß die Formulierung des § 3 Abs. 5 der Arbeitserlaubnisverordnung, wo es heißt, "kann gewährt werden", einem Anspruch auf Ge-



währung der Arbeitserlaubnis nicht entgegensteht, wenn ein Härtefall vorliegt. Entscheidend kommt es daher auf seine Voraussetzungen an. Hier ist die Rechtsprechung leider relativ restriktiv, und zwar insbesondere deshalb, weil sie davon ausgeht, die gesamten Familienverhältnisse und die sonstigen Lebensumstände im Heimatstaat des betreffenden Arbeitnehmers seien nicht zu berücksichtigen. Ein Härtefall wurde z. B. abgelehnt bei einer spanischen Arbeitnehmerin, die in Spanien ein Kind und ihre Eltern zu versorgen hatte: Das Sozialgericht erkannte das nicht als Härtefall an, weil diese Verhältnisse mit der Arbeitsaufnahme in der Bundesrepublik nichts zu tun hätten. Andererseits hat man einen Härtefall bejaht, wenn es der Arbeitgeber versäumt hat, die nach 1 oder 2 Jahren fällige Verlängerung der Arbeitserlaubnis zu beantragen. Hatte sich der Arbeitgeber verpflichtet, für die Verlängerung der Arbeitserlaubnis zu sorgen, dies jedoch aus irgendwelchen Gründen, und sei es aus Schlamperei, nicht getan, und waren so die 5 Jahre ununterbrochener erlaubter Beschäftigung in der Bundesrepublik nicht erreicht worden, so wird die besondere Arbeitserlaubnis nach § 2 Abs. 5 AEVO wegen sonst eintretender Härte gewährt.

Man kann auch versuchen, eine Arbeitserlaubnis nach der Härteklausel durchzusetzen, wenn sich ein ausländischer Arbeitnehmer seit einigen Jahren in der Bundesrepublik aufhält und Kinder hat, deren Integration in den Heimatstaat besonders schwierig wäre, weil sie hier aufgewachsen sind und etwa nur die deutsche Sprache beherrschen.

f) Auch die besondere Arbeitserlaubnis gibt dem ausländischen Arbeitnehmer keine volle Existenzabsicherung und stellt ihn deshalb nicht mit seinen deutschen Kollegen gleich. Die Arbeitserlaubnis kann immer aus wichtigen

Gründen in der Person des Arbeitnehmers wider rufen werden, und sie erlischt, wenn die Aufenthaltserlaubnis erlischt. Das bedeutet, daß die relative Absicherung, die durch die Arbeitserlaubnis erreicht wurde, durch den Einsatz der Waffe "Ausländergesetz" wieder rückgängig gemacht werden kann. Dabei gab es bisher die besonders schlimme Erscheinung, eine zunächst befristet erteilte Aufenthaltserlaubnis nicht mehr zu erneuern, so daß von daher auch die Arbeitserlaubnis wegfiel und der Betreffende mangels gültiger Aufenthaltserlaubnis ausgewiesen werden konnte. Diese Gefahr ist durch eine Änderung der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz jetzt praktisch beseitigt worden. Der aufenthaltsrechtliche Status des ausländischen Arbeitnehmers ist insofern etwas besser geworden, als man grundsätzlich auch bei der Aufenthaltserlaubnis davon ausgeht, daß sie zunächst für 1 Jahr und dann zweimal für 2 Jahre erteilt, nach Ablauf von 5 Jahren jedoch in der Regel auf unbefristete Zeit erteilt wird. Voraussetzung ist zum ersten eine besondere Arbeitserlaubnis nach § 2 Arbeitserlaubnisverordnung; zum zweiten muß der ausländische Arbeitnehmer in der Lage sein, sich in einfachen Sätzen auf Deutsch zu verständigen; drittens muß eine ausreichende Wohnung zur Verfügung stehen und viertens dürfen Kinder nicht der Schulpflicht entzogen werden. Sind alle diese Bedingungen erfüllt, soll nunmehr eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.

Hat sich ein ausländischer Arbeitnehmer 8 Jahre erlaubterweise in der Bundesrepublik aufgehalten, dann soll nach der in diesem Jahr erlassenen Änderung der Verwaltungsvorschrift die Aufenthaltsberechtigung erteilt werden, ein Status, der nicht mehr nach freiem Ermessen, sondern nur noch aus den Gründen entzogen werden kann, die auch eine Ausweisung rechtfertigen. Dies ist eine wesentliche Änderung, denn bisher besagte die Verwaltungsvorschrift, daß die Aufenthaltsberechtigung die absolute Ausnahme sei, von der

grundsätzlich abgesehen werden sollte, während es jetzt immerhin heißt, daß die Aufenthaltsberechtigung nach 8 Jahren grundsätzlich erteilt werden sollte.

g) Das alles schließt nicht aus, daß irgendwann auf den Tatbestand des § 10 Ausländergesetz zurückgegriffen wird, daß es also dennoch zu einer Ausweisung kommt. Das ist einmal der Fall, wenn Sozialhilfe in Anspruch genommen wird, und das ist zum zweiten dann der Fall, wenn wichtige Belange der Bundesrepublik betroffen sind. Man kann natürlich darüber streiten, wann wichtige Belange vorliegen. Man könnte z. B. behaupten, daß eine bestimmte Situation auf dem Arbeitsmarkt auch "wichtige Belange" im Sinne des § 10 Ausländergesetz konstituieren kann.

Ich bin der Auffassung, daß es die Sonderregelung des § 19 AFG und der Arbeitserlaubnisverordnung ausschließt, bei der Erteilung der allgemeinen Aufenthaltserlaubnis auch arbeitsmarktpolitische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Man hat nun einmal diese Doppelspurigkeit: einerseits prüft man die Aufenthaltsfrage, andererseits prüft man die Arbeitserlaubnis. Es wäre eine unzumutbare Belastung für den ausländischen Arbeitnehmer, wenn nun darüber hinaus auch noch bei der Gewährung der Aufenthaltserlaubnis arbeitsmarktpolitische Gesichtspunkte mit herangezogen werden könnten. Sie sind ausschließlich Sache der Arbeitsverwaltung. Soviel zur Arbeitserlaubnis.

5. Was passiert, wenn ein Arbeitnehmer ohne gültige Arbeitserlaubnis tätig ist - sei es, daß die Arbeitserlaubnis gar nicht beantragt wurde - so der typische Fall des illegal vermittelten Arbeitnehmers -, sei es, daß die Arbeitserlaubnis zwar beantragt, aber abgelehnt wurde? Auch hier hat sich in den letzten Jahren ein gewisser Wandel zum eher Positiven hin ergeben. Die ursprünglich herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur ging davon aus, daß bei fehlender Arbeitserlaub-

nis das Arbeitsverhältnis unwirksam ist. Die Arbeitserlaubnis sei eine Voraussetzung für die Gültigkeit des Arbeitsvertrags, ein gleichwohl abgeschlossener Arbeitsvertrag nach § 134 BGB unwirksam. Wurde tatsächlich gearbeitet, dann fanden die Grundsätze über das faktische Arbeitsverhältnis Anwendung mit der Folge, daß zwar der Arbeitnehmer für geleistete Arbeit seinen Lohn bekam, aber mit der weiteren Folge, daß er keinerlei Kündigungsschutz besaß: Denn ein fehlerhaftes, ein faktisches Arbeitsverhältnis kann jederzeit durch einseitige Erklärung des Arbeitgebers von einer Stunde zur anderen beendet werden - der Arbeitgeber kann sich jederzeit auf die Nichtigkeit berufen. Das bedeutete, daß Arbeitgeber z. B. die Möglichkeit hatten, sich dem gesamten Kündigungsschutz dadurch zu entziehen, daß sie einfach keine Verlängerung der Arbeitserlaubnis beantragten. Wenn man sich z. B. im Personalbüro entschieden hatte, daß bestimmte Ausländer abgebaut werden sollten, dann kündigte man nicht etwa, da dies mit der lästigen sozialen Auswahl und dem Abwägen zwischen Deutschen und Ausländern, u. U. mit Prozessen und gewerkschaftlichen Protesten verbunden wäre, sondern man beantragte einfach keine neue Arbeitserlaubnis. Diese allzu einfache Möglichkeit ist einmal von Gerd Engels in einem Aufsatz im "Recht der Arbeit" 1976 sehr heftig kritisiert worden. Da es sich bei ihm um einen Beamten aus dem Bundesarbeitsministerium handelt und da RdA beim Bundesarbeitsgericht aufmerksam gelesen wird, hatte dies zur Folge, daß auch die Richter meinten, dies sei eine unschöne Sache.

So hat das Bundesarbeitsgericht Ende 1976 entschieden, daß das Fehlen einer Arbeitserlaubnis die Gültigkeit des Arbeitsverhältnisses nicht berührt. Wesentliche Begründung: § 19 AFG spricht nur von Beschäftigung und meint damit die tatsächliche Beschäftigung, nicht aber den Abschluß des Arbeitsvertrags, aus dem sich erst die Verpflichtung zur Beschäftigung ergibt.

Die Nichtexistenz einer Arbeitserlaubnis führt nur dazu, daß dem Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung subjektiv unmöglich ist. Daraus ergeben sich praktische Konsequenzen, die man sich im Blick auf künftige Prozesse im einzelnen anschauen sollte. Fehlt die Arbeitserlaubnis bei der Einstellung, dann müssen sich, da ja ein gültiger Arbeitsvertrag vorliegt, beide Seiten um ihre Erteilung bemühen. Der Arbeitgeber würde sich schadenersatzpflichtig machen, wollte er nicht im Rahmen seiner Möglichkeiten dafür sorgen, daß die Arbeitserlaubnis gewährt wird. Und er würde sich erst recht schadenersatzpflichtig machen, wenn er die Erteilung der Arbeitserlaubnis hintertreiben würde, wenn er etwa versuchen würde, das Arbeitsamt zu einer Ablehnung zu veranlassen. Wird ohne Arbeitserlaubnis faktisch gearbeitet, dann könnte man als Formaljurist auf die schlimme Idee kommen, § 817 anzuwenden mit der Folge, daß der Arbeitgeber eine gesetzwidrige Leistung entgegengenommen hat und deshalb kein Lohnanspruch besteht. Nach § 817 bleibt es bei den erbrachten Leistungen. Das wäre formal korrekt, würde aber hinter die Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis zurückfallen.

Selbst dann, wenn der Arbeitsvertrag gesetzwidrig ist, gibt man dem Arbeitnehmer ja einen Lohnanspruch. Das muß erst recht dann gelten, wenn zwar nicht der Arbeitsvertrag unwirksam ist, die Leistung der Arbeit jedoch gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Liegt ein Weniger an Rechtsverstöß vor, so kann man den Lohnanspruch selbstredend nicht in Zweifel ziehen. Sollte jemand einmal auf § 817 zurückgreifen wollen, könnte man mit einer Analogie zu den Grundsätzen über faktische Arbeitsverhältnisse gleichwohl weiterkommen. Liegt keine Arbeitserlaubnis vor, so hat das zur Folge, daß der Arbeitnehmer an sich nicht arbeiten darf. Zwar bekommt er seinen Lohn, doch handelt er gleichwohl illegal. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts führt eine auslaufende Arbeitserlaubnis dazu, daß nun die Regeln über die Unmöglichkeit Anwendung

finden, so wie man sie als Jurist einst an der Universität gelernt hat. Das bedeutet, daß § 324 BGB eingreift, wenn der Arbeitgeber die Nichterteilung zu vertreten hat: Der Arbeitnehmer behält den Anspruch auf die Gegenleistung, d. h. seinen Lohn.

Ist die Unmöglichkeit vom Arbeitnehmer zu vertreten, war etwa abgemacht, dieser habe selbst für die Erteilung der Arbeitserlaubnis zu sorgen, und hat er das aus irgendwelchen Gründen nicht getan, so hat er keinen Lohnanspruch mehr. Ist die Sache von niemandem zu vertreten oder hat die Verwaltung langsam gearbeitet, dann soll eine Lohnfortzahlung nach § 324 nicht mehr in Betracht kommen. In diesem Fall liegt ein persönliches Leistungshindernis beim Arbeitnehmer vor, das zur Lohnfortzahlung nach § 616 Abs. 1 BGB berechtigt. Sie dauert im Regelfall aber nach der Rechtsprechung nur 5 Tage, später kann nach § 616 nichts mehr beansprucht werden. Ist der Ablauf dieser Frist dem Arbeitsamt anzulasten, so liegt ein Fall von Amtspflichtverletzung vor, der Schadenersatzansprüche gegen die Bundesrepublik zur Folge hat.

Besteht endgültig keine Arbeitserlaubnis, ist damit die Leistung also unmöglich geworden, dann stellt sich nicht nur die Frage des Lohnanspruchs, sondern es stellt sich auch das Problem der Kündigung. Sie ist durch Gründe in der Person bedingt und kann grundsätzlich ausgesprochen werden, wenn in absehbarer Zeit nicht mit der Erteilung der Arbeitserlaubnis zu rechnen ist. Dabei sind die Kündigungsfristen zu beachten. Die Verweigerung der Arbeitserlaubnis greift also durchaus in den Bestand des Arbeitsverhältnisses ein, nur nicht mehr in der Extremform wie bisher, die sofort die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages zur Folge hätte, sondern in der mildereren Form, daß der Arbeitgeber aus personenbedingten Gründen kündigen kann. Ausnahmsweise wird auch eine außerordentliche Kündigung zugelassen, und zwar dann, wenn der Arbeitgeber gezwungen ist,

den Arbeitsplatz sofort, also vor Ablauf einer Kündigungsfrist von in der Regel 14 Tagen neu zu besetzen. Nur leuchtet das vom Sachverhalt her überhaupt nicht ein. Wenn schon angeblich kein Bedarf besteht für den Ausländer und man ihm deshalb die Arbeitserlaubnis rechtskräftig versagt, dann kann ich mir nicht vorstellen, daß gleichzeitig an dem betreffenden Arbeitsplatz ein so dringender Bedarf existieren soll, daß man nicht einmal mehr die Kündigungsfrist abwarten kann. Da spricht Einiges für einen Rechtsmißbrauch der Arbeitsbehörden oder für ein Hintertreiben der Arbeitserlaubnis durch den Arbeitgeber. Fristlose Kündigung scheint mir daher kaum je in Betracht zu kommen.

4. Was passiert, um den letzten Komplex anzuschneiden, wenn die Arbeitserlaubnis nicht mehr besteht und dem Arbeitnehmer gekündigt wird? Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts hat der Arbeitnehmer für die Dauer eines Jahres Anspruch auf Leistungen der BfA. Hat er entsprechend lange gearbeitet, erhält er ein Jahr lang Arbeitslosengeld, anderenfalls wird der Rest des Jahres mit Arbeitslosenhilfe ausgefüllt. Während dieses einen Jahres bekommt er die normalen Leistungen, die ein deutscher Arbeitsloser erhält. Dann hören im Regelfall die Leistungen auf. Warum es diese Jahresfrist gibt, ist kaum ersichtlich, es handelt sich um eine Festsetzung durch das Bundessozialgericht. Nach dem Wortlaut der bestehenden Vorschriften hätte man im Grunde verschiedene Dinge machen können. Man hätte sich einmal, wie es zuvor auch versucht wurde, ganz formalistisch auf den Standpunkt stellen können, daß die Gewährung von Arbeitslosengeld/-hilfe davon abhängt, daß der betreffende Arbeitnehmer dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht: Wer keine Arbeitserlaubnis hat, steht dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung, also bekommt er auch kein Arbeitslosengeld. Er kann dann zum Sozialamt gehen, mit der Folge, daß er nach kurzer Zeit ausgewiesen wird. Das wäre eine Extremlösung, die vertreten wurde. Die andere ist die, bei

Ausländern gar nicht auf die Arbeitserlaubnis abzustellen, da sie ja dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen, wenn das Arbeitsamt grünes Licht gibt. Insofern sind sie genau so vermittelbar, stehen ebenso zur Verfügung wie Deutsche und dürfen nicht dadurch benachteiligt werden, daß sie Ausländer sind und eine Arbeitserlaubnis benötigen. Folglich sind sie unbefristet den deutschen Arbeitslosen gleichzustellen, mit der Konsequenz, daß sie also auch über 1 Jahr hinaus Leistungen, d. h. Arbeitslosenhilfe zu beanspruchen hätten, wenn die Voraussetzungen vorliegen, wenn sie also bereit sind, jede zumutbare Arbeit zu akzeptieren. Diesen zweiten Weg ist das Bundessozialgericht leider nicht gegangen, sondern hat im Grunde einen Kompromiß gemacht, dem - übersetzt in die Parallelwertung der Laiensphäre - die Erwägung zugrunde liegt: Ein Jahr lang wollen wir sie hier durchfüttern. Da sie Arbeitslosenversicherung gezahlt und Wartefristen erfüllt haben, wollen wir ihnen ein Jahr lang Arbeitslosengeld zugestehen. Dann aber beginnt die Differenzierung. - Meines Erachtens ist diese Kompromißlösung nicht überzeugend. Richtig an der Entscheidung des Bundessozialgerichts ist, daß man nicht abstellt auf die Existenz einer Arbeitserlaubnis.

Das Bundessozialgericht sagt zu Recht: Eine solche Lösung würde voraussetzen, daß man, ohne konkrete Arbeit nachweisen zu können, notfalls einen Anspruch auf eine Arbeitserlaubnis haben müßte, um dem Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stehen. Das aber ist nicht vorgesehen, denn die Arbeitserlaubnis wird nur beim Vorhandensein eines Arbeitsplatzes erteilt. Die Ausländer wären auf diese Weise von den ganzen Leistungen der BfA bei Arbeitslosigkeit ausgeschlossen. Deshalb stehen - und das ist m. E. richtig - die Ausländer auch ohne Arbeitserlaubnis der Arbeitsvermittlung und dem Arbeitsmarkt zur Verfügung. Dann aber kommt der nach meiner Ansicht wenig überzeugende Gesichtspunkt: Wenn sich nach intensiven 1jährigen Bemühungen herausstellt, daß der Ausländer



nicht vermittelbar ist, wobei der Vorrang der Deutschen bei der Vermittlung immer mitbedacht werden muß - dann soll er angeblich dem Arbeitsmarkt nicht mehr zur Verfügung stehen, dann ist wahrscheinlich, daß er in absehbarer Zeit eine Arbeitserlaubnis bekommt. Die Leistungen des Arbeitsamtes werden eingestellt und er bekommt keine Arbeitslosenhilfe mehr. Konsequenz: Wenn er keine Familienangehörigen besitzt, die ihn versorgen, muß er in absehbarer Zeit Sozialhilfe in Anspruch nehmen. Dies stellt einen Ausweisungsgrund dar, und nach den Richtlinien, die z. B. in Hessen bestehen, wird nach Gewährung von 2 bis 3 Monaten Sozialhilfe die Ausweisung in die Wege geleitet. Das heißt, der Ausländer wird dann abgeschoben. Er darf den deutschen Fiskus, die deutsche Wirtschaft 1 Jahr lang belasten, aber anders als bei deutschen Arbeitnehmern ist eine längere Versorgung trotz gleicher Beiträge nicht möglich. Man kann das, wie ich hier versucht habe, als inkonsequenz kritisieren, man kann auch darauf abstellen, daß es internationale Übereinkommen gibt, die eine Gleichstellung des ausländischen Arbeitnehmers bei der Arbeitsvermittlung vorsehen, etwa das ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Abkommen mit einzelnen Entsendeländern. Diese völkerrechtlichen Verträge haben zwar an sich nicht die Bedeutung eines innerstaatlich verbindlichen Gesetzes, weil sie nur sogenannte Staatenverpflichtungen im Verhältnis der Bundesrepublik zu anderen Staaten aufstellen. Wie sich aus Entscheidungen und Literaturäußerungen ergibt, sind aber auch solche völkerrechtlichen Verträge für die Rechtsanwendung nicht irrelevant: Sie stellen eine Auslegungsrichtlinie für die Verwaltungsbehörden und die Gerichte dar. Wenn also das innerstaatliche Recht einen Auslegungsspielraum eröffnet, wenn das innerstaatliche Recht dem Richter wie der Verwaltungsbehörde verschiedene Möglichkeiten eröffnet, dann ist diejenige Möglichkeit zu wählen, die mit dem internationalen Vertrag in Übereinstimmung steht, die also die Bundesrepublik nicht in völkerrechtliche Schwierigkeiten

ten bringt.

Da Gerichte und Verwaltungsbehörden Teile des Staatsapparates sind, sind sie gezwungen, jede Kollision mit dem internationalen Recht, mit völkerrechtlichen Verpflichtungen im Rahmen ihrer Möglichkeiten zu verhindern. Sie haben deshalb eine völkerrechtskonforme Auslegung zu praktizieren. Das würde mit Rücksicht auf das ILO-Übereinkommen die volle Gleichstellung bei der Arbeitslosenversicherung bedeuten, denn eine klare gesetzliche Regelung ist keineswegs vorhanden. Eine solche Art von Auslegung ist eine durchaus anerkannte Sache. So hat etwa bei der Neufassung des § 116 AFG über Gewährung von Arbeitslosengeld im Falle von Arbeitskämpfen der Gesetzgeber selbst erklärt, er setze voraus, daß § 116 im Sinne des einschlägigen ILO-Übereinkommens Nr. 122 ausgelegt werde. Weiter gibt es etwa die BAG-Entscheidung zur Lohngleichheit, wo ausdrücklich auf das ILO-Übereinkommen Nr. 100 zurückgegriffen wird, das für die Lohngleichheit von Mann und Frau spricht. Es gibt also Präjudizien, die für die Praxis ungleich wichtiger sind als die Meinungen irgendwelcher Autoren. Und diese Präjudizien besagen, daß man eine völkerrechtskonforme Auslegung gerade im Bereich des Sozialrechts und Arbeitsrechts praktiziert. Damit könnte man, wie ich meine, auch hier weiterkommen.

5. Ziel der praktischen Rechtsdurchsetzung wie natürlich auch der Konzipierung von gesetzlichen Alternativvorstellungen wird es unter diesen Umständen sein, die Fixierung der Ausländer auf die Rolle einer Randgruppe durch Verstärkung ihres Status zu durchbrechen. Ein wichtiges Mittel dafür wäre die Beseitigung der Betriebsbindung und die Beseitigung anderer mit der Arbeitserlaubnis verbundener Einschränkungen. Ein zweites wichtiges Mittel wäre die Gleichstellung bei der Arbeitsvermittlung, einmal in dem Sinne, daß der generelle Vorrang der Deut-

schen als rechtliches Gebot beseitigt wird, zum anderen dadurch, daß die ausländischen Arbeitnehmer in vollem Umfang wie Deutsche an den Leistungen der Arbeitslosenversicherung partizipieren. Weil sie hier gearbeitet und Beiträge bezahlt haben, dürfen sie in Notsituationen nicht schlechter als andere behandelt werden.

Die von der Evangelischen Akademie herausgegebenen Protokolle enthalten Tonbandnachschriften der auf den Tagungen gehaltenen Vorträge. Sie stellen den Versuch dar, die von den Referenten vorgetragenen Gedankengänge und von ihnen vertretenen Meinungen authentisch wiederzugeben. In der Regel haben die Nachschriften den Referenten vor der Veröffentlichung nicht noch einmal vorgelegen.