

BERICHTE UND URKUNDEN

Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1986

Matthias Hartwig*

Übersicht

(for an English Version of this Survey see p. 37)

I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht (1-7)

II. Völkerrechtliche Verträge (8, 9)

III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität (10-17)

1. Allgemeines zum Territorialitätsgrundsatz – 2. Deutscher *ordre public* und die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche und -klauseln

* Assessor, wissenschaftlicher Referent am Institut.

Abkürzungen: ABl.EG = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; AGBGB = Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; ANBA = Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit; AO = Abgabenordnung; AsylVfG = Asylverfahrensgesetz; AtG = Atomgesetz; AuslG = Ausländergesetz; AVR = Archiv des Völkerrechts; BayObLGSt = Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen; BayVBl. = Bayerische Verwaltungsblätter; BFH(E) = Entscheidungen des Bundesfinanzhofs; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH = Bundesgerichtshof; BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; BSGE = Entscheidungen des Bundessozialgerichts; BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); DÖV = Die Öffentliche Verwaltung; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; EEC = European Economic Community; EFG = Entscheidungen der Finanzgerichte; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; ESVGH = Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg; EuAIÜ = Europäisches Auslieferungsbübereinkommen; EuGH(E) = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Entscheidungen); EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; EWG(V) = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (Vertrag); FG = Finanzgericht; GABl. = Gemeinsames Amtsblatt; GewArch = Gewerbearchiv; GG = Grundgesetz; GK = Genfer Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge; GVBl. = Gesetz- und Verordnungsblatt; GVG = Gerichtsverfassungsgesetz; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; IRG = Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen; JZ = Juristen Zeitung; LG = Landgericht; LuftVG = Luftverkehrsgesetz; LuftVO = Luftverkehrsordnung; MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht; NJW = Neue Juristi-

IV. Staatsangehörigkeit und Volkszugehörigkeit (18–23)

1. Erwerb – 2. Verlust – 3. Anknüpfung bei doppelter Staatsangehörigkeit – 4. Volkszugehörigkeit

*V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs (24–26)**VI. Fremdenrecht (27–46)*

1. Einreise und Aufenthalt: a) Allgemeines; b) Schutz von Ehe und Familie; c) Politische und soziale Rechte – 2. Ausweisung – 3. Abschiebung – 4. Fremdenpaß – 5. Gegenseitigkeitsprinzip – 6. Verfahrensrechte

VII. Asylrecht (47–63)

1. Politische Verfolgung: a) Begriff; b) Gruppenverfolgung; c) Wahrscheinlichkeit der Verfolgung – 2. Nachfluchtgründe – 3. Wegfall der politischen Verfolgung – 4. Fluchtalternative – 5. Verwirkung des Asylanspruchs – 6. Rechte eines Asylanten – 7. Aufenthaltsbedingende Maßnahmen – 8. Asylverfahren

VIII. Auslieferungsrecht (64–73)

1. Allgemeines – 2. *Ordre public* – 3. Spezialität – 4. Politische Verfolgung und Todesstrafe

IX. Europäische Menschenrechtskonvention (74–85)

1. Verbot der unmenschlichen Behandlung (Art. 3) – 2. Gerichtsverfahren (Art. 6): a) Verfahrensdauer (Art. 6 Abs. 1); b) Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2); c) Das Recht auf Kenntnis der Beschuldigung (Art. 6 Abs. 3 a), das Recht auf Verteidigung (Art. 6 Abs. 3 c) und das Recht auf unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers (Art. 6 Abs. 3 e) – 3. Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8) – 4. Eigentum (Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls)

X. Europäische Gemeinschaften (86–101)

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht – 2. Diskriminierungsverbot (Art. 7 EWGV) – 3. Freizügigkeit – 4. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EWGV)

*XI. Deutschlands Rechtslage nach 1945 (102)**XII. Stationierungstreitkräfte (103, 104)*

sche Wochenschrift; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; NTS = NATO-Truppenstatut; NVwZ = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht; OLG = Oberlandesgericht; OVG = Oberverwaltungsgericht; RGBl. = Reichsgesetzblatt; RIW = Recht der Internationalen Wirtschaft; ROW = Recht in Ost und West; RuStAG = Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz; RVO = Reichsversicherungsordnung; SGB = Sozialgesetzbuch; StAZ = Das Ständesamt; StGB = Strafgesetzbuch; StPO = Strafprozeßordnung; VBlBW = Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg; VG = Verwaltungsgericht; VGH = Verwaltungsgerichtshof; VwGO = Verwaltungsgerichtsordnung; VwVfG = Verwaltungsverfahrensgesetz

Survey

*I. International Law and Municipal Law (1–7)**II. Treaties (8, 9)**III. Effects and Limits of State Sovereignty (10–17)*

1. Territoriality: General principles – 2. German *ordre public* and recognition of foreign arbitral decisions and arbitral clauses

IV. Citizenship (18–23)

1. Acquisition – 2. Loss – 3. Multiple citizenship – 4. Nationality

*V. Agencies of Diplomatic and Consular Affairs (24–26)**VI. Legal Status of Aliens (27–46)*

1. Entry and residence: a) General principles; b) Protection of marriage and family; c) Political and social rights – 2. Expulsion – 3. Deportation – 4. Alien's passport – 5. Principle of reciprocity – 6. Procedural rights

VII. Asylum (47–63)

1. Political persecution: a) Notion; b) Persecution of groups; c) Probability of persecution – 2. *Réfugiés sur place* – 3. End of political persecution – 4. Protection found elsewhere – 5. Forfeiture of the right of asylum – 6. Rights of a person who is granted asylum – 7. Termination of permission to stay of persons seeking asylum – 8. Asylum procedure

VIII. Extradition (64–73)

1. General principles – 2. *Ordre public* – 3. Speciality rule – 4. Political persecution and death penalty

IX. European Convention on Human Rights (74–85)

1. Prohibition of inhuman treatment (Art. 3) – 2. Judicial procedure (Art. 6): a) Duration of proceedings (Art. 6 para. 1); b) Assumption of innocence (Art. 6 para. 2); c) Right to be informed of charges (Art. 6 para. 3a), right to defence (Art. 6 para. 3c) and right to free services of an interpreter (Art. 6 para. 3e) – 3. Protection of privacy and family life (Art. 8) – 4. Property (Art. 1 Protocol No. 1)

X. European Communities (86–101)

1. Community law and municipal law – 2. Prohibition of discrimination (Art. 7 EEC Treaty) – 3. Freedom of movement – 4. Preliminary rulings (Art. 177 EEC Treaty)

*XI. Legal Status of Germany after 1945 (102)**XII. Allied Armed Forces Stationed in the Federal Republic of Germany (103, 104)*

Vorbemerkung

Der folgende Bericht über Entscheidungen von Gerichten der Bundesrepublik zu völkerrechtlichen Fragen¹ schließt an jenen für das Jahr 1985 an². Soweit sich die Gerichte zu einzelnen Verträgen äußerten, wurde dies hier nur berücksichtigt, wenn es zugleich um Fragen des allgemeinen Völkerrechts oder um grundsätzliche Probleme der Anwendung westeuropäischer Verträge (EMRK, Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften usw.) ging. Wie im vorangegangenen Bericht wurden im Bereich von Fremden- und Asylrecht nur die wesentlichsten Entscheidungen dargestellt.

Soweit auf Grund der systematischen Gliederung eine Entscheidung an mehreren Stellen behandelt wird, finden sich Querverweisungen auf die anderen Passagen in eckigen Klammern.

I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht

1. Das Bundesverfassungsgericht hatte wiederum Gelegenheit, sich mit den Rechtsfolgen einer völkerrechtswidrigen Ergreifung eines Beschuldigten für das Strafverfahren auseinanderzusetzen (Beschluß vom 3.6.1986 – 2 BvR 837/85 – EuGRZ 1987, 92 = NJW 1986, 3021 = NStZ 1986, 468). In Anknüpfung an seinen Beschluß vom 17.7.1985³ stellte das Gericht fest, daß es keine allgemeine Regel des Völkerrechts gebe, die ein Strafverfahren gegen eine Person, die unter Verletzung der Gebietshoheit eines fremden

¹ Der Bericht wurde im Dezember 1987 abgeschlossen. Später veröffentlichte Entscheidungen werden in den folgenden Jahresberichten Berücksichtigung finden. Vgl. auch die jeweils fünf Jahre Rechtsprechung zusammenfassenden Bände der Reihe *Fontes Iuris Gentium*, Series A, Sectio II (nächster Band: Tomus 9 [1981–1985]).

² M. Herdegen, *Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1985*, ZaöRV 47 (1987), S.774ff.; vgl. auch H. J. Hahn, *Deutsche Rechtsprechung 1945–1950*, ZaöRV 14 (1951), S.252ff.; F. Münch, – 1951–1957 (Teil A) ZaöRV 20 (1959), S.186ff., (Teil B) ZaöRV 21 (1961), S.511ff., (Teil C) ZaöRV 22 (1962), S.729ff.; C. Tomuschat, – 1958–1965 (Teil A) ZaöRV 28 (1968), S.48ff., (Teil B), *ibid.*, S.646ff.; A. Bleckmann, – 1966–1968, ZaöRV 31 (1971), S.271ff., – 1969–1970, ZaöRV 32 (1972), S.71ff., – 1971, *ibid.*, S.583ff., – 1972, ZaöRV 33 (1973), S.757ff., – 1973, ZaöRV 34 (1974), S.737ff., – 1974, ZaöRV 36 (1976), S.856ff., – 1975, ZaöRV 37 (1977), S.306ff.; W. D. Kischlat, – 1976, ZaöRV 37 (1977), S.790ff.; H. Krück, – 1977, ZaöRV 39 (1979), S.83ff., – 1978, ZaöRV 40 (1980), S.122ff.; M. Vierheilig, – 1979, ZaöRV 41 (1981), S.149ff., – 1980, ZaöRV 42 (1982), S.121ff., – 1981, ZaöRV 43 (1983), S.118ff.; U. Wölker, – 1982, ZaöRV 44 (1984), S.103ff.; C. Haverland, – 1983, ZaöRV 45 (1985), S.62ff.; R. Kühner, – 1984, ZaöRV 46 (1986), S.89ff.

³ NJW 1986, 1427, dargestellt bei Herdegen, *Rechtsprechungsbericht 1985* (Anm.2), 777f. (Nr.1).

Staates in den Gerichtsstaat verbracht worden sei, verbiete, weil der völkerrechtliche Anspruch des verletzten Staates auf die unverzügliche Übergabe dieser Person bereits entstanden oder durch die Verbringung selbst ein völkerrechtlicher Unrechtstatbestand verwirklicht worden sei. Eine Staatenpraxis, auf Grund derer die Freiheit der Staaten, die in ihrem Hoheitsbereich befindlichen Personen ihrer Strafgerichtsbarkeit in Bezug auf Sachverhalte mit einer gewissen Mindestbeziehung zum eigenen Hoheitsbereich zu unterwerfen, von Völkerrechts wegen in einem solchen Fall eingeschränkt sei, könne nicht nachgewiesen werden. Das Gericht ließ ausdrücklich offen, ob eine allgemeine Regel des Völkerrechts besteht, wonach die Durchführung eines Strafverfahrens gegen eine Person, die in völkerrechtswidriger Weise in den Gerichtsstaat verbracht worden ist, gehindert wäre, wenn der verletzte Staat ihre unverzügliche Rücklieferung forderte oder einen vergleichbaren Anspruch geltend machte. Auch die Frage, ob Auslieferungsbestimmungen individualschützende Wirkungen entfalten und sich hieraus möglicherweise ein Strafverfolgungshindernis ergebe, könne offenbleiben, da nach dem hier einschlägigen Europäischen Auslieferungsübereinkommen⁴ bei dem vorliegenden Sachverhalt der ausländische Staat zur Auslieferung verpflichtet gewesen sei.

2. Mit der gleichen Problematik mußte sich der Bundesgerichtshof beschäftigen (Beschluß vom 19.12.1986 – 2 StR 588/86 – MDR 1987, 427 = NJW 1987, 3087). In dem zu entscheidenden Fall war der Angeklagte von einem V-Mann der deutschen Polizei in den Niederlanden zur Einfuhr von Heroin in die Bundesrepublik provoziert und zur Einreise in diese verlockt worden, wo er verhaftet wurde. In einer ersten Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof das Vorliegen eines Verfahrenshindernisses mit dem Bemerkten abgelehnt, daß die Niederlande bisher einen Wiedergutmachungsanspruch, der seiner Natur nach der Ausübung deutscher Gerichtsbarkeit entgegenstünde, nicht erhoben hätten⁵. Mit der gleichen Begründung war eine Verfassungsbeschwerde vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen worden⁶. Inzwischen hatten die Niederlande die unverzügliche Rücklieferung des Angeklagten gefordert. Der Bundesgerichtshof stellte fest, daß dem Angeklagten durch die Geltendmachung eines solchen völkerrechtlichen Restitutionsanspruchs keine Rechte erwachsen, die eine Strafverfolgung hindern würden. Die Anerken-

⁴ Übereinkommen vom 13.12.1957, BGBl.1964 II, 1371, für die Bundesrepublik in Kraft seit 1.1.1977.

⁵ NStZ 1985, 464.

⁶ Vgl. Anm.3.

nung des Anspruchs bedeute nur, daß eine völkerrechtswidrige Veränderung des Aufenthalts des Angeklagten rückgängig zu machen sei; der materielle Strafanspruch der Bundesrepublik würde aber dadurch nicht zum Erlöschen gebracht. Insofern brauche das tatrichterliche Urteil nicht aufgehoben zu werden. Um die Erfüllung des Restitutionsanspruchs nicht zu verzögern, stellte der Bundesgerichtshof das Revisionsverfahren vorläufig ein.

3. In dem Beschluß der Ersten Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 21.7.1986 (2 BvR 596/86; nicht veröffentlicht) ging es um die Frage, ob es eine allgemeine völkerrechtliche Regel im Sinne des Art.25 GG für die Übertragung der persönlichen Sorge für ein gemeinsames Kind geschiedener Eltern gebe. Das Gericht konnte unter Hinweis auf die von der Tatsacheninstanz getroffenen Sachverhaltsfeststellungen offenlassen, ob eine in Art.16 Abs.1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948⁷ und in Art.23 Abs.4 Satz 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966⁸ zum Ausdruck kommende allgemeine Regel des Völkerrechts besteht, nach der trotz des Widerspruchs eines Elternteils das gemeinsame Sorgerecht erteilt oder von einer gerichtlichen Sorgerechtsregelung sogar abgesehen werden muß, wenn das nicht gegen das Wohl des betroffenen Kindes verstößt.

4. Ob die durch einen völkerrechtlichen Vertrag bedingten Minderungen der Rechtsschutzmöglichkeiten von privaten Grundstückseigentümern gegen Fluglärm eine Verletzung von Art.14 GG darstellt, hatte das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 12.3.1986 (1 BvR 81/79 – AVR 25 (1987), 106 = BVerfGE 72, 66 = MDR 1986, 996 = NJW 1986, 2188) [5, 14] zu entscheiden, der im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle auf Vorlage des Bundesgerichtshofes erging. Nach den Art.1 Satz 1 und 4 Abs.3 Satz 2 des Staatsvertrages zwischen der Bundesrepublik und der Republik Österreich über die Auswirkungen der Anlage und des Betriebes des Flughafens Salzburg auf das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik⁹ in Verbindung mit § 1 Abs.1 LuftVG und § 6 Abs.1 LuftVO können die Grundstückseigentümer im Bundesgebiet wegen Lärmbeeinträchtigungen von dem bezeichneten Flughafen gegen Luftfahrer und Luftfahrzeughalter sowie die Flughafenbetreiber keine Unterlassungsansprüche geltend machen. Vielmehr sind sie auf einen Anspruch auf Schaffung von Schutzvorkehrungen und – sekundär – auf einen solchen auf Schadensersatz be-

⁷ General Assembly Resolution 217 III A.

⁸ BGBl.1976 II, 1068.

⁹ BGBl.1974 II, 15.

schränkt. Das Bundesverfassungsgericht sah in der völkervertraglichen Regelung keinen Verstoß gegen das Grundrecht, sondern nur die Konkretisierung von Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinne von Art.14 Abs.1 Satz2GG. Die Grenzen des Eigentums, die im Interesse des Wohls von der Allgemeinheit notwendig seien, könnten auch von einem völkerrechtlichen Vertrag in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz gezogen werden. Im zu entscheidenden Falle habe der Staat die Rechtsschutzposition der Grundstückseigentümer beschränkt, um die Beziehungen zu Österreich nicht zu gefährden und auf den internationalen Luftverkehr Rücksicht zu nehmen, für dessen Förderung sich die Bundesrepublik mit ihrem Beitritt zum Abkommen von Chicago über die internationale Zivilluftfahrt¹⁰ verpflichtet habe. Die Minderung der Rechtsschutzmöglichkeiten von privaten Grundstückseigentümern werde dadurch kompensiert, daß das verbleibende Recht, Ansprüche auf Schutzvorkehrungen bzw. Schadensersatz geltend zu machen, durch die im Vertrag ausgesprochene diesbezügliche Garantie sich auch über die Grenze hin leichter realisieren lassen würde.

5. Gestützt auf den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 12.3.1986 [4,14] kam der Bundesgerichtshof zu dem Ergebnis, daß ein Anspruch auf Einschränkung des genehmigten Flugbetriebs auf dem Flughafen Salzburg durch Art.4 Abs.3 Satz2 des deutsch-österreichischen Staatsvertrages vom 19.12.1986¹¹ ausgeschlossen sei. Eigentümer von Grundstücken auf bundesdeutschem Gebiet hätten den ordnungsgemäßen Flugverkehr zu dulden.

6. Die Grenzen zulässiger Rückwirkung eines Doppelbesteuerungsabkommens waren Gegenstand des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 14.5.1986 (2 BvL 2/83 – BVerfGE 72, 200 = RIW 1986, 651). Dem Urteil lag eine konkrete Normenkontrolle gegen das Zustimmungsgesetz vom 5.9.1972¹² zum Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Bundesrepublik und der Schweiz vom 11.8.1971 zugrunde. Das Abkommen war durch Austausch der Ratifikationsurkunden am 29.12.1972 zustande gekommen; dies wurde im Bundesgesetzblatt vom 9.2.1973¹³ innerstaatlich bekanntgegeben. Der Vertrag sollte rückwirkend für die Zeit vom 1.1.1972 an angewandt werden. Das Bundesverfassungsgericht unterschied zwischen der Rückwirkung auf völkerrechtlicher Ebene und jener im in-

¹⁰ BGBl.1956 II, 412.

¹¹ Vgl. Anm.9.

¹² BGBl.1972 II, 1021.

¹³ BGBl.1973 II, 74.

nerstaatlichen Bereich. Auf der völkerrechtlichen Ebene wurde danach differenziert, ob das Abkommen nur an Tatbestände anknüpfte, die vor dem Vertragsabschluß lagen, oder ob es auch seine Rechtsfolgen auf diesen Zeitraum erstreckte, d. h. eine Steuerschuld, die vor dem völkerrechtlichen Inkrafttreten des Vertrages bereits entstanden bzw. endgültig nicht entstanden war, nachträglich änderte. Das Gericht stellte fest, daß eine bloß tatbestandliche Rückanknüpfung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Soweit hingegen die Rechtsfolgen des Abkommens auf einen Zeitpunkt vor seinem Abschluß vorverlegt worden seien, würde in verfassungswidriger Weise in subjektive Rechtsstellungen des Einzelnen eingegriffen, die diesem durch ein vorangegangenes Doppelbesteuerungsabkommen vermittelt worden seien. Für den innerstaatlichen Bereich stellte das Gericht fest, daß der maßgebliche Zeitpunkt für den Wegfall des schutzwürdigen Vertrauens in den Bestand der ursprünglichen Rechtslage das Zustimmungsgesetz zu völkerrechtlichen Verträgen sei. Eine Vorverlegung des Zeitpunkts etwa auf das Datum der Unterzeichnung eines Vertrages mit der Begründung, daß das Parlament einen völkerrechtlichen Vertrag nur als Ganzes annehmen oder verwerfen könne, lehnten die Richter unter Hinweis darauf ab, daß eben auch insofern die Ungewißheit bleibe, ob der Bundestag den Entwurf des Zustimmungsgesetzes und damit den Vertrag billigen werde. Auf der anderen Seite sei es aber verfassungsrechtlich nicht geboten, Vertrauensschutz noch für die Zeit nach dem endgültigen Beschluß des Zustimmungsgesetzes zu gewähren. Eine bestehende Unsicherheit darüber, ob und wann ein völkerrechtlicher Vertrag verbindlich wäre, betreffe nämlich nicht dessen Inhalt; dieser stehe mit der Unterzeichnung des Vertragstextes fest. Das Gericht ließ offen, inwieweit in einem Einzelfall auf Grund besonderer Umstände, etwa wegen einer erst Jahre nach dem Beschluß des Zustimmungsgesetzes erfolgten Ratifikation des Vertrages, Abweichendes gelten müsse.

Das Gericht entschied im Ergebnis, daß die innerstaatliche Anwendung der Vertragsnormen, die aus den aufgeführten Gründen gegen das dem Rechtsstaatsprinzip innewohnende Rückwirkungsverbot verstießen, von Verfassungs wegen gehindert sei; die völkerrechtliche Verbindlichkeit wurde insoweit nicht in Frage gestellt.

7. Daß das Atomgesetz eine völkerrechtsfreundliche Auslegung fordere, die den Schutz dieser Normen auch außerhalb des Bundesgebietes lebenden Ausländern zukommen lasse, leitete das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 17.12.1986 – 7 C 29/85 – AVR 25 (1987), 355 = BVerwGE 75, 285 = DVBl.1987, 375 mit Anm. von A. Weber = EuGRZ 1987, 116 mit Anm. von U. Beyerlin = GewArch 1987, 93 =

JZ 1987, 351 mit Anm. von P. Preu = NJW 1987, 1154 = RIW 1987, 384) [13] daraus ab, daß eine Beschränkung des sehr umfassenden Schutzzwecks der Regelungen auf Rechtsgüter im Bundesgebiet sich dem Atomgesetz nicht entnehmen lasse¹⁴. Zudem ergebe sich aus § 1 Nr.4 AtG, demzufolge das Gesetz auch die Erfüllung der von der Bundesrepublik übernommenen internationalen Verpflichtungen gewährleisten solle, daß in diesem Bereich völkerrechtliche Bindungen in die innerstaatliche Rechtsordnung hineinwirkten. Schließlich müsse bei der Auslegung des Atomgesetzes in Rechnung gestellt werden, daß die dort angesprochenen Gefahren nicht an den Staatsgrenzen haltmachten.

II. Völkerrechtliche Verträge

8. Im Urteil vom 16.12.1986 (II K 233/85 – EFG 1987, 230 = RIW 1987, 484; nicht rechtskräftig) hatte das Finanzgericht Köln darüber zu entscheiden, ob ein Doppelbesteuerungsabkommen nur für die Staatsangehörigen der vertragschließenden Staaten gilt. Das Gericht wies darauf hin, daß es zwar nicht mehr der allgemeinen Rechtsüberzeugung entspreche, daß Staatsangehörige von Drittstaaten sich nicht auf Doppelbesteuerungsabkommen berufen könnten; diese Auffassung sei aber neu und dürfe bei Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages, der vor der Herausbildung dieser Meinung zustande gekommen sei, nicht berücksichtigt werden; denn Ziel der Interpretation sei die Feststellung des wirklichen Parteiwillens zur Zeit des Vertragsschlusses. Das Gericht sah sich in seinem Urteil durch Art.32 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge¹⁵ bestätigt, wonach als ergänzende Auslegungsmittel bei völkerrechtlichen Verträgen nur die vorbereitenden Materialien und die Umstände des Vertragsabschlusses berücksichtigt werden können. Es qualifizierte diese Interpretationsregel als Völkergewohnheitsrecht und erklärte sie auf Grund von Art.25 GG für innerstaatlich anwendbar.

9. Nach Art.4 des Niederlassungsübereinkommens zwischen dem Deutschen Reich und der Türkischen Republik¹⁶ genießen deutsche und türkische Staatsangehörige im jeweils anderen Vertragsstaat das Recht, jede Art von Industrie und Handel zu betreiben sowie jede Erwerbstätigkeit und jeden Beruf auszuüben; nach Art.2 Satz 3 des Abkommens bleiben die

¹⁴ Das BVerwG hob damit ein Urteil des VG Oldenburg vom 6.2.1985, DVBl.1985, 802, auf, dargestellt bei Herdogen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 780 (Nr.6).

¹⁵ BGBl.1985 II, 927.

¹⁶ Abkommen vom 12.1.1927, RGBl.1927 II, 76, 454; BGBl.1952 II, 608.

nationalen Einwanderungsbestimmungen von dieser Regelung unberührt. Das Bundesverwaltungsgericht entschied (Urteil vom 9.5.1986 – BVerwG 1 C 39/83 – BVerwGE 74, 165 = DÖV 1986, 966 = InfAuslR 1986, 237 = NJW 1986, 3037) [37, 95], daß Art.4 des Niederlassungsübereinkommens einem Verbot einer selbständigen Erwerbstätigkeit als Auflage zur Aufenthaltserlaubnis nicht entgegenstehe. Insoweit handele es sich nämlich um eine Einwanderungsbestimmung. Aus Art.4 folge für das Aufenthaltserlaubnisverfahren lediglich, daß türkische Staatsangehörige von selbständigen Erwerbstätigkeiten nicht generell ausgeschlossen werden dürfen¹⁷.

III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität

1. Allgemeines zum Territorialitätsgrundsatz

10. Nach § 141 Abs.1 Nr.3 AO sind Landwirte, die selbstbewirtschaftete land- und forstwirtschaftliche Flächen von einem bestimmten Wirtschaftswert besitzen, buchführungspflichtig. Das Finanzgericht Düsseldorf entschied (Urteil vom 21.5.1986 – IV 237/82 AO – EFG 1986, 534), daß bei Ermittlung dieses Wirtschaftswertes auch im Ausland belegene Nutzflächen einzubeziehen seien. Die Feststellung des Wirtschaftswertes im Rahmen von § 141 AO sei kein formaler Akt, sondern eine tatsächliche Handlung; die Feststellung als solche habe noch keine Rechtswirkungen nach außen. In das Besteuerungsrecht des ausländischen Staates oder in ein sonstiges Hoheitsrecht werde dadurch nicht eingegriffen.

11. An der ständigen Rechtsprechung¹⁸, daß die Inanspruchnahme eines außerhalb der Bundesrepublik ansässigen Ausländers für eine inländische Abgabe nur dann keine völkerrechtswidrige Einmischung in den Hoheitsbereich eines fremden Staates darstelle, wenn eine hinreichend sachgerechte Anknüpfung für die Abgabenerhebung gegeben ist, hielt auch das Finanzgericht Hamburg fest (Urteil vom 19.6.1986 – IV 222–223/84 N – EFG 1986, 608)¹⁹.

12. Die Folgen der Weigerung eines außerhalb der Bundesrepublik lebenden Ausländers, eine Blutentnahme zum Zwecke der serologischen Begutachtung für die Vaterschaftsfeststellung vornehmen zu lassen, hatte der Bundesgerichtshof zu bestimmen (Urteil vom 9.4.1986 – IV b ZR 27/85

¹⁷ So bereits das BVerwG, InfAuslR 1983, 286.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 63, 343.

¹⁹ So auch FG München, Urteil vom 26.11.1986 – I 47/80 E – RIW 1987, 402.

– JZ 1987, 42 mit Anm. von R. Stürner). Das Gericht führte aus, daß im Falle der Verweigerung einer Blutentnahme durch den Beklagten die Beweisvereitelung nicht zum Nachteil des Prozeßgegners ausschlagen dürfe. Wenn ein Rechtshilfeersuchen durch eine zwangsweise Blutentnahme keinen Erfolg verspräche, weil die ausländische Rechtsordnung eine solche Maßnahme nicht vorsehe, würde zwar nicht gleich eine Beweislastumkehr zu Lasten des Beklagten eintreten, er solle aber so behandelt werden, als hätte die Begutachtung keine Anhaltspunkte für schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft im Sinne von § 1600 Abs. 2 Satz 2 BGB erbracht. Auf die mit seiner Weigerung verbundenen Beweismachteile sei der Beklagte hinzuweisen.

13. In dem bereits erwähnten Urteil vom 17.12.1986 [7] stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, daß eine atomrechtliche Genehmigung gemäß § 7 AtG zwar nur innerhalb der Grenzen der Bundesrepublik Wirkung entfalte, doch schließe dies die Geltendmachung von Ansprüchen von im Ausland wohnenden Ausländern vor deutschen Gerichten nicht aus, soweit das Atomgesetz ihnen subjektiv-öffentliche Rechte gewährt. Das Völkerrecht fordere für eine solche Gewährung nur einen ausreichenden inländischen Anknüpfungspunkt. Ein Staat sei – so das Bundesverwaltungsgericht – völkerrechtlich verpflichtet, grenzüberschreitende Umweltbelastungen so weit zu verhüten, abzubauen und zu kontrollieren, daß ein ernsthafter Schaden im Gebiet eines anderen Staates nicht auftreten könne; wenn daraus zwar auch nicht die Pflicht des Genehmigungsstaates zur Verleihung subjektiv-öffentlicher Rechte an nicht in seinem Gebiet wohnende Ausländer folge, bedeute es doch zumindest, daß eine Erstreckung von nationalen Schutznormen auf diesen Personenkreis jedenfalls dann nicht völkerrechtswidrig sei, wenn so zugleich die Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen effektiver gesichert werde. Durch das Angebot an im Ausland lebende Personen, sich an inländischen Verwaltungsverfahren zu beteiligen, werde keine Hoheitsgewalt im Ausland ausgeübt und somit auch das Territorialitätsprinzip nicht verletzt.

14. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluß vom 12.3.1986) [4, 5] kann nicht angenommen werden, daß das internationale Nachbarrecht einem Staat verbiete, einen Flughafen in Grenznähe zu genehmigen, der für die Bevölkerung des angrenzenden Staates weniger Lärmbelästigung mit sich bringt als die Flughäfen dieses Staates.

15. Im Beschluß vom 8.7.1986 (OVG Bs V 137/86 – InfAuslR 1986, 275) [29, 36, 43] erklärte das Oberverwaltungsgericht Hamburg, daß eine Ausländerbehörde in der Regel ihr Ermessen pflichtgemäß ausübe, wenn sie einem Ausländer einen Fremdenpaß gemäß § 4 AuslG verweigere, der

in seinem Heimatland Wehrdienst zu leisten habe; andernfalls griffe sie in die Paßhoheit und in die Verteidigungsinteressen dieses Staates ein. Im gleichen Sinne entschied auch das Oberverwaltungsgericht Berlin (Urteil vom 27.5.1986 – OVG 8 B 93/85 – InfAusR 1986, 277) [42].

2. Deutscher *ordre public* und die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche und -klauseln

16. Ausländische Schiedssprüche, so urteilte der Bundesgerichtshof (Urteil vom 15.5.1986 – III ZR 192/84 – MDR 1986, 917 – RIW 1986, 816), unterliegen unter dem Blickwinkel des deutschen *ordre public* keiner strengeren Prüfung als Urteile ausländischer Staatsgerichte. Beim *ordre public* sei zu differenzieren zwischen *ordre public interne* und *ordre public international*. Eine Verletzung des verfahrensrechtlichen *ordre public international* liege nur vor, wenn eine Schiedsgerichtsentscheidung in einem Verfahren ergangen sei, das von den Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechts in einem solchen Maße abweiche, daß sie nach der deutschen Rechtsordnung nicht als in einem geordneten rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden könne.

17. Nach §§ 764, 762 BGB wird durch ein Differenzgeschäft keine Verbindlichkeit begründet. Eine Ausnahme davon macht § 58 Börsengesetz bezüglich Börsentermingeschäften in Waren und Wertpapieren, die nach dem in § 50 Börsengesetz vorgeschriebenen Zulassungsverfahren an einer inländischen Börse zum Börsenterminhandel zugelassen worden sind; dies gilt nicht für entsprechende Geschäfte mit Waren oder Wertpapieren, die an einer ausländischen Börse zugelassen sind, selbst wenn für die Zulassung dort ähnliche Bestimmungen gelten, wie sie § 50 Börsengesetz enthält. Der Differenzeinwand ist gegenüber derartigen Geschäften nicht ausgeschlossen. Eine Schiedsklausel, nach der ein Recht zur Anwendung kommen solle, das einen solchen Differenzeinwand nicht kenne, verstößt nach Auffassung des Oberlandesgerichts Frankfurt gegen den deutschen *ordre public* (Urteil vom 16.1.1986 – 16 U 40/85 – RIW 1986, 902).

IV. Staatsangehörigkeit und Volkszugehörigkeit

1. Erwerb

18. Eine bisher von Gerichten noch nicht behandelte Fallkonstellation im Zusammenhang mit dem Einbürgerungsanspruch nach Art.116 Abs.2

Satz 1 GG hatte das VG Berlin zu entscheiden (Urteil vom 27.10.1986 – VG 2 A 39/85 – StAZ 1987, 142 mit Anm. von M. Silagi; nicht rechtskräftig). Die Kläger waren 1948 bzw. 1952 geborene Kinder einer Frau, die – von Geburt an deutsche Staatsangehörige – 1938 nach Palästina ausgewandert und nach § 2 der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz²⁰ aus rassistischen Gründen ausgebürgert worden war. Während das Bundesverwaltungsgericht²¹ im Falle eines nichtehelichen Abkömmlings eines Deutschen, der im Dritten Reich seine Staatsangehörigkeit verloren hatte, zu der Entscheidung gelangt war, daß ein Einbürgerungsanspruch nicht bestehe, weil ein nichteheliches Kind einer ausländischen Mutter und eines deutschen Vaters auch dann die deutsche Staatsangehörigkeit nicht erlangt hätte, wenn der Vater nicht ausgebürgert worden wäre, stellte das Verwaltungsgericht Berlin jetzt fest, daß bei dem vorliegenden Sachverhalt hypothetische Erwägungen verfehlt seien. Zwar sei richtig, daß zur Zeit der Geburt der Kinder nach dem RuStAG die Staatsangehörigkeit bei ehelichen Abkömmlingen durch den Vater vermittelt worden sei; das Gericht hob aber darauf ab, daß es einen spezifisch staatsangehörigkeitsrechtlichen Begriff des Abkömmlings nicht gebe; es sei daher bei der Auslegung der Vorschrift der allgemeine Wortsinn zugrunde zu legen. »Abkömmling« bezeichne danach alle leiblichen Kinder einer Mutter. Weder die Entstehungsgeschichte noch der Zweck von Art.116 Abs.2 Satz 1 GG erlaubten eine einschränkende Auslegung dieser Vorschrift. Sie ziele nicht nur darauf, den staatsangehörigkeitsrechtlichen Status vor der Ausbürgerung wiederherzustellen, sondern auf eine umfassende Wiedergutmachung von nationalsozialistischem Unrecht in diesem Bereich.

19. Kriterien für die Ausübung des Ermessens bei der Einbürgerung nach § 8 RuStAG spezifizierte das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 21.10.1986 (1 C 44/84 – BayVBl.1987, 245 = BVerwGE 75, 86 = DÖV 1987, 917 = DVBl.1987, 370 = InfAuslR 1987, 41 = StAZ 1987, 49 = VB1BW 1987, 411). Das Gericht stellte vorab klar, daß für das Ermessen allein das staatliche Interesse maßgebend sei; daraus folge jedoch nicht, daß die anzuwendende Vorschrift nicht auch dem Individualinteresse diene²²; dafür spreche schon die Antragsabhängigkeit der Einbürgerung, die Bedeutung der Staatsangehörigkeit für das Leben des Einzelnen sowie die

²⁰ Verordnung vom 25.11.1941, RGBl.1941 I, 722.

²¹ BVerwGE 68, 220, dargestellt bei Haverland, Rechtsprechungsbericht 1983 (Anm.2), 71 (Nr.11).

²² Vgl. dazu BVerwG, InfAuslR 1986, 4, dargestellt bei Herdegen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 783 f. (Nr.12).

prinzipielle Ordnung der Verhältnisse des Einzelnen zum Staat im Grundgesetz; insofern könnten subjektive Rechte bei der Ermessensausübung nach § 8 RuStAG verletzt werden; eine darauf gegründete Klage sei nicht schon wegen mangelnder Klagebefugnis unzulässig²³.

Das Gericht führte zur Begründetheit der Klage aus, daß das Einbürgerungsermessen durch gesetzliche Wohlwollensgebote eingeschränkt werde. Diese umfaßten aber nicht alle Abkömmlinge deutscher Staatsangehöriger, auch wenn die Abstammung grundsätzlich den wichtigsten Erwerbgrund für die deutsche Staatsangehörigkeit bilde. Eine Ermessenseinengung gebe es auch nicht in den Fällen – zu denen der entschiedene gehört –, in denen die deutsche Staatsangehörigkeit bei der Geburt auf Grund der gegen Art.3 Abs.2 GG verstoßenden alten Fassung des § 4 RuStAG nicht erworben worden sei. Denn die davon betroffenen Personen hätten binnen einer dreijährigen Frist durch eine Erklärung die deutsche Staatsangehörigkeit erlangen können²⁴.

Nach Ansicht des Gerichts ist es nicht ermessensfehlerhaft, wenn bei der Entscheidung über die Einbürgerung berücksichtigt wird, inwieweit der Antragsteller nach seinem Verhalten in Vergangenheit und Gegenwart Gewähr dafür bietet, daß er sich zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennt und für ihre Erhaltung eintritt. Die Ablehnung der Einbürgerung wegen Aktivitäten des Antragstellers in einer verfassungsfeindlichen Vereinigung sei nicht rechtswidrig.

20. Zum entgegengesetzten Ergebnis gelangte das Verwaltungsgericht Stuttgart bei der Entscheidung über die Einbürgerung eines mit einer Deutschen verheirateten Mannes auf Grund von § 9 RuStAG, der eine Zeitlang Mitglied einer verfassungswidrigen Vereinigung gewesen war (Urteil vom 26.11.1986 – 7 K 4202/84 – InfAuslR 1987, 297). § 9 RuStAG gewähre als verfassungskonforme Ausgestaltung des Schutzes von Ehe und Familie bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen einen grundsätzlichen Rechtsanspruch auf Einbürgerung; Zweifel daran, daß der Antragsteller sich zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung bekennt, könnten nicht zu einer Ablehnung der Regeleinbürgerung führen.

²³ Anderer Ansicht T. Stein, Verwaltungsgerichtliche Kontrolle abgelehnter Ermessenseinbürgerungen? DÖV 1984, 177.

²⁴ Art.3 des Gesetzes zur Änderung des RuStAG vom 20.12.1974, BGBl.1974 I, 3714.

2. Verlust

21. Ein minderjähriger Deutscher, der im Inland weder seinen Wohnsitz noch seinen dauernden Aufenthalt hat, verliert seine Staatsangehörigkeit nach § 25 Abs.1 RuStAG mit dem Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit, wenn ein Elternteil, dem die Personensorge für das Kind zusteht, entsprechend § 19 Abs.2 RuStAG diese Staatsangehörigkeit zugleich für sich und das Kind beantragt. Dem Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 9.5.1986 – 1 C 40/84 – NJW 1987, 1157) zufolge liegt ein solcher Antrag für das Kind nicht vor, wenn ein Elternteil bzw. die Eltern die Einbürgerung für sich beantragen und deren Vollzug sich auf Grund des ausländischen Gesetzes auch auf die Kinder erstreckt. Auch die Kenntnis dieser Erstreckungswirkung komme nicht einem Antrag im Sinne des § 19 Abs.2 RuStAG gleich, vielmehr müsse ein solcher ausdrücklich gestellt werden. Wenn daher das Kind die fremde Staatsangehörigkeit bloß auf Grund des Staatsangehörigkeitswechsels der Eltern erlange, verliere es die deutsche Staatsangehörigkeit nicht.

3. Anknüpfung bei doppelter Staatsangehörigkeit

22. Anknüpfungsprobleme bei doppelter Staatsangehörigkeit waren Gegenstand des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Frankfurt vom 7.8.1986 (V/1 G 1631/86 – InfAuslR 1986, 290) [93]. Nach dem hessischen Hochschulrecht²⁵ dürfen Ausländer mit einer von Hessen anerkannten ausländischen Hochschulzugangsberechtigung an hessischen Universitäten studieren, ohne eine Anerkennungsprüfung ablegen zu müssen. Das Gericht entschied, daß diese Privilegierung nicht auch für solche Personen gelte, die neben der ausländischen auch die deutsche Staatsangehörigkeit besäßen. Nach Art.3 Abs.3 GG sei es nicht verboten, je nach Staatsangehörigkeit unterschiedliche Behandlung zu gewähren; für die Bevorzugung von Ausländern könnten gewichtige Gründe etwa entwicklungspolitischer Art sprechen. Das Entscheidungsergebnis stünde auch nicht in Widerspruch zum Völkerrecht; es gebe nämlich keinen über Art.25 GG geltenden Grundsatz, daß Mehrstaater jeweils Rechte aus der für sie günstigsten

²⁵ § 35 Abs.7 und 8 Hessisches Hochschulgesetz in der Fassung vom 10.10.1980, GVBl.1980 I, 391, in Verbindung mit §§ 1–3, 5, 13 der Verordnung über die Anerkennung ausländischer Hochschulzugangsberechtigungen deutscher Staatsangehöriger in der Fassung vom 4.7.1983, GVBl.1983 I, 121, und § 1 der Verordnung über die Anerkennung ausländischer Hochschulzugangsberechtigungen von Ausländern und Staatenlosen in der Fassung vom 5.2.1982, GVBl.1982 I, 54.

Staatsangehörigkeit beanspruchen dürften. Vielmehr gelte die Regel, daß an die Inlandsstaatsangehörigkeit angeknüpft würde²⁶.

4. Volkszugehörigkeit

23. Deutscher im Sinne des Grundgesetzes ist nach Art.116 GG auch, wer als Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit im Gebiet des Deutschen Reichs nach dem Stande vom 31.12.1937 Aufnahme gefunden hat. Mit der Bestimmung der deutschen Volkszugehörigkeit bei Personen, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, befaßte sich das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.7.1986 (9 C 9/86 – NJW 1987, 2032). Die deutsche Volkszugehörigkeit ergebe sich aus objektiven Faktoren wie Abstammung, Erziehung und Sprache – gesetzlichen Bestätigungsmerkmalen – sowie aus einem subjektiven Element, das in dem Bekenntnis der Person liege, dem deutschen Volke anzugehören. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts²⁷, die in diesem Urteil ihre Fortsetzung fand, ist bei Personen aus Vielvölkerstaaten die deutsche Volkszugehörigkeit widerlegbar zu vermuten, wenn die objektiven Bestätigungsmerkmale hinreichend für ein Bekenntnis zum deutschen Volk sprechen. Wenn eine Person mehrsprachig aufwachse oder von Eltern unterschiedlicher ethnischer Gruppen abstamme, sei sie als deutscher Volkszugehöriger zu qualifizieren, wenn sie von ihrer Umgebung als solcher angesehen worden sei.

Das Bundesverwaltungsgericht stellte im gleichen Urteil fest, daß auch eine Spätaussiedlung als Folge von Vertreibungsmaßnahmen, die etwa in dem durch die Vereinsamung bedingten Vertreibungsdruck liege, einzustufen sei. Die Vertreibung sei widerlegbar zu vermuten.

V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs

24. Neuerlich hatte sich das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschuß vom 20.3.1986 – 1 Ws 1102/85 – MDR 1986, 779 = NJW 1986, 2204 = NStZ 1987, 87 mit Anm. von G. J a k o b s) mit der Immunität eines Son-

²⁶ Der BGH läßt eine Durchbrechung dieses Grundsatzes im internationalen Privatrecht für den Fall zu, daß der ausländischen Staatsangehörigkeit nach den Umständen des Einzelfalls ein derartiges Gewicht zukommt, daß sie für das anzuwendende Recht bestimmend ist, BGHZ 75, 33 ff.

²⁷ Zuletzt BVerwGE 66, 168 ff.

derbotschafters zu befassen (Fall *Tabatabai*)²⁸. In der Entscheidung wurde in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung festgestellt, daß eine solche Immunität keinen persönlichen Strafausschließungsgrund, sondern ein Verfahrenshindernis darstelle; dies folge aus dem Wortlaut der §§ 18–20 GVG, die nur eine verfahrensrechtliche Freiheit vom Gerichtszwang, nicht aber von den Vorschriften des Strafgesetzes gewähren wollten. Das Verfahrenshindernis stehe nur bis zur Beendigung der Immunität der Durchführung eines Strafverfahrens entgegen. In Bezug auf nicht in Ausübung der dienstlichen Tätigkeit begangene Straftaten ende die Immunität zugleich mit der Mission. Das Gericht stützte sich in seiner Entscheidung auf den Wortlaut von Art.39 Abs.2 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen²⁹.

25. Zur Reichweite der Immunität von ausländischen Konsularbeamten hatte sich das Landgericht Hamburg zu äußern (Urteil vom 10.4.1986 – 2 O 189/85 – NJW 1986, 3034). In der Entscheidung heißt es, daß gegenüber gerichtsfreien Personen zwar keine gerichtlichen Handlungen vorgenommen werden dürften, doch könne diesen Personen eine Klage zugestellt und ein Termin zur abgesonderten Verhandlung anberaumt werden, jedenfalls wenn die Aktenlage keine Entscheidung über die Immunität erlaube. Die genannten Maßnahmen könnten im Einzelfall zur Klärung notwendig sein, ob die Voraussetzungen des § 19 GVG vorliegen; auch würde nur so eine gerichtsfreie Person von der Klage in Kenntnis gesetzt, was ihr dann die Möglichkeit gebe, auf die Immunität zu verzichten. Die Aufklärung über die Voraussetzungen der Gerichtsfreiheit erfolge im Freibeweisverfahren; dadurch würden eventuell gerichtsfreie Personen von prozessualen Lasten weitgehend freigehalten.

In demselben Urteil erklärte das Gericht, daß zu vermuten sei, daß der Abschluß von den außenwirtschaftlichen Belangen eines Landes dienenden Verträgen durch Konsularbeamte in Wahrnehmung der dienstlichen Aufgaben im Sinne des Art.43 Abs.1 der Wiener Konvention über konsularische Beziehungen erfolge und insofern Immunität bestehe.

26. Dem Bundessozialgericht zufolge (Urteil vom 22.10.1986 – 9a RV 43/85 – MDR 1987, 436) [46] hat eine deutsche Botschaft als Repräsentant der Bundesrepublik im Ausland gegenüber einem Rechtssuchenden beson-

²⁸ Zu den bisherigen Entscheidungen deutscher Gerichte in dieser Sache vgl. Beschlüsse von LG Düsseldorf, EuGRZ 1983, 159; OLG Düsseldorf, EuGRZ 1983, 160, dargestellt bei Haverland, Rechtsprechungsbericht 1983 (Anm.2), 74 ff. (Nr.15), sowie BGHSt 32, 275, dargestellt bei Kühner, Rechtsprechungsbericht 1984 (Anm.2), 102 ff. (Nr.13).

²⁹ Abkommen vom 24.4.1963, BGBl.1969 II, 1585.

dere Fürsorgepflichten. Gehe eine Rechtsmittelschrift auf Grund des Verhaltens eines deutschen Botschaftsangehörigen verspätet ein, sei dies dem Ausländer nicht zuzurechnen; er sei in den vorigen Stand wieder einzusetzen.

VI. Fremdenrecht³⁰

1. Einreise und Aufenthalt

a) Allgemeines

27. Im Berichtszeitraum beschäftigten sich die deutschen Gerichte wiederum mehrfach mit der Konkretisierung der Negativschränke für eine Aufenthaltserlaubnis des § 2 Abs.1 Satz 2 AuslG. Wiederholt ging es dabei um einen fehlenden bzw. den Aufenthaltswitz nicht deckenden Sichtvermerk. Das Bundesverwaltungsgericht entschied (Urteil vom 4.9.1986 – 1 C 19/86 – VBIBW 1986, 456) in Fortsetzung seiner neueren Rechtsprechung³¹, daß die Belange der Bundesrepublik im Sinne der zitierten Vorschrift des Ausländergesetzes nicht berührt seien, wenn ein Ausländer bei seiner Einreise einen Aufenthalt anstrebe, dessen Zweck entweder sichtvermerksfrei oder durch den eingeholten Sichtvermerk gedeckt gewesen sei, aber nach seiner Einreise den Entschluß fasse, den Aufenthalt zu einem anderen, an sich sichtvermerkspflichtigen Zweck fortzusetzen. Im Gegensatz zu den Fällen, in denen ein Ausländer von vornherein einen anderen als den vom Sichtvermerk gedeckten Aufenthaltswitz verfolge – was jeweils regelmäßig zum Eingreifen der Negativschränke führe³² –, habe sich der Ausländer in der hier entschiedenen Fallkonstellation den Sichtvermerk nicht erschlichen; die diesbezüglichen Vorschriften seien also eingehalten, ein generalpräventives Einschreiten sei somit gegenstandslos. Dem Bundesverwaltungsgericht zufolge hat der Ausländer plausibel zu machen, daß sein Sinneswandel erst nach Erteilung des Sichtvermerks erfolgte.

Dieser Rechtsprechung paßte sich auch der Verwaltungsgerichtshof

³⁰ Vgl. dazu auch B. Huber, Die Entwicklung des Ausländer-, Asyl- und Arbeitslaubnisrechts in den Jahren 1986/87, NJW 1987, 3045.

³¹ Vgl. Urteile, NJW 1984, 2775, und NJW 1985, 2097.

³² Zu diesen Fällen siehe BVerwGE 70, 54, dargestellt bei Kühner, Rechtsprechungsbericht 1984 (Anm.2), 106 (Nr.19).

Baden-Württemberg an³³ (Beschluß vom 12.12.1986 – 13 S 3105/86 – ESVGH 37, 117) [31].

28. Als ein Verstoß gegen die Belange der Bundesrepublik im Sinne von § 2 Abs.1 Satz 2 AuslG ist dem Bundesverwaltungsgericht (Beschluß vom 30.1.1986 – 1 A 80/85 – DÖV 1986, 609 = InfAuslR 1986, 134) [32] zufolge regelmäßig der dauernde Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet anzusehen, die Leistungen nach dem Gesetz zur Förderung der Rückkehrbereitschaft von Ausländern vom 28.11.1983³⁴ in Anspruch genommen und demgemäß das Bundesgebiet erklärtermaßen auf Dauer verlassen haben.

29. Im Beschluß vom 8.7.1986 [15, 36, 43] stellte das Oberverwaltungsgericht Hamburg fest, daß sich die Wirkung des § 9 Abs.1 Nr.1 AuslG, die im Erlöschen einer Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsberechtigung besteht, auch auf die Rechtsstellung des vorläufig erlaubten Aufenthalts nach § 21 Abs.3 Sätze 1 und 3 AuslG erstrecke.

b) Schutz von Ehe und Familie

Besonders zahlreich waren auch im Berichtszeitraum wieder Entscheidungen zum Aufenthaltsrecht, in denen es um Fragen des Schutzes von Ehe und Familie ging.

30. Eine Rolle spielte dabei wieder die Wartezeit nach der Eheschließung, die nach ministeriellen Verwaltungsvorschriften der Bundesländer³⁵ vor dem Nachzug eines ausländischen Ehegatten zu einem im Bundesgebiet lebenden ausländischen Arbeitnehmer abgelaufen sein muß. Im Anschluß an seine vorangehende Rechtsprechung³⁶ erklärte das Bundesverwaltungsgericht (Beschluß vom 7.3.1986 – 1 B 141/85 – InfAuslR 1986, 133) [83] erneut die entsprechende Regelung des baden-württembergischen Ausländererlasses für verfassungsmäßig; das Grundrecht aus Art.6GG wirke lenkend und begrenzend auf das im Zusammenhang mit der Entscheidung über eine Aufenthaltserlaubnis geübte behördliche Ermessen. Dem Staat bleibe aber bezüglich des Förderungsgebots ein Gestaltungsspielraum, der ihm eine angemessene Wahrung der Belange der Allgemein-

³³ Zu einem anderen Ergebnis gelangte der VGH noch mit Urteil vom 8.10.1985, VBIBW 1986, 227; diese Entscheidung wurde von der des BVerwG vom 4.9.1986 aufgehoben.

³⁴ BGBl.1983 I, 1377.

³⁵ Für Baden-Württemberg: Ausländererlaß vom 20.10.1981, GABl.1981, 1613.

³⁶ BVerwGE 70, 127; VBIBW 1984, 411, dargestellt bei Kühner, Rechtsprechungsbericht 1984 (Anm.2), 105f. (Nr.18).

heit auch in einwanderungspolitischer Hinsicht ermögliche³⁷.

31. Mit Bezug auf dieselbe Verwaltungsvorschrift erklärte der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg [27], daß die Wartezeitregelung über ihren Wortlaut hinaus das Ermessen der Behörden auch in den Fällen lenken soll, in denen ein als Tourist legal eingereister Ausländer erst während seines Besuchs die Ehe mit einem im Bundesgebiet lebenden ausländischen Staatsangehörigen schließt. Der Fall sei denen, in welchen die betroffenen Personen im Ausland geheiratet hätten, zu ähnlich, als daß eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt sei.

32. In der bereits erwähnten Entscheidung vom 30.1.1986 [28] stellte das Bundesverwaltungsgericht klar, daß das dort angenommene Eingreifen einer Negativschränke nur für die Erlaubnis eines Daueraufenthaltes gelte, während ein Aufenthalt zu Besuchszwecken gerade im Hinblick auf Art.6 Abs.1 GG weiterhin möglich sein müsse.

33. Daß eine Aufenthaltserlaubnis, die erteilt wurde, um das Zusammenleben der Ehegatten zu ermöglichen, nach Scheitern der Ehe nicht verlängert zu werden brauche, war die Begründung der Ersten Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts für die Nichtannahme einer entsprechenden Verfassungsbeschwerde (Beschluß vom 21.7.1986 – 2 BvR 411/86; nicht veröffentlicht) [84]. Dies gelte auch, wenn aus der Ehe Kinder hervorgegangen sind; denn einem durch Art.6 Abs.2 Satz 1 GG geschützten Umgangsrecht werde hinreichend durch die Erlaubnis von Besuchsaufhalten Rechnung getragen.

34. Ob eine nachträgliche Befristung einer zum Zwecke des ehelichen Zusammenlebens erteilten Aufenthaltserlaubnis während eines Ehescheidungsverfahrens möglich ist, hatte das Verwaltungsgericht Karlsruhe zu entscheiden (Beschluß vom 16.1.1986 – 8 K 347/85 – InfAuslR 1986, 284). Unter Berufung auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.5.1985³⁸, welchem zufolge dem Ehegatten eines im Bundesgebiet erwerbstätigen EWG-Ausländers eine Aufenthaltserlaubnis auch nach Ende der Lebensgemeinschaft zu erteilen sei, kam das Verwaltungsgericht zum Schluß, daß dies erst recht für den Ehegatten eines Deutschen gelten müsse.

35. Zum gegenteiligen Ergebnis gelangte das Verwaltungsgericht Stuttgart (Beschluß vom 5.5.1986 – 16 K 1324/86 – InfAuslR 1986, 285 mit Anm. von R. G u t m a n n) [90] im Falle des Getrenntlebens der Ehegatten.

³⁷ Das BVerfG, EuGRZ 1987, 449, erklärte die Wartezeitklausel im Ausländererlaß von Baden-Württemberg für verfassungswidrig.

³⁸ NJW 1985, 2099, ergangen im Anschluß an ein Urteil des EuGH, NJW 1985, 2087.

36. Die prozessuale Seite von Entscheidungen über die Aufenthaltserlaubnis mit Implikationen für die Ehe und Familie beleuchtete die bereits erwähnte Entscheidung des Hamburgischen Obergerichtes vom 8.7.1986 [15, 29, 43]. Darin heißt es, daß die durch Art.6 Abs.1 GG bewirkte Verklammerung der Rechte der Ehepartner hinsichtlich des Ehebestands nicht dergestalt sei, daß das Recht des einen sich aus dem des anderen herleite; eine Entscheidung über das Recht des einen Ehepartners aus Art.6 Abs.1 berühre nicht das des anderen. Daß sie tatsächliche Auswirkungen auf den jeweils nicht beteiligten Ehegatten habe, führe nicht zu einer notwendigen Beiladung im Sinne von § 65 Abs.2 VwGO.

c) Politische und soziale Rechte

37. Die Frage, nach welchen Kriterien die Ausländerbehörde über einen Antrag auf Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit unter aufenthaltsrechtlichen Aspekten zu entscheiden hat, war auch Gegenstand des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.5.1986 [9, 95]. Das Gericht stellte fest, daß sich die Behörde davon leiten lassen dürfe, ob der Ausländer nach seinem bisherigen Aufenthalt mit den deutschen Lebensverhältnissen und der deutschen Sprache ausreichend vertraut ist und deswegen erwarten läßt, daß er sich als Selbständiger in das Wirtschaftsleben in der Bundesrepublik eingliedern kann. Es sei ebenfalls zulässig, auch solchen Ausländern, die über einen längeren Zeitraum als Arbeitnehmer im Inland tätig gewesen sind, aber nicht zu einer privilegierten Gruppe – wie etwa die EWG-Ausländer – gehören, die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach aufenthaltsrechtlichen Kriterien nur unter der Voraussetzung zu erlauben, daß an der beabsichtigten Erwerbstätigkeit ein übergeordnetes wirtschaftliches Interesse oder ein besonderes örtliches Bedürfnis vorhanden ist. Hingegen stehe nicht der Ausländer-, sondern der Gewerbebehörde die Beurteilung zu, ob ein Ausländer für ein bestimmtes Gewerbe unzuverlässig sei. Diese Trennung von aufenthaltsrechtlichen und gewerberechtlichen Aspekten bedeute, daß die Entscheidung der Ausländerbehörde sich nicht an gewerberechtlichen Vorschriften wie etwa der Ausländer-Reisegewerbe-Verordnung³⁹ orientieren dürfe.

38. Mit dem Problem der Grenzen der politischen Betätigung von Ausländern hatte sich das Obergericht Nordrhein-Westfalen auseinanderzusetzen (Urteil vom 25.11.1986 – 18 A 1316/83 – InfAuslR 1987, 111). In der Entscheidung wurde ausgeführt, daß ein Ausländer, der sich

³⁹ Verordnung vom 24.8.1984, BGBl.1984 I, 1154.

gewalttätigen Formen der politischen Auseinandersetzung in seinem Heimatland durch Exilnahme in der Bundesrepublik entziehe, die politische Auseinandersetzung aber weiterführe, ordnungsrechtlich mitverantwortlich für die Verlagerung der gewalttätigen Formen dieser Auseinandersetzung in der Bundesrepublik sei. Wenn ihm daher nach § 6 Abs.1 AuslG die politische Betätigung in der Bundesrepublik verboten werde, um so Gefährdungen für Leib und Leben auch von Dritten zu vermeiden, stelle dies weder einen Verstoß gegen die durch Art.5 Abs.1 GG geschützte Meinungsfreiheit dar, die durch allgemeine Gesetze, darunter § 6 Abs.2 AuslG, eingeschränkt werden könne, noch – soweit es sich zugleich um religiöse Äußerungen handele, die untersagt würden – um einen solchen gegen Art.4 Abs.1 und 2 GG, wenn nur so die von Art.2 Abs.2 Satz 1 GG gewährleisteten Rechte gesichert werden könnten.

2. Ausweisung

39. Die bundesdeutsche Rechtsprechung zur Ausweisung von Ausländern, die im wesentlichen in der Bundesrepublik aufgewachsen sind⁴⁰, bestätigte das Bundesverfassungsgericht (Beschluß der Ersten Kammer des Zweiten Senats vom 21.7.1986 – 2 BvR 1479/85 – NVwZ 1986, 821). Zwar gebiete der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, daß der Verwurzelung des Ausländers in den deutschen Lebensverhältnissen in diesen Fällen besonderes Gewicht beigemessen werde, doch sei dadurch bei Vorliegen schwerwiegender Gründe für eine Beendigung des Aufenthaltes wie der wiederholten Begehung von Straftaten die Verweigerung einer Aufenthaltserlaubnis nicht ausgeschlossen.

3. Abschiebung

40. Wiederum Gegenstand der Rechtsprechung war die Rechtmäßigkeit der Abschiebung eines Ausländers, dem in seinem Heimatland eine weitere Bestrafung und möglicherweise die Todesstrafe droht⁴¹. Im Gegensatz zu dem im Vorjahresbericht erwähnten Urteil des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg kam das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen jetzt in

⁴⁰ Siehe Urteil des BVerwG vom 19.10.1987, DVBl.1983, 174, dargestellt bei Wölker, Rechtsprechungsbericht 1982 (Anm.2), 126 (Nr.42).

⁴¹ Siehe dazu OVG Lüneburg, Urteil vom 15.1.1985, InfAuslR 1985, 199, dargestellt bei Herdegen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 790f. (Nr.24); OVG Hamburg, Beschluß vom 2.11.1985, InfAuslR 1986, 33, dargestellt bei Herdegen, *ibid.*, 791 (Nr.25).

zwei Entscheidungen zum Ergebnis, daß jedenfalls die drohende Vollstreckung der Todesstrafe ein Abschiebungshindernis sei (Beschluß vom 24.2.1986 – 18 B 100/86 – InfAuslR 1986, 201 = NJW 1986, 2206; Urteil vom 3.6.1986 – 18 A 405/84 – InfAuslR 1986, 241 = NJW 1986, 3021). Das folge zum einen aus Art.102 GG, wonach die Todesstrafe in der Bundesrepublik abgeschafft sei, zum anderen aus § 8 IRG⁴², wonach die Bundesrepublik niemanden ausliefern dürfe, dem im Bestimmungsland die Todesstrafe drohe, es sei denn die Nicht-Vollstreckung werde zugesichert; hinter diesen Bestimmungen stünde ein Bekenntnis zum grundsätzlichen Wert des Menschenlebens. Die deutschen Behörden müßten in besonderem Maße Zurückhaltung üben, wenn sie auch nur mittelbar durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen an der Vollstreckung der Todesstrafe gegen einen Ausländer in seinem Heimatland mitwirken könnten; eine Abschiebung sei in einem solchen Fall mit den oben genannten Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung jedenfalls unvereinbar.

Mit ähnlichen Erwägungen wurde eine Abschiebung als unzulässig angesehen, wenn dem Auszuliefernden im Bestimmungsland eine menschenunwürdige Behandlung, etwa Folter, drohe.

Hingegen steht nach Auffassung des Gerichts eine drohende Doppelstrafung einer Abschiebung grundsätzlich nicht entgegen. Auch nach deutschem Recht – Art.103 Abs.3 GG, § 51 Abs.3 StGB, § 153c Abs.1 Nr.3 StPO – schließe eine Bestrafung im Ausland eine Aburteilung vor einem deutschen Gericht nicht aus. Im Urteil wurde allerdings offengelassen, ob dies unabhängig von der Höhe der drohenden Strafe, insbesondere bei Berücksichtigung deutscher Familienangehöriger gelte.

41. Eine Abschiebungshaft ist – so der Bundesgerichtshof (Beschluß vom 12.6.1986 – V ZB 9/86 – NJW 1986, 3024) – nicht immer schon dann erforderlich, wenn sich der Ausländer weigert, freiwillig auszureisen, und er auf dem Luftwege abgeschoben werden müßte. Abschiebungshaft dürfe nur angeordnet werden, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, daß die Abschiebung des Ausländers ohne seine Inhaftierung wesentlich erschwert oder vereitelt würde⁴³.

⁴² Gesetz vom 23.12.1982, BGBl.1982 I, 2071.

⁴³ Kritisch zur Rechtsprechung über die Erforderlichkeit der Abschiebungshaft K. Noltze/H. Erneke, Die Erforderlichkeit der Abschiebungshaft – Darstellung und Kritik der aktuellen Rechtsprechung aus praktischer Sicht, NVwZ 1986, 24.

4. Fremdenpaß

42. Nach § 4 Abs.1 AuslG darf Ausländern, die sich nicht durch einen Paß oder Paßersatz ausweisen können, ein Fremdenpaß ausgestellt werden. Nach ständiger Rechtsprechung⁴⁴, die jetzt vom Oberverwaltungsgericht Berlin bestätigt wurde [15], muß dabei stets mitberücksichtigt werden, daß in dieser Maßnahme ein Eingriff in die fremde Paßhoheit liege.

Im Hinblick auf die im Antrag auf Ausstellung des Fremdenpasses dargelegten Gründe – wie etwa politische Verfolgung – führte das Gericht aus, daß ein Bewerber sich nicht auf das Asylverfahren, das einem anderen Aufenthaltzweck diene, verweisen zu lassen brauche.

43. Zu demselben Themenkomplex äußerte sich auch das Oberverwaltungsgericht Hamburg in seinem bereits erwähnten Beschluß [15, 29, 36]. Darin heißt es, daß eine Ausländerbehörde ihr Ermessen pflichtgemäß ausübe, wenn sie einem Ausländer einen Fremdenpaß verweigere, der in seinem Heimatland Wehrdienst zu leisten habe; anderenfalls griffe sie in die Paßhoheit und die Verteidigungsinteressen dieses Staates ein. Jedoch könnte das im Einzelfall zu berücksichtigende Gebot des Schutzes von Ehe und Familie nach Art.6 Abs.1 GG die Erteilung eines Fremdenpasses erfordern, auch wenn sich der Ausländer dadurch seiner Wehrpflicht entzöge.

5. Gegenseitigkeitsprinzip

44. Im Staatshaftungsrecht findet sich die Regel, daß der Staat für die Amtspflichtverletzungen seiner Beamten gegenüber Ausländern dann nicht haftet, wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist⁴⁵. Der Bundesgerichtshof legte diese Regel einschränkend aus (Urteil vom 30.10.1986 – III ZR 151/85 – BGHZ 99, 62 = DÖV 1987, 442 = DVBl.1987, 519 mit Anm. von J. Berkemann); die Haftung des Staates oder der sonstigen Körperschaft, in deren Dienst ein Amtsträger stehe, der eine ihm einem Ausländer gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt habe, sei auch beim Fehlen der Gegenseitigkeit im Verhältnis zu dem Heimatstaat des Geschädigten nicht

⁴⁴ BVerwGE 42, 143; VGH München, InfAusR 1982, 170, dargestellt bei Wölker, Rechtsprechungsbericht 1982 (Anm.2), 123 (Nr.36).

⁴⁵ Siehe die dem folgenden Urteil zugrundeliegenden Bestimmungen § 7 Preußisches Staatshaftungsgesetz vom 1.8.1909, Gesetzessammlung 1909, 291; Art.80 AGBGB vom 17.7.1899, Regierungsblatt 1899, 133; der BGH, NVwZ 1982, 523, dargestellt bei Wölker, Rechtsprechungsbericht 1982 (Anm.2), 125 (Nr.40), und das BVerfG, NVwZ 1983, 89, dargestellt bei Wölker, *ibid.*, 126 (Nr.41), erklärten diese Regel für verfassungsmäßig.

ausgeschlossen, wenn und soweit der Schadensersatzanspruch der Verletzten nach § 1542 RVO auf einen inländischen Sozialversicherungsträger übergegangen sei. Zwar lasse weder rechtsgeschäftliche Abtretung noch Erbfolge den Amtshaftungsanspruch auf der Passivseite nachträglich auf den Staat übergehen, wenn jener in Ermangelung der Voraussetzungen der Staatshaftung nur gegen den Amtsträger, der pflichtwidrig gehandelt habe, gerichtet werden könne. Nach § 1542 RVO finde jedoch eine Legalzession im Zeitpunkt statt, der die Ersatzpflicht auslöse; wenn der Sozialversicherungsträger so auch kein eigenes Recht gegen den Schädiger erwerbe, erlange er den Anspruch des Geschädigten – der regelmäßig durch § 839 Abs.1 Satz 2 BGB begründet werde – doch automatisch; gegen eine Verfügung über diesen Anspruch sei er geschützt. Bei dieser Konstellation sei nicht einzusehen, daß die Staatshaftung auf Grund des Gegenseitigkeitsprinzips entfallen und damit die Versichertengemeinschaft den Schaden tragen solle.

45. Nach § 1 Abs.4 des Opferentschädigungsgesetzes⁴⁶ haben ausländische Opfer von Gewalttaten keinen Anspruch auf Versorgung, wenn die Gegenseitigkeit nicht gewährleistet ist. Das Bundessozialgericht (Urteil vom 13.8.1986 – 9a RVg 4/84 – BSGE 60, 186 = NJW 1987, 1159) legte diese Vorschrift dahin aus, daß damit Entschädigungsansprüche eines Ausländers bei Fehlen der Gegenseitigkeit nicht schlechthin ausgeschlossen seien, sondern nur ruhten. Ziel des Gegenseitigkeitsprinzips sei es nämlich, ausländische Staaten zu veranlassen, Deutschen die Rechte zukommen zu lassen, in deren Genuß auch seine Angehörigen in der Bundesrepublik gelangen können; dieses Ziel lasse sich auch dadurch verfolgen, daß im beschriebenen Zusammenhang einem Ausländer das Recht auf Entschädigung zuerkannt, die Versorgungsleistung aber zurückgehalten werde. Da diese Interpretation der Vorschrift für den Ausländer günstiger sei, gleichzeitig aber auch die staatlichen Interessen gewahrt würden, sei sie durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip geboten. Bei dieser Auslegung könnten die Ansprüche eines getöteten Ausländers auf seine deutschen Angehörigen übergehen und realisiert werden, da für diese das Gegenseitigkeitsprinzip nicht gelte.

⁴⁶ Gesetz vom 11.5.1976, BGBl.1976 I, 1181.

6. Verfahrensrechte

46. Daß eine in deutscher Sprache richtig erteilte Rechtsmittelbelehrung auch gegenüber Ausländern die Rechtsmittelfrist in Lauf setzt, entschied das Bundessozialgericht in seinem bereits erwähnten Urteil vom 22.10.1986 [26]⁴⁷. Es stellte dort gleichfalls fest, daß ein in einer fremden Sprache abgefaßter Schriftsatz keine fristwahrende Wirkung habe. Die für bestimmte Verwaltungsverfahren erlassenen Vorschriften über die Wirksamkeit fremdsprachiger Eingaben – so § 23 VwVfG, § 87 AO 1977, § 19 SGBX – seien Sonderregelungen und nicht Ausdruck allgemeiner Rechtsprinzipien.

VII. Asylrecht⁴⁸

1. Politische Verfolgung

a) Begriff

47. Eine Fortsetzung erfuhr im Berichtszeitraum die restriktive Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Begriff der politischen Verfolgung im Rahmen des Asylrechts⁴⁹. Die Verletzung der Menschenwürde allein – etwa durch Anwendung von Folterpraktiken – bedeute keine den Asylanspruch begründende politische Verfolgung; eine solche setze vielmehr gezielte Übergriffe wegen der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen der politischen Überzeugung der Betroffenen voraus (Urteil vom 27.5.1986 – BVerwG 9 C 35/86 u.a. – BVerwGE 74, 226 = DVBl.1986, 1059 = InfAuslR 1986, 265 mit Anm. von Rittstieg = NVwZ 1986, 930). Soweit Personen, die wegen Staatsschutzdelikten verfolgt würden, sich Aussagen nur schwerer abpressen ließen und deshalb die gegen sie eingesetzten Mittel härter seien, richteten sich die Reaktionen der staatlichen Organe nicht gegen die Gesinnung oder das Volkstum, sondern seien ver-

⁴⁷ Vgl. zum Anspruch eines Ausländers auf Übersetzungen von Akten der Strafverfolgungsbehörde bzw. der Entscheidung über die Zurückweisung der Haftbeschwerde Beschlüsse des OLG Stuttgart [80] und des OLG Düsseldorf [81].

⁴⁸ Vgl. Anm.30.

⁴⁹ Zur bisherigen Rechtsprechung vgl. BVerwGE 67, 184, dargestellt bei Haverland, Rechtsprechungsbericht 1983 (Anm.2), 85f. (Nr.31); BVerwGE 71, 180, dargestellt bei Herdegen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 796f. (Nr.33).

ursacht durch die »geringere Neigung« dieser Personen, sich auf die »Mechanismen« in der Polizeihaft einzustellen.

Im gleichen Urteil betonte das Bundesverwaltungsgericht, daß die der staatlichen Integrität und inneren Sicherheit dienenden Maßnahmen für sich genommen nicht schon eine politische Verfolgung darstellten; denn sie richteten sich gegen ein staatsgefährdendes Tun und nicht gegen das »forum internum der politischen Überzeugung« der betroffenen Personen⁵⁰.

48. Als politische Verfolgung sah das Bundesverwaltungsgericht auch nicht die Einberufung eines Mannes zum Wehrdienst an, der auf Grund religiöser Überzeugung den Dienst mit der Waffe ablehnt (Urteil vom 19.8.1986 – 9 C 322/85 – DVBl.1987, 47) [53]. Ob eine Verfolgung nämlich politisch sei, hänge nicht von den Motiven des Verfolgten, sondern von denen des verfolgenden Staates ab⁵¹. Nur wenn Personen gezielt wegen ihrer persönlichen Überzeugung, ihrer Religion oder anderer in Art.1A Nr.2GK genannten persönlichen Merkmale rekrutiert würden, ließe sich von einer derartigen Verfolgung sprechen.

49. Zu einer wesentlich weiteren Auslegung des Begriffs der politischen Verfolgung gelangte der Hessische Verwaltungsgerichtshof (Urteil vom 21.8.1986 – 10-OE 69/83 – InfAuslR 1987, 24 mit Anm. K.-U. Ventzke). In dem Fall ging es um einen Asylantrag eines Iraners, der homosexuell war. Nach dem iranischen Strafgesetzbuch steht jede Form der homosexuellen Betätigung unter Strafe, in vielen Fällen unter Todesstrafe. Diese Vorschriften werden auch angewandt. Der Verwaltungsgerichtshof schloß daraus, daß Homosexuelle im Iran wegen eines persönlichen Merkmals verfolgt würden; im Hinblick auf die auch im Asylrecht zu berücksichtigende Menschenwürde sei der lebenslange Verzicht auf neigungsgemäßes sexuelles Verhalten unzumutbar. Somit genossen die betreffenden Personen in der Bundesrepublik einen Asylanspruch.

50. Eine politische Verfolgung liegt nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 21.10.1986 – 9 C 28/85 – BVerwGE 75, 99 = NVwZ 1987, 332 = VBlBW 1987, 97) [59] auch vor, wenn nur eine vermeintliche politische Überzeugung getroffen werden soll. Dabei müsse es jedoch aus Sicht des Verfolgenden um den Zugriff auf eine wirkliche oder vermutete politische Überzeugung des Betroffenen gehen. Wo eine solche

⁵⁰ Die Gegenposition zu diesem die Türkei betreffenden Urteil bezieht C. Rumpf, Die asylrechtliche Relevanz der Art.125ff. des türkischen Strafgesetzbuches, InfAuslR 1986, 250.

⁵¹ So auch Urteil des BVerwG vom 15.7.1986 – 9 C 341/85 – [56].

Überzeugung nicht vorhanden und dies dem Staat bekannt sei, komme grundsätzlich eine gegen persönliche Merkmale gerichtete politische Motivation nicht in Betracht, weil der Staat eine ihm mißliebige politische Überzeugung gar nicht treffen könne.

51. Der Begriff der politischen Verfolgung erfuhr eine intensive Diskussion bei der Beurteilung der Lage der Tamilen auf Sri Lanka. Insbesondere die beiden Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.12.1985⁵² und vom 29.1.1986⁵³ stießen auf zum Teil heftige Reaktionen bei den unterinstanzlichen Gerichten. In seinem Beschluß über eine Revisionszulassung (7.3.1986 – 19 A 10019/86 – InfAuslR 1986, 232 mit Anm. von H. Rittstiege) führte das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen aus, daß es zwar mit dem Bundesverwaltungsgericht darin übereinstimme, daß Maßnahmen, die allein von einer durch Bürgerkriegsverhältnisse geprägten Motivation getragen würden, keine asylrechtliche Bedeutung zukomme; jedoch schätze es die Vorgehensweise der srilankischen Streitkräfte aus tatsächlichen Gründen anders ein als das Bundesverwaltungsgericht; die Sicherheitskräfte sähen die Tamilen nämlich nicht bloß als Bürgerkriegsgegner, sondern bekämpften sie aus asylrelevanten personalen Merkmalen wie ihrer Volkszugehörigkeit, Religion oder politischen Überzeugung. Noch schärfer äußerte sich das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 27.6.1986 (19 A 10005/85 – InfAuslR 1986, 269 mit Anm. von H. Rittstiege). Nachdem es wiederholt seine tatsächliche Einschätzung der Situation in Sri Lanka dargelegt habe, das Bundesverwaltungsgericht aber trotzdem nicht von einer asylbegründenden Verfolgung der Tamilen ausgehe, müsse dessen Rechtsprechung dahin verstanden werden, daß das sonst asylhebliche Anknüpfen staatlicher Verfolgungsmaßnahmen an Volkszugehörigkeit und politische Überzeugung der Opfer dann rechtlich bedeutungslos werde, wenn es tatsächlich mit dem asylrechtlich irrelevanten Motiv vermengt sei, den Gegner in einer bürgerkriegsartigen Situation zu bekämpfen.

Auch das Verwaltungsgericht Neustadt/W. teilte nicht die Beurteilung der Lage der Tamilen durch das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 3.3.1986 – 9 K 379/85 – InfAuslR 1986, 194). Es sei wiederholt zu Pogromen gegen die tamilische Bevölkerung von seiten der singhalesischen Mehrheit gekommen. Zwar seien Ausschreitungen privater Dritter dem Staat nur zuzurechnen, wenn er wegen fehlender Schutzbereitschaft nicht

⁵² BVerwGE 72, 269, dargestellt bei Herdegen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 797f. (Nr.34).

⁵³ Entscheidung 9 C 169.85, nicht veröffentlicht.

willens oder wegen fehlender Schutzfähigkeit nicht in der Lage sei, die Betroffenen gegen derartige Ausschreitungen zu schützen⁵⁴. Die srilankische Regierung habe aber trotz der Möglichkeiten, die Pogrome einzuschränken oder zu verhindern, nichts unternommen.

Kritisch zu der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts äußerte sich auch das Verwaltungsgericht Ansbach (Urteil vom 3.12.1986 – AN 9 K 85 C.0145 – InfAuslR 1987, 101). Zwar stimme das Gericht mit der herrschenden Rechtsprechung darin überein, daß das Grundrecht auf Asyl nicht vor allgemeinen Notlagen aus Krieg, Bürgerkrieg, Revolution, Unruhen, Hungersnot und dergleichen schützen soll, sondern nur vor einer politischen Verfolgung wegen persönlicher Merkmale wie Religion, Volkszugehörigkeit oder politischer Überzeugung; doch könne daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß der vom Grundgesetz gewährte Schutz vor politischer Verfolgung in einem Bürgerkrieg stets entfalle oder eine Verfolgungsmotivation dadurch so überlagert werde, daß sie asylrechtlich ohne Bedeutung sei.

Das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 16.7.1986 – BVerwG 9 C 155/86 – InfAuslR 1986, 294) hielt trotz der Kritik der unterinstanzlichen Gerichte an seiner rechtlichen Einschätzung der Lage in Sri Lanka fest, derzufolge es sich bei den dortigen Vorgängen nicht um eine gezielte politische Verfolgung, sondern um einen allgemeinen Bürgerkrieg handle. Es betonte dabei ausdrücklich, daß es seine Rechtsprechung fortsetzen werde, wonach ein Asylanspruch bestehen könne, wenn sich politische Verfolgung aus bürgerkriegsähnlichen Verhältnissen herleite.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (Urteil vom 15.5.1986 – 24 B 84 C.704 – InfAuslR 1986, 243) [61] trat der durch das Bundesverwaltungsgericht vorgenommenen rechtlichen Würdigung der Situation der Tamilen bei. In Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung⁵⁵, nach der ein Staat sich eine Verfolgung durch Dritte zurechnen lassen muß, wenn er sie nicht verhindern kann, sah das Gericht eine politische Verfolgung auf Sri Lanka als nicht gegeben, obwohl es gleichzeitig erklärte, daß die Regierung dort nicht in der Lage sei, die Ermordung am Aufstand unbeteiligter Tami-

⁵⁴ Ständige Rechtsprechung, vgl. VGH Kassel, InfAuslR 1982, 98, dargestellt bei Wölker, Rechtsprechungsbericht 1982 (Anm.2), 135 (Nr.67); BVerwGE 67, 317, dargestellt bei Haverland, Rechtsprechungsbericht 1983 (Anm.2), 91 (Nr.41); BVerwG, InfAuslR 1985, 22, dargestellt bei Kühner, Rechtsprechungsbericht 1984 (Anm.2), 117 (Nr.47).

⁵⁵ *Ibid.*

len künftig auszuschließen und dem Verbot der Folter Geltung zu verschaffen⁵⁶.

b) Gruppenverfolgung

52. Der pakistanische Staat hat durch strafbewehrte Normen der Ahmadiyya-Bewegung verboten, sich als islamische Religionsgemeinschaft zu bezeichnen und ihren Glauben in bestimmter Form zu praktizieren. Das Bundesverwaltungsgericht war in zwei Entscheidungen mit der Frage befaßt, ob aus den gegen die Gruppe ergriffenen Maßnahmen sich auch ein Anspruch des einzelnen Ahmadi auf Asyl ableite (Urteile vom 18.2.1986 – 9 C 16/85 – BVerwGE 74, 31 = NVwZ 1986, 569, und 9 C 104/85 – BVerwGE 74, 41 = DVBl.1986, 834 = NVwZ 1986, 572). Das Gericht ging zwar davon aus, daß auch in einem Vorgehen gegen eine Personenmehrheit eine Verfolgung ihrer einzelnen Mitglieder liegen könne, doch müsse in einem solchen Fall der Einzelne seine Selbstbetroffenheit nachweisen. Dadurch daß einer Religionsgemeinschaft bestimmte Glaubenspraktiken verboten würden, griffe der Staat noch nicht in das *forum internum* des einzelnen Anhängers dieser Gemeinschaft ein. Eine asylrechtlich relevante Verletzung der Religionsfreiheit sei gegeben, wenn die staatlichen Maßnahmen auch ein religiöses Existenzminimum unmöglich machten, wozu auch der Gottesdienst in Gemeinschaft mit anderen gehöre. Die pakistanischen Gesetze stellten keinen Eingriff von entsprechender Schwere dar. Im Urteil 9 C 104/85 führte das Gericht sogar aus, daß diese Vorschriften geeignet seien, weitergehenden Forderungen noch radikalerer Kreise entgegenzusteuern; sie dienten damit mittelbar auch dem Schutz der Ahmadis⁵⁷.

c) Wahrscheinlichkeit der Verfolgung

53. An den bisher entwickelten Maßstäben⁵⁸ zur asylrechtlich relevanten Wahrscheinlichkeit einer Verfolgung hielt das Bundesverwaltungsgericht auch im Berichtszeitraum fest. Soweit ein Asylbewerber bereits eine Verfolgung erlitten habe, sei ein Anspruch schon begründet, wenn nicht

⁵⁶ Vgl. hierzu S. Oeter, Flüchtlinge aus Bürgerkriegssituationen – ein ungelöstes Problem des Asylrechts, ZaöRV 47 (1987), 559.

⁵⁷ Zum entgegengesetzten Ergebnis gelangte das OVG Hamburg, InfAuslR 1985, 83, dargestellt bei Kühner, Rechtsprechungsbericht 1984 (Anm.2), 118 (Nr.50).

⁵⁸ Vgl. BVerwG, DVBl.1986, 102, dargestellt bei Herdgen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 798 (Nr.35).

mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Wiederholung dieser Maßnahmen ausgeschlossen werden könne. Hätte eine politische Verfolgung hingegen noch nicht stattgefunden, könne Asyl nur gewährt werden, wenn er im Heimatstaat mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit verfolgt werden würde (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.8.1986) [48].

54. Maßgebend für die Verfolgungsprognose ist dem Bundesverwaltungsgericht zufolge der Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Verhandlung (Urteil vom 22.4.1986 – 9 C 318/85 u. a. – NVwZ 1986, 928).

2. Nachfluchtgründe

55. In einer intensiven Auseinandersetzung mit Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG legte das Bundesverfassungsgericht (Beschluß des Zweiten Senats vom 26.11.1986 – 2 BvR 1058/85 – BayVBl.1987, 143 = BVerfGE 74, 51 = DÖV 1987, 202, Anm. von J. Hofmann, DÖV 1987, 491 = DVBl.1987, 130, Anm. von P. Schumacher, DVBl.1987, 294, und H. Quaritsch, DVBl.1987, 360 = EuGRZ 1987, 23 = InfAuslR 1987, 56 mit Anm. von H. Wolf = JZ 1987, 191 mit Anm. von O. Kimminich = NVwZ 1987, 311, Anm. von B. Brunn, NVwZ 1987, 301, und R. Hofmann, NVwZ 1987, 299 = VBIBW 1987, 93) [62, 74] dar, daß das Asylgrundrecht grundsätzlich den kausalen Zusammenhang zwischen Verfolgung und Flucht voraussetze. Daraus folgte es, daß ein Nachfluchtgrund nur ausnahmsweise einen Asylanspruch vermittele. Das Gericht differenzierte dabei zwischen objektiven Nachfluchtgründen, die durch Ereignisse im Heimatland unabhängig von der Person des Asylbewerbers entstünden, einerseits und subjektiven Nachfluchtgründen andererseits, die der Antragsteller nach Verlassen des Heimatlandes aus eigenem Entschluß geschaffen habe. Während erstere regelmäßig als asylrelevant anzuerkennen seien, gelte dies für die letzteren nur, wenn das Verhalten des Asylbewerbers insoweit eine Fortführung einer schon während des Aufenthaltes im Heimatstaat vorhandenen und erkennbar betätigten Überzeugung darstelle⁵⁹.

56. Ob eine durch einen Asylantrag ausgelöste politische Verfolgung einen Asylanspruch begründe, hatte das Bundesverwaltungsgericht in zwei Entscheidungen vom 15.7.1986 zu beantworten (9 C 323/85 – NVwZ 1987, 59, und 9 C 341/85 – DVBl.1987, 45). Im Gegensatz zum Bundes-

⁵⁹ Auf diese Ausnahme hob dann das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 17.12.1986 ab (2 BvR 2032/83 [Erste Kammer] – InfAuslR 1987, 89 = NVwZ 1987, 314 = VBIBW 1987, 132) [63].

verfassungsgericht⁶⁰ ging das Bundesverwaltungsgericht nicht von der Notwendigkeit eines Motivzusammenhangs zwischen der Flucht und der ernsthaften politischen Überzeugung aus; denn für die Frage, ob eine Verfolgung eine politische sei, käme es auf die Motive des Verfolgenden, nicht auf jene des Verfolgten an⁶¹. Da die Einleitung eines Asylverfahrens ein durch Art.16 Abs.2 Satz 2 GG gewährtes Grundrecht sei, könne die Antragstellung nicht rechtsmißbräuchlich, sondern höchstens unbegründet sein. Nehme der Heimatstaat eine Asylantragstellung zum Anlaß für eine politische Verfolgung, so rechtfertige dies die Gewährung politischen Asyls, selbst wenn der ursprüngliche Antrag unbegründet gewesen sein sollte.

3. Wegfall der politischen Verfolgung

57. Nach § 16 Abs.1 Nr.1 AsylVfG ist die Anerkennung des Asylantenstatus zu widerrufen, wenn die Voraussetzungen für sie nicht mehr vorliegen. Der Verwaltungsgerichtshof Mannheim (Urteil vom 12.2.1986 – A 13 S 77/85 – NVwZ 1986, 957) legte bei der Beantwortung der Frage, ob die Gefahr der politischen Verfolgung weggefallen sei, die Wahrscheinlichkeitskriterien zugrunde, die auch bei der Entscheidung über den Asylanspruch Anwendung finden⁶². Er betonte zugleich, daß bei Wegfall der Asylvoraussetzungen der Widerruf der Anerkennung zwingende gesetzliche Folge sei, wenn sich nicht der Ausländer auf Gründe im Sinne des § 16 Abs.1 Satz 2 AsylVfG berufen kann, auf die sich die früheren Verfolgungen stützten, um jetzt die Rückkehr in den Staat abzulehnen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt.

4. Fluchtalternative

58. Nach ständiger Rechtsprechung besteht kein Anspruch auf Asyl, wenn der Antragsteller im eigenen Land oder in einem Drittstaat eine Fluchtalternative hat⁶³. Das Bundesverwaltungsgericht konkretisierte im Urteil vom 2.12.1986 (9 C 105/85 – BVerwGE 75, 181 = DÖV 1987, 784 = DVBl.1987, 781 = JZ 1987, 562 mit Anm. von K. Hailbronner) [62]

⁶⁰ Vgl. Beschluß vom 26.11.1987 [52].

⁶¹ Vgl. dazu auch Urteil des BVerwG vom 19.8.1986 [48].

⁶² Vgl. dazu oben VII.1.c.

⁶³ Siehe BVerwGE 67, 314, dargestellt bei Haverland, Rechtsprechungsbericht 1983 (Anm.2), 94 (Nr.45); BVerwG, DVBl.1984, 570, dargestellt bei Kühner, Rechtsprechungsbericht 1984 (Anm.2), 120 (Nr.54).

den Begriff der Fluchtalternative dahin, daß es sich nicht um einen lediglich in der Vergangenheit abgeschlossenen, sondern um einen auch in der Gegenwart und sogar in die Zukunft wirkenden Umstand handele, bei dessen Prüfung auf den Zeitpunkt der letzten Tatsacheninstanz abzustellen sei. In erweiternder Auslegung des § 2 AsylVfG kam es zum Ergebnis, daß dem Vorhandensein einer Fluchtalternative der Fall gleichzusetzen sei, in dem ein Antragsteller einen früheren Schutzstaat freiwillig verlassen habe und dieser ihm dann die Rückreise verweigere. § 2 AsylVfG solle einer Doppelerkennung eines Asylberechtigten entgegenwirken; dieser Zweck würde verfehlt, wenn Flüchtlinge Rückreisebeschränkungen eines Staates, in dem sie zunächst Zuflucht gefunden hätten, ausnutzen könnten, um in der Bundesrepublik erneut einen Asylanspruch geltend zu machen.

5. Verwirkung des Asylanspruchs

59. Mit der Möglichkeit der Verwirkung eines Asylanspruchs setzte sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 21.10.1986 [50] auseinander. Es wies darauf hin, daß das Asylverfahrensgesetz eine derartige Verwirkung nicht vorsehe. Im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes könne auch nicht von einer Gesetzeslücke gesprochen werden, die auszufüllen die Gerichte befugt seien. Es entspreche darüber hinaus der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, daß dem tatsächlich politisch Verfolgten nicht vorgehalten werden könne, er habe sich ohne Not in eine von ihm selbst zu vertretende politische Zwangslage gebracht. Wegen des hohen Ranges des aus der Unverletzlichkeit der Menschenwürde hergeleiteten Schutzgutes des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG könne ein Antragsteller seinen Asylanspruch nicht auf Grund seines Verhaltens verirken. Der mißbräuchlichen Inanspruchnahme des Anerkennungsverfahrens sei allein mit verfahrensbeschleunigenden Maßnahmen zu begegnen⁶⁴.

6. Rechte eines Asylanten

60. Daß Asylberechtigte, welche die persönlichen und fachlichen Eintragungsvoraussetzungen erfüllen, drei Jahre nach Anerkennung ihres Asylantenstatus in Bayern einen Rechtsanspruch auf Eintragung in die

⁶⁴ Aus den angeführten Gründen hob das BVerwG das Urteil des VGH Mannheim vom 11.4.1985, VBIBW 1986, 184, auf, dargestellt bei Herdegen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 799f. (Nr.38).

Architektenliste haben, wurde im Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 8.7.1986 erklärt (22 B 84 A.2721 – GewArch 1986, 348 = InfAuslR 1986, 293). Art.4 Abs.4 Satz 1 des Bayerischen Architektengesetzes⁶⁵ schreibt vor, daß Ausländer nur bei gewährleisteter Gegenseitigkeit in der Liste eingetragen werden können. Diese Bestimmung müsse aber vor dem Hintergrund der Genfer Flüchtlingskonvention vom 28.7.1951 ausgelegt werden, die auf Grund des Zustimmungsgesetzes vom 1.9.1953⁶⁶ Bestandteil des innerstaatlichen Rechts geworden sei. Zwar sichere Art.19 Abs.1 in Verbindung mit Art.6 und 7 Abs.1 dieser Konvention Flüchtlingen für die Ausübung eines freien Berufes nur eine gleich gute Behandlung zu, wie sie Ausländern im Normalfall zuteil werde, d.h. eine Meistbegünstigungsklausel sei damit nicht statuiert. Von etwaigen Gegenseitigkeitserfordernissen genossen Flüchtlinge allerdings nach Art.7 Abs.2 GK nach dreijährigem Aufenthalt im Aufnahmeland Befreiung. Dies gelte nach Art.7 Abs.5 GK ausdrücklich auch im Zusammenhang mit einer von Art.19 GK erfaßten freiberuflichen Tätigkeit wie der eines Architekten.

7. Aufenthaltsbeendende Maßnahmen

61. Die restriktive Auslegung des Asylrechts durch das Bundesverwaltungsgericht warf die Frage nach den Rechten erfolgloser Asylbewerber auf, denen bei ihrer Rückkehr in ihr Heimatland die Gefahr schwerer Menschenrechtsverletzungen droht. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof wies im bereits erwähnten Urteil vom 15.5.1986 [51] darauf hin, daß Gefährdungen, die asylrechtlich unerheblich seien, Anlaß geben könnten, den weiteren Aufenthalt eines Ausländers aus humanitären Gründen zu ermöglichen. Drohe dem abgewiesenen Asylbewerber die Ermordung, längerfristige Inhaftierung oder schwerwiegende Mißhandlung, sei eine Abschiebung wegen der sonst eintretenden Grundrechtsverletzung nicht zulässig. Maßgeblich für die Beurteilung des Bestehens einer solchen Gefahr sei der Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Tatsachenverhandlung.

62. Ähnlich bemerkte das Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 26.11.1986 [55, 74], daß ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik etwa aus humanitären Gründen auch gewährt werden könne, wenn der Asylanspruch nicht anerkannt werde. Gegenüber der Abschiebung in einen Staat, von dem einem erfolglosen Asylbewerber politische Verfolgung

⁶⁵ GVBl. Bayern 1982, 118.

⁶⁶ BGBl.1953 II, 559.

drohe, oder in einen Drittstaat, der ihn in ein solches Land möglicherweise ausliefere, bestehe Schutz nach Maßgabe von Art.33 GK. In diesem Sinne erklärte sich auch das Bundesverwaltungsgericht [58].

8. Asylverfahren

63. Nach § 32 Abs.6 AsylVfG ist eine Berufung gegen ein Urteil eines Verwaltungsgerichts in einem Asylverfahren ausgeschlossen, wenn die Klage als offensichtlich unzulässig oder als offensichtlich unbegründet abgewiesen worden ist. Das Bundesverfassungsgericht (Beschuß der Ersten Kammer des Zweiten Senats vom 13.6.1986 – 2 BvR 1427/84 – NVwZ 1986, 912) definierte die Voraussetzungen für eine Abweisung der Klage als offensichtlich unbegründet. An der Richtigkeit der tatsächlichen Feststellungen des abweisenden Gerichtes dürften vernünftigerweise keine Zweifel bestehen, und die Abweisung der Klage müßte sich bei einem solchen Sachverhalt nach allgemein anerkannter Rechtsauffassung geradezu aufdrängen. Bei individuell konkretisierten Beeinträchtigungen könne eine derartige Abweisung unter anderem dann in Frage kommen, wenn das Vorbringen des Asylbewerbers insgesamt sich als nicht glaubhaft erweise⁶⁷. Dieselben Kriterien legte das Bundesverfassungsgericht seinem Beschluß vom 17.12.1986 zugrunde⁶⁸. Es folgerte daraus, daß ein Asylantrag, der sich auf eine exilpolitische Betätigung stütze, die regelmäßig nicht asylherheblich sei⁶⁹, jedenfalls dann nicht als offensichtlich unbegründet abgewiesen werden dürfe, wenn der Asylbewerber hinreichend dargetan habe, daß diese Aktivitäten sich als Fortführung einer entsprechenden, schon während des Aufenthalts im Heimatstaat vorhandenen und erkennbar getätigten festen politischen Überzeugung darstellten. Offensichtlich unbegründet sei eine Asylklage auch dann nicht, wenn dem Heimatstaat die politische Überzeugung des Asylbewerbers noch nicht bekannt sei, sofern nur Träger dieser Überzeugung dort regelmäßig politische Verfolgung erlitten.

⁶⁷ So schon BVerfGE 65, 76, 97.

⁶⁸ Siehe Anm.59.

⁶⁹ Vgl. Entscheidung des BVerfG vom 26.11.1986 [55, 62, 74].

VIII. Auslieferungsrecht

1. Allgemeines

64. Das Auslieferungsverbot des Art.16 Abs.2 Satz 1 GG steht, wie das Oberlandesgericht Karlsruhe entschied (Beschluß vom 5.3.1986 – 1 AK 42/85 – Die Justiz 1986, 370), einer Auslieferung nicht schon dann entgegen, wenn der Auszuliefernde einen Einbürgerungsantrag gestellt hat. Die Schutznorm setze nämlich voraus, daß der Betroffene die deutsche Staatsangehörigkeit bereits rechtswirksam erworben habe. Der Einbürgerungsantrag des Verfolgten begründe in aller Regel auch kein vorläufiges Auslieferungshindernis bis zum Zeitpunkt von dessen Bescheidung⁷⁰.

65. Nach § 3 IRG ist eine Auslieferung nur zulässig, wenn die Tat nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat ist oder wenn sie bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts auch nach deutschem Recht eine solche Tat wäre. Das Oberlandesgericht Karlsruhe (Beschluß vom 4.7.1986 – 1 AK 12/86 – MDR 1986, 873) wandte diese Vorschrift auf einen Fall an, in dem Griechenland die Auslieferung eines Franzosen wegen Kindesentziehung forderte; der Verfolgte hatte seine beiden Töchter, die ihm nach der Ehescheidung durch ein französisches Gericht zugesprochen worden und anschließend von der griechischen Mutter nach Griechenland entführt worden waren, wo ein Gericht die elterliche Sorge der Mutter zusprach, dieser weggenommen. Da auch nach deutschem Recht eine Kindesentziehung vorliege, wenn ein Elternteil, dem ein ausländisches Gericht das Sorgerecht übertragen habe, die Kinder entführe, obwohl ein inländisches Gericht sie dem anderen Elternteil zugesprochen habe, sei insofern die Auslieferungsbedingung erfüllt.

66. Auf der Grundlage von § 3 IRG entschied das Oberlandesgericht Stuttgart (Beschluß vom 12.3.1986 – 3 Ausl.71/84 – Die Justiz 1986, 373), daß die Auslieferung eines Verfolgten nicht zulässig sei, wenn der von den Behörden des ersuchenden Staates in den Auslieferungsunterlagen mitgeteilte Sachverhalt nach deutschem Recht das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes ergebe⁷¹.

⁷⁰ Vgl. aber die Entscheidung des OLG Karlsruhe, NJW 1985, 2906.

⁷¹ Zur Prüfung des Tatverdachts vgl. BVerfG, NJW 1984, 1293, und BGHSt 32, 314, jeweils dargestellt bei Kühner, Rechtsprechungsbericht 1984 (Anm.2), 126 f. (Nr.66 und 67).

2. *Ordre public*

67. Nach § 73 IRG ist eine Auslieferung unzulässig, wenn sie wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung widerspricht. Zu diesen zählt das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Das Oberlandesgericht Stuttgart (Beschuß vom 6.11.1986 – 3 Ausl.60/83 – Die Justiz 1987, 78 = NStZ 1987, 80) gelangte daher zu der Feststellung, daß eine Auslieferung unzulässig sei, wenn der Verfolgte wegen schwerer gesundheitlicher Schäden unbegrenzt haft- und transportunfähig sei und die zwangsweise Durchführung der Auslieferung mit Lebensgefahr für ihn verbunden wäre.

68. Immer wieder werden deutsche Gerichte mit der Frage befaßt, ob eine Auslieferung nach Italien wegen eines dort gefällten Abwesenheitsurteils gegen den deutschen *ordre public* verstößt⁷². Das Bundesverfassungsgericht (Beschuß der Ersten Kammer des Zweiten Senats vom 17.11.1986 – 2 BvR 1255/86 – MDR 1987, 466 = NJW 1987, 830) [82] knüpfte in einem entsprechenden Fall mit der Feststellung, daß die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte nicht gegen den völkerrechtlich verbindlichen, von den Gerichten der Bundesrepublik kraft Art.25 GG zu beachtenden Mindeststandard oder gegen unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze der öffentlichen Ordnung verstoßen dürfen, an eine ständige Rechtsprechung an⁷³. Es erklärte, daß das Recht des Angeklagten auf persönliche Anwesenheit in der Hauptverhandlung vom völkerrechtlich gesicherten, von Art.25 GG umfaßten menschenrechtlichen Mindeststandard gehöre; doch sei der völkerrechtlichen Praxis nicht zu entnehmen, daß die Durchführung strafrechtlicher Abwesenheitsverfahren schlechthin unzulässig sei, mithin auch in Fällen gegen den völkerrechtlichen Mindeststandard verstieße, in denen der Betroffene von dem gegen ihn anhängigen Verfahren in Kenntnis gesetzt worden sei, sich ihm durch Flucht entzogen habe und im Verfahren von einem ordnungsmäßig bestellten Pflichtverteidiger unter Beachtung rechtsstaatlicher Mindestanforderungen habe verteidigt werden können⁷⁴.

69. Zum gleichen Ergebnis gelangte das Oberlandesgericht Koblenz

⁷² Vgl. OLG Zweibrücken, MDR 1986, 814, dargestellt bei Herdegen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 803 (Nr.46); OLG Karlsruhe MDR 1983, 342, dargestellt bei Wölker, Rechtsprechungsbericht 1982 (Anm.2), 145 (Nr.88).

⁷³ BVerfGE 59, 280, dargestellt bei Wölker, Rechtsprechungsbericht 1982 (Anm.2), 144 (Nr.87); BVerfGE 63, 197.

⁷⁴ Vgl. I. Fahrenhorst, Art.6 EMRK und die Verhandlung gegen Abwesende, EuGRZ 1985, 629, 630.

(Beschuß vom 24.10.1986 – Ausl.11/86 – MDR 1987, 520) [82]. Soweit dem Angeklagten das rechtliche Gehör und die Wahrung der Mindestrechte einer angemessenen Verteidigung, somit ein *fair trial* gewährleistet worden sei, stelle ein Abwesenheitsurteil kein Auslieferungshindernis dar.

70. An diese Argumentation fügt sich auch der Beschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26.11.1986 (4 Ausl (A) 266/85 – MDR 1987, 786 = NJW 1987, 2172). Hier wurde die Auslieferung in einem entsprechenden Fall abgelehnt, weil der Verfolgte von den Hauptverhandlungsterminen nicht nachweislich durch amtliche Mitteilung Kenntnis erhalten hatte.

3. Spezialität

71. Mit Urteil vom 28.5.1986 (3 StR 177/86 – NStZ 1986, 557) entschied der Bundesgerichtshof, gestützt auf Art.14 Abs.3 EuAIÜ, daß der Grundsatz der Spezialität eine Verurteilung unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt nicht ausschließe, sofern diesem derselbe Sachverhalt zugrunde liege und der zusätzlich herangezogene Straftatbestand ebenfalls auslieferungsfähig sei.

4. Politische Verfolgung und Todesstrafe

72. Wie das Oberlandesgericht Karlsruhe im Beschluß vom 21.1.1986 (1 AK 6/86 – Die Justiz 1986, 424) festhielt, kann die Gefahr politischer Verfolgung im Falle einer Weiterlieferung des Verfolgten durch den ersuchenden Staat an einen Drittstaat ein Auslieferungshindernis nicht begründen. Gegen eine gefährdende Weiterlieferung oder Abschiebung sei der Verfolgte durch Art.15 EuAIÜ und § 36 IRG hinreichend geschützt; nach diesen Vorschriften dürfe nämlich eine Weiterlieferung oder Abschiebung an einen Drittstaat nur mit Zustimmung der Bundesrepublik erfolgen.

73. Durch Beschluß vom 28.7.1986 ((6) 4 Ausl.37/84 (11/86) – NStZ 1986, 515) legte das Oberlandesgericht Hamm dem Bundesgerichtshof die Frage vor, ob die Feststellung über das Vorliegen einer als ausreichend zu erachtenden Zusicherung des ersuchenden Staates über die Nichtvollstreckung der Todesstrafe im Fall des Art.11 EuAIÜ auch für die Zulässigkeit der Auslieferung, oder lediglich für das Bewilligungsverfahren bedeutsam sei. In Abweichung von einem Beschluß des Oberlandesgerichts Frankfurt⁷⁵ ging das vorliegende Gericht davon aus, daß die Zusicherung über die

⁷⁵ Beschluß vom 25.9.1985 (2 Ausl.61/84).

Nichtvollstreckung der Todesstrafe Zulässigkeitsvoraussetzung für die Auslieferung sei; dies ergebe sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 8 IRG. Art. 11 EuAÜ räume zwar die Befugnis, die Auslieferung von der dort vorgesehenen Zusicherung abhängig zu machen, dem ersuchten Staat ein, und damit sei dessen handelndes Organ, also die Regierung gemeint; das bedeute aber nur, daß im völkerrechtlichen Verkehr die Regierungen die Erklärungen abgeben; es besage dies nicht, daß das Abkommen auch in das innerstaatliche Zuständigkeitsgefüge eingreifen wolle, aus dem sich ergebe, welche staatlichen Stellen dazu berufen seien, die hier maßgeblichen Fragen zu beurteilen.

IX. Europäische Menschenrechtskonvention

1. Verbot der unmenschlichen Behandlung (Art. 3)

74. Daß ein erfolgloser Asylbewerber nicht in einen Staat abgeschoben werden darf, in dem ihm politische Verfolgung oder schwere Verletzungen seiner Grundrechte drohen, leitete das Bundesverfassungsgericht [55, 62] aus Art. 33 GK und aus § 14 AuslG her. Es deutete an, daß ein derartiges Abschiebungsverbot möglicherweise auch durch Art. 3 EMRK begründet werde.

2. Gerichtsverfahren (Art. 6)

a) Verfahrensdauer (Art. 6 Abs. 1)

75. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 18.3.1986 – 1 StR 51/86 – NStZ 1986, 371) führt die Zulassung eines durch die Staatsanwaltschaft verspätet gestellten Beweisantrages in einem Strafverfahren nicht zu einer Verletzung des in Art. 5 Abs. 3 Satz 2 und in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthaltenen Beschleunigungsgebots. Denn diese Vorschriften verlangten vom Richter nicht die Vernachlässigung seiner Aufgabe, den wahren Sachverhalt unter Beachtung der Rechte von Anklage und Verteidigung auf Vorlage oder Nennung von Beweismitteln sorgfältig und vollständig zu ermitteln, Anklage und Verteidigung ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme und Wahrnehmung ihrer Rechte zu geben und ein Urteil auf Grund sorgfältiger Prüfung des gesamten Prozeßstoffes zu fällen.

76. Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts in der Entschei-

dung vom 11.10.1985⁷⁶ zur Frage der Wiederaufnahme eines Strafverfahrens nach einem Urteil des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs führte auch das Oberlandesgericht Koblenz an (Beschluß vom 12.8.1986 – 1 Ws 22/86 – MDR 1987, 254). Die Feststellung des Straßburger Gerichtshofs, daß die Europäische Menschenrechtskonvention durch ein Strafurteil verletzt sei, erfordere keine Wiederaufnahme des Verfahrens. Verfahrensfehler seien nämlich keine neuen Tatsachen im Sinne des § 359 Nr.5 StPO.

b) Unschuldsvermutung (Art.6 Abs.2)

77. Nach § 467 StPO braucht der Angeschuldigte die Kosten des Verfahrens und seine notwendigen Auslagen nicht zu tragen, wenn er freigesprochen oder die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen ihn abgelehnt oder das Verfahren gegen ihn eingestellt worden ist. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift auf den Fall, daß der Angeschuldigte während des Verfahrens stirbt, lehnte der Bundesgerichtshof (Beschluß vom 3.10.1986 – 2 StR 193/86 – BGHSt 34, 184 = NJW 1987, 661) in Bezug auf die notwendigen Auslagen eines verstorbenen Angeklagten ab. Eine solche Anwendung sei auch nicht durch die Unschuldsvermutung des Art.6 Abs.2 EMRK geboten⁷⁷.

78. Der Unschuldsvermutung nach Art.6 Abs.2 EMRK widerspricht es nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht (Urteil vom 30.10.1986 – 4 StR 499/86 – BGHSt 34, 209 = JZ 1987, 160 = NJW 1987, 660 = NStZ 1987, 127 mit Anm. von T. Vogler), wenn in einem Strafverfahren eine noch nicht rechtskräftig abgeurteilte Straftat, die Gegenstand eines anderen Verfahrens ist, mit verwertet wird. Der Richter müsse alle zur Wahrheitsfindung erforderlichen Umstände mit heranziehen; der Umfang der zu berücksichtigenden Tatsachen dürfe dabei nicht von der Zufälligkeit abhängen, wie weit ein anderes Verfahren gediehen sei. Leitete man aus der Unschuldsvermutung eine Beschränkung des Stoffes ab, aus dem sich der Richter seine Überzeugung bilde, beschwörte dies die Gefahr einer Verfälschung des Persönlichkeitsbildes des Täters herauf, die auch zu dessen Nachteil ausschlagen könnte.

⁷⁶ NJW 1986, 1425, dargestellt bei Herdegen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 804f. (Nr.49).

⁷⁷ In diesem Sinne auch OLG Hamburg, NJW 1983, 464, dargestellt bei Wölker, Rechtsprechungsbericht 1982 (Anm.2), 151 (Nr.101); anderer Ansicht OLG Frankfurt, NStZ 1982, 480; K. Kühl, Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt vom 1.3.1982, NStZ 1982, 481.

79. In gleicher Weise steht die Unschuldsvermutung des Art.6 Abs.2 EMRK dem Oberlandesgericht Karlsruhe zufolge (Beschluß vom 10.12.1986 – 1 Ws 247/86 – Die Justiz 1987, 192) nicht der Berücksichtigung einer noch nicht rechtskräftig abgeurteilten Straftat bei der Prognose nach § 57StGB entgegen, ob der Verurteilte nach seiner Freilassung keine Straftaten mehr begehen würde. Es gehe nämlich insofern nicht um Rechtsfolgen aus neu begangenen Straftaten.

c) Das Recht auf Kenntnis der Beschuldigung (Art.6 Abs.3 a), das Recht auf Verteidigung (Art.6 Abs.3 c) und das Recht auf unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers (Art.6 Abs.3 e)

80. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Stuttgart (Beschluß vom 23.4.1986 – 1 Ws 93/86 – Die Justiz 1986, 307) leitet sich aus dem durch Art.6 Abs.3 a EMRK garantierten Recht auf Kenntnis des gegen ihn erhobenen Vorwurfs sowie aus dem durch Art.6 Abs.3 e gesicherten Recht auf unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers kein Anspruch des Beschuldigten auf eine Übersetzung der Entscheidung über eine Haftbeschwerde ab. Die Zuziehung eines Dolmetschers sei nur bei Verhandlungen vorgeschrieben, bei denen Personen beteiligt seien, die der deutschen Sprache nicht mächtig seien. Schriftliche Entscheidungen ergingen in deutscher Sprache, auch wenn der Empfänger die deutsche Sprache nicht beherrsche; Art.6 Abs.3 a EMRK sei Genüge getan, wenn der Haftbefehl selbst übersetzt werde, der der Untersuchungshaft zugrunde liege. Eine Übersetzung der Entscheidung über die Haftbeschwerde sei nur dann geboten, wenn der Haftbefehl im Beschwerdeverfahren in wesentlichen Punkten geändert worden sei⁷⁸.

81. Ähnlich entschied das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluß vom 19.3.1986 – 1 Ws 182/86 – JZ 1986, 508), daß der Angeklagte keinen Anspruch darauf habe, daß ihm wesentliche Teile der Akten durch einen Dolmetscher seiner Wahl auf Kosten der Staatskasse in eine ihm verständliche Sprache übersetzt würden. Art.6 Abs.3 a EMRK gewähre dem Beschuldigten nur einen Anspruch darauf, vom Grund der Anklage Kenntnis zu erhalten. Die in dieser Vorschrift angesprochene Mitteilung müsse alle Einzelheiten umfassen, die für den Angeklagten erforderlich seien, um

⁷⁸ Zu dem Recht auf Übersetzung von Akten, die zu einem Gerichtsverfahren gehören, vgl. OLG Stuttgart, Die Justiz 1983, 25, dargestellt bei Wölker, Rechtsprechungsbericht 1982 (Anm.2), 149 f. (Nr.98); BVerfGE 64, 135, dargestellt bei Haverland, Rechtsprechungsbericht 1983 (Anm.2), 107 (Nr.69).

seine Verteidigung vorzubereiten; sie brauche jedoch nicht die Beweismittel zu nennen, auf die sich die Anklage stütze.

82. Die italienischen Abwesenheitsurteile beschäftigten die deutschen Gerichte auch unter dem Gesichtspunkt der EMRK. Das Oberlandesgericht Koblenz (Beschluß vom 24.10.1986) [69] stellte dazu fest, daß Art.6 Abs.3 EMRK nicht durch ein Abwesenheitsurteil verletzt sei, wenn der Verfolgte die Möglichkeit gehabt habe, sich dem Strafverfahren selbst zu stellen und im Rahmen der Teilnahme an der Hauptverhandlung sein Verteidigungsvorbringen geltend zu machen oder durch einen Verteidiger seine Verteidigungsrechte wahrnehmen zu lassen. Der Fall *Colozza*⁷⁹, in dem der Europäische Menschenrechtsgerichtshof eine Verletzung von Art.6 Abs.3 EMRK angenommen habe, sei anders gelagert; denn hier war dem Verurteilten noch nicht einmal Kenntnis des gegen ihn anhängigen Verfahrens gegeben worden. Mit derselben Argumentation verneinte auch das Bundesverfassungsgericht (Beschluß vom 17.11.1986) [68] die Verletzung von Art.6 Abs.3 EMRK.

3. Schutz des Privat- und Familienlebens (Art.8)

83. In Anknüpfung an die Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes zu Art.8⁸⁰ betonte das Bundesverwaltungsgericht im Beschluß vom 7.3.1986 [30], daß der Staat die Selbstverantwortlichkeit der Familie zu respektieren und zu fördern habe, ihm aber bezüglich dieses Förderungsgebotes ein Gestaltungsspielraum bleibe, der ihm eine angemessene Wahrung der Belange der Allgemeinheit ermögliche.

84. Ebenfalls gestützt auf die Rechtsprechung der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention zu Art.8 EMRK entschied das Bundesverfassungsgericht (Beschluß vom 21.7.1986) [33], daß das Recht auf Achtung des Familienlebens durch eine aufenthaltsbeendende Maßnahme nur verletzt werden könne, wenn hinreichend starke rechtliche und tatsächliche familiäre Bande vorhanden seien.

⁷⁹ Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 12.2.1985, EuGRZ 1985, 631.

⁸⁰ Urteil vom 20.5.1985, EuGRZ 1985, 567.

4. Eigentum (Art.1 des 1.Zusatzprotokolls)

85. Im Rahmen der Milchordnung der EWG soll auf bewirtschafteten Grünlandflächen Milch nur in einem bestimmten Umfang erzeugt werden (Referenzmenge). Für die darüber hinaus produzierte Milch muß bei Ablieferung an die Molkerei eine Abgabe gezahlt werden. Nach § 7 Abs.2 Milch-Garantiemengen-Verordnung⁸¹ geht der Referenzmengenanteil bei Rückgabe von Pachtfläche auf den Verpächter über. Das Oberlandesgericht Celle (Urteil vom 3.4.1986 – 7 U 184/85 – NJW 1987, 596) sah in dieser Regelung keine Verletzung des Art.1 des 1.Zusatzprotokolls zur EMRK⁸². Das Recht auf den Erwerb einer Referenzmenge beziehe sich auf eine wirtschaftliche Lage, die ohne Lenkungsmaßnahmen der öffentlichen Hand eine bloße Erwerbchance darstellte. Es handele sich nicht um ein subjektives öffentliches Recht eigentümlichen Charakters, da es nicht der Existenzsicherung des Berechtigten dienen solle. Unter Anlegung dieser Kriterien, die zum hier gleichzeitig mit Art.1 des 1.Zusatzprotokolls herangezogenen Art.14 GG entwickelt worden sind, konnte das Gericht daher einen Verstoß nicht feststellen.

X. Europäische Gemeinschaften

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

86. Ein Grundsatzurteil zum Verhältnis zwischen innerstaatlichem Recht und Gemeinschaftsrecht erließ das Bundesverfassungsgericht (Beschluß vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – BayVBl.1987, 237 = BVerfGE 73, 339 = DVBl.1987, 231 = EuGRZ 1987, 10 = JZ 1987, 236 mit Anm. von H.H. Rupp = NJW 1987, 557 = RIW 1987, 62 = VBilBW 1987, 172 mit Anm. von A. Jannasch = ZaöRV 47 (1987), 279 mit Anm. von T. Stein, »Solange II«-Beschluß) [101]. Das Gericht ging zwar davon aus, daß das gegenwärtige Völkerrecht keine aus übereinstimmender Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung entspringende Regel enthalte, die Staaten verpflichte, ihre Verträge in ihr innerstaatliches Recht zu inkorporieren und ihnen dort Geltungs- oder Anwendungsvorrang vor innerstaatlichem Recht beizumessen. Diese Möglichkeit ergebe sich für die Bundesrepublik jedoch aus Art.24 Abs.1 GG. Danach könnten über völkerrechtliche Ver-

⁸¹ BGBl.1985 I, 5, zuletzt geändert durch Vierte Änderungsverordnung vom 16.10.1985, BGBl.1985 I, 2008.

⁸² BGBl.1956 II, 1880.

träge Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen werden mit der Folge, daß das von solchen Einrichtungen gesetzte Recht dem bundesdeutschen Recht vorgehe. Die Grenzen einer solchen Hoheitsübertragung lägen in den konstituierenden Strukturen der Bundesrepublik, zu denen die Grundrechte und ein entsprechender gerichtlicher Schutz gehörten. Während das Bundesverfassungsgericht noch 1974⁸³ erklärt hatte, daß der Stand der Integration der Europäischen Gemeinschaften noch nicht zu einem allgemein verbindlichen Grundrechtsstandard dieser Organisation geführt habe, so daß die Hoheitsübertragung nach Art.24 GG nicht einen Verlust des verfassungsgerichtlichen Kontrollrechts über Gemeinschaftsnormen am Maßstab der im Grundgesetz kodifizierten Grundrechte nach sich gezogen habe, sah das Gericht dieses Erfordernis als mittlerweile erfüllt an. Unter Berufung auf die Rechtsprechungen des EuGH zu den Menschenrechten sowie auf die Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission der Gemeinschaft vom 5.4.1977⁸⁴, derzufolge die Organe bei ihren Maßnahmen die Grundrechte der Mitgliedstaaten und insbesondere der EMRK zu berücksichtigen haben, stellte das Bundesverfassungsgericht fest, daß sich inzwischen ein gemeinschaftsrechtlicher Grundrechtsstandard entwickelt habe, der eine Sicherung dieser Rechte auch durch die Gemeinschaften garantiere. Insoweit seien die entsprechenden Grundstrukturen der deutschen Verfassung auch im Gemeinschaftsrechtsrahmen geschützt. Solange dies aber der Fall sei, werde das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Grundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik in Anspruch genommen werde, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen. Entsprechende Vorlagen nach Art.100 Abs.1 GG seien somit unzulässig.

87. Für das Verwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaften, so befand das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 14.8.1986 – 3 C 9/85 – BayVBl.1987, 87 = BVerwGE 74, 357 = DÖV 1986, 1062 = NVwZ 1987, 44 = RIW 1987, 316), sind noch keine Regeln über die Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakte entwickelt worden. Daher seien in Anknüpfung an die ständige Rechtsprechung des EuGH⁸⁵ Streitigkeiten über die Rückforderung zu Unrecht gezahlter Beihilfen von den

⁸³ Beschluß vom 29.5.1974, BVerfGE 37, 271.

⁸⁴ ABL.EG Nr.C 103/1 vom 27.4.1977.

⁸⁵ EuGHE 1980, 617 und 1863.

nationalen Gerichten in Anwendung des nationalen Rechts zu entscheiden, soweit es an einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung fehle. Dies bedeute in entsprechenden Fällen die Berücksichtigung des Vertrauensschutzes, wie er in § 48 VwVfG Niederschlag gefunden habe. Dieser Grundsatz müsse auch dann beachtet werden, wenn ein Rechtsakt der Gemeinschaften für die Rückforderung von Beihilfen keinen Ermessensspielraum gewähre.

88. Mit den Rechtsfolgen einer nicht umgesetzten Richtlinie hatte sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 5.6.1986 (3 C 12/82 – BVerwGe 74, 241 = DÖV 1986, 1061 = DVBl.1987, 94 = NJW 1986, 3040 = RIW 1986, 916) auseinanderzusetzen. Es bemerkte dazu, daß die von den Gemeinschaften gesetzten Richtlinien für die Bundesrepublik verbindlich seien; unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH⁸⁶ erklärte es, daß es mit dieser Verbindlichkeit unvereinbar sei, wenn sich die von einer Richtlinie betroffenen Personen jedenfalls im Bereich des freien Warenverkehrs auf dem Gebiet der Landwirtschaft nicht in Fällen auf dieselbe berufen könnten, in denen es der Mitgliedstaat versäumt habe, die Richtlinie gemäß dem ihm erteilten Auftrag in innerstaatliches Recht umzusetzen. Die Bundesrepublik könne sich nicht ohne eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB und des Verbots der unzulässigen Rechtsausübung auf eine nationale Vorschrift stützen, deren Änderung oder Abschaffung von einer Richtlinie der Europäischen Gemeinschaften gefordert sei.

Durch die Entscheidung des Bundesfinanzhofs⁸⁷, daß eine Richtlinie zum Umsatzsteuerrecht die Anwendung einer entgegenstehenden nationalen Vorschrift nicht hindern könne, weil in diesem Bereich der EWG kein Hoheitsrecht zur Rechtsetzung mit unmittelbarer Geltung im Inland übertragen worden sei, sah sich das Bundesverwaltungsgericht nicht genötigt, gemäß § 2 Abs.1 des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes den Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe anzurufen; wie der Bundesfinanzhof gehe es davon aus, daß nach Art.20 Abs.3 GG die Gerichte an Gesetz und Recht gebunden seien und demzufolge das geltende Recht anzuwenden hätten. Zu diesem gehörten nicht die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften, wohl aber der Grundsatz von Treu und Glau-

⁸⁶ EuGHE 1982, 53.

⁸⁷ Urteil vom 25.4.1985, BFHE 143, 383, dargestellt bei Herdegen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 807 (Nr.54). Das Urteil wurde aufgehoben durch Beschluß des BVerfG vom 8.4.1987, DVBl.1988, 38.

ben im Sinne des § 242 BGB; er sei bei der Entscheidung jedes Einzelfalles zu beachten.

89. Dem Bundesgerichtshof zufolge (Urteil vom 12.6.1986 – III ZR 146/85 – NJW 1987, 585 = RIW 1987, 1005) dient die Kontrolle, die bei der Durchführung der gemeinsamen Marktorganisation für Milch und Milcherzeugnisse der EWG von nationalen Behörden durchzuführen ist, der Erhaltung der Gemeinschaftsregelung und damit nur dem Allgemeininteresse; sie bezwecke nicht auch den Schutz der am Wirtschaftsverkehr teilnehmenden Unternehmen. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung des EuGH zu den aus Art.5 EWGV abgeleiteten Kontrollpflichten der nationalen Behörden⁸⁸ sowie aus § 9 des Gesetzes zur Durchführung der Gemeinsamen Marktordnung⁸⁹, durch den der zuständige Bundesminister zum Erlaß der für die Überwachung erforderlichen Vorschriften ermächtigt wird mit dem Ziel, sicherzustellen, daß gemeinschaftsrechtliche Vergünstigungen nicht zu Unrecht in Anspruch genommen werden. Da es insofern an einem drittschützenden Charakter fehle, könne aus der Verletzung dieser Kontrollpflichten kein Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB in Verbindung mit Art.34 GG abgeleitet werden.

90. In dem bereits erwähnten Fall betreffend das Aufenthaltsrecht eines von einer Deutschen geschiedenen Ausländers [35] erklärte das Verwaltungsgericht Stuttgart im Hinblick auf ein Urteil des EuGH, wo es um das Aufenthaltsrecht eines Ausländers nach Scheidung von einem EWG-Bürger ging, daß der Gerichtshof nur hinsichtlich der Verhältnisse von nicht-deutschen EWG-Bürgern verbindlich entscheiden könne; ein rechtlicher Zwang, dessen Rechtsansichten in vergleichbaren Fällen mit reinem Inlandsbezug zu folgen, bestehe nicht.

91. Mit Beschluß vom 26.3.1987 (1 BvR 1483/85 – RIW 1986, 473) lehnte das Bundesverfassungsgericht die analoge Anwendung des Art.100 Abs.2 GG für Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ab; eine solche scheitere an dem klar umgrenzten Regelungsbereich dieses Grundgesetzartikels.

2. Diskriminierungsverbot (Art.7 EWGV)

92. Ob Art.7 Abs.1 EWGV auch auf die Vergabe von Studienplätzen anwendbar sei, stellte das Oberverwaltungsgericht Berlin in Frage (Beschluß vom 15.7.1986 – 7 S 500/86 – NVwZ 1987, 720) [100]. Art.128 EWGV gebe dem Rat nur die Befugnis, in Bezug auf die Berufsausbildung

⁸⁸ EuGHE 1983, 2633.

⁸⁹ Gesetz vom 31.8.1972, BGBl.1972 I, 1617.

allgemeine Grundsätze zur Durchführung einer gemeinsamen Politik zu erlassen; eine Gleichbehandlung von EWG-Bürgern im Ausbildungsbereich hätte einer ausdrücklichen Regelung bedurft⁹⁰. Unabhängig von der Beantwortung dieser Frage kam das Oberverwaltungsgericht zum Ergebnis, daß die unterschiedliche Behandlung von Deutschen und EWG-Ausländern bei der Vergabe von Studienplätzen keine Diskriminierung im Sinne des Art.7 Abs.1 EWGV darstelle, da es sachlogische Gründe wie insbesondere die unterschiedlichen Qualifikationen für eine solche Ungleichbehandlung gebe.

93. Die Problematik der Erstreckung von Normen des EWG-Vertrages auf die Studienplatzvergabe wurde im bereits erwähnten Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt [22] nicht aufgeworfen. Das Gericht untersuchte, ob Art.7 EWGV verbiete, daß eine Person, die gleichzeitig die deutsche und die französische Staatsangehörigkeit besitze, von Privilegien bei der Hochschulzulassung, die nur Ausländern zukommen sollten, ausgeschlossen werde. Aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH lasse sich nicht ableiten, daß die Bevorzugung der Staatsangehörigen fremder Mitgliedstaaten zu Lasten der eigenen Staatsangehörigen untersagt sei. Außerdem verbiete Art.7 EWGV nur Diskriminierungen, d.h. willkürliche Differenzierungen, nicht jedoch aus sachlichen Gründen gerechtfertigte Unterscheidungen. Da im Hinblick auf die Hochschulzulassung eine solche Differenzierung gerechtfertigt sei, liege keine Verletzung von Art.7 EWGV vor.

3. Freizügigkeit

Im Berichtszeitraum stellte sich deutschen Gerichten mehrfach die Frage, welche Auswirkungen das zwischen der EWG und den Mitgliedstaaten einerseits und der Türkei andererseits geschlossene Assoziationsabkommen⁹¹ und das Zusatzprotokoll für die Übergangsphase der Assoziation⁹² für die Freizügigkeit von türkischen Staatsangehörigen im Bundesgebiet habe.

94. Das Bundessozialgericht (Urteil vom 9.9.1986 – 7 RAr 67/85 – BSGE 60, 230 = NJW 1987, 604) wies darauf hin, daß der Assoziationsvertrag ein gemischtes Abkommen und somit gleichzeitig als Gemein-

⁹⁰ Vgl. für den Bereich der Studiengebühren das Urteil des EuGH vom 13.2.1985 (Rs.293/83; *Gravier gegen Belgien*, EuGHE 1985, 606).

⁹¹ Abkommen vom 12.9.1963, BGBl.1964 II, 510 und 1959.

⁹² Protokoll vom 23.11.1970, BGBl.1972 II, 387, und BGBl.1973 II, 113.

schaftsrecht und – auf Grund des Zustimmungsgesetzes⁹³ – auch als Bestandteil der nationalen Rechtsordnung verbindlich sei. Es ließ offen, ob die Freizügigkeitsregelungen des Abkommens dem vorrangigen Gemeinschaftsrecht angehören oder ob dies nicht der Fall sei, weil der Gemeinschaft für die Gewährung dieser Freizügigkeit an Angehörige dritter Staaten keine Kompetenz zustehe. In jedem Fall könnten türkische Staatsangehörige einen Anspruch auf Freizügigkeit aus diesem Vertrag jedenfalls nicht vor dem 1.12.1986 geltend machen, d. h. vor Ende des 22. Jahres nach dem Inkrafttreten des Abkommens, bis zu dem nach dem Wortlaut des Art.36 Abs.1 des Zusatzprotokolls die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaften und der Türkei hergestellt sein sollte (um diesen Zeitraum ging es allein in dem entschiedenen Fall). Für eine derartige unmittelbare Anwendbarkeit fehle es dem Vertrag aber zusätzlich an der dafür notwendigen Bestimmtheit; nach seinem Art.12 sollten sich die Vertragsparteien von den Art.48–50 EWGV leiten lassen; damit sei noch nicht verbindlich festgelegt, wie die innerhalb der Assoziation zu gewährende Freizügigkeit aussehen werde. Dem entspreche auch, daß Art.38 des Zusatzprotokolls dem Assoziationsrat die Aufgabe zuschreibe, bis zur schrittweisen Herstellung der Freizügigkeit bezüglich aller Fragen im Zusammenhang mit der geographischen und beruflichen Mobilität der Arbeitnehmer türkischer Staatsangehörigkeit, insbesondere der Verlängerung der Gültigkeitsdauer von Arbeits- und Aufenthaltsgenehmigungen, Empfehlungen an die Mitgliedstaaten zu richten.

Zum gleichen Ergebnis gelangt das Gericht auch im Hinblick auf die Beschlüsse des Assoziationsrats Nr.2/1976 und Nr.1/1980⁹⁴. Denn insoweit fehle es schon am Rechtsanwendungsbefehl eines für den Rechtsraum der EWG bzw. der Bundesrepublik zuständigen Normgebers. Ein solcher aber wäre zur Annahme eines Rechtsanspruchs erforderlich; denn der Assoziationsrat sei nicht auf Grund von Art.24 Abs.1 GG ermächtigt, Recht mit unmittelbarer Wirkung im Inland zu setzen. Dies ergebe sich zum einen aus dem Fehlen einer dem Art.189 Abs.2 EWGV entsprechenden Vorschrift, zum anderen aus dem Abkommen vom 12.9.1963⁹⁵, demzufolge Beschlüsse und Empfehlungen des Assoziationsrates zu ihrer An-

⁹³ Gesetz vom 13.5.1964, BGBl.1964 II, 509.

⁹⁴ Abgedruckt in den Runderlassen der Bundesrepublik vom 15.7.1977, ANBA 1977, 1089, und vom 24.11.1980, ANBA 1981, 2.

⁹⁵ Abkommen über die zur Durchführung des Assoziationsabkommens zu treffenden Maßnahmen, BGBl.1964 II, 558.

wendbarkeit innerhalb der EWG bzw. innerhalb der Mitgliedstaaten weiterer Maßnahmen bedürften. Daran habe auch das Zusatzprotokoll vom 23.11.1970 entgegen der Auffassung des Landessozialgerichts Bremen⁹⁶ nichts geändert.

95. Zum selben Ergebnis gelangte das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 9.5.1986 [9, 37] bezüglich der Niederlassungsfreiheit; diese sei noch nicht mit innerstaatlicher Wirkung hergestellt. Art.41 Abs.1 des Zusatzprotokolls vom 23.11.1970 verbiete zwar die Einführung neuer Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, doch fehle es an einer unmittelbar anwendbaren positiven Regelung.

96. Im Hinblick auf den Beitrittsvertrag mit Griechenland⁹⁷ entschied das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen mit Urteil vom 25.2.1986 (18 A 2620/84 – InfAuslR 1986, 279), daß bei der Entscheidung über die nachträgliche Befristung der Ausweisung eines griechischen Arbeitnehmers der Umstand der ab 1.1.1988 für griechische Arbeitnehmer geltenden Freizügigkeit zu berücksichtigen sei. Die Sperrwirkung einer Ausweisung müsse zwar fortwirken, solange es ihr Zweck erfordere. Soweit ein Ausländer gegen Aufenthaltsbestimmungen verstoßen habe, bevor er in den Genuß der Freizügigkeit gekommen sei, müsse bei der Befristung der Ausweisung aber gefragt werden, ob die von dem Ausländer ausgehende Gefahr auch noch nach Änderung der Rechtslage bestehe.

In demselben Urteil stellte das Oberverwaltungsgericht fest, daß die pauschale Erklärung eines wegen illegalen Aufenthalts und illegaler Erwerbstätigkeit ausgewiesenen EWG-Bürgers, daß er erneut nach Deutschland kommen wolle, um sich hier als selbständiger Gewerbetreibender zu betätigen, und daß er bereits ein konkretes Objekt im Auge habe, einen Anspruch auf Niederlassungsfreiheit nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften nicht begründe.

4. Vorabentscheidungsverfahren (Art.177 EWGV)

97. Nach Art.177 EWGV ist ein Gericht eines Mitgliedstaates nur dann zur Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH gezwungen, wenn es eine letztinstanzliche Entscheidung fällt, gegen die es ein Rechtsmittel also nicht mehr gibt. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts (Beschuß vom 20.3.1986 – 3 B 3/86 – NJW 1987, 601 = RIW 1986, 472 mit Anm.

⁹⁶ InfAuslR 1985, 171.

⁹⁷ Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Griechenland und die Anpassung der Verträge, BGBl.1980 II, 229.

von K.-V. Schiller) ist als Rechtsmittel in diesem Sinne jedenfalls hinsichtlich des revisiblen Rechts auch die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 132 Abs.3 VwGO anzusehen⁹⁸. Zum gleichen Ergebnis gelangte das Bundesverwaltungsgericht auch in seinem Beschluß vom 22.7.1986 (BVerwG 3 B 104/85 – BayVBl.1987, 283 = RIW 1986, 914 mit Anm. von K.-V. Schiller)⁹⁹.

98. Die Frage, ob ein Vorlagebeschluß, mit dem ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art.177 EWGV eingeleitet wird, mit einer Beschwerde angefochten werden kann, beschäftigte den Verwaltungsgerechtshof Baden-Württemberg (Beschluß vom 17.4.1986 – 11 S 216/86 – Die Justiz 1987, 121 = DÖV 1986, 707 = ESUGH 36, 254 = EuGRZ 1986, 572 = InfAuslR 1986, 206 = VBIBW 1986, 458). § 146 Abs.2 VwGO schließt die Beschwerde nur gegenüber prozeßleitenden Verfügungen und anderen gerichtlichen Maßnahmen aus. Das Gericht dehnte diese Regelung auch auf Vorlagebeschlüsse aus. Mit dem Vorabentscheidungsersuchen solle die Entscheidung in der Sache selbst vorbereitet und gefördert werden; die abschließende Sachentscheidung könne vom Berufungs- bzw. Revisionsgericht gegebenenfalls auch darauf überprüft werden, ob das Erstgericht dem EuGH zu Recht vorgelegt bzw. die von diesem entschiedene Frage zutreffend berücksichtigt habe. Die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage könne im übrigen auch vom EuGH selbst überprüft werden. Es sei deshalb kein schutzwürdiges Interesse der Verfahrensbeteiligten erkennbar, die Kontrollkompetenz der Rechtsmittelgerichte in ein Beschwerdeverfahren vorzuverlagern¹⁰⁰.

99. Nach EWG-Recht bestand keine Möglichkeit, einem Landwirt eine Referenzmenge bei der Milchproduktion¹⁰¹ zuzuweisen, der in einem bestimmten Zeitraum eine Nichtvermarktungsprämie in Anspruch genommen hatte. Das Finanzgericht Hamburg (Urteil vom 30.4.1986 – IV 285/85 N – EFG 1986, 507) sah sich an einer grundrechtskonformen Auslegung des einschlägigen Rechts gehindert, da es sich um Gemeinschaftsrecht han-

⁹⁸ So auch Beschlüsse des BVerwG vom 7.12.1983, Buchholz 451.90, Nr.43, und 2.10.1985, Buchholz 451.90, Nr.58.

⁹⁹ Zum Vorlagerecht nach Art.177 Abs.3 EWGV vgl. K.-V. Schiller, Unterlassene Vorlagepflicht nach Art.177 III EWGV an den EuGH als Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter, NJW 1983, 2736.

¹⁰⁰ In diesem Sinne auch der BFH, BFHE 132, 217 – Nach allgemeiner Meinung können auch Vorlagebeschlüsse an das Bundesverfassungsgericht nicht mit der Beschwerde angefochten werden; vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz § 80 Rdnr.305 mit weiteren Nachweisen.

¹⁰¹ Zur Referenzmenge siehe unter [85].

dele, für dessen Interpretation der EuGH zuständig sei. Jedoch lehnte es auch eine Vorlage an diesen ab, da der EuGH selbst nur über die Gültigkeit des Gemeinschaftsrechts entscheiden könne, nicht aber darüber, in welcher Weise das Gemeinschaftsrecht gegebenenfalls zu ergänzen sei, damit keine Grundrechte verletzt würden. Dies sei aber bei der vorliegenden Fallkonstellation für eine endgültige Lösung des Problems notwendig. Eine solche ließe sich nur über eine Änderung der Milch-Garantiemengen-Verordnung erreichen¹⁰², für deren Auslegung allerdings nicht die Finanzgerichte, sondern die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig sei.

100. Das Oberverwaltungsgericht Berlin lehnte im Rahmen eines Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes mit Beschluß vom 15.7.1986 [92] eine Vorlage an den EuGH gemäß Art.177 Abs.2 EWGV ab; eine entsprechende Verpflichtung bestehe auch nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁰³ nicht, da der Antragsteller nicht gehindert sei, seinen vermeintlichen Anspruch im ordentlichen Klageverfahren geltend zu machen.

101. Die bereits erwähnte Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.10.1986 [86] führte auch zu einer endgültigen Klärung der Frage, ob der EuGH gesetzlicher Richter im Sinne des Art.101 Abs.1 Satz 2 GG sei¹⁰⁴. Das Gericht entschied die Frage positiv. Es betonte dabei insbesondere, daß der EuGH nach seiner Zusammensetzung und seinem Verfahren als ein Rechtsprechungsorgan anzusehen sei. Zwar sei er kein deutsches Gericht, doch werde er auf Grund von Art.177 EWGV mit der deutschen Gerichtsbarkeit funktional eng verschränkt, weil er die abschließende Entscheidungsbefugnis über die Auslegung der Verträge sowie über die Gültigkeit und die Auslegung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts habe und dies von den deutschen Gerichten zu beachten sei. Sofern dadurch Hoheitsrechte der Bundesrepublik auf ein übernationales Organ übertragen worden seien, würde dies durch die Art.24 Abs.1 und 59 Abs.2 Satz 1 in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz zum Vertrag gedeckt. Die Qualifikation des EuGH als gesetzlicher Richter im Sinne des Art.101 Abs.1 Satz 2 GG entspreche auch der aus Art.5 Abs.1 EWGV entspringenden Verpflichtung der Bundesrepublik, alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der im EWG-Vertrag niedergelegten Pflichten zu treffen. Gegen dieses Ergebnis könne auch nicht angeführt werden, daß

¹⁰² Siehe Anm.81.

¹⁰³ EuGHE 1977, 957.

¹⁰⁴ Das BVerfG hatte dieses Problem bislang noch nicht entschieden, vgl. BVerfGE 29, 198, 207; 31, 145, 169; zuletzt Beschluß vom 26.3.1986, RIW 1986, 473. Das BVerwG hatte im Beschluß vom 20.3.1986 [96] den EuGH als gesetzlichen Richter bezeichnet.

es sich bei dem Vorlageverfahren nach Art.177 EWGV um ein objektives Zwischenverfahren handele, in welchem die Parteien des Ausgangsverfahrens keine eigenen Antragsrechte besäßen und das vorrangig dem Interesse an der Auslegung, Durchsetzung und Gültigkeitsprüfung des Gemeinschaftsrechts diene. Das Vorlageverfahren sei nämlich Teil eines einheitlichen Rechtsstreits, für dessen Ausgang die Beantwortung der Vorlagefrage bestimmend sei. Der Anspruch des Einzelnen auf Wahrung der Gewährleistungen des Art.101 Abs.1 Satz 2 GG erstrecke sich damit auch auf die Befolgung der durch Art.177 EWGV begründeten Pflicht zur Einleitung eines Vorlageverfahrens.

XI. Deutschlands Rechtslage nach 1945

102. Wiederum trat vor bundesdeutschen Gerichten im Berichtszeitraum die Frage auf, ob eine Verurteilung wegen Verletzungen der Unterhaltspflicht nach § 170b StGB auch in Frage kommt, wenn der Unterhaltsberechtigte ein Deutscher ist, der in der DDR lebt¹⁰⁵. Das Oberlandesgericht Stuttgart führte dazu aus (Urteil vom 7.2.1986 – 1 Ss 17/86 – Die Justiz 1986, 199), daß diese Vorschrift in erster Linie dem Schutz des Unterhaltsberechtigten, daneben aber auch dem der Rechtsgemeinschaft, insbesondere der Sozialbehörden, vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme diene; es handele sich dabei jeweils um inländische Rechtsgüter. Der Schutz der fiskalischen Belange der DDR gehöre nicht zu den Aufgaben des Strafrechts der Bundesrepublik. Die Sozialbehörden der DDR, die völkerrechtlich als Staat anzusehen sei, seien keine inländischen Organe. Jedoch stelle das Interesse des in der DDR lebenden Unterhaltsberechtigten an der Sicherung seines materiellen Lebensbedarfs, sofern er Deutscher im Sinne der Art.16, 116 Abs.1 GG sei, ein inländisches Rechtsgut dar. Das Bundesverfassungsgericht habe in seiner Entscheidung zum Grundlagenvertrag¹⁰⁶ erklärt, daß eine Schutzpflicht der Bundesrepublik für jeden Deutschen im Sinne des Art.116 GG bestehe, sofern er in den Schutzbereich der staatlichen Ordnung der Bundesrepublik gelange; dies bedeute nicht, daß ein Deutscher aus der DDR diesen Schutz nur genieße, wenn er sich in der Bundesrepublik aufhalte. Vielmehr sei der Schutz auch zu gewähren, wenn die Strafverfolgungsorgane der Bundesrepublik wegen einer

¹⁰⁵ Vgl. Urteile des OLG Frankfurt, ROW 1985, 263, und des OLG Hamburg, NJW 1986, 336, jeweils dargestellt bei Herdogen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 815 (Nr.69).

¹⁰⁶ BVerfGE 36, 1, 30ff.

im Inland begangenen Straftat ermittelten, die sich gegen einen Deutschen im Sinne des Art.116GG richte. Die Souveränität der DDR sei jedenfalls nicht verletzt, wenn zwar das Opfer in der DDR lebe, die Tat aber in der Bundesrepublik im Sinne des § 3 StGB begangen worden sei¹⁰⁷. In einem *obiter dictum* fügte das Gericht hinzu, daß § 7 StGB, demzufolge das deutsche Strafrecht auch für Taten gilt, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden, nicht einen Schutz von Deutschen in der DDR gegen dort durchgeführte Straftaten umfasse.

Zu demselben Ergebnis kam mit der gleichen Argumentation das Bayerische Oberste Landesgericht (Urteil vom 20.11.1986 – RReg.3 St 92/86 – BayObLGSt 1986, 131 = MDR 1987, 513).

XII. Stationierungsstreitkräfte

103. Nach Art.VII Abs.8 NTS kann ein Angeklagter, der in einem Strafverfahren, das entsprechend diesem Artikel von den Behörden einer Vertragspartei gegen ihn durchgeführt wurde, freigesprochen oder verurteilt worden ist und der seine Strafe verbüßt, verbüßt hat oder begnadigt worden ist, nicht wegen derselben Handlung innerhalb desselben Hoheitsgebiets von den Behörden einer anderen Vertragspartei erneut vor Gericht gestellt werden. Im Beschluß vom 10.4.1986 (3 Ws 229/85 – Die Justiz 1986, 466 = NStZ 1986, 369) entschied das Oberlandesgericht Karlsruhe, daß die Einstellung des amerikanischen Militärgerichtsverfahrens durch den Brigadekommandeur für die deutschen Strafverfolgungsbehörden kein Verfahrenshindernis nach Art.VII Abs.8 NTS begründe, wenn diese Entscheidung so gefaßt sei, daß sie eine spätere strafrechtliche Verfolgung durch die amerikanischen Behörden nicht ausschließe. In diesem Falle nämlich erwachse sie nicht in Rechtskraft, die Einstellungsverfügung habe nur einen vorläufigen Charakter, die Militärbehörde könne noch immer ihre Verfolgung fortsetzen. Damit liege aber nicht die von Art.VII Abs.8 NTS gemeinte Fallkonstellation vor, in der es einem Gericht einer Vertragspartei verwehrt sei, einen von Gerichten der anderen Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilten Angehörigen der Stationierungsstreitkräfte erneut zur Verantwortung zu ziehen¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Anderer Ansicht LG Ravensburg, NStZ 1984, 459, dargestellt bei Haverland, Rechtsprechungsbericht 1983 (Anm.2), 117 (Nr.87).

¹⁰⁸ Dadurch nuancierte das OLG Karlsruhe die bisherige Rechtsprechung deutscher Gerichte zu Art.VII Abs.8 NTS. So hatte das OLG Nürnberg, NJW 1975, 2151, die Einstellung eines Verfahrens durch ein US-Militärgericht wegen Verletzung des Rechts auf schnelle und alsbaldige Verhandlung als Verfahrenshindernis gewertet. Das OLG Stuttgart, NJW

104. Eine weitere Differenzierung erfuhr die Auslegung des Art.X Abs.1 Satz 1 NTS durch das Urteil des Finanzgerichts Nürnberg vom 22.8.1986 (VII (IV) 459/83 – RIW 1987, 322 mit Anm. von L. Gramlich). Nach dieser Bestimmung hat unter steuerrechtlichen Aspekten ein Mitglied der Truppe oder des zivilen Gefolges in dem Zeitabschnitt keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet, in dem es sich nur in seiner Eigenschaft als Mitglied der Truppe oder eines zivilen Gefolges im Bundesgebiet aufhält. Nach Art.68 des Zusatzabkommens zum NTS¹⁰⁹ erstreckt sich diese Fiktion auch auf Angehörige. Das Finanzgericht Nürnberg legte diese Bestimmungen dahin aus, daß sie nicht anzuwenden seien, wenn ein Mitglied der Truppe oder des zivilen Gefolges bzw. dessen Angehörige sich nicht nur aus einem mit der Stationierung der Truppe zusammenhängenden Grunde in der Bundesrepublik aufhalte. Das sei aber in der Regel bei einer Person anzunehmen, die überhaupt einmal einen Wohnsitz im Inland im Sinne der AO begründet habe. Der Verlust eines solchen Wohnsitzes sei durch Art.X Abs.1 Satz 1 NTS nicht vorgesehen.

In der gleichen Entscheidung stellte das Gericht fest, daß ein Statusstempel im Reisepaß gemäß Art.III Abs.3 NTS, der eine Person als Mitglied der Truppe oder des zivilen Gefolges oder als Angehörigen von diesen qualifiziert, keine konstitutive Bedeutung habe.

1977, 1019, und das OLG Celle, NSz 1985, 178, dargestellt bei Kühner, Rechtsprechungsbericht 1984 (Anm.2), 137 (Nr.89) hatten erklärt, daß die von dem zuständigen Gerichtsherrn, d.h. nicht von einem Militärgericht, eingestellten Verfahren einem Prozeß vor deutschen Gerichten entgegenstünden.

¹⁰⁹ Zusatzabkommen zu dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrages über die Rechtsstellung ihrer Truppen hinsichtlich der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten ausländischen Truppen vom 3.8.1959 (BGBl.1961 II, 1183, 1218); geändert durch Abkommen vom 21.10.1971 (BGBl.1973 II, 1021).