

# Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1990

*Thomas Giegerich*<sup>1</sup>

## Übersicht

(for an English version of this Survey see p. 356)

*I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht (1–2)*

*II. Völkerrechtliche Verträge(3–9)*

*III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität (10–11)*

---

<sup>1</sup> Dr. iur., 1990/91 wissenschaftlicher Referent am Institut.

*Abkürzungen:* ABl. = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; AfP = Archiv für Presserecht; BFH(E) = Bundesfinanzhof (Entscheidungen); BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH(St) = Bundesgerichtshof (Entscheidungen in Strafsachen); BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); DBA = Doppelbesteuerungsabkommen; DÖV = Die Öffentliche Verwaltung; DtZ = Deutsch-deutsche Rechtszeitschrift; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; EGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EKMR = Europäische Kommission für Menschenrechte; EMRK = (Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; GewArch = Gewerbearchiv; GK = Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (Genefer Konvention); GVBl. = Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt; InfAuslR = Informationsbrief zum Ausländerrecht; IPBPR = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; IPRax = Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; IRG = Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen; JZ = Juristen Zeitung; LAGE = Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte; MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht; NJ = Neue Justiz; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NSStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; NVwZ = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht; NVwZ-RR = NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht; NZA = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht; PAG = Polizeiaufgabengesetz; RIW = Recht der Internationalen Wirtschaft; ROW = Recht in Ost und West; S.Ct. = Supreme Court Reporter; StlÜbk = Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen; WÜRv = Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969.

*IV. Staatsangehörigkeit (12–22)*

1. Zweifel über die Staatsangehörigkeit und amtliche Aufklärungspflicht – 2. Erwerb der Staatsangehörigkeit – 3. Verlust der Staatsangehörigkeit – 4. Staatenlosigkeit – 5. Doppelstaatsangehörigkeit

*V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs (23)**VI. Fremdenrecht (24–30)*

1. Einreise und Aufenthalt – 2. Ausweisung und Abschiebung – 3. Kommunalwahlrecht für Ausländer

*VII. Asylrecht (31–49)*

1. Politische Verfolgung: a) Allgemeines; b) Religiöses Existenzminimum; c) Maßnahmen der staatlichen Selbsterhaltung; Terrorismusbekämpfung; d) Bürgerkriegssituationen; e) Übergriffe Privater (mittelbare staatliche Verfolgung); f) Gruppenverfolgung – 2. Nachfluchtgründe – 3. Inländische Fluchialternative – 4. Anderweitiger Verfolgungsschutz – 5. Erlöschen der Anerkennung – 6. Rechtsstellung der Flüchtlinge

*VIII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe (50–51)**IX. Internationaler Menschenrechtsschutz (52–66)*

1. Europäische Menschenrechtskonvention: a) Art.3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis; b) Voraussetzungen der Freiheitsentziehung (Art.5 Abs.1 EMRK); c) Recht auf ein faires Verfahren (Art.6 Abs.1, Abs.3 Buchst.d EMRK); d) Verfahrensdauer (Art.6 Abs.1 EMRK); e) Unschuldsvermutung (Art.6 Abs.2 EMRK); f) Dolmetscherkosten (Art.6 Abs.3 Buchst.e EMRK); g) Meinungsfreiheit (Art.10 EMRK) – 2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte – 3. Konvention über die Beseitigung aller Formen von Diskriminierung gegenüber Frauen vom 18. Dezember 1979 – 4. Völkerrecht-mäßigkeit der Todesstrafe

*X. Europäische Gemeinschaften (67–93)*

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht: a) Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts und seine Grenzen; b) Unmittelbare Wirkung von Richtlinien; c) Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen – 2. Diskriminierungsverbot – 3. Freier Warenverkehr – 4. Freizügigkeit: a) Aufenthaltsrecht; b) Freizügigkeit der Arbeitnehmer; c) Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit – 5. Verkehr – 6. Kartellrecht – 7. Beihilfen – 8. Soziale Sicherheit – 9. Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art.119 EWG-Vertrag) – 10. Vorabentscheidungsverfahren (Art.177 EWG-Vertrag)

*XI. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung (94–100)*

1. Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur Deutschen Demokratischen Republik – 2. Wiederherstellung der deutschen Einheit

*XII. Stationierungsstreitkräfte (101)*

## Survey

*I. International Law and Municipal Law (1–2)**II. Treaties (3–9)**III. Effects and Limits of State Sovereignty (10–11)*

*IV. Nationality (12–22)*

1. Doubtful nationality and duty of clarification *ex officio* – 2. Acquisition – 3. Loss – 4. Statelessness – 5. Dual nationality

*V. Agencies of Diplomatic and Consular Affairs (23)*

*VI. Legal Status of Aliens (24–30)*

1. Entry and residence – 2. Expulsion and deportation – 3. Aliens' right to vote in local elections

*VII. Asylum (31–49)*

1. Political persecution: a) General aspects; b) Religious minimum standard; c) National self-preservation – fight on terrorism; d) Civil war situations; e) Persecution by private persons (indirect persecution by state); f) Persecution of groups – 2. *Réfugiés sur place* – 3. Protection found elsewhere in the state of persecution – 4. Protection by other states – 5. Extinction of recognition – 6. Legal status of refugees

*VIII. Extradition and other Forms of International Legal Cooperation (50–51)*

*IX. International Protection of Human Rights (52–66)*

1. European Convention on Human Rights: a) Art.3 ECHR as a bar to expulsion and deportation; b) Prerequisites of detention (Art.5 para.1 ECHR); c) Right to fair trial (Art.6 para.1, para.3 *lit.d* ECHR); d) Length of procedure (Art.6 para.1 ECHR); e) Presumption of innocence (Art.6 para.2); f) Costs of interpreter (Art.6 para.3 *lit.e* ECHR); g) Freedom of speech (Art.10 ECHR) – 2. International Covenant on Civil and Political Rights – 3. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 18 December 1979 – 4. Compatibility of death penalty with international law

*X. European Communities (67–93)*

1. Community law and municipal law: a) Supremacy of Community law and its limits; b) Direct effect of directives; c) Binding nature of Commission decisions – 2. Prohibition of discrimination – 3. Free movement of goods – 4. Free movement of persons: a) Right of residence; b) Free movement of workers; c) Freedom of establishment and freedom to provide services – 5. Traffic – 6. Competition – 7. Subsidies – 8. Social security – 9. Equality of men and women (Art.119 EEC Treaty) – 10. Reference procedure (Art.177 EEC Treaty)

*XI. Legal Status of Germany after 1945 and German Reunification (94–100)*

1. Federal Republic of Germany and German Democratic Republic – 2. Reunification of Germany

*XII. Allied Armed Forces Stationed in the Federal Republic of Germany (101)*

### Vorbemerkung

Der nachfolgende Bericht über die Rechtsprechung deutscher Gerichte zu völkerrechtlichen, europarechtlichen sowie damit zusammenhängenden verfassungsrechtlichen Problemen<sup>2</sup> setzt den Überblick über das Jahr 1989 fort<sup>3</sup>. Es mußte wie stets eine Auswahl getroffen werden, die sich an dem Maßstab orientierte, ob eine Entscheidung über die engen Grenzen eines Spezialgebietes hinaus von allgemeinerem Interesse ist. Besonders hingewiesen werden soll auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Kommunalwahlrecht für Ausländer [30, 69] und zur Kontrolle über die fachgerichtliche Handhabung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Vorlageverpflichtung aus Art.177 Abs.3 EWG-Vertrag [91]; auf die Beschlüsse des Bundesgerichtshofs zum Abhören von Telefonanschlüssen eines Konsulats [23]; auf die Entscheidungen zu verschiedenen Aspekten der Unschuldsvermutung [57–60]; auf den Beschluß des Oberlandesgerichts Karlsruhe zur Völkerrechtmäßigkeit der Todesstrafe [66] sowie auf die gerichtliche Bewältigung der deutschen Wiedervereinigung [98–100].

<sup>2</sup> Der Bericht wurde im Februar 1992 abgeschlossen; fehlende Entscheidungen aus dem Berichtszeitraum werden ggf. im Bericht für 1991 nachgetragen. Vgl. auch die jeweils fünf Jahre Rechtsprechung zusammenfassenden Bände der Reihe *Fontes Juris Gentium, Series A, Sectio II* (zuletzt erschienen: Tomus 9 [1981–1985]).

S. Richter, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1989, ZaöRV 51 (1991), 177ff.; vgl. auch H.J. Hahn, Deutsche Rechtsprechung 1945–1950, ZaöRV 14 (1951), 252ff.; F. Münch, – 1951–1957 (Teil A), ZaöRV 20 (1959), 186ff., (Teil B), ZaöRV 21 (1961), 511ff., (Teil C), ZaöRV 22 (1962), 729ff.; C. Tomuschat, – 1958–1965 (Teil A), ZaöRV 28 (1968), 48ff., (Teil B), *ibid.*, 646ff.; A. Bleckmann, – 1966–1968, ZaöRV 31 (1971), 271ff., – 1969–1970, ZaöRV 32 (1972), 71ff., – 1971, *ibid.*, 583ff., – 1972, ZaöRV 33 (1973), 757ff., – 1973, ZaöRV 34 (1974), 737ff., – 1974, ZaöRV 36 (1976), 856ff., – 1975, ZaöRV 37 (1977), 306ff.; W.D. Kischlat, – 1976, ZaöRV 37 (1977), 790ff.; H. Krück, – 1977, ZaöRV 39 (1979), 83ff., – 1978, ZaöRV 40 (1980), 122ff.; M. Vierheilig, – 1979, ZaöRV 41 (1981), 149ff., – 1980, ZaöRV 42 (1982), 121ff., – 1981, ZaöRV 43 (1983), 118ff.; U. Wölker, – 1982, ZaöRV 44 (1984), 103ff.; C. Haverland, – 1983, ZaöRV 45 (1985), 62ff.; R. Kühner, – 1984, ZaöRV 46 (1986), 89ff.; M. Herdegen, – 1985, ZaöRV 46 (1986), 774ff.; M. Hartwig, – 1986, ZaöRV 48 (1988), 35ff.; J. Kokott, – 1987, ZaöRV 48 (1988), 717ff.; J. Polakiewicz, – 1988, ZaöRV 50 (1990), 72ff.

<sup>3</sup> Richter, Rechtsprechungsbericht 1989 (Anm.2), 177ff.; vgl. auch die in Anm.2 nachgewiesenen Rechtsprechungsberichte früherer Jahre.

*I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht*

1. Mit Problemen des internationalen Urheberrechts mußte sich das Bundesverfassungsgericht auf die Verfassungsbeschwerde eines amerikanischen Musikers auseinandersetzen (Beschluß vom 23.1.1990 – 1 BvR 306/86 – BVerfGE 81, 208 = MDR 1990, 599 = NJW 1990, 2189). Dieser hatte Unterlassungsklage erhoben, um den Vertrieb von Langspielplatten in der Bundesrepublik Deutschland zu verhindern, die angeblich heimliche Mitschnitte eines Konzerts enthielten, welches der Musiker als Interpret in Italien gegeben hatte. Die Klage blieb größtenteils erfolglos. Das Bundesverfassungsgericht wies seine Verfassungsbeschwerde zurück. Die Auslegung des §125 Abs.5 UrhG durch den Bundesgerichtshof sei nicht willkürlich gewesen. Dessen Rechtsauffassung, daß das dort in Bezug genommene Welturheberrechtsabkommen<sup>4</sup> Interpreten nicht schütze, unterliege nur in sehr beschränktem Umfang der verfassungsgerichtlichen Überprüfung. Die Urheber und Leistungsschutzberechtigte betreffenden internationalen Verträge stünden im Range unterhalb des Verfassungsrechts; allein zu dessen Auslegung und Anwendung sei das Bundesverfassungsgericht aber berufen. Ihm wäre eine Eingriffsbefugnis allenfalls dann eröffnet, wenn der Bundesgerichtshof den Anwendungsbereich des Welturheberrechtsabkommens evident fehlbestimmt hätte.

Das Bundesverfassungsgericht sah auch keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art.3 Abs.1 GG) darin, daß der Gesetzgeber ausländischen Künstlern, wenn ein Staatsvertrag vorliege, weitergehende leistungsschutzrechtliche Ansprüche gewähre (§125 Abs.5 im Vergleich mit Abs.6 UrhG). §125 Abs.5 UrhG sei Ausfluß des Territorialitätsprinzips, wonach sich der international tätige Interpret nicht einem einheitlichen weltweiten Schutzrecht, sondern einem Bündel unterschiedlicher nationaler territorial beschränkter Regelungen gegenübersehe. Angehörige eines Staates mit hohem Schutzniveau könnten für ihre Darbietungen im Ausland nicht stets einen vergleichbaren Schutz erlangen. Die kollisionsrechtlichen Regelungen des Urheberrechtsgesetzes verfolgten daher das Ziel, andere Staaten zu beeinflussen, internationalen Verträgen beizutreten oder zumindest Gegenseitigkeitsabkommen abzuschließen, welche deutschen Anspruchstellern im Ausland einen erhöhten Schutz gewährten. Das hierzu gewählte Mittel einer gezielten Benachteiligung von Angehörigen bislang »unentschlossener« Staaten entspreche einem allgemeinen

---

<sup>4</sup> Vom 6.9.1952 (BGBl. 1955 II, 101); revidiert am 24.7.1971 (BGBl. 1973 II, 1069, 1111).

Völkerrechtssatz, der jede Nation berechtere, die Belange ihrer Angehörigen in fremden souveränen Staaten zu wahren. Eine solche Regelung sei auch nicht unangemessen, solange sie nicht etwa Ausländern die inländische Durchsetzung von Schutzansprüchen auch verwehre, um die Realisierung ganz anders gearteter Ansprüche von Deutschen im jeweiligen Ausland zu verbessern.

2. An das Bundesverwaltungsgericht wurde – einmal mehr – die Frage herangetragen, wo, wenn eine Gemeinde »kommunale Außenpolitik« betreibt, die Grenze liegt zwischen ihrem verfassungsrechtlich geschützten Wirkungskreis (Art.28 Abs.2 Satz 1 GG) und dem allgemeinpolitischen Zuständigkeitsbereich des Staates<sup>5</sup>. Konkret betraf das Urteil vom 14.12.1990 (7 C 58.89 – BVerwGE 87, 237) einen Stadtratsbeschluß, dem von den Städten Hiroshima und Nagasaki initiierten, auf weltweite Kernwaffenabrüstung abzielenden »Programm zur Förderung der Solidarität der Städte« beizutreten. Dieser war von der Aufsichtsbehörde beanstandet worden, hielt sich jedoch nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts im Rahmen des Selbstverwaltungsrechts. Der Beitritt zu einer internationalen Städtepartnerschaft könne zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zählen, obwohl er grenzüberschreitend wirke. Dieser Einordnung stehe hier auch die Zielrichtung der Städtepartnerschaft nicht entgegen. Ihr friedenspolitisches Anliegen entspreche den Zielvorgaben des Grundgesetzes, das in seiner Präambel das Bekenntnis des deutschen Volkes enthalte, »in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen«. Der Gedanke der Völkerverständigung genieße sogar ausdrücklich verfassungsrechtlichen Schutz in Art.9 Abs.2 GG. Im Zusammenhang mit Art.24 Abs.2 GG, der die Wahrung des Friedens im Bereich der zwischenstaatlichen Beziehungen des Bundes betreffe, gewinne so die Friedenspolitik die Bedeutung eines verfassungsrechtlich anerkannten und geschützten Werts. Schon aus Gründen der Einheit der Verfassung könne dies nicht ohne Einfluß auch auf den Umfang des verfassungsrechtlich verbürgten Rechts der gemeindlichen Selbstverwaltung sein<sup>6</sup>. Eine Einmischung in die den Gemeinden verschlossene Verteidigungspolitik sei im vorliegenden Fall deswegen nicht gegeben, weil die Städtepartnerschaft für eine weltumspannende Abrüstung eintrete, die als Ziel unumstritten sei, und nicht einseitig die Verteidigungspolitik des Bundes anspreche.

---

<sup>5</sup> Vgl. H. Heberlein, »Kommunale Außenpolitik« und »atomwaffenfreie Zonen«: Die Maßstäbe des Bundesverwaltungsgerichts, DÖV 1991, 916.

<sup>6</sup> Dieser Schluß ist nicht haltbar. Staatszielbestimmungen können nicht zur Verschiebung von Verbandskompetenzgrenzen benutzt werden.

Auch aus Art.32 Abs.1 GG, der die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten dem Bund vorbehalte, ergebe sich nichts Gegenteiliges. »Kommunale Außenpolitik« in Form internationaler Städtepartnerschaften werde nach allgemeiner Ansicht nicht von der auswärtigen Gewalt umfaßt.

## II. Völkerrechtliche Verträge

3. Mit den zivilprozessualen Folgewirkungen eines Verstoßes gegen Devisenkontrollrecht im Sinne von Art.VIII Abschnitt 2 Buchst.b des Bretton-Woods-Abkommens<sup>7</sup> befaßte sich das Oberlandesgericht München in einem Urteil vom 25.1.1989 (15 U 4470/87 – WM 1989 = JZ 1991, 370<sup>8</sup>). Die Klägerin verlangte rückständige Zinsen aus Darlehensverträgen von einer Person, die vor dem Vertragsschluß in Österreich einen Wohnsitz begründet hatte und daher dort Deviseninländer war. Das österreichische Devisenrecht unterwirft die Aufnahme von Krediten bei Ausländern einem Genehmigungsvorbehalt; die Genehmigung der österreichischen Nationalbank fehlte jedoch im vorliegenden Fall. Das Oberlandesgericht hielt deshalb die Klage für unzulässig. Nach Art.VIII Abschnitt 2 Buchst.b des Bretton-Woods-Abkommens kann nämlich aus Devisenkontrakten, welche die Währung eines Mitglieds berühren und den von diesem Mitglied in Übereinstimmung mit jenem Übereinkommen aufrechterhaltenen oder eingeführten Devisenkontrollbestimmungen zuwiderlaufen, in den Hoheitsgebieten der Mitglieder nicht geklagt werden. Die gefestigte Praxis der deutschen Gerichte versteht die zitierte Bestimmung nicht als materiellrechtliche Nichtigkeitsanordnung, sondern im Sinne einer auch noch in der Berufungsinstanz von Amts wegen zu beachtenden Sachurteilsvoraussetzung: Ansprüche aus devisenrechtlich verbotenen, sich auf die Zahlungsbilanz auswirkenden Geschäften werden unklagbar gestellt; dennoch erhobene Klagen sind unzulässig.

4. Um eine völkervertragsrechtliche Modifikation des deutschen Zivilprozeßrechts ging es in einem Zwischenurteil des Oberlandesgerichts Koblenz vom 13.7.1990 (2 U 338/89 – IPRax 1992, 42<sup>9</sup>). Die Parteien strit-

---

<sup>7</sup> Übereinkommen über den Internationalen Währungsfonds vom 1./22.7.1944 i.d.F. vom 30.4.1976 (Sartorius II: Internationale Verträge – Europarecht [Stand: 31.1.1991], Nr.44).

<sup>8</sup> Dazu kritisch W.F. Ebke, Internationale Kreditverträge und das internationale Devisenrecht, JZ 1991, 335 ff.

<sup>9</sup> Dazu M. Kaum, Ausländersicherheit für Briten – Inlandsbezug ausländischer Vorbehaltserklärungen, IPRax 1992, 18.

ten darüber, ob der Kläger, ein in Großbritannien wohnender britischer Staatsangehöriger, gemäß §110 Abs.1 Satz 1 ZPO verpflichtet sei, Sicherheit für die Kosten der Berufungsinstanz zu leisten. Das Oberlandesgericht entschied, daß der Kläger davon befreit sei. Dies ergebe sich zwar nicht bereits aus Art.14 des deutsch-britischen Abkommens über den Rechtsverkehr vom 20.3.1928<sup>10</sup>, weil der Kläger seinen Wohnsitz nicht im Bundesgebiet habe. Er sei jedoch nach Art.9 Abs.1 des Europäischen Niederlassungsabkommens vom 13.12.1955<sup>11</sup> von der Verpflichtung zur Leistung einer Prozeßkostensicherheit befreit. Das Oberlandesgericht wies darauf hin, daß nach der deutschen Fassung dieser Bestimmung der Wohnsitz des Klägers in Großbritannien dem scheinbar entgegenstehe. Es kam aber zu dem Ergebnis, daß die amtliche deutsche Übersetzung der allein authentischen englischen und französischen Fassungen zumindest mißverständlich sei<sup>12</sup>.

An seinem Ergebnis hielt das Gericht ungeachtet dessen fest, daß das Vereinigte Königreich einen Vorbehalt zu Art.9 Abs.1 des Europäischen Niederlassungsabkommens erklärt hatte<sup>13</sup>. Die Befreiung des Klägers von der Pflicht zur Sicherheitsleistung sei nicht von der Verbürgung der Gegenseitigkeit abhängig, weil Art.9 Abs.1 eine selbständige Ausnahme von §110 Abs.1 Satz 1 ZPO geschaffen habe; neben dieser sei der in §110 Abs.2 Nr.1 ZPO angesprochene Gegenseitigkeitsmechanismus nicht zusätzlich anwendbar.

Das Oberlandesgericht hat die Reziprozitätswirkung des britischen Vorbehalts verkannt. Nach völkergewohnheitsrechtlichen Grundsätzen ändert dieser nämlich auch die vertraglichen Verpflichtungen der Bundesrepublik gegenüber dem Vereinigten Königreich ab<sup>14</sup>. Der regelmäßig der

<sup>10</sup> RGBl.II, 623; BGBl. 1953 II, 116.

<sup>11</sup> BGBl. 1959 II, 998; 1970 II, 843.

<sup>12</sup> Die maßgebliche Passage des Art.9 Abs.1 lautet: Staatsangehörigen eines Vertragsstaates, die ihren Wohnsitz ... im Gebiet eines der anderen Vertragsstaaten haben ..., darf keine Sicherheitsleistung ... deshalb auferlegt werden, weil sie Ausländer sind oder keinen Wohnsitz oder Aufenthalt im Inlande haben./No security ... may be required, by reason of their status as aliens or of lack of domicile or residence in the country, from nationals of any Contracting Party, having their domicile ... in the territory of a Party .../Aucune caution ... ne peut être exigé, à raison, soit de leur qualité d'étrangers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, des ressortissants d'une des Parties Contractantes, ayant leur domicile ... sur le territoire de l'une de ces Parties ...

<sup>13</sup> The Government of the United Kingdom reserves the right to apply [paragraph 1] as if the words "or lack of domicile or residence in the country" were omitted ... (BGBl. 1970 II, 843).

<sup>14</sup> Vgl. die Kodifizierung in Art.21 Abs.1 Buchst.b WÜR.



Völkerrechtslage akzessorische innerstaatliche Vollzugsbefehl ist, wenn andere Anhaltspunkte fehlen, so zu verstehen, daß Modifikationen des Vertragsregimes durch Vorbehalte anderer Staaten auch auf die innerstaatliche Ebene durchschlagen. Im Ergebnis lag das Oberlandesgericht aber möglicherweise im Hinblick auf den von ihm nicht erwähnten Art.7 EWG-Vertrag<sup>15</sup> richtig<sup>16</sup>. Aus der Gegenperspektive entschied allerdings der Court of Appeal durch Urteil vom 13.2.1990, daß keine versteckte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit entgegen Art.7 EWG-Vertrag gegeben sei, wenn einem im EG-Ausland wohnhaften Kläger eine Sicherheitsleistung für die Auslagen des Beklagten auferlegt werde<sup>17</sup>.

5. In einem noch nicht rechtskräftigen Urteil vom 21.2.1990 (W 3 K 88.1363 – NVwZ-RR 1990, 575) versuchte das Verwaltungsgericht Würzburg, das Verhältnis von §120 Abs.1 Satz 1 Halbsatz 2 BSHG und Art.1 des Europäischen Fürsorgeabkommens vom 11.12.1953<sup>18</sup> zu bestimmen. Art.1 des Europäischen Fürsorgeübereinkommens verpflichtet jede Vertragspartei, den Staatsangehörigen der anderen Vertragschließenden, die sich erlaubt im Inland aufhalten und nicht über eigene Mittel verfügen, in gleicher Weise wie ihren eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die gesetzlich vorgesehenen Leistungen der sozialen und der Gesundheitsfürsorge zu gewähren. Nach §120 Abs.1 Satz 1 Halbsatz 2 BSHG besteht jedoch kein Anspruch auf Sozialhilfe, wenn ein Ausländer in die Bundesrepublik Deutschland einreist, um Sozialhilfe zu erlangen.

Das Verwaltungsgericht Würzburg führte aus, daß zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses 1953 und auch noch zum Zeitpunkt der Transformation des Vertrages in innerstaatliches Recht 1956 die Rechtslage im sozialen Bereich in den einzelnen Vertragsstaaten im wesentlichen gleich gewesen sei, in der Folgezeit aber der Ausbau des Sozialstaates in der Bundesrepublik zu einer Sogwirkung auf Ausländer geführt habe; im Hinblick darauf sei der einschränkende Halbsatz eingeführt worden. Entgegen der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung kam das Verwaltungsgericht zu dem Ergebnis, daß §120 Abs.1 Satz 1 Halbsatz 2 BSHG auf Ausländer, die Staatsangehörige eines Vertragsstaates des Europäi-

---

<sup>15</sup> Zum Verhältnis zwischen EWG-Vertrag und Europäischem Niederlassungsabkommen vgl. A. Randelzhofer, in: E. Grabitz (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag (Stand: Juni 1990), Rdnr.17ff. vor Art.52.

<sup>16</sup> R. K a m p f, Sicherheitsleistungen durch britische Staatsangehörige, NJW 1990, 3054.

<sup>17</sup> Times Law Report, February 20, 1990; die anderslautende Entscheidung der Queen's Bench Division (Times Law Report, December 12, 1989) wurde aufgehoben.

<sup>18</sup> BGBl. 1956 II, 563.

schen Fürsorgeübereinkommens sind, nicht angewendet werden dürfe; diese müßten vielmehr nach den für deutsche Staatsangehörige geltenden Regelungen behandelt werden. Ein Vorrang des nationalen Rechts vor dem Vertragsvölkerrecht sei aus dem *lex posterior*- und dem *lex specialis*-Grundsatz nicht abzuleiten. Andernfalls könnte die Bundesrepublik Deutschland Verträge abschließen, um dann durch Setzung nationalen Rechts die Vertragsbestimmungen wieder auszuhebeln<sup>19</sup>.

Den weithin angenommenen stillschweigenden allgemeinen Vorbehalt zum Abkommen, daß kein Ausländer die dadurch begründeten Rechte mißbrauchen dürfe, indem er nur zur Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen einreise, hielt das Gericht für eine Erfindung. Ein solcher Vorbehalt sei, wiewohl offenkundig nötig, bis heute nicht eingefügt worden. Nach seinem Art.24 sei das Europäische Fürsorgeabkommen zunächst nur für die Dauer von zwei Jahren abgeschlossen worden und verlängere sich seither von Jahr zu Jahr, wenn es nicht rechtzeitig gekündigt werde. Das Nachschieben von Vorbehalten komme einer Änderungskündigung gleich und könne daher nur auf diesem Wege bewerkstelligt werden.

6. Bei der Besteuerung von Einkünften aus unbeweglichem Vermögen, das in der Schweiz belegen war, schränkte nach Ansicht des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 11.4.1990 – I R 63/88 – RIW 1991, 79) das Doppelbesteuerungs-Abkommen vom 22.8.1971 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft<sup>20</sup> den sich aus dem Einkommensteuergesetz ergebenden Steueranspruch der Bundesrepublik – von Anrechnungspflichten abgesehen – nicht ein. Die Frage war, ob die Einkünfte nach der für den Steuerpflichtigen günstigeren Vorschrift des §21 Abs.2 EStG ermittelt werden mußten oder nach §21a EStG, der an sich seinem klaren Wortlaut nach nicht paßte. Für seine Anwendung sprach jedoch eine Verständigungsvereinbarung zwischen der Bundesrepublik und der Schweiz vom 29.3./19.5.1976<sup>21</sup>. Dies hielt der Bundesfinanzhof aber für unerheblich. Die Auferlegung von Steuerpflichten sei allgemein der parlamentarischen Gesetzgebung vorbehalten. Bloße Verwaltungsvorschriften könnten weder selbständige Besteuerungstatbestände schaffen noch gesetzlich normierte zu Lasten eines Steuerpflichtigen ändern. Dies gelte auch für sogenannte Verständigungsver-

---

<sup>19</sup> Das VG unterschied hier fälschlich die völkervertragliche Verpflichtung nach außen nicht von der auf dem Zustimmungsgesetz nach Art.59 Abs.2 GG beruhenden innerstaatlichen Geltung der Vertragsnorm (vgl. BVerfGE 73, 339 [375]).

<sup>20</sup> BGBl. 1972 II, 1021.

<sup>21</sup> Vgl. Schreiben des Bundesministers der Finanzen, BStBl. 1976 I, 370.

einbarungen im Sinne des Art.26 Abs.3 DBA-Schweiz. Diese könnten über Norminterpretationen oder Billigkeitsregelungen nicht hinausgehen.

7. Am gleichen Tag mußte der Bundesfinanzhof zur Auslegung des DBA-Belgien vom 11.4.1967<sup>22</sup> Stellung nehmen (Urteil vom 11.4.1990 – I R 75/88 – BFHE 160, 513 = NJW 1991, 1503). Dort war fraglich, ob ein Regisseur und Bühnenbildner von der Regelung in Art.17 erfaßt wurde, wonach die Einkünfte von berufsmäßigen Künstlern, die sie aus in dieser Eigenschaft persönlich ausgeübten selbständigen Tätigkeit beziehen, nicht im Wohnsitzstaat, sondern in dem Staat besteuert werden, in dem die Tätigkeit ausgeübt wurde. Der Bundesfinanzhof bejahte die Frage. Da der Begriff des Künstlers im DBA-Belgien nicht definiert sei, komme es nach Art.3 Abs.2 DBA-Belgien auf die Begriffsbestimmung des deutschen Einkommensteuerrechts an. Aus diesem ergebe sich keine Beschränkung des Künstlerbegriffs auf die unmittelbar vor Publikum vortragenden Personen. Auch der Sinn- und Vorschriftenzusammenhang innerhalb des Abkommens in seiner authentischen deutschen Fassung enthalte keine solche Einschränkung. Zu keiner anderen Auslegung könne der gleichermaßen verbindliche französische Text des Art.17 DBA-Belgien führen. Es werde vermutet, daß die verwendeten Ausdrücke in allen authentischen Fassungen dieselbe Bedeutung haben (vgl. Art.33 Abs.3 des WÜRV). Der englische Text von Art.17 des OECD-Musterabkommens, dem Art.17 DBA-Belgien insoweit nachgebildet sei, nötige ebenfalls zu keiner anderen Auslegung. Der französische Text dieses Musterabkommens sei – was den Streitfall betreffe – mit dem französischen Text des DBA-Belgien identisch.

8. Auch die Arbeitsgerichte müssen bei der Beurteilung von Urlaubsansprüchen von Arbeitnehmern Rücksicht auf Völkervertragsrecht nehmen. Dies zeigt ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 28.11.1990 (8 AZR 570/89 – ZTR 1991, 300). Der Arbeitgeber hatte sich geweigert, dem Arbeitnehmer Erholungsurlaub aus 1988 im Jahre 1989 zu gewähren. Das Bundesarbeitsgericht bestätigte ihn darin: Der Urlaubsanspruch sei mit Ablauf des Jahres 1988 erloschen. Anders als das Landesarbeitsgericht Düsseldorf in der Vorinstanz sah sich das Bundesarbeitsgericht an dieser Entscheidung durch das Übereinkommen Nr.132 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 24.6.1970 über den bezahlten Jahresurlaub<sup>23</sup> nicht gehindert. Die Befristung des Urlaubsanspruchs nach §1 und §7 Abs.3 BUrlG widerspreche nicht Art.9 Abs.1 dieses Übereinkommens. Nach

---

<sup>22</sup> BGBl. 1969 II, 18.

<sup>23</sup> BGBl. 1975 II, 746.

dieser Bestimmung sei der ununterbrochene Teil des Jahresurlaubs spätestens ein Jahr und der übrige Teil spätestens achtzehn Monate nach Ablauf des Jahres, für das der Urlaubsanspruch erworben wurde, zu gewähren und zu nehmen. Der vom Landesarbeitsgericht hieraus gezogene Schluß, Art.9 Abs.1 des Übereinkommens Nr.132 erlaube keine innerstaatlichen abweichenden Regelungen, die zu einem vorzeitigen Anspruchsverlust des Arbeitnehmers führten, gehe fehl. Der Vertragsartikel stelle nicht etwa Mindestfristen für den Bestand des Urlaubsanspruchs auf, sondern einen Zeitrahmen, innerhalb dessen der Urlaubsanspruch längstens verwirklicht sein müsse. In diesem Rahmen hielten sich §§1, 7 Abs.3 BUrlG. Der Gesetzgeber habe damit von der ihm nach Art.1 des Übereinkommens Nr.132 übertragenen Durchführungsbefugnis Gebrauch gemacht.

9. Zum Verhältnis zwischen völkervertraglichen Festlegungen und nachfolgender Staatenpraxis äußerte sich das Oberlandesgericht Karlsruhe in einer Entscheidung, die noch unter einem anderen Aspekt darzustellen ist (Beschuß vom 26.6.1990 – 1 AK 22/90 – Nr.66). Es ging um Beweismittel, die von deutschen Behörden im Wege der Rechtshilfe den USA zur Verfügung gestellt und in einem Strafverfahren verwendet worden waren. Der Betroffene, ein deutscher Staatsangehöriger, war verdächtig, seine Freundin während eines gemeinsamen USA-Aufenthalts vorsätzlich getötet zu haben, um Leistungen aus Lebensversicherungen zu erlangen. Er wurde deshalb in Florida des Mordes für schuldig befunden und zum Tode auf dem elektrischen Stuhl verurteilt; das Urteil war im Juni 1990 noch nicht rechtskräftig. Er beantragt im hiesigen Verfahren, die Unzulässigkeit der durchgeführten Rechtshilfehandlungen festzustellen, weil er hoffte, in Florida damit ein Verwertungsverbot erreichen zu können.

Das Oberlandesgericht ging davon aus, daß die isolierte Herausgabe von Gegenständen sich als Fall der sonstigen Rechtshilfe, für die nach einem deutsch-amerikanischen Notenwechsel<sup>24</sup> die Gegenseitigkeit zugesichert worden sei, mangels eines Rechtshilfevertrags nach den Vorschriften des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen richte. Die Zulässigkeit der geleisteten Rechtshilfe werde nicht dadurch in Frage gestellt, daß das amerikanische Ersuchen nicht auf dem vorgesehenen Geschäftsweg übermittelt worden sei. Zwar seien nach dem Notenwechsel solche Ersuchen auf dem diplomatischen Weg über das Auswärtige Amt einzureichen, soweit bestehende Vereinbarungen nichts anderes vorsähen. Die praktische Handhabung im Verhältnis zu den USA sei jedoch inzwi-

<sup>24</sup> BGBl. 1961 II, 471.

schen über diese Regelung hinweggegangen. Nach ständiger Übung würden nunmehr Ersuchen auf dem justizministeriellen Geschäftsweg zwischen dem Bundesminister der Justiz und dem amerikanischen Justizministerium übermittelt, in dringenden Fällen auch auf dem unmittelbaren Geschäftsweg zwischen den Justizbehörden beider Staaten. Regelungen über den Geschäftsweg betreffen nur die zwischenstaatliche Gestaltung der Rechtshilfe; sie entfaltet keine Schutzwirkungen zugunsten des von der Strafverfolgungsmaßnahme Betroffenen.

Die *ratio decidendi* dieser Entscheidungspassage wird nicht ganz deutlich: Einerseits soll der Betroffene sich auf die Verletzung von vertraglichen Bestimmungen über den Geschäftsweg nicht berufen können; andererseits nimmt das Oberlandesgericht offenbar an, daß ein solcher Regelverstoß gar nicht vorliegt. Zur Begründung der letzteren Variante kommt, da eine vertragsinterpretierende Staatspraxis<sup>25</sup> wegen des klaren Wortlauts der Vereinbarung ausscheidet, nur eine formlose Vertragsänderung in Betracht.

### *III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität*

10. Der hier wiederzugebende Beschluß des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 20.9.1990 (2 VAs 1/90 – NStZ 1991, 50) hängt mit der zuvor dargestellten Entscheidung zusammen. Derselbe Betroffene beehrte im vorliegenden Verfahren die Feststellung, daß mehrere Wohnungsdurchsuchungen unter anderem wegen der Beteiligung von amerikanischen Beamten rechtswidrig gewesen seien. Der Senat bejahte seine Antragsbefugnis nach §24 Abs.1 EGGVG, soweit er die Vornahme eigener Durchsuchungen amerikanischer Beamter über ihre bloße Anwesenheit hinaus behauptete. Solche Durchsuchungsakte ausländischer Organe wären durch die Strafprozeßordnung nicht mehr gedeckt, weil sie über die bloße Förderung von Ermittlungshandlungen durch innerstaatliche Behörden hinausgingen, deren Kontrolle entzogen und nicht den Bestimmungen der Strafprozeßordnung unterworfen wären. Ihre Duldung durch inländische Beamte würde den Antragsteller in seinen Grundrechten aus Art.2 Abs.1, 13 Abs.1 GG verletzen<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Vgl. Art.31 Abs.3 Buchst.b WÜRV.

<sup>26</sup> Diese Feststellung ist deshalb besonders wichtig, weil nach der Entscheidung des U.S. Supreme Court im Falle *U.S. v. Verdugo-Urquidez* (110 S.Ct. 1056) amerikanische (Bundes-)Beamte bei Ermittlungshandlungen außerhalb des Territoriums der USA gegen Ausländer nicht den Beschränkungen des Amendments IV zur US-Bundesverfassung (Verbot von "unreasonable searches and seizures") unterliegen.

11. Nach §4 Abs.1 AuslG 1965<sup>27</sup> stand es im grundsätzlich weiten Ermessen der Ausländerbehörde, einen Fremdenpaß auszustellen<sup>28</sup>. In einem rechtskräftigen Urteil vom 26.11.1990 (1 S 1907/90 – BWVP 1991, 134) unterstrich der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, daß die Behörde dabei berücksichtigen dürfe, ob die Ausstellung des Fremdenpasses im deutschen Interesse liege. Eine solche Paßausstellung könne insbesondere dann Belastungen für die Bundesrepublik mit sich bringen, wenn mit ihr ein Eingriff in die Personalhoheit eines anderen Staates verbunden sei. Als Aufenthaltsstaat sei die Bundesrepublik grundsätzlich verpflichtet, die Personalhoheit des Heimatstaates eines Ausländers zu respektieren. Kriterien für die Ermessensausübung seien in dieser Hinsicht unter anderem die zu jenem Staat bestehenden Beziehungen sowie der Nachdruck, mit dem er seine Personalhoheit geltend mache. Der Verwaltungsgerichtshof hielt es auf diesem Hintergrund nicht für ermessensfehlerhaft, die ablehnende Entscheidung darauf zu stützen, daß die Klägerin nicht den Nachweis erbracht habe, daß die zuständige Auslandsvertretung der ČSSR die Ausstellung eines Nationalpasses verweigere. Das Nachweiserfordernis diene dem deutschen Interesse an größtmöglicher Wahrung der Personalhoheit des fremden Staates und stelle in aller Regel keine unzumutbaren Anforderungen an den Betroffenen.

Das Gericht sah sich auch nicht deshalb zu einer anderen Beurteilung veranlaßt, weil der Klägerin früher ein befristeter Fremdenpaß erteilt und auch verlängert worden war. Zwar könne dessen Verlängerung bei gleichbleibenden tatsächlichen Verhältnissen aus Gründen des Vertrauensschutzes geboten sein. Hier hätten sich die politischen Verhältnisse seit der letzten Verlängerung durch die Revolution in der Tschechoslowakei grundlegend verändert. Deshalb dürfe die Klägerin darauf verwiesen werden, sich erneut nachhaltig um einen Nationalpaß zu bemühen. Werde nämlich die Frage einer Verlängerung des Fremdenpasses nach Änderung der Verhältnisse im Heimatstaat des Ausländers aufgeworfen, hätten die deutschen Behörden Anlaß, die zu diesem Staat bestehenden Beziehungen zu überprüfen und das bei der Erteilung des Fremdenpasses ausgeübte Ermessen im Interesse des völkerrechtlichen Grundsatzes der Nichtein-

---

<sup>27</sup> Ausländergesetz vom 28.4.1965 (BGBl.I, 353), zuletzt geändert durch Art.9 Abs.5 des Gesetzes vom 26.6.1990 (BGBl.I, 1163); nunmehr durch das Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet (Ausländergesetz – AuslG) vom 9.7.1990 (BGBl.I, 1354) ersetzt.

<sup>28</sup> §39 Abs.2 AuslG 1990 verlagert die Voraussetzungen für die Ausstellung eines Fremdenpasses in eine Rechtsverordnung (vgl. §§14ff. der Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes vom 18.12.1990, BGBl.I, 2983).

mischung in die Personalhoheit des fremden Staates möglicherweise abweichend auszuüben.

#### IV. Staatsangehörigkeit

##### 1. Zweifel über die Staatsangehörigkeit und amtliche Aufklärungspflicht

12. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte die Auslieferung des Beschwerdeführers an die USA zur Strafvollstreckung für zulässig erklärt; dieser habe mit seiner antragsgemäßen Einbürgerung in den USA seine deutsche Staatsangehörigkeit verloren. Der dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerde gab das Bundesverfassungsgericht mit Kammerbeschuß vom 22.6.1990 statt (2 BvR 116/90 – NJW 1990, 2193). Die Kammer ging davon aus, daß die Regelung über den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit in §25 Abs.1 RuStAG nicht gegen Art.16 Abs.1 Satz 1 GG verstoße<sup>29</sup>. Sie sah indessen eine Verletzung des Grundrechts aus Art.16 Abs. 2 Satz 1 GG darin, daß das Oberlandesgericht den Sachverhalt nicht so weit aufgeklärt hatte, daß die Eigenschaft des Beschwerdeführers als Nichtdeutscher eindeutig feststand. Das Oberlandesgericht habe seine diesbezügliche Aufklärungspflicht verletzt, als es angenommen habe, daß der Beschwerdeführer beim Erwerb der US-Staatsbürgerschaft weder Wohnsitz noch dauernden Aufenthalt im Inland gehabt habe. Das Gericht hatte aus dem Umstand, daß der Beschwerdeführer 1964 beim örtlich zuständigen deutschen Einwohnermeldeamt von Amts wegen abgemeldet worden war und sich nach eigenen Angaben jahrelang zu Studienzwecken in der Schweiz aufgehalten hatte, »zwanglos« gefolgert, daß er bei Verlassen der Bundesrepublik Deutschland seine inländische Niederlassung mit Aufgabewillen aufgehoben habe (§7 Abs.3 BGB). Durch diese Folgerung sah die Kammer Art.16 Abs.2 Satz 1 GG verletzt. Ein Student begründe nämlich regelmäßig keinen Wohnsitz am Studienort, sondern behalte seinen bisherigen Wohnsitz. Auch die polizeiliche Abmeldung begründe für sich allein weder eine Aufhebung des Wohnsitzes noch eine entsprechende Rechtsvermutung, zumal der Beschwerdeführer hier unwiderlegt vorgetragen habe, diese sei ohne seinen Willen geschehen.

13. Eine andere Note schlug ein Beschluß des Oberverwaltungsgerichts Hamburg vom 10.9.1990 (Bs V 128/90 – NVwZ-RR 1991, 272) in einem

<sup>29</sup> Siehe unter Nr.15.

Fall an, der außerhalb der Reichweite des Art.16 Abs.2 Satz 1 GG lag. Der Antragsteller, der als Person deutscher Abstammung aus Brasilien in das Bundesgebiet gekommen war, wandte sich gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Abschiebungsandrohung. Er berief sich darauf, bei seiner Einreise die Erklärung nach §3 RuStAÄndG 1974<sup>30</sup>, deutscher Staatsangehöriger werden zu wollen, abgegeben zu haben. Die Wirksamkeit dieser Erklärung war aber zweifelhaft, weil sie erst lange nach Ablauf der Erklärungsfrist abgegeben worden war. Hierzu bemerkte das OVG, der Umstand, daß der Antragsteller möglicherweise deutscher Staatsangehöriger geworden sei, führe nicht zu einer etwa aus Beweislastgrundsätzen sich ergebenden Unanwendbarkeit des Ausländergesetzes, weil die Beweislast für die Ausländereigenschaft hinsichtlich begünstigender Verwaltungsakte den Ausländer und hinsichtlich belastender die Ausländerbehörde trafe. §1 Abs.2 AuslG 1965/1990, wonach jeder Ausländer sei, »der nicht Deutscher im Sinne des Art.116 Abs.1 des Grundgesetzes ist«, wolle nämlich auch diejenigen als Ausländer behandeln, bei denen noch nicht geklärt sei, ob sie Deutsche seien. Dies lege nicht nur der Wortlaut der Bestimmung nahe, der den Begriff des Ausländers negativ durch das Fehlen einer – folgerichtig positiv festzustellenden – Deutscheneigenschaft definiere, sondern ebenso der Zusammenhang mit §3 Abs.1 Satz 3 AuslG 1965/§41 Abs.1 AuslG 1990, der auch diejenigen ausdrücklich als Ausländer bezeichne, bei denen Zweifel über die Staatsangehörigkeit bestünden. Mit dem Zweck des Ausländergesetzes, Einreise und Aufenthalt von Ausländern zu regeln, wäre es ebenfalls kaum zu vereinbaren, wenn allein die (mehr oder weniger substantiierte) Behauptung, Deutscher zu sein, die Anwendung ausländerrechtlicher Vorschriften hindern würde. Außerdem seien die mit der deutschen Staatsangehörigkeit verbundenen weitreichenden Rechtswirkungen – neben der Unanwendbarkeit ausländerrechtlicher Vorschriften insbesondere Wahlrecht und Wehrpflicht – für eine vorläufige bzw. schwebend wirksame oder unwirksame rechtliche Zuordnung nicht geeignet.

---

<sup>30</sup> Die Erklärung nach §3 des Gesetzes zur Änderung des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes (RuStAÄndG 1974) vom 20.12.1974 (BGBl.I, 3714) ermöglichte den nach dem 31.3.1953 geborenen ehelichen Kindern deutscher Mütter den nachträglichen Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit, die sie entgegen Art.3 Abs.2, 117 Abs.1 GG nicht schon mit der Geburt erworben hatten, weil das vorkonstitutionelle RuStAG nicht rechtzeitig angepaßt worden war (siehe dazu auch Nr. 14).



## 2. Erwerb der Staatsangehörigkeit

14. Im Urteil vom 27.3.1990 (1 C 5.87 – BVerwGE 85, 108 = FamRZ 1991, 61 = NJW 1990, 2213 = StAZ 1990, 337 mit Anm. von M. Silagi, *ibid.*, 340ff.) beschäftigte sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Einbürgerungsanspruch aus Art.116 Abs.2. Die Kläger waren 1948 und 1952 in Haifa geboren. Ihre als deutsche Staatsangehörige jüdischer Abstammung im Westen Berlins geborene Mutter war 1938 nach Palästina ausgewandert, wo sie 1946 die Ehe mit dem Vater der Kläger schloß. Dieser war als österreichischer Staatsbürger jüdischer Abstammung in Wien geboren. 1980 bürgerte der Beklagte die Mutter der Kläger auf ihren Antrag ein. Er ging dabei davon aus, daß ihr aufgrund der Elften Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25.11.1941<sup>31</sup> die deutsche Staatsangehörigkeit entzogen worden war und ihr deshalb ein Einbürgerungsanspruch nach Art.116 Abs.2 zustand. Den späteren Einbürgerungsantrag der Kläger lehnte der Beklagte ab, weil diese nicht zu den anspruchsberechtigten Abkömmlingen im Sinne des Art.116 Abs.2 Satz 1 GG gehörten.

Das Bundesverwaltungsgericht hielt diese Auslegung der Grundgesetznorm sowohl hinsichtlich der Abstammung von der Mutter als auch vom Vater für richtig. Aus dem Umstand, daß die Mutter einen Einbürgerungsanspruch nach Art.116 Abs.2 Satz 1 GG gehabt habe, folge nicht, daß ein solcher auch ihren ehelichen Kindern zustehe. Dies treffe vielmehr nur für Kinder zu, die in einem rechtlichen Verhältnis zu einer ausgebürgerten Person stünden, an welches das Staatsangehörigkeitsrecht den gesetzlichen Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit knüpfe. Demgemäß seien nicht nur nichteheliche Kinder ausgebürgerter Väter, sondern auch vor dem 1.4.1953 geborene eheliche Kinder ausgebürgerter Mütter aufgrund dieser Abstammung nicht einbürgerungsberechtigt. In dem maßgebenden Zeitpunkt der Geburt der Kläger habe §4 Abs.1 RuStAG noch in seiner ursprünglichen Fassung gegolten. Danach erwarb ein eheliches Kind die deutsche Staatsangehörigkeit durch Geburt nur vom Vater, nicht aber von der Mutter. Diese Regelung habe zwar dem Grundsatz der Gleichberechtigung nach Art.3 Abs.2 GG widersprochen, aber gemäß Art.117 Abs.1 GG bis zum 31.3.1953 fortgegolten. Diese Auslegung des Art.116 Abs.2 GG sei mit dem Wortsinn und Gesetzeszweck vereinbar. Art.116 Abs.2 GG bezwecke die Wiedergutmachung staatsangehörigkeitsrechtlicher Unrechtsmaßnahmen des Nationalsozialismus. Er

---

<sup>31</sup> RGBL.I, 722.

führe daher nicht über den ohne die Ausbürgerungen gegebenen Rechtszustand hinaus.

Auch von der Vaterseite konnten die Kläger nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts keinen Einbürgerungsanspruch gemäß Art.116 Abs.2 Satz 1 GG herleiten. Nach Sinn und Zweck der Norm hätten Abkömmlinge eines Ausgebürgerten nur dann Anspruch auf Einbürgerung, wenn auch der Ausgebürgerte einen entsprechenden Anspruch haben würde. Der Vater der Kläger habe hier durch die Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit im Lande Österreich vom 3.7.1938<sup>32</sup> als sogenannter »Anschlußdeutscher« die deutsche Staatsangehörigkeit erworben und sie auf demselben Wege wie die Mutter wieder verloren. »Anschlußdeutsche« hätten jedoch mit der Wiederherstellung des österreichischen Staates ab dem 27.4.1945 die österreichische Staatsbürgerschaft wiedererlangt und die auf dem Anschluß Österreichs an das Deutsche Reich beruhende deutsche Staatsangehörigkeit verloren<sup>33</sup>. Ein Erlöschen der deutschen Staatsangehörigkeit der sogenannten Anschlußdeutschen scheidet allenfalls dann aus, wenn Österreich sie nicht mit Wirkung vom 27.4.1945 in Anspruch genommen habe. Dies sei bei solchen ehemaligen österreichischen Staatsbürgern der Fall gewesen, die in der Zeit des Anschlusses einen Verlusttatbestand nach dem österreichischen Bundesgesetz über den Erwerb und Verlust der Landes- und Bundesbürgerschaft vom 30.7.1925 verwirklicht hätten. Nach §10 Abs.1 Nr.2 dieses Gesetzes habe die österreichische Staatsbürgerschaft verloren, wer freiwillig in den Militärdienst eines fremden Staates trat.

Der Vater der Kläger hatte nach seiner Emigration in der britischen Armee gedient. Dies hielt das Bundesverwaltungsgericht indes für unerheblich. Durch die Novelle zum Staatsbürgerschafts-Überleitungsgesetz vom 18.1.1946<sup>34</sup> sei nämlich bestimmt worden, daß der Staatsbürgerschaftsverlust durch den Dienst in einer Armee der Vereinten Nationen nicht eingetreten sei. Durch diese Regelung habe der österreichische Gesetzgeber klargestellt, daß sich der Verlusttatbestand des Eintritts in einen fremden Militärdienst sinnvoll nicht auf Personen beziehen konnte, die als Angehörige der Armeen der Vereinten Nationen entsprechend den Kriegszielen der Alliierten gerade an der Wiederherstellung des österreichischen Staates mitgewirkt hätten und deren Verhalten sich deswegen

<sup>32</sup> RGBl.I, 790.

<sup>33</sup> Vgl. §1 des Zweiten Gesetzes zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit vom 17.5.1956 (BGBl.I, 431); BVerfGE 4, 322.

<sup>34</sup> (Österreichisches) BGBl. Nr.51.

nicht als eine den Verlust der Staatsangehörigkeit rechtfertigende Abwendung von dem Heimatstaat werten ließ. Gehörte der Vater nach alledem zu den von Österreich in Anspruch genommenen ehemaligen österreichischen Staatsbürgern, so sei auf ihn und damit auch auf seine Abkömmlinge Art.116 Abs.2 GG nicht anwendbar. Der Grund hierfür liegt nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts darin, daß durch die Wiederherstellung Österreichs auch das, was infolge des Anschlusses in bezug auf die österreichische Staatsbürgerschaft geschehen sei, beseitigt wurde. Damit seien auch die Ausbürgerungen der sogenannten Anschlußdeutschen aus dem deutschen Staatsverband hinfällig geworden. Die Betroffenen hätten ihre österreichische Staatsangehörigkeit zurückerhalten und seien dadurch bereits so gestellt worden, wie sie ohne Ausbürgerung stehen würden. Obwohl nach diesen Ausführungen die Kläger keinen Einbürgerungsanspruch aus Art.116 Abs.2 GG herleiten konnten, verwies das Bundesverwaltungsgericht die Sache an das Verwaltungsgericht zurück, damit dieses prüfen konnte, ob die Ermessenseinbürgerung nach §13 RuStAG in Betracht kam. Im Rahmen des Ermessens könne dabei der Gedanke der Wiedergutmachung angemessen berücksichtigt werden, und zwar auch im Zusammenhang mit der Frage der Hinnahme einer etwa eintretenden Mehrstaatigkeit.

### 3. Verlust der Staatsangehörigkeit

15. Nach §25 Abs.1 RuStAG verliert ein Deutscher, der im Inland weder seinen Wohnsitz noch seinen dauernden Aufenthalt hat, seine Staatsangehörigkeit, wenn er auf seinen Antrag eine ausländische Staatsangehörigkeit erwirbt. Diese Regelung ist nach einem Kammerbeschluß des Bundesverfassungsgerichts<sup>35</sup> mit Art.16 Abs.1 Satz 1 GG vereinbar. Eine »Entziehung« der deutschen Staatsangehörigkeit sei nicht zu erkennen. Zwar trete der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit bei Erfüllung des Tatbestandes des §25 Abs.1 RuStAG automatisch ein. Er sei jedoch nicht die Folge eines allein auf dem Willen des Staates zur Wegnahme der deutschen Staatsangehörigkeit beruhenden Aktes, sondern trete aufgrund von Handlungen des Betroffenen ein, die auf einem selbstverantwortlichen und freien Willensentschluß gründeten. Der Betroffene habe es selbst in der Hand, die deutsche Staatsangehörigkeit zu behalten, sei es, daß er auf den Erwerb der ausländischen Staatsangehörigkeit verzichte, sei es, daß er in Deutschland einen Wohnsitz oder seinen dauern-

<sup>35</sup> Siehe oben Nr.12.

den Aufenthalt aufrechterhalte bzw. gemäß §25 Abs.2 RuStAG eine Genehmigung zur Beibehaltung der deutschen Staatsangehörigkeit vor dem Erwerb der ausländischen Staatsangehörigkeit einhole.

16. Ausbürgerungsversuche anderer Staaten werden von deutschen Gerichten nicht immer anerkannt, wie ein Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 23.10.1990 (VG 18 A 277.86 – InfAuslR 1991, 162) zeigt<sup>36</sup>. Nachdem dieses begründet hatte, warum die Kläger seines Erachtens nach dem libanesischen Recht libanesisch Staatsangehörige seien, erklärte es den Umstand für unbeachtlich, daß die libanesischen Behörden den Klägern keine Nationalpässe ausgestellt hätten und die Botschaft in Bonn auf dem Standpunkt stehe, mit ihrer Ausreise aus dem Libanon sei jegliche rechtliche Verbindung zwischen ihnen und den libanesischen Behörden erloschen. Aufgrund dieses dem libanesischen Staatsangehörigkeitsrecht offensichtlich widersprechenden Verhaltens seien die Kläger nicht *de iure*, sondern nur *de facto* staatenlos. Für die Frage der *de iure* Staatsangehörigkeit sei nämlich das libanesisch Staatsangehörigkeitsrecht und nicht das Verhalten der libanesischen Behörden maßgebend. Zwar gehöre die Regelung der Staatsangehörigkeit zum nationalen Zuständigkeitsbereich. Das bedeute aber nicht, daß die deutschen Behörden und Gerichte bei der Anwendung des in deutsches Recht transformierten Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen für die Frage der Staatenlosigkeit an die staatsangehörigkeitsrechtliche Praxis des anderen Staates gebunden seien. Im Falle von im Libanon geborenen Kurden sei in der Regel nicht ersichtlich, wie ihnen nach libanesischem Staatsangehörigkeitsrecht die libanesisch Staatsangehörigkeit abgesprochen werden sollte. Anders als Palästinenser könnten sie nicht auf eine durch Abstammung erworbene »kurdische Staatsangehörigkeit« verwiesen werden, weil es weder einen kurdischen Staat noch ein dem Mandatsgebiet Palästina vergleichbares staatsähnliches Gebilde im kurdischen Siedlungsgebiet noch eine – wenn auch völkerrechtlich unwirksame – Ausrufung eines kurdischen Staates gegeben habe. Zwar widerspreche nach noch überwiegender Auffassung auch eine willkürliche Entziehung der Staatsangehörigkeit nicht dem allgemeinen Völkerrecht und sei deshalb nicht von vornherein nichtig. Angesichts der Bestrebungen der UNO, das Übel der Staatenlosigkeit unter anderem durch ein völkerrechtliches Verbot der Ausbürgerung an der Wurzel zu bekämpfen, und der in Art.15 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948 zum Ausdruck gekommenen Entwicklungstendenz des Völkerrechts, wonach niemandem seine Staatsangehö-

<sup>36</sup> Siehe noch unter Nr.20.

rigkeit willkürlich entzogen werden dürfe, seien an Rechtsgrundlage, Form und Erklärungsinhalt einer wirksamen Ausbürgerung aber strenge Anforderungen zu stellen, die im vorliegenden Fall keineswegs erfüllt seien.

17. Im Hinblick auf Art.6 Abs.1 GG kommt dem Umstand, daß ein Ausländer mit einer Deutschen verheiratet ist, für seinen Einbürgerungsantrag entscheidungserhebliche Bedeutung zu; freilich gilt dies nur, wenn eine eheliche Lebensgemeinschaft tatsächlich besteht. Dies betonte der Baden-Württembergische Verwaltungsgerichtshof in einem Verfahren nach §80 Abs.5 VwGO gegen Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit der Rücknahme einer Einbürgerung (Beschuß vom 9.5.1990 – 13 S 2666/89<sup>37</sup>). Der Antragsteller habe die Behörde über den Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft arglistig getäuscht, so daß die deshalb wegen Ermessensfehlers rechtswidrige Einbürgerung gemäß §48 des baden-württembergischen VwVfG habe zurückgenommen werden dürfen. §17 RuStAG regele den Verlust der Staatsangehörigkeit nicht abschließend. Der Rücknahme stehe auch Art.16 Abs.1 Satz 1 GG nicht entgegen, der nur die wohlerworbene Staatsangehörigkeit schütze. Selbst wenn der Antragsteller in der Zwischenzeit seine ursprüngliche Staatsangehörigkeit verloren haben und durch die Rücknahme daher staatenlos werden sollte, sei diese im Hinblick auf Art.8 Abs.2 Buchst.b des Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit<sup>38</sup> rechtlich zulässig.

#### 4. Staatenlosigkeit

18. In einem Urteil vom 16.10.1990 (1 C 15.88 – BVerwGE 87, 11 = DVBl. 1991, 270 = Buchholz 402.27 Art.28 [Staatenlosenübereinkommen] = EZAR 252 Nr.5 = InfAuslR 1991, 72 = NVwZ 1991, 787 = VBlBW 1991, 293) behandelte das Bundesverwaltungsgericht den Anspruch eines Staatenlosen auf Erteilung eines Reiseausweises nach Art.28 des Übereinkommens vom 28.9.1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen<sup>39</sup>. Der in Beirut geborene Kläger mit kurdischer Volkszugehörigkeit kam 1979 durch einen libanesischen Laissez-Passer in die Bundesrepublik. Er erhielt seit seiner Einreise befristete Duldungen, zunächst im Hinblick auf ein letztlich erfolgloses Asylverfahren und dann aus humanitären Gründen wegen der instabilen politischen Verhältnisse im Libanon;

<sup>37</sup> Vgl. auch OVG Hamburg, InfAuslR 1991, 343.

<sup>38</sup> Vom 30.8.1961 (BGBl. 1977 II, 597).

<sup>39</sup> BGBl. 1976 II, 473; 1977 II, 235.

eine Aufenthaltserlaubnis wurde ihm jedoch verweigert. Nach Ablauf der Gültigkeitsdauer seines Laissez-Passer beantragte der Kläger ohne Erfolg die Ausstellung eines Reiseausweises nach dem StlÜbk.

Das Bundesverwaltungsgericht verneinte einen diesbezüglichen Anspruch. Es ging davon aus, daß der Anspruch nicht bereits deshalb ausgeschlossen sei, weil der Kläger ihn aus dem StlÜbk als einen völkerrechtlichen Vertrag herleite. Die Transformation eines völkerrechtlichen Vertrags durch das Zustimmungsgesetz führe zur unmittelbaren Anwendbarkeit einer Vertragsnorm, wenn sie nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet und hinreichend bestimmt sei, also wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung entfalten könne, ohne dafür einer weiteren normativen Ausfüllung zu bedürfen. Diese Voraussetzungen lägen hier vor. Ziel des Übereinkommens sei ausweislich seine Präambel, die Rechtsstellung der Staatenlosen zu regeln und zu verbessern. Zur Erreichung dieses Zieles sehe das Übereinkommen verschiedene Vergünstigungen für Staatenlose vor. Es wolle nicht lediglich zwischenstaatliche Verpflichtungen begründen. Seine Vorschriften seien grundsätzlich auch so bestimmt, daß sie durch Behörden und Gerichte unmittelbar angewendet werden könnten, wie es für die inhaltlich weitgehend übereinstimmende GK ebenfalls anerkannt sei. Das gelte namentlich für die Vorschriften über den Reiseausweis.

Das Bundesverwaltungsgericht unterstrich vor der Prüfung eines möglichen Anspruchs aus Art.28 Satz 1 StlÜbk, daß das StlÜbk nach seinem Art.1 Abs.1 nur auf *de iure* staatenlose Personen anwendbar sei<sup>40</sup>. Ob der Kläger dazu gehöre, konnte das Gericht aber dahinstehen lassen, weil er jedenfalls keinen Anspruch auf Erteilung des begehrten Reiseausweises habe. Art.28 Satz 1 StlÜbk setze einen rechtmäßigen Aufenthalt des Staatenlosen im Hoheitsgebiet des Vertragsstaates voraus. Dazu bedürfe es einer besonderen Beziehung des Betroffenen zu dem Staat durch eine mit dessen Zustimmung begründete Aufenthaltsverfestigung. Die faktische Anwesenheit genüge auch dann nicht, wenn sie dem Staat bekannt sei und von ihm hingenommen werde. Die Notwendigkeit einer gewissen Aufenthaltsverfestigung ergebe sich nicht nur aus der sprachlichen Formulierung »rechtmäßig aufhalten«, die zutreffend die nach dem Vertragstext verbindliche englische und französische Formulierung "lawfully staying" bzw. "résidant régulièrement" wiedergebe, sondern vor allem aus einem Vergleich zwischen Art.28 Satz 1 (rechtmäßiger Aufenthalt im Hoheitsgebiet) und Satz 2 (Befindlichkeit im Hoheitsgebiet) StlÜbk. Art.28 Satz 2

<sup>40</sup> Näher dazu Nr.20.

Halbsatz 2 sowie §6 Abs.1 und 3 Anhang StlÜbk gingen auch von der Möglichkeit aus, daß ein im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats befindlicher Staatenloser in einem anderen Land seinen rechtmäßigen Aufenthalt habe. Dem Vertragstext lasse sich mithin entnehmen, daß nicht schon jede (rechtmäßige) Anwesenheit eines Staatenlosen einen rechtmäßigen Aufenthalt darstelle.

Das Bundesverwaltungsgericht konnte indessen die nähere Bestimmung des Begriffs »Aufenthalt« offenlassen, weil die Anwesenheit des Klägers im Inland jedenfalls nicht rechtmäßig sei. Da weder das StlÜbk selbst noch andere einschlägige völkerrechtliche Abkommen festlegten, wann ein Aufenthalt rechtmäßig sei, bestimme sich dies grundsätzlich nach den Rechtsnormen des jeweiligen Vertragsstaats. Darauf deute auch §14 Anhang des StlÜbk hin, der zur Auslegung mithinangezogen werden könne. Art.28 Satz 1 nehme nämlich den Anhang ausdrücklich in Bezug. Außerdem gehörten nach der allgemeinen, in Art.31 Abs.1 und 2 WÜRV zum Ausdruck gebrachten, Auslegungsregel Anlagen in den auslegungsrelevanten Vertragszusammenhang. Auch die Zielrichtung des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen spricht nach Ansicht des Senats dafür, daß sich die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts nach dem jeweiligen nationalen Recht richte. Die Vergünstigungen für Staatenlose, zu denen sich die Vertragsstaaten bereit erklärt hätten, seien bedingt durch den Souveränitätsvorbehalt, über die Aufnahme von Staatenlosen nach nationalen Gesetzen entscheiden zu können. Die den Vertragsstaaten somit überlassene Regelungsbefugnis dürfe freilich nicht zur Umgehung der vertraglichen Verpflichtungen mißbraucht werden.

Im vorliegenden Fall kam das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis, daß der Aufenthalt des Klägers nicht rechtmäßig sei, da er weder eine Aufenthaltserlaubnis habe noch von dem Erfordernis einer solchen Erlaubnis befreit worden sei. Lange Aufenthaltsdauer und Integration des Klägers im Inland könnten genausowenig zur erforderlichen Aufenthaltsverfestigung führen wie Duldung, Durchführung des Asylverfahrens, mögliche Abschiebungshindernisse aus humanitären Erwägungen und faktische Unmöglichkeit der Abschiebung mangels Aufnahmebereitschaft eines anderen Staates.

19. In einem am selben Tag entschiedenen Parallellfall, der die Klage eines staatenlosen palästinensischen Flüchtlings aus dem Libanon betraf, welcher im Besitz eines von libanesischen Behörden ausgestellten, schließlich aber abgelaufenen Document de Voyage pour les Réfugiés Palestiniens war, ging das Bundesverwaltungsgericht näher auf Art.28 Satz 2 StlÜbk ein (Urteil vom 16.10.1990 – 1 C 51.88 – InfAuslR 1991, 76). Die

Erteilung eines Reiseausweises nach dieser Vertragsklausel sei, wie eine Gegenüberstellung mit Art.28 Satz 1 StlÜbk ergebe, unabhängig vom aufenthaltsrechtlichen Status des Staatenlosen. Sie stehe im Ermessen der zuständigen Behörde, das durch die Wohlwollensklausel in Art.28 Satz 2 Halbsatz 2 StlÜbk zugunsten derjenigen Staatenlosen eingeschränkt sei, die von dem Land, in dem sie ihren rechtmäßigen Aufenthalt hätten, keinen Reiseausweis erhalten könnten.

Die Wohlwollensklausel hielt das Gericht vorliegend nicht für einschlägig. Zwar möge Land des rechtmäßigen Aufenthalts des Klägers der Libanon sein, weil er dort nahezu dreißig Jahre gelebt habe und eine etwaige Rückreiseverweigerung an seiner Zuordnung zum Libanon nichts ändern würde. Es wäre für den Kläger jedoch nicht aussichtslos gewesen, ein libanesisches Reisedokument zu erhalten, wenn er sich nachhaltig darum bemüht hätte. Unschädlich sei in diesem Zusammenhang, daß der Libanon als Nichtvertragsstaat des StlÜbk einen Reiseausweis im Sinne des StlÜbk nicht auszustellen vermöge. Denn auch andere Ausweispapiere könnten dem Staatenlosen Reisen ins Ausland ermöglichen. Dementsprechend stelle die Wohlwollensklausel auf das »Land« des rechtmäßigen Aufenthalts ab, ohne daß dieses notwendig ein Vertragsstaat sein müsse.

20. Das Verwaltungsgericht Berlin wies mit dem bereits erwähnten Urteil vom 23.10.1990<sup>41</sup> die Klagen mehrerer Kurden (Elternpaar und Kinder) aus dem Libanon auf Erteilung von Reiseausweisen nach dem StlÜbk ab, weil sie keine Staatenlosen im Sinne des Art.1 Abs.1 StlÜbk, sondern *de iure* libanesisch Staatsangehörige seien. Staatenlos im Sinne des StlÜbk sind nach Ansicht des Verwaltungsgerichts nur *de iure* Staatenlose, also Personen, die nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften der in Betracht kommenden Staaten keine Staatsangehörigkeit besäßen, nicht aber *de facto* Staatenlose, die zwar formell noch eine Staatsangehörigkeit hätten, deren Heimatstaat aber nicht bereit oder in der Lage sei, ihnen die Rechte eines Staatsangehörigen zuzugestehen, insbesondere sie diplomatisch zu schützen. Der Schutz der *de facto* Staatenlosen, bei denen es sich typischerweise um Flüchtlinge handele, sei nämlich in der gleichzeitig ausgearbeiteten, aber zeitlich vor dem StlÜbk geschlossenen GK geregelt. Folgerichtig wolle das StlÜbk nach seiner Präambel diejenigen Staatenlosen schützen, die nicht gleichzeitig Flüchtlinge seien. Auch die zwischenstaatlichen Empfehlungen, *de facto* Staatenlosen die Gleichbehandlung mit *de iure* Staatenlosen zu ermöglichen bzw. die Anwendung des StlÜbk auf *de facto* Staatenlose wohlwollend zu prüfen sowie entsprechende Ab-

<sup>41</sup> Siehe oben Nr.16.



sichtserklärungen der Bundesregierung sprächen eher für als gegen die hier vertretene Auslegung. Denn die wohlwollende Prüfung der Einbeziehung der *de facto* Staatenlosen in den personellen Geltungsbereich des StlÜbk wäre nicht erforderlich, wenn jene ohnedies von der Legaldefinition in Art.1 Abs.1 erfaßt wären. Im Gesetzgebungsverfahren abgegebene Erklärungen der Bundesregierung änderten die Rechtslage nicht und seien auch nicht dahin zu verstehen, daß entgegenstehende Rechtsvorschriften einschließlich völkervertraglicher Verpflichtungen<sup>42</sup> der Bundesrepublik Deutschland nicht zu beachten wären, zumal die Bundesregierung und der Beklagte diesen Absichtserklärungen in der Praxis nicht folgten.

Auch Sinn und Zweck des StlÜbk veranlaßten das Verwaltungsgericht nicht, dieses auch auf *de facto* Staatenlose anzuwenden. Zwar solle das Übereinkommen nach seiner Präambel dazu dienen, den Staatenlosen die Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten in möglichst großem Umfang zu sichern; und vom einzelnen Betroffenen her gesehen sei es unerheblich, ob er *de iure* oder *de facto* ohne staatlichen Schutz sei. Doch müsse berücksichtigt werden, daß sich ein faktisch Staatenloser jederzeit wieder auf die Staatsangehörigkeit seines Herkunftslandes berufen und dessen Schutz unterstellen könne, wenn die Gründe fortfielen, derentwegen er diesen Schutz derzeit nicht beanspruchen wolle oder könne. Es bestehe wohl kein völkergewohnheitsrechtlicher Anspruch des einzelnen gegen den eigenen Staat auf Gewährung diplomatischen Schutzes oder auf Aufnahme in sein Staatsgebiet. Für den Umfang der durch StlÜbk übernommenen Verpflichtungen sei aber zu berücksichtigen, daß ein Heimatstaat aus der Staatsangehörigkeit den anderen Staaten gegenüber völkerrechtlich verpflichtet sei, seine eigenen Staatsangehörigen aufzunehmen. Der Aufnahmepflicht könne er sich nicht einmal durch Ausbürgerung entziehen, weil dem ein schutzwürdiges Vertrauen des Aufenthaltsstaates entgegenstehe. Diese völkerrechtliche Pflicht des Heimatstaates sollte nicht dadurch abgeschwächt werden, daß einem nur *de facto* Staatenlosen der Status nach dem StlÜbk zuerkannt werde.

21. In der Bundesrepublik geborene Kinder von Eltern mit libanesischen Reiseausweisen für palästinensische Flüchtlinge klagten auf Einbürgerung. Ihre aus dem Libanon ohne Aufenthaltserlaubnis eingereisten El-

---

<sup>42</sup> Es ist fraglich, ob auf der Grundlage der vom VG vertretenen Auslegung des Art.1 Abs.1 StlÜbk deutsche Behörden (völker-) rechtlich gehindert wären, *de facto* Staatenlosen die Rechte aus dem StlÜbk dennoch zu gewähren, oder ob nicht vielmehr nur keine diesbezügliche Rechtspflicht bestünde.

tern waren zur Durchführung mehrerer Asylverfahren in der Bundesrepublik befristet geduldet worden. Das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz wies die Klage ab (Urteil vom 6.11.1990 – 7 A 10111/89 – DVBl. 1991, 545). Seiner Ansicht nach ergab sich ein Einbürgerungsanspruch nicht aus Art.1 des Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit vom 30.8.1961 in Verbindung mit dem deutschen Zustimmungsgesetz<sup>43</sup>. Durch dieses seien nur solche Bestimmungen des Übereinkommens in innerstaatlich anwendbares Recht umgesetzt worden, die alle Eigenschaften besäßen, welche ein Gesetz nach innerstaatlichem Recht haben müsse, um den rechtsunterworfenen einzelnen unmittelbar berechtigen oder verpflichten zu können. Dazu gehöre Art.1 nicht, weil er keine unmittelbar für Einzelpersonen anwendbaren Rechtsnormen enthalte, sondern den Vertragsstaaten einen Spielraum zur normativen Ausfüllung eröffne. Davon habe der Gesetzgeber im Gesetz zur Verminderung der Staatenlosigkeit<sup>44</sup> Gebrauch gemacht. Auch dieses Gesetz gewähre den Klägern aber keinen Einbürgerungsanspruch. Es fehle nämlich an dem erforderlichen dauernden Aufenthalt im Inland, der, wie der Zusammenhang mit Art.1 Abs.2 Buchst.b des Übereinkommens zeige, eine Verfestigung im Sinne eines Daseinsmittelpunkts voraussetze. Die Kläger teilten als minderjährige Kinder den gewöhnlichen Aufenthalt ihrer Eltern; dieser sei aber nach wie vor im Libanon, solange sich ihre tatsächliche Anwesenheit im Inland nicht mit behördlicher Billigung rechtlich verfestigt habe. Es fehle jeder Anhaltspunkt, daß den Staaten mit dem Übereinkommen Einbürgerungen aufgezwungen werden sollten und ihr als unantastbare innere Angelegenheit betrachtetes Recht, über den Kreis ihrer Staatsbürger zu entscheiden, eingeschränkt werden sollte.

#### 5. Doppelstaatsangehörigkeit

22. Ein in der Bundesrepublik Deutschland als Asylberechtigter anerkannter iranischer Staatsangehöriger beantragte seine Einbürgerung, blieb damit aber erfolglos, weil er sich weigerte, bei einer iranischen Auslandsvertretung um die Entlassung aus der iranischen Staatsangehörigkeit nachzusuchen. Seine verwaltungsgerichtliche Klage blieb in drei Instanzen erfolglos. Mit Kammerbeschluß vom 16.9.1990 (2 BvR 1864/88 – NJW 1991, 633) nahm das Bundesverfassungsgericht seine Verfassungsbeschwerde mangels Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung an. Es sei von

<sup>43</sup> Vom 29.6.1977 (BGBl.II, 597).

<sup>44</sup> Vom 29.6.1977 (BGBl.I, 1101).

Verfassungen wegen nicht zu beanstanden, daß die Verwaltungsgerichte zwar ein aus der Asylberechtigung folgendes besonderes Einbürgerungsinteresse des Beschwerdeführers anerkannt, jedoch ein überwiegendes staatliches Gegeninteresse in der Vermeidung von Mehrstaatigkeit gesehen hätten. Doppelte und mehrfache Staatsangehörigkeit werde national und international als ein Übel betrachtet, das sowohl im Interesse der Staaten wie im Interesse der Bürger nach Möglichkeit vermieden oder beseitigt werden sollte. Auch Art.6 Abs.1 GG mache zwar eine einheitliche Staatsangehörigkeit in der Familie wünschenswert, verbiete es jedoch nicht, den Erwerb der deutschen grundsätzlich vom Verlust der bisherigen Staatsangehörigkeit abhängig zu machen. Dies gelte jedenfalls, wenn der Heimatstaat dem Ausländer die Entlassung aus der Staatsangehörigkeit nicht versage und wenn diesem zumutbar sei, sich um eine solche zu bemühen.

#### *V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs*

23. In zwei eng miteinander zusammenhängenden Beschlüssen in Haftbeschwerdeverfahren vom 4.4.1990 (3 StB 5/90 – BGHSt 36, 396 = JZ 1990, 1031 = MDR 1990, 648 = NJW 1990, 1799 = NStZ 1990, 348) und vom 30.4.1990 (3 StB 8/90 – BGHSt 37, 30 = JZ 1990, 1033 = MDR 1990, 739 = NJW 1990, 1801 = NStZ 1990, 401)<sup>45</sup> mußte der Bundesgerichtshof die Frage klären, inwieweit aus einem Verstoß gegen die Grundsätze der Unverletzlichkeit der konsularischen Räumlichkeiten und der Immunität konsularischer Tätigkeiten von Eingriffen des Empfangsstaates strafprozessuale Verwertungsverbote folgen. Die Beschuldigten im erstgenannten Verfahren waren Attachés des türkischen Generalkonsulats in Hamburg. Sie wurden verdächtigt, als Angehörige des türkischen Geheimdienstes mit Unterstützung eines in der Justizvollzugsanstalt Hamburg tätigen türkischen Sozialhelfers, des Beschuldigten des zweiten Verfahrens, auf konspirative Weise Informationen über in dieser Anstalt einsetzende Türken gesammelt zu haben (§99 Abs.1 Nr.1 StGB). Dies war bekannt geworden, weil ein in den Diensträumen des Konsulats eingerichteter Telefonanschluß aufgrund des G 10 durch die Verfassungsschutzbehörde über das Fernmeldenetz präventiv abgehört und der von den Beschuldigten geführte Telefonverkehr aufgezeichnet worden war.

---

<sup>45</sup> Dazu die Anm. von F.-C. Schroeder, JZ 1990, 1034; J. Polakiewicz, Die völkerrechtliche Zulässigkeit der Überwachung des Telefonverkehrs von Konsulaten ausländischer Staaten, ZaöRV 50 (1990), 761.

Im Ergebnis hielt der Bundesgerichtshof die als Beweismittel vorgelegten Aufzeichnungen im ersten Fall für unverwertbar mit der Folge, daß die Haftvoraussetzung des dringenden Tatverdachts (§112 Abs.1 Satz 1 StPO) fehlte. Ein Geständnis des beschuldigten Sozialarbeiters, das dieser abgelegt hatte, nachdem ihm durch die Abhöraktion gewonnene Erkenntnisse vorgehalten worden waren, sollte dementsprechend verwertbar sein.

Im Beschluß vom 4.4.1990 stellte der Bundesgerichtshof anfangs fest, die Überwachung des konsularischen Telefonanschlusses habe gegen die völkerrechtlich anerkannten Grundsätze der Unverletzlichkeit der konsularischen Räumlichkeiten und der Immunität von Eingriffen der Verwaltungsbehörden des Empfangsstaates verstoßen. Daraus folge ein Beweisverwertungsverbot. Das Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24.4.1963 (WÜK)<sup>46</sup> sei nach §19 GVG für das Strafverfahren unmittelbar anzuwenden. Das grundsätzliche Betretungsverbot des Art.31 Abs.2 WÜK gehe über die durch Art.6 des deutsch-türkischen Konsularvertrags vom 28.5.1929<sup>47</sup> gewährten Vorrechte hinaus. Trotz des grundsätzlichen Vorrangs bilateraler Verträge (Art.73 WÜK) ergänze das WÜK jenen Vertrag jedenfalls insoweit, als es in Übereinstimmung mit dem inzwischen fortentwickelten allgemeinen Völkerrecht weitergehende Erleichterungen für die Wahrnehmung konsularischer Aufgaben vorsehe<sup>48</sup>. Für den Bundesgerichtshof »liegt es nahe«, aus dem Verbot von Durchsuchungen und Beschlagnahmen in den Diensträumen des Konsulats den Schluß zu ziehen, daß auch die außerhalb der Konsulatsräume durch Anzapfen des Fernmeldenetzes erfolgende heimliche Überwachung und Aufzeichnung der dort geführten Telefongespräche durch Behörden des Empfangsstaats unzulässig seien. Sie beeinträchtigten die durch das WÜK garantierte eingriffsfreie Wahrnehmung konsularischer Aufgaben gleichermaßen. Dem Eingriffsverbot des Art.31 Abs.2 WÜK entspreche die besondere Schutzpflicht des Empfangsstaats nach Art.31 Abs.3 WÜK. All dies könne dafür sprechen, die heimliche Überwachung von in den Diensträumen des Konsulats eingerichteten Telefonanschlüssen generell als unzulässig anzusehen, auch wenn der überwachte Anschluß nicht im amtlichen Telefonverzeichnis eingetragen und zur Tatzeit für geheimdienstliche Zwecke benutzt worden sei.

<sup>46</sup> BGBl. 1969 II, 1585; im Verhältnis zur Türkei in Kraft getreten am 20.3.1976 (BGBl.II, 450).

<sup>47</sup> RGBl. 1930 II, 748; BGBl. 1952 II, 608.

<sup>48</sup> Aus dem Zusammenhang der beiden Absätze von Art.73 WÜK kann man entnehmen, daß frühere Verträge zwischen den Konventionsparteien nur insoweit Vorrang haben, als sie über den durch das WÜK nunmehr festgelegten Mindeststandard hinausgehen.

Letztlich ließ der Bundesgerichtshof die aufgeworfene Rechtsfrage jedoch offen, weil er die Telefonüberwachung wegen Verletzung von Art.43 Abs.1 WÜK<sup>49</sup> für völkerrechtswidrig hielt. Die Ausübung konsularischer Tätigkeit durch Überwachung eines dienstlichen Telefonanschlusses sei jedenfalls dann rechtswidrig, wenn sich der zugrundeliegende Verdacht auf strafbare Handlungen beziehe, die – unabhängig von damit etwa verfolgten weiteren Zwecken – mit der Wahrnehmung der konsularischen Aufgaben zusammenhängen könnten. Art.43 Abs.1 WÜK erstrecke die Immunität auf Handlungen, die in Wahrnehmung konsularischer Aufgaben vorgenommen worden sind. Dies bedeute, daß die Begehung von Straftaten durch einen Konsularbeamten in der Regel als private, der Gerichtsbarkeit des Empfangsstaats unterfallende Tätigkeit anzusehen sei. In Zweifelsfällen müsse aber Immunität angenommen werden, wenn die Handlung mit der Diensttätigkeit noch irgendwie in einem inneren Zusammenhang stehe, auch wenn sie rechtswidrig sei. Ein solcher Zusammenhang der heimlichen Datensammlung mit dem konsularischen Tätigkeitsbereich lag für den Bundesgerichtshof hier darin, daß der Verkehr mit den im Amtsbezirk des Konsulats wohnhaften oder dort festgehaltenen Staatsangehörigen des Entsendestaats, die Beschaffung der hierfür erforderlichen Erkenntnisse und entsprechende Berichte an den Entsendestaat zu den herkömmlichen konsularischen Aufgaben gehörten. Wenn sich die Konsularbeamten hierzu entgegen Art.55, 36 Abs.2, 5 Buchst.c WÜK verbotener Mittel bedienen oder die Wahrnehmung konsularischer Aufgaben zur Verfolgung anderer Zwecke mißbrauchten, dürfe der Empfangsstaat dennoch nicht zur Telefonüberwachung schreiten, sondern müsse etwa zum Mittel des Art.23 WÜK (Erklärung zur *persona non grata*) greifen. Anderenfalls könnten die völkerrechtlich anerkannten Grundsätze der Immunität der Konsularbeamten und der Unverletzlichkeit ihrer Diensträume unterlaufen werden.

Abschließend wies der Bundesgerichtshof im Wege eines *obiter dictum* darauf hin, daß für die Auslegung des Begriffs der eine Untersuchungshaft von Konsularbeamten rechtfertigenden schweren strafbaren Handlung im Sinne von Art.41 Abs.1 WÜK die bei der Ausarbeitung der Konvention geäußerten Vorstellungen der beteiligten Staaten, zu denen auch die Bundesrepublik gehört habe, nicht unberücksichtigt bleiben könnten. Gegebenenfalls sei hierzu eine Auskunft der Bundesregierung einzuholen.

Im Beschluß vom 30.4.1990 legte der Bundesgerichtshof dar, der tatbeteiligte türkische Sozialarbeiter könne sich nicht mit Erfolg auf das im

<sup>49</sup> Schroeder (Anm.45), 1035, hält dagegen zu Recht Art.35 WÜK für einschlägig.

Beschluß vom 4.4.1990 herausgearbeitete Verwertungsverbot berufen. Gegenüber dem Grundsatz der bestmöglichen Wahrheitserforschung bildeten Beweisverwertungsverbote die Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen anzuerkennen sei; solche fehlten hier. Der Sozialarbeiter gehöre nicht zum konsularischen Dienst und genieße keine Immunität nach Art.43 Abs.1 WÜK; er sei auch nicht in den konsularischen Räumlichkeiten tätig geworden, in denen sich der – völkerrechtlich geschützte – Telefonanschluß befunden habe. Aus dem Völkerrecht ergebe sich zu seinen Gunsten auch kein Beweisverwertungsverbot als Reflexwirkung aus der Verletzung von Interessen eines anderen Staates. Vielmehr sei anerkannt, daß der von einer völkerrechtswidrigen Maßnahme betroffene, aber nicht in einem eigenen völkerrechtlich verankerten Recht verletzte einzelne sich in einem Strafverfahren wegen einer im Inland begangenen Straftat grundsätzlich nicht auf die vom Gewahrsamsstaat verübte Völkerrechtsverletzung berufen könne, um daraus strafprozessuale Vorteile für sich herzu-leiten<sup>50</sup>. Anders als im Falle BGHSt 34, 334 sei der völkerrechtswidrige Akt hier abgeschlossen. In der Verwertung der Telefongesprächsaufzeichnungen gegen eine nicht konsulatsangehörige Person liege keine erneute Beeinträchtigung völkerrechtlich geschützter Rechtsgüter.

## VI. Fremdenrecht

### 1. Einreise und Aufenthalt

24. Da die Bundesrepublik Deutschland außerstande sei, alle daran interessierten Ausländer aufzunehmen, sah das Bundesverwaltungsgericht keinen Einwand gegen die behördliche Praxis, aus einwanderungspolitischen Gründen den Eltern von im Bundesgebiet lebenden volljährigen Ausländern den Zuzug zum Zwecke der Familienzusammenführung grundsätzlich zu verweigern (Beschluß vom 12.1.1990 – 1 A 133.89 – InfAuslR 1990, 141). Dies gelte auch, wenn die Ausländer mit deutschen Staatsangehörigen verheiratet seien. Aus dem verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie (Art.6 Abs.1 GG) folge nicht ohne weiteres ein Aufenthaltsrecht für Ausländer, die Familienangehörige im Bundesgebiet hätten. Etwas anderes könne dann gelten, wenn im Einzelfall die im Inland lebenden Kinder auf die in einer Familie geleistete Lebenshilfe in

<sup>50</sup> Vgl. hingegen die *Pakelli*-Entscheidung BVerfG, EuGRZ 1985, 654 (Dreierauschuß).

einer Weise angewiesen seien, die den Aufenthalt ihrer Eltern erforderlich mache.

25. In einem Nichtannahmebeschluß nach §93b Abs.1 Nr.2 BVerfGG (2 BvR 1125/90 – InfAuslR 1991, 5 mit Anm. von Rittstiegl) wies das Bundesverfassungsgericht darauf hin, daß die Ausländerbehörden bei der Entscheidung über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach §2 Abs.1 AuslG 1965 entsprechend dem grundgesetzlichen Schutzauftrag in Art.6 Abs.1 und 2 GG die ehelichen und familiären Bindungen des Antragstellers an Personen, die sich bereits im Bundesgebiet aufhielten, einzubeziehen hätten. Anderes gelte dann, wenn der Antragsteller die Bundesrepublik aufgrund freier, eigenverantwortlicher Entscheidung unter Inanspruchnahme von Rückkehrhilfen nach dem Gesetz zur Förderung der Rückkehrbereitschaft von Ausländern<sup>51</sup> verlassen habe und nicht danach besondere Umstände eingetreten seien, die die Wiederherstellung der ehelichen und familiären Lebensgemeinschaft im Heimatland unzumutbar erscheinen ließen.

## 2. Ausweisung und Abschiebung

26. Der Einfluß der Revolutionen in den ehemaligen Ostblockstaaten auf den Vertrauensschutz von Ostblockflüchtlingen in der Bundesrepublik war Thema eines Beschlusses des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg vom 16.7.1990 (InfAuslR 1990, 302 – Aktenzeichen nicht mitgeteilt). Einem Polen, dessen Asylantrag 1985 bestandskräftig abgelehnt worden war, wurden in der Folgezeit fortlaufend Duldungen erteilt, deren letzte am 20.3.1990 ablief. Mit Bescheid vom selben Tag erhielt er eine für sofort vollziehbar erklärte Ausreiseaufforderung und Abschiebungsandrohung. Sein Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes blieb in zwei Instanzen ohne Erfolg<sup>52</sup>. Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg verwies auf Erlasse des Innenministers des Landes Schleswig-Holstein aus 1990, die die bisherigen Erlaßregelungen weitgehend aufgehoben hatten, denen zufolge erfolglos gebliebene Asylbewerber aus osteuropäischen Staaten nach Abschluß des Asylverfahrens in der Bundesrepublik geduldet wurden. Duldung bedeute nach §17 Abs.1 Satz 1 AuslG 1965 nur zeitweises

<sup>51</sup> Vom 28.11.1983 (BGBl.I, 1377). Das Gesetz sollte Ausländern die Entscheidung zur freiwilligen Rückkehr erleichtern und zusätzliche Rückkehrimpulse schaffen, um so zur Konsolidierung der Ausländerzahlen in der Bundesrepublik beizutragen.

<sup>52</sup> Die Annahme einer dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerde wurde durch Kammerbeschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 4.8.1990 abgelehnt (vgl. InfAuslR 1990, 303).

Absehen von der Abschiebung. Der Ausländer müsse also nach Ablauf der Duldung eine Abschiebung gewärtigen und könne mit einer weiteren Duldung allenfalls dann rechnen, wenn sich die bisherige Sach- und Rechtslage nicht geändert habe. Die Duldung der Flüchtlinge aus den Staaten des bisherigen Ostblocks sei politisch motiviert und rechtlich nicht immer geboten gewesen. Es sei davon auszugehen, daß die Flüchtlinge das Duldungsmotiv gekannt hätten. Sie hätten deshalb damit rechnen müssen, daß ihre Duldung von der aktuellen politischen Lage abhängige, weil durch die wiederholte Erteilung jeweils befristeter Duldungen deutlich geworden sei, daß ihnen gerade kein dauerhaft legalisiertes Aufenthaltsrecht zugebilligt werden solle.

27. Nach §28 Abs.1 Satz 1 AsylVfG fordert die Ausländerbehörde einen Ausländer, dessen Asylantrag vom Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge abgelehnt wurde, unverzüglich zur Ausreise auf, setzt ihm eine Ausreisefrist und droht ihm für den Fall, daß er nicht fristgemäß ausreist, die Abschiebung an. Dies gilt nach §28 Abs.1 Satz 2 Nr.2 AsylVfG nicht, wenn dem Ausländer ungeachtet der Ablehnung seines Asylantrags der Aufenthalt im Bundesgebiet ermöglicht wird. Das muß geschehen, wenn ihm in dem Staat, in den er abgeschoben würde, Gefahr für Leben oder Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität<sup>53</sup>, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politischen Überzeugung droht (sogenanntes »kleines Asyl« aus humanitären Gründen). Unter solchen Umständen genießt der Ausländer Abschiebungsschutz nach Maßgabe von Art.33 GK sowie möglicherweise auch nach Art.3 EMRK<sup>54</sup>.

Auf dieser Grundlage beurteilte der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in einem Beschluß vom 21.12.1989 (A 14 S 937/88 – NVwZ-RR 1991, 48) die Klage eines abgelehnten iranischen Asylbewerbers gegen die Ausreiseaufforderung und Abschiebungsandrohung nach §28 Abs.1 AsylVfG. Mit dem Grundsatz der Menschenwürde als oberstem Prinzip der deutschen Rechtsordnung (Art.1 Abs.1 GG) sei es unvereinbar, wenn deutsche Behörden an der menschenrechtswidrigen Be-

<sup>53</sup> §14 Abs.1 AuslG 1965/§51 Abs.1 AuslG 1990 benutzen stattdessen fälschlich den Begriff »Staatsangehörigkeit«. Dies geht auf eine Fehlübersetzung von Art.33 Abs.1 GK zurück (dazu S. Richter, Selbstgeschaffene Nachfluchtgründe und die Rechtsstellung von Konventionsflüchtlingen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf Asyl und dem Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts, ZaöRV 51 [1991], 1 [40]).

<sup>54</sup> EGMR, Urteil vom 7.7.1989, EuGRZ 1989, 314 (319) (Soering); Urteil vom 20.3.1991, EuGRZ 1991, 203 (211) (Cruz Varas).



handlung eines Betroffenen durch dessen zwangsweise Überstellung in ein Land mitwirken würden, in dem ihm eine menschenrechtswidrige Behandlung drohe, die nach Intensität und Schwere die Schwelle asylrechtlich relevanter Verfolgung überschritte<sup>55</sup>. Der Verwaltungsgerichtshof sah im vorliegenden Fall eine solche Gefahr bereits allein dadurch begründet, daß der Iraner einen Asylantrag gestellt hatte, worin die iranischen Behörden möglicherweise einen Ausdruck politischer Gegnerschaft sehen würden. Der erkennende Senat wies ferner darauf hin, daß, falls der Kläger im Zeitraum des Erlasses der angefochtenen Verfügung damit rechnen mußte, während des damals noch anhaltenden iranisch-irakischen Krieges unzureichend ausgebildet an die Front geschickt zu werden, ihm auch deshalb der weitere Aufenthalt im Bundesgebiet aus humanitären Gründen hätte ermöglicht werden müssen. Schließlich wurde angedeutet, daß ein in der Verwaltungspraxis geübter faktischer Abschiebestop zugunsten abgelehnter iranischer Asylbewerber nicht ohne Rückwirkung auf eine etwaige Ermessensbetätigung der Ausländerbehörden im Rahmen der Entscheidung nach §28 Abs. 1 Satz 2 Nr.2 AsylVfG bleiben könnte.

28. Schärfere noch umriß das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 4.12.1990 (9 C 99.89 – DÖV 1991, 384 = NVwZ 1991, 793) den Abschiebungsschutz für einen abgelehnten Asylbewerber: Diesem sei die Berufung auf eine drohende politische Verfolgung grundsätzlich nicht deshalb verwehrt, weil er seine Lage allein mit dem Ziel der weiteren Sicherung seines Aufenthalts in Deutschland herbeigeführt habe. Eine analoge Anwendung des §1a AsylVfG auf den Fall der »Erschleichung« von Abschiebungsschutz sei nicht möglich. Zwar solle derjenige, der die Gefahr einer Verfolgung in der Heimat während seines Aufenthalts in Deutschland provoziere, nicht in den Genuß des Status eines Asylberechtigten kommen. Diese Mißbrauchsregelung setze aber voraus, daß die Verfolgungsgefahr auf andere Weise behoben werden könne, nämlich durch nach §14 AusG 1965 und Art.33 GK gewährten Abschiebungsschutz. Das gelte auch dann, wenn der Ausländer die Verfolgungsgefahr mutwillig zur Erlangung eines sonst nicht erreichbaren Aufenthaltsrechts im Gastland herbeigeführt habe. Bei ausländerrechtlichen Entscheidungen über Ausweisung und Abschiebung müsse immer auch die unverzichtbare

---

<sup>55</sup> Vorausgesetzt wird hierbei, daß die Anerkennung des Ausländers als asylberechtigten daran scheitert, daß entweder die zu erwartenden Verfolgungsmaßnahmen auf asylrechtlich regelmäßig unbeachtliche subjektive Nachfluchtgründe zurückgehen würden (vgl. §1a AsylVfG und BVerfGE 74, 51 [66]) oder der Ausländer vor seiner Einreise in das Bundesgebiet bereits in einem Drittland Verfolgungsschutz genossen hat (§2 AsylVfG).

und unverwirkbare Menschenwürde als oberstes Prinzip der deutschen Rechtsordnung beachtet werden. Diese von der Verfassung her gebotene Sichtweise lasse die Heranziehung des allgemeinen Gesichtspunkts des Rechtsmißbrauchs oder der Verwirkung nicht zu. Dementsprechend kennen weder das AuslG 1965 noch die GK über die Ausnahmebestimmung des §14 Abs.1 Satz 2/Art.33 Abs.2 hinaus einen Ausschlußtatbestand des Rechtsmißbrauchs.

29. In einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine Ausweisungsverfügung hielt der Hessische Verwaltungsgerichtshof im Beschluß vom 8.1.1990 (12 TH 1801/88 – InfAuslR 1990, 109) die Ausweisung eines wegen Einfuhr von und Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu einer längeren Jugendstrafe verurteilten Türken für offensichtlich rechtswidrig. Die Ausweisungsentscheidung stehe in einem solchen Fall nach §10 Abs.1 Nr.2 AuslG 1965 im pflichtgemäßen Ermessen der Ausländerbehörde<sup>56</sup>. Die Ermessenserwägungen der Behörde erwiesen sich hier insoweit als unzureichend, als die Frage der Doppelbestrafung bei einer Rückkehr in die Türkei in keiner Weise berücksichtigt worden sei. Bei der Abwägung zwischen den die Entfernung des Ausländers aus der Bundesrepublik rechtfertigenden öffentlichen Interessen gegen die für seinen Verbleib sprechenden Gründe sei eine zusätzliche Bestrafung im Heimatstaat bis hin zur Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe zu berücksichtigen, wenn dafür konkrete und ernsthafte Anhaltspunkte bestünden. Eine drohende Doppelbestrafung hindere die Ausweisung und Abschiebung zwar nicht generell, da Art.103 Abs.3 GG lediglich besage, daß jemand nicht nochmals von einem deutschen Gericht verurteilt werden dürfe, nachdem bereits ein Strafverfahren gegen ihn vor einem deutschen Gericht abgeschlossen worden sei<sup>57</sup>. Ungeachtet dessen sei jedoch die Gefahr einer weiteren Bestrafung bis hin zur Todesstrafe bei der Ausübung schon des Ausweisungsermessens zu berücksichtigen und nicht nur unter den Voraussetzungen des §14 Abs.1 Satz 1 AuslG 1965 bei der Abschiebung. Die Todesstrafe ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs eine strafrechtliche Maßnahme, die der Wertordnung und den Grundprinzipien der deutschen Rechtsordnung zuwiderläuft<sup>58</sup>. Die in der Abschaffung der Todesstrafe durch Art.102 GG zum Ausdruck kom-

<sup>56</sup> Vgl. jetzt aber §47 Abs.2 Nr.2 AuslG 1990.

<sup>57</sup> Nach BVerfGE 75, 1, gibt es auch keine allgemeine Regel des Völkerrechts, die es verbietet, eine Person wegen derselben Straftat noch einmal zu bestrafen, die deswegen bereits in einem anderen Staat bestraft wurde.

<sup>58</sup> Ebenso VG Aachen, Beschluß vom 15.5.1990 (2 L 406/90 – InfAuslR 1990, 304).

mende grundsätzliche Einstellung zum Wert des Menschenlebens sei in jedem Stadium des Verfahrens zu beachten.

### 3. Kommunalwahlrecht für Ausländer

30. In zwei Verfahren der abstrakten Normenkontrolle gemäß Art.93 Abs.1 Nr.2 GG entschied das Bundesverfassungsgericht mit Urteilen vom 31.10.1990, daß ein schleswig-holsteinisches Landesgesetz (2 BvF 2, 6/89 – BVerfGE 83, 37 = BayVBl. 1991, 162 = DVBl. 1990, 1397 = EuGRZ 1990, 438 = NJ 1991, 35 = NJW 1991, 162<sup>59</sup>) und ein hamburgisches Landesgesetz (2 BvF 3/89 – BVerfGE 83, 60) mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig seien, mit denen versucht worden war, Ausländern unter bestimmten Voraussetzungen (Mindestaufenthalt im Inland) das Kommunalwahlrecht<sup>60</sup> einzuräumen, das nach bisherigem Landesgesetzesrecht Deutschen im Sinne des Art.116 Abs.1 GG vorbehalten gewesen war. Die schleswig-holsteinischen Bestimmungen<sup>61</sup> verstießen nach der einstimmigen Auffassung des Zweiten Senats gegen den im Lichte des Art.20 Abs.2 GG auszulegenden Art.28 Abs.1 Satz 2, die hamburgischen gegen Art.28 Abs.1 Satz 1 in Verbindung mit Art.20 Abs.2 GG. »Volk« im Sinne des Grundgesetzes sei das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland, das von den deutschen Staatsangehörigen und den ihnen nach Art.116 Abs.1 GG gleichgestellten Personen gebildet werde. Die Zugehörigkeit zum Staatsvolk der Bundesrepublik werde grundsätzlich durch die Staatsangehörigkeit vermittelt. Diese sei die rechtliche Voraussetzung für den gleichen staatsbürgerlichen Status, der einerseits gleiche Pflichten, zum anderen gleiche Rechte begründe, durch deren Ausübung die Staatsgewalt in der Demokratie ihre Legitimation erfahre. Zusätzliche Hinweise darauf, daß das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland das deutsche Volk sei, entnahm das Bundesverfassungsgericht der Präambel sowie Art.33 Abs.1 und 2, Art.56, 64 Abs.2 und Art.146 GG. Aus der Erstreckung der Eigenschaft als Deutscher auf die sogenannten Statusdeutschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit durch Art.116 GG schloß das Gericht, daß der Verfassungsgeber dort eine aus-

<sup>59</sup> Zu einem besonderen Aspekt dieser Entscheidung siehe unter Nr.70.

<sup>60</sup> In Schleswig-Holstein das aktive und passive Wahlrecht zu den Gemeinde- und Kreisvertretungen, beschränkt auf Angehörige der Staaten Dänemark, Irland, Niederlande, Norwegen, Schweden und Schweiz (Gegenseitigkeitsgedanke); in Hamburg das aktive Wahlrecht zu den Bezirksversammlungen für alle Ausländer.

<sup>61</sup> Diese waren durch einstweilige Anordnung im Hinblick auf kurzfristig bevorstehende Wahlen außer Vollzug gesetzt worden (BVerfGE 81, 53).

drückliche Regelung getroffen habe, wo er – im Blick auf Besonderheiten der Nachkriegszeit – bestimmte Modifikationen des Grundsatzes für erforderlich hielt, daß der Träger der deutschen Staatsgewalt durch die Gesamtheit der deutschen Staatsangehörigen definiert werde.

Andererseits erkannte das Bundesverfassungsgericht mit Rücksicht auf die Kompetenzzuweisung für das Staatsangehörigkeitsrecht durch Art.73 Nr.2, 116 GG an, daß das Grundgesetz dem Bundesgesetzgeber die Möglichkeit biete, Veränderungen in der Zusammensetzung der Einwohnerschaft der Bundesrepublik Deutschland im Blick auf die Ausübung politischer Rechte Rechnung zu tragen. Zwar treffe es nicht zu, daß wegen der erheblichen Zunahme des Anteils der Ausländer an der Gesamtbevölkerung des Bundesgebietes der verfassungsrechtliche Volksbegriff einen Bedeutungswandel erfahren habe. Hinter dieser Auffassung stehe ersichtlich die Vorstellung, es entspreche der demokratischen Idee, eine Kongruenz zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen herzustellen. Dieser im Ausgangspunkt zutreffende Gedanke könne jedoch nicht zu einer Auflösung des Junktims zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der Zugehörigkeit zum Staatsvolk als dem Inhaber der Staatsgewalt führen. Nach geltendem Verfassungsrecht bleibe nur die Möglichkeit, auf eine derartige Lage mit entsprechenden staatsangehörigkeitsrechtlichen Regelungen zu reagieren: Denjenigen Ausländern, die sich auf Dauer rechtmäßig in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassen hätten und daher der deutschen Staatsgewalt in einer den Deutschen vergleichbaren Weise unterworfen seien, könne der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit erleichtert werden.

Die staatsangehörigkeitsrechtliche Lösung des Bundesverfassungsgerichts hat zwei entscheidende Konsequenzen: Erstens bleiben Veränderungen des Trägers der demokratischen Legitimation ausschließlich dem Bund vorbehalten; zweitens wird Ausländern, die zu diesem Legitimationssubjekt gehören wollen, abverlangt, einen Einbürgerungsantrag zu stellen und damit ihr Zugehörigkeitsgefühl positiv zu bestätigen, gegebenenfalls mit entsprechenden Konsequenzen für ihre bisherige Staatsangehörigkeit<sup>62</sup>.

Die grundgesetzliche Vorgabe einer Kongruenz zwischen deutschem Staatsvolk und Wahlvolk gilt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts in gleicher Weise für die Ebene der Länder, in denen das Landesvolk als

---

<sup>62</sup> Vgl. dazu Art.1 des Übereinkommens über die Verringerung der Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern vom 6.5.1963, BGBl. 1969 II, 1954.

territorial begrenzter Verband der im Bereich des jeweiligen Landes lebenden Deutschen das Legitimationssubjekt bilde. Da schließlich auch die Kreise und Gemeinden sowie die Bezirksversammlungen (Organe der unmittelbaren Staatsverwaltung der Freien und Hansestadt Hamburg) territorial beschränkt Staatsgewalt ausübten, müsse das als Legitimationssubjekt fungierende Volk diesbezüglich die gleiche Qualität aufweisen. Art.28 Abs.1 Satz 2 GG wolle die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage im Staatsaufbau sicherstellen.

### VII. Asylrecht

#### 1. Politische Verfolgung

##### a) Allgemeines

31. Das Bundesverwaltungsgericht gab in einem Urteil vom 20.11.1990 (9 C 72.90 – BVerwGE 87, 141 = NVwZ 1991, 384<sup>63</sup>) folgende zusammenfassende Darstellung der Grundsätze des Asylgrundrechts: Dem Asylgrundrecht nach Art.16 Abs.2 Satz 2 GG liege die von der Achtung der Unverletzlichkeit der Menschenwürde bestimmte Überzeugung zugrunde, daß kein Staat das Recht habe, Leib, Leben oder persönliche Freiheit des einzelnen aus Gründen zu gefährden oder zu verletzen, die allein in seiner politischen Überzeugung, seiner religiösen Grundentscheidung oder in für ihn unverfügbaren Merkmalen lägen, die sein Anderssein prägten. Ob eine an solche asylerblichen Merkmale anknüpfende, zielgerichtete politische Verfolgung vorliege, richte sich nicht nach den subjektiven Motiven des Verfolgers, sondern sei objektiv nach der erkennbaren Gerichtetheit der Verfolgungsmaßnahme zu entscheiden.

Für die Beurteilung, ob ein Asylsuchender politisch Verfolgter im Sinne des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG sei, gälten unterschiedliche Maßstäbe je nachdem, ob er seinen Heimatstaat auf der Flucht vor eingetretener oder unmittelbar drohender politischer Verfolgung verlassen habe oder ob er unverfolgt in die Bundesrepublik Deutschland gekommen sei<sup>64</sup>. Im ersten Fall sei der Asylsuchende asylberechtigt, wenn ihm auch ein Ausweichen innerhalb seines Heimatstaates unzumutbar gewesen wäre und

<sup>63</sup> Vgl. auch das Urteil vom gleichen Tag im Verfahren 9 C 74.90, NVwZ 1991, 382 (insoweit in BVerwGE 87, 152 nicht abgedruckt).

<sup>64</sup> Siehe dazu bereits das Urteil desselben Senats vom 30.10.1990 (9 C 60.89 – DVBl. 1991, 535).

die fluchtbegründenden Umstände im Zeitpunkt der Entscheidung über den Asylantrag ohne wesentliche Änderung fortbeständen. Sei die Verfolgungsgefahr zwischenzeitlich beendet, komme es darauf an, ob mit ihrem Wiederaufleben gerechnet werden müsse. Eine Anerkennung als Asylberechtigter sei dagegen ausgeschlossen, wenn der Antragsteller im Entscheidungszeitpunkt vor erneuter Verfolgung hinreichend sicher sei oder wenn sich ihm – bei fortbestehender regional begrenzter politischer Verfolgung – nach der Einreise ins Bundesgebiet eine zumutbare inländische Fluchtalternative eröffnet habe. Ein Asylantrag des unverfolgt Ausgereisten könne nur Erfolg haben, wenn ihm aufgrund beachtlicher Nachfluchtatbestände politische Verfolgung drohe. Bestehe die Verfolgungsgefahr nur in einem Teil des Heimatstaates, könne der Betroffene auf Gebiete verwiesen werden, in denen er hinreichend sicher sei, wenn ihm dort nicht andere unzumutbare Nachteile und Gefahren drohten.

Auf dieser Grundlage entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß der konkrete Asylsuchende im März 1984 als politisch Verfolgter aus Sri Lanka ausgereist sei: Er war als Tamile im Juni 1982 von singhalesischen Polizisten beim Kleben von Plakaten für die Tamil United Liberation Front ertappt und zwei Tage auf der Polizeistation festgehalten worden. Dort hatte man ihn immer wieder gefragt, ob er einen unabhängigen Tamilenstaat haben wolle, und ihn geschlagen, wenn er dies bejaht habe. Er war gegen Geldzahlung freigekommen, zu Verwandten nach Colombo gefahren und dort im Sommer 1983 in blutige Ausschreitungen gegen Tamilen geraten. Wieder in seinen Heimatort zurückgekehrt, hatte er die Zerstörung tamilischer Häuser und willkürliche Verhaftungen junger Tamilen seiner Altersgruppe Anfang 1984 miterlebt. Der Senat hielt die menschenrechtswidrige Behandlung in der Polizeihaft für asylrelevant, weil sie an die politische Überzeugung des Antragstellers angeknüpft habe. Die ihm zugefügte Rechtsverletzung sei auch – ungeachtet der relativen Kürze seiner Inhaftierung – nach Art und Schwere von asylrelevanter Intensität, wie dies generell für nicht ganz unerhebliche Eingriffe in Leib, Leben und physische Freiheit gelte. Auch den erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen Verfolgung, Flucht und Asyl sah das Gericht als gegeben an. Die Ausreise müsse sich bei objektiver Betrachtung nach ihrem äußeren Erscheinungsbild als eine unter dem Druck erlittener Verfolgung stattfindende Flucht darstellen. In dieser Hinsicht komme der zwischen Verfolgung und Ausreise verstrichenen Zeit entscheidende Bedeutung zu. Ein Ausländer sei grundsätzlich nur dann als verfolgt ausgereist anzusehen, wenn er seinen Heimatstaat in nahem zeitlichen Zusammenhang mit der erlittenen Verfolgung verlasse. Im konkreten Fall sah

der Senat den Kausalzusammenhang als noch gewahrt an, weil sich die Ausreise im März 1984 als Fortsetzung seiner im Juni 1982 begonnenen Flucht darstelle<sup>65</sup>.

32. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg ergänzte in einem Urteil vom 10.5.1990 (A 12 S 200/90 – InfAuslR 1990, 356<sup>66</sup>) diese Darstellung der Grundzüge des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG folgendermaßen: Eine Verfolgung sei dann eine politische, wenn sie dem einzelnen in Anknüpfung an asylerhebliche Merkmale (politische Überzeugung, religiöse Grundentscheidung oder für ihn unverfügbare Merkmale, die sein Anderssein prägen) gezielt Rechtsverletzungen zufüge, die ihn ihrer Intensität nach aus der übergreifenden staatlichen Friedensordnung ausgrenzten. An gezielten Rechtsverletzungen fehle es bei Nachteilen, die jemand aufgrund der allgemeinen Zustände in seinem Heimatstaat zu erleiden hätte (Hunger, Naturkatastrophen, allgemeine Auswirkungen von Unruhen, Revolutionen, Kriegen). Das Asylgrundrecht schütze grundsätzlich nur vor staatlicher Verfolgung, doch könnten nichtstaatliche Übergriffe asylrechtsbegründend wirken, wenn sie dem Staat zurechenbar seien. Zurechnungsbegründend sei es, wenn der Staat zur Schutzgewährung entweder nicht bereit sei oder sich nicht in der Lage sehe, die ihm an sich verfügbaren Mittel im konkreten Fall gegenüber Verfolgungsmaßnahmen bestimmter Dritter einzusetzen. Eine Zurechnung scheidet dagegen aus, wenn die Schutzgewährung die Kräfte eines konkreten Staates übersteige (Zustand der Anarchie). Die für den Asylrechtsschutz erforderliche Individualbetroffenheit eines Asylbewerbers sei auch im Falle einer Gruppenverfolgung gegeben. Dies gelte dann, wenn eine Gruppe von durch asylerbliche Merkmale verbundenen Menschen als solche Ziel einer politischen Verfolgung in der Weise sei, daß jedes einzelne Mitglied der Gruppe – und damit auch der Asylbewerber – allein deswegen, weil es die gruppenspezifischen Merkmale aufweise, politische Verfolgung befürchten müsse.

33. Anknüpfend an seine frühere Rechtsprechung unterstrich das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 4.12.1990 (9 C 93.90 – BVerwGE 87, 187 = DVBl. 1991, 542 [ausführlicher] = InfAuslR 1991, 209 = NVwZ 1991, 790), daß die auf eine längere Zeit angelegte zwangs-

---

<sup>65</sup> Anders entschied derselbe Senat im Urteil vom 30.10.1990 (9 C 60.89 – DVBl. 1991, 535) im Falle eines pakistanischen Angehörigen der Ahmadiyyah-Glaubensgemeinschaft, gegen die es im Jahre 1974 zu einer Gruppenverfolgung gekommen war; der Kläger reiste aber erst 1978 aus.

<sup>66</sup> Siehe zu diesem Urteil noch unter Nr.41.

weise Umerziehung und politische Indoktrination zur Herstellung, Veränderung oder Unterdrückung der politischen Gesinnung insbesondere in speziellen Lagern oder Schulungsstätten, vor allem in totalitären Staaten, einen asylrechtlich erheblichen Eingriff in die politische Überzeugung darstellen könne. Dies gelte angesichts des Neutralitätsprinzips des Asylrechts und des damit verbundenen Toleranzgebots unabhängig von der politischen Richtung eines solchen Eingriffs. Damit dieser die notwendige asylrechtliche Relevanz erreiche, müßten aber regelmäßig drei Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens müsse die Indoktrination im Heimatstaat des Asylsuchenden oder in einem von diesem bestimmten Drittstaat<sup>67</sup> von vornherein auf eine längere, regelmäßige mehrmonatige Dauer angelegt sein, um den Grad der »Verfolgung« i.S. des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG zu erreichen. Zweitens müsse die Zwangsindoktrination ohne oder gegen den Willen des Betroffenen durchgeführt werden, er also zum bloßen Objekt staatlicher Entscheidungen herabgewürdigt werden und nicht oder nur unter unzumutbaren Umständen unter Inkaufnahme von Verfolgungsrisiken in der Lage sein, sich der Ausbildung zu entziehen. Drittens sei eine ideologische Zwangsschulung erst dann asylrelevant, wenn in ihr das erforderliche Mindestmaß an abweichender politischer Äußerungsfreiheit nicht bestehe, also regelmäßig dann, wenn dort die eigene politische Überzeugung dergestalt eingeschränkt oder unterdrückt werde, daß die Äußerung abweichender politischer Ansichten nicht oder nur unter Inkaufnahme von Verfolgungsrisiken möglich sei. Das Bundesverwaltungsgericht betonte freilich auch, daß an die Darlegungs- und Beweislast für diese Umstände strenge Anforderungen zu stellen seien, insbesondere dann, wenn der Asylsuchende sich zuvor längere Zeit äußerlich systemkonform verhalten habe.

34. Ein Verwaltungsgericht hatte die Klage eines abgelehnten syrischen Asylbewerbers abgewiesen. Es hatte zwar festgestellt, daß diesem bei seiner Rückkehr Verhöre und Verhaftungen drohten, die der Klärung der Frage dienen würden, ob er der als staatsfeindlich eingestuften Muslimbruderschaft zugehöre, deren Mitgliedern die Todesstrafe drohe. Die drohenden Maßnahmen könnten auch mit rechtsstaats- und menschenrechtswidrigen Begleiterscheinungen verbunden sein. Diese Maßnahmen würden jedoch nicht auf die politische Überzeugung des Klägers gerichtet sein, da er weder tatsächlich noch nach der Überzeugung des verfolgen-

---

<sup>67</sup> Im vorliegenden Fall war der Asylsuchende vom marxistischen Regime in Äthiopien zur Kaderausbildung in die ehemalige Sowjetunion gesandt worden; er hatte von dort die Flucht in die Bundesrepublik angetreten.



den Staates Träger eines verfolgungsverursachenden asylerblichen Merkmals sei. Die gegen dieses Urteil gerichtete Verfassungsbeschwerde hielt das Bundesverfassungsgericht für offensichtlich begründet (Kammerbeschluss vom 8.11.1990 – 2 BvR 933/90 – InfAuslR 1991, 25). Asylerblich könnten auch solche Maßnahmen sein, die nicht wegen, sondern nur im Blick auf ein asylrelevantes Merkmal eingesetzt würden. Daraus folgt nach Ansicht der Kammer ohne weiteres, daß bei einem vom Verfolger gehegten Verdacht der Trägerschaft von asylerblichen Merkmalen die zur Aufklärung dieses Verdachts eingesetzten Mittel nicht als asylrechtlich unbeachtlich qualifiziert werden dürfen.

*b) Religiöses Existenzminimum*

35. Nicht jeder staatliche Eingriff in die Religionsfreiheit kann als politische Verfolgung betrachtet werden; es muß sich vielmehr um einen besonders qualifizierten Eingriff handeln, der das religiöse Existenzminimum bedroht. Dazu finden sich im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6.3.1990 (9 C 14.89 – BVerwGE 85, 12 = DVBl. 1990, 1053 = InfAuslR 1990, 211 = NVwZ 1990, 1179)<sup>68</sup>, das die Lage syrisch-orthodoxer Christinnen in der Türkei betraf, folgende Ausführungen: Die von diesen beschriebenen Entführungen und Zwangsbekehrungen durch muslimische Männer würden ihr religiöses Existenzminimum verletzen und damit in den Wirkungsbereich des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG hineinreichen. Eingriffe in die Freiheit der religiösen Überzeugung und Betätigung stellten dann eine zur Asylrelevanz führende Beschränkung der Menschenwürde des Gläubigen dar, wenn die Maßnahmen darauf gerichtet seien, diesem seine religiöse Identität zu nehmen<sup>69</sup>. Dies könne dadurch geschehen, daß der Gläubige gehindert werde, seinen Glauben, so wie er ihn verstehe, im privaten oder im nachbarlich-kommunikativen Bereich zu bekennen, oder dadurch, daß von ihm verlangt werde, tragende Inhalte seiner Glaubensüberzeugung zu verleugnen oder gar preiszugeben. Beide Folgen träten bei Zwangsbekehrungen ein. Da die Täter bei der Entführung einer christlichen Frau bewußt die Schutzlosigkeit der Angehörigen einer religiösen Minderheit ausnutzten und deren Übertritt zum Islam auch aus religiöser Überzeugung betrieben, knüpften die Verfolgungsmaßnahmen auch an ein asylerbliches Merkmal an.

<sup>68</sup> Vgl. hierzu auch das in anderer Hinsicht berichtenswerte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.5.1990 unter Nr.45 sowie BVerwG, DVBl. 1991, 535.

<sup>69</sup> BVerfGE 76, 143 (158).

Demgegenüber verneinte das Bundesverwaltungsgericht in der gleichen Entscheidung den Verfolgungscharakter einer Einweisung von alleinstehenden christlichen Kindern syrisch-orthodoxer Glaubensrichtung in ein staatliches türkisches Waisenhaus, weil es insofern an einem zielgerichteten Eingriff in deren Religionsfreiheit fehle. Die Aufnahme in ein Waisenhaus stelle zunächst eher eine Privilegierung dar gegenüber vielen Kindern, die »auf der Straße« leben müßten. Zwar würden christliche Kinder in einem staatlichen Waisenhaus in keinem Fall christlich erzogen. Die öffentlichen Waisenhäuser seien auf laizistische Grundsätze verpflichtet, doch könne es in einer Zeit des zunehmenden islamischen Bewußtseins durchaus zu einer proislamischen Beeinflussung kommen. Ein alleinstehendes christliches Kind werde bald dem Assimilationsdruck, der in den Waisenhäusern latent vorhanden sei, erliegen und sich schließlich zum Islam bekennen. Das Asylrecht schütze indessen nicht vor einem langfristigen und allmählichen Assimilationsprozeß, der sich für den einzelnen als Folge einer sich verändernden Situation seiner Umwelt und seiner Lebensbedingungen in seinem Heimatland ergäben. Einem Anpassungsdruck komme dann Verfolgungscharakter zu, wenn eine feindlich eingestellte muslimische Umgebung durch aktives, mit dem für alle geltenden Recht unvereinbares Handeln eine Glaubensminderheit daran hindere, dasjenige Maß an Zusammenhalt in einer »Religionsfamilie« zu finden, welches sie zur Wahrung ihres religiösen Existenzminimums benötige. Deshalb stehe das Asylrecht allgemein solchen Ausländern zu, die in ihrem Heimatland in bezug auf ihre politische oder religiöse Überzeugung und Betätigung mit einer zwangsweisen Umerziehung, mit Zwangsassimilation oder mit einer auf Unterwerfung ausgerichteten gezielten Disziplinierung zu rechnen hätten. Andererseits sei das von der Menschenwürde garantierte religiöse Existenzminimum von der Pflicht zur Teilnahme am islamischen Religionsunterricht für Andersgläubige in den staatlichen Schulen der Türkei nicht berührt, weil damit keine den Kern der religiös geprägten Persönlichkeit treffende Pflicht verbunden sei, sich zum Islam zu bekennen.

*c) Maßnahmen der staatlichen Selbsterhaltung – Terrorismusbekämpfung*

36. In einem grundlegenden Beschluß vom 10.7.1989 hatte das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß auch Maßnahmen der staatlichen Selbstverteidigung insbesondere gegen terroristische Aktivitäten asyl-

rechtsbegründend sein könnten<sup>70</sup>. Daran anknüpfend gab eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts der Verfassungsbeschwerde eines Türken kurdischer Volkszugehörigkeit statt, der sich in seinem Heimatland für eine marxistisch-leninistische revolutionäre Organisation eingesetzt hatte (Beschluß vom 8.10.1990 – 2 BvR 508/86 – InfAuslR 1991, 187<sup>71</sup>). Politische Verfolgung im Sinne von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG sei nicht schon deshalb zu verneinen, weil der Staat separatistische oder politisch-revolutionäre Aktivitäten mit strafrechtlichen Sanktionen bekämpfe, um so das Rechtsgut des eigenen Bestandes oder seiner politischen Identität zu verteidigen. Um derartigen staatlichen Maßnahmen gleichwohl den Charakter politischer Verfolgung zu nehmen, bedürfe es zusätzlicher, an objektive Umstände anknüpfender Kriterien. Derartige Kriterien, insbesondere daß die dem Beschwerdeführer in der Türkei drohende Folter nicht wegen asylrelevanter Merkmale eingesetzt oder im Blick auf diese Merkmale in verschärfter Form angewendet werde, müßten im klageabweisenden verwaltungsgerichtlichen Urteil festgestellt werden.

37. Das Bundesverwaltungsgericht unterstrich im Beschluß vom 13.9.1990 (9 B 97/90 – NVwZ 1991, 385), daß Asyl nicht beanspruchen könne, wer im Heimatland unternommene terroristische Aktivitäten oder deren Unterstützung von der Bundesrepublik Deutschland aus in den hier möglichen Formen fortzuführen trachte. Dies könne – unabhängig davon, wie der Betreffende selbst zur Frage der Gewalt stehe – auch in Gestalt der Unterstützung fremder Gewalt durch die Mitgliedschaft in einer gewaltbejahenden Gruppe oder die sonstige Förderung ihrer Ziele geschehen, ohne sich an diesen Aktivitäten zu beteiligen. Die Strafverfolgung, die der Kläger wegen seiner finanziellen und politischen Unterstützung für die Kurdische Arbeiterpartei in der Türkei zu erwarten habe, gelte einer kriminellen Komponente seiner politischen Betätigung, deren Strafwürdigkeit in der Staatenpraxis geläufig sei<sup>72</sup>.

38. Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20.11.1990 (9 C 74.90 – BVerwGE 87, 152 = InfAuslR 1991, 145 = NVwZ 1991, 382) ging es um die Asylberechtigung eines srilankischen Staatsangehörigen tamilischer Volkszugehörigkeit, der ohne Anwendung von Gewalt für das von der politischen Vertretung der Tamilen im Parlament seit Jahren ge-

---

<sup>70</sup> BVerfGE 80, 315, dargestellt bei Richter (Anm.3), 200.

<sup>71</sup> Vgl. auch den Beschluß derselben Kammer vom 3.1.1990 (2 BvR 1013/89 u.a. – InfAuslR 1990, 160).

<sup>72</sup> Vgl. bereits BVerfG, EuGRZ 1990, 114 (dargestellt bei Richter [Anm.3], 203); M. Dawin, Asylrecht und gewalttätiger politischer Kampf, NVwZ 1991, 349.

waltfrei verfolgte Ziel eines unabhängigen tamilischen Staates eingetreten war. Er war weder aktiver Terrorist noch Teilnehmer im strafrechtlichen Sinne; ihm waren auch keine Unterstützungshandlungen im Vorfeld zugunsten terroristischer Aktivitäten anzulasten. Bei der Inhaftierung und Mißhandlung des Asylsuchenden hatte es sich nach Ansicht des erkennenden Senats bei der gebotenen objektiven Betrachtung somit weder um repressive oder präventive Maßnahmen des Staates zur Abwehr des Terrorismus noch um die Bekämpfung von Aktivitäten gehandelt, die von der Öffentlichkeit als Unterstützung des Terrorismus verstanden werden mußten. Daß die subjektiven Vorstellungen und Motive der staatlichen Sicherheitskräfte nicht entscheidend sein könnten, folge bereits aus der Überlegung, daß diese es anderenfalls in der Hand hätten, unter dem Deckmantel behaupteter Terrorismusbekämpfung politische Verfolgung zu betreiben. Staatliche Maßnahmen zur Abwehr des Terrorismus seien bei objektiver Betrachtung etwa dann anzunehmen, wenn der Betroffene aufgrund objektiver Anhaltspunkte – Waffenbesitz, Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung oder vergleichbar schwerwiegende Indizien – der Beteiligung an einer terroristischen Gewalttat oder ihrer Vorbereitung hinreichend verdächtig sei. Bloße Mutmaßungen der Sicherheitskräfte genühten ebensowenig wie der Umstand, daß der Asylsuchende als junger männlicher Tamile jenem Personenkreis angehöre, aus dem sich tamilische Terrororganisationen vorwiegend zusammensetzten. Aus einer solchen Zuordnungsmöglichkeit leite sich nicht das Recht eines wahllosen Zugriffs auf jenen Personenkreis ab. Selbst wenn man den staatlichen Sicherheitskräften in einer Bürgerkriegssituation weitergehende Rechte als in Friedenszeiten zugestehen wollte, dürften sie nicht zum Gegenterror schreiten. Maßnahmen der Terrorismusbekämpfung rechtfertigten deshalb unter asylrechtlichen Gesichtspunkten in keinem Fall den Einsatz brutaler Gewalt gegenüber Personen, bei denen keine über allgemeine Merkmale wie Volkszugehörigkeit, Alter und Geschlecht hinausgehenden objektivierbaren Verdachtsmomente bestünden.

#### *d) Bürgerkriegssituationen*

39. Das Bundesverfassungsgericht hatte 1989 in einer Grundsatzentscheidung die Voraussetzungen für das Vorliegen von politischer Verfolgung im Sinne des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG in Situationen des offenen oder des Guerilla-Bürgerkrieges festgelegt<sup>73</sup>. Daran knüpften 1990 mehrere Kam-

<sup>73</sup> Siehe oben Anm.70.

merentscheidungen an, durch die Verfassungsbeschwerden gegen asylverweigernde Verwaltungsgerichtsentscheidungen für offensichtlich begründet erklärt wurden (Beschluß vom 9.10.1990 – 2 BvR 1863/89 u.a. – InfAuslR 1991, 22 [betreffend Äthiopien/Eritrea]; Beschluß vom 7.11.1990 – 2 BvR 1566/87 u.a. – InfAuslR 1991, 48 = InfAuslR 1991, 100 = NVwZ 1991, 771 [betreffend Angola]; Beschluß vom 13.11.1990 – 2 BvR 781/87 – NVwZ 1991, 359 [betreffend Angola]). In gleichlautenden Passagen erinnerte die Kammer daran, daß Voraussetzung für eine vom Staat ausgehende oder ihm zurechenbare Verfolgung die effektive Gebietsgewalt des Staates im Sinne wirksamer hoheitlicher Überlegenheit sei. Daran könne es sowohl beim offenen als auch beim Guerilla-Bürgerkrieg fehlen, wenn nämlich der Staat in dem umkämpften Gebiet die Gebietsgewalt verloren habe oder zunehmend verliere. Unter dieser Voraussetzung erscheine die Bekämpfung des jeweiligen Bürgerkriegsgegners oder der Guerilla-Truppen im allgemeinen nicht als politische Verfolgung, wenn und soweit die Maßnahmen der staatlichen Kräfte typisch militärisches Gepräge aufwiesen und der Rückeroberung verlorener Gebiete bzw. der Wiederherstellung der staatlichen Friedensordnung dienten. Anders könne es wiederum dann sein, wenn die staatliche Seite den Kampf in einer Weise führe, die auf die physische Vernichtung von auf der Gegenseite stehenden oder ihr zugerechneten und nach asylerbheblichen Merkmalen bestimmten Personen gerichtet sei, obwohl diese keinen Widerstand mehr leisten wollten oder könnten oder an dem militärischen Geschehen nicht oder nicht mehr beteiligt seien. Um so mehr gelte dies, wenn die Handlungen der staatlichen Kräfte in die gezielte physische Vernichtung oder die Zerstörung der ethnischen, kulturellen oder religiösen Identität des gesamten aufständischen Bevölkerungsteils umschlugen.

40. Das Bundesverwaltungsgericht erkannte im Urteil vom 16.3.1990 (9 C 97.89 – InfAuslR 1990, 206) an, daß ein Äthiopier, der zehn Jahre lang in militärischen Einheiten der Eritrean Liberation Front gekämpft und in dieser Organisation auch eine herausgehobene Position bekleidet hatte, mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit politischer Verfolgung ausgesetzt sein würde, wenn er nach Äthiopien zurückkehrte. Die in Eritrea seit Jahren herrschende Bürgerkriegssituation ändere daran nichts. Auszugehen sei zwar davon, daß ein staatliches Vorgehen gegen Personen, die in militanten Kampforganisationen die Staatsgewalt aktiv bekämpften und sie in den Ausmaßen eines Bürgerkriegs mit gewaltsamen Aktionen in Frage stellten, für sich keine politische Verfolgung darstelle. Es komme vielmehr darauf an, ob auch auf die politische Überzeugung der Betroffenen zugegriffen werden solle. Dies sei dann der Fall, wenn bereits diese

Überzeugung als zu bekämpfende Gefahr angesehen werde. Als beispielhaft dafür bezeichnete das Bundesverwaltungsgericht folgende Kriterien: die Eigenart des Staates, sein totalitärer Charakter, die Radikalität seiner Ziele und die zu ihrer Verwirklichung eingesetzten Mittel. Abzustellen sei insbesondere auf den Umfang der rechtlich gewährleisteten und tatsächlich respektierten Meinungsfreiheit sowie auf die Möglichkeit nicht nur der Bekundung, sondern darüber hinaus grundsätzlich auch der Betätigung der politischen Gesinnung.

*e) Übergriffe Privater (mittelbare staatliche Verfolgung)*

41. In seinem bereits erwähnten Urteil vom 10.5.1990<sup>74</sup> äußerte der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg die Überzeugung, daß die Übergriffe von Muslimen gegen Jeziden in Ostanatolien bei objektiver Betrachtungsweise regelmäßig zumindest auch wegen deren Religionszugehörigkeit erfolgten und damit an ein asylrelevantes Merkmal anknüpften. Diese Verfolgungsmaßnahmen Dritter seien auch dem türkischen Staat zurechenbar. Zwar könne diesem nicht allgemein die Bereitschaft abgesprochen werden, auch den Jeziden den erforderlichen staatlichen Schutz gegenüber gezielten Rechtsverletzungen Dritter zu gewähren. Jedoch stehe außer Frage, daß der türkische Staat sich vor allem in der angestammten Heimat der Jeziden im allgemeinen nicht in der Lage sehe, das staatliche Gewaltmonopol insbesondere gegen die Großgrundbesitzer, aber auch sonst gegen Angehörige der muslimischen Bevölkerungsmehrheit auch dann durchzusetzen, wenn es darum gehe, Jeziden ungeachtet dessen zu schützen, daß sie nach dem Verständnis der Muslime Menschen ohne Recht oder zumindest minderen Rechts seien. Zwar werde eine asylrechtliche Verantwortlichkeit des Staates für Verfolgungsmaßnahmen Dritter nicht schon dann begründet, wenn seine Schutzbemühungen in Einzelfällen ohne Erfolg blieben oder regional und/oder zeitlich unterschiedlich effektiv seien. Kein Staat könne seinen Bürgern einen lückenlosen und schlechthin vollkommenen Schutz vor politischen Verfolgungsmaßnahmen Dritter gewährleisten. Doch den Jeziden gewähre der türkische Staat generell nicht mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln Schutz.

42. Anders schätzte das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 24.7.1990 (9 C 46.89 – InfAuslR 1990, 341) die Lage einer syrisch-orthodoxen Christin in der Türkei ein. Politische Verfolgung sei grundsätzlich

<sup>74</sup> Siehe oben Nr.32.

staatliche Verfolgung. Übergriffe von Privatpersonen könnten nur dann in den Schutzbereich des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG fallen, wenn der Staat für das Tun Dritter wie für eigenes Handeln verantwortlich sei. Das sei dann der Fall, wenn er Verfolgungsmaßnahmen anrege, unterstütze, bilige oder tatenlos hinnehme. Eine tatenlose Hinnahme der geltend gemachten Übergriffe von Muslimen gegen alleinstehende syrisch-orthodoxe Christinnen (Entführungen, Zwangsehen und Zwangsbekehrungen) habe es jedenfalls im Falle der Klägerin nicht gegeben, da der Staat insoweit mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln im großen und ganzen Schutz gewährt habe.

#### *f) Gruppenverfolgung*

43. Ein Ausländer, der zwar selbst nicht Verfolgungsmaßnahmen ausgesetzt war, aber zu einer durch ein asylerbliches Merkmal verbundenen Gruppe gehört, von der andere Mitglieder verfolgt werden, kann unter den Voraussetzungen des in der Rechtsprechung entwickelten Tatbestandes der Gruppenverfolgung einen eigenen Asylanspruch haben. Im Urteil vom 15.5.1990 (9 C 17.89 – BVerwGE 85, 139 = DVBl. 1990, 1064 = InfAuslR 1990, 312 = NVwZ 1990, 1175) präziserte das Bundesverwaltungsgericht diesen Tatbestand anhand der Situation der Jeziden in der Osttürkei folgendermaßen: Damit die Regelvermutung eigener Verfolgung grundsätzlich allen Gruppenangehörigen ohne Rücksicht darauf zukommen könne, ob sich die Verfolgungsmaßnahmen in ihrer Person konkret verwirklicht hätten, sei erforderlich, daß jedes im Verfolgungsgebiet im Verfolgungszeitraum lebende Gruppenmitglied nicht nur möglicherweise, latent oder potentiell, sondern wegen der Gruppenzugehörigkeit aktuell gefährdet sei, weil den Gruppenangehörigen insgesamt politische Verfolgung drohe<sup>75</sup>. Hierfür sei die Gefahr einer so großen Vielzahl von Eingriffshandlungen in asylrechtlich geschützte Rechtsgüter erforderlich, daß es sich dabei nicht mehr nur um vereinzelt bleibende individuelle Übergriffe handele, sondern daß die Verfolgungshandlungen im Verfolgungszeitraum und Verfolgungsgebiet auf alle sich dort aufhaltenden Gruppenmitglieder zielten und sich in quantitativer und qualitativer Hinsicht so ausweiteten, wiederholten und um sich griffen, daß daraus für jeden Gruppenangehörigen nicht nur die Möglichkeit, sondern ohne

---

<sup>75</sup> Zur erforderlichen »Verfolgungsdichte« vgl. bereits die 1989 ergangenen Entscheidungen BVerwGE 79, 79, und Buchholz 402.25 §1 AsylVfG Nr.105, dargestellt bei Richter (Anm.3), 206 [46].

weiteres die aktuelle Gefahr eigener Betroffenheit entstehe, weil auch keine verfolgungsfreien oder deutlich weniger gefährdeten Zonen oder Bereiche vorhanden seien. Dabei sei zwischen einer unmittelbar staatlichen Gruppenverfolgung und einer zwar von privater Seite ausgehenden, dem Staat jedoch zurechenbaren und damit mittelbar staatlichen Gruppenverfolgung zu unterscheiden. Von einer mittelbar staatlichen Gruppenverfolgung könne, abgesehen vom Zurechnungsproblem, nur gesprochen werden, wenn sich die Verfolgung in flächendeckenden Massenausbreitungen äußere, die erst bei Geschehnissen ähnlich einem Pogrom oder unter pogromähnlichen Umständen angenommen werden könnten, weil nur dann die notwendige aktuelle Gefahr für alle Gruppenmitglieder bestehe. Eine vergleichbare quantitative und qualitative Verfolgungsdichte müsse auch dann bestehen, wenn es sich – wie im vorliegenden Fall – nicht um eruptive Ereignisse, sondern um lang andauernde »stille« Differenzen, Animositäten und Streitigkeiten zwischen verschiedenen ethnischen und religiösen Menschengruppen handele. Ein »feindliches Klima« einschließlich möglicher Diskriminierungen oder Benachteiligungen der Bevölkerungsminderheit durch die Bevölkerungsmehrheit oder aber die allmähliche Assimilation ethnischer oder religiöser Minderheiten als Folge eines langfristigen Anpassungsprozesses sei nicht automatisch mittelbar staatliche Gruppenverfolgung und daher für sich genommen noch nicht asylrechtlich relevant. An diesen Maßstäben gemessen lehnte das Bundesverwaltungsgericht den Asylanspruch der Jeziden ab.

Unter Bezugnahme auf diese Entscheidung verneinte das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 24.7.1990 (9 C 78.89 – BVerwGE 85, 266 = DVBl. 1991, 266 = InfAuslR 1990, 337 = NVwZ 1990, 1177) auch die mittelbare Gruppenverfolgung der syrisch-orthodoxen Christen in ihrem Heimatgebiet in der Türkei.

## 2. Nachfluchtgründe

44. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gehören eine Republikflucht und eine Asylantragstellung, soweit sie bei einer Heimkehr des Ausländers Gründe für eine politische Verfolgung bilden können, zu den selbstgeschaffenen subjektiven Nachfluchtgründen, die grundsätzlich unbeachtlich sind<sup>76</sup>. Eine Ausnahme gilt freilich dann, wenn Republikflucht und Asylantragstellung veranlaßt wurden durch eine im Heimatstaat bei objektiver Betrachtung bestehende poli-

<sup>76</sup> BVerfGE 74, 51.



tisch bedingte Zwangslage in Form einer latenten Gefährdungslage. Dies vermag den Ausgleich zu schaffen für den fehlenden, aber grundsätzlich erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen Verfolgung, Flucht und Asyl und zu verhindern, daß allein durch eine erstmalige risikolose Verfolgungsprovokation aus der Bundesrepublik Deutschland ein Asylanspruch selbstgeschaffen werden kann. Diese Rechtsprechung bestätigte das Bundesverwaltungsgericht durch das bereits in anderem Zusammenhang besprochene Urteil vom 4.12.1990 (9 C 93.90<sup>77</sup>). Es bestätigte außerdem, daß bei dem selbstgeschaffenen Nachfluchtgrund der exilpolitischen Tätigkeit eine Asylberechtigung dann in Betracht gezogen werden könne, wenn diese sich als Ausdruck und Fortführung einer schon im Heimatland erkennbar betätigten festen Überzeugung darstelle, mithin als Konsequenz einer dauernden, die eigene Identität prägenden und nach außen kundgegebenen Lebenshaltung erscheine. Der erkennende Senat wies aber darauf hin, daß diese auf erwachsene Asylbewerber zugeschnittene Regel nicht ohne weiteres auf solche minderjährigen Asylsuchenden übertragen werden könne, die im Zeitpunkt der Ausreise aus ihrem Heimatstaat zu jung waren, als daß von ihnen die Innehabung einer festen und nach außen erkennbar betätigten Überzeugung erwartet werden konnte. Offen blieb jedoch, ob eine politische Vortätigkeit bei diesem Personenkreis generell entbehrlich ist, weil im konkreten Fall die Betätigung einer dem jugendlichen Alter des Asylbewerbers entsprechenden politischen Überzeugung festgestellt werden konnte: Der Jugendliche hatte in Äthiopien als Bote, Propagandist und Informant der eritreischen Befreiungsbewegung gewirkt. Daß diese politische Vortätigkeit den Behörden des Heimatstaates bereits bekanntgeworden oder sogar schon den Charakter von Vorfluchtgründen erreicht haben müsse, könne jedenfalls nicht verlangt werden.

### 3. Inländische Fluchtalternative

45. Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinen Beschlüssen vom 10.7. und 10.11.1989<sup>78</sup> mit Bindungswirkung für alle Behörden und Gerichte (§31 BVerfGG) den Asylgegengrund der inländischen Fluchtalternative präzisiert. Im Urteil vom 15.5.1990 (9 C 17.89) (Nr.43) schloß sich das Bundesverwaltungsgericht den dortigen Klarstellungen an. Der nur

---

<sup>77</sup> Siehe Nr.33.

<sup>78</sup> BVerfGE 80, 315, und DVBl. 1990, 201, dargestellt bei Richter (Anm.3), 209f. [56, 57].

von regionaler politischer Verfolgung Betroffene sei erst dann nach Art.16 Abs.2 Satz 2 GG asylberechtigt, wenn er dadurch landesweit in eine ausweglose Lage versetzt werde. Dies sei der Fall, wenn er in anderen Teilen seines Heimatstaates eine zumutbare Fluchtalternative nicht finden könne. Eine solche inländische Fluchtalternative setze voraus, daß der Asylsuchende in den dafür in Betracht kommenden Gebieten vor politischer Verfolgung hinreichend sicher sei und ihm dort auch keine anderen Nachteile und Gefahren drohten, die nach ihrer Intensität und Schwere einer asylerheblichen Rechtsgutbeeinträchtigung aus politischen Gründen gleichkämen, sofern diese existenzielle Gefährdung am Herkunftsort so nicht bestünde.

In den Fällen türkischer Jeziden aus Südostanatolien sind regelmäßig die Großstädte der Westtürkei als inländische Fluchtalternative in Betracht zu ziehen. Ein Sonderproblem für diese religiöse Minderheit besteht freilich darin, daß Jeziden ihre Religion nur im Zusammenhalt ihrer Religionsfamilie wahren können. Eine Flucht aus ihrer angestammten Heimat in die Großstädte kann daher für sie die Preisgabe ihres religiösen Existenzminimums bedeuten. Dies würde dem Sinn des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG zuwiderlaufen. Ob dies auch für den konkreten Asylbewerber gilt, hängt nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts unter anderem davon ab, ob nach seinem in der Praxis gezeigten Verhalten im Widerstreit zwischen den religiösen Geboten zur Wahrung seiner Religionsfamilie einerseits und seinem Wunsch nach persönlicher Sicherheit und Freiheit andererseits ein weitgehender oder vollständiger, freiwilliger und faktischer Verzicht auf die Religionsgemeinschaft bzw. -familie im In- oder Ausland vorliegt. Die Verwaltungsgerichte sind zu einer entsprechenden Prüfung verpflichtet<sup>79</sup>.

#### 4. Anderweitiger Verfolgungsschutz

46. Negative Tatbestandsvoraussetzung für die Asylgewährung ist nach §2 AsylVfG auch der anderweitige Verfolgungsschutz in einem Drittstaat. Dazu traf das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 16.3.1990<sup>80</sup> folgende Klarstellungen: Art.16 Abs.2 Satz 2 GG gewährleiste uneingeschränkt Schutz und Zuflucht jedem politisch Verfolgten, der

<sup>79</sup> Andernfalls verletzt das verwaltungsgerichtliche Urteil Art.16 Abs.2 Satz 2 GG (Beispiel: BVerfG, Kammerbeschluß vom 22.5.1990 – 2 BvR 1487/89 u.a. – InfAuslR 1990, 282).

<sup>80</sup> Siehe bereits oben Nr.40.

im Zustand der Flucht in die Bundesrepublik Deutschland komme. Dieser Zustand ändere sich nicht dadurch, daß der Verfolgte einen anderen Staat, der ihm Sicherheit hätte bieten können, lediglich als Fluchtweg benutze. Demgemäß finde §2 AsylVfG nur Anwendung, wenn die Flucht im Drittstaat ihr Ende gefunden habe und deshalb kein Zusammenhang mehr bestehe zwischen dem Verlassen des Heimatstaates und der Einreise ins Bundesgebiet. Solange dieser Zusammenhang gegeben sei, genieße der politisch Verfolgte ungeachtet eines Zwischenaufenthalts in einem anderen, objektiv sicheren Land in der Bundesrepublik Asylrecht. Ob ein Zwischenaufenthalt in diesem Sinne unschädlich sei, könne aber nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Flüchtling bereits beim Aufbruch aus seinem Heimatstaat bzw. sogleich bei seiner Ankunft im Drittstaat den Willen habe, dort nicht zu bleiben. Auch derjenige, der zunächst nur »Hals über Kopf« aus dem Verfolgerstaat fliehe mit dem einzigen Ziel, irgendein sicheres Nachbarland zu erreichen, könne nachträglich noch den Willen bilden, dieses nur als Transitland zu benutzen. Wenn er sich schnell und ohne Umschweife zur Weiterreise entschlöße, so daß sein Aufenthalt dort seinem äußeren Erscheinungsbild nach keinen stationären Charakter angenommen habe, könne er durchaus noch im Zustand der Flucht in die Bundesrepublik gelangen. Für die Prüfung, ob sein Aufenthalt in dem Drittstaat seinem Willen entsprechend oder auch entgegen seinen Vorstellungen objektiv stationären Charakter angenommen habe, gälten insbesondere folgende Kriterien: Existenzgründungsversuche, Wohnraumbeschaffung auf Dauer und Länge des Aufenthalts.

#### 5. Erlöschen der Anerkennung

47. Ein als Asylberechtigter anerkannter Türke hatte seinen türkischen Nationalpaß beim türkischen Generalkonsulat zweimal verlängern lassen und schließlich dort auch die Ehe mit einer Türkin geschlossen. Jedenfalls im Hinblick auf die Eheschließung sah das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen im – nicht rechtskräftigen – Urteil vom 6.3.1990 (18 A 10060/88 – StAZ 1991, 48) seine Anerkennung als Asylberechtigter als erloschen an. Gemäß §15 Abs.1 Nr.1 AsylVfG erlösche die Anerkennung, wenn der Ausländer sich freiwillig oder durch Annahme oder Erneuerung eines Nationalpasses erneut dem Schutz des Staates unterstelle, dessen Staatsangehörigkeit er besitze. Diese Vorschrift entspreche Art.1 C Nr.1 GK, abgesehen davon, daß die Annahme oder Erneuerung eines Nationalpasses ausdrücklich als Fall der Unterstellung unter den Schutz des Heimatstaates bezeichnet werde.

Nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts geschieht die Unterstellung unter den Schutz des Heimatstaates freiwillig, wenn sie aufgrund eigener Willenserklärung vorgenommen wird, ohne daß Umstände dazu zwingen, die im konkreten Fall einer begründeten Furcht für Leben oder Freiheit vergleichbar sind. Sich unter den Schutz des Heimatlandes stellen bedeute, sich von seiner Auslandsvertretung tatsächlich Vorteile gewähren zu lassen. Bei Erfüllung dieser Voraussetzungen gebe der Ausländer zu erkennen, daß er von seinem Heimatstaat keine Verfolgung mehr befürchte. §15 Abs.1 Nr.1 AsylVfG sei nicht gegen seinen eindeutigen Wortlaut dahin auszulegen, daß die Asylanerkennung nur dann erlöschen könnte, wenn zur Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift hinzukomme, daß auch die objektive Verfolgungssituation des Ausländers nicht mehr bestehe. Eine solche Auslegung sei auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geboten. Zwar sichere Art.16 Abs.2 Satz 2 GG nicht nur materiell das Asylrecht des politisch Verfolgten, sondern habe auch verfahrensrechtliche Bedeutung. Das Verfahrensrecht müsse grundrechtskonform angewendet werden, weil anders die materielle Asylrechtsverbürgung nicht in Anspruch genommen werden könne. §15 Abs.1 Nr.1 AsylVfG in seiner vorliegend vertretenen Auslegung entspreche jedoch den Anforderungen des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG. Wenn der Ausländer nämlich der Ansicht sein sollte, ihm stehe trotz des eingetretenen Erlöschens seiner Anerkennung als Asylberechtigter weiterhin ein materieller Asylanspruch zu, bleibe es ihm unbenommen, einen neuen Asylantrag zu stellen.

#### 6. Rechtsstellung der Flüchtlinge

48. Im Prozeßkostenhilfverfahren verneinte das Oberverwaltungsgericht Hamburg die Erfolgsaussicht der Klage eines minderjährigen Pakistani, der im pakistanischen Nationalpaß seines Vaters eingetragen war, aber erreichen wollte, in den Reiseausweis für Flüchtlinge eingetragen zu werden, den seine Mutter als anerkannte Asylberechtigte besaß (Beschluß vom 10.12.1990 – Bs IV 416/90 – FamRZ 1991, 938). Auf diesen Reiseausweis finden nach Art.28 Abs.1 Satz 1 Halbsatz 2 GK die Bestimmungen des Anhangs zur GK Anwendung. §2 des Anhangs besagt, daß – vorbehaltlich der Vorschriften des Ausstellungslandes – die Kinder u.a. auf dem Ausweis eines der Elternteile aufgeführt werden. Das Oberverwaltungsgericht Hamburg hielt für fraglich, ließ aber dahinstehen, ob die GK oder die Bestimmungen des Anhangs für Personen, die – wie der Kläger – nicht Flüchtlinge seien, Regelungen enthalte und Rechte be-

gründe. Zweifelhaft sei insbesondere, ob die GK Kindern von Flüchtlingen, die nicht selbst den Flüchtlingsstatus innehätten, einen Anspruch vermitteln könne, in den Reiseausweis eines Flüchtlings eingetragen zu werden. Jedenfalls stehe die Eintragung im Ermessen der Behörde, die davon fehlerfrei Gebrauch gemacht habe. Für die begehrte, aber abgelehnte Eintragung habe nämlich kein Bedürfnis bestanden. Wie mit der Erteilung eines Fremdenpasses könne auch mit der Erteilung eines deutschen Reiseausweises oder mit der Eintragung von Kindern in einen solchen Ausweis die Personalhoheit eines anderen Staates berührt werden, indem die durch den Reiseausweis Begünstigten der Paßhoheit ihres Heimatlandes entzogen würden. Dies finde für anerkannte Asylberechtigte und andere Flüchtlinge seine Rechtfertigung in den Regelungen der GK. Deren Kinder, die nicht selbst Flüchtlingsstatus genossen, unterlägen grundsätzlich weiterhin der Personalhoheit ihres Heimatstaates. Für sie könnten zudem bei Reisen in Drittländer andere Einreiseregulungen gelten als für Personen, die den Flüchtlingsstatus der GK besäßen. Von daher dürfte es nach Ansicht des Senats grundsätzlich geboten sein, alles zu vermeiden, was zu unklaren Verhältnissen über die Staatsangehörigkeit und den Status führen könne. Derartige Unklarheiten könnten aber entstehen, wenn sich ein pakistanischer Staatsangehöriger ohne Flüchtlingsstatus bei Reisen in Drittländer durch den Flüchtlingsausweis der GK ausweise, auch wenn sich der Eintragung eines Kindes in einen solchen Ausweis nicht unmittelbar die Aussage entnehmen lasse, dieses sei selbst Flüchtling.

49. Obwohl der Asylantrag eines polnischen Staatsangehörigen bestandskräftig abgelehnt worden war, erhielt dieser eine befristete Aufenthaltserlaubnis. Nachdem er in der Folgezeit mehrfach zu Freiheitsstrafen verurteilt worden war, wies die Ausländerbehörde ihn aus, lehnte seinen Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ab und drohte ihm mit der Entlassung aus der Strafhaft die Abschiebung an. Daraufhin beantragte der Pole ausdrücklich nicht Asyl<sup>81</sup>, sondern die Zuerkennung des Status eines politischen Flüchtlings nach der GK; zur Begründung wiederholte er im wesentlichen den Vortrag, den er auch seinem früheren Asylbegehren zugrundegelegt hatte. Zugleich suchte er um einstweiligen Rechtsschutz gegen die aufenthaltsbeendenden Maßnahmen nach, weil er seiner Ansicht nach bis zur Entscheidung über seinen Antrag auf Zuerkennung des Flüchtlingsstatus nach der GK ein Bleiberecht habe. Sein Antrag nach §80 Abs.5 VwGO blieb erfolglos. Das Verwaltungsgericht

---

<sup>81</sup> Ein Asylfolgeantrag wäre nach Maßgabe des §14 AsylVfG unbeachtlich gewesen.

Hannover – Kammern Hildesheim legte im Beschluß vom 14.3.1990 (1 B 312/89.Hi – NVwZ-RR 1990, 651) dar, für den Antragsteller ergebe sich kein Bleiberecht aus einer analogen Anwendung des §19 Abs.1 AsylVfG. Da die GK keine Vorgaben für ein Verfahren zur Anerkennung als Flüchtling enthalte, könnten die Vertragsstaaten nach eigenen Verfahrensvorstellungen prüfen, ob und inwieweit die Anerkennungsvoraussetzungen gegeben seien. In der Bundesrepublik Deutschland sei das Anerkennungsverfahren im wesentlichen mit dem des Asylverfahrensgesetzes identisch. Dies schließe nicht aus, daß die zuständige Behörde in besonderen Fällen, in denen eine Anerkennung als Asylberechtigter wegen Unterscheidungen in Einzelheiten zwischen den Begriffen des politisch Verfolgten im Sinne von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG und des Flüchtlings im Sinne von Art.1 GK eine Prüfung vorzunehmen habe, ob der abgelehnte Asylbewerber Flüchtling im Sinne der GK sei. Da die Berufung auf den Flüchtlingsstatus im Gegensatz zur Berufung auf die Eigenschaft als politisch Verfolgter jedoch nur einen einfachgesetzlichen Hintergrund habe, sei dem Antragsteller nach der GK von vornherein nicht der gleiche Rechtsstatus wie einem Asylbewerber zuzuerkennen. Ausreichender Rechtsschutz sei dem Antragsteller als angeblichem Konventionsflüchtling dadurch gewährleistet, daß im Rahmen der Abschiebungsanordnung oder -androhung Art.33 GK/§14 Abs.1 Satz 1 AuslG 1965 berücksichtigt werden müßten. Nach Auffassung der Kammer stand der Abschiebung des Antragstellers nichts entgegen, auch wenn man die Flüchtlingseigenschaft des Antragstellers unterstellte. Aufgrund der aktuellen Lage in Polen sei eine Bedrohung des Lebens und der Freiheit des Antragstellers wegen eines asylherheblichen Merkmals nicht festzustellen.

Die Beschwerde des Antragstellers gegen diese Entscheidung wurde vom Oberverwaltungsgericht Lüneburg mit Beschluß vom 29.5.1990 (22 M 567/90) ohne weitergehende Begründung zurückgewiesen (Art.2 §7 Abs.1 EntlG<sup>82</sup>).

### *VIII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe*

50. Die Botschaft der USA ersuchte in einer dem Auswärtigen Amt übermittelten Note um die Auslieferung des Verfolgten wegen Straftaten, die ihm durch eine Anklagejury in den USA zur Last gelegt wurden. Derselbe Tatvorwurf war in der Bundesrepublik Deutschland Gegenstand eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens gewesen, das aber

<sup>82</sup> Vgl. nunmehr §122 Abs.2 Satz 3 VwGO.

mangels hinreichenden Tatverdachts gemäß §170 Abs.2 StPO eingestellt worden war. Das Oberlandesgericht Karlsruhe erklärte in einem Beschluß vom 15.1.1990 (1 AK 26/89 – Die Justiz 1990, 404 = MDR 1990, 571 = NJW 1990, 1431 = NStZ 1990, 241) die Auslieferung mangels hinreichenden Tatverdachts für unzulässig. Die Einstellung des staatsanwalt-schaftlichen Ermittlungsverfahrens als solche begründe unter dem Gesichtspunkt *ne bis in idem* kein Auslieferungshindernis<sup>83</sup>. Anders als im Anwendungsbereich des Art.9 Satz 2 des Europäischen Auslieferungs-übereinkommens<sup>84</sup> räume diese Einstellung der Bewilligungsbehörde auch nicht das Ermessen ein, die Auslieferung zu verweigern<sup>85</sup>. Die Ein-stellungsverfügung der Staatsanwaltschaft eröffne dem erkennenden Senat jedoch die Möglichkeit einer Prüfung, ob der Verfolgte der ihm angela-steten Straftat hinreichend verdächtig erscheine. Eine Überprüfung des Tat- und Schuldverdachts finde zwar im Auslieferungsverfahren in aller Regel nicht statt, auch nicht im Auslieferungsverkehr mit den Staaten des anglo-amerikanischen Rechtskreises, die eine materielle Vorprüfung im Sinne eines *prima facie*-Beweises kennen. Nach §10 Abs.2 IRG sei sie jedoch unter besonderen Umständen statthaft. Als besonderen Umstand sah das Oberlandesgericht die Einstellung an. Sie begründe Zweifel an einem hinreichenden Tatverdacht gegen den Verfolgten. Ihre ausliefe-rungsvertragliche Grundlage finde die Tatverdachtsprüfung in Art.14 Abs.3 Buchst.a), der ihre Zulässigkeit stillschweigend voraussetze. Die Vertragsbestimmung qualifiziere nämlich die dem Auslieferungssuchen in einer Strafsache zusätzlich beizufügenden Unterlagen. Diese müßten eine gerichtliche Prüfung des Auslieferungsfalls nach US-amerikanischen Maßstäben zulassen (damit werde die Statthaftigkeit des *prima facie*-Be-weises vorausgesetzt) und andererseits eine Prüfung nach dem deutschen Maßstab des hinreichenden Tatverdachts gestatten.

51. Das Oberlandesgericht Stuttgart befaßte sich in einem Beschluß vom 12.9.1989 (4 VAs 9/89 – NJW 1990, 3100) mit Zuständigkeitsfragen in bezug auf die internationale Vollstreckungshilfe in Strafsachen. Es ging um einen in der Bundesrepublik Deutschland zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verurteilten Türken, der erfolglos beantragt hatte, daß seine Reststrafe in der Türkei vollstreckt werde. Der erkennende Senat meinte, nach §74 Abs.1 Satz 1 IRG sei allein der Bundesminister der Justiz im

---

<sup>83</sup> Vgl. Art.8 des Auslieferungsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 20.6.1978 (BGBl. 1980 II, 647).

<sup>84</sup> Vom 13.12.1957 (BGBl. 1964 II, 1371).

<sup>85</sup> Vgl. Art.10 Abs.1 und 2 des Auslieferungsvertrags.

Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt berufen, durch einen nicht anfechtbaren Akt der auswärtigen Gewalt (Art.32 Abs.1 GG) über die Stellung eines Vollstreckungshilfeersuchens an einen ausländischen Staat zu entscheiden. Die am 22.11.1983 zwischen Bundesregierung und Landesregierungen geschlossene Vereinbarung über die Zuständigkeit für den Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten<sup>86</sup> habe für den vorliegenden Fall keine Zuständigkeitsänderung mit sich gebracht. Darin habe die Bundesregierung den Landesregierungen die Zuständigkeit zur Stellung von Vollstreckungshilfeersuchen nur insoweit übertragen, als diese auf einer völkerrechtlichen Übereinkunft beruhten, die den Geschäftsweg zwischen einer Behörde des ausländischen Staates und der Landesregierung vorsehe. Bislang gebe es jedoch keine entsprechende deutsch-türkische Übereinkunft. Aus der deutsch-türkischen Vereinbarung vom 11./12.10.1983 könne der Antragsteller auch kein Recht ableiten, daß seine Restfreiheitsstrafe in der Türkei vollstreckt werde. Ihr Sinn sei nicht der Schutz des Verurteilten vor einer Strafvollstreckung im für ihn fremden Staat; vielmehr sollte für die Staaten die Möglichkeit geschaffen werden, gegen Ausländer verhängte Freiheitsstrafen im Heimatstaat vollstrecken zu lassen. Nach Nr.1 Satz 2 des deutsch-türkischen Protokolls bestehe für beide Staaten keine Verpflichtung zur Stellung von Vollstreckungshilfeersuchen. Da demnach selbst die Vertragsparteien gegeneinander keine diesbezüglichen Rechte begründet hätten, könne der Antragsteller aus dem Protokoll erst recht keinen Anspruch ableiten, daß die deutschen Behörden auf die Vollstreckung seiner Freiheitsstrafe in der Türkei hinwirkten.

### *IX. Internationaler Menschenrechtsschutz*

#### 1. Europäische Menschenrechtskonvention

##### *a) Art.3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis*

52. Mit Beschluß vom 28.5.1990 (1 B 84.90 – InfAuslR 1990, 298) wies das Bundesverwaltungsgericht eine auf grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§132 Abs.2 Nr.1 VwGO) gestützte, Art.3 EMRK in Bezug nehmende Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in einem Ausweisungsfall zurück. Mit der Rüge, die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts werde einem Ausspruch des Bundesverfassungsgerichts

<sup>86</sup> Bundesanzeiger Nr.222 (29.11.1983), 12593.



zur EMRK<sup>87</sup> nicht gerecht, könne die Grundsätzlichkeit einer Rechtssache nicht dargetan werden. Es sei in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch bereits geklärt, daß bei der Ausübung des Ausweisungsermessens (§10 Abs.1 Nr.2 AuslG 1965) die dem Ausländer in seinem Heimatstaat drohenden Nachteile insbesondere für Freiheit, Leib und Leben in den Abwägungsvorgang einzubeziehen seien, namentlich die Gefahr einer erneuten Bestrafung bis hin zur Todesstrafe<sup>88</sup>. Dies setze indes voraus, daß für derartige Gefahren konkrete und ernsthafte Anhaltspunkte bestünden. Für die Abschiebungsandrohung gelte im Ergebnis nichts anderes. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei anerkannt, daß die Abschiebung nicht in ein Land erfolgen dürfe, in dem der Ausländer eine unmenschliche Behandlung wie Folter zu erwarten habe. Freilich müsse die unmenschliche Behandlung drohen, d.h. sie müsse jedenfalls aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte ernsthaft zu befürchten sein.

*b) Voraussetzungen der Freiheitsentziehung (Art.5 Abs.1 EMRK)*

53. Auf mehrere Popularklagen nach Art.98 Satz 4 der Bayerischen Verfassung hin mußte der Bayerische Verfassungsgerichtshof beurteilen, ob Regelungen des Polizeiaufgabengesetzes<sup>89</sup> über Voraussetzungen und Dauer von Freiheitsentziehungen, vor allem des sogenannten Unterbindungsgewahrsams, gegen Normen der Bayerischen Verfassung verstießen. In einer Entscheidung vom 2.8.1990 (Vf.3-VII-89 u.a. – BayVBl. 1990, 654 ff. und 685 ff., hier: 658 f.) verneinte der Gerichtshof diese Frage. Dabei behandelte er auch die Vereinbarkeit der landesgesetzlichen Regelung mit Art.5 EMRK. Nach Art.16 Abs.1 Nr.2 PAG kann die Polizei eine Person unter anderem in Gewahrsam nehmen, wenn das unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern. Aufgrund richterlicher Entscheidung darf der Gewahrsam bis zu zwei Wochen dauern (Art.19 Nr.3 PAG). Nach Ansicht des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs verstößt die Möglichkeit eines Gewahrsams auch zur Verhütung von Ordnungswidrigkeiten von

---

<sup>87</sup> Beschluß vom 20.12.1989 (2 BvR 958/86 – NVwZ 1990, 453), dargestellt bei Richter (Anm.3), 203 [35].

<sup>88</sup> Vgl. jetzt enger §§45 Abs.2 Nr.3, 55 Abs.2, 53 Abs.6 AuslG 1990.

<sup>89</sup> Vom 24.8.1978 (GVBl., 561) in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 23.3.1989 (GVBl., 79).

erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit nicht gegen Art.5 Abs.1 der als Bundesrecht geltenden EMRK. Nach Art.5 Abs.1 Satz 2 Buchst.c EMRK sei eine Freiheitsentziehung unter anderem nur dann zulässig, wenn begründeter Anlaß zu der Annahme bestehe, daß sie notwendig sei, um den Betroffenen an der Begehung einer strafbaren Handlung zu hindern. Der Verfassungsgerichtshof habe nicht verbindlich zu entscheiden, ob diese Bestimmung des Bundesrechts dahin auszulegen sei, daß auch Ordnungswidrigkeiten unter den Begriff der strafbaren Handlung fielen<sup>90</sup>. Jedenfalls lasse sich nicht eindeutig feststellen, daß nur die mit Kriminalstrafe bedrohten Handlungen von Art.5 Abs.1 Satz 2 Buchst.c EMRK erfaßt seien. Es könne kaum angenommen werden, die Vertragsstaaten hätten sich so weit binden wollen, daß präventiv-polizeilicher Gewahrsam in einem Staat ausgeschlossen sein sollte, der das zu verhindernde Unrecht nur unter die Sanktion einer Geldbuße stelle; diese Einordnung könne in den einzelnen Staaten für dasselbe Unrecht unterschiedlich sein.

Die Auffassung, präventiv-polizeilicher Gewahrsam sei bundesrechtlich zur Verhinderung von Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit nicht verboten, kann nach Überzeugung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs im übrigen auf Art.5 Abs.1 Satz 2 Buchst.b EMRK gestützt werden. Danach sei eine Freiheitsentziehung unter anderem zulässig, wenn durch sie die Erfüllung einer gesetzlich vorgeschriebenen Verpflichtung erzwungen werden solle. Darunter könne auch die Verpflichtung verstanden werden, Störungen im Sinne des Rechts der Gefahrenabwehr zu unterlassen. Auch für diese Alternative des Art.5 EMRK sei wohl nicht anzunehmen, die Vertragsstaaten hätten den herkömmlichen Polizeigewahrsam ausschließen oder einschränken wollen.

*c) Recht auf ein faires Verfahren (Art.6 Abs.1 und Abs.3 Buchst.d EMRK)*

54. Die Zulässigkeit der Vernehmung von Verhörspersonen vom Standpunkt der EMRK war Gegenstand des Revisionsurteils des Bundesgerichtshofs vom 20.11.1990 (1 StR 562/90 – MDR 1991, 271 = NJW 1991, 646 = NStZ 1991, 194<sup>91</sup>). Der Angeklagte war wegen Betäubungs-

<sup>90</sup> Verneinend A. Blankenagel, Verlängerung des polizeilichen Unterbindungsgewahrsams in Bayern, DÖV 1989, 689 (697); R. Jahn, Das zweite Gesetz zur Änderung des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes, DVBl. 1989, 1038 (1043).

<sup>91</sup> Dazu BVerfG, Kammerbeschluß vom 11.4.1991 (2 BvR 196/91), StrVert 1991, 449.

mitteldelikten verurteilt worden. Dabei verwertete das Tatgericht die in der Hauptverhandlung gemachten Aussagen von polizeilichen Verhörs-personen über das, was diesen von den anonym gebliebenen verdeckten polizeilichen Ermittlern berichtet worden war, die in unmittelbarem Kontakt mit dem Angeklagten gestanden hatten. Darin lag nach Ansicht des Bundesgerichtshofs kein Verstoß gegen Art.6 Abs.3 Buchst.d EMRK, der dem Angeklagten das Recht garantiere, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen. Aus dem Urteil des EGMR im Falle *Kostovski*<sup>92</sup> ergebe sich nichts Gegenteiliges. Der Angeklagte habe hier das Recht gehabt, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen, denn Belastungszeugen seien die Verhörs-personen gewesen. Ferner sei es dem Angeklagten vom Tatgericht nicht verwehrt worden, an die verdeckten Ermittler Fragen stellen zu lassen<sup>93</sup>. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob es sich bei den verdeckten Ermittlern – etwa im Unterschied zu den anonymen Informanten in dem vom EGMR entschiedenen Fall – überhaupt um Zeugen im Sinne des Art.6 Abs.3 Buchst.d EMRK gehandelt habe.

Der Bundesgerichtshof verkannte nicht, daß Art.6 Abs.3 Buchst.d EMRK dem Angeklagten das weitere Recht garantiert, die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu erwirken. Als Entlastungszeugen seien hier die verdeckten Ermittler in Betracht gekommen. Der Angeklagte habe jedoch in der Hauptverhandlung keinen Antrag auf Vernehmung der anonymen Ermittler gestellt. Der vergebliche Versuch, die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen zu erwirken, sei Voraussetzung für eine Verletzung des in Art.6 Abs.3 Buchst.d EMRK gewährten Rechts.

Die Verfahrensweise des Tatgerichts konnte als Ganzes betrachtet nach Auffassung des Bundesgerichtshof auch nicht unter dem Gesichtspunkt des *fair trial*-Grundsatzes (Art.6 Abs.1 EMRK) beanstandet werden. Zwar habe der EGMR in der *Kostovski*-Entscheidung ausgeführt, grundsätzlich müßten alle Beweise in Gegenwart des Angeklagten in öffentlicher Verhandlung in Blickrichtung auf eine kontradiktorische Argumentation erhoben werden. Damit sei jedoch die Verwertung von anonymen Zeugenaussagen nicht allgemein für unzulässig erklärt worden, sondern nur dann, wenn die Verteidigungsrechte des Angeklagten nicht gewahrt würden. Davon könne hier keine Rede sein. In der Regel verlangten diese Rechte nach Ansicht des EGMR, daß der Angeklagte eine angemessene

---

<sup>92</sup> Urteil vom 20.11.1989, StrVert 1990, 481.

<sup>93</sup> Vgl. jedoch EGMR, Urteil vom 27.9.1990, StrVert 1991, 193 (*Windisch*).

und geeignete Gelegenheit erhalte, die Glaubwürdigkeit eines gegen ihn aussagenden Zeugen überhaupt in Frage zu stellen und ihn zu befragen. Diese Rechte habe der EGMR aufgrund der besonderen Umstände des Falles als nicht gewahrt angesehen. Im Gegensatz zu dort seien die Informanten hier Polizeibeamte gewesen, die als verdeckte Ermittler ihr unmittelbares Wissen von den Tatvorgängen in dienstlicher Eigenschaft und in dienstlichem Auftrag gewonnen hätten. Bei ihnen bestehe schon allgemein eine wesentlich größere Gewähr für die Zuverlässigkeit ihrer Angaben als bei sonstigen Informanten. Außerdem hätten Behörden verschiedener Staaten mit Hilfe verdeckter Ermittler zusammengewirkt, die in ständiger Absprache mit ihren Dienststellen tätig gewesen seien.

55. Der Kläger, ein ausländischer Staatsangehöriger, rügte mit seiner Nichtzulassungsbeschwerde (§133 VwGO), daß das Oberverwaltungsgericht gemäß Art.2 §5 Abs.1 Satz 1 EntlG<sup>94</sup> ohne mündliche Verhandlung über seine Berufung in einer Ausweisungssache entschieden habe. Der Kläger hatte das Oberverwaltungsgericht darauf hingewiesen, daß in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht kein Dolmetscher zugezogen worden sei, obwohl seine Deutschkenntnisse für die umfangreiche Verhandlung nicht ausgereicht hätten. Seiner Ansicht nach durfte das Oberverwaltungsgericht deswegen seinerseits nicht ohne mündliche Verhandlung in Anwesenheit eines Dolmetschers entscheiden. Das Bundesverwaltungsgericht verwarf die Beschwerde mit Beschluß vom 11.9.1990 (1 CB 6/90 – NJW 1990, 3102) als unzulässig, weil nicht hinreichend dargelegt worden sei, daß die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe bzw. ein Verfahrensmangel vorliege. Die vom Kläger aufgeworfene Frage, ob Art.2 §5 Abs.1 Satz 1 EntlG mit Art.6 Abs.1 EMRK vereinbar sei, gebe der Sache keine grundsätzliche Bedeutung. Art.6 Abs.1 EMRK begründe keinen Anspruch auf ein zusätzliches zweitinstanzliches Verfahren mit öffentlicher (mündlicher) Verhandlung<sup>95</sup>. Die Regelung des Art.2 §5 Abs.1 EntlG stehe unter dem Vorbehalt, daß dem Betroffenen ein Verfahren mit mündlicher Verhandlung im ersten Rechtszug gewährleistet sei. Daher sei in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, daß die Vorschrift Art.6 EMRK nicht widerspreche. Es bedürfe demnach keiner Erörterung, ob Art.6 EMRK auf Verwaltungsstreitsachen der vorliegenden Art überhaupt anwendbar sei.

Auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs hatte der Kläger nach Ansicht des Senats nicht hinreichend dargetan. Der Umstand, daß an der

<sup>94</sup> Jetzt §130a VwGO.

<sup>95</sup> Vgl. aber EGMR, EuGRZ 1991, 415 und 419.

erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung kein Dolmetscher teilnahm, habe das Berufungsgericht nicht verpflichtet, seinerseits mündlich zu verhandeln. Der Mitwirkung eines Dolmetschers bedürfe es nicht, wenn ein Beteiligter die deutsche Sprache zwar nicht beherrsche, sie aber wie der Kläger in einem Maße spreche und verstehe, das die Verständigung mit ihm in der mündlichen Verhandlung ermögliche<sup>96</sup>.

*d) Verfahrensdauer (Art.6 Abs.1 EMRK)*

56. Die Revisionsführer waren wegen ihrer Beteiligung an der Veröffentlichung von Zeitschriftenbeiträgen verurteilt worden, in denen die Vorinstanz unter anderem eine Werbung für eine terroristische Vereinigung gesehen hatte. Der Bundesgerichtshof hob mit Beschluß vom 20.2.1990 (3 StR 278/89 – NJW 1990, 2828) die Verurteilung auf und verwies die Sache zurück. Für die neue Hauptverhandlung gab der Senat dabei folgenden Hinweis: Der zwischendurch eingetretene Stillstand des Verfahrens wegen der Immunität der Angeklagten infolge ihrer Wahl zu Mitgliedern des Europäischen Parlaments<sup>97</sup> habe weder zu einem Verfahrenshindernis geführt, noch komme ihm eine das Strafbedürfnis aufhebende Bedeutung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zu<sup>98</sup>. Diese Rechtsprechung betreffe nur Zeiträume der Verfahrensverzögerung, während derer die Strafverfolgungsbehörden und die Strafgerichte nach Art.6 Abs.1 EMRK verpflichtet waren, den Abschluß des Verfahrens angemessen zu fördern. Das Beschleunigungsverbot sei nicht verletzt, wenn die Strafverfolgung von Gesetzes wegen – hier: wegen der vom Parlament verweigerten Aufhebung der Immunität der Angeklagten<sup>99</sup> – nicht habe fortgesetzt werden können. Der lange Zeitraum zwischen Tatbegehung und Aburteilung komme daher nur als allgemeiner Strafmilderungsgrund in Betracht.

---

<sup>96</sup> Vgl. auch BVerwG, Beschluß vom 5.2.1990 (9 B 506/89 – NJW 1990, 3103): Ein der deutschen Sprache nicht mächtiger Ausländer handelt nicht ohne Verschulden, wenn er bewußt entgegen der von ihm verstandenen Rechtsmittelbelehrung eine Klageschrift in einer fremden Sprache einreicht.

<sup>97</sup> Vgl. Art.4 Abs.2 des Aktes zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten der Versammlung vom 20.9.1976 (BGBl. 1977 II, 735) in Verbindung mit Art.10 des Protokolls über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Gemeinschaften vom 8.4.1965 (BGBl. 1965 II, 1482) sowie Art.46 Abs.2 GG.

<sup>98</sup> BGHSt 35, 137; NJW 1990, 1000 (dazu Richter [Anm.3], 214 [65]).

<sup>99</sup> Vgl. Art.5 der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments in der Fassung vom 26.3.1981.

*e) Unschuldsvermutung (Art.6 Abs.2 EMRK)*

57. Das Bundesverfassungsgericht entschied mit Beschluß vom 29.5.1990 (2 BvR 254/88 und 1343/88 – BVerfGE 82, 106 = EuGRZ 1990, 329 = NJW 1990, 2741 = NStZ 1990, 598 mit ablehnender Anm. von R. Paulus) über die Auswirkungen der Unschuldsvermutung auf die Einstellungs- und Auslagenentscheidung sowie deren Begründung, wenn ein Strafverfahren nach Anklageerhebung wegen Geringfügigkeit eingestellt wird (§153 Abs.2, §467 Abs.1 und 4 StPO). Gegen die Beschwerdeführerin zu 1) wurde ein Strafverfahren gemäß §153 Abs.2 StPO eingestellt; die Verfahrenskosten wurden der Staatskasse auferlegt, nicht jedoch die Auslagen der Bf., weil ihre Schuld in hohem Maße wahrscheinlich sei. In dem ansonsten gleichgelagerten Fall der Beschwerdeführerin zu 2) wurde die Entscheidung des Gerichts, der Staatskasse die Auslagen der Beschwerdeführerin nicht aufzuerlegen, damit begründet, daß nach den bisherigen Feststellungen die schuldhaftige Begehung einer Straftat vorliege. In beiden Fällen war eine Hauptverhandlung bis zur Schuldspruchreife, d.h. bis zum letzten Wort der Angeklagten, nicht durchgeführt worden.

Das Bundesverfassungsgericht erkannte nur im zweiten Fall eine Verletzung der Unschuldsvermutung. Diese sei eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips und habe damit Verfassungsrang. Sie sei auch kraft Art.6 Abs.2 EMRK Bestandteil des positiven Rechts der Bundesrepublik Deutschland im Range eines Bundesgesetzes. Die Unschuldsvermutung schütze zwar den Beschuldigten vor Nachteilen, die Schuldpruch und Strafe gleichkämen<sup>100</sup>, denen aber kein rechtsstaatliches prozeßordnungsgemäßes Verfahren zur Schuldfeststellung und Strafbemessung vorausgegangen sei. Sie verwehre es den Strafverfolgungsorganen jedoch nicht, schon vor Abschluß der Hauptverhandlung verfahrensbezogen den Grad des Verdachts einer strafbaren Handlung zu beurteilen und damit Eingriffe in die Rechte des Beschuldigten zu begründen (vgl. Art.5 Abs.1 Buchst.c EMRK). Festlegungen zur Schuld zu treffen, Schuld auszusprechen und Strafe zuzumessen, sei den Strafgerichten aber erst erlaubt, wenn die Schuld des Angeklagten in dem mit rechtsstaatlichen Verteidigungsgarantien ausgestatteten, bis zum prozeßordnungsmäßigen Abschluß durchgeführten Strafverfahren nachgewiesen sei. Dazu müsse die Hauptverhandlung bis zur Schuldspruchreife durchgeführt worden sein. Schuldzuweisungen oder -feststellungen in einem Einstellungsbeschluß,

<sup>100</sup> Vgl. als Gegenbeispiel Hess. VGH, GewArch 1991, 28.

der in einem früheren Verfahrensstadium ergehe, seien unzulässig<sup>101</sup>. Die Unschuldsvermutung schließe nicht aus, in einer solchen Einstellungsentscheidung einen verbleibenden Tatverdacht festzustellen, zu bewerten und daraus kostenrechtliche Folgen abzuleiten. Sie verbiete es aber, gegen den Beschuldigten Maßnahmen zu verhängen, die in ihrer Wirkung einer Strafe oder strafähnlichen Sanktion gleichkämen, oder ihm Schuld zuzuweisen. Darauf sei auch bei der Formulierung der Begründung zu achten.

Das Bundesverfassungsgericht hielt die Vorschriften der Strafprozeßordnung über Einstellung wegen Geringfügigkeit und Auslagenersatz auch insoweit für vereinbar mit diesen Grundsätzen, als sie es zuließen, die Entscheidung über die Auslagererstattung nach §467 Abs.4 StPO auf Erwägungen zum Tatverdacht zu stützen. Die Versagung des Auslagenersatzes sei keine Strafe und auch keine strafähnliche Sanktion, denn die Gerichte lehnten es lediglich ab, die notwendigen Auslagen zu Lasten der Allgemeinheit zu erstatten. Das der Strafe innewohnende Unwerturteil sei mit der Versagung der Auslagererstattung nicht verbunden<sup>102</sup>. Auch der EGMR gehe davon aus, daß der Entscheidung, der Angeklagte habe seine notwendigen Auslagen selbst zu tragen, von vornherein der strafähnliche Charakter fehle<sup>103</sup>. Die eine negative Auslagererstattungsentscheidung tragende Feststellung eines Tatverdachts sei auch etwas substantiell anderes als eine Schuldfeststellung oder -zuweisung. Die Unschuldsvermutung sei erst dann verletzt, wenn das Gericht dem Angeschuldigten in den Gründen eines Einstellungsbeschlusses oder der damit verbundenen Auslagenentscheidung über Verdachtserwägungen hinaus strafrechtliche Schuld zuweise, ohne daß diese zuvor prozeßordnungsgemäß festgestellt worden sei. Ebendies war nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts im Falle der Beschwerdeführerin zu 2) geschehen, nicht aber im Falle der Beschwerdeführerin zu 1).

In seiner abweichenden Meinung warf Vizepräsident Mahrenholz dem Senat vor, er habe nicht überzeugend begründet, worin sich die Formulierungen in den beiden strafrichterlichen Begründungen unterschieden. Seines Erachtens war die Unschuldsvermutung in beiden Fällen verletzt. Diese verbiete auch die ohne gesetzlichen Schuldnachweis getroffene richterliche Feststellung, jemand sei höchstwahrscheinlich schuldig.

<sup>101</sup> Vgl. BVerfG, Kammerbeschluß vom 1.10.1990 (2 BvR 340/89), StrVert 1991, 114.

<sup>102</sup> Der Fall BVerfGE 74, 358, lag insoweit anders, als dort dem Beschwerdeführer die Kosten des Privatklageverfahrens und die notwendigen Auslagen des Prozeßgegners auferlegt worden waren. Wie dort EGMR, Urteil vom 25.3.1983 – *Minelli* (EuGRZ 1983, 475).

<sup>103</sup> EGMR, EuGRZ 1987, 399 (403 – *Lutz*); 405 (409 – *Englert*); 410 (414 – *Nölkensbockhoff*). Vgl. auch BVerfG, Kammerbeschluß vom 1.12.1991 (2 BvR 260/91).

Der Vizepräsident verwies dazu auf die *Minelli*-Entscheidung des EGMR und kritisierte, daß es seit der Neuorientierung des EGMR in den Fällen *Lutz* und *Nölkenbockhoff* unmöglich geworden sei, eine Linie zu finden.

58. Mit einer vergleichbaren Problematik hatte es das Oberlandesgericht Köln im Beschluß vom 30.10.1990 (2 Ws 528/90 – MDR 1991, 371 = NJW 1991, 506 = StrVert 1991, 115) zu tun. Der frühere Angeklagte in einem Verfahren unter anderem wegen Bestechlichkeit hatte im Ermittlungsverfahren eingeräumt, Zahlungen in erheblicher Höhe erhalten zu haben. An der nachfolgenden Hauptverhandlung nahm er bis 11.5.1988 teil, dann wurde er dauernd verhandlungsunfähig. Das Verfahren gegen ihn wurde schließlich gemäß §206a StPO eingestellt. Die Kosten des Verfahrens und die dem Angeklagten nach dem 11.5.1988 erwachsenen notwendigen Auslagen wurden vollständig der Staatskasse auferlegt; die zuvor entstandenen notwendigen Auslagen sollte er aber zu sieben Achteln selbst tragen. Dagegen richtete sich seine sofortige Beschwerde.

Grundlage für die teilweise belastende Auslagenentscheidung war §467 Abs.3 Satz 2 Nr.2 StPO. Danach kann das Gericht davon absehen, die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten der Staatskasse aufzuerlegen, wenn er wegen einer Straftat nur deshalb nicht verurteilt wird, weil ein Verfahrenshindernis besteht. Wie das Oberlandesgericht Köln darlegte, kann die Feststellung, daß allein ein bestimmtes Verfahrenshindernis die Verurteilung verhindert hat, in Konflikt mit der Unschuldsvermutung geraten, die verfassungsrechtlich als Teil des Rechtsstaatsprinzips und bundesgesetzlich durch Art.6 Abs.2 EMRK festgeschrieben ist. Allerdings gebe die Unschuldsvermutung dem Angeklagten kein Recht auf Rückerstattung seiner Auslagen, wenn das Verfahren gegen ihn eingestellt worden sei. Sie sei jedoch verletzt, wenn das Gericht in den Gründen des Einstellungsbeschlusses oder der damit verbundenen Auslagenentscheidung strafrechtliche Schuld zuweise, ohne daß diese zuvor prozeßordnungsmäßig festgestellt wurde. Durch eine solche Schuldfeststellung werde, auch wenn sie nur in den Gründen erfolge, der Angeklagte der Sache nach als schuldig behandelt und damit in seinen Grundrechten verletzt. Andererseits schließe es die Unschuldsvermutung nicht aus, in einer das Strafverfahren ohne förmlichen Schuldspruch beendenden Entscheidung eine Verdachtslage zu beschreiben und daraus Schuldwahrscheinlichkeitserwägungen abzuleiten. Dieser in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits früher vertretenen Auffassung habe sich nunmehr auch der EGMR<sup>104</sup> in Abweichung von früheren eigenen Ent-

<sup>104</sup> EuGRZ 1987, 405 (*Englert*).



scheidungen<sup>105</sup> und solchen der EKMR angeschlossen. Dabei werde zu Recht davon ausgegangen, daß die Erörterung von Verdachtsgründen und eine darauf gestützte Prognose über den mutmaßlichen Ausgang des Verfahrens noch keine Schuldfeststellung beinhalte. Für die konventions- und verfassungskonforme Anwendung des §467 Abs.3 Satz 2 Nr.2 StPO folge daraus, daß die Prüfung auf die Frage auszurichten sei, ob die vorliegenden Verdachtsgründe die Überzeugung vermittelten, daß ohne das Eintreten eines Verfahrenshindernisses eine Verurteilung annähernd sicher erfolgt wäre. Dieser Grad an Gewißheit werde regelmäßig nur dann erreicht sein, wenn der Beschuldigte ein Geständnis abgelegt habe, das in einer unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unbedenklichen Weise zustande gekommen sei und nach allen verfügbaren Erkenntnissen keinen Anlaß zu Zweifeln hinsichtlich seiner Glaubhaftigkeit biete<sup>106</sup>.

59. Derselbe Senat des Oberlandesgerichts Köln war auch aufgerufen, den Einfluß der Unschuldsvermutung auf einen Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung zu überprüfen; er stellte dazu ähnliche Erwägungen an wie in der vorangehend berichteten Entscheidung (Beschluß vom 16.10.1990 – 2 Ws 487/90 – MDR 1991, 367 = NJW 1991, 505). Der Verurteilte hatte wegen Handelns mit Betäubungsmitteln eine Freiheitsstrafe erhalten, deren Rest zur Bewährung ausgesetzt worden war. Während der Bewährungszeit wurde der Beschwerdeführer wegen einer gleichartigen Straftat angeklagt und in Untersuchungshaft genommen. Vor Abschluß dieses neuen Strafverfahrens wurde die Strafaussetzung zur Bewährung nach §56f Abs.1 Satz 1 Nr.1 StGB widerrufen. Die dagegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg.

Das Oberlandesgericht Köln wies darauf hin, daß es §56f Abs.1 Satz 1 Nr.1 StGB seinem Wortlaut nach ausreichen lasse, wenn schlicht festgestellt werde, daß der Verurteilte in der Bewährungszeit eine Straftat begangen habe. Teilweise werde allerdings gefordert, daß es in bezug auf die neuerliche Straftat zu einer rechtskräftigen Verurteilung gekommen sei. Erwägungen in diese Richtung seien in jüngster Zeit von einer gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Individualbeschwerde bei der EKMR angeregt worden, die nach Zulässigerklärung durch die Kommission im Wege einer gütlichen Regelung nach Art.28 Buchst.b EMRK er-

<sup>105</sup> EuGRZ 1982, 297 (*Adolf*); EuGRZ 1983, 475 (*Minelli*).

<sup>106</sup> Abweichender Ansatz aber in den beiden Kammerbeschlüssen des BVerfG vom 16.12.1991 (2 BvR 1590/89 und 1542/90).

ledigt worden sei<sup>107</sup>.

Das Oberlandesgericht schloß sich dennoch der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden und vom Bundesverfassungsgericht gebilligten Gegenauffassung an<sup>108</sup>. Nach dieser sei der Widerruf bereits vor rechtskräftiger Verurteilung möglich, wobei freilich hohe Anforderungen an die Überzeugungsbildung in bezug auf die Begehung einer neuen Straftat gestellt würden. Es werde verlangt, daß Täterschaft und Schuld bereits nach Aktenlage in einer jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Weise festgestellt werden könnten. Demzufolge sei in Fällen geringsten Zweifels der Eintritt der Rechtskraft des Schuldspruchs abzuwarten. Praktisch werde daher im allgemeinen ein Widerruf vor rechtskräftiger Aburteilung nur möglich sein, wenn der Verurteilte ein Geständnis abgelegt habe, das nach allen verfügbaren Erkenntnisquellen keinerlei Anlaß zu Zweifeln hinsichtlich seiner Glaubhaftigkeit biete. In einem solchen Fall sei die Unschuldsvermutung nicht verletzt, da sie nicht gebiete, einem überzeugenden Schuldbekennnis, das in einer unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unbedenklichen Weise zustande gekommen sei, die Anerkennung zu versagen.

60. Während das Oberlandesgericht Köln in der gerade referierten Entscheidung bei der herrschenden Auslegung zu §56f Abs.1 Satz 1 Nr.1 StGB blieb<sup>109</sup>, orientierten sich das Oberlandesgericht Celle und das Oberlandesgericht München um. In einem Beschluß vom 1.8.1990 (1 Ws 203/90 – MDR 1991, 76 = StrVert 1990, 504) befand das Oberlandesgericht Celle, die bisher herrschende, auch vom erkennenden Senat vertretene Meinung, nach der für den Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung geringere Voraussetzungen genügten als eine rechtskräftige Verurteilung wegen der neuen Straftat, könnten bei genauerer Prüfung vor dem Hintergrund des Art.6 Abs.2 EMRK nicht aufrechterhalten werden. Auch strenge Anforderungen an die Überzeugungsbildung des für den Widerruf zuständigen Richters könnten den »gesetzlichen Nachweis« der Schuld in bezug auf die Nachtat nicht ersetzen.

Dem schloß sich das Oberlandesgericht München im Beschluß vom 19.12.1990 (1 Ws 1137/90 – NJW 1991, 2302) an. Der Senat hatte bisher

---

<sup>107</sup> Beschwerde Nr.12748/87. Vgl. H. Ostendorf, Unschuldsvermutung und Bewährungswiderruf, StrVert 1990, 230. Vgl. auch EMRK, Entscheidung vom 9. 10. 1991 (Nr. 17664/91).

<sup>108</sup> BVerfG, Kammerbeschluß vom 14.8.1987, NJW 1988, 1715.

<sup>109</sup> Da die Entscheidung der Vorinstanz dort schon den weniger strengen Anforderungen der herrschenden Meinung nicht genügte, hätte sich das OLG Köln in dem Auslegungsstreit gar nicht festlegen müssen.

die Auffassung vertreten, daß die Widerrufsanklage noch nicht rechtskräftig abgeurteilt zu sein brauche, es vielmehr ausreiche, wenn ihre Begehung zur Überzeugung des Gerichts feststehe. Diese Rechtsauffassung hielt er im Hinblick auf die in Art.6 Abs.2 EMRK normierte Unschuldsvermutung nicht länger aufrecht.

f) *Dolmetscherkosten (Art.6 Abs.3 Buchst.e EMRK)*

61. Ein einschlägiger Beschluß des Landgerichts Heilbronn vom 2.3.1988 (3 Qs 680/87), der ein Nachspiel vor der EKMR hatte, wurde erst im Zusammenhang mit diesem publik (EuGRZ 1991, 185). In einem Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen den ausländischen Betroffenen, der der deutschen Sprache nicht mächtig war, hatte das Gericht einen Dolmetscher herangezogen. Die dadurch entstandenen Auslagen wurden dem Betroffenen nach seiner Verurteilung 1987 gemäß §11 GKG in Verbindung mit Nr.1904 des Kostenverzeichnisses zum Gerichtskostengesetz in seiner damals geltenden Fassung auferlegt. Seine Beschwerde dagegen blieb beim Landgericht Heilbronn erfolglos. Die Kammer verwies auf den Wortlaut des Art.6 Abs.3 Buchst.e EMRK, wonach jeder »Angeklagte« einen Anspruch auf kostenlose Beiziehung eines Dolmetschers habe, falls er der Gerichtssprache nicht mächtig sei. Daraus lasse sich aber ein entsprechender Anspruch des »Betroffenen« im Bußgeldverfahren nicht herleiten<sup>110</sup>. Dem stehe der eindeutige Wortlaut von Nr.1904 Satz 2 des Kostenverzeichnisses entgegen, der nur Dolmetscherkosten im Strafverfahren vom Kostenansatz ausnehme. Diese Ausnahmebestimmung sei 1980 im Hinblick auf eine Entscheidung des EGMR<sup>111</sup> eingefügt worden, nach der einem Angeklagten im echten Strafverfahren ein endgültiger Anspruch auf kostenlose Beiziehung eines Dolmetschers auch im Falle seiner Verurteilung zustehe. Der Gesetzgeber sei offensichtlich davon ausgegangen, daß Art.6 Abs.3 Buchst.e EMRK im Bußgeldverfahren nicht gelte. Obwohl der EGMR später im Fall *Öztürk*<sup>112</sup> Art.6 Abs.3 Buchst.e EMRK auch im Bußgeldverfahren für anwendbar gehalten habe, sei eine Anpassung der Nr.1904 bisher unterblieben.

An einer Analogiegrundlage fehlte es nach Ansicht des Landgericht Heilbronn auch deswegen, weil die EMRK zwar unmittelbar als inner-

---

<sup>110</sup> Die deutsche Terminologie kann freilich für die Auslegung der EMRK keine Rolle spielen (EGMR, Urteil vom 21.2.1984, EuGRZ 1985, 62 [66 f.] – *Öztürk*).

<sup>111</sup> EuGRZ 1979, 24.

<sup>112</sup> Siehe oben Anm.111.

staatliches Recht gelte, aber ohne Vorrang nur mit dem Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Die in der EMRK, einem durch Bundesgesetz transformierten völkerrechtlichen Vertrag, festgelegten Rechte stellten auch keine allgemeinen Regeln des Völkerrechts dar, die nach Art.25 GG den Gesetzen vorgehen würden. Die EMRK als Normensystem erfülle nicht das Erfordernis der allgemeinen Anerkennung, da die in ihr niedergelegten Grundsätze in ihrer Gesamtheit nicht bei der Mehrzahl der Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft Geltung beanspruchen könnten und in deren Rechtsüberzeugung eingegangen seien. Es handele sich allenfalls um partikuläres Völkerrecht, das nicht unter die allgemeine Transformationsnorm des Art.25 GG falle.

Nr.1904 des Kostenverzeichnisses sei trotz der *Öztürk*-Entscheidung des EGMR in der derzeitigen Fassung anzuwenden. Entsprechend der absolut herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur hätten die Urteile des EGMR im wesentlichen Feststellungscharakter und überließen dem Staat die Wahl der Mittel seiner innerstaatlichen Rechtsordnung, um die ihm nach Art.53 EMRK obliegende Verpflichtung zu erfüllen. Daher sei die Bundesregierung gehalten, für eine gesetzliche Regelung im Sinne der Urteile des EGMR zu sorgen, was bisher nicht geschehen sei. Das *Öztürk*-Urteil habe weder die Nichtigkeit der deutschen Kostennormen zur Folge, noch binde es über den entschiedenen Fall hinaus unmittelbar die deutschen Gerichte. Der Bundesgesetzgeber habe im Hinblick auf seine in Art.59 GG zum Ausdruck kommende Souveränität jederzeit die Möglichkeit, konventionswidriges, innerstaatlich jedoch wirksames Recht zu setzen.

Dies enthebt nach Ansicht der Kammer allerdings die deutschen Gerichte nicht der Verpflichtung, in eigener Entscheidung zu prüfen, ob einem Ausländer ein Anspruch auf Freistellung von den Dolmetscherkosten unmittelbar aus Art.6 Abs.3 Buchst.e EMRK erwachse. Denn die EMRK sei vor deutschen Gerichten und Verwaltungsbehörden unmittelbar anwendbares Recht. Aber auch auf diesem Wege habe der Betroffene keinen Freistellungsanspruch. Die erst 1980 eingefügte auf das echte Strafverfahren beschränkte Vorschrift der Nr.1904 Satz 2 des Kostenverzeichnisses gehe dem Art.6 Abs.3 Buchst.e EMRK als *lex posterior* und *lex specialis* vor.

Zuletzt sah das Landgericht auch keine Abhilfemöglichkeit in dem Grundsatz<sup>113</sup>, daß Gesetze im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik auszulegen und anzuwenden seien. Dies

<sup>113</sup> BVerfGE 74, 358 (370).

gelte auch, wenn sie erst nach dem Inkrafttreten des einschlägigen völkerrechtlichen Vertrags erlassen wurden, weil nicht anzunehmen sei, daß der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet habe, völkerrechtswidriges Recht habe setzen wollen. Auch bei einer vertragskonformen Auslegung könnten die Wertentscheidungen der EMRK aber nur innerhalb der Schranken des möglichen Wortsinns berücksichtigt werden.

Der Betroffene erhob daraufhin Individualbeschwerde wegen Verletzung des Art.6 Abs.3 Buchst.e EMRK zur EKMR. Nach Zustellung der Beschwerde an die Bundesrepublik Deutschland kam es am 21.2.1990 zu einem Vergleich zwischen den Parteien, nach dem die Bundesrepublik dem Beschwerdeführer die gezahlten Dolmetscherkosten zurückerstattete und ihm zur Abgeltung seiner Kosten und Auslagen einen weiteren Geldbetrag leistete. Der Beschwerdeführer nahm seine Beschwerde zurück. Die EKMR nahm diesen Vergleich zur Kenntnis und hielt im Hinblick auf die zwischenzeitliche Gesetzesänderung<sup>114</sup> eine weitere Prüfung des Falles nicht für erforderlich; sie entschied daher am 13.7.1990, die Beschwerde aus dem Register zu streichen (Art.30 EMRK)<sup>115</sup>.

62. Der beschwerdeführende Anwalt hatte sich als Wahlverteidiger des später Verurteilten gemeldet und darum gebeten, diesem für die Verteidigergespräche einen Dolmetscher beizuordnen, da er der deutschen Sprache nicht mächtig sei. Der Antrag wurde nicht beschieden. Daraufhin führte der Anwalt das Gespräch unter Hinzuziehung eines Dolmetschers, den er selbst bezahlte. Nachdem er als Pflichtverteidiger beigeordnet war, beantragte er erfolglos die Erstattung seiner Dolmetscherauslagen. Das Kammergericht entschied mit Beschluß vom 12.1.1990 (4 Ws 122/89 – NStZ 1990, 402 mit Anm. von H. Hilger, *ibid.*, 404 = StrVert 1990, 171), daß der Anwalt aus Art.6 Abs.3 Buchst.e EMRK in Verbindung mit §2 Abs.4 Satz 2 GKG (analog) einen Erstattungsanspruch habe. Nach dem *Luedicke*-Urteil des EGMR<sup>116</sup> gehe die heute wohl herrschende Meinung dahin, daß der Gerichtsvorsitzende dem sprachunkundigen Beschuldigten auf seinen Antrag für die notwendigen Gespräche mit seinem Wahlverteidiger einen Dolmetscher beizuordnen habe, der dann ohne Rücksicht auf den Ausgang des Strafverfahrens aus der Staatskasse zu entschädigen sei. Habe der Wahlverteidiger zu dem Mandantengespräch selbst einen Dolmetscher zugezogen, der nicht vorher amtlich bestellt

---

<sup>114</sup> *Lex Öztürk* vom 15.6.1989 (BGBl.I, 1083), die jedoch für Altfälle wie den vorliegenden nicht galt.

<sup>115</sup> EuGRZ 1991, 160f. mit Anm. von K. Rogge.

<sup>116</sup> Vom 23.10.1978, EuGRZ 1979, 34.

worden sei, so solle ihm allerdings – anders als einem Pflichtverteidiger – nach der herrschenden Meinung gegen die Staatskasse kein Anspruch auf Erstattung der Dolmetscherkosten zustehen. Diese auch vom Kammergericht früher vertretene Auffassung sei durch die Rechtsprechung des EGMR überholt. Zumindest dann, wenn das Gericht über den rechtzeitig gestellten Antrag des Wahlverteidigers, für Verteidigergespräche einen Dolmetscher beizuordnen, nicht entschieden habe, stehe diesem ein Auslagenersatzanspruch in entsprechender Anwendung des §2 Abs.4 Satz 2 GKG zu. Die *Luedicke*-Entscheidung des EGMR habe zwar weder die Nichtigkeit deutscher Kostennormen zur Folge, noch binde sie die deutschen Gerichte. Bei der Gesetzesauslegung seien jedoch die Wertentscheidungen der EMRK stets zu berücksichtigen.

Das Kammergericht wies abschließend darauf hin, daß der Erstattungsanspruch nicht die Mittellosigkeit des Angeklagten voraussetze. Diese werde zwar in Art.6 Abs.3 Buchst.c EMRK für die unentgeltliche Beordnung eines Verteidigers verlangt. Art.6 Abs.3 EMRK beschreibe aber nur die Mindestrechte eines Angeklagten. Da das deutsche Recht die Beordnung eines Pflichtverteidigers ebensowenig von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Angeklagten abhängig mache wie Art.6 Abs.3 Buchst.e EMRK die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers für den sprachunkundigen Angeklagten, könne es im vorliegenden Zusammenhang auf dessen Mittellosigkeit nicht ankommen<sup>117</sup>.

g) *Meinungsfreiheit (Art.10 EMRK)*

63. In einer Sozietät verbundene deutsche Rechtsanwälte hatten mit einer Gemeinschaft französischer Avocats einen Kooperationsvertrag geschlossen, waren jedoch rechtlich und wirtschaftlich selbständig geblieben, insbesondere keine übergreifende Sozietät eingegangen. Die deutsche Sozietät verwendete seither Geschäftsbögen, in denen die Namen aller beteiligten deutschen und französischen Anwälte unter der Kopfzeile »Dr.Y & Partner Rechtsanwälte – Avocats« aufgeführt wurden. Die Rechtsanwaltskammer erwirkte gegen sie aufgrund des §3 UWG ein Unterlassungsurteil. Im Urteil vom 21.6.1990 (4 U 217/88 – NJW 1990, 3093)<sup>118</sup> verneinte das Oberlandesgericht Karlsruhe die Frage, ob Art.10 EMRK geeignet sei, die Gestaltung des Briefkopfes zu rechtfertigen. Gemäß Art.10 Abs.2 EMRK könne die Ausübung der Meinungsfreiheit vom

<sup>117</sup> Vgl. dazu noch LG Berlin, NStZ 1990, 449; LG Oldenburg, StrVert 1991, 104.

<sup>118</sup> Zu den gemeinschaftsrechtlichen Aspekten der Entscheidung siehe unter Nr.81.

Gesetz vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die in einer demokratischen Gesellschaft unter anderem im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung und des Schutzes der Rechte anderer notwendig seien. Wie der EGMR in der *Barthold*-Entscheidung<sup>119</sup> ausgeführt habe, verweise das Adjektiv »notwendig« auf ein dringendes soziales Bedürfnis, wobei der Eingriff, gemessen an dem verfolgten Ziel, verhältnismäßig sein müsse. Der Schutz der Allgemeinheit vor irreführender Werbung stelle ein solches dringendes Bedürfnis dar. Der Eingriff in die Meinungsfreiheit sei auch nicht unverhältnismäßig, denn den Beklagten werde lediglich angesonnen, einen falschen Anschein über Umfang und Gestaltung ihrer Sozietät aufrechtzuerhalten, der geeignet sei, wesentliche Belange der Mandanten zu beeinträchtigen. Im Fall *Barthold* sei es um die Zulässigkeit eines Presseartikels über eine die Öffentlichkeit wesentlich interessierende Frage gegangen. Dort sei anders als hier Hauptanliegen des Artikels die Information der Öffentlichkeit gewesen, wogegen der Werbeeffect lediglich eine untergeordnete Bedeutung gehabt habe.

## 2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

64. Das Bundesverfassungsgericht wies durch Beschluß vom 14.11.1990 (2 BvR 1462/87 – BVerfGE 83, 119 = NJW 1991, 1043) eine Verfassungsbeschwerde zurück, die die Frage betraf, ob die Bewährungsaufgabe gemäß §56b Abs.2 Nr.3 StGB, gemeinnützige Leistungen zu erbringen, mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Der Senat stellte fest, daß die Verbote des Arbeitszwangs (Art.12 Abs.2 GG) und der Zwangsarbeit (Art.12 Abs.3 GG) nicht verletzt seien. Die Auferlegung begrenzter Arbeitspflichten durch einen Richter im Rahmen eines gesetzlich ausgeformten und abgestuften Reaktions- und Sanktionssystems als Folge einer Straftat berühre den Schutzbereich dieser Grundrechte nicht. In dieser Begrenzung stimme der Schutzbereich des Art.12 Abs.2 und 3 GG mit dem auch für die Auslegung der Grundrechte bedeutsamen Standard der völkerrechtlich garantierten Menschenrechte überein. Art.4 Abs.3 Buchst.a EMRK nehme ausdrücklich Arbeit aufgrund bedingter Haftentlassung vom Verbot der Zwangsarbeit aus. In gleicher Weise definiere Art.8 Abs.3 Buchst.c (i) des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte<sup>120</sup> die Reichweite des Verbots von Zwangsarbeit.

<sup>119</sup> Urteil vom 25.3.1985, NJW 1985, 2885.

<sup>120</sup> Vom 19.12.1966 (BGBl. 1973 II, 1534).

### 3. Konvention über die Beseitigung aller Formen von Diskriminierung gegenüber Frauen vom 18.12.1979

65. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen erließ am 23.10.1990 einen Aussetzungs- und Vorlagebeschluß gemäß Art.100 Abs.1 GG (12 B 2298/90 – DVBl. 1991, 118), weil es §25 Abs.5 Satz 2 1.Halbsatz Landesbeamtengesetz Nordrhein-Westfalen für unvereinbar mit Bundesrecht hielt. In der genannten Vorschrift ist angeordnet, daß Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern sind, soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamt der Laufbahn weniger Frauen als Männer sind und nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. In dem Beschluß führte das Oberverwaltungsgericht unter anderem aus, auch aus dem Gesetz zum Übereinkommen vom 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau<sup>121</sup> ergebe sich keine Berechtigung für den Landesgesetzgeber zu einer von §7 BRRG abweichenden Regelung. Durch das mit dem Gesetz ratifizierte Übereinkommen hätten sich lediglich die Vertragsstaaten verpflichtet, eine Politik zur Beseitigung der Frauendiskriminierung zu verfolgen. Inwieweit die Regelungen des Übereinkommens die Bundesrepublik Deutschland zu bestimmten Handlungen verpflichte, könne offenbleiben. Jedenfalls beziehe sich das Übereinkommen allein auf das Verhältnis zwischen den Vertragspartnern; innerstaatliche Wirkungen entfalte es nicht<sup>122</sup>. Das Land Nordrhein-Westfalen könne daher aus diesem Gesetz keine Berechtigung herleiten, vom Bundesrecht abweichende Regelungen zu erlassen. Das Gericht hat seinen Vorlagebeschluß inzwischen aufgehoben.

### 4. Völkerrechtmäßigkeit der Todesstrafe

66. In dem bereits erwähnten Beschluß vom 26.6.1990<sup>123</sup> setzte sich das Oberlandesgericht Karlsruhe auch damit auseinander, ob die im außervertraglichen Rechtshilfeverkehr von deutschen den amerikanischen Behörden geleistete Rechtshilfe in Form der Herausgabe von Beweismitteln deshalb unzulässig war, weil das Verfahren im ersuchenden Staat eine mit Todesstrafe bedrohte Handlung betraf. Ein Recht auf Verweigerung von Rechtshilfe lasse sich in solchen Fällen nicht aus Art.3 EMRK herlei-

<sup>121</sup> Vom 25.4.1985 (BGBl.II, 647).

<sup>122</sup> Unter Hinweis auf den Beschluß des OVG Nordrhein-Westfalen vom 15.6.1989 (6 B 1318/89 – DVBl. 1990, 1162).

<sup>123</sup> Siehe oben Nr.9.



ten, dem im Hinblick auf seinen Zusammenhang mit Art.2 Abs.1 EMRK nicht die Intention eines generellen Verbots der Todesstrafe unterlegt werden könne. Abgesehen von der Auslieferung – §8 IRG – sei die Leistung sonstiger Rechtshilfe trotz drohender Todesstrafe zulässig.

Der Senat verneinte auch die Frage, ob für den Zeitpunkt der Rechtshilfeleistung (Juli 1988) schon ein völkergewohnheitsrechtliches Verbot der Todesstrafe nachweisbar sei. Die allgemeine Entwicklung auf internationaler Ebene, die mit der Beschränkung der Todesstrafe auf schwerste Verbrechen in Art.6 Abs.2 IPBPR und dem Verbot ihrer Wiedereinführung in Art.4 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention deutliche Zeichen gesetzt habe, bewege sich auf das Endziel einer allgemeinen Beseitigung der Todesstrafe zu. Die Verdichtung dieser Tendenz zu einer Norm des Völkergewohnheitsrechts setze indes die gleichförmige Beachtung durch die Allgemeinheit bzw. die ganz überwiegende Mehrheit der Staaten und die unter den Beteiligten herrschende Rechtsüberzeugung voraus. Aus dem Protokoll Nr.6 zur EMRK über die Abschaffung der Todesstrafe<sup>124</sup> könne ein auch für die nicht ratifizierenden Staaten verbindliches Verbot der Todesstrafe auf europäischer Ebene nicht abgeleitet werden. Durch das noch nicht in Kraft getretene Zweite Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zur Abschaffung der Todesstrafe<sup>125</sup> würden nur beitretende Staaten verpflichtet. Entsprechend begrenzt seien die individualrechtlichen Schutzwirkungen. Der fakultative Charakter des Protokolls unterstreiche, daß kein Eingriff in den innerstaatlichen Bereich der UN-Mitgliedstaaten beabsichtigt sei. Bei der Abstimmung in der UN-Generalversammlung hätten 59 Staaten für das Protokoll gestimmt, 26 dagegen, und 48 hätten sich enthalten. Die beiden genannten internationalen Abkommen ließen daher zwar einen sich zunehmend verdichtenden Trend zu einer weltweiten Ächtung der Todesstrafe erkennen. Es dürfte ihnen jedoch eine entsprechende *opinio iuris* und damit ein allgemeines völkergewohnheitsrechtliches Verbot der Todesstrafe sowie ein daraus ableitbares Auslieferungs- und Rechtshilfeverbot bei drohender Todesstrafe noch nicht entnommen werden können.

Im Hinblick auf das *Soering*-Urteil hatte der Betroffene zur Begründung dafür, daß die Rechtshilfeleistung unstatthaft gewesen sei, auf die besonders grausame Praktizierung der zu erwartenden Todesstrafe (elektrischer Stuhl) hingewiesen. Auch damit blieb er letztlich erfolglos. Das

---

<sup>124</sup> Vom 28.4.1983 (BGBl. 1988 II, 662).

<sup>125</sup> Vom 15.12.1989 (Sartorius II, Nr.20b).

Oberlandesgericht führte zwar aus, daß die Todesstrafe im Hinblick auf erkennbar drohende besondere Umstände und Begleiterscheinungen ihrer Vollstreckung, die das zumutbare Maß an Leiden und Erniedrigung überschritten, gegen den internationalen *ordre public* verstoßen könne. Beurteilungsmaßstab hierfür sei das Verbot einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung und einer Bestrafung unter voraussichtlich menschenunwürdigen Bedingungen, wie es als allgemeiner Grundsatz des humanitären Völkerrechts z.B. in Art.7 IPBPR, Art.3 EMRK und Art.1 des Europäischen Übereinkommens zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe<sup>126</sup> Ausdruck gefunden habe. Als Indizien für die Einzelfallbeurteilung würden insoweit genannt: die Art und Weise der Auferlegung und Vollstreckung, die persönlichen Umstände des Verurteilten, die Unverhältnismäßigkeit angesichts der Tatschwere sowie die Haftbedingungen vor Strafvollstreckung (unerträgliche Dauer, Bedingungen in der Todeszelle etc.). Besondere Umstände dieser Art waren dem Senat im vorliegenden Fall aber nicht erkennbar.

Abschließend fügte das Oberlandesgericht folgende Anregung hinzu: Unter Berücksichtigung ihrer Initiativbeteiligung am Zweiten Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte und im Einklang mit ihrem außenpolitischen Ziel, die Abschaffung der Todesstrafe weltweit zu erreichen, werde die Bundesregierung nunmehr im Rahmen ihres außenpolitischen Ermessens die Möglichkeiten zu prüfen haben, auf diplomatischem Wege einer Bestätigung der in erster Instanz verhängten Todesstrafe durch entsprechende Anregungen bei der antragstellenden Staatsanwaltschaft in Florida entgegenzuwirken oder nach Rechtskrafteintritt die amerikanische Regierung zu einer Empfehlung an ihre zuständigen Behörden zu veranlassen, die Todesstrafe in eine Freiheitsstrafe umzuwandeln<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Vom 26.11.1987 (BGBl. 1989 II, 946).

<sup>127</sup> Zuvor hatte das OLG bemerkt, daß die Leistung der Rechtshilfe von einer Zusicherung der amerikanischen Seite hätte abhängig gemacht werden können, die Todesstrafe nicht zu verhängen oder nicht zu vollstrecken. Daß dies nicht geschehen sei, falle in das außenpolitische Grundsatzermessen der Bewilligungsbehörde und sei daher einer gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich.

*X. Europäische Gemeinschaften*

## 1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

*a) Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts und seine Grenzen*

67. Ein Gebührenbescheid war auf eine deutsche Rechtsnorm gestützt worden, die bei ihrem Erlaß gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hatte. Bevor der Bescheid erging, war das Gemeinschaftsrecht so abgeändert worden, daß es die deutsche Norm nunmehr deckte. Das Bundesverwaltungsgericht sah im Urteil vom 29.11.1990 (3 C 77.87 – BVerwGE 87, 154 = MDR 1991, 685 = RIW 1991, 427) kein Hindernis mehr, die deutsche Gebührenregelung anzuwenden. Der anfängliche Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht habe nicht zur Unwirksamkeit der innerstaatlichen Bestimmung geführt mit der Folge, daß auf sie trotz zwischenzeitlicher heilender Änderung des Gemeinschaftsrechts nicht mehr hätte zurückgegriffen werden können. Gemeinschaftsrecht genieße gegenüber widerstreitendem nationalen Recht keinen Geltungs-, sondern lediglich einen Anwendungsvorrang. Dieser verbiete es für die Dauer des Normenkonflikts, die nationale Rechtsvorschrift einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung zugrunde zu legen, führe aber nicht zu ihrer endgültigen Nichtigkeit. Aus dem Gemeinschaftsrecht läßt sich nach Ansicht des Senats die Nichtigkeitsfolge nicht herleiten. Das für die Lösung des Normenkonflikts nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>128</sup> maßgebliche deutsche Recht sehe ebenfalls keine Nichtigkeit, sondern nur eine Unanwendbarkeit der gemeinschaftsrechtswidrigen Vorschrift für die Dauer der Kollision vor.

Das Bundesverwaltungsgericht lehnte insofern eine analoge Anwendung des Art.31 GG ab. Dieser sei ein Ausfluß der bundesstaatlichen Organisation der Bundesrepublik Deutschland und des sich daraus ergebenden spezifischen Verhältnisses zwischen Bund und Ländern. Das Verhältnis zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik sei von anderer Qualität. Die Gemeinschaft sei kein Staat, insbesondere kein Bundesstaat, sondern eine im Prozeß fortschreitender Integration stehende Gemeinschaft eigener Art, eine zwischenstaatliche Einrichtung im Sinne von Art.24 Abs.1 GG. Auch wenn die Gemeinschaftsrechtsordnung und die mitgliedstaatliche Rechtsordnung nicht unvermittelt und

---

<sup>128</sup> Urteil vom 4.4.1968 (Rs.34/67), Slg. 1968, 363 (373); Urteil vom 9.3.1978 (Rs.106/77), Slg. 1978, 629 (644f.). Dazu auch M. Zuleeg, in: H. von der Groeben/J. Thiesing/C.-D. Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd.1 (4. Aufl. 1991), Art.1 Rdnr.40.

isoliert nebeneinander ständen, sondern in vielfältiger Weise aufeinander bezogen, miteinander verschränkt und wechselseitigen Einwirkungen geöffnet seien, ändere dies nichts daran, daß beide prinzipiell eigenständig und unabhängig voneinander gälten. Diese prinzipielle Eigenständigkeit habe zur Folge, daß die Normsetzungsautorität des nationalen Gesetzgebers durch das Gemeinschaftsrecht nur soweit eingeschränkt werden dürfe, wie es zur unverkürzten Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts notwendig sei. Dazu genüge aber die Anerkennung dessen Anwendungsvorrangs.

Diese Lösung wird nach Auffassung des erkennenden Senats auch den praktischen Bedürfnissen der Rechtsgemeinschaft besser gerecht als die Nichtigkeitsfolge. Das Gemeinschaftsrecht entwickle sich nicht unbedingt als eine homogene Einheit, sondern komme – sektoral unterschiedlich – oft nur in kleinen und nicht immer ausgewogenen Schritten voran. Es gebe keinen Rechtfertigungsgrund, vom nationalen Gesetzgeber eine uneingeschränkte Anpassung seiner Arbeit an den jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts zu verlangen. Es könne durchaus sachgerecht erscheinen, einer gemeinschaftsrechtlichen Neuregelung durch den Erlaß nationaler Vorschriften vorzugreifen, um etwa eine konzeptionell geschlossene Lösung zu erzielen oder bei Inkrafttreten des neuen Gemeinschaftsrechts dessen sofortige Umsetzung zu gewährleisten. Ebenso sei es denkbar, daß die Gemeinschaft Normen, die bestehendem nationalen Recht widersprächen, von vornherein in der Absicht setze, sie durch weitere Regelungen zu ergänzen, die den Widerspruch wieder ausräumen<sup>129</sup>. In all diesen Fällen wäre es unangemessen, das in Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht getretene innerstaatliche Recht für unwirksam zu erachten<sup>130</sup>.

68. In einem Rechtsstreit über die Freigabe einer Kautions im Agrarbereich hatte das Bundesverwaltungsgericht eine Vorabentscheidung des EuGH eingeholt, die besagte, daß Gemeinschaftsrecht einer Kautionsfreigabe nicht entgegenstehe. Im Urteil vom 8.3.1990 (3 C 15.84 – BVerwGE 85, 24 = EuR 1990, 281 = EuZW 1991, 94 = MDR 1990, 949 = NJW 1991, 651 = RIW 1990, 676) erklärte sich das Bundesverwaltungsgericht für an diese Vorabentscheidung gebunden, da der EuGH im Rahmen seiner Zuständigkeit für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts der gesetzli-

<sup>129</sup> Das Bundesverwaltungsgericht berücksichtigt hier nicht genügend, daß der Mitgliedstaat aufgrund von Art.5 EWG-Vertrag verpflichtet ist, sein nationales Recht stets im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht zu halten (vgl. Zuleeg, *ibid.*, Art.5 Rdnr.6f.).

<sup>130</sup> Zu einem weiteren Aspekt der Entscheidung siehe unter Nr.93.

che Richter sei. Eine Überprüfung am Maßstab der Grundrechte oder des Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes sei dem erkennenden Senat verwehrt. Das Bundesverfassungsgericht habe im *Solange II*-Beschluss<sup>131</sup> nicht nur seine eigene Zuständigkeit zur Kontrolle des Gemeinschaftsrechts zurückgenommen und damit etwa den Fachgerichten diese Aufgabe überantwortet<sup>132</sup>. Aus den Beschlußgründen gehe vielmehr eindeutig hervor, daß beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts allein die gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsverbürgungen den materiellrechtlichen Kontrollmaßstab für die Gültigkeit abgeleiteten Gemeinschaftsrechts bilden sollten.

69. Ein anderes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zum Milchreferenzmengenübergang bei der Pacht eines landwirtschaftlichen Betriebs vom 15.11.1990 (3 C 42.88 – BVerwGE 87, 94 = MDR 1991, 808) machte deutlich, daß ein deutscher Rechtssatz, der innerhalb eines vom Gemeinschaftsrecht zugestandenen Spielraums erlassen wird, voll der Kontrolle am Maßstab der deutschen Grundrechte unterliegt. Darüber hinaus muß er sich im Rahmen der Grundrechte des Gemeinschaftsrechts halten<sup>133</sup>. Der Senat wies jedoch, was das gemeinschaftsrechtliche Eigentumsgrundrecht angeht, auf Art.222 EWG-Vertrag hin, wonach der Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt läßt.

70. Im bereits besprochenen Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Einführung des Kommunalwahlrechts für Ausländer in Schleswig-Holstein<sup>134</sup> findet sich folgendes Diktum: Aus dem Umstand, daß dieser Versuch mit Art.28 Abs.1 Satz 2 GG unvereinbar sei, folge nicht, daß die derzeit im Bereich der Europäischen Gemeinschaften erörterte Einführung eines Kommunalwahlrechts für Ausländer nicht Gegenstand einer nach Art.79 Abs.3 GG zulässigen Verfassungsänderung sein könne. Dies bezog sich auf den Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie über das Wahlrecht der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten bei den Kommunalwahlen im Aufenthaltsstaat<sup>135</sup>, der im Rat keine Billigung gefunden hat.

<sup>131</sup> BVerfGE 73, 339.

<sup>132</sup> So aber H.H. Rupp, Anmerkung, JZ 1987, 241 (242).

<sup>133</sup> Dazu EuGH, Urteil vom 18.6.1991 (Rs.C-260/89 – *Elliniki Radiophonia Tileorasi*), EuZW 1991, 507; Urteil vom 4.10.1991 (Rs.C-159/90 – *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd.*), [1991] 3 C.M.L.R. 849, 892.

<sup>134</sup> Siehe oben Nr.30.

<sup>135</sup> Abl. Nr.C 246/3 = NVwZ 1989, 341. Dazu R. Jahn/N.K. Riedel, Gemeinschaftsrechtliche Einführung eines kommunalen Wahlrechts für EG-Ausländer und innerstaatliches Verfassungsrecht, NVwZ 1989, 716.

Das Diktum ist offenbar als ein fürsorglicher Hinweis an Bundesregierung und Bundesgesetzgeber zu verstehen, der folgenden Inhalt hat: Die Einführung eines Kommunalwahlrechts für Ausländer im Sekundärrechtswege wäre von Art.24 Abs.1 GG nicht mehr gedeckt, weil sie einen Einbruch in die Grundstruktur des Grundgesetzes darstellte. Der Vorranganspruch des betreffenden Sekundärrechtsakts würde daher vom Grundgesetz/vom Bundesverfassungsgericht nicht akzeptiert. Was durch materielle Verfassungsänderung nicht möglich ist, könnte aber durch formelle Verfassungsänderung (Art.79 Abs.1, 2 GG) erreicht werden. Dem stünde Art.79 Abs.3 GG nicht entgegen.

Am 9./10.12.1991 haben sich die europäischen Staats- und Regierungschefs auf dem Gipfel in Maastricht auf die Einführung einer Unionsbürgerschaft in den Vertrag über die Europäische Union geeinigt, die für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen beinhalten soll<sup>136</sup>. Das deutsche Zustimmungsgesetz muß dem bundesverfassungsgerichtlichen Hinweis zufolge in die Formen des Art.79 GG gekleidet werden.

#### *b) Unmittelbare Wirkung von Richtlinien*

71. Im Jahre 1990 waren mehrere Gerichte mit der Frage befaßt, welche Wirkung der Richtlinie des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (85/577/EWG)<sup>137</sup> zukommt, wenn deutsche Urlauber auf Verkaufsveranstaltungen in Spanien Kaufverträge eingehen, die dann von deutschen Firmen vor deutschen Gerichten gegen sie durchgesetzt werden sollen. Die Kaufverträge enthielten regelmäßig eine Klausel, in der die Anwendung spanischen Rechts vereinbart wurde; dieses kannte im relevanten Zeitraum kein Widerrufsrecht entsprechend dem Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften<sup>138</sup>.

Das Amtsgericht Bremerhaven meinte dazu in einem Urteil vom 27.6.1990 (53 C 650/88 – EuZW 1990, 294 = NJW-RR 1990, 1083), selbst wenn man von der Anwendung spanischen Rechts ausgehe, habe der beklagte Käufer ein Widerrufsrecht, das sich aus Art.5 der genannten

<sup>136</sup> Titel II, Art.G, Buchst.C, Art.8b (BullBReg. Nr.16 [12.2.1992]). Zu einer Konvention des Europarates über das Kommunalwahlrecht für Ausländer vgl. EuZW 1992, 7.

<sup>137</sup> ABl. Nr.L 372/31.

<sup>138</sup> Vom 16.1.86 (BGBl.I, 122), geändert durch Gesetz vom 17.12.1990 (BGBl.I, 2840).

Richtlinie ergebe, auch wenn Spanien diese nicht fristgerecht umgesetzt habe. Nachdem das Amtsgericht begründet hatte, daß die Richtlinie auch auf den Kanarischen Inseln Geltung beanspruche<sup>139</sup>, bejahte es deren unmittelbare Anwendbarkeit, weil sie als inhaltlich unbedingt und hinreichend genau erscheine. Kern der Richtlinie sei, daß der Verbraucher berechtigt sein solle, die Erfüllung des Vertrages zu verweigern, wenn der Verkäufer ihn wie im vorliegenden Fall nicht über sein Widerrufsrecht belehrt habe.

Das Landgericht Wiesbaden entschied mit Urteil vom 14.8.1990 (8 S 74/90 – MDR 1991, 156) ebenfalls im Sinne einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie in Spanien.

Beide Gerichte haben das Hauptproblem ihres Lösungsansatzes verkannt, als sie ohne weiteres davon ausgingen, daß der Käufer sich dem Verkäufer gegenüber auf die Regelungen der nicht umgesetzten Richtlinie berufen könne. Mit diesem Problem der Horizontalwirkung der Richtlinie Nr.85/577/EWG setzte sich hingegen das Oberlandesgericht Celle im Urteil vom 28.8.1990 (20 U 85/89 – EuZW 1990, 550 = IPrax 1991, 334 = RIW 1991, 421) ausführlicher auseinander<sup>140</sup>. Dem Oberlandesgericht Celle war keine Entscheidung des EuGH ersichtlich, die ausdrücklich Richtlinien auch insoweit unmittelbar für anwendbar erklärte, als sie erstens nicht nur dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehendes nationales Recht verdrängten (kassatorische Wirkung), sondern eine im nationalen Recht fehlende positive Regelung enthielten (gestaltende Wirkung), und zweitens nicht nur gegenüber dem mit der Umsetzung säumigen Staat, sondern auch gegenüber einer Privatperson Regelungen treffen wollten. In bezug auf den ersten Gesichtspunkt entnahm das Gericht allerdings dem Urteil des EuGH in der Rs.14/83<sup>141</sup> die implizite Aussage, daß Richtlinien in der nationalen Rechtsordnung eine über die Abwehrfunktion hinausgehende gestaltende Wirkung haben könnten. Aus dem Urteil des EuGH in der Rs.79/83<sup>142</sup> wollte der Senat ableiten, daß eine Richtlinie auch unter Privaten in einem Privatrechtsverhältnis wirken könne<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> Anders das OLG Hamm in der bei Richter dargestellten Entscheidung (Anm.3), 218 [75].

<sup>140</sup> Vgl. dazu R. Herber, Direktwirkung sogenannter horizontaler EG-Richtlinien?, EuZW 1991, 401.

<sup>141</sup> Urteil vom 10.4.1984, Slg. 1984, 1891 (von Colson und Kamann).

<sup>142</sup> Urteil vom 10.4.1984, Slg. 1984, 1921 (Harz).

<sup>143</sup> Das OLG übersah das anderslautende *obiter dictum* im Urteil des EuGH vom 26.2.1986 (Rs.152/84), Slg. 1986, 723, Abschnitt 48 (Marshall) (dazu S. Richter, Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien zu Lasten Einzelner, EuR 1988, 394); ebenso Slg.

Da die Richtlinie Nr.85/577/EWG unbedingte und genau bestimmte Regelungen enthalte, wirke sie unmittelbar mit der Folge, daß der Beklagte den geschlossenen Vertrag widerrufen könne. Von einer Vorabentscheidung gemäß Art.177 Abs.2 EWG-Vertrag sah das Gericht mit der bemerkenswerten Begründung ab, seine (problematische) Stellungnahme zur Horizontalwirkung der Richtlinie sei nicht entscheidungserheblich, weil es jedenfalls gegen den deutschen *ordre public* (Art.6 EGBGB) verstoßen würde, dem Beklagten ein Widerrufsrecht zu versagen.

Einen abweichenden Lösungsansatz auf der Grundlage von Art.31 Abs.2 EGBGB wählte schließlich das Landgericht Aachen im Urteil vom 20.12.1990 (6 S 267/90 – NJW 1991, 2221). Es sei nicht gerechtfertigt, die Wirkung des Vertragsabschlußverhaltens des Beklagten nach dem vereinbarten spanischen Recht zu bestimmen. Angesichts der fortschreitenden Rechtsangleichung in der EG habe der Beklagte nämlich damit rechnen können, daß das spanische Recht einen dem deutschen Recht entsprechenden Verbraucherschutz vorsehe. Dies gelte insbesondere deshalb, weil Spanien bis Ende 1987 die diesbezügliche Richtlinie 85/577/EWG hätte umsetzen müssen.

72. Weniger gemeinschaftsgewogen als die vorgenannten Entscheidungen ist das rechtskräftige Urteil des Finanzgerichts München vom 21.6.1990 (14 K 1416/83 – EFG 1991, 282 = EWS 1991, 48 = EuZW 1990, 582 mit Anm. von E. Spetzlar = RIW 1990, 1022<sup>144</sup>). Das Finanzgericht ging davon aus, daß nach §1 Abs.1 Nr.2 Buchst.b UStG 1980 die private Nutzung eines an die betriebliche Telefonanlage angeschlossenen Telefonapparats ein umsatzsteuerpflichtiger Eigenverbrauch sei. An diesem Ergebnis ändere auch die Sechste Umsatzsteuer-Richtlinie vom 17.5.1977<sup>145</sup> und die Rechtsprechung des EuGH nichts, nach der sich die einzelnen auf Bestimmungen einer Richtlinie, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erschienen, gegenüber allen innerstaatlichen nicht richtlinienkonformen Vorschriften berufen könnten.

Das Gericht verkannte nicht, daß das Bundesverfassungsgericht diese Berufung auf die Richtlinie als neue Sanktionskategorie versteht, durch die bestimmten Richtlinienvorschriften Anwendungsvorrang vor dem

---

1987, 3969 (3685); vgl. dazu auch das neuere Urteil vom 12.7.1990 (Rs.C-188/89), Abschnitte 17ff. (*Foster*). Um eine richtlinienkonforme Auslegung ging es dagegen im Urteil vom 8.11.1990 (Rs.C-177/88), EuGRZ 1990, 506 (*Dekker*).

<sup>144</sup> Vgl. auch die Kritik von H.G. Fischer, Sind vertragswidrig nicht umgesetzte Richtlinien innerstaatlich nur auf Antrag anwendbar?, EuZW 1991, 557.

<sup>145</sup> ABl. Nr.L 145/1. Vgl. zur Berufungsfähigkeit dieser Richtlinie in einem Strafverfahren noch BGH, Urteil vom 30.8.1990 (3 StR 459/87), RIW 1990, 1024.



deutschen Recht verschafft werden kann<sup>146</sup>. Seiner Ansicht nach lagen die Voraussetzungen für ein Wirksamwerden dieser Sanktionskategorie jedoch aus zwei Gründen nicht vor. Zunächst sei der Inhalt von Art.6 Abs.2 der Richtlinie nicht hinreichend geklärt, um eine vom deutschen Recht abweichende Freistellung von der Umsatzsteuer zu tragen. Denn das EuGH-Urteil in der Rs. 50/88<sup>147</sup> betreffe nicht direkt den Telefonienverbrauch, und in der Bundesrepublik Deutschland gebe es unterschiedliche Auffassungen zu dieser Frage. Angesichts dessen war das Finanzgericht nicht bereit, ohne vorherige Anrufung des EuGH, der die alleinige gerichtliche Kompetenz für die Auslegung von Gemeinschaftsrecht habe<sup>148</sup>, aus eigener Machtvollkommenheit zu erkennen, daß die Richtlinie das deutsche Umsatzsteuerrecht verdränge<sup>149</sup>.

Von einer Vorlage nach Art.177 Abs.2 EWG-Vertrag sah das Finanzgericht indessen im Hinblick auf den zweiten Grund für die Nichtanwendung der Richtlinie ab. Der Kläger hatte sich nämlich im Streitfall trotz eines gerichtlichen Hinweises nicht auf eine Richtlinienbestimmung berufen. Jedenfalls bei Fehlen der erforderlichen Auslegung durch den EuGH könne »berufen« im Sinne der Rechtsprechung von EuGH und Bundesverfassungsgericht nur bedeuten, daß der Steuerpflichtige die Anwendung der ihm günstigeren Richtlinienbestimmung und die Abweichung derselben vom deutschen Recht zunächst – wenn auch nur formlos und konkludent – geltend machen müsse. Eine Pflicht der innerstaatlichen Behörden und Gerichte, vom deutschen Recht abweichende Richtlinienregelungen von Amts wegen anzuwenden, würde im Ergebnis bedeuten, daß diesen die Qualität von unmittelbar geltendem Recht zuerkannt würde. Dies hätten aber weder EuGH<sup>150</sup> noch Bundesverfassungsgericht gefordert.

73. Im Zuge einer Anfechtungsklage gegen einen Planfeststellungsbeschluß wurde an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof die Frage herangetragen, welchen Einfluß die Richtlinie des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und pri-

<sup>146</sup> BVerfGE 75, 223 (241).

<sup>147</sup> Urteil vom 27.6.1989, NJW 1989, 3093. Der EuGH hatte am Beispiel von betrieblichen Kraftfahrzeugen Art.6 Abs.2 Satz 1 Buchst.a der Sechsten Umsatzsteuerrichtlinie das Verbot entnommen, die private Nutzung eines Betriebsgegenstandes, dessen Anschaffung nicht zum vollen oder teilweisen Vorsteuerabzug berechtigte, der Mehrwertsteuer zu unterwerfen.

<sup>148</sup> Der EuGH hat kein Auslegungs-, sondern nur ein Verwerfungsmonopol in bezug auf das sekundäre Gemeinschaftsrecht; seine Auslegungsentscheidungen sind freilich verbindlich (BVerfGE75, 223 [234]).

<sup>149</sup> Anders EuGH, Urteil vom 9.3.1978 (Rs.106/77), Slg. 1978, 629.

<sup>150</sup> Anders jetzt das Urteil vom 11.7.1991 (verb. Rs.87, 88 und 89/90).

vaten Projekten (85/337/EWG) vor deren – verspäteter – Umsetzung<sup>151</sup> auf straßenrechtliche Planfeststellungen hatte. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof ließ im Urteil vom 24.8.1990 (8 A 89.40037 u.a. – BayVBl. 1991, 303 = NuR 1991, 383 = NVwZ 1991, 490 = UPR 1991, 157) dahinstehen, ob die Richtlinie unbedingt und hinreichend bestimmt sei, um eine unmittelbare Wirkung zu entfalten. Seiner Ansicht nach waren die deutschen Vorschriften über die straßenrechtliche Fachplanung, die im vorliegenden Fall eingehalten worden waren, nämlich richtlinienkonform. Der Senat äußerte auch ganz erhebliche Zweifel daran, ob die Richtlinie überhaupt Rechte festlege, die vom einzelnen Planbetroffenen dem Staat gegenüber geltend gemacht werden könnten.

*c) Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen*

74. Die klagende Universität hatte ein japanisches Raster-Elektronenmikroskop eingeführt, das zu Forschungszwecken verwendet werden sollte, und begehrte dessen Freistellung vom Zoll. Die vom Hauptzollamt eingeschaltete Kommission erließ die für die deutschen Zollbehörden bindende Entscheidung Nr.83/348/EWG<sup>152</sup>, nach der das Mikroskop nicht zollfrei eingeführt werden könne, weil in der Gemeinschaft Geräte von gleichem wissenschaftlichen Wert hergestellt würden, die zu den gleichen Zwecken verwendbar seien. Der Klage gegen den Steuerbescheid gab das Finanzgericht München statt. Nach seiner Auffassung hatte die Kommission die Zollbefreiung nach Art.3 Abs.1 der Verordnung (EWG) Nr.1798/75 des Rates vom 10.7.1975<sup>153</sup> zu Unrecht versagt, da sie die Gleichwertigkeitsfrage offensichtlich irrtümlich bejaht habe. Die Entscheidung verstoße daher gegen Gemeinschaftsrecht und sei ungültig<sup>154</sup>.

Das Hauptzollamt begründete seine Revision gegen dieses Urteil damit, daß das Finanzgericht unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ohne Einholung einer Vorabentscheidung einen Sekundärrechtsakt für ungültig erklärt habe<sup>155</sup>. Der Bundesfinanzhof legte daraufhin dem

<sup>151</sup> ABl. Nr.L175/40. Dazu jetzt Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 12.2.1990 (Sartorius I, Nr.295).

<sup>152</sup> Vom 5.7.1983, ABl. Nr.L 188/22.

<sup>153</sup> ABl. Nr.L 184/1.

<sup>154</sup> Anders beurteilte das FG Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg, die Bindungswirkung einer vergleichbaren Kommissionsentscheidung (Urteil vom 7.8.1990 [XI K 39/87 Z], EFG 1991, 200 [rechtskräftig]).

<sup>155</sup> Unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 22.10.1987 (Rs.314/85), Slg. 1987, 4199 (Foto-Frost).

EuGH mit Beschluß vom 17.7.1990 (VII R 106/88 – BFHE 161, 234 = HFR 1991, 9) nach Art.177 Abs.3 EWG-Vertrag die Frage vor, ob die Entscheidung Nr.83/348/EWG gültig sei<sup>156</sup>. Er meldete dabei Zweifel gegen die bisherige ständige Rechtsprechung des EuGH an, daß eine Kommissionsentscheidung hinsichtlich der Gleichwertigkeit verschiedener Geräte angesichts des technischen Charakters dieser Entscheidung nur dahin gehend überprüfbar sei, ob ein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder ein Ermessensmißbrauch vorliege. Den deutschen Zollbehörden stehe ungeachtet des Umstandes, daß Art.3 Abs.1 der Verordnung Nr.1798/75 einige unbestimmte Rechtsbegriffe enthalte, kein der vollen gerichtlichen Kontrolle entzogener Beurteilungsspielraum zu. Da die Kommissionsentscheidung der Entscheidung einer einzelstaatlichen Zollbehörde entspreche und für diese bindend sei, müsse sie in gleichem Umfang gerichtlich nachprüfbar sein. Folglich sei sie bereits dann rechtswidrig und vom Gerichtshof für ungültig zu erklären, wenn sie auf einer unzutreffenden Auslegung des Art.3 Abs.1 der Verordnung Nr.1798/75 beruhe oder der Kommission nicht offensichtliche Fehler bei der Tatsachenfeststellung oder der Subsumtion unterlaufen seien. Der Bundesfinanzhof hielt es für bedenkenswert, ob eine nur eingeschränkte Kontrolle im Sinne der bisherigen EuGH-Rechtsprechung nicht den Rechtsschutz des Marktbürgers in einer Weise verkürze, die mit dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Gewährung effektiven Rechtsschutzes unvereinbar sei<sup>157</sup>.

## 2. Diskriminierungsverbot

75. Die Klägerin, eine Aktiengesellschaft italienischen Rechts, wurde vom Finanzamt in bezug auf ihre Anteile an einer inländischen GmbH der beschränkten Vermögenssteuerpflicht unterworfen. Dies verstieß nach Ansicht des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 31.10.1990 – II R 176/87 – BFHE 162, 374 = HFR 1991, 173 = NJW 1991, 1775 mit ablehnender Anm. von H.-W. Arndt = RIW 1991, 170<sup>158</sup>) nicht gegen das Diskriminierungsverbot in Art.7 EWG-Vertrag. Der Bundesfinanzhof erkannte zwar an, daß das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit auch versteckte Diskriminierungen erfasse, bei denen benach-

<sup>156</sup> Das Vorabentscheidungsersuchen vom 17.1.1989 in einem gleichgelagerten Fall (dargestellt bei Richter [Anm.3], 217f. [74]) hat der BFH inzwischen zurückgenommen, weil die Kommission dort ihre Entscheidung aufgehoben hatte.

<sup>157</sup> Mit Urteil vom 21.11.1991 (Rs.C-269/90) hat der EuGH die Kommissionsentscheidung nunmehr für ungültig erklärt (EuZW 1992, 90).

<sup>158</sup> Siehe unten Anm.192.

teiligende Regelungen zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gälten, deren Tatbestände jedoch ausschließlich oder regelmäßig nur von ausländischen Staatsangehörigen erfüllt würden. Er hielt es aber bereits für zweifelhaft, ob die Ungleichbehandlung der Klägerin gegenüber einer deutschen AG, die darin lag, daß jene nur beschränkt auf das Inlandsvermögen, diese hingegen unbeschränkt vermögenssteuerpflichtig ist, überhaupt diskriminierend sei. Nachdem der Senat dies im Hinblick darauf unterstellt hatte, daß den beschränkt Steuerpflichtigen einige Vergünstigungen nicht gewährt würden, verneinte er gleichwohl eine Verletzung des Art.7 EWG-Vertrag. Die angegriffene Differenzierung knüpfe nicht an die Staatsangehörigkeit, sondern an den Firmensitz im Ausland an. Darin könne eindeutig auch keine mittelbare Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit gesehen werden. Aus Art.58 EWG-Vertrag ergebe sich nichts anderes, da er das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art.7 EWG-Vertrag nicht erweitere.

Nachdem der Bundesfinanzhof auf diese Weise die Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit kurzerhand aus dem Regelungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsverbots ausgeklammert hatte<sup>159</sup>, wies er noch die Berufung der Klägerin darauf zurück, daß die Bundesrepublik Deutschland ein Doppelbesteuerungsabkommen mit mehreren EG-Mitgliedstaaten (nicht jedoch mit Italien) vereinbart hatte, daß Vermögensteuer für die Anteile an einer GmbH nur in dem Staat erhoben würden, in dem der Anteilseigner ansässig sei. Durch Art.7 EWG-Vertrag werde die Bundesrepublik nicht gehindert, in den Doppelbesteuerungsabkommen mit anderen Mitgliedstaaten unterschiedliche Vereinbarungen zu treffen. Einer sich möglicherweise insoweit aus Art.220 EWG-Vertrag ergebenden Verhandlungspflicht sei die Bundesrepublik jedenfalls inzwischen durch das am 18.10.1989 unterzeichnete – aber noch nicht ratifizierte – neue Doppelbesteuerungsabkommen mit Italien nachgekommen.

76. Der Kläger, ein italienischer Staatsangehöriger, wohnte im Streitjahr 1986 in der Bundesrepublik und bezog hier Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit. Er beehrte die Gewährung eines Haushaltsfreibetrages nach §32 Abs.7 EStG 1986 im Hinblick darauf, daß seine Ehefrau mit den gemeinsamen Kindern in dem Familienhaushalt in Italien lebte. Der Haushaltsfreibetrag wurde verweigert, weil ihm, was Voraussetzung gewesen wäre, kein Anspruch auf einen Kinderfreibetrag zustand. Denn keines seiner Kinder war im Jahre 1986 unbeschränkt einkommensteuer-

---

<sup>159</sup> Vgl. demgegenüber etwa E. Grabitz, in: ders. (Anm.15), Art.7 Rdnr.13 (Stand: Juni 1990); Zuleeg (Anm.128), Art.7 Rdnr.10.

pflichtig gewesen, da sie alle ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Italien hatten. Im Urteil vom 8.6.1990 (III R 107/88 – BFHE 161, 103 = HFR 1990, 632 mit Anm. N.N. = RIW 1990, 861) lehnte es der Bundesfinanzhof ab, darin einen Verstoß gegen Art.3 Abs.1 GG zu sehen. Die Regelung sei sachgerecht. Auch eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit liege nicht vor. Gehöre das Kind des Steuerpflichtigen einem Haushalt im Ausland an, so sei der Haushaltsfreibetrag deutschen wie ausländischen Arbeitnehmern zu versagen. Zudem würden Steuerpflichtige mit Auslandskindern unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit ebenso behandelt wie alle anderen Steuerpflichtigen, die typischerweise keine erhöhten Aufwendungen für die kindbedingte Führung eines eigenen Haushaltes im Inland hätten, etwa weil bei nicht intakter Ehe das Kind im Haushalt des anderen Elternteils lebe. Nach Ansicht des Bundesfinanzhofs verstieß diese Regelung auch nicht gegen Art.7 Abs.1 EWG-Vertrag, der lediglich als Ausformung des auch zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts gehörenden allgemeinen Gleichheitssatzes angesehen werde, so daß die Ausführungen zu Art.3 Abs.1 GG entsprechend gälten. Auch das Gleichstellungsgebot in Art.7 Abs.2 der Verordnung (EWG) Nr.1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft vom 15.10.1968 sei nicht verletzt.

### 3. Freier Warenverkehr

77. Die Antragstellerin vertrieb im Bundesgebiet aus anderen Mitgliedstaaten parallel- und reimportierte Arzneimittel, die in ihrer Bezeichnung geringfügig von den in der Bundesrepublik Deutschland von den Herstellern original vertriebenen Arzneimitteln abwichen, in ihrer Zusammensetzung hingegen absolut identisch waren. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht entschieden hatte, daß auch geringfügige Bezeichnungsabweichungen in den Namen von parallel- und reimportierten Arzneimitteln die Durchführung eines neuen Zulassungsverfahrens beim Bundesgesundheitsamt erforderlich machten<sup>160</sup>, untersagte der Antragsgegner der Antragstellerin das Inverkehrbringen solcher Arzneimittel und ordnete die sofortige Vollziehung an. Ihr Antrag nach §80 Abs.5 VwGO hatte Erfolg. Das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main kam nach summarischer Prüfung im Beschluß vom 24.4.1990 (V/2 H 2549/89 – EuZW 1990, 291 – nicht rechtskräftig) zu dem ausdrücklich als vorläufig bezeichneten Ergebnis, daß die Untersagungsverfügung rechtswidrig sei; es stellte sich

<sup>160</sup> Urteil vom 13.4.1989, EuZW 1990, 289.

dabei der erwähnten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts entgegen. Die Forderung, für parallel- bzw. reimportierte Arzneimittel, für die bereits eine inländische Zulassung bestehe, auch bei nur geringfügiger Bezeichnungsabweichung ein erneutes Zulassungsverfahren nach den §§21 ff. des Gesetzes über den Verkehr mit Arzneimitteln (AMG)<sup>161</sup> durchzuführen, lasse sich mit dem Vorschriften des EWG-Vertrages über den freien Warenverkehr nicht in Einklang bringen.

Anders als das Bundesverwaltungsgericht sah das Verwaltungsgericht Frankfurt in dem Zulassungserfordernis eine nach Art.30 EWG-Vertrag verbotene Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung, die auch nicht aus Gründen des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt sei. Letzteres könne nach der Rechtsprechung des EuGH nur angenommen werden, wenn zwischen dem im Inland bereits zugelassenen und dem parallelimportierten Arzneimittel therapeutisch relevante Unterschiede bestünden. Überdies sei durch die Apothekenpflicht der Gesundheitsschutz hinreichend sichergestellt.

Das Verwaltungsgericht verwies zur Begründung auch auf die Mitteilung der EG-Kommission über Parallelimporte von Arzneimittelspezialitäten, deren Inverkehrbringen bereits genehmigt ist<sup>162</sup>. Dieser komme zwar keine rechtliche Verbindlichkeit zu (Art.189 Abs.5 EWG-Vertrag). Der EuGH habe indessen entschieden, daß die nationalen Gerichte Empfehlungen zu berücksichtigen hätten, insbesondere wenn diese Aufschluß über die Auslegung nationaler Rechtsvorschriften geben könnten, die zu ihrer Durchführung erlassen worden seien, oder wenn sie die Ergänzung zwingender Gemeinschaftsvorschriften bezweckten<sup>163</sup>. Diese Grundsätze seien auch auf Mitteilungen der Kommission anzuwenden, in denen sie zum Ausdruck bringe, in welcher Weise sie die Vertragsregeln anzuwenden gedenke (*gemeinschaftsrechtliches soft law*).

Abschließend argumentierte die Kammer alternativ auf der Linie der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: Selbst wenn man es danach in Parallel- und Reimportfällen für gemeinschaftsrechtlich unbedenklich halten würde, ein erneutes Zulassungsverfahren nach dem Arzneimittelgesetz zu verlangen, käme dieses Erfordernis im Hinblick auf die derzeitige Zulassungspraxis des Bundesgesundheitsamts einer unverhältnismäßigen Behinderung des freien Warenverkehrs innerhalb der EWG

---

<sup>161</sup> Vom 24.8.1976 (BGBl.I, 2445); hier anwendbar in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 20.7.1988 (BGBl.I, 1050).

<sup>162</sup> ABl. 1982 Nr.C115/5.

<sup>163</sup> EuGH, EuZW 1990, 95.

gleich. Ein Zulassungsverfahren könne mehr als fünf Jahre dauern, obwohl §27 Abs.1 AMG entsprechend einer Richtlinienvorgabe von einer vier-, in Ausnahmefällen von einer siebenmonatigen Bearbeitungsfrist ausgehe. Die Nichtbeachtung der Fristen im Zulassungsverfahren verletze den EWG-Vertrag, sofern hiervon die Zulassung von Arzneimitteln aus anderen Mitgliedstaaten betroffen sei. Unter den Umständen des vorliegenden Falles ergebe sich daraus ein Anspruch auf zulassungsfreien Vertrieb der reimportierten Arzneimittel.

#### 4. Freizügigkeit

##### a) Aufenthaltsrecht

78. Ein italienischer Staatsangehöriger, der zumindest früher heroinsüchtig gewesen war und nun an Aids litt, wurde wegen eines Betäubungsmittelvergehens zu einer Bewährungsstrafe verurteilt. Anschließend wies ihn die Ausländerbehörde mit für sofort vollziehbar erklärter Verfügung aus und drohte ihm die Abschiebung an. Mit Beschluß vom 19.5.1989 gab der Bayerische Verwaltungsgerichtshof seiner Beschwerde im Verfahren nach §80 Abs.5 VwGO statt (10 CS 89.1202 – EZAR 124 Nr.10 = ZAR 1991, 186 mit Anm. von J. Hofmann). Aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten kämen nur aus spezialpräventiven Gründen in Betracht, wenn eine hinreichend konkrete Gefahr neuer Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung gegeben sei<sup>164</sup>. Bereits die Strafaussetzung zur Bewährung sei ein Anzeichen für das Fehlen einer Wiederholungsgefahr. Angesichts dessen und im Hinblick darauf, daß der Antragsteller unter Vorlage einer ärztlichen Bestätigung behauptet hatte, zumindest derzeit drogenunabhängig zu sein, hätte die Behörde die konkreten Einzelfallumstände prüfen müssen und sich nicht mit dem Erfahrungssatz begnügen dürfen, Heroinsüchtige würden rückfällig. Auch die Aids-Erkrankung des Ausländers ließ der Bayerische Verwaltungsgerichtshof als Ausweisungsgrund nicht ausreichen. Zwar sei es nach §10 Abs.1 Nr.9 AuslG 1965 ein Ausweisungstatbestand, wenn der Ausländer die öffentliche Gesundheit gefährde. Gegen Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats komme eine Ausweisung aber nur in Betracht, wenn die Immunschwäche bereits vor

---

<sup>164</sup> Vgl. dazu auch noch BVerwG, Beschluß vom 4.5.1990 (1 B 82/89), NVwZ-RR 1990, 649.

Erteilung der Aufenthaltserlaubnis aufgetreten sei<sup>165</sup>. Eine entsprechende Feststellung habe die Behörde nicht getroffen.

*b) Freizügigkeit der Arbeitnehmer*

79. Eine mit einem Deutschen verheiratete tschechoslowakische Staatsangehörige wurde, nachdem sie das erste juristische Staatsexamen bestanden hatte, von dem beklagten Land in ein Ausbildungsverhältnis für den höheren Justizdienst außerhalb eines Beamtenverhältnisses auf Widerruf übernommen. Mit ihrer Klage begehrte sie eine Unterhaltsbeihilfe in Höhe der Anwärterbezüge, wie sie Referendaren zustehen. Sie unterlag damit auch vor dem Oberverwaltungsgericht Münster. Im – nicht rechtskräftigen – Urteil vom 12.2.1990 (12 A 2363/87 – NVwZ 1990, 889) meinte das Gericht, der geltend gemachte Anspruch folge auch nicht aus Art.11 der Verordnung (EWG) Nr.1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft vom 15.10.1968. Ihrem Wortlaut nach gebe diese Vorschrift nur das Recht, eine bezahlte Tätigkeit aufzunehmen, nicht jedoch einen Anspruch auf dieselben finanziellen Zuwendungen, wie sie Inländer erhielten. Es könne dahinstehen, ob Art.11 dieser Verordnung im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH so verstanden werden müsse, denn der vorliegende Sachverhalt falle von vornherein nicht in seinen Anwendungsbereich. Die Klägerin sei nämlich zwar mit einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats verheiratet, lebe mit diesem jedoch in dessen Heimatland. Art.11 erfasse jedoch trotz seines scheinbar weiterreichenden Wortlauts aus systematischen und teleologischen Gründen nur den Fall, daß der Marktbürger mit seinem Ehegatten in einem anderen Mitgliedstaat als seinem Heimatstaat einer Erwerbstätigkeit nachgehe. Die Verordnung Nr.1612/68 gestalte auf der Grundlage des Art.48 EWG-Vertrag die Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus. Die durch ihren Art.11 den Familienangehörigen gewährten Vergünstigungen setzten voraus, daß dieses Freizügigkeitsrecht ausgeübt worden sei.

*c) Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit*

80. Im Urteil vom 28.3.1990 kam das Bundesarbeitsgericht zu dem Ergebnis, daß die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages über die Altersversorgung für Redakteure an Zeitschriften durch den Bundesar-

<sup>165</sup> Vgl. §12 Abs.6 Satz 2 AufenthG/EWG.



beitsminister auch nicht gegen Vorschriften des EWG-Vertrags verstoße (4 AZR 536/89 – AfP 1990, 232 [ausführlich] = NJW 1990, 3037 = NZA 1990, 781). Der beklagte Verlag hatte einen solchen Verstoß darin gesehen, daß die Allgemeinverbindlicherklärung der Klägerin, einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien im Pressebereich, die die betriebliche Altersversorgung für Redakteure durchführt, ein Vermittlungsmonopol für Versicherungsverträge gebe; ihm und seinen Redakteuren werde dadurch die Möglichkeit genommen, mit einem Versicherungsunternehmen ihrer Wahl zu kontrahieren. Das Bundesarbeitsgericht stellte fest, daß Tarifverträge zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen nicht unter das Kartellverbot des Art.85 EWG-Vertrag fielen. Somit kämen als Prüfungsmaßstab nur die Art.59ff. EWG-Vertrag in Betracht, die indessen offenkundig nicht verletzt seien. Unter Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft verstand das Bundesarbeitsgericht jedes Verbot oder jede Beschränkung der selbständigen Tätigkeit eines Leistungserbringers, die darin bestehe, daß er aufgrund einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift eines Mitgliedstaates, aufgrund der Anwendung einer solchen Vorschrift oder aufgrund von Verwaltungspraktiken anders behandelt werde als die eigenen Staatsangehörigen. Beschränkungen seien ferner alle Voraussetzungen, von denen die Erbringung von Dienstleistungen abhängt, soweit diese Voraussetzungen zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gälten, jedoch ausschließlich oder vorwiegend Ausländer in der Erbringung von Dienstleistungen beschränkten. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts sind Tarifverträge auch dann, wenn sie für allgemeinverbindlich erklärt werden, schon kein staatliches Recht, sondern von den Tarifvertragsparteien gesetzte Normen, deren Geltungsbereich durch die Allgemeinverbindlicherklärung nur auf vom Tarifvertrag nicht erfaßte Personen ausgedehnt werde<sup>166</sup>.

81. In dem bereits erwähnten Berufungsurteil vom 21.6.1990 [63] wies das Oberlandesgericht Karlsruhe die Rüge der beklagten Rechtsanwälte zurück, das Unterlassungsgebot verstoße gegen Europarecht. Die Art.52, 58 bis 60 EWG-Vertrag seien auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht anwendbar, weil es dabei um rein interne Verhältnisse eines Mitgliedstaats gehe. Marktbürger könnten sich gegenüber ihrem eigenen

---

<sup>166</sup> Vgl. BVerfGE 55, 7 (20f.). Es sind im Hinblick etwa auf das EuGH-Urteil vom 7.2.1991 (Rs.C-184/89 – EuZW 1991, 217) Zweifel angebracht, ob dies auch unter gemeinschaftsrechtlichem Blickwinkel so offenkundig war, daß das BAG von einer Vorlage nach Art.177 EWG-Vertrag absehen konnte.

Staat auf diese Vertragsbestimmungen nur berufen, wenn sie sich in einer vergleichbaren Situation befänden wie EG-Ausländer, weil sie in einem anderen Mitgliedstaat ansässig seien und dort eine nach Gemeinschaftsrecht anerkannte Qualifikation erworben hätten oder in einem anderen Mitgliedstaat wohnten<sup>167</sup>. Das Unterlassungsgebot betreffe im vorliegenden Fall in keiner Weise die Zusammenarbeit mit den französischen Rechtsanwälten. Es würde in gleicher Weise gelten, wenn die Beklagten einen vergleichbaren Kooperationsvertrag mit deutschen Anwälten geschlossen hätten und diese trotz Fehlens einer Sozietät als Partner bezeichnen würden. Auch abgesehen davon wären die Art.52, 58 bis 60 EWG-Vertrag nicht einschlägig, weil mit dem Klagebegehren Einschränkungen im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht verbunden seien.

## 5. Verkehr

82. Der Kläger wandte sich gegen den Widerruf von Güterfernverkehrsgenehmigungen nach §102b Abs.2 Nr.10 GüKG, weil die Möglichkeit bestehe, daß die Konzessionierung des Güterfernverkehrs demnächst im Rahmen der europäischen Verkehrswirtschaft abgeschafft werde und die Klägerin nicht gezwungen werden dürfe, ein Gewerbe aufzugeben, das sie alsbald frei werde ausüben können. Das Bundesverwaltungsgericht verneinte im Beschluß vom 14.6.1990 (7 B 81/90 – NVwZ-RR 1991, 63) den rechtsgrundsätzlichen Charakter der aufgeworfenen Frage (§132 Abs.2 Nr.1 VwGO). Auch eine neue europäische Verkehrspolitik, wie Art.75 EWG-Vertrag sie voraussetze, könne nicht auf einen Ordnungsrahmen für die Verkehrswirtschaft verzichten. Bevor nicht der Rat einen solchen Rahmen gesetzt habe, könnten die bestehenden nationalen Ordnungen nicht ersatzlos entfallen<sup>168</sup>. Im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung im Ausgangsfall sei ein solches eventuell mit einem Verzicht auf Kontingentierungen verbundenes neues europäisches Verkehrsrechtsrecht nicht absehbar gewesen.

<sup>167</sup> Vgl. dazu auch BVerwG, Urteil vom 26.6.1990 (1 C 22.88), NVwZ-RR 1991, 546.

<sup>168</sup> Im Urteil vom 7.11.1991 (Rs.C-17/90), EuZW 1992, 62 mit Anm. von M.W. Huff hat der EuGH dies der Sache nach bestätigt.

## 6. Kartellrecht

83. Das Oberlandesgericht München legte dem EuGH durch Beschluß vom 31.1.1990 (15 U 6478/87 – EuZW 1990, 196<sup>169</sup>) mehrere Fragen vor, welche die Vereinbarkeit des Arbeitsvermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit (§§4, 13 AFG) mit dem Gemeinschaftsrecht betrafen, soweit es sich auch auf Führungskräfte erstreckt. Das klagende deutsche Personalberatungsunternehmen hatte von einer deutschen Firma die Zahlung des vertraglich vereinbarten Honorars für die Präsentation eines Bewerbers für eine Abteilungsleiterstelle gefordert. Der Erfolg der Klage hing davon ab, ob der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nach §134 BGB in Verbindung mit §13 AFG nichtig war. Das Oberlandesgericht wollte wissen, ob die Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft eine Dienstleistung im Sinne des Art.60 EWG-Vertrag sei, ob sie als solche mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei (Art.66, 55 EWG-Vertrag), ob Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit das Arbeitsvermittlungsverbot insoweit rechtfertigten (Art.66, 56 Abs.1 EWG-Vertrag), ob Art.59 ff. und Art.7 EWG-Vertrag auch für einen rein deutschen Sachverhalt gälten und schließlich, ob sich ein Arbeitsvermittlungsmonopol für Führungskräfte auch im Hinblick auf Art.90 Abs.2 EWG-Vertrag als eine mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Art.86 EWG-Vertrag) darstelle. Mit Urteil vom 23.4.1991 (Rs.C-41/90)<sup>170</sup> hat der EuGH nunmehr geantwortet: Art.7, 59 EWG-Vertrag seien nach ständiger Rechtsprechung nicht auf Betätigungen anwendbar, deren sämtliche Elemente nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinauswiesen. Eine öffentlichrechtliche Anstalt für Arbeitsvermittlung unterliege jedoch dem Verbot des Art.86 EWG-Vertrag, soweit die Anwendung dieser Vorschrift nicht die Erfüllung der ihr übertragenen besonderen Aufgabe verhindere (Art.90 Abs.2 EWG-Vertrag). Ein Mitgliedstaat, der einer solchen Anstalt ein Arbeitsvermittlungsmonopol eingeräumt habe, verstoße gegen Art.90 Abs.1 EWG-Vertrag, wenn er eine Lage schaffe, in der die Anstalt zwangsläufig gegen Art.86 EWG-Vertrag verstoßen müsse.

84. Mit Urteil vom 30.1.1990 (8 U 204/89 – EuZW 1990, 102) entschied das Oberlandesgericht Karlsruhe, daß der Bierlieferungsvertrag mit Alleinbezugsvereinbarung, dessen Wirksamkeit zwischen den Parteien

<sup>169</sup> Zur Vorgeschichte vgl. W. Hummer [u.a.], *Europarecht in Fällen* (1991), 117.

<sup>170</sup> EuGRZ 1991, 162. Dazu E. Eichenhofer, *Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit und das EG-Recht*, NJW 1991, 2857.

streitig war, nicht unter Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag falle. Es handle sich um eine rein innerstaatliche Vereinbarung, der eine zwischenstaatliche, spürbar handelsbeeinträchtigende Wirkung nur ausnahmsweise nach der sogenannten Bündeltheorie beigemessen werden könne, wenn eine Vielzahl gleichartiger Verträge kumulative Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hätten. Das Oberlandesgericht hielt den Parteivortrag in dieser Hinsicht für unsubstantiiert. Im übrigen ging es davon aus, daß der Bierbezugsvertrag aufgrund der Gruppenfreistellungsverordnung Nr.1984/83<sup>171</sup> ohnehin vom Kartellverbot freigestellt sei.

Das Oberlandesgericht Frankfurt hatte mit Beschluß vom 13.7.1989 dem EuGH zahlreiche Fragen zur Vereinbarkeit eines Bierlieferungsvertrages mit Alleinbezugsvereinbarung mit Art.85 EWG-Vertrag vorgelegt<sup>172</sup>. Am 28.2.1991 erging dazu die Vorabentscheidung des EuGH<sup>173</sup>, die einige wichtige Klarstellungen brachte.

## 7. Beihilfen

85. Das Verwaltungsgericht Mainz setzte sich im – nicht rechtskräftigen – Urteil vom 7.6.1990 (1 K 103/89 – EuZW 1990, 389) mit dem Problem der Rückforderung von Beihilfen auseinander, die das Land Rheinland-Pfalz unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht einer Aluminiumhütte gewährt hatte<sup>174</sup>. Die Kommission hatte mit der an die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Entscheidung 86/60 vom 14.12.1985 bestandskräftig festgestellt, daß die Beihilfengewährung mit Art.92, 93 Abs.3 EWG-Vertrag unvereinbar sei und daß die Beihilfe daher zurückgefordert werden müsse<sup>175</sup>. Da die Bundesrepublik Deutschland keine Maßnahme traf, um die Rückzahlung der Beihilfe zu erreichen, wurde sie vom EuGH einer Vertragsverletzung für schuldig befunden.

<sup>171</sup> ABl. Nr.L 173/5.

<sup>172</sup> EuZW 1990, 101. Dazu H.U. Bühler, Bierbezugsverträge und EG-Recht, EuZW 1990, 86.

<sup>173</sup> Rs.C-234/89, EuZW 1991, 376. Dazu T.F. Jehle, Bierbezugsverträge und Gemeinschaftsrecht, EuZW 1991, 372; C.T. Ebenroth/A. Rapp, Alleinbezugsverträge und EG-Kartellrecht, JZ 1991, 962.

<sup>174</sup> Zur Rückforderung einer Denaturierungsprämie wegen nicht ordnungsgemäßer Denaturierung vgl. VGH Kassel, Urteil vom 22.1.1990 (8 UE 1215/84), NVwZ 1990, 883; zur Rückforderung von Ausfuhrerstattungen vgl. BFH, Urteil vom 26.6.1990, BFHE 161, 221. Vgl. auch J. Schmidt-Rantsch, Zur Behandlung EG-widriger Beihilfen, EuZW 1990, 376.

<sup>175</sup> ABl. 1986 Nr.L 72/30.

den<sup>176</sup>. Der EuGH betonte, daß sich ein Mitgliedstaat in einem Rückforderungsfall allein darauf berufen könne, ihm sei die richtige Durchführung der Kommissionsentscheidung absolut unmöglich. Stöße ein Mitgliedstaat dabei nur auf unvorhergesehene und unvorhersehbare Schwierigkeiten, müßten er und die Kommission gemäß dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art.5 EWG-Vertrag) redlich zusammenwirken, um die Schwierigkeiten unter vollständiger Beachtung des EWG-Vertrages, insbesondere seiner Art.92 ff., zu überwinden. Dieser Verpflichtung war die Bundesrepublik nicht nachgekommen.

Daraufhin nahm das Land Rheinland-Pfalz im September 1989 die Bewilligungsbescheide zurück und forderte den Zuwendungsbetrag zurück. Die dagegen gerichtete Klage der Aluminiumhütte hatte Erfolg. Das Verwaltungsgericht Mainz ging davon aus, daß die Rückabwicklung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen nach nationalem Recht erfolge. Dies dürfe freilich nicht dazu führen, daß die Verwirklichung der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen praktisch unmöglich werde. Im vorliegenden Fall richtete sich die Rücknahme der rechtswidrigen Bewilligungsbescheide nach §48 Abs.1 Satz 2 VwVfG. Das Verwaltungsgericht ließ dahinstehen, ob die Klägerin sich auf ein schutzwürdiges Vertrauen oder den Wegfall der Bereicherung berufen könne, da jedenfalls die Rücknahmefrist des §48 Abs.4 Satz 1 VwVfG versäumt worden sei. Das Land habe spätestens zu dem Zeitpunkt von der Rechtswidrigkeit der der Klägerin gewährten Beihilfe Kenntnis erlangt, als ihm die Bestandskraft der Kommissionsentscheidung vom 14.12.1985 bekannt wurde<sup>177</sup>, also im Juni 1986. Das Verwaltungsgericht ließ es nicht zu, daß das Land sich auf das Urteil des EuGH vom 2.2.1989 berief. Diesem seien keine neuen Erkenntnisse über Art und Umfang der gemeinschaftsrechtlichen Pflichten der Bundesrepublik oder des Landes und über die gemeinschaftsrechtlichen Einschränkungen zu entnehmen, denen die Anwendung des §48 VwVfG unterworfen sei. Dazu sei alles bereits in der grundlegenden Entscheidung des EuGH vom 21.9.1983<sup>178</sup> gesagt worden.

Der Lösungsansatz des Verwaltungsgerichts ist fragwürdig, weil er den nationalen Behörden die Möglichkeit gibt, durch eine Verzögerungstaktik letztlich sicherzustellen, daß das begünstigte Unternehmen die gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe behalten kann; damit könnten die Art.92, 93 EWG-Vertrag ihrer praktischen Wirkung beraubt werden. In einem ähn-

---

<sup>176</sup> EuGH, Urteil vom 2.2.1989 (Rs.94/87), EuZW 1990, 387.

<sup>177</sup> Vgl. dazu auch VG Köln, EuZW 1990, 387.

<sup>178</sup> Slg. 1983, 2633.

lich gelagerten Fall, in dem sich die Bundesrepublik auf den Ablauf der Frist des §48 Abs.4 Satz 1 VwVfG zur Rechtfertigung dafür berufen hatte, daß das zuständige Land die Beihilfe nicht rückabgewickelt hatte, erkannte der EuGH dann auch auf Vertragsverletzung<sup>179</sup>. Dort heißt es, der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz des Schutzes legitimen Vertrauens schränke die Rückabwicklungspflicht zwar ein. Vertrauensschutz komme aber solchen Unternehmen prinzipiell nicht zu, die Beihilfen ohne Einhaltung des in Art.93 EWG-Vertrag vorgesehenen Verfahrens erhalten hätten. In einem solchen Fall könne sich ein Mitgliedstaat auch nicht auf Regelungen seines Verwaltungsverfahrensrechts berufen, um sich den aus dem Gemeinschaftsrecht folgenden Rückabwicklungspflichten zu entziehen.

86. Mit Urteil vom 20.3.1990 (VII R 92/88 – BFHE 161, 207 = HFR 1991, 5 = RIW 1990, 844) entschied der Bundesfinanzhof, daß das Gemeinschaftsrecht wegen seines Vorrangs vor nationalem Recht nicht bereits dann unanwendbar sei, wenn ihm der nationalrechtliche Grundsatz des Vertrauensschutzes entgegenstehe. Dieser Grundsatz sei jedoch auch Bestandteil des Gemeinschaftsrechts und als solcher vom Hauptzollamt bei der Berechnung der Ausfuhrerstattungen zu beachten. Freilich könne eine gegen das Gemeinschaftsrecht verstößende Behördenpraxis niemals eine gemeinschaftsrechtlich geschützte Rechtsposition begründen. Dies gelte selbst dann, wenn die Praxis langjährig gewesen, überraschend aufgegeben und von der Kommission niemals beanstandet worden sei. Unerheblich sei selbst der Umstand, daß der Betroffene im Vertrauen auf diese Praxis Dispositionen getroffen habe.

87. Durch das Gesetz zur Einführung eines zusätzlichen Schiffsregisters für Seeschiffe unter der Bundesflagge im internationalen Verkehr<sup>180</sup> wurde das Internationale Seeschiffsregister als Zweitregister für deutsche Schiffe geschaffen. Auf diese Weise wurde es Reedern ermöglicht, ausländische Seeleute ohne Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt im Inland nach ausländischem Recht und zu ausländischen Konditionen zu beschäftigen. Als eine Reederei philippinische Seeleute einstellen und auf einem solchen Schiff einsetzen wollte, verweigerte ihr Seebetriebsrat die Zustimmung. Im Zustimmungseretzungsverfahren nach §99 Abs.4 BetrVG legte das Arbeitsgericht Bremen dem EuGH mit Beschluß vom 9.10.1990 (2 BV 31/90 – EuZW 1991, 382) die Frage vor, ob die Regelungen über das Zweitregister mit Art.92 und Art.117 EWG-Vertrag vereinbar seien.

<sup>179</sup> Urteil vom 20.9.1990 (Rs.C-5/89), NVwZ 1990, 1161.

<sup>180</sup> Vom 23.3.1989 (BGBl.I, 550).

Das Arbeitsgericht sah in der Befreiung von deutschem Arbeits- und Sozialrecht eine unzulässige Beihilfe an die deutschen Reeder. Der Gesetzgeber habe es ihnen ermöglicht, weiter vom Goodwill der deutschen Flagge zu profitieren, die damit verbundenen Kosten jedoch teilweise zu vermeiden. Zugleich fördert das Zweitregister nach Ansicht des vorliegenden Gerichts den Unterbietungswettbewerb im Gemeinsamen Markt durch Einsatz von schlechtgestellten Arbeitskräften aus Drittstaaten und führt damit zu einem »Sozialdumping«, das gegen Art.117, 118 EWG-Vertrag verstößt.

### 8. Soziale Sicherheit

88. Das Bundessozialgericht entschied auf der Grundlage einer Vorabentscheidung des EuGH<sup>181</sup> mit Urteil vom 30.5.1990 (10 RKg 7/90 – EuZW 1990, 484<sup>182</sup>), daß bei der Kindergeldgewährung arbeitslose Kinder eines Wanderarbeitnehmers auch dann zu berücksichtigen seien, wenn sie im Heimatstaat lebten, obgleich §2 Abs.5 Satz 1 BKGG solche Kinder von der Berücksichtigung ausschließe. Nach Art.74 Abs.1 der Verordnung (EWG) Nr.1408/71 vom 14.6.1971 stehe der Aufenthalt des Kindes in Italien nämlich dem Aufenthalt in der Bundesrepublik gleich, und zwar auch insoweit, als die Leistungsgewährung davon abhängе, daß der Familienangehörige als Arbeitsloser der Arbeitsvermittlung im Inland zur Verfügung stehe. Diese Voraussetzung sei kraft vorrangigen Gemeinschaftsrechts auch dann als erfüllt anzusehen, wenn er der Arbeitsvermittlung des Mitgliedstaats zur Verfügung stehe, in dem er wohne. Der Senat sei an die entsprechende Beantwortung der Vorlagefrage durch den EuGH gebunden. Bei der Prüfung der Frage, ob das Kind der Arbeitsvermittlung im Heimatstaat zur Verfügung stehe, können nach Ansicht des Bundessozialgerichts die dortigen Verhältnisse nicht völlig außer acht gelassen werden. Eine buchstabengetreue Anwendung der im Arbeitsförderungsgesetz festgelegten Kriterien sei nicht zu verlangen, solange feststehe, daß das Kind als arbeitslos gemeldet sowie bereit und in der Lage sei, den Arbeitsangeboten der Arbeitsverwaltung nach den im Wohnsitzland üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes nachzukommen.

89. Im Urteil vom 12.12.1990 (11 RAr 141/90 – BSGE 68, 75) legte das Bundessozialgericht Art.71 Abs.1 Buchst.b Ziff.ii der Verordnung (EWG) Nr.1408/71 in einem Fall aus, in dem es um Arbeitslosengeld

<sup>181</sup> Urteil vom 22.2.1990 (Rs.C-12/89), NZA 1990, 581.

<sup>182</sup> Im gleichen Sinne BSG, Urteil vom 22.8.1990 (10 RKg 29/88), BSGE 67, 194.

nach Rückkehr von einer Beschäftigung in Großbritannien ging. Der Anspruch der Klägerin hing davon ab, ob sie während ihrer Auslandsbeschäftigung im Inland gewohnt hatte (unechte Grenzgängerin). Nach Ansicht des erkennenden Senats bedarf der Begriff des Wohnens bei unechten Grenzgängern einer eigenständigen Auslegung, weil dieser Personenkreis dadurch gekennzeichnet ist, daß er für die Dauer der Beschäftigungszeit im Beschäftigungsstaat lebt. Im Anschluß an die Rechtsprechung des EuGH wies das Bundessozialgericht darauf hin, daß Art.71 der Verordnung sicherstellen wolle, daß dem Arbeitnehmer die Leistungen bei Arbeitslosigkeit unter den für die Arbeitssuche günstigsten Bedingungen gewährt werde, d.h. von dem Staat, in dem die besten Aussichten für eine berufliche Wiedereingliederung bestünden. Andererseits dürfe Art.71 nicht zu weit ausgelegt werden, weil er für den Staat des Wohnorts eine Leistungspflicht begründe, obwohl der Arbeitslose seine Beiträge in einem anderen Mitgliedstaat abgeführt habe. Zur Begründung dafür, daß die Klägerin während ihrer immerhin 21-monatigen Auslandstätigkeit noch im Inland gewohnt habe, stellte der Senat im Anschluß an die von ihm eingeholte Vorabentscheidung des EuGH<sup>183</sup> auf folgende Umstände ab: Die Tätigkeit der Klägerin in Großbritannien habe einem von vornherein nur begrenzten Zweck (akademischer Austausch) gedient und sich in einem für diesen Zweck üblichen Rahmen gehalten; sie sei nicht darauf ausgerichtet gewesen, im ausländischen Arbeitsmarkt Fuß zu fassen; die Klägerin habe intensive Beziehungen zu ihrer Wohnung und ihrem Umfeld in Deutschland aufrechterhalten und sei nach dem Ende der Beschäftigung sofort zurückgekehrt.

#### 9. Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art.119 EWG-Vertrag)

90. Die Versorgungsordnung des beklagten Unternehmens sah vor, daß Teilzeitbeschäftigte mit regelmäßig weniger als dreißig Wochenstunden keine Versorgungsansprüche erwerben sollten. Das Bundesarbeitsgericht erklärte im Urteil vom 23.1.1990 (3 AZR 58/88 – NZA 1990, 778) diese Ausnahmebestimmung nach §134 BGB für nichtig, weil sie gegen Art.119 EWG-Vertrag verstoße. Das dort festgelegte Lohnleichheitsgebot gelte für betriebliche Versorgungsleistungen und stehe auch einer mittelbaren Diskriminierung entgegen. Eine mittelbare Diskriminierung sei nach der Rechtsprechung des EuGH gegeben, wenn eine Regelung zwar unter-

<sup>183</sup> Urteil vom 13.11.1990 (Rs.C-216/89), EuZW 1991, 28.



schiedslos auf Männer und Frauen anzuwenden sei, jedoch für die Personen eines Geschlechts wesentlich nachteiligere Wirkungen entfalte als für die anderen und diese nachteiligen Wirkungen auf dem Geschlecht oder der Geschlechtsrolle beruhten. Angesichts des Umstandes, daß die überwiegende Mehrheit der bei der Beklagten teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer mit weniger als dreißig Wochenstunden Frauen waren, sah das Bundesarbeitsgericht den Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung erfüllt. Für diese hätten auch keine objektiv rechtfertigenden Gründe bestanden. Solche seien nämlich nur anzuerkennen, wenn die unterschiedliche Behandlung einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens diene, für die Erreichung der unternehmerischen Ziele geeignet und nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit erforderlich seien.

In einem gleichgelagerten Fall, der vom Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 20.11.1990 (3 AZR 613/89 – BB 1991, 1570 = NZA 1991, 635) nach den gleichen Grundsätzen entschieden wurde, betonte der Senat, daß der Beklagten auch nach Gemeinschaftsrecht keine Übergangsfrist zur Anpassung ihrer Versorgungsordnung einzuräumen sei.

91. Um mittelbare Diskriminierung im Bereich der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ging es im Urteil des Arbeitsgerichts Oldenburg vom 14.12.1989 (3 Ca 50/88 – NZA 1990, 438 = Streit 1991, 66 mit Anm. von H. Dieball). Die Klägerin, die bei der Beklagten mit einer regelmäßigen Wochenarbeitszeit von zehn Stunden beschäftigt war, begehrte Lohnfortzahlung für einen Zeitraum, in dem sie arbeitsunfähig erkrankt war. Die Beklagte berief sich auf §1 Abs.3 Nr.2 LohnFG, der für ein Beschäftigungsverhältnis der vorliegenden Art die Lohnfortzahlung ausschließt. Nach Einholung einer Vorabentscheidung<sup>184</sup> stellte das Arbeitsgericht fest, daß §1 Abs.3 Nr.2 LohnFG mit Art.119 EWG-Vertrag unvereinbar und daher nicht anzuwenden sei; die Klage sei daher nach §1 Abs.1 LohnFG begründet. Die mittelbare Diskriminierung erkannte das Gericht darin, daß in der Gruppe der von der Ausschlußregelung betroffenen Arbeitnehmer Frauen stark überrepräsentiert seien. Teilzeitarbeit sei typischerweise Frauenarbeit, weil sie gerade für verheiratete Frauen die meist einzige Möglichkeit biete, Beruf und Familie in Einklang zu bringen. Es sei nicht anders als mit dem Geschlecht oder der Geschlechterrolle zu erklären, daß Frauen stärker von §1 Abs.3 Nr.2 LohnFG betroffen seien. Eine objektive Rechtfertigung dafür gebe es nicht<sup>185</sup>.

<sup>184</sup> EuGH, Urteil vom 13.7.1989, NZA 1990, 437.

<sup>185</sup> Weiterer Fall mittelbarer Diskriminierung: LAG Berlin, Urteil vom 30.1.1990 (8 Sa 86/89), LAGE BetrVG 1972 §37, 32 = NZA 1990, 578 (Leitsätze).

## 10. Vorabentscheidungsverfahren (Art.177 EWG-Vertrag)

92. Nach dem Absatzfondsgesetz (AbsfondsG) vom 26.6.1969<sup>186</sup> wird von Betrieben der Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft eine Sonderabgabe erhoben, mit deren Aufkommen der Absatz von Produkten der deutschen Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft zentral gefördert und ihre Marktstellung in der EWG gefestigt werden soll. Im Beschluß vom 31.5.1990 (2 BvL 12,13/88, 2 BvR 1436/87 – BVerfGE 82, 159 = BayVBl. 1991, 239 = DVBl. 1990, 984 = EuGRZ 1990, 377 = NVwZ 1991, 53) hatte das Bundesverfassungsgericht darüber zu befinden, ob diese Sonderabgabe verfassungsgemäß sei. Die Beschwerdeführerin hatte unter anderem gerügt, das AbsfondsG sei mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar; ihre Belastung mit der Abgabe verletze daher Art.2 Abs.1 GG. Außerdem machte sie eine Verletzung des Art.101 Abs.1 Satz 2 GG wegen Nichteinholung einer Vorabentscheidung des EuGH geltend.

Beide Rügen blieben erfolglos. In bezug auf die erste führte der Senat aus, sie sei jedenfalls unbegründet. Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde sei das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung der Frage, ob eine innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit einer vorrangigen Bestimmung des europäischen Gemeinschaftsrechts unvereinbar sei und ob ihr deshalb die Geltung<sup>187</sup> versagt werden müsse, nicht zuständig. Eine Entscheidung über diese Normenkollision sei der umfassenden Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der zuständigen Gerichte überlassen. Diese Begründung hätte den Senat eigentlich dazu führen müssen, die Rüge als unzulässig zu behandeln. Jedenfalls ist erstmalig in dieser Deutlichkeit entschieden worden, daß eine Verfassungsbeschwerde insoweit keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat, als sie darauf gestützt wird, der belastende Hoheitsakt verstoße gegen Gemeinschaftsrecht<sup>188</sup>. Das Bundesverfassungsgericht würde sonst zur Superrevisionsinstanz in EG-Sachen werden.

Damit bleibt demjenigen, der sich von einer deutschen Stelle gemeinschaftsrechtswidrig behandelt sieht, nur die Möglichkeit, darauf zu dringen, daß die Fachgerichte eine Vorabentscheidung des EuGH einholen und sodann dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts Geltung verschaffen. Hierbei steht ihm das Bundesverfassungsgericht zur Seite,

<sup>186</sup> BGBl.I, 635.

<sup>187</sup> Gemeint ist »Anwendung« (BVerfGE 75, 223 [244]).

<sup>188</sup> Demgegenüber kann nach wie vor gerügt werden, der belastende Hoheitsakt verletze eine allgemeine Regel des Völkerrechts (Art.25 GG) (vgl. BVerfG, EuGRZ 1985, 654 – *Pakelli*).

indem es den EuGH als gesetzlichen Richter (Art.101 Abs.1 Satz 2 GG) einstuft<sup>189</sup>. Der Senat betonte im Absatzfondsfall erneut die Verschränkung und wechselseitigen Einwirkungen von mitgliedstaatlicher Rechtsordnung und Gemeinschaftsrechtsordnung, die sich im arbeitsteiligen Zusammenwirken zwischen EuGH und nationalen Gerichten verwirklichten. Der EuGH stelle dem nationalen Richter nach Art.177 EWG-Vertrag einen bisher zweifelhaften Rechtsmaßstab in einer für die Gemeinschaft einheitlichen Auslegung zur Verfügung, den dieser dann zusammen mit dem einschlägigen nationalen Recht zur Entscheidung des anhängigen Einzelfalles anwende. Ein letztinstanzliches nationales Gericht sei unter den Voraussetzungen des Art.177 Abs.3 EWG-Vertrag von Amts wegen gehalten, den EuGH anzurufen. Diese Verpflichtung werde kraft der durch die Zustimmungsgesetze gemäß Art.24 Abs.1, Art.59 Abs.2 Satz 1 GG erteilten Rechtsanwendungsbefehle Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland und sei von ihren Gerichten zu beachten; die Vorlagepflicht werde durch Art.101 Abs.1 Satz 2 GG bestärkt.

Die Gewährleistung des Art.101 Abs.1 Satz 2 GG kann nicht weiter reichen als die Vorlagepflicht, die nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>190</sup> dann nicht besteht, wenn die gemeinschaftsrechtliche Frage nicht entscheidungserheblich ist, wenn sie bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH war oder wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt. Ein letztinstanzliches nationales Gericht darf einen vernünftigen Zweifel nur dann verneinen, wenn es überzeugt ist, daß auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den EuGH die gleiche Gewißheit bestünde.

Das Bundesverfassungsgericht überprüft im Rahmen des Art.101 Abs.1 Satz 2 GG nur, ob diese Regeln zur Bestimmung der Vorlagepflicht in offensichtlich unhaltbarer Weise gehandhabt wurden. Im vorliegenden Fall konkretisierte der erkennende Senat diesen Kontrollmaßstab in folgender Weise: Die Vorlagepflicht werde insbesondere dann offensichtlich unhaltbar gehandhabt, wenn ein letztinstanzliches Hauptsachegericht eine Vorlage trotz der – seiner Auffassung nach bestehenden – Entscheidungserheblichkeit der gemeinschaftsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung ziehe, obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hege. Gleiches gelte bei bewußtem Abweichen von der

<sup>189</sup> BVerfGE 73, 339 (366 ff.); 75, 223 (233 f.).

<sup>190</sup> Urteil vom 6.10.1982 (Rs.283/81), Slg. 1982, 3415 (3430 f.).

Rechtsprechung des EuGH ohne (nochmalige) Vorlage<sup>191</sup>. Liege zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des EuGH noch nicht vor oder habe dieser sie möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet oder erscheine eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des EuGH nicht nur als entfernte Möglichkeit, so werde Art.101 Abs.1 Satz 2 EWG-Vertrag nur dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten habe. Dies könne insbesondere dann angenommen werden, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen seien<sup>192</sup>. An diesen Maßstäben gemessen verletzte der angegriffene Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts Art.101 Abs.1 Satz 2 GG nicht.

Das vorausliegende Berufungsurteil des Hessischen Verwaltungsgeschichtshofs konnte nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bereits deshalb nicht gegen Art.101 Abs.1 Satz 2 GG verstoßen, weil dieser gemäß Art.177 Abs.2 EWG-Vertrag zur Vorlage an den EuGH lediglich berechtigt, nicht aber verpflichtet war. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs sei nämlich mit dem Rechtsbehelf der Nichtzulassungsbeschwerde angreifbar. Die von der Beschwerdeführerin gerügten europarechtlichen Fragen beträfen revisibles Bundesrecht im Sinne von §137 Abs.1 Nr.1 VwGO. Rechtsfragen aus dem Bereich des Gemeinschaftsrechts seien bereits dann grundsätzlich im Sinne von §132 Abs.2 Nr.1 VwGO und eröffneten damit den Revisionsrechtsweg, wenn sich voraussichtlich in einem künftigen Revisionsverfahren die Notwendigkeit ergeben würde, eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen<sup>193</sup>.

93. Die Zuständigkeit des EuGH zur autoritativen Auslegung des Gemeinschaftsrechts hatte in dem bereits erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.11.1990<sup>194</sup> Rückwirkungen auf das nationale

<sup>191</sup> Vgl. BVerfGE 75, 223.

<sup>192</sup> Gleiches dürfte gelten, wenn das letztinstanzliche Gericht sich auf die schlichte Behauptung beschränkt, einen vernünftigen Zweifel an der richtigen Auslegung des EWG-Vertrags gebe es nicht, und für den EuGH und die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten bestünde die gleiche Gewißheit, ohne sich in irgendeiner Weise mit der von gewichtigen Literaturstimmen vertretenen Gegenansicht auseinanderzusetzen (Beispiel: das BFH-Urteil oben Nr.75; sorgfältiger BGH, Urteil vom 15.1.1990 – II ZR 164/88 – BGHZ 110, 47, 68 ff.).

<sup>193</sup> Vgl. dazu auch BVerwG, Beschluß vom 15.5.1990 (1 B 64.90), InfAuslR 1990, 293.

<sup>194</sup> Siehe oben Nr.67.

Recht. Die Sache war zum zweiten Mal vor dem Bundesverwaltungsgericht, nachdem dieses in einem ersten Revisionsverfahren zurückverwiesen hatte. In entsprechender Anwendung des §144 Abs.6 VwGO wäre der Senat eigentlich an sein früheres Revisionsurteil gebunden gewesen. Diese Bindung soll seiner Ansicht nach aber nicht bestehen, wenn es sich um die Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Norm handelt und zwischenzeitlich der EuGH in einem von der ersten Revisionsentscheidung abweichenden Sinne entschieden hat. Art.177 EWG-Vertrag spreche dem EuGH die abschließende Entscheidungsbefugnis über die Auslegung des primären sowie die Gültigkeit und Auslegung des sekundären Gemeinschaftsrechts zu. Dieses gemeinschaftsrechtlich verankerte Rechtsprechungsmonopol des Gerichtshofs qualifiziere ihn insoweit als gesetzlichen Richter. Der Senat ließ offen, ob diese Überlegungen eine Aufhebung der Selbstbindung des Revisionsgerichts auch in Fällen rechtfertigen könnten, in denen dieses bei seiner ersten Entscheidung entweder bereits vorliegende Urteile des EuGH übersehen oder die Zweifelhaftigkeit einer entscheidungserheblichen gemeinschaftsrechtlichen Frage und damit die Notwendigkeit einer Vorlage nach Art.177 Abs.3 EWG-Vertrag nicht erkannt habe.

### *XI. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung*

#### 1. Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur Deutschen Demokratischen Republik

94. Am 17.2.1990 war es zwischen zwei in der Bundesrepublik Deutschland zugelassenen Fahrzeugen auf dem Gebiet der DDR zu einem Verkehrsunfall gekommen. Das Bayerische Oberste Landesgericht hatte nach §36 Nr.3 ZPO zu klären, ob für eventuelle Schadensersatzansprüche der gemeinschaftliche besondere Gerichtsstand des Unfallorts (§32 ZPO, §20 StVG) gegeben sei. Es verneinte die Frage im Beschluß vom 13.6.1990 (AR 1 Z 56/90 – BayObLGZ 1990, 159). Der Unfallort habe im Gebiet der DDR gelegen, die zwar grundsätzlich im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland nicht als Ausland anzusehen sei, aber auch für Zwecke der ZPO nicht stets als Inland betrachtet werden dürfe. Es komme vielmehr jeweils auf den Regelungszusammenhang an. Für die Bestimmung des zuständigen Gerichts müsse darauf abgestellt werden, daß die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen den Gerichten der Bundesrepublik und der DDR keine Frage der örtlichen Zuständigkeit sei. In beiden deutschen Staaten bestehe derzeit noch keine einheitliche Rechts-

pflüge. Die Gerichtsbarkeiten wiesen wesentliche Unterschiede auf; auch inhaltlich unterschieden sich die jeweils geltenden Rechtsordnungen erheblich. Von dieser Rechtslage gehe auch der Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik<sup>195</sup> aus. Solange die dort in Art.4 vorgesehene Rechtsanpassung nicht stattgefunden habe, verbleibe es bei dem Grundsatz, daß die Gerichte der DDR als Gerichte eines anderen Staates anzusehen seien, an die ein Rechtsstreit nicht verwiesen werden könne.

95. Zwei Wochen danach beurteilte das Stadtgericht Berlin (Ost) die Inhaftnahme einer inzwischen in der DDR heimisch gewordenen ehemals Westdeutschen, gegen die wegen terroristischer Straftaten ein Haftbefehl des Bundesgerichtshofs vorlag. Mit Beschluß vom 27.6.1990 (BSR 172.90 – ROW 1990, 311) entschied das Gericht, daß gegen die Beschwerdeführerin keine Auslieferungshaft angeordnet werden könne, da sie bei keiner Betrachtungsweise Ausländerin sei. Ihr sei zwischenzeitlich die Staatsbürgerschaft der DDR verliehen worden. Im Sinne des Art.116 Abs.1 GG besitze sie die deutsche Staatsangehörigkeit. Das Stadtgericht entschied dann jedoch, daß der Haftbefehl des Bundesgerichtshofs als Form direkter Rechtshilfe der Beschwerdeführerin zu verkünden und sie kraft dieses Haftbefehls weiterhin in Haft zu halten sei. Andernfalls würde für Straftäter im Hinblick auf die nunmehr offene Grenze ein rechtsfreier Raum zugelassen. Mit dem Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion sei ein bedeutsamer Schritt in Richtung auf die Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands vollzogen worden. Das Gesetz zur Änderung und Ergänzung der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik (Verfassungsgrundsätze)<sup>196</sup> schreibe den Richtern vor, die Verfassung entsprechend diesem Verfassungsgesetz anzuwenden. Im Hinblick auf die im Verfassungsgrundsätze-Gesetz sowie die im genannten Vertrag zum Ausdruck kommende Intention, die deutsche Einheit herzustellen, sei das Verhältnis der beiden deutschen Staaten neu zu beurteilen. Nunmehr stehe das Auslieferungsverbot in Art.33 Abs.2 DDR-Verfassung der Gewährung direkter Rechtshilfe der Staatsanwaltschaften und Gerichte der DDR und der Bundesrepublik Deutschland auf gegenseitiger Basis auch bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen nicht mehr entgegen, soweit diese bisher daran gescheitert sei, daß die Bundesrepublik Deutschland im Verhältnis zur DDR als auswärtige Macht be-

<sup>195</sup> Vom 18.5.1990 (BGBl.II, 537).

<sup>196</sup> Vom 17.6.1990 (GBl.DDR 1990, 299).

trachtet worden sei. Im gegenwärtigen Übergangsstadium zur staatlichen Einheit dürfe die Rechts- und Amtshilfe nicht mehr vorrangig nach den Maßstäben der Beziehungen zu anderen Staaten, sondern müsse zunehmend nach innerstaatlichen Grundsätzen betrachtet werden.

96. Der Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof nahm diese Argumentation des Stadtgerichts Berlin (Ost) in einem Beschluß vom 20.7.1990 (I BGs 200/90 – DtZ 1990, 214 = MDR 1990, 937 = NStZ 1990, 500) auf, der dieselbe Beschuldigte betraf. Diese hatte sich noch in der DDR einen dort zugelassenen Rechtsanwalt zum Verteidiger gewählt und begehrte die Erlaubnis zu einem unüberwachten Verteidigergespräch. Der Ermittlungsrichter erteilte diese Erlaubnis. Zwar hätten DDR-Anwälte bisher nur in den Schranken des §138 Abs.2 StPO als Wahlverteidiger zugelassen werden dürfen. Diese Situation habe sich indessen durch die Ratifikation des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion grundlegend gewandelt. In Art.21 (§1) des Gesetzes vom 25.6.1990, mit dem Bundestag und Bundesrat dem Staatsvertrag zugestimmt hätten, sei geregelt, daß die in der DDR einschließlich Berlin (Ost) zugelassenen Rechtsanwälte im grenzüberschreitenden Verkehr auch auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich Berlin (West) die Rechtsanwaltstätigkeit ausüben dürften. Allerdings sei diese Regelung noch nicht in Kraft, weil es an der dafür nach Art.37 Abs.2 Satz 2 dieses Gesetzes erforderlichen Gegenseitigkeitsregelung durch die DDR fehle; deren Erlaß stehe jedoch unmittelbar bevor. Im Vorgriff darauf wandte der Ermittlungsrichter schon §138 Abs.1 StPO an. Die in dem vorgenannten Beschluß des Stadtgerichts Berlin (Ost) angesprochene Gegenseitigkeit lasse dies angezeigt erscheinen.

97. Ein westdeutscher Verlag versuchte, im Wege einer einstweiligen Verfügung einen Wettbewerber dazu zu zwingen, die geschäftliche Kooperation mit dem VEB G. zu unterlassen. Die Verfügungsklägerin, die ihr Stammhaus in G. in der DDR hatte, war dort 1952 enteignet worden. Das Stammhaus wurde als VEB G. weitergeführt. Der Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung wurde vom Landgericht Braunschweig mit Urteil vom 28.3.1990 (9 O 30/90 – DtZ 1990, 214) zurückgewiesen. Das Landgericht verneinte einen deliktischen Unterlassungsanspruch, weil kein Eingriff in absolut geschützte Rechtspositionen der Verfügungsklägerin drohe. Diese habe insbesondere keine Eigentumsrechte an dem – nach DDR-Recht und sowjetischem Besatzungsrecht wirksam – enteigneten Unternehmen dargetan. Zwar würde eine entschädigungslose Enteignung der Klägerin wegen eines Verstoßes gegen den hiesigen *ordre public* für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland nicht anerkannt werden.

Vorliegend gehe es jedoch nur um die Behandlung von Vermögen, welches nach wie vor auf dem Gebiet der DDR belegen sei. Eine Enteignung von im Gebiet des enteignenden Staates belegenen Sachen werde ungeachtet ihrer Völkerrechtswidrigkeit nach dem Territorialitätsprinzip, das im Verhältnis zwischen Bundesrepublik und DDR durch Art.6 des Grundlagenvtrags vertraglich festgeschrieben worden sei, als grundsätzlich wirksam anerkannt. Die bundesdeutsche Rechtsordnung dürfe nicht entgegen der DDR-Rechtsordnung in deren Geltungsbereich einen drohenden Eingriff in dort nicht anerkannte Eigentumsrechte verbieten. Der hiesige *ordre public* liefere keine Handhabe dafür, der DDR mit Wirkung für deren Rechtsverkehr in völkerrechtlich bedenklicher Weise die Rechtsfolgen, die sich aus einer in der Bundesrepublik vorgenommenen Rechtszuweisung ergäben, einfach durch Ausspruch entsprechender, dort wirksam werdender Verhaltensgebote aufzunötigen. Das Landgericht Braunschweig fügte hinzu, es sei gegenwärtig noch nicht absehbar, ob sich im Zuge der Vereinigung der beiden deutschen Staaten die bundesdeutsche Rechtsordnung insofern durchsetzen werde<sup>197</sup>.

## 2. Wiederherstellung der deutschen Einheit

Kurz vor der Wiederherstellung der deutschen Einheit am 3.10.1990 war das Bundesverfassungsgericht mit Angriffen gegen den zugrundeliegenden Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag – befaßt, die jedoch erfolglos blieben<sup>198</sup>.

98. Eine Verfassungsbeschwerde gegen den Einigungsvertrag selbst wurde mit Kammerbeschluß vom 5.9.1990 (2 BvR 1150/90 – BayVBl. 1990, 752 = DtZ 1990, 277 = DVBl. 1990, 1163) wegen Unzulässigkeit nicht zur Entscheidung angenommen, da der Vertrag selbst kein tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sei. Er treffe auf zwischenstaatlicher Ebene eine Regelung und sei seiner Art nach ein völkerrechtlicher Vertrag. Der Abschluß dieses Vertrages löse keine innerstaatlichen Rechtsfolgen aus. Solche würden erst durch das Zustimmungsgesetz be-

<sup>197</sup> Vgl. nunmehr Art.41 des Einigungsvertrages vom 31.8.1990 (BGBl.II, 889) mit seiner Anlage III und das in Anlage II aufgenommene Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen sowie das Investitionsförderungsgesetz vom 22.3.1991 (BGBl.I, 766).

<sup>198</sup> Auch eine Verfassungsbeschwerde gegen den Währungsumstellungssatz im Vertrag vom 18.5.1990 wurde mangels hinreichender Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluß vom 8.8.1990 – 2 BvR 924/90 – DtZ 1990, 253). Zum Verfahren über den Wahlvertrag vom 3.8.1990 vgl. BVerfGE 82, 322.



wirkt, das den innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl erteile. Damit könne der Einigungsvertrag den Beschwerdeführer nicht in seinen Grundrechten betreffen, sondern allenfalls das Zustimmungsgesetz.

99. Erwartungsgemäß wurden gegen das Zustimmungsgesetz ebenfalls Verfassungsbeschwerden erhoben, vor allem im Hinblick auf die Eigentumsregelungen. Im Zuge der Verhandlung über die Wiederherstellung der deutschen Einheit hatten die DDR wie die Sowjetunion darauf bestanden, daß auch das wiedervereinte Deutschland Enteignungsmaßnahmen nicht rückgängig machen dürfe, die in der sowjetischen Besatzungszeit auf dem Gebiet der späteren DDR vorgenommen worden waren. Eine entsprechende Regelung mußte deshalb in den Einigungsvertrag aufgenommen werden. Mit Beschluß vom 11.12.1990 (1 BvR 1170, 1174, 1175/90 – BVerfGE 83, 162 = BB/Supplement Deutsche Einigungs-Rechtsentwicklungen, Folge 18/1991, 19 = DVBl. 1991, 154 = EuGRZ 1990, 556 = NJW 1991, 349 = ROW 1991, 122) wies das Bundesverfassungsgericht Anträge zurück auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung gegen das Zustimmungsgesetz vom 23.9.1990 zum Einigungsvertrag, mit denen Verfassungsbeschwerdeführer beehrten, die vertraglichen Regelungen über die Enteignungen auf besatzungsrechtlicher und besatzungshoheitlicher Grundlage (1945 bis 1949) bis zu einer Hauptsacheentscheidung über deren Verfassungsmäßigkeit zu suspendieren. Der Senat legte dar, die Entscheidung über den Erlaß einer einstweiligen Anordnung hänge von einer Abwägung der eintretenden Folgen ab. Bei der Prüfung der Voraussetzungen des §32 Abs.1 BVerfGG sei ein besonders strenger Maßstab anzulegen, wenn eine gesetzliche Regelung außer Kraft gesetzt werden solle. Eine Verschärfung der Anforderungen ergebe sich zusätzlich, wenn eine Regelung mit völkerrechtlichen oder außenpolitischen Auswirkungen betroffen sei.

Die Abwägung nach diesen Maßstäben fiel zuungunsten der Beschwerdeführer aus. Entscheidend stellte das Bundesverfassungsgericht dabei darauf ab, daß eine einstweilige Anordnung die Gefahr außenpolitischer Nachteile für die Bundesrepublik Deutschland mit sich brächte. Für diese Feststellung bedürfe es keiner abschließenden Beurteilung, wie fest die Verhandlungsposition der DDR und der Sowjetunion in der strittigen Frage gewesen sei. Jedenfalls werde aus der Gemeinsamen Erklärung der Regierungen beider deutscher Staaten vom 15.6.1990 zur Regelung offener Vermögensfragen<sup>199</sup> und aus dem Gemeinsamen Brief der Außenmi-

---

<sup>199</sup> Anlage III zum Einigungsvertrag.

nister vom 12.9.1990<sup>200</sup> deutlich, daß die angegriffene Regelung im Interesse sowohl der DDR als auch der Sowjetunion gelegen habe und daß sie nicht nur in den Einigungsvertrag als Bestandteil eingeflossen, sondern auch Gegenstand der »Zwei-plus-Vier«-Verhandlungen gewesen sei, die zum Abschluß des Vertrages vom 12.9.1990<sup>201</sup> führten. In der Aussetzung der Regelung könnte danach ein Abrücken von einer Verhandlungsposition gesehen werden, das geeignet wäre, das Vertrauen in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland im völkerrechtlichen Verkehr zu beeinträchtigen. Sie könnte insbesondere zu einer empfindlichen Störung des internationalen Verhältnisses der Bundesrepublik zur Sowjetunion mit nachteiligen Folgen für die weitere Zusammenarbeit führen. Das müßte zwar hingenommen werden, wenn sich bei der Entscheidung in der Hauptsache eine Korrektur besatzungsrechtlicher Maßnahmen als verfassungsrechtlich geboten erweisen sollte. Bei der Abwägung im Rahmen der Entscheidung über die einstweilige Anordnung falle dagegen das Interesse daran, eine solche Störung der außenpolitischen Beziehungen zu vermeiden, erheblich ins Gewicht<sup>202</sup>.

100. Der Einigungsvertrag war auch Gegenstand eines von einigen Bundestagsabgeordneten gegen den Deutschen Bundestag und die Bundesregierung eingeleiteten Organstreitverfahrens. Die Antragsteller sahen ihre Mitwirkungsrechte dadurch verletzt, daß im Hinblick auf die in Art.4 Einigungsvertrag vorgesehenen beitriffsbedingten Änderungen des Grundgesetzes eine Grundgesetzänderung gewissermaßen nebenbei im Rahmen eines Zustimmungsgesetzes im Sinne von Art.59 Abs.2 GG erfolge. Sie wiesen zur Begründung darauf hin, daß nach §82 Abs.2 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages Änderungsanträge zu Verträgen im Sinne des Art.59 Abs.2 GG unzulässig seien. Mit Beschluß vom 18.9.1990 (2 BvE 2/90 – BVerfGE 82, 316 = BayVBl. 1990, 750 mit Anm. von H.-J. Brauns/N.K. Riedel = DtZ 1990, 276 = DVBl. 1990, 1163 = NJ 1990, 504 = ROW 1990, 28)<sup>203</sup> verwarf das Bundesverfassungsgericht den Antrag als offensichtlich unbegründet (§24 BVerfGG). Die Bundesregierung habe kraft Art.23 Satz 2 GG in Verbindung mit dem Wiedervereinigungsgebot in der Präambel des Grundgesetzes die Kompetenz gehabt, beitriffsbedingte Grundgesetzänderungen in

<sup>200</sup> BullBReg Nr.109 (14.9.1990), 11.

<sup>201</sup> Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland, BGBl.II, 1318.

<sup>202</sup> Die Hauptsacheentscheidung ist am 23.4.1991 – außerhalb des Berichtszeitraums – ergangen (EuGRZ 1991, 121).

<sup>203</sup> Dazu M. Herdegen, Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag (1991), 5f.

den Einigungsvertrag einzubeziehen, so daß der Bundestag hierüber unter Beachtung des Art.79 Abs.2 GG in dem Zustimmungsgesetz habe befinden können. Die Frage, ob die Bundesregierung im Rahmen ihrer Zuständigkeit zur Wahrnehmung der auswärtigen Angelegenheiten befugt sei, Änderungen des Grundgesetzes in völkerrechtlichen Verträgen zu vereinbaren, sei daher nicht berührt. Die DDR gehöre zu Deutschland und könne im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland nicht als Ausland angesehen werden. Mit der Vereinbarung des Einigungsvertrages nehme die Bundesregierung daher nicht Kompetenzen der auswärtigen Gewalt wahr, auch wenn für diesen Vertrag die Regeln des Völkerrechts gälten und das Parlament in der Form des Zustimmungsgesetzes nach Art.59 Abs.2 GG mitzuwirken habe. Ihre Kompetenz folge vielmehr daraus, daß der Einigungsvertrag die Voraussetzungen des Beitritts nach Art.23 Satz 2 GG regele, damit unmittelbar der Herstellung der deutschen Einheit diene und auf diese Weise der verfassungsrechtlichen Verpflichtung entspreche, auf die Wiederherstellung der deutschen Einheit hinzuwirken. Der den Verfassungsorganen dabei zukommende weite Gestaltungsspielraum eröffne ihnen insbesondere auch die Möglichkeit, sich derjenigen Formen des politischen Handelns zu bedienen, die nach ihrer pflichtgemäßen Einschätzung zur Wahrnehmung der historischen Chance der Herstellung der Einheit Deutschlands geboten erschienen. Es sei deshalb verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, daß die Bundesregierung beitriffsbezogene Grundgesetzänderungen, die sich nach dem Verlauf der zwischen den beiden deutschen Staaten wie auch mit auswärtigen Mächten in Vorbereitung des Beitritts der DDR geführten Verhandlungen nach ihrer Einschätzung als nötig erwiesen hätten, zum Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen mit dem Staat gemacht habe, der als Teil Deutschlands im Sinne von Art.23 Satz 2 GG seinen Willen zum Beitritt bekundet habe. Diese von einer großen Mehrheit des Parlaments geteilte Einschätzung der politischen Lage durch die Bundesregierung halte sich im Rahmen ihres politischen Gestaltungsspielraums. Für sie sei maßgebend gewesen, daß bei Berücksichtigung der gegebenen nationalen wie internationalen politischen Konstellation die Vereinigung beider deutscher Staaten mit Rücksicht auf die noch fortbestehenden alliierten Rechte gegenwärtig am ehesten auf dem Vertragswege zu erreichen gewesen sei.

*XII. Stationierungsstreitkräfte*

101. Der Kläger wurde von den US-Streitkräften durch Erteilung eines entsprechenden Ausweises als Angehöriger im Sinne von Art.I Abs.1 Buchst.c des NATO-Truppenstatuts<sup>204</sup> anerkannt, ohne daß dieser Tatbestand erfüllt war. Das Hauptzollamt setzte daher gegen ihn Eingangsabgaben fest, weil die Voraussetzungen für eine Abgabenbefreiung nach Art.XI Abs.4 und 12 NATO-Truppenstatut nicht vorlägen. Dies erklärte der Bundesfinanzhof durch Urteil vom 16.1.1990 (VII R 40/87 – BFHE 160, 83) für rechtens. Die Statusanerkennung durch die Stationierungsstreitkräfte habe keine abgabenrechtlich bindende Wirkung gehabt. Soweit die truppenzollrechtlichen Vergünstigungen von militärbehördlichen Bescheinigungen abhingen, sei dies in den maßgebenden Vorschriften des zwischenstaatlichen Rechts ausdrücklich geregelt. Für die Rechtsstellung des Endverwenders bzw. Einführers fehle es an einer solchen Regelung. Auch der Zweck der Zollvergünstigungen schließe eine Bindungswirkung aus. Überdies würde es die Legaldefinitionen in Art.I Abs.1 NATO-Truppenstatut ihres Sinnes entleeren, sie zumindest ihrer Außenwirkung vollständig berauben, wenn die militärbehördliche Statusanerkennung rechtsbegründende Kraft hätte. Dies ginge über die gewöhnliche Bedeutung völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen hinaus und bedürfte besonderer, ausdrücklicher Vereinbarung, wie sie in anderen Bereichen auch getroffen worden sei.

Diesem Ergebnis steht nach Ansicht des Bundesfinanzhof auch keine allgemeine Regel des Völkerrechts (Art.25 GG) entgegen. Die Steuerbefreiung selbst und ihre Voraussetzungen ergäben sich nicht aus allgemeinen Völkerrechtsregeln, sondern aus dem Völkervertragsrecht. Allgemeiner Art sei zwar der Grundsatz, daß hoheitliche Eingriffe in Verhältnisse ausgeschlossen seien, die mit dem deutschen Hoheitsbereich in keiner Verbindung stünden, doch werde dieser Grundsatz durch die Anwendung und Auslegung des hier maßgebenden Völkervertragsrechts nicht verletzt. Die rein innerdienstliche Wirkung der Statusanerkennung durch die US-Streitkräfte werde nämlich nicht in Frage gestellt.

---

<sup>204</sup> Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrags über die Rechtsstellung ihrer Truppen vom 19.6.1951 (BGBl. 1961 II, 1190).