

# Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992

*Peter Rädler*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> LL.M. (Cantab.), Referent, wissenschaftlicher Assessor am Institut.

Abkürzungen: ABl. = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; AEMR = Allgemeine Erklärung der Menschenrechte; a.F. = alte Fassung; AG = Amtsgericht; AO = Abgabenordnung; AsylVfG = Asylverfahrensgesetz; AuslG = Ausländergesetz; AVR = Archiv des Völkerrechts; BAföG = Bundesausbildungsförderungsgesetz; BAG = Bundesarbeitsgericht; BayVbl. = Bayerische Verwaltungsblätter; BayVerfGH(E) = Bayerischer Verfassungsgerichtshof (Entscheidungen); BB = Betriebsberater; BFHE = Entscheidungen des Bundesfinanzhofs; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH(St)(Z) = Bundesgerichtshof (Entscheidungen in Strafsachen) (Entscheidungen in Zivilsachen); BSG(E) = Bundessozialgericht (Entscheidungen); Buchholz = Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (hrsg. von K. Buchholz); BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); BWVPr. = Baden-Württembergische Verwaltungspraxis; DBA = Doppelbesteuerungsabkommen; DJ = Die Justiz; DÖV = Die öffentliche Verwaltung; DStR = Deutsches Steuerrecht; DtZ = Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift; DVbl. = Deutsches Verwaltungsblatt; EG = Europäische Gemeinschaften; EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; ENA = Europäisches Niederlassungsabkommen; ESC = Europäische Sozialcharta; EStG = Einkommensteuergesetz; ESVGh = Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; EuGVÜ = Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen; EuR = Europarecht; EWG = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; EuZW = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; GewArch = Gewerearchiv; GG = Grundgesetz; GK = Genfer Konvention über die Rechtstellung der Flüchtlinge; GVG = Gerichtsverfassungsgesetz; HFR = Höchstgerichtliche Finanzrechtsprechung; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; IPBPR = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; IPRAx = Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; i.V.m. = in Verbindung mit; JR = Juristische Rundschau; JZ = Juristen Zeitung; LAG = Landesarbeitsgericht; LG = Landgericht; Ls. = Leitsatz; MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht; NJ = Neue Justiz; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; n.r. = nicht rechtskräftig; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; NuR = Natur und Recht; NVwZ(-RR) = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (-Rechtsprechungsreport); OLG =

## Übersicht

(for an English version of this Survey see p. 473)

*I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht (1)**II. Völkerrechtliche Verträge (2–13)**III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität (14–19)*

1. Grenzen der Ausübung eigener Staatsgewalt – 2. Anerkennung fremder Hoheitsakte

*IV. Staatsangehörigkeit (20–27)*

1. Erwerb – 2. Mehrfache Staatsangehörigkeit – 3. Staatenlosigkeit

*V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs (28–29)**VI. Fremdenrecht (30–36)*

1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts – 2. Ausweisung und Abschiebung

*VII. Asylrecht (37–60)*

1. Politische Verfolgung: a) Begriff; b) Gruppenverfolgung; c) Religiöses Existenzminimum; – 2. Nachfluchtgründe – 3. Inländische Fluchialternative – 4. Anderweitiger Verfolgungsschutz – 5. Familienangehörige von Asylberechtigten – 6. Rechtsstellung der Flüchtlinge – 7. Rechtsstellung und Verfahren

---

Oberlandesgericht; OWiG = Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; PStG = Personenstandsgesetz; RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; RIW = Recht der Internationalen Wirtschaft; ROW = Recht in Ost und West; Rs. = Rechtssache; RuStAG = Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz; StaRegG = Staatsangehörigkeitsregelungsgesetz; StAZ = Das Standesamt; StPO = Strafprozeßordnung; StrVert = Strafverteidiger; UNHCR = Hoher Kommissar der Vereinten Nationen für Flüchtlingsfragen; UNTS = United Nations Treaty Series; UPR = Umwelt- und Planungsrecht; VBIBW = Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg; VG = Verwaltungsgericht; VGH = Verwaltungsgerechtigshof; VwGO = Verwaltungsgerichtsordnung; VwVfG = Verwaltungsverfahrensgesetz; WM = Wertpapier-Mitteilungen; WÜD = Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen; WVK = Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge; ZAR = Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik; ZPO = Zivilprozeßordnung.

*VIII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe (61–64)**IX. Internationaler Menschenrechtsschutz (65–88)*

1. Europäische Menschenrechtskonvention: a) Art. 3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis; b) Rechte des Festgenommenen (Art. 5 Abs. 4 EMRK); c) Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK); d) Verfahrensdauer (Art. 6 Abs. 1 EMRK); e) Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK); f) Mitteilung der Beschuldigung (Art. 6 Abs. 3 Buchst. a und b EMRK); g) Kosten für Dolmetscher und Verteidiger (Art. 6 Abs. 3 Buchst. c und e EMRK); h) Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK); i) Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK) – 2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte – 3. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte

*X. Europäische Gemeinschaften (89–114)*

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht – 2. Diskriminierungsverbot – 3. Freier Warenverkehr – 4. Freizügigkeit – 5. Landwirtschaft – 6. Kartellrecht – 7. Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 119 EWG-Vertrag) – 8. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EWG-Vertrag) – 9. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften-Türkei

*XI. Stationierungsstreitkräfte (115–117)**XII. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung (118–122)*

## Survey

*I. International Law and Municipal Law (1)**II. Treaties (2–13)**III. Effects and Limits of State Sovereignty (14–19)*

1. Limits as to the exercise of jurisdiction – 2. Recognition of foreign acts

*IV. Nationality (20–27)*

1. Acquisition of nationality – 2. Multiple nationality – 3. Statelessness

*V. Agencies of Diplomatic and Consular Affairs (28–29)*

*VI. Legal Status of Aliens (30–36)*

1. General aspects of entry and residence – 2. Expulsion and deportation

*VII. Asylum (37–60)*

1. Political persecution: a) Notion; b) Persecution of groups c) Religious minimum standard – 2. *Réfugiés sur place* – 3. Protection found elsewhere in the state of persecution – 4. Protection by other states – 5. Family members of refugees – 6. Legal status of refugees

*VIII. Extradition and other Forms of International Legal Cooperation (61–64)**IX. International Protection of Human Rights (65–88)*

1. European Convention on Human Rights: a) Art. 3 ECHR as a bar to expulsion and deportation; b) Rights of the detainee (Art. 5 para. 4 EHCR); c) Right to fair trial (Art. 6 para. 1 ECHR); d) Length of procedure (Art. 6 para. 1 ECHR); e) Presumption of innocence (Art. 6 para. 2 EHCR); f) Communication of the criminal charge (Art. 6 para. 3 (a) and (b) ECHR); g) Costs of interpreter and defense counsel (Art. 6 para. 3 (c) and (e) ECHR); h) Protection of private and family life (Art. 8 ECHR); i) Free speech (Art. 10 ECHR) – 2. International Covenant on Civil and Political Rights – 3. Universal Declaration of Human Rights

*X. European Communities (89–114)*

1. Community law and municipal law – 2. Prohibition of discrimination – 3. Free movement of goods – 4. Free movement of persons – 5. Agriculture – 6. Competition – 7. Equality of men and women (Art. 119 EEC Treaty) – 8. Reference procedure (Art. 117 EEC Treaty) – 9. Association agreement EEC-Turkey

*XI. Allied Armed Forces Stationed in the Federal Republic of Germany (115–117)**XII. Legal Status of Germany after 1945 and German Reunification (118–122)**Vorbemerkung*

Nachfolgender Bericht<sup>2</sup> bietet einen Überblick über die Rechtsprechung deutscher Gerichte auf dem Gebiet des Völker- und Europarechts und damit in Zusammenhang stehender Fragen des deutschen Verfassungsrechts. Insofern wird an den Bericht über das Jahr 1991 ange-

<sup>2</sup> Der Bericht wurde im April 1994 abgeschlossen.

knüpft<sup>3</sup>. Die für den Bericht erforderliche Auswahl und Beschränkung – insbesondere im Bereich des Fremden- und Asylrechts – erfolgte, wie auch sonst, am Maßstab der über den Einzelfall hinausgehenden, grundlegenden Bedeutung einer Entscheidung. Hervorzuheben sind die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum deutsch-polnischen Grenzvertrag einerseits [2] und zur völkerrechtlichen Immunität führender Repräsentanten der DDR andererseits [14] sowie das sogenannte *Mauerschützen-Urteil* des Bundesgerichtshofs [15], [86]. Soweit Entscheidungen mehr als einem systematischen Gliederungspunkt unterfallen, wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ordnungsziffer verwiesen, unter der der maßgebliche Aspekt dargestellt wird.

### *I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht*

1. Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich im Urteil vom 18.12.1992 (7 C 12.92 – DVBl. 1993, 787ff. = NVwZ 1993, 778ff.) mit der Frage zu befassen, ob türkischen Staatsangehörigen aus der Europäischen Sozialcharta ein Anspruch erwächst, an dem in Baden-Württemberg freiwillig gewährten Landeserziehungsgeld beteiligt zu werden. Die Klägerin, eine seit mehreren Jahren zusammen mit ihrer Familie in Deutschland lebende türkische Staatsangehörige, begehrte die Zahlung von Landeserziehungsgeld für ihr 1988 geborenes Kind. Ihr Antrag wurde abgelehnt, da durch eine Richtlinie des Familienministeriums die Gewährung von Landeserziehungsgeld – neben weiteren Voraussetzungen – an die Staatsangehörig-

---

<sup>3</sup> A. Zimmermann, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1991, ZaöRV 53 (1993), 360ff.; vgl. ferner 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.; S. Richter, – 1989, ZaöRV 51 (1991), 177ff.; T. Giegerich, – 1990, ZaöRV 52 (1992), 355ff. Vgl. auch die jeweils fünf Jahre Rechtsprechung zusammenfassenden Bände der Reihe *Fontes Iuris Gentium, Series A, Sectio II* (zuletzt erschienen: Tomus 9 [1981–1985]).

keit eines EG-Mitgliedstaates geknüpft war. Das Bundesverwaltungsgericht ließ in seinem Urteil offen, ob aus Art. 16 der Europäischen Sozialcharta (ESC)<sup>4</sup> ein Anspruch auf Gleichbehandlung hinsichtlich sozialer Leistungen folge. Denn bei der ESC handele es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, der – von Ausnahmen abgesehen – keine unmittelbaren Rechte einzelner Bürger begründe, für den vielmehr nach Teil III des Anhangs zum Abkommen Einigkeit darüber bestanden habe, daß die Charta allein "rechtliche Verpflichtungen internationalen Charakters" enthalte. Mangels einer Umsetzung der ESC in innerstaatliches Recht sei der Klägerin kein Anspruch erwachsen.

Anders als die Vorinstanz (VGH Mannheim, Urteil vom 31.3.1992 – 10 S 1666/90 – InfAuslR 1992, 200 ff. = NVwZ-RR 1993, 83 ff. = ZAR 1992, 131 [Ls.]) vertrat das Bundesverwaltungsgericht darüber hinaus die Auffassung, daß die ESC auch nicht bei der innerstaatlichen Ermessensausübung über die Vergabe von Landeserziehungsgeld zugunsten der Klägerin fruchtbar gemacht werden könne. Angesichts der anders lautenden Verwaltungsrichtlinie sei kein Raum für eine völkerrechtskonforme Ausfüllung des der Behörde gesetzlich eingeräumten Ermessens. Das Bundesverwaltungsgericht hielt dem Berufungsurteil daher vor, "entgegen dem Umsetzungsvorbehalt in Teil III des Anhangs zur ESC den vom Land Bad.-Württ. im Rahmen seiner haushaltsrechtlichen Gestaltungsfreiheit ohne Willkür festgelegten Kreis von Leistungsempfängern durch Richterspruch zu erweitern"<sup>5</sup>. Vgl. zur Frage eines Anspruches aus dem Assoziationsabkommen EWG/Türkei [114].

## II. Völkerrechtliche Verträge

2. Mit Urteil vom 5.6.1992 (2 BvR 1613/91 u.a. – EuGRZ 1992, 306 ff. = BayVBl. 1992, 557 ff. = DÖV 1992, 1285 ff. = NJW 1992, 3222 ff. = NVwZ 1993, 55 [Ls.]) wies das Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerden gegen das Gesetz zu dem Vertrag vom 14.11.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen über die Bestä-

<sup>4</sup> BGBl. 1964 II, 1261.

<sup>5</sup> Angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber, "sofern er dies nicht klar bekundet hat", die Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen ermöglichen will (BVerfGE 74, 358 [370]), ist zumindest zweifelhaft, ob die bloße haushaltsrechtliche Absicherung einer völkerrechtswidrigen Verwaltungsrichtlinie die Gerichte dazu zwingt, die aufgrund dieser Richtlinie praktizierte Ermessensausübung zu beachten.

tigung der zwischen ihnen bestehenden Grenze<sup>6</sup> als unzulässig zurück, da der Grenzvertrag nichts enthalte, was unmittelbar nachteilige Wirkungen für den Schutzbereich der als verletzt gerügten Grundrechte erzeugen könnte.

Der Grenzvertrag treffe selbst keinerlei Regelung in bezug auf das Eigentum von aus den ehemaligen deutschen Ostgebieten Vertriebenen oder Geflohenen und ihren Erben, weshalb die Beschwerdeführer auch nicht in ihrem aus Art. 14 GG entstandenen Recht betroffen würden. Sofern der Vertrag nur die jedenfalls faktisch seit langem zwischen Deutschland und Polen bestehende Grenze bestätige, liege darin eine völkerrechtliche Bestimmung der territorialen Zuordnung eines Gebiets zu einem Staat, nicht dagegen eine hoheitliche Verfügung über privates Eigentum. Aus diesem Grund sei mit der Grenzbestätigung auch keine Anerkennung früherer polnischer Enteignungsmaßnahmen seitens der Bundesrepublik Deutschland verbunden. Die in Art. 3 des Vertrages enthaltene Erklärung der Bundesrepublik, daß sie selbst als Völkerrechtssubjekt keine Gebietsansprüche gegen die Republik Polen habe, schließe keinen Verzicht auf etwa bestehende Eigentumsrechte oder Ansprüche deutscher Privatpersonen ein.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer ergäben sich Auswirkungen auf eigentumsrechtliche Positionen auch nicht in der Weise, daß die Grenzregelung deutsche Gerichte und Behörden dazu zwänge, die vor Jahrzehnten vorgenommenen Enteignungen polnischer Behörden nunmehr nach deutschem internationalen Enteignungsrecht als wirksam anzusehen, während sie nach diesen Grundsätzen zuvor als unwirksam hätten behandelt werden müssen. Eine frühere Unwirksamkeit der Enteignungen sei zweifelhaft, da das deutsche internationale Enteignungsrecht Enteignungen eines fremden Staates einschließlich der entschädigungslosen Konfiskationen grundsätzlich als wirksam ansehe, soweit dieser Staat innerhalb der Grenzen seiner Macht geblieben sei. Mit Bezug auf das Urteil des Gerichts vom 23.4.1991<sup>7</sup> wies das Bundesverfassungsgericht insbesondere darauf hin, daß die Entschädigungslosigkeit einer Enteignung für sich allein nicht ausreiche, um ihr die Wirksamkeit abzusprechen.

---

<sup>6</sup> BGBl. 1991 II, 1329; der Vertrag ist am 16.1.1992 in Kraft getreten, BGBl. 1992 II, 118. Vgl. dazu ausführlich G. Schuster, Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1990, ZaöRV 1992, 828ff. (844ff.), sowie zu den Stellungnahmen der Bundesregierung T. Maruhn, Völkerrechtliche Praxis im Jahre 1991, ZaöRV 1993, 909ff. (927ff.).

<sup>7</sup> 1 BvR 1170/90 u.a. – BVerfGE 84, 90ff. [123f.]. Vgl. dazu Zimmermann (Anm. 3), 375f. u. 440f.

Das Bundesverfassungsgericht ließ es jedoch auf sich beruhen, ob die von polnischen Stellen 1945 oder später in den Oder-Neiße-Gebieten zu Lasten Deutscher vorgenommenen Enteignungen nach deutschem internationalen Enteignungsrecht als wirksam hätten anerkannt werden müssen. Wenn sie nicht anerkennungsfähig gewesen sein sollten, bringe der Abschluß des Grenzvertrages jedenfalls keine Änderung dieser Beurteilung mit sich, da im Vertrag über die territoriale Souveränität oder Gebietshoheit in bezug auf die ehemaligen deutschen Ostgebiete nicht mit rückwirkender Kraft verfügt werde. Die Grenzregelung sei gegenwarts- und zukunftsbezogen. Daraus folge für die Beschwerdeführer, daß sich ihre eigentumsrechtliche Position durch den Grenzvertrag nicht verschlechtere – unabhängig davon, daß die nach ihrer Ansicht bestehenden, von polnischer Seite aber nicht anerkannten Rechtspositionen praktisch nicht durchsetzbar seien.

Eine Verletzung des Eigentumsrechts sah das Bundesverfassungsgericht auch nicht darin, daß die Bundesrepublik es unterlassen hat, die geltend gemachten Ansprüche auf Rückübertragung oder Entschädigung vertraglich zu sichern oder zumindest innerstaatlich eine gesetzliche Entschädigungsregelung zu treffen. Ein verfassungsrechtlicher Gesetzgebungsauftrag sei nicht begründet, da es in bezug auf Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG bereits an einer dem deutschen Gesetzgeber zurechenbaren Enteignung fehle, der Gesetzgeber aber seiner aus dem Sozialstaatsprinzip folgenden Pflicht, Lasten angemessen auf die staatliche Gemeinschaft zu verteilen, bereits durch die Lastenausgleichsgesetze nachgekommen sei. Weiterhin lehnte es das Bundesverfassungsgericht ab, eine gleichheitswidrige Benachteiligung der Vertriebenen darin zu sehen, daß allein dieser Personenkreis mit der Leistung von Reparationen an Polen belastet werde; das treffe schon deshalb nicht zu, weil der Vertrag keine Vermögens- oder Reparationsfragen regelt. Eine Verletzung des Gleichheitsgebots liege auch nicht darin, daß der deutsche Gesetzgeber zwar im Zusammenhang mit dem Beitritt der DDR Abwicklungsregelungen für dort zuvor geschehene Enteignungen erlassen habe, im Zusammenhang mit dem deutsch-polnischen Grenzvertrag jedoch keine vergleichbaren Bestimmungen getroffen habe. An einer Rechtsverletzung müsse es insoweit schon deshalb fehlen, da die Bundesrepublik nicht an einer abschließenden Regelung von Vermögensfragen im Verhältnis zur Republik Polen mitgewirkt habe. Aus diesem Grund sei der Grenzvertrag auch nicht mit dem im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 23.4.1991 angesprochenen Sachverhalt vergleichbar, da dort die in der Sowjetischen Besatzungszone vorgenommenen Enteignungen ausdrücklich als unabänderlich festgeschrieben worden seien.

3. Der Bundesfinanzhof beschäftigte sich in seinem Beschluß vom 29.4.1992 (I B 12/92 – DStR 1992, 856f. = RIW 1992, 604f. = HFR 1992, 389f.) mit der Zulässigkeit sogenannter “Spontanauskünfte” im Rahmen der Abkommen der Bundesrepublik mit den USA zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von 1954/1965<sup>8</sup> und 1989<sup>9</sup>. Im Ausgangsverfahren hatte das Finanzamt den vom Antragsteller durch Architektenleistungen im Jahre 1981 in den USA erzielten Gewinn von der innerdeutschen Besteuerung freigestellt. Das Bundesfinanzministerium teilte dem Antragsteller jedoch mit, daß es beabsichtige, die US-Steuerbehörden über den Sachverhalt zu informieren. Gegen eine solche, ohne Ersuchen der USA gegebene Auskunft (Spontanauskunft), konnte sich der Betroffene mit dem Antrag auf Erlaß einer Einstweiligen Anordnung nicht mit Erfolg zur Wehr setzen.

Informationen, die das Finanzamt über die Verhältnisse eines Steuerpflichtigen erhält, unterliegen zwar gemäß § 30 AO 1977 dem Steuergeheimnis; dieses ist jedoch nach § 117 Abs. 2 AO 1977 eingeschränkt, soweit innerstaatlich anwendbares Völkervertragsrecht Auskünfte im Rahmen der Rechts- und Amtshilfe vorsieht. Spontanauskünfte an die USA sind nach Art. 26 in Verbindung mit Nr. 26 des Protokolls DBA-USA 1989 zulässig. Gemäß Art. 32 Abs. 2 gilt das DBA-USA 1989 aber – vereinfacht gesagt – erstmals für die Steuer vom Einkommen der Steuerjahre, die am 1.1.1990 begonnen haben; daher war fraglich, ob Art. 26 DBA-USA 1989 es gestattet, Informationen auszutauschen, die Steuern vom Einkommen des Steuerjahres 1981 betreffen. Der Bundesfinanzhof ließ diese Frage offen, da – wollte man die Frage verneinen – das Bundesfinanzministerium aufgrund des dann weitergeltenden Art. XVI Abs. 1 Satz 1 DBA-USA 1954/1965 befugt sei, die beabsichtigte Spontanauskunft zu erteilen. Das DBA-USA 1954/1965 trete zwar gemäß Art. 32 Abs. 7 DBA-USA 1989 außer Kraft, das alte DBA gelte jedoch für die Steuern der Steuerjahre weiter, für die das neu in Kraft getretene DBA noch nicht anzuwenden sei.

Art. XVI Abs. 1 Satz 1 DBA-USA 1954/1965 sieht keine ausdrückliche Regelung für Spontanauskünfte vor<sup>10</sup>. Der Bundesfinanzhof wies jedoch

---

<sup>8</sup> BGBl. 1954 II, 1117 i.V.m. BGBl. 1965 II, 1609.

<sup>9</sup> BGBl. 1991 II, 354.

<sup>10</sup> Die Regelung lautet: “Die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten werden unter sich die Auskünfte austauschen, die nach den Steuergesetzen der beiden Vertragsstaaten gefordert werden können und die notwendig sind für die Durchführung der Vorschriften dieses Abkommens oder für die Verhütung von Hinterziehungen u. dgl. bei Steuern, die unter dieses Abkommen fallen”.

die im Schrifttum vertretene Auffassung zurück, die Vorschrift des DBA-USA 1954/1965 sei im Lichte des Kommentars zu Art. 26 des OECD-Musterabkommens 1963 auszulegen, der Spontanauskünfte nicht enthalten habe<sup>11</sup>. Gegen die sonst übliche Kommentar-konforme Auslegung<sup>12</sup> spreche vorwiegend die vom Wortlaut des Musterabkommens abweichende Bestimmung des DBA 1954/1965. Als entscheidend sah es der Bundesfinanzhof jedoch an, daß Art. XVI DBA 1954/1965 ausdrücklich die Verhütung der Steuerhinterziehung anspreche, woraus das Gericht offenbar den Schluß zieht, daß ein Ersuchen des anderen Vertragsstaates nicht für erforderlich angesehen worden sei.

4. Die Vereinbarkeit des fortgeltenden deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens vom 17.2.1929<sup>13</sup> mit den Vorgaben des Grundgesetzes zur Regelung der elterlichen Sorge beschäftigte den Bundesgerichtshof im Beschluß vom 14.10.1992 (XII ZB 18/92 – BGHZ 120, 29ff. = NJW 1993, 848ff. = IPrax 1993, 102ff. = FamRZ 1993, 316ff. = JZ 1993, 208ff. m. Anm. Spickhoff). Ausgangspunkt des Verfahrens war der Rechtsstreit zwischen zwei geschiedenen iranischen Staatsangehörigen schiitischen Glaubens, die seit Jahren in der Bundesrepublik wohnten, über die Regelung der elterlichen Sorge ihrer Kinder mit ebenfalls iranischer Staatsangehörigkeit. Das OLG Saarbrücken<sup>14</sup> hatte das Sorgerecht für alle Kinder dem Vater übertragen; der Bundesgerichtshof hob diesen Beschluß auf.

Gemäß Art. 3 Abs. 2 EGBGB gehen völkerrechtliche Vereinbarungen dem deutschen internationalen Familienrecht vor. Soweit das Minderjährigenschutzabkommen (MSA) von 1961<sup>15</sup> Anwendung finden könnte, läßt dieses jedoch nach seinem Art. 18 Abs. 2 Bestimmungen anderer zwischenstaatlicher Übereinkünfte unberührt, die – wie das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen im Zeitpunkt seines Inkrafttretens am 17.9.1971<sup>16</sup> – zwischen den Vertragsstaaten gegolten haben. Diese Be-

<sup>11</sup> Vgl. dazu Vogel, Doppelbesteuerungsabkommen, Komm. (2. Aufl. 1990), 1366. Art. 26 OECD-MustAbk 1963 lautet: "Die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten tauschen die Informationen aus, die zur Durchführung dieses Abkommens oder des innerstaatlichen Rechts der Vertragsstaaten betreffend die unter das Abkommen fallenden Steuern erforderlich sind, soweit die diesem Recht entsprechende Besteuerung nicht dem Abkommen widerspricht".

<sup>12</sup> Urteil des BFH vom 31.7.1991 – I R 47/90 – BFHE 105, 392; vgl. dazu Zimmermann (Anm. 3), 370.

<sup>13</sup> RGBl. 1930 II, 1006 i.V.m. BGBl. 1955 II, 829.

<sup>14</sup> FamRZ 1992, 848f.

<sup>15</sup> BGBl. 1971 II, 217.

<sup>16</sup> Bekanntmachung vom 11.10.1971, BGBl. II, 1150.

stimmung des MSA beschränkt sich nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht auf Abkommen mit den Vertragsstaaten, sondern läßt auch Abkommen mit Drittstaaten unberührt. Soweit nach Art. 8 Abs. 3 des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens die Staatsangehörigen der vertragschließenden Staaten in bezug auf das Personen- und Familienrecht ihrem Heimatrecht unterworfen bleiben, muß diese Regelung nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs am Vorbehalt des deutschen *ordre public* gemessen werden.

Ein Verstoß gegen den deutschen *ordre public* bleibt nach Auffassung des BGH gemäß Art. 8 Abs. 3 Satz 2 des Abkommens<sup>17</sup> möglich. Dieser fordere, daß bei der Entscheidung über die elterliche Sorge nach Scheidung der Ehe das Wohl des Kindes ausschlaggebend sei, da nach der Rechtsprechung des BVerfG das Kind ein eigenes Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG habe und die Elternverantwortung auf das Wohl des Kindes ausgerichtet sei. Diese aus dem *ordre public*-Vorbehalt folgende Vorgabe habe die Vorinstanz nicht ausreichend beachtet, wenn sie allein darauf abstelle, ob ein Verbleib der elterlichen Sorge beim Vater die Kinder in ihrer Person oder in ihrem Vermögen gefährde. Daher könne die Auffassung des OLG sowohl Grundrechte der Kinder (Art. 2 Abs. 1 GG) als auch die durch Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG auf die staatliche Gemeinschaft übertragene, ebenfalls auf das Wohl der Kinder ausgerichtete Verpflichtung, die Pflege und Erziehung des Kindes zu überwachen, verletzen, wenn das Wohl der Kinder eine Regelung der Personensorge verlangt.

5. Mit dem deutsch-iranischen Niederlassungsabkommen befaßte sich auch der VGH Kassel in seinem Urteil vom 20.7.1992 (12 UE 2495/91 – FamRZ 1993, 549ff. = DVBl. 1992, 1552 [Ls.]). In diesem Verfahren hatte der seit 1984 mit einer Deutschen verheiratete Kläger seine Einbürgerung unter Beibehaltung seiner iranischen Staatsangehörigkeit begehrt, da von seiten des iranischen Staates seine Ausbürgerung von der Ableistung des Wehrdienstes abhängig gemacht werde, die Ableistung des Wehrdienstes im Iran für ihn aber aus politischen Gründen und aufgrund seines religiösen Bekenntnisses nicht zumutbar sei. Die gegen die Ablehnung der Einbürgerung gerichtete Klage hatte auch in der Berufungsinstanz keinen Erfolg.

Der VGH Kassel stellte zunächst dar, daß dem Kläger der grundsätzli-

---

<sup>17</sup> Die Vorschrift lautet: "Die Anwendung dieser Gesetze kann von dem anderen vertragsschließenden Staat nur ausnahmsweise und nur insoweit ausgeschlossen werden, als ein solcher Ausschluß allgemein gegenüber jedem anderen fremden Staat erfolgt".

che Einbürgerungsanspruch aus § 9 RuStAG nicht zur Seite stehe, da der Kläger seine bisherige Staatsangehörigkeit nicht verliere oder aufgebe. Gemäß Nr. II des Schlußprotokolls zum deutsch-iranischen Niederlassungsabkommen sei die Bundesrepublik verpflichtet, "keinen Angehörigen des anderen Staates ohne vorherige Zustimmung seiner Regierung einzubürgern"<sup>18</sup>. Bei diesem Zustimmungserfordernis handele es sich um innerstaatlich geltendes Recht, das eine zwingende Einbürgerungsvoraussetzung bilde und auch bei mit deutschen Ehegatten verheirateten Einbürgerungsbewerbern nicht gegen das Grundgesetz verstoße<sup>19</sup>. Das Zustimmungserfordernis nach dem Schlußprotokoll sei zwar nicht anwendbar, soweit das deutsche Recht einen Einbürgerungsanspruch gewähre, wozu nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>20</sup> auch Fälle der Ermessensreduktion auf Null bei der Einbürgerung nach § 8 RuStAG zählten. Eine solche Ermessensreduktion sei vorliegend jedoch nicht anzunehmen, da das öffentliche Interesse an der Vermeidung von Mehrstaatigkeit zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen gewesen sei. Nach der Einbürgerungsrichtlinie des Hessischen Ministers des Innern sei zwar die Einbürgerung eines mit einer Deutschen verheirateten Ausländers, dessen Einbürgerung nur deshalb nach § 9 RuStAG nicht in Betracht kommt, weil er seine bisherige Staatsangehörigkeit weder verliert noch aufgeben kann, schon nach einem Aufenthalt von 5 Jahren oder von 3 Jahren nach der Eheschließung möglich. Insofern bedeute es aber keinen Ermessensfehler, wenn die Behörde im Falle iranischer Einbürgerungsbewerber sich nicht an diesen Mindestvoraussetzungen orientiere, sondern aufgrund des Interesses an der Vermeidung von Mehrstaatigkeit längere Aufenthalts- und Ehezeiten verlange. Vgl. auch [22] sowie zur Entlassung aus der iranischen Staatsangehörigkeit [23].

6. Das Landesarbeitsgericht Berlin verneinte im Urteil vom 29.6.1992 (9 Sa 31/92 – NJ 1993, 94f.) im Rahmen des Vertrages zwischen der Bundesrepublik und der UdSSR über die Bedingungen des befristeten Aufenthalts und die Modalitäten des planmäßigen Abzugs der sowjetischen Truppen aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 12.10.1990<sup>21</sup> die Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) auf in der ehemaligen DDR gelegene Betriebe der sowjetischen

<sup>18</sup> RGBl. 1930 II, 1006 (1013).

<sup>19</sup> Mit Hinweis auf das Urteil des BVerwG vom 27.9.1988 – 1 C 52.87 – BVerwGE 80, 233 ff.; s. dazu auch Polakiewicz (Anm. 3), 78f.

<sup>20</sup> BVerwG vom 27.9.1988 – 1 C 20.88 – BVerwGE 80, 249 ff.

<sup>21</sup> BGBl. 1991 II, 256, vgl. dazu Schuster (Anm. 6), 1031 f.

Streitkräfte. In dem Rechtsstreit gegen die Bundesrepublik Deutschland hatte ein Arbeitnehmer zunächst die Unwirksamkeit einer von den sowjetischen Streitkräften ausgesprochenen Kündigung geltend gemacht und dann die Zahlung einer Abfindung verlangt. Der Kläger war seit 1960 in einem Betrieb der in der DDR stationierten sowjetischen Streitkräfte als ziviler Arbeitnehmer beschäftigt gewesen. Dort hatte am 14.11.1990 die Wahl eines Betriebsrates nach dem BetrVG stattgefunden. Schon im September 1990 hatte jedoch das Oberkommando der Westgruppe der sowjetischen Streitkräfte die Stilllegung des Betriebes zum 31.3.1991 beschlossen und im Anschluß daran die Arbeitsverträge der bei ihnen beschäftigten deutschen Arbeitnehmer später gekündigt. Das Landesarbeitsgericht Berlin führte zunächst aus, daß die gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtete Klage zulässig sei, da nach Art. 21 des deutsch-sowjetischen Truppenvertrages im Hinblick auf die Streitigkeiten aus den Arbeitsverhältnissen mit deutschen Arbeitnehmern eine Prozeßführungsbefugnis der Bundesrepublik Deutschland angeordnet sei. Die von der verklagten Bundesrepublik insoweit geltend gemachten Zweifel an der fortdauernden Prozeßführungsbefugnis ließ das Gericht nicht durchgreifen. Zwar sei die UdSSR zwischenzeitlich als Völkerrechtssubjekt untergegangen, gleichwohl seien die Mehrzahl der ehemaligen Gliedstaaten Rechtsnachfolger der Sowjetunion geworden, auch wenn zur Zeit nicht feststellbar sein möge, wer die einzelnen Rechtsnachfolger sind. Ungeachtet dessen müsse im Interesse eines vollständigen Rechtsschutzes bei Zweifeln hinsichtlich der Prozeßstandschaft die Möglichkeit bestehen, den Prozeß durch Handlungen in die höhere Instanz zu bringen, um eine Überprüfung der angefochtenen Entscheidung zu erreichen. Ähnlich wie bei Zweifeln an der Prozeßfähigkeit einer Partei<sup>22</sup> sei vom Fortbestehen der Prozeßstandschaft auszugehen, soweit – was vorliegend angenommen werden müsse – eine Änderung der völkerrechtlichen vertraglichen Regelungen nicht herbeigeführt worden sei.

Das Gericht verneinte gleichwohl einen Anspruch auf Nachteilsausgleich gemäß § 113 BetrVG, weil das Gesetz zum maßgeblichen Zeitpunkt noch keine Anwendung habe finden können. Denn "jedenfalls" sei der deutsch-sowjetische Truppenvertrag "erst später als die Entscheidung der sowjetischen Streitkräfte über die Schließung des Werkes in Kraft ge-

---

<sup>22</sup> Das Gericht verweist insofern auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23.2.1990, NJW 1990, 1734.

treten<sup>23</sup>. Daraus folge, daß der genannte Vertrag die völkerrechtliche Exemption der Westgruppe der sowjetischen Streitkräfte zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt nicht habe verändern können. Das LAG konnte daher auch die im Schrifttum aufgeworfene Frage offenlassen, ob sich aus Art. 21 Abs. 1 des deutsch-sowjetischen Truppenvertrags die Anwendung des BetrVG herleiten läßt.

7. Auch im Berichtsjahr hatten sich deutsche Gerichte mit den zivilprozessualen Wirkungen von Art. VIII Abschnitt 2 Buchst. b des Bretton-Woods-Abkommens<sup>24</sup> zu befassen. Gemäß dieser Bestimmung kann aus Devisenkontrakten, welche die Wirkung eines Vertragsstaates berühren und den von diesem Vertragsstaat in Übereinstimmung mit dem Abkommen aufrechterhaltenen oder durchgeführten Devisenkontrollbestimmungen zuwiderlaufen, in den Hoheitsgebieten der anderen Vertragsstaaten nicht geklagt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes handelt es sich bei der in diesem Artikel bestimmten Klagbarkeit des Anspruches aus Devisenkontrakten um eine reine Prozeßvoraussetzung, die ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit der erhobenen Klage zu prüfen ist. Das OLG Köln entschied im Urteil vom 10.4.1992 (25 U 10/91 – RIW 1993, 938f., n.r.), daß diese Vorschrift lediglich den internationalen Schutz des Devisenbestandes eines Mitgliedstaates bezwecke und daher erst dann zur Anwendung gelangen könne, wenn mit der Erfüllung des Klagebegehrens die Zahlungsbilanz eines Mitgliedstaates beeinträchtigt werden würde. Die Einschränkung der Klagbarkeit finde deshalb keine Anwendung auf solche Fälle, in denen sich die Klage ausschließlich gegen einen Inländer desselben Vertragsstaates richte. Die Klägerin des Rechtsstreits hatte mit der in Deutschland ansässigen Beklagten eine Vereinbarung getroffen, daß ihr aus Burkina Faso kommendes Gepäck, welches rund 38 Millionen CFA enthielt, bei der Zwischenlandung in Paris den Transitbereich des Flughafens nicht verlassen werde. Aufgrund eines Versehens der Mitarbeiter der Beklagten in Paris gelangte das Gepäck der Klägerin dennoch in den französischen Zoll, die Devisen wurden beschlagnahmt und schließlich von den französischen Behörden endgültig eingezogen. Das OLG Köln entschied, daß

---

<sup>23</sup> Der Vertrag trat am 6.5.1991 in Kraft, BGBl. 1991 II, 723. Da die Entscheidung – nach Feststellung des LAG – bereits im September 1990 getroffen war, ändert am Ergebnis auch die in Art. 27 des Vertrages bestimmte vorläufige Anwendbarkeit seit dem 3.10.1990 nichts.

<sup>24</sup> Übereinkommen über den internationalen Währungsfond vom 1./22.7.1944 i.d.F. vom 30.4.1976, BGBl. 1978 II, 13ff., 34f., 3. Änderung vom 28.6.1990, BGBl. 1991 II, 814; vgl. hierzu auch Zimmermann (Anm. 3), 368.

sich das klägerische Begehren nicht auf die Erfüllung eines auf Leistung von Devisen gerichteten Geschäfts richte, sondern auf die Leistung von Schadensersatz aufgrund Schlechterfüllung eines von der Klägerin behaupteten Auftrages zwischen den Parteien. Daher fehle es an der von Art. VIII Abschn. 2 (b) geforderten grenzüberschreitenden Zahlungsvereinbarung. Auf der Ebene der Begründetheit hielt das Gericht zwar nicht die Haftungsvorschrift des Art. 18 Abs. 1 des Warschauer Abkommens<sup>25</sup> für anwendbar, bejahte aber letztlich einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung der von den Parteien in Ergänzung des Luftbeförderungsvertrages geschlossenen Nebenabrede.

8. Das OLG Hamburg hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob auch Verträge über einen internationalen Kapitaltransfer unter Art. VIII Abschn. 2 (b) des Bretton-Woods-Abkommens fallen. Mit Zwischenurteil vom 9.10.1992 (11 U 109/92 – RIW 1993, 68 ff.) verneinte es diese Frage. Die klagende Kommanditgesellschaft dieses Rechtsstreits hatte eine Aktiengesellschaft bulgarischen Rechts mit Sitz in Sofia auf Einzahlung eines ausstehenden Erhöhungsbetrages der Kommanditeinlage in Höhe von 6,8 Millionen DM verklagt. Die Erhöhung des Kommanditkapitals war in einer Gesellschafterversammlung vom 9.8.1990 beschlossen worden; Bulgarien trat jedoch erst am 25.9.1990 dem Abkommen bei.

Das OLG Hamburg führte zunächst aus, daß der Anspruch aus dem Kapitalerhöhungsbeschuß vom 9.8.1990 in klagbarer Weise entstanden wäre, wenn man davon ausginge, daß es für die Anwendbarkeit von Art. VIII Abschn. 2 (b) des Abkommens auf eine Mitgliedschaft des ausländischen Staates zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages ankomme, den dieser Staat einer Devisenkontrolle unterworfen habe. Denn außerhalb der Geltung des Bretton-Woods-Abkommens könnten ausländische Kontrollvorschriften nur im Wege der Sonderanknüpfung an das maßgebliche Sachrecht Bedeutung erlangen. Jedoch sei fraglich, ob durch den späteren Beitritt eines Staates zu dem Abkommen eine Unklagbarkeit nachträglich entstehen könne – entsprechend der Problematik, daß ein dem Abkommen angehörender Staat einen bereits abgeschlossenen Vertrag erst später einer Genehmigungspflicht unterwirft<sup>26</sup>. Nach Auffassung des Gerichts mute es jedoch bedenklich an, die Regelung in Art. VIII Abschn. 2 (b) des Abkommens dahin auszulegen, daß sie mit Wirkung für das Inland gestatte, dem Vertragspartner eines Devisenkontrakts

---

<sup>25</sup> Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 12.10.1929, RGBl. 1929 II, 1040.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu BGH, WM 1979, 486.

nachträglich das bereits entstandene Recht zur Verfolgung seines Anspruchs im Klagewege wieder zu nehmen.

Im Ergebnis bedurfte die aufgeworfene Frage allerdings keiner abschließenden Entscheidung durch das OLG Hamburg, da das Gericht die aus dem Kapitalerhöhungsbeschluß der Kommanditgesellschaft folgende Leistungspflicht der Beklagten nicht als "laufende Zahlung" im Sinne von Art. VIII des Abkommens ansah. Die Auslegungsvorschrift des Art. XXX (d) des Abkommens mache deutlich, daß unter laufenden Zahlungen nicht solche Zahlungsvorgänge zu verstehen seien, die der Übertragung von Kapital dienten. Aus diesem Grund könnten die bulgarischen Regelungen zur Genehmigungsbedürftigkeit von Auslandsinvestitionen den dort geltend gemachten Anspruch nicht erfassen.

9. Nachdem das Europäische Niederlassungsabkommen vom 13.12.1955<sup>27</sup> seit 20.3.1990 für die Türkei in Kraft getreten ist<sup>28</sup>, haben sich deutsche Gerichte verstärkt mit dem besonderen Ausweisungsschutz nach Art. 3 des Abkommens zu beschäftigen<sup>29</sup>. Nach Art. 3 Abs. 1 des Abkommens dürfen Staatsangehörige eines Vertragsstaates mit ordnungsgemäßigem Aufenthalt im Gebiet eines anderen Vertragsstaates nur ausgewiesen werden, wenn sie die Sicherheit des Staates gefährden oder gegen die öffentliche Ordnung verstoßen. Das VG Wiesbaden ließ im Beschluß vom 6.2.1992 (IV/3 H 827/91 – InfAuslR 1992, 174ff.) offen, ob diese Bestimmung als Verbot einer Ausweisung im Sinne des deutschen Ausländergesetzes anzusehen ist oder lediglich ein Abschiebungsverbot darstellt (zur GK vgl. [57]). Jedenfalls habe ausweislich des Protokolls zum Niederlassungsabkommen jeder Vertragsstaat das Recht, nach seinen innerstaatlichen Grundsätzen zu beurteilen, ob die Voraussetzungen des – unterstellten – Ausweisungsschutzes vorliegen. Die Ausweisung nach dem ENA sei daher gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen der Regelausweisung nach § 47 Abs. 2 Nr. 1 des Ausländergesetzes (rechtskräftige Verurteilung wegen vorsätzlicher Straftaten zu einer Freiheitsstrafe ohne Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung) vorlägen.

10. Noch keine klare Linie haben deutsche Gerichte demgegenüber für die Voraussetzungen des besonderen Ausweisungsschutzes nach Art. 3 Abs. 3 ENA entwickelt. Nach dieser Bestimmung dürfen Staatsangehörige eines Vertragsstaates, die seit mehr als 10 Jahren ihren ordnungsge-

---

<sup>27</sup> BGBl. 1955 II, 997.

<sup>28</sup> Vgl. die Bekanntmachung über den Geltungsbereich des Abkommens vom 21.12.1990, BGBl. 1991 II, 397.

<sup>29</sup> Vgl. dazu schon Z i m m e r m a n n (Anm. 3), 391.

mäßigen Aufenthalt im Gebiet eines anderen Vertragsstaates haben, nur aus Gründen der Sicherheit des Staates oder aus besonders schwerwiegenden Verstößen gegen die öffentliche Ordnung ausgewiesen werden. Nach Ansicht des VGH Mannheim (Beschluß vom 2.6.1992 – 11 S 736/92 – InfAuslR 1992, 341 ff.) ist die Ausweisung unter diesen Voraussetzungen nur noch dann zulässig, wenn sie für den Vertragsstaat unvermeidbar erscheinen muß, weil die maßgebenden Gründe so gewichtig sind, daß die Anwesenheit des Ausländers auch bei Anlegung strenger Maßstäbe nicht hingenommen werden kann. Die Beurteilung habe sich danach zu richten, daß die Ausweisung künftigen Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorbeugen solle. Dabei könnten generalpräventive Gründe nur in Ausnahmefällen schwerwiegend sein, weshalb unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine Ausweisung allein zum Zwecke der Generalprävention grundsätzlich unzulässig sei. Ebenso sei – am Maßstab der Spezialprävention – eine schwerwiegende Gefährdung in der Regel zu verneinen, wenn im Rahmen einer strafrechtlichen Verurteilung die Strafaussetzung zur Bewährung vom Strafrichter als gerechtfertigt angesehen worden sei.

11. Demgegenüber vertrat das OVG Koblenz im Beschluß vom 16.3.1992 (13 B 12453/91 – NVwZ-RR 1992, 660f. = DVBl 1992, 1553 [Ls.] = DÖV 1992, 932f. [Ls.]) die Auffassung, daß im Bereich von Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz – trotz des Schutzgedankens des Art. 3 Abs. 3 ENA – angesichts der ungewöhnlich hohen Gefährlichkeit für die Gesundheit der Konsumenten und der mit der weit verbreiteten Kriminalisierung von Heroinsüchtigen verbundenen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auch eine allein aus generalpräventiven Erwägungen verfügte Ausweisung als grundsätzlich zulässig angesehen werden müsse.

12. Das LG Frankfurt/Main befaßte sich mit der Frage der Ausländersicherheit für Prozeßkosten bei einer Klägerin mit Firmensitz auf der Kanalinsel Jersey (Zwischenurteil vom 30.10.1992 – 2/2 O 193/92 – RIW 1993, 237). Gemäß § 110 Abs. 2 Nr. 1 ZPO entfällt die grundsätzlich bei Ausländern bestehende Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, wenn nach den Gesetzen des Staates, dem der Kläger angehört, ein Deutscher gleichfalls zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist. Das Landgericht war der Ansicht, daß ein deutscher Kläger "in Großbritannien, dessen Gesetze auch auf die zu Großbritannien gehörende Kanalinsel Jersey anzuwenden sind", nur dann von der Stellung einer Prozeßkostensicherheit befreit wäre, wenn er dort einen Wohnsitz hätte (Art. 14 des deutsch-

britischen Abkommens von 1928<sup>30</sup>) oder einen solchen oder zumindest einen gewöhnlichen Aufenthaltsort in einem anderen Vertragsstaat des ENA hat (Art. 9 Abs. 1 ENA). Nur unter den entsprechenden Voraussetzungen habe ein britischer Kläger in Deutschland keine Prozeßkostensicherheit zu leisten, wobei jedoch vorliegend beide Voraussetzungen für die Klägerin zu verneinen waren.

Das LG ging auf den von Großbritannien erklärten Vorbehalt zu Art. 9 Abs. 1 nicht ein<sup>31</sup>. Es übersah zudem bei seiner allgemeinen Aussage zur Prozeßkostensicherheit von Klägern mit Wohnsitz "in Großbritannien" die sich aus Art. 7 EWGV ergebende europarechtliche Problematik (dazu [92], [93]). Ob das Gericht im Ergebnis richtig lag, hängt von dem – nicht mitgeteilten – vertraglichen Grund des eingeklagten Anspruchs ab. Gemäß Art. 227 Abs. 5 Buchst. c) EWGV i.V.m. dem britischen Beitrittsprotokoll Nr. 3<sup>32</sup> sind einige Bereiche des EG-Rechts auf den Kanalinseln nicht anwendbar.

13. Abschließend wird hingewiesen auf den Beschluß des LG Bremen vom 3.12.1992 (1 O 2889/1990a. – NVwZ 1993, 917ff. = JZ 1993, 633ff. m. Anm. Heß, *ibid.*, 606ff.), durch den dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt wurde, ob die Ausschlußregelung für private Ansprüche nach Art. 5 Abs. 4 des Abkommens über deutsche Auslandsschulden vom 27.2.1953<sup>33</sup> mit dem grundgesetzlichen Eigentumsschutz und dem Gleichheitsgebot vereinbar ist. Das LG Bremen vertrat in dem Beschluß die Auffassung, daß es dem Gesetzgeber – auch in Anbetracht der weiten Gestaltungsfreiheit bei der Bewältigung der außergewöhnlichen Probleme beim Ausgleich der wirtschaftlichen und politischen Lasten aus dem Zweiten Weltkrieg – angesichts der tatsächlichen historischen Entwicklung nicht freistehe, ob er überhaupt eine Ausgleichsregelung zugunsten der Betroffenen schaffe. Dabei schloß sich das Gericht der Auffassung des OLG Berlin<sup>34</sup> an, daß die Nebenfriedensverträge der Alliierten mit Ungarn und Rumänien vom 10.2.1947<sup>35</sup> keinen Forderungsverzicht wegen der in dem Streitfall in Frage stehenden Bereicherungsansprüche gegenüber der Bundesrepublik und damit auch keine Regelungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 des Londoner Schuldenabkommens enthielten.

<sup>30</sup> RGBl. 1928 II, 623; zur Weitergeltung BGBl. 1953 II, 116.

<sup>31</sup> Vgl. BGBl. 1970 II, 843; sowie zur Problematik Giegerich (Anm. 3), 362f.

<sup>32</sup> ABl. 1972 Nr. L 73, 164.

<sup>33</sup> BGBl. 1953 II, 331.

<sup>34</sup> Oberstes Rückerstattungsgericht Berlin, Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht 1967, 57.

<sup>35</sup> 41 UNTS 135 (Ungarn); 42 UNTS 3 (Rumänien).

*III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität*

## 1. Grenzen der Ausübung eigener Staatsgewalt

14. Das Bundesverfassungsgericht (3. Kammer des Zweiten Senats) lehnte es mit Beschluß vom 21.2.1992 (2 BvR 1662/91 – DtZ 1992, 216) ab, die Verfassungsbeschwerde des früheren DDR-Ministerpräsidenten gegen Beschlüsse des AG Berlin-Tiergarten, des LG Berlin und des Kammergerichts im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wegen des Vorwurfs der Mitverantwortung für die Todesschüsse an der Berliner Mauer zur Entscheidung anzunehmen. Der Beschwerdeführer hatte vorgebracht, daß seine strafrechtliche Verfolgung gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts verstoße, wonach Staatsoberhäupter bzw. führende Repräsentanten eines fremden Staates auch nach Ablauf ihrer Amtszeit vollständige Immunität für während ihrer Amtszeit vorgenommene Handlungen genießen. Die Kammer des BVerfG sah dieses Vorbringen zwar als zulässig an, da die Nichtbeachtung der gemäß Art. 25 GG bindenden allgemeinen Regeln des Völkerrechts als Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG gerügt werden könnte<sup>36</sup>. Das BVerfG erkannte vorliegend jedoch keine Verletzung völkerrechtlicher Regeln. Vielmehr schloß es sich der Auffassung des Kammergerichts an, wonach die Immunität eines Staatsoberhauptes die Existenz des Staates, den er repräsentiert, nicht überdauern könne, weshalb nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland dem Beschwerdeführer keine Immunität mehr zustehe. Da Sinn und Zweck der völkerrechtlichen Immunität darin bestehe, durch sie die Souveränität des fremden Staates und seiner Staatsorgane zu schützen, entfalle gleichzeitig mit dem Ende eines Staates der tragende Grund für die Gewährung der Immunität. Daher sei auch in einem solchen Falle, entsprechend der im völkerrechtlichen Schrifttum durchgängig vertretenen Auffassung, eine Strafverfolgung wieder möglich.

15. Mit einem ähnlichen Einwand hatte sich der Bundesgerichtshof im sog. *Ersten Mauerschützen-Urteil* vom 3.11.1992 (5 StR 370/92 – NJW 1993, 141 ff. = MDR 1993, 61 ff. = EuGRZ 1993, 37 ff. = NStZ 1993, 129 ff. = JR 1993, 69 ff. m. Anm. Schroeder, *ibid.*, 45 ff., vgl. auch Urteil des LG Berlin vom 20.1.1992 – 2 Js 48/90 – NJ 1992, 269 ff. = JZ 1992, 691 ff. m. Anm. Hruschka, *ibid.*, 665 ff., vgl. dazu auch Polakiewicz, EuGRZ 1992, 177 ff.) zu befassen. Den BGH beschäftigte in diesem Urteil die Frage, ob Angehörige der Grenztruppen der DDR für

<sup>36</sup> Vgl. zuletzt BVerfGE 77, 170, 232.

den Schußwaffengebrauch an der Berliner Mauer strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Von seiten des Angeklagten war als Verfahrenshindernis geltend gemacht worden, die *act of state doctrine* wirke als "Bestrafungsverbot" zugunsten des Angeklagten. Der Angeklagte habe nämlich als Funktionsträger im Auftrag und im Interesse eines anderen Staates, der DDR, gehandelt und dürfe deswegen nicht zur Verantwortung gezogen werden. Der BGH wies diesen Einwand zurück. Die im angelsächsischen Rechtskreis unterschiedlich formulierte *act of state doctrine* sei keine im Rahmen des Art. 25 GG beachtliche allgemeine Regel des Völkerrechts. Sie betreffe vielmehr die Auslegung innerstaatlichen Rechts, nämlich die Frage, ob und in welchem Maße von der Wirksamkeit der Akte fremder Staaten auszugehen sei. In der deutschen Rechtspraxis bestehe jedoch keine verbindliche Regel, daß die Wirksamkeit ausländischer Hoheitsakte bei der Anwendung innerstaatlichen Rechts der gerichtlichen Nachprüfung entzogen sei. Dies sei auch nicht im Einigungsvertrag<sup>37</sup> vereinbart worden. Im Gegenteil machten die Bestimmungen von Art. 18 und 19 Einigungsvertrag deutlich, daß Entscheidungen der Gerichte und der Verwaltung der DDR grundsätzlich wirksam blieben, jedoch bei Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze aufgehoben werden könnten.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht mit Rücksicht auf die Immunität fremder Staaten und ihrer Repräsentanten. Zwar sei anerkannt, daß insoweit keine deutsche Gerichtsbarkeit bestünde<sup>38</sup>. Die Angeklagten seien aber schon deswegen nicht als Repräsentanten eines fremden Staates zu behandeln, weil die DDR nicht mehr bestehe [86].

16. Mit Urteil vom 29.10.1992 (2 C 2.90 – BVerwGE 91, 126ff. = BayVwBl. 1993, 281f. = DVBl. 1993, 552ff. = NJW 1993, 1409f. = NVwZ 1993, 672 [Ls.]) entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß bei dienstrechtlichen Streitigkeiten zwischen den Europäischen Schulen und ihrem Lehrpersonal der Rechtsweg zu den deutschen Gerichten nicht gegeben sei. Ein in der Zeit von 1976 bis 1986 an die Europäische Schule in Karlsruhe abgeordneter Lehrer hatte sich dagegen gewandt, daß seine "Abgangszulage" um einen Teil seines ihm nach deutschem Besoldungsrecht zustehenden Weihnachtsgeldes für das Jahr 1986 gekürzt worden war.

Die Europäischen Schulen beruhen auf der zwischen den Vertragsstaa-

<sup>37</sup> Vertrag zwischen der Bundesrepublik und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31.8.1990 (BGBl. 1990 II, 889); vgl. Schuster (Anm. 6), 1006ff.

<sup>38</sup> Mit Verweis auf BGH, NJW 1979, 1101, und BGHSt 33, 97.

ten der Europäischen Gemeinschaften abgeschlossenen Satzung vom 12.4.1957<sup>39</sup> und dem Protokoll über die Gründung Europäischer Schulen unter Bezugnahme auf die Satzung der Europäischen Schule vom 13.4.1962<sup>40</sup>, wodurch der Institution Europäische Schulen die Rechtspersönlichkeit einer öffentlichen Anstalt zwischenstaatlichen Rechts (Art. 6 Satz 1 der Satzung) zuerkannt worden ist. Nach Art. 45 Abs. 1 des Personalstatuts ist bei Streitigkeiten zwischen Lehrpersonal und Schule, soweit Besoldungen in Frage stehen, zunächst Verwaltungsbeschwerde beim "Verwaltungsrat" einzulegen, wogegen das – endgültige – Rechtsmittel der Beschwerde an eine Beschwerdekammer besteht. Diese setzt sich zusammen aus drei Juristen, die von der Europäischen Schule auf Vorschlag der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften für drei Jahre ernannt sind.

Der von der Kürzung der "Abgangszulage" betroffene Lehrer hatte nach erfolgloser Beschwerde Klage beim Verwaltungsgericht mit dem Ziel erhoben, das Abgangsgeld ungekürzt zu erhalten. Das BVerwG sah in dem Verfahren jedoch keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 VwGO, da sowohl das Personalstatut wie auch die darauf gestützten Entscheidungen originäres Recht einer zwischenstaatlichen Einrichtung und damit nicht Ausdruck abgeleiteter öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 oder Art. 20 Abs. 2 GG seien. Daneben könne Art. 24 Abs. 1 GG eine Schutzfunktion nur dort entfalten, wo in Frage stehe, ob die bei der Rücknahme der Hoheitsgewalt zu beachtenden verfassungsrechtlichen Grenzen eingehalten worden seien<sup>41</sup>. Von einer solchen "Rücknahme der Hoheitsgewalt" könne jedoch keine Rede sein, wenn sich ein deutscher Staatsangehöriger freiwillig in den Dienst einer zwischenstaatlichen Einrichtung begeben. Der im Dienstrecht der Europäischen Schulen gewährleistete Rechtsschutz entspreche "im übrigen" auch den rechtsstaatlichen Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG. Unter Bezugnahme auf das BVerfG<sup>42</sup> erachtete es das Bundesverwaltungsgericht als hinreichend, wenn der Rechtsschutz dem des Grundgesetzes im wesentlichen gleichkomme. Der danach in aller Regel gebotene Individualrechtsschutz durch unabhängige Gerichte sei nicht schon deshalb beeinträchtigt, weil die Ernennung der Juristen zu Mitgliedern der Beschwerdekammer durch die Europäische Schule erfolge. Die persönli-

---

<sup>39</sup> BGBl. 1965 II, 1042.

<sup>40</sup> BGBl. 1969 II, 1302.

<sup>41</sup> Mit Verweis auf BVerfGE 37, 271 ff., 291, 296.

<sup>42</sup> BVerfGE 73, 339 ff., 376.

che Unabhängigkeit erfordere nicht, daß keine personale Verbindung zwischen den Mitgliedern der Beschwerdekammer und der Institution Europäische Schule bestehe.

17. Gemäß § 7 Abs. 2 des StGB gilt das deutsche Strafrecht für im Ausland begangene Taten, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist und wenn der Täter zur Zeit der Tat Ausländer war, im Inland betroffen und nicht ausgeliefert worden ist. Das OLG Düsseldorf entschied mit Beschluß vom 3.4.1992 (V 1/92 – MDR 1992, 1161f.), daß eine Tat nicht im Sinne dieser Bestimmung im Ausland mit Strafe bedroht ist, wenn sie nach dem Recht des Tatortstaates wegen eines Verfolgungs- oder Verfahrenshindernisses (dort libanesisches Amnestiegesetz vom 26.8.1991) in dem ausländischen Staat nicht verfolgt werden könnte.

§ 7 StGB sei Ausdruck des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege. Der diesem Prinzip zugrundeliegende Gesichtspunkt der Subsidiarität erlaube jedoch lediglich, die Strafverfolgung durch ein inländisches Gericht anstelle des ausländischen Richters im Umfang des Tatortrechts vorzunehmen. Daher seien auch etwaige Verfolgungs- und Verfahrenshindernisse des Tatortrechts zu beachten. Die strenge Beachtung des Gedankens der Subsidiarität finde auch Ausdruck im Report des Minister-Komitees des Europarates "Extra-Territorial Criminal Jurisdiction" von 1990 sowie in der Resolution der UN-Vollversammlung vom 3.4.1991 betreffend einen UN-Modellvertrag über "Transfers of proceedings in criminal matters".

## 2. Anerkennung fremder Hoheitsakte<sup>43</sup>

18. Der Bundesgerichtshof hatte im Urteil vom 4.6.1992 (IX ZR 149/91 – BGHZ 118, 313ff. = NJW 1992, 3096ff. = RIW 1993, 132ff. = JZ 1993, 261ff.) die Frage zu entscheiden, ob Strafschadensersatz nach US-amerikanischem Zivilrecht gegen den deutschen *ordre public* verstößt. Ein amerikanischer Staatsbürger bemühte sich um die Vollstreckbarerklärung eines US-amerikanischen Schadensersatzurteils, mit dem ihm insgesamt rund 750.000 US \$ zuerkannt worden waren. Darin enthalten waren 400.000 US \$ Strafschadensersatz ("exemplary and punitive damages"). Strafschadensersatz wird – wie der BGH ausführt – nach US-amerikanischem Recht zugesprochen, wenn dem Täter als erschwerender Umstand zu einem allgemeinen Haftungstatbestand ein absichtliches, bösesartiges

<sup>43</sup> Auf die Entscheidungen im Zusammenhang mit der Fortgeltung von Hoheitsakten der DDR wird im Rahmen von Kap. XII eingegangen.

oder rücksichtsloses Fehlverhalten zur Last fällt. In diesem Zusammenhang könne aber schon eine bewusst fahrlässige, offenkundige Mißachtung der Sicherungsinteressen der Allgemeinheit ausreichen.

Gemäß §§ 723, 328 ZPO wird ein ausländisches Urteil nicht für vollstreckbar erklärt, wenn die Vollstreckung des Urteils gegen den "Zweck eines deutschen Gesetzes" (*ordre public*) verstoßen würde. Der BGH stellte zunächst darauf ab, daß es sich bei Strafschadensersatz nicht um eine Kriminalstrafe handle, die der Vollstreckbarerklärung gemäß §§ 722, 723 ZPO von vornherein entzogen wäre. Jedoch sei es nach deutscher Rechtsauffassung mit dem Strafmonopol des Staates und den dafür eingeführten besonderen Verfahrensgarantien unvereinbar, dem Opfer eines Delikts eine Vergünstigung zukommen zu lassen, die sich am allgemeinen Abschreckungsinteresse orientiere. Die Bestrafungs- und Abschreckungsfunktion des Strafschadensersatzes sei auch nicht vergleichbar mit der Genugtuungsfunktion, die nach deutschen Grundsätzen im Bereich der Zumessung von Schmerzensgeld und bei der Bemessung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu berücksichtigen sei. Denn die mit dem Schmerzensgeldanspruch angestrebte Genugtuung sei untrennbar verknüpft mit seiner Ausgleichsfunktion und beruhe daher immer auf einer gewissen, durch den Schadensfall hervorgerufenen persönlichen Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem. Darüber hinaus führe die Vollstreckung eines Anspruches auf pauschalen Strafschadensersatz in Deutschland schon deshalb zu einem untragbaren Ergebnis, weil auf diese Weise eine Besserstellung ausländischer Gläubiger solcher Staaten, die Strafschadensersatz verhängen, gegenüber inländischen und Gläubigern anderer Staaten erreicht würde. Keinen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* sah der BGH darin, daß das US-amerikanische Gericht Schadensersatz wegen (lediglich) zu erwartender psychologischer Behandlung zugesprochen hatte, oder wegen des 40%igen Erfolgshonorars des Prozessvertreters des Geschädigten.

19. Das OLG Schleswig beschäftigte sich im Beschluß vom 29.1.1992 (1 Ws 351/91 – NJW 1992, 926) mit der Frage, ob Urteile nationalsozialistischer Sondergerichte, die von der Straffreiheitsverordnung der britischen Zone erfaßt sind, nochmals gerichtlich auf der Grundlage des Gesetzes zur Beseitigung nationalsozialistischer Unrechtsurteile vom 25.5.1990<sup>44</sup> beseitigt werden können. Nach dem genannten Unrechtsbeseitigungsgesetz sind Urteile aus der Zeit zwischen 1933 und 1945 gerichtlich aufzuheben, soweit – unter anderem – ihnen Taten zugrunde

---

<sup>44</sup> BGBl. 1990 I, 966.

liegen, die allein nach nationalsozialistischer Auffassung strafbar waren. Demgegenüber hatte das Zentral-Justizamt für die britische Zone, gestützt auf eine Genehmigung der Militärregierung<sup>45</sup>, eine Rechtsverordnung<sup>46</sup> erlassen, nach deren § 7 "Straferkenntnisse, welche ausschließlich wegen Straftaten ergangen sind, die allein nach nationalsozialistischer Auffassung strafbar waren" durch die Verordnung – ohne weitere gerichtliche Entscheidung – aufgehoben waren. Das OLG Schleswig widersprach der Auffassung der Staatsanwaltschaft, durch diese Straffreiheitsverordnung seien allein die Strafaussprüche der in Betracht kommenden NS-Urteile, nicht aber auch die Schuldsprüche aufgehoben. Soweit § 7 der Verordnung von "Straferkenntnissen" spreche, seien damit Strafurteile insgesamt gemeint. Da das im vorliegenden Zusammenhang in Frage stehende Urteil eines nationalsozialistischen Sondergerichts bereits durch die britische Straffreiheitsverordnung erfaßt gewesen sei, sah sich das Gericht außerstande, das Urteil nochmals auf der Grundlage des Unrechtsbeseitigungsgesetzes aufzuheben.

#### *IV. Staatsangehörigkeit*

##### 1. Erwerb

20. Gemäß § 86 des am 1.1.1991 in Kraft getretenen neuen Ausländergesetzes ist ein Ausländer, der seit 15 Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat, in der Regel einzubürgern, wenn er seine bisherige Staatsangehörigkeit aufgibt, nicht wegen einer Straftat verurteilt ist und seinen Lebensunterhalt ohne Inanspruchnahme von Sozial- oder Arbeitslosenhilfe bestreiten kann. Diese Vorschrift geht über § 8 RuStAG hinaus, nach der die Einbürgerung eines Ausländers in dem am öffentlichen Interesse orientierten Ermessen der Bundesrepublik steht. Der VGH Mannheim führte unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerwG in seinem Urteil vom 7.10.1992 (13 S 1899/91 – VB/BW 1993, 66 ff.) aus, daß erhebliche öffentliche Belange der Regeleinbürgerung nach § 86 AuslG entgegenstehen können. Von einem solchen atypischen Sachverhalt sei auszugehen, wenn der Einbürgerung eines Ausländers die öffentlichen Belange der inneren Sicherheit und der zwischen-

---

<sup>45</sup> Verordnung Nr. 41 der Militärregierung Deutschland im Britischen Kontrollgebiet vom 1.10.1946, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1946, 389.

<sup>46</sup> Verordnung über die Gewährung von Straffreiheit vom 3.6.1947, Verordnungsblatt für die Britische Zone 1947, 68.

staatlichen Beziehungen entgegenstünden. Dies bejahte der VGH Mannheim in dem von ihm zu entscheidenden Fall, bei dem der antragstellende Ausländer nach Auffassung des Gerichts einer radikal-kommunistischen Organisation angehörte, deren Programmatik darauf ausgerichtet sei, den israelischen Staat mit Mitteln der Gewalt und des Terrors zu beseitigen.

21. Nach § 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 20.12.1974<sup>47</sup> erwirbt das nicht-deutsche, nach dem 31.3.1953, aber vor dem 1.1.1975 ehelich geborene Kind einer Mutter, die zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes Deutsche war, die Staatsangehörigkeit durch die Erklärung, deutscher Staatsangehöriger werden zu wollen<sup>48</sup>. Allerdings mußte gemäß Art. 3 Abs. 6 dieses Änderungsgesetzes das Erklärungsrecht bis zum 31.12.1977 ausgeübt werden. Eine Nachfristgewährung gilt für den Fall, daß der Betroffene ohne sein Verschulden außerstande war, die Erklärungsfrist einzuhalten. Das OVG Münster entschied im Urteil vom 14.12.1992 (25 A 3095/91 – InfAuslR 1993, 216ff.), daß die Erklärungsfrist des Änderungsgesetzes von 1974 auch für im Ausland lebende Betroffene ausreichend bemessen sei und daß die fehlende Kenntnis von der Optionsmöglichkeit und der Erklärungsfrist regelmäßig kein hinreichender Grund sei für eine Nachfristgewährung wegen schuldloser Versäumung. Dabei sei es verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden, daß dem Betroffenen das Verschulden seiner Eltern zugerechnet werde.

## 2. Mehrfache Staatsangehörigkeit

22. Der VGH Kassel entschied im Urteil vom 20.7.1992 [5], daß bei der Ausübung des Ermessens im Hinblick auf die Einbürgerung eines Ausländers nach §§ 8, 9 RuStAG das öffentliche Interesse an der Vermeidung von Mehrstaatigkeit berücksichtigt werden dürfe. Das Festhalten am Grundsatz der Vermeidung von mehrfacher Staatsangehörigkeit sei auch nicht aufgrund der zwischenzeitlichen Entwicklung des Völkerrechts innerstaatlich überholt. Zwar räume eine Mehrheit der Vertragsstaaten des Übereinkommens über die Verringerung der Mehrstaatigkeit

---

<sup>47</sup> BGBl. 1974 I, 3714.

<sup>48</sup> Vgl. zu dieser Änderungsbestimmung den Beschluß des BVerfG vom 21.5.1974, BVerfGE 37, 217ff., mit dem die Regelung des § 4 Abs. 1 RuStAG vom 27.7.1913, (RGBl. I, 583), ergänzt durch Art. 1 RuStAÄndG vom 19.12.1963 (BGBl. I, 982), für gleichheitswidrig erklärt wurde.

und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern vom 6.5.1963<sup>49</sup> Ausländern der zweiten oder nachfolgenden Generationen alternativ oder kumulativ besondere Optionsrechte ein, die an die Geburt im Inland oder eine bestimmte Aufenthaltsdauer geknüpft seien, wobei regelmäßig die Beibehaltung der bisherigen Staatsangehörigkeit zugelassen werde. Unabhängig davon, welche Folgerung aus dieser Staatenpraxis zu ziehen sei, müsse berücksichtigt werden, daß der deutsche Gesetzgeber auch in den Vorschriften über die erleichterte Einbürgerung junger Ausländer und von Ausländern mit langem Aufenthalt im Bundesgebiet (§§ 85 und 86 AuslG) an dem staatlichen Interesse der Vermeidung der Mehrstaatigkeit festgehalten habe.

23. Mit der Einbürgerung iranischer Staatsangehöriger befaßte sich ebenfalls das VG Berlin im Urteil vom 9.11.1992 (2 A 21.90 – StAZ 1993, 194 ff.). Auch in diesem Rechtsstreit war eine Einbürgerung nach § 9 RuStAG aufgrund des Zustimmungserfordernisses nach dem deutsch-iranischen Niederlassungsabkommen vom 17.2.1929 nicht möglich. Das VG Berlin bejahte allerdings einen Einbürgerungsanspruch nach § 86 AuslG. Von der danach bestehenden Voraussetzung der Aufgabe bzw. des Verlustes der bisherigen Staatsangehörigkeit sei abzusehen, wenn die iranischen Behörden die Bearbeitung des Antrags eines mit einer deutschen Staatsangehörigen verheirateten Iraners auf Entlassung aus der iranischen Staatsangehörigkeit davon abhängig machten, daß dieser Lichtbilder beibringe, die seine Ehefrau gegen ihren erklärten Willen mit Shador verschleiert zeigten. Durch dieses Verlangen versage der Iran willkürlich im Sinne von § 87 Abs. 1 AuslG die Entlassung aus der bisherigen Staatsangehörigkeit.

### 3. Staatenlosigkeit

24. Mit Urteil vom 21.1.1992 (1 C 18.90 – InfAuslR 1992, 161 ff., vgl. auch die in den wesentlichen Entscheidungsgründen wortgleiche Entscheidung des BVerwG vom selben Tage – 1 C 17.90 – InfAuslR 1992, 210 ff. = NVwZ 1992, 674 ff. = ZAR 1992, 131 [Ls.]) befaßte sich das BVerwG mit der Anwendbarkeit des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954 (StlÜbk)<sup>50</sup> auf Personen, die unter dem Schutz der United Nations Relief and World Agency for Palestine Refugees (UNRWA) stehen.

<sup>49</sup> BGBl. 1969 II, 1954.

<sup>50</sup> BGBl. 1976 II, 473.

Die Klägerin des Rechtsstreits war 1972 mit einem libanesischen Reiseausweis für Palästina-Flüchtlinge in die Bundesrepublik gereist, wo ihr Antrag auf Anerkennung als Asylberechtigte abgewiesen wurde und wo sie sich in der Folgezeit auf der Grundlage von Aufenthaltsgestattungen bzw. -erlaubnissen aufhielt. Ihr Antrag auf Erteilung eines Reiseausweises nach Art. 28 des Staatenlosen-Übereinkommens wurde abgelehnt. Das BVerwG wies letztinstanzlich die dagegen gerichtete Klage ab.

Das BVerwG führte die Rechtsprechung aus dem Urteil vom 16.10.1990<sup>51</sup> fort, wonach das Staatenlosen-Übereinkommen einen unmittelbaren Anspruch auf Erteilung eines Reiseausweises begründe. Das Gericht sah jedoch die Voraussetzungen des Art. 28 StlÜbk nicht als erfüllt an. Dabei ließ das BVerwG auch in dieser Entscheidung dahingestellt, ob die Klägerin als *de iure*-Staatenlose im Sinne des Übereinkommens angesehen werden könne<sup>52</sup>. Vielmehr stützte das Gericht die Ablehnung des Anspruches auf Art. 1 Abs. 2 Buchst. i StlÜbk, wonach das Staatenlosen-Übereinkommen keine Anwendung auf solche Personen findet, denen gegenwärtig die UNRWA Schutz oder Beistand gewährt, "solange sie diesen Schutz oder Beistand genießen". Die Ausnahmebestimmung des Übereinkommens sei im wesentlichen eine verkürzte Wiedergabe der Anwendungsklausel des Art. 1 D Abs. 2 der Genfer Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (GK), was sich aus der Entstehungsgeschichte der Genfer Konvention und des Staatenlosen-Übereinkommens herleiten lasse. Für eine inhaltliche Übereinstimmung der Bestimmungen spreche zudem eine an deren Sinn und Zweck orientierte Auslegung. Zwar sei Art. 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 22.5.1969<sup>53</sup> gemäß dessen Art. 4 nicht unmittelbar anwendbar. Die Vorschrift sei jedoch Ausdruck allgemeiner Regeln des Völkerrechts und daher auch auf das Staatenlosen-Übereinkommen anwendbar. Nach Sinn und Zweck der in Art. 1 Abs. 2 Buchst. i StlÜbk und Art. 1 D GK getroffenen Regelungen erübrige sich die Gewährung der Vergünstigungen nach dem einen oder dem anderen Abkommen, weil der dort genannte Personenkreis bereits durch die UNRWA besonderen Schutz und Beistand erfahre. Im Ergebnis sei daher die Regelung in Art. 1 Abs. 2 Buchst. i StlÜbk "solange sie diesen Schutz oder Beistand genießen" vor dem Hintergrund von Art. 1 D Abs. 2 GK dahin auszulegen,

<sup>51</sup> BVerwGE 87, 11ff., vgl. dazu Giegerich (Anm. 3), 375f.

<sup>52</sup> Vgl. dazu nunmehr das Urteil des BVerwG vom 23.2.1993 – 1 C 75/90 – NVwZ 1993, 782ff.

<sup>53</sup> BGBl. 1985 II, 926; 1987 II, 757.

daß sie auf ein Ereignis hindeuteten, das nicht in den Einflußbereich des Betroffenen falle. Unter Rückgriff auf das Grundsatzurteil des BVerwG vom 4.6.1991<sup>54</sup> zur Auslegung von Art. 1 D Abs. 2 GK legte das Gericht in diesem Rechtsstreit dar, der Schutz und Beistand der UNRWA sei nicht im Sinne des Staatenlosen-Abkommens weggefallen, wenn der Betroffene das Tätigkeitsgebiet der UNRWA verlasse und anstelle dieses Schutzes oder Beistandes die Vergünstigungen des Staatenlosen-Übereinkommens für sich beanspruche. Auch hier argumentierte das BVerwG dahin, der Zweck des Staatenlosen-Übereinkommens würde verfehlt, wenn die Betroffenen es weitgehend in der Hand hätten, ob sie den Schutz oder Beistand der UNRWA oder allgemein die Vergünstigungen des Übereinkommens in Anspruch nehmen. Ebenso wie ein Aufnahmestaat unter Hinweis auf die Vorrangigkeit der UNRWA-Betreuung die Vergünstigungen des Abkommens versagen dürfe, könne jeder andere Vertragsstaat verfahren, in den der Betroffene einreise. Dabei komme es auch nicht auf die Gründe an, die den Betroffenen zur Preisgabe der Betreuung und zum Verlassen des Tätigkeitsgebiets des UNRWA veranlaßt hätten. Soweit nämlich der Betroffene aus berechtigter Furcht vor politischer Verfolgung den bisherigen Aufnahmestaat verlassen habe, begründe dieser Umstand seine Flüchtlingseigenschaft nach Art. 1 A Nr. 2 GK und führe daher in der Bundesrepublik zu seiner Anerkennung als Asylberechtigter in dem dafür vorgesehenen Verfahren. Darüber hinaus komme die Aufnahme in der Bundesrepublik aus humanitären Gründen in Frage. Damit sei insgesamt ein angemessener Schutz gewährleistet. Vgl. auch [55].

25. Auch der VGH München orientierte sich im Urteil vom 7.4.1992 (10 B 90.3054 – BayVBl. 1992, 535f.) an der bereits erwähnten Grundsatzentscheidung des BVerwG vom 4.6.1991. Der VGH München setzte sich mit der Frage auseinander, ob und unter welchen Voraussetzungen ein ausländerrechtlicher Aufenthaltstitel das Recht auf dauernde Niederlassung und damit den Rechtsanspruch auf einen Reiseausweis gemäß Art. 28 StlÜbk vermittele. Dabei schloß sich das Gericht den Überlegungen des BVerwG in der Entscheidung vom 4.6.1991 zu Art. 28 GK an und hielt auch eine befristete Aufenthaltserlaubnis für einen rechtmäßigen Aufenthalt im Sinne des Staatenlosen-Übereinkommens dann für ausreichend, wenn damit ein Recht zur ständigen Niederlassung eingeräumt werden soll. Davon sei jedoch bei einer befristeten Aufenthaltserlaubnis dann nicht auszugehen, wenn diese nach erkennbaren Kriterien von der

<sup>54</sup> BVerwGE 88, 254ff., vgl. Zimmermann (Anm. 3), 406ff.

Erwägung getragen sei, daß vorerst verhindert werden solle, daß sich der Ausländer in der Bundesrepublik auf Dauer niederläßt.

26. Während das BVerwG die Frage noch offenließ [24], entschied der VGH Mannheim mit Beschluß vom 27.1.1992 (13 S 2118/90 – InfAuslR 1992, 165f.) unter Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung, daß palästinensische Flüchtlinge seit ihrer Geburt Staatenlose im Sinne des Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit<sup>55</sup> seien, weil es eine palästinensische Staatsangehörigkeit nicht gebe.

27. Das gleiche Gericht beschäftigte sich im Beschluß vom 3.12.1992 (A 13 S 3108/92 – VBIBW 1993, 310ff. = BWVP 1993, 67f. = InfAuslR 1993, 91ff. = NVwZ 1993, 295f.) mit der Frage, ob abgelehnte rumänische Asylbewerber, die während ihres Aufenthaltes in der Bundesrepublik allein auf ihren Antrag hin – also ohne Zustimmung von seiten des rumänischen Staates – aus der rumänischen Staatsbürgerschaft entlassen worden sind, nach Rumänien abgeschoben werden können. In einer Nebenbemerkung bejahte der VGH Mannheim dabei die Anwendbarkeit des Staatenlosen-Übereinkommens<sup>56</sup> trotz der freiwilligen Preisgabe einer Staatsangehörigkeit, verneinte aber ein daraus abgeleitetes Aufenthaltsrecht, da die in dem StÜbk enthaltenen besonderen Vergünstigungen an die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts geknüpft seien<sup>57</sup>. Vgl. auch [33].

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

28. Auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.2.1992 [14] zur Immunität führender Repräsentanten der DDR sowie auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 3.11.1992 [15] wird hingewiesen.

29. Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes sprach das OVG Münster im Beschluß vom 11.2.1992 (8 B 536/92 – NJW 1992, 2043ff. = NVwZ 1992, 908 [Ls.] = FamRZ 1992, 1359 [Ls.]) einem Mitglied des diplomatischen Personals der Botschaft des Staates Somalia die Gewährung von Sozialhilfe nach § 120 des Bundessozialhilfegesetzes zu. Das Gericht bejahte zunächst die Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit. Zwar seien gemäß § 18 des Gerichtsverfassungsgesetzes Mitglieder diplomatischer Missionen nach Maßgabe des Wiener Übereinkommens

---

<sup>55</sup> BGBl. 1977 II, 597.

<sup>56</sup> BGBl. 1969 II, 1954.

<sup>57</sup> Vgl. ausführlich zu diesem Problem das Urteil desselben Gerichts vom 21.4.1993 – 11 S 1437/92 = InfAuslR 1993, 379ff.

über Diplomatische Beziehungen (WÜD)<sup>58</sup> von der deutschen Gerichtsbarkeit befreit. Dadurch sei der Immunität genießende Diplomat jedoch nicht gehindert, als Antragsteller oder Kläger gerichtlichen Rechtsschutz vor den Gerichten des Empfangsstaates aktiv in Anspruch zu nehmen. Die Möglichkeit einer Hauptklage sei im übrigen auch vorausgesetzt, wenn nach Art. 32 Abs. 3 WÜD die Widerklage des von einem Diplomaten Verklagten zulässig sei.

Nach § 120 Abs. 1 Satz 1 BSHG sei nicht-deutschen Personen, die sich im Geltungsbereich des Gesetzes aufhielten, Hilfe zum Lebensunterhalt zu gewähren. Der Anwendbarkeit dieser Bestimmung stünden völkervertragliche Regelungen nicht entgegen. Zwar sei nach Art. 33 WÜD ein Diplomat in bezug auf seine Dienste für den Entsendestaat von den im Empfangsstaat geltenden Bestimmungen über soziale Sicherheit befreit. Diese "Befreiung" erfasse jedoch üblicherweise nicht die Einschränkung oder den Ausschluß von Rechten, Ansprüchen oder Berechtigungen. Schließlich stünden bei der gebotenen summarischen Prüfung der Rechtslage der Gewährung von Sozialhilfe auch keine anderen geschriebenen oder ungeschriebenen Regeln des Völkerrechts entgegen. Das Gericht erwog zwar, daß eine dauerhafte Alimentierung von Mitgliedern des diplomatischen Personals einer Botschaft durch den Empfangsstaat im Widerspruch zu den normierten Aufgaben und Zielen stehen könne, die Art. 3 Abs. 1 WÜD einer diplomatischen Mission stellt. Dieser Zielsetzung entspreche es, daß der jeweilige Entsendestaat grundsätzlich allein für die soziale Sicherheit seines Personals verantwortlich sei. Soweit der Entsendestaat dieser Verpflichtung aber nicht nachkomme, sei weder dem Wiener Übereinkommen noch dem Völkergewohnheitsrecht zu entnehmen, daß die Behörden des Empfangsstaates keine Maßnahmen ergreifen dürften, um Leben, Gesundheit und Würde des in akute Not geratenen Diplomaten zu schützen. Angesichts fehlender Haushaltsmittel des Auswärtigen Amtes müsse diese Unterstützung zum Lebensunterhalt durch Sozialhilfe gewährt werden.

## *VI. Fremdenrecht*

Die Darstellung klammert den aufenthaltsrechtlichen Status von EG-Ausländern aus; die diesbezügliche Rechtsprechung wird unter X. berichtet. Auf die bereits erwähnten Entscheidungen zum Europäischen Niederlassungsabkommen wird hingewiesen [9]-[11].

<sup>58</sup> BGBl. 1964 II, 959; 1965 II, 147.

## 1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts

30. Das Bundessozialgericht entschied im Urteil vom 24.3.1992 (14 B/4 REg 23/91 – BSGE 70, 197ff. = InfAuslR 1992, 319ff.), der Anspruch eines Ausländers auf Erziehungsgeld setze eine Aufenthaltsberechtigung oder -erlaubnis in Form eines für die Bezugszeit geltenden Verwaltungsaktes voraus. Dies gelte auch im Falle später anerkannter Asylberechtigung.

Ausgangspunkt war die Klage einer türkischen Staatsangehörigen auf Gewährung von Erziehungsgeld für ihr am 12.4.1990 geborenes Kind. Mit Urteil des Verwaltungsgerichtes war die Klägerin am 6.12.1989 als Asylberechtigte anerkannt worden, am 19.11.1990 war ihr eine Aufenthaltserlaubnis erteilt worden. Das Bundessozialgericht hielt die Ablehnung von Erziehungsgeld für die Zeit vom 12.4.1990 bis zum 18.11.1990 aufrecht.

Nach der für den Streitfall maßgeblichen Fassung des Bundeserziehungsgeldgesetzes (BERzGG) von 1989<sup>59</sup> setzte der Anspruch eines Ausländers auf Erziehungsgeld neben dem gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik – u.a. – voraus, daß er “im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist, die nicht nur für einen bestimmten, seiner Natur nach vorübergehenden Zweck erteilt worden ist”. Das Bundessozialgericht bezog sich auf die Gesetzesmaterialien, in denen nicht erläutert sei, was unter “Besitz” einer Aufenthaltserlaubnis zu verstehen ist. Nach Auffassung des Gerichts ist eine Aufenthaltserlaubnis im Sinne eines Verwaltungsaktes mit Wirkung für die Bezugszeit erforderlich. Das materielle Aufenthaltsrecht (objektives Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG) des später anerkannten Asylbewerbers könne einer Aufenthaltserlaubnis nicht gleichgestellt werden. Im übrigen sei die der Klägerin erteilte Aufenthaltserlaubnis nicht mit Rückwirkung erlassen worden. Etwas anderes könne auch nicht Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG entnommen werden. Deklaratorische Bedeutung und eine damit verbundene Rückwirkung habe die Anerkennungsentscheidung allein hinsichtlich der anerkannten Asylberechtigung selbst. Die Rückwirkung betreffe nur die Rechtmäßigkeit des früheren Aufenthalts, nicht aber die Rechtmäßigkeit früher verfügbarer Einschränkungen der Freizügigkeit oder anderer Einschränkungen. Anerkannte Asylanten könnten daher eine Nachzahlung von Sozialleistungen, die ihnen bei einer sofortigen Aner-

---

<sup>59</sup> Gesetz zur Änderung des BERzGG vom 30.6.1989, BGBl. I, 1297; geändert mit Wirkung vom 1.1.1991 durch Gesetz vom 9.7.1990, BGBl. I, 1354.

kennung zugestanden hätten, nur verlangen, soweit das in dem jeweils maßgebenden Leistungsgesetz ausdrücklich vorgesehen sei.

Eine Ausnahme vom Erfordernis einer Aufenthaltserlaubnis für später anerkannte Asylanten ergebe sich auch nicht aus § 3 Abs. 1 des Asylverfahrensgesetzes i.V.m. mit Art. 24 der Genfer Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge. Vor einer unanfechtbaren Anerkennung als politischer Verfolgter könne sich der Asylbewerber lediglich auf das vom BVerfG judizierte "mit dem Antrag auf Asyl gesetzlich eintretende vorläufige Bleiberecht" (BVerfGE 67, 43, 59) berufen (vgl. dazu unten [55]). Schließlich werde der Anspruch auf Erziehungsgeld auch nicht durch die Genfer Konvention gewährleistet. Soweit Art. 24 GK ein Diskriminierungsverbot hinsichtlich Leistungen der sozialen Sicherheit enthalte, sei in Abs. 1 Buchst. b (ii) ein Vorbehalt hinsichtlich besonderer Bestimmungen des Aufenthaltslandes geregelt. Dieser Vorbehalt sei im Hinblick auf § 1 BErzGG anwendbar.

31. Im Beschluß vom 30.6.1992 (5 B 85/92 – InfAuslR 1992, 278ff.) befaßte sich das Schleswig-Holsteinische OVG mit der Frage, inwieweit die Versagung der Verlängerung einer Aufenthaltsgenehmigung gemäß §§ 13, 7 AuslG 1990 auch auf Erkenntnisse der Staatsanwaltschaft gestützt werden darf. Soweit nach den genannten Bestimmungen die Verlängerung einer Aufenthaltsgenehmigung beim Vorliegen eines Ausweisungsgrundes nach § 46 AuslG 1990 verweigert werden darf, ging das Gericht davon aus, daß nach dem Verständnis des Gesetzgebers ein Ausweisungsgrund bereits vorliege, wenn ein Ausweisungstatbestand festgestellt werden könne, ohne daß es darauf ankomme, ob die Ausweisung im Einzelfall auch fehlerfrei verfügt werden dürfte<sup>60</sup>. Nach § 46 Nr. 2 AuslG kann ein Ausländer insbesondere dann ausgewiesen werden, wenn er einen nicht nur vereinzelt oder geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften begangen hat. Das Gericht stellte fest, daß die Ausländerbehörde hinsichtlich der Rechtsverstöße grundsätzlich die Pflicht zu eigenen Ermittlungen und Feststellungen treffe, sie jedoch in aller Regel von der Richtigkeit einer strafrechtlichen Verurteilung ausgehen könne. Erkenntnisse der Staatsanwaltschaft dürfe die Ausländerbehörde jedenfalls dann verwerten, wenn diese Erkenntnisse keinen Anlaß zu Zweifeln gäben und der Ausländer sie nicht bestreite. Dabei könne jedoch die Einsichtnahme in Strafakten erforderlich sein. Soweit eine Anklageschrift nur den Anklagesatz und die Beweismittel, nicht aber das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen enthalte, genüge sie nicht als tatsächliche Grundlage einer Auswei-

<sup>60</sup> Vgl. dazu kritisch Rittstieg, InfAuslR 1992, 280f.

sung, wenn der Ausländer die ihm vorgeworfenen Straftaten nicht eingeräumt habe.

## 2. Ausweisung und Abschiebung

32. Das Bundesverfassungsgericht setzte sich im Beschluß vom 3.4.1992 (2 BvR 1837/91 – InfAuslR 1993, 176ff.) mit der Frage auseinander, inwieweit die Gefahr menschenunwürdiger Behandlung in Gestalt von Folter im Rahmen der Abschiebung eines abgelehnten Asylbewerbers zu berücksichtigen ist. Ein syrischer Staatsangehöriger hatte nach Ablehnung seiner Asylanträge im Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Ausweisungsverfügung geltend gemacht, ihm drohe als früherem Lehrer im syrischen Staatsdienst Freiheitsstrafe und Folter wegen unerlaubten Verlassens seines Arbeitsplatzes. Seiner Abschiebung stünden daher § 53 Abs. 1 und Abs. 4 des AuslG 1990 i.V.m. Art. 3, 5 Abs. 1, 14 EMRK entgegen. In seinem Beschluß vom 22.11.1991<sup>61</sup> hatte das OVG Münster dargelegt, es sei der Ausländerbehörde verwehrt, verfolgungsabhängige Abschiebungshindernisse als selbstständige, die Abschiebung hindernde Gründe zu berücksichtigen. Derartiges Vorbringen könne allein zum Gegenstand eines Asylverfahrens gemacht werden. Im Asylverfahren sei jedoch rechtskräftig festgestellt worden, daß dem syrischen Staatsangehörigen keine politische Verfolgung drohe. Bei der Entscheidung über die Abschiebung könne die Verwaltungsbehörde demgemäß nur "verfolgungsunabhängige Foltergefahr" berücksichtigen.

Die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde sah das BVerfG als offensichtlich begründet an. Das OVG habe bei seiner Interpretation des § 53 AuslG die Ausstrahlungen des Grundrechts des Beschwerdeführers aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht beachtet. Auch wenn das Begehren des Beschwerdeführers, als Asylberechtigter anerkannt zu werden, im Asylverfahren erfolglos geblieben sei, weil eine politische Verfolgung nicht festgestellt werden konnte, könnten dem Beschwerdeführer dennoch in seinem Heimatland die Gefahr menschenunwürdiger Behandlung in der Gestalt von Folter drohen. In einem solchen Fall gebiete es die Verpflichtung der deutschen Hoheitsträger zur Achtung der Menschenwürde des Beschwerdeführers, von einer Abschiebung in sein Heimatland abzusehen. Vgl. auch zu Art. 3 EMRK [65].

---

<sup>61</sup> 18 B 2056/91.

33. Frühere rumänische Staatsangehörige, die nach eigenem Vortrag auf ihre rumänische Staatsangehörigkeit nach ihrer Ausreise verzichtet hatten, begehrten vor dem VGH Mannheim eine einstweilige Anordnung mit dem Inhalt, ihren Aufenthalt vorläufig zu dulden. Mit Beschluß vom 20.8.1992 (1 S 1785/92 – NVwZ-RR 1993, 52f. = BWVPr. 1993, 41f.) wies das Gericht die Anträge zurück. Die Antragsteller hatten geltend gemacht, ihre Abschiebung sei aus tatsächlichen Gründen unmöglich, weil sich infolge ihrer Staatenlosigkeit kein Staat zu ihrer Aufnahme bereit finde. Nach Auffassung des VGH kann ein Ausländer im vorläufigen Rechtsschutzverfahren auf Erteilung einer Duldung mit dieser Behauptung nur dann Erfolg haben, wenn die Ausländerbehörden bereits vergeblich versucht hätten, die Abschiebung zu vollziehen. Das folge aus der Überlegung, daß zwar die rechtliche Unmöglichkeit der Abschiebung wegen im Ausland drohender Gefahren zum Schutze des Ausländers bestimmt sei, die Erteilung einer Duldung wegen tatsächlich unmöglicher Abschiebung jedoch nicht im Interesse des Ausländers erfolge. Dieser grundsätzliche Unterschied, der zwischen der rechtlichen und der tatsächlichen Möglichkeit der Abschiebung bestehe, rechtfertige es, im vorläufigen Rechtsschutzverfahren dem Antrag auf Erteilung einer Duldung bereits dann den Erfolg zu versagen, wenn das Vorliegen eines tatsächlichen Abschiebungshindernisses lediglich behauptet, nicht aber glaubhaft gemacht werde. Dieser Begründung schloß sich der 13. Senat desselben Gerichts in dem bereits erwähnten Beschluß vom 3.12.1992 [27] an.

34. Gemäß § 34 AuslG wird ein Ausländer unter den dort genannten Voraussetzungen zwingend oder in der Regel ausgewiesen. Jedoch besteht gemäß § 48 AuslG ein besonderer Ausweisungsschutz; danach kann ein Ausländer, der als Asylberechtigter anerkannt ist, nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen werden. Der VGH Kassel legte im Beschluß vom 7.7.1991 (12 TH 990/92 – NVwZ 1993, 204ff. = FamRZ 1993, 553ff. = NJW 1993, 1614 [Ls.]) dar, die Beantwortung der Frage, ob schwerwiegende Ausweisungsgründe vorlägen, bestimme sich nach dem Zweck der Ausweisung, durch die künftigen Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entgegenwirkt werden solle. Der gesteigerte Ausweisungsschutz des privilegierten Personenkreises erschöpfe sich jedoch nicht darin, in der Vergangenheit liegendes Verhalten des Ausländers nach Art und Schwere der Taten zu beschränken. Aufgrund des Ausweisungszwecks, präventiv Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch den Ausländer entgegenzuwirken, seien auch gesteigerte Anforderungen an die Einschätzung der in Zukunft von den Betroffenen ausgehenden Gefahren zu stel-

len. Es müßten daher Anhaltspunkte dafür bestehen, daß in Zukunft eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch neue Verfehlungen des Ausländers ernsthaft drohe.

35. Der erwähnte besondere Ausweisungsschutz gemäß § 48 AuslG besteht nach dessen Abs. 1 Ziff. 4 auch für einen Ausländer, der mit einem deutschen Familienangehörigen in familiärer Lebensgemeinschaft lebt. Ist ein solcher Ausländer wegen vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden, reduziert sich die für diesen Fall bestehende Regelausweisung auf eine Ermessensentscheidung (§ 47 Abs. 3 Satz 2). Der VGH Kassel entschied mit Beschluß vom 8.7.1992 (13 TH 467/92 – FamRZ 1993, 553 ff.), daß bei dieser Ermessensentscheidung auch das erhebliche Interesse des Ehegatten des Ausländers an einem weiteren Verbleib des anderen Ehegatten in der Bundesrepublik zu berücksichtigen sei. Anders als bei dem ausländischen Ehepartner eines von der Ausweisung betroffenen Ausländers, bei dem ohne weiteres davon auszugehen sei, daß ihm die Ausreise mit dem Ausgewiesenen in dessen Heimatland zumutbar sei, müsse unter dem Blickwinkel der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Schutzes der Ehe das besondere Interesse des deutschen Ehegatten eines Ausländers anerkannt werden, mit diesem die eheliche Lebensgemeinschaft in Deutschland fortzusetzen. Im Rahmen der Ermessensentscheidung seien daher zugunsten des deutschen Ehepartners die besonderen Belastungen zu beachten, denen er durch die Ausweisung ausgesetzt werde, denn er werde vor die Alternative gestellt, entweder sein Heimatland aufzugeben, um an der Ehe festhalten zu können, oder aber die Trennung der ehelichen Gemeinschaft hinzunehmen, um in der Heimat zu bleiben.

36. Ebenfalls zu § 47 Abs. 3 Satz 2, 48 Abs. 1 AuslG judizierte das Niedersächsische OVG im Urteil vom 18.8.1992 (11 L 3003/92 – InfAuslR 1993, 21 ff.). Anders als der VGH Kassel erwähnte das OVG bei dem grundgesetzlichen Schutz der Ehe jedoch nicht das Interesse des Ehegatten des Ausländers, sondern allein das Interesse des Ausländers am Erhalt der Ehe. Der Niedersächsische OVG vertrat unter Bezugnahme auf das BVerfG die Auffassung, daß gerade bei generalpräventiv motivierten Ausweisungen (hier Delikte gegen das Betäubungsmittelgesetz) mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 GG von einem grundsätzlichen Übergewicht des verfassungsrechtlich abgesicherten Interesses des Ausländers am Erhalt einer Ehe mit einem deutschen Staatsbürger gegenüber dem Abschreckungsinteresse ausgegangen werden müsse.

*VII. Asylrecht*

## 1. Politische Verfolgung

*a) Begriff*

37. Das Bundesverfassungsgericht hatte in mehreren Verfassungsbeschwerdeverfahren den Begriff der politischen Verfolgung weiter zu klären. Die Verfassungsbeschwerde eines ghanaischen Staatsangehörigen betraf die Frage, ob der Vorwurf der vermeintlichen Beteiligung an einem Putschversuch und daran anknüpfende Ermittlungsmaßnahmen und drohende Bestrafung politische Verfolgung darstellen könne. Der Beschwerdeführer hatte vorgetragen, Sicherheitsbeamte hätten ihn unter dem Vorwurf festgenommen, er habe zusammen mit seinem Bruder den Umsturz der Regierung geplant. Im Verfahren gegen den Sofortvollzug der Abschiebungsandrohung hatte sich das Verwaltungsgericht die Begründung des Bescheids des Bundesamtes zu eigen gemacht, die Festnahme des Beschwerdeführers sei im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens erfolgt und stelle daher keine politische Verfolgung dar. Der Maßnahme liege vielmehr die Absicht zugrunde, die Allgemeinheit vor Gefahren zu schützen und die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrechtzuerhalten.

Dieser Begründung trat das BVerfG im Beschluß vom 19.6.1992 (2 BvR 112/92 – InfAuslR 1992, 372 ff.) entgegen. Politische Verfolgung im Sinne von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG sei nicht schon deshalb zu verneinen, weil der Staat staats- oder regierungsfeindliche Aktivitäten mit strafrechtlichen Sanktionen bekämpfe, um so den eigenen Bestand oder seine politische Identität zu verteidigen. Vielmehr könnten auch Maßnahmen der staatlichen Selbstverteidigung asylbegründend sein. Es bedürfe vielmehr zusätzlicher, an objektive Umstände anknüpfender Kriterien, um derartigen staatlichen Maßnahmen den Charakter politischer Verfolgung zu nehmen. So sei die staatliche Verfolgung von Straftaten, die sich gegen die Rechtsgüter anderer Bürger richteten, regelmäßig keine politische Verfolgung. Gleiches gelte in der Regel dann, wenn objektive Umstände darauf schließen ließen, daß die Verfolgung einer sich gegen ein politisches Rechtsgut richtenden Tat nicht der mit dem Delikt betätigten politischen Überzeugung als solcher gelte, sondern einer in ihm zum Ausdruck gelangenden zusätzlichen kriminellen Komponente, wie dies etwa für die

staatliche Strafverfolgung bei der Terrorismusbekämpfung der Fall sei<sup>62</sup>.

38. Im Beschluß vom 20.5.1992 (2 BvR 205/92 – InfAuslR 1992, 283 ff. = NVwZ 1992, 1081 ff.) setzte sich das BVerfG mit den Voraussetzungen auseinander, unter denen eine politische Verfolgung vorliegen kann, wenn staatliche Stellen auch auf Veranlassung von Dritten zu beeinträchtigenden Maßnahmen greifen. Das Verwaltungsgericht hatte Asylanträge türkischer Staatsangehöriger kurdischer Volkszugehörigkeit und jezidischen Glaubens abgelehnt. Das Verwaltungsgericht hatte zwar festgestellt, Jeziden würden von Muslimen bewußt rechtswidrig der Unterstützung kurdischer Separatisten beschuldigt. Die dadurch ausgelösten rücksichtslosen Razzien und Durchsuchungen von Militär- und Sicherheitskräften gingen aber nicht so weit, daß darin eine unmittelbare oder mittelbare politische Verfolgung zu erblicken sei. Demgegenüber führte das BVerfG aus, die gegen die Jeziden gerichteten Maßnahmen erfolgten wegen ihres Jezidentums und wiesen damit asylherhebliche Merkmale auf, wenn Jeziden infolge bewußt rechtswidriger Anschuldigungen muslimischer Nachbarn in einem besonderen Verdacht der Nähe zum Separatismus stünden. Eine asylherhebliche Intensität könne nicht ohne weitere Begründung verneint werden, da rücksichtslose Razzien und Durchsuchungen, bei denen es wiederholt zu willkürlichen Erschießungen, Folterungen, Vergewaltigungen und Brandstiftungen komme, ausgrenzenden Charakter hätten. Daß es sich insoweit um vereinzelte Exzeßstaten handele, sei vom Verwaltungsgericht nicht festgestellt worden.

39. Mit Blick auf subjektive Nachfluchtgründe einer jugoslawischen Staatsangehörigen albanischer Volkszugehörigkeit stellte das BVerfG im Beschluß vom 31.1.1992 (2 BvR 1621/90 – NVwZ 1992, 559 f. = NJW 1992, 2279 [Ls.]) fest, in Situationen, in denen normalerweise unpolitische Ausdrucksformen der Volkskultur wie Gesang und Tanz wegen der Unterdrückung einer Volksgruppe durch den Staat objektiv eine politische Qualität annähmen, könnte schon die Beteiligung an derartigen kulturellen Aktivitäten als politisches Bekenntnis zur eigenen Volksgruppe erscheinen und auch gemeint sein.

40. Der VGH Mannheim erkannte im Urteil vom 8.12.1992 (A 13 S 1940/91 – ESVGH 43, 93 ff. = VBIBW 1993, 192 ff. = DVBl. 1993, 329 f. [Ls.] = InfAuslR 1993, 156 [Ls.] = BWVP 1993, 261 f. [Ls.]) mit Blick auf die Situation in Südsomalia, daß keine politische Verfolgung vorliege,

---

<sup>62</sup> Mit Hinweis auf BVerfGE 80, 315, vgl. dazu Richter (Anm. 3), und BVerfGE 81, 142.

wenn es an einer effektiven Gebietsgewalt des Staates im Sinne wirksamer hoheitlicher Überlegenheit fehle. Insoweit knüpfte der VGH an den Beschluß des BVerfG vom 10.7.1989<sup>63</sup> an. Bedrohungen, die von einzelnen Gruppen oder Organisationen ausgingen, könnten im Rahmen des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG oder des § 51 Abs. 1 AuslG nur dann relevant sein, wenn sie von dem Heimatstaat des Betroffenen zu verantworten seien oder wenn es – nach Zusammenbruch der alten Herrschaftsstruktur – einer Organisation oder Gruppe gelinge, eine eigene staatsähnliche hoheitliche Gewalt auszuüben. Soweit dagegen weder eine staatliche noch eine quasistaatliche Ordnung im Heimatstaat vorhanden sei, könne Abschiebungsschutz nicht aufgrund politischer Verfolgung gewährt werden, sondern allein aufgrund nicht-asylrelevanter Abschiebungshindernisse bzw. Duldungen (§§ 53–55 AuslG).

41. Deutsche Gerichte hatten sich im Berichtszeitraum mehrfach mit Asylanträgen und ausländerrechtlichen Rechtsmitteln vietnamesischer Staatsangehöriger zu befassen, die in der DDR beschäftigt gewesen waren, vor dem Beitritt der DDR jedoch in das Gebiet der alten Bundesrepublik überwechselten. Die Arbeitsverhältnisse bestanden aufgrund eines Vertrages zwischen der DDR und der Sozialistischen Republik Vietnam vom 11.11.1980 über Arbeitsaufenthalte vietnamesischer Arbeiter in der DDR. Die den vietnamesischen Arbeitern während ihrer Arbeitsvertragszeit ausgestellten Pässe waren jedoch nur für den Aufenthalt in der DDR gültig. Im übrigen drohte ihnen Strafverfolgung, da sich nach Art. 89 des Vietnamesischen Strafgesetzbuches von 1986 strafbar machte, wer illegal Vietnam verläßt oder betritt oder illegal im Ausland verbleibt. Das OVG Lüneburg entschied im Urteil vom 18.2.1992 (11 L 6146/91 – NVwZ-RR 1993, 102 ff.), daß die Vietnamesen einen Anspruch auf Anerkennung als Asylberechtigte nicht aus ihrem eigenmächtigen Verbleiben in der Bundesrepublik oder der Asylantragstellung ableiten könnten. Ein anerkenntniswerter Nachfluchtgrund für eine politische Verfolgung im Sinne von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG könne dadurch nicht entstehen. Dies gelte für die Asylantragstellung deshalb, weil eine möglicherweise durch den Asylantrag ausgelöste Verfolgung erst nach der Ausreise vom gesicherten Ort aus und aufgrund der subjektiven Willensentschließung des Asylbewerbers entstanden sei<sup>64</sup>. Entsprechendes gelte für eine Verfolgung durch Bestrafung wegen Republikflucht. Das OVG bezog sich insoweit auf das Urteil des BVerwG vom 21.6.1988, wonach eine nach dem Verlassen des

<sup>63</sup> BVerfGE 80, 315; vgl. Richter, *ibid.*, 200f.

<sup>64</sup> Mit Hinweis auf BVerwG, NVwZ 1989, 378.

Heimatstaats erfolgte Bestrafung wegen illegalen Verbleibens im Ausland nach legaler Ausreise wie ein selbstgeschaffener subjektiver Nachfluchtgrund zu behandeln und deshalb asylrechtlich unbeachtlich sei<sup>65</sup>. Anhaltspunkte für eine ausnahmsweise bestehende Erheblichkeit selbstgeschaffener subjektiver Nachfluchtgründe wegen einer bereits im Heimatstaat latenten Gefährdungslage<sup>66</sup> konnte das OVG nicht feststellen.

42. Die eigentliche Problematik, die sich in den genannten Fällen stellte, lag jedoch darin, daß § 51 Abs. 1 AuslG die Abschiebung eines Ausländers auch dann verbietet, wenn diesem politische Verfolgung wegen eines für die Asylanerkennung unbeachtlichen Nachfluchtgrundes droht. Hinsichtlich der Verfolgungshandlung, des geschützten Rechtsgutes und des politischen Charakters der Verfolgung sind die Voraussetzungen des Abschiebungsschutzes nach § 51 AuslG mit denen des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG deckungsgleich. Fraglich war daher, ob Art. 89 des Vietnamesischen Strafgesetzbuches eine Strafvorschrift mit politischem Charakter darstellt. Der VGH Mannheim (Beschluß vom 12.10.1992 – A 16 S 922/92 – InfAuslR 1993, 32 ff.) und der VGH München (Entscheidung vom 27.3.1992 – VGH 24 B 91.31692 – unveröffentlicht) knüpften bei dieser Frage an die Rechtsprechung des BVerwG an, wonach die Bestrafung wegen Republikflucht als politische Verfolgung zu qualifizieren ist, wenn die Strafandrohung der Abwehr und Ahndung des auf abweichender politischer Überzeugung beruhenden Wunsches dient, in einem anderen Land leben zu können<sup>67</sup>. Auf dieser Grundlage bejahten beide Gerichte aufgrund der Verhältnisse in Vietnam die Gefahr politischer Verfolgung für die Betroffenen. Demgegenüber ließ das OVG Lüneburg in dem bereits erwähnten Urteil vom 18.2.1992 [41] die Frage nach der politischen Verfolgung offen, da jedenfalls die für § 51 AuslG erforderliche beachtliche Wahrscheinlichkeit einer Verfolgung aufgrund der nach politischer Opportunität erfolgenden Anwendung des Art. 89 des Vietnamesischen Strafgesetzbuches nicht gegeben sei.

43. Das Bundesverwaltungsgericht ließ schließlich im Urteil vom 3.11.1992 (9 C 21.92 – InfAuslR 1993, 150 ff. = DVBl. 1993, 324 ff. = DÖV 1993, 389 ff. = NJW 93, 2256 ff. = VBIBW 1993, 331 ff.) als Revisionsinstanz zum VGH München [42] die Frage nach dem politischen

---

<sup>65</sup> BVerwG, DÖV 1988, 1017, vgl. dazu Polakiewicz (Anm. 3), 98. Strenggenommen lag der Asyltragstellung der vietnamesischen Staatsangehörigen in der Bundesrepublik keine "legale Ausreise" im Sinne des genannten Urteils des BVerwG zugrunde, da diese sich bereits durch das Verlassen der DDR strafbar gemacht hatten.

<sup>66</sup> Vgl. BVerfGE 74, 51 und BVerwG 80, 131 und 81, 170.

<sup>67</sup> BVerwGE 81, 41.

Charakter des Art. 89 des Vietnamesischen Strafgesetzbuches und der Verfolgungsprognose im Sinne des § 51 AuslG offen. Das BVerwG verwies insofern auf den Abschluß des "Abkommens zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Sozialistischen Republik Vietnam über Finanzhilfen zur Existenzgründung und beruflichen Eingliederung von Fachkräften der sozialistischen Republik Vietnam" vom 9.6.1992<sup>68</sup> und das Zusatzprotokoll vom selben Tage. Daraus ergebe sich, daß bei freiwilliger, auf der Grundlage des Abkommens erfolgreicher Rückkehr nach Vietnam die Betroffenen nicht mit der von ihnen befürchteten Bestrafung wegen unerlaubten Verbleibens im Ausland rechnen müßten. Daß das Abkommen nur die freiwillige Rückkehr nach Vietnam straffrei lasse, sei unerheblich, da die Betroffenen demnach durch eigenes zumutbares Verhalten die Gefahr politischer Verfolgung abwenden könnten. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen glaubte das BVerwG darüber hinaus auch, von dem Inkrafttreten des Abkommens ausgehen zu können. Der VGH Mannheim [42] konnte demgegenüber allein in dem Abschluß des Abkommens vom 9.6.1992 keinen hinreichenden Anhaltspunkt dafür erkennen, daß die beachtliche Wahrscheinlichkeit politischer Verfolgung entfalle.

#### *b) Gruppenverfolgung*

44. Der 9. Senat des BVerwG hatte im Beschluß vom 24.9.1992 (9 B 130.92 – InfAuslR 1993, 31 f. = NVwZ 1993, 192 f.) Gelegenheit, seine bisherige und im Anschluß an die Entscheidung des BVerfG vom 23.1.1991 konkretisierte Rechtsprechung zur Gruppenverfolgung<sup>69</sup> klarzustellen. Das BVerwG wiederholte zunächst, als Gruppenverfolgung seien nur solche Übergriffe auf Personengruppen anzusehen, mit denen das einzelne Gruppenmitglied allein aufgrund seiner Zugehörigkeit zur Gruppe ständig mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit rechnen muß. Daß die dabei erforderliche Verfolgungsdichte ausschließlich bei Geschehnissen ähnlich einem Pogrom zu bejahen sei, habe der Senat auch in seiner Entscheidung vom 15.5.1990<sup>70</sup> nicht angenommen. Nach Auffassung des BVerwG ist es entscheidend, daß die auf Angehörige einer Gruppe gerichteten Verfolgungsschläge nach ihrer Intensität und Häufigkeit so dicht und eng gestreut fallen, daß bei objektiver Betrachtung für jedes Grup-

<sup>68</sup> Nicht im BGBl. veröffentlicht.

<sup>69</sup> Vgl. dazu Zimmermann (Anm. 3), 398 f.

<sup>70</sup> BVerwGE 85, 139, vgl. dazu Giegerich (Anm. 3), 401 f.

penmitglied und damit auch für den Asylbewerber die Furcht begründet ist, selbst ein Opfer solcher Verfolgungsmaßnahmen zu werden. Eine derartige Verfolgungsdichte könne danach auch dann gegeben sein, wenn die Übergriffe von kleinen, gezielt und kontinuierlich handelnden Gruppen, etwa Banden oder radikalen Kommandos, in großer Zahl begangen würden.

*c) Religiöses Existenzminimum*

45. Das Bundesverfassungsgericht (1. Kammer des Zweiten Senats) bestätigte in drei Beschlüssen vom 14.1.1992 (2 BvR 1300/89 u.a. – BayVBl 1992, 369f. = InfAuslR 1992, 145ff.), vom 12.8.1992 (2 BvR 293/90 – unveröffentlicht) und vom 13.12.1992 (2 BvR 1353/92 u.a. – InfAuslR 1992, 296ff. = DVBl. 1992, 821f.) seine bisherige Rechtsprechung zur politischen Verfolgung durch Beschränkungen der Religionsausübung. Das BVerfG wiederholte in den Beschlüssen, daß ein auf den Bereich der Öffentlichkeit beschränktes, die gemeinschaftsinterne Glaubensausübung unberührt lassendes Verbot von Glaubensäußerungen keine politische Verfolgung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG darstelle. Am ausführlichsten im Beschluß vom 12.8.1992 legte das BVerfG dabei dar, für die Annahme einer hinreichenden Verfolgungssicherheit privaten Glaubensverhaltens müsse eine konkret belegbare Rechtspraxis aufgewiesen werden können, aus der sich die Respektierung der privaten Glaubensäußerung ergebe. Zugemutet werde eine ins Private zurückgezogene Religionsausübung, nicht aber deren Verheimlichung. Angesichts von Strafvorschriften, die ihrem Wortlaut nach auch die Religionsausübung im Privatbereich nicht ausnehmen, sei der Gläubige deshalb nur dann hinreichend sicher, wenn die ausländische Rechtsauslegung oder -anwendung diese Strafvorschriften gegenüber der privaten Religionsausübung zurücknehme und so gezielt für die Praxis “unschädlich” mache. In den zu entscheidenden Fällen konnte das Bundesverfassungsgericht keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür sehen, daß das Pakistanische Strafgesetzbuch nur Glaubensäußerungen der Ahmadis in der Öffentlichkeit gegenüber orthodoxen Muslimen bestrafe und die gemeinschaftsinterne Glaubensausübung unberührt lasse. In dieselbe Richtung erkannte auch das BVerwG im Urteil vom 15.12.1992 (9 C 61/91 – DVBl. 1993, 327ff. = InfAuslR 1993, 152ff. = DÖV 1993, 390f. = NVwZ 1993, 792ff.).

## 2. Nachfluchtgründe

46. Schon im Zusammenhang mit dem Begriff der politischen Verfolgung wurde auf das Urteil des OVG Lüneburg vom 18.2.1992 [41] zur Erheblichkeit von Nachfluchtgründen wegen der Strafbarkeit der Republikflucht hingewiesen.

47. Das Bundesverwaltungsgericht hatte die Grundsatzentscheidung des BVerfG zu subjektiven Nachfluchtgründen<sup>71</sup> bereits in einer Reihe von Entscheidungen für die Asylantragstellung, die Republikflucht und die Wehrdienstentziehung näher konkretisiert<sup>72</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht entschied nun im Urteil vom 6.4.1992 (9 C 143.90 – BVerwGE 90, 128 ff. = DVBl. 1992, 1544 ff. = NVwZ 1992, 893 ff. = InfAuslR 1992, 258 ff. = NJW 1992, 3117 [Ls.] = ZAR 1992, 130), daß ein asylrechtlich erheblicher subjektiver Nachfluchtgrund auch vorliegen könne, wenn die Verfolgung an die bloße Tatsache einer von dem Asylbewerber nach Verlassen seines Heimatstaates geschlossenen Ehe mit einer Person anderer Religionszugehörigkeit oder an die Gestattung einer christlichen Kindererziehung anknüpfe (in dem entschiedenen Fall: Ehe zwischen iranischem Moslem und polnischer Katholikin).

Das BVerwG führte zunächst aus, daß anders als in den bisher entschiedenen Fällen erheblicher subjektiver Nachfluchtgründe bei einer Heirat im Ausland die fehlende Vorverfolgung nicht durch eine schon im Heimatstaat latente Gefährdungslage ersetzt werde. Dem Grundsatzurteil des BVerfG könne jedoch entnommen werden, daß ein nach dem Verlassen des Heimatstaates aufgrund eigenen Entschlusses gezeigtes Verhalten, das eine Verfolgung auslöst, unter atypischen Umständen auch ohne jede Anknüpfung an eine frühere latente Gefährdungslage asylrelevant sein könne. Dies sei dann der Fall, wenn die zur grundsätzlichen Unerheblichkeit subjektiver Nachfluchtgründe aufgestellten Rechtssätze auf den gegebenen Sachverhalt nicht paßten und bei wertender Betrachtung die asylrechtliche Erheblichkeit des geltend gemachten subjektiven Nachfluchtgrundes nach dem Sinn und Zweck der Asylverbürgung gefordert sei. Die Zurückhaltung bei der Anerkennung subjektiver Nachfluchtgründe sei in erster Linie von der Erwägung getragen, daß sich ein Ausländer nicht durch eine risikolose Verfolgungsprovokation vom gesicherten Ort aus ein Aufenthaltsrecht praktisch selbst erzwingen könne. Dem-

<sup>71</sup> BVerfGE 74, 51.

<sup>72</sup> Vgl. zusammenfassend die Urteile BVerwG 9 C 93.90 – InfAuslR 1991, 209 und BVerwG 9 C 131.90 – InfAuslR 1991, 310.

gegenüber sei jedoch anerkannt, daß der Asylrechtsgewährung der Schutz der Menschenwürde und ihre Unverletzlichkeit zugrundeliege. Daraus folge: Wenn ein Staat eine Verfolgung allein daran knüpfe, daß sein Staatsangehöriger einen Menschen mit anderer Religion oder Nationalität heiratet, greife er in schwerer Weise in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein und verletze die Würde des Menschen in erheblichem Maße. Soweit die Verfolgungsmaßnahme nach Intensität und Schwere asylerheblich sei, müsse daher eine solche Heirat nach Sinn und Zweck der Asylverbürgung asylrelevant sein, soweit nicht durch die Heirat ein Asylrecht "gewissermaßen erschlichen werden" solle.

48. Von dieser Ausnahme der grundsätzlichen Unerheblichkeit subjektiver Nachfluchtgründe zu unterscheiden ist die (einen objektiven Nachfluchtgrund darstellende) Fallgestaltung, in der einem Ausländer wegen exilpolitischer Betätigung seines Ehepartners politische Verfolgung (Sippenhaft) droht. Das BVerwG hatte in ständiger Rechtsprechung judiziert, daß für den Ehegatten eines von politischer Verfolgung bedrohten Ausländers eine widerlegliche Vermutung dahin bestehen könne, mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit stellvertretend für diesen in dessen Verfolgung nach Art einer Geisel oder im Wege der Sippenhaft einbezogen zu werden<sup>73</sup>. Im Urteil vom 31.3.1992 (9 C 140.90 – DVBl. 1992, 1540f. = NVwZ 1993, 195f.) erweiterte das BVerwG diese Rechtsprechung und führte aus, die dargestellte widerlegliche Vermutung bestehe auch dann, wenn das Asylbegehren des in der Gefahr politischer Verfolgung stehenden Ehegatten aus Rechtsgründen abgelehnt worden sei. Ehegatten bildeten keine asylrechtliche Einheit. Deshalb sei für jeden der beiden Ehegatten jeweils individuell und ohne Berücksichtigung der Beurteilung des Asylbegehrens des anderen Ehegatten die Frage der Asylberechtigung zu prüfen. Ergebe diese Prüfung, daß der eine Ehegatte infolge des in der Bundesrepublik gezeigten Verhaltens des anderen Ehegatten in die Gefahr politischer Verfolgung gerate, könne diese nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil das Verhalten des anderen Ehegatten dessen Asylanerkennung nicht rechtfertige.

Das BVerwG wies auch die Auffassung des Bundesbeauftragten zurück, daß die – im Streitfall – iranische Ehefrau ihre Verfolgungsgefahr dadurch selbst herbeigeführt habe, daß sie ihren Ehemann in Deutschland geheiratet habe. Damit werde der Verfolgungsgrund mit den davon zu trennenden, Verfolgungsmaßnahmen auslösenden Umständen verwechselt. Verfolgungsgrund sei hier nicht die Heirat der Ehefrau, sondern die

---

<sup>73</sup> Vgl. zuletzt Sammlung BVerwG 75, 304, s. dazu Polakiewicz (Anm. 3), 102.

von dieser nicht selbst geschaffene exilpolitische Tätigkeit ihres Ehemannes. Die Heirat sei hier vielmehr lediglich der Anlaß, die Ehefrau stellvertretend für ihren Ehemann wegen dessen Regimegegnerschaft in Anspruch zu nehmen mit der Folge, daß der hinsichtlich des Ehemanns bestehende politische Verfolgungsgrund zum Grund für ihre eigene Verfolgung werde, und zwar ungeachtet einer bei ihr bestehenden oder vermuteten politischen Überzeugung [54].

49. Das BVerwG verfestigte in den Urteilen vom 31.3.1992 (9 C 5791 – NVwZ 1993, 193f. = DVBl. 1992, 1543f.) und vom 24.11.1992 (9 C 70/91 – NVwZ 1993, 789ff. = InfAuslR 1993, 154ff. = DVBl. 1993, 325ff.) seine Rechtsprechung<sup>74</sup> zu den Voraussetzungen, unter denen Wehrdienstentziehung als asylerblicher subjektiver Nachfluchtgrund angesehen werden kann, mit Blick auf die im Irak diesbezüglich geltende Todesstrafe. In beiden Fällen fehlte es an der erforderlichen Kontinuität einer persönlichkeitsprägenden ablehnenden Einstellung zum Militärdienst in der irakischen Armee.

### 3. Inländische Fluchtalternative

50. Im Urteil vom 31.3.1992 (9 C 40.91 – DVBl. 1992, 1541ff. = NVwZ-RR 1992, 583f.) entwickelte das BVerwG seine in der Entscheidung vom 15.5.1990 konkretisierte Rechtsprechung<sup>75</sup> zu inländischen Fluchtalternativen weiter. Das Gericht wiederholte zunächst, ein von nur regionaler politischer Verfolgung Betroffener sei erst dann politischer Verfolgter im Sinne von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG, wenn er durch die Verfolgung landesweit in eine ausweglose Lage gerate. Deshalb sei er nicht asylberechtigt, wenn er in anderen Teilen seines Heimatstaates eine zumutbare Zuflucht finden könne. Das Berufungsgericht hatte mit Blick auf einen Asylbewerber afghanischer Staatsangehörigkeit ausgeführt, es liege die Annahme nahe, daß dieser sich aus den Kampfhandlungen regierungstreuer Truppen und Aufständischer nicht werde heraushalten können. Eine solche Annahme genügt nach Auffassung des BVerwG nicht den Anforderungen, die an die Nachprüfbarkeit einer asylrechtlichen Prognose zu stellen sind. Unter Bezugnahme auf das Urteil vom 20.11.1990<sup>76</sup> verlangte das Gericht vielmehr vollständige Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisquellen.

<sup>74</sup> Vgl. zur früheren Rspr. Polakiewicz, *ibid.*, 97.

<sup>75</sup> BVerwGE 85, 193, vgl. dazu und zu den Grundsatzentscheidungen des BVerfG aus dem Jahre 1989 Giegerich (Anm. 3), 403f.

<sup>76</sup> BVerwGE 87, 141.

## 4. Anderweitiger Verfolgungsschutz

51. Das Bundesverfassungsgericht (1. Kammer des Zweiten Senats) befaßte sich im Beschluß vom 20.2.1992 (2 BvR 633/91 – NVwZ 1992, 659ff. = InfAuslR 1992, 226ff. = BayVBl. 1992, 751ff. m. Anm. Wol-lenschläger = ZAR 1992, 127 [Ls.] m. Anm. Bethäuser) mit der Frage, welches der für die anderweitige Verfolgungssicherheit maßgebliche Beurteilungszeitpunkt ist.

Das BVerwG hatte zu § 2 Abs. 1 AsylVfG von 1982<sup>77</sup> entschieden, die im Hinblick auf eine anderweitige Verfolgungssicherheit zu treffenden Feststellungen setzten eine in die Zukunft gerichtete Prognose voraus<sup>78</sup>. An dieser Rechtsprechung hatte das BVerwG auch nach der Neufassung des § 2 Abs. 1 AsylVfG<sup>79</sup> durch die Novelle von 1987 festgehalten<sup>80</sup>. Das Verwaltungsgericht des mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Verfahrens hatte aufgrund der geänderten textlichen Fassung hingegen die Meinung vertreten, es komme nicht darauf an, ob der Verfolgte zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung in den Drittstaat zurückkehren könne. Nach dieser Auffassung wäre demnach allein die Verfolgungssicherheit im Zeitpunkt des Verlassens des Drittstaates maßgeblich. Demgegenüber stellte das BVerfG nunmehr klar, im Rahmen von § 2 AsylVfG 1982/1987 (= § 27 AsylVfG 1992) sei eine in die Zukunft gerichtete Beurteilung erforderlich, ob während der mutmaßlichen Dauer der politischen Verfolgungsgefahr im Herkunftsstaat die Sicherheit im Drittstaat gegeben war oder sein würde. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts berücksichtige nicht hinreichend, daß die Aufgabe des Schutzes im Drittstaat den Asylanspruch des Flüchtlings in der Bundesrepublik dann unberührt lasse, wenn dieser Schutz unabhängig vom Verhalten des Flüchtlings vor Ende der Verfolgungsgefahr im Heimatstaat ohnehin entfallen wäre.

---

<sup>77</sup> Die Vorschrift lautete: "Schutz vor Verfolgung hat ein Ausländer gefunden, der sich in einem anderen Staat, in dem ihm keine politische Verfolgung droht, nicht nur vorübergehend aufhalten kann".

<sup>78</sup> Vgl. die Urteile vom 2.8.1983 (BVerwGE 67, 314) und vom 2.12.1986 (BVerwGE 75, 181).

<sup>79</sup> Die Vorschrift lautete: "Ein Ausländer, der bereits in einem anderen Staat vor politischer Verfolgung sicher war, wird nicht als Asylberechtigter anerkannt". Diese Formulierung entspricht der jetzt geltenden Bestimmung des § 27 Abs. 1 AsylVfG von 1992.

<sup>80</sup> Beschluß vom 17.1.1989 (BVerwGE 81, 164) und Urteil vom 30.5.1989 (NVwZ 1990, 81).

## 5. Familienangehörige von Asylberechtigten

52. Gemäß § 7a Abs. 3 AsylVfG<sup>81</sup> wird Ehegatten und minderjährigen ledigen Kindern von Asylberechtigten – unter den dort näher bezeichneten Voraussetzungen – ebenfalls die Rechtsstellung eines Asylberechtigten gewährt. Hierzu führte das BVerwG im Urteil vom 21.1.1992 (9 C 66.91 – BVerwGE 89, 315 ff. = DVBl. 1992, 841 ff. = NVwZ 1992, 987 f.) aus, mit dieser auf die Kleinfamilie beschränkten Regelung werde allen von ihr erfaßten Familienmitgliedern ein einheitlicher asylrechtlicher Status nicht nur dann eingeräumt, wenn eine politische Verfolgung in jeweils eigener Person offenbleibt, sondern auch dann, wenn objektiv feststeht, daß Familienangehörige des nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG Asylberechtigten nicht in eigener Person von politischer Verfolgung bedroht sind. Insofern entfalte § 7a Abs. 3 AsylVfG eine über Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG hinausgehende eigenständige Bedeutung und finde in diesen Fällen seine Rechtfertigung als einfachgesetzliche Begünstigung der Kleinfamilie in Art. 6 Abs. 1 GG.

53. Der Ehegatte eines Asylberechtigten wird aber nach § 7a Abs. 3 AsylVfG 1991 nur dann als Asylberechtigter anerkannt, wenn die Ehe schon im Heimatstaat des politisch Verfolgten bestanden hat. Das BVerwG nahm im Urteil vom 15.12.1992 (9 C 61/91 – InfAuslR 1993, 152 ff. = DVBl. 1993, 327 ff. = DÖV 1993, 390 f. = NVwZ 193, 792 ff.) zu der Frage Stellung, ob eine im Ausland, unter Abwesenheit eines der Ehepartner geschlossene Ehe im Sinne von § 7a AsylVfG anerkannt werden könne. Das BVerwG verneinte dies. Durch das Tatbestandserfordernis, daß die Ehe schon im Verfolgerstaat "bestanden" haben muß, werde zum Ausdruck gebracht, daß es auf das tatsächliche Bestehen einer ehelichen Gemeinschaft, nicht aber auf die rechtliche Gültigkeit oder Rechtswirksamkeit der Ehe im Heimatland ankomme. Dieses Verständnis werde von der Überlegung getragen, daß die Gewährung des Familienasyls an den Ehegatten – auch – wegen dessen Nähe zum Verfolgungsgeschehen und damit wegen der daraus gleichfalls für ihn herrührenden Gefahr gerechtfertigt sei. Die Nähe des Ehegatten zum Verfolgungsgeschehen und eine eigene Gefährdung setzten aber voraus, daß die Ehegatten bereits im Verfolgerland zusammengelebt hätten.

54. Schon im Urteil vom 31.3.1992 [48] hatte das BVerwG allerdings die Regelung des § 7a Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AsylVfG von seiner langjähri-

<sup>81</sup> I.d.F. des Gesetzes zur Neuregelung des Ausländerrechts vom 20.10.1990 geändert am 9.4.1991, BGBl. 1991 I, 869, vgl. nunmehr § 26 AsylVfG vom 26.6.1992.

gen Rechtsprechung abgegrenzt, nach der die politische Verfolgung eines Ausländers die widerlegliche Vermutung für die Verfolgung von dessen Ehegatten nach sich ziehen kann. In dem dort entschiedenen Fall war die Ehe zwischen zwei iranischen Staatsangehörigen erst im Ausland geschlossen worden. Das BVerwG vertrat dazu die Auffassung, nur im Rahmen von § 7a AsylVfG gelte, daß die Ehe bereits im Heimatstaat geschlossen worden sein muß. Hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen eine eigene politische Verfolgung eines Ehegatten wegen exilpolitischer Tätigkeit des anderen Ehegatten anzunehmen ist, gebe die Regelung hingegen nichts her.

#### 6. Rechtsstellung der Flüchtlinge

55. Das Bundesverwaltungsgericht hatte in seinem Urteil vom 4.6.1991<sup>82</sup> noch die Frage offenlassen können, ob ein Ausländer sich ohne vorangegangene Anerkennung als Asylberechtigter auf Art. 1 A Nr. 2 Genfer Flüchtlingskonvention (GK) berufen könne. Diese Frage findet sich nun im Urteil vom 21.1.1992 (1 C 21.87 – BVerwGE 89, 296ff. = DVBl. 1992, 835ff. = NVwZ 1992, 676ff. = InfAuslR 1992, 205ff. = BVLBW 1992, 417ff. = ZAR 1992, 131) beantwortet, nach dem ein palästinensischer Flüchtling vor Beendigung seines Asylverfahrens die Erteilung eines Reiseausweises nach Art. 28 Nr. 1 GK beantragt hatte. Die Berufungsinstanz hatte den Antrag abgelehnt, ohne zu prüfen, ob der Kläger politischer Verfolgung im Sinne des Art. 1 A Nr. 2 GK und/oder des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG ausgesetzt war. Das BVerwG hielt dieses Vorgehen für richtig. Der Kläger könne nicht geltend machen, wegen politischer Verfolgung Flüchtling zu sein, solange er nicht seine Anerkennung als Asylberechtigter (§ 3 Abs. 1 AsylVfG) oder die Feststellung eines Abschiebungsverbots wegen drohender politischer Verfolgung (§ 51 AuslG) erreicht habe. Das Asylverfahren sei beim Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge konzentriert. Dies rechtfertige sich aus einem dringenden Interesse der Rechtsordnung an einem den Status feststellenden Formalakt, da andernfalls dieser Status in jedem entscheidungserheblichen Fall von neuem festgestellt werden müßte. Solche "parallelen Prüfungen" sollten jedoch vermieden werden.

Der zuständige Senat ließ auch in dieser Entscheidung offen, ob die Feststellung der Asylberechtigung nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG zugleich die Feststellung der Flüchtlingseigenschaften nach Art. 1 A Nr. 2 GK

<sup>82</sup> BVerwGE 88, 254, dazu Zimmermann (Anm. 3), 406f.

umfasse. Jedenfalls müsse die Ausländerbehörde grundsätzlich auch nicht als asylberechtigt anerkannten Flüchtlingen, denen politische Verfolgung droht, (zumindest) Abschiebungsschutz gewähren. Die Vorschrift des § 51 Abs. 1 AuslG sei so auszulegen und anzuwenden, daß sie auch mit dem Flüchtlingsbegriff des Art. 1 A Nr. 2 GK übereinstimme.

Enthalte nun aber die Entscheidung "über die Asylberechtigung und/oder den Abschiebungsschutz" eine auch im Verfahren auf Erteilung eines Reiseausweises nach Art. 28 GK verbindliche Entscheidung über die Flüchtlingseigenschaft, so müsse zur Vermeidung paralleler Prüfungsverfahren ein Ausländer, der im Bundesgebiet die Rechte eines Flüchtlings beanspruche, zunächst eine positive Anerkennungs- bzw. Feststellungsentscheidung des Bundesamtes herbeiführen. Demnach dürfe die Ausländerbehörde einem Antrag auf Erteilung eines Reiseausweises nicht entsprechen, wenn der Antragsteller sein Asylverfahren noch nicht betreibt und folglich ungeklärt ist, ob er zu dem berechtigten Personenkreis gehört.

Im übrigen verneinte das BVerwG auch die Flüchtlingseigenschaft des Klägers nach Art. 1 D GK. Zwar hatte das Gericht im Urteil vom 4.6.1991<sup>83</sup> ausgesprochen, daß jedenfalls für solche Personen, die ohne Nachweis einer politischen Verfolgung Flüchtlinge im Sinne der Konvention sind, die aus der Konvention hergeleiteten Rechte unabhängig von der Durchführung des Anerkennungsverfahrens nach dem AsylVfG bestünden. In diesem Urteil hatte das BVerwG aber auch Kriterien entwickelt, nach denen palästinensische Flüchtlinge, die nicht unter dem Schutz der United Nations Relief and Work Agency for Palestine Refugees (UNRWA) stehen, von den Begünstigungen der Konvention ausgeschlossen sind. Diese Rechtsprechung wurde im Urteil vom 21.2.1992 fortgeführt. Das Gericht legte dar, die GK finde auf palästinensische Flüchtlinge nur Anwendung, wenn der Schutz durch die UNRWA weggefallen sei. Das sei jedoch nicht der Fall, wenn der Betroffene das Tätigkeitsgebiet der UNRWA verlasse und anstelle dieses Schutzes oder Beistandes die Vergünstigungen der Konvention für sich beanspruche. Dabei komme es auch nicht auf die Gründe an, die den Betroffenen zur Preisgabe der UNRWA-Betreuung veranlaßt haben. Denn für palästinensische Flüchtlinge sei angemessener Schutz dadurch gewährleistet, daß für den Fall, daß der Betroffene aus berechtigter Furcht vor politischer Verfolgung den bisherigen Aufnahmestaat verlassen habe, dieser Umstand seine Flüchtlingseigenschaft nach Art. 1 A Nr. 2 GK begründe und in der Bundesre-

<sup>83</sup> BVerwGE 88, 254.

publik zu seiner die Rechtsstellung nach der GK vermittelnden Anerkennung als Asylberechtigter führe. Vgl. die entsprechenden Ausführungen des BVerwG im Urteil ebenfalls vom 21.2.1992 [24] zur Exemption palästinensischer Flüchtlinge von der Anwendbarkeit des Staatenlosen-Übereinkommens.

56. Die Auffassung des 1. Senats des BVerwG im Urteil vom 21.1.1992 [55], § 51 Abs. 1 AuslG sei so auszulegen, daß er mit dem Flüchtlingsbegriff des Art. 1 A Nr. 2 GK übereinstimme, griff der VGH Mannheim im Urteil vom 8.12.1992 [40] auf. Der VGH vertrat die Ansicht, die Feststellung des BVerwG zwingt dazu, die Merkmale Leben und Freiheit in § 51 Abs. 1 AuslG so auszulegen, daß diese Bestimmung alle Fälle begründeter Verfolgungsfurcht nach Art. 1 A Nr. 2 GK umfasse. Das Merkmal "Freiheit" könne deshalb nicht nur die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG oder der Definition in Art. 5 Abs. 1 EMRK meinen, sondern müsse alle asylrelevant intensiven Eingriffe in die freie Entfaltung der Persönlichkeit wegen der in § 51 Abs. 1 AuslG umschriebenen Merkmale erfassen.

Das Gericht wollte jedoch nicht so weit gehen, daß der Flüchtlingsbegriff der GK auch den Schutz vor Menschenrechtsverletzungen in einem offenen Bürgerkrieg umschließe. Insofern hielt der VGH an der – auch höchstrichterlichen – Rechtsprechung fest, wonach auch für den Flüchtlingsbegriff des Art. 1 A Nr. 2 GK die Verfolgungsfahr mindestens mittelbar einer staatlichen oder staatsähnlichen Organisation zuzurechnen sein muß. Dabei lehnte das Gericht die in der Literatur vertretene Auffassung ab, wonach eine Erweiterung des Flüchtlingsbegriffs der GK aus den auch für Bürgerkriegsparteien verbindlichen Verpflichtungen der Genfer Rot-Kreuz-Abkommen folge, jederzeit und überall schwere Menschenrechtsverletzungen zu unterlassen. Auch die von den Klägern des Verfahrens herangezogene Ansicht des UNHCR<sup>84</sup>, praktisch alle Fallgruppen von Bürgerkriegsflüchtlingen müßten Aufnahme in den Signatarstaaten der GK finden, wies das Gericht zurück. Diese Ansicht gebe weder den allgemeinen völkerrechtlichen Stand der Interpretation des Art. 1 A Nr. 2 GK wieder noch stehe sie im Einklang mit der Praxis der Vertragsstaaten [87].

57. Im Beschluß vom 9.9.1992 (1 B 71.92 – InfAuslR 1993, 12f.) äußerte sich das BVerwG zum Verhältnis von Ausweisungsverfügung und

---

<sup>84</sup> Der Kläger hatte sich auf das vom UNHCR herausgegebene "Handbuch über Verfahren und Kriterien der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft" von 1979 bezogen, vgl. dort Nr. 51, 65, 91, 98.

Abschiebung nach deutschem Ausländerrecht einerseits und dem *refoulement*-Verbot in Art. 33 Nr. 1 GK andererseits. Die Genfer Konvention lege nicht fest, in welcher Form und unter welcher Bezeichnung die nach Art. 33 GK grundsätzlich verbotene Ausweisung erfolge, sondern überlasse dies der nationalen Rechtsordnung der jeweiligen Vertragsstaaten. Nach deutschem Ausländerrecht begründe die vollziehbare Ausweisungsverfügung die Verpflichtung des Ausländers, das Bundesgebiet unverzüglich zu verlassen und nicht mehr dorthin einzureisen (§§ 42, 44 AuslG 1990). Die Ausweisungsverfügung schreibe dem Ausländer nicht vor, wohin er auszureisen habe. Erst mit der Abschiebungsandrohung bestimme die Verwaltungsbehörde den Staat, in den sich der Ausländer zu begeben hat. Aus der insofern nach deutschem Recht gebotenen Unterscheidung zwischen Ausweisung und Abschiebung folge, daß die auf ein bestimmtes Zielland gerichtete Ausweisung i.S. des Art. 33 Nr. 1 GK und damit die Anwendbarkeit dieser Vorschrift grundsätzlich erst dann in Betracht komme, wenn es um eine Abschiebung des Ausländers geht. Insofern werde am Urteil des Gerichts vom 19.6.1969<sup>85</sup> festgehalten.

58. Das Bundesverwaltungsgericht hielt eine Regelung (§ 16 Abs. 5 Satz 1 AuslG 1965<sup>86</sup>) für verfassungswidrig, nach der ein Beförderungsunternehmer Ausländer auf dem Luftweg nur in das Bundesgebiet befördern darf, wenn diese im Besitz eines erforderlichen Passes oder eines erforderlichen Visums sind, das sie aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit benötigen. Es rief daher gemäß Art. 100 Abs. 1 GG das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung an (Beschuß vom 14.4.1992 – 1 C 48.89 – DVBl. 1992, 844ff. = NVwZ 1992, 682ff. = InfAuslR 1992, 262ff. = ZAR 1992, 130). Nach Auffassung des BVerwG verbietet es Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG, daß die Asylgewährung und die dafür erforderliche Einreise aus dem Verfolgerstaat in die Bundesrepublik durch gezielte staatliche Beförderungsbeschränkungen grundsätzlich verhindert werden. Einen Verstoß gegen die Genfer Flüchtlingskonvention nahm das Gericht dabei nicht an. Das *refoulement*-Verbot in Art. 33 Nr. 1 GK gehe nicht über das Verbot der Zurückweisung von Flüchtlingen an den Grenzen des Vertragsstaates hinaus. Das folge zum einen aus der erklärten Absicht der Vertragsstaaten, keine Aufnahmepflichten für Flüchtlinge in der Genfer Konvention zu verankern, zum andern aus der – zu berücksichtigenden<sup>87</sup>

<sup>85</sup> Buchholz 402.24 § 10 AuslG Nr. 12, S.46.

<sup>86</sup> Dem entspricht § 74 Abs. 1 AuslG 1992.

<sup>87</sup> Das BVerwG verweist ("vgl.") auf Art. 31 Abs. 3 Buchst. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge; gegen eine direkte Anwendung der Bestimmung

– Staatenpraxis, nach der insbesondere auch Vertragsstaaten der GK seit langem ein Beförderungsverbot gegenüber sichtvermerkungspflichtigen Ausländern, auch wenn sie Asyl begehren, praktizierten. Wegen der fehlenden Anwendbarkeit der GK ließ das BVerwG es dahingestellt, ob diese als abweichende völkerrechtliche Bestimmung unmittelbar (§ 55 Abs. 3 AuslG 1965) oder als Ausdruck allgemeinen Völkergewohnheitsrechts über Art. 25 Satz 2 GG Vorrang vor § 18 Abs. 5 Satz 1 AuslG 1965 habe.

59. Gemäß Art. 12 GK bestimmt sich – abweichend von Art. 14 EGBGB – das Personalstatut eines Flüchtlings nach dem Recht des Wohnsitz- oder Aufenthaltsstaates. Gemäß § 3 Abs. 1 AsylVfG 1991 ist jedoch die Rechtsstellung nach der GK von der Durchführung des Asylverfahrens abhängig. Für den davorliegenden Zeitraum nahm das OLG Hamm (Beschuß vom 15.1.1992 – 15 W 295/90 – StAZ 1993, 77 ff. und Beschuß vom 25.2.1992 – 2 UF 452/91 – FamRZ 1992, 1181 f. = IPRax 1992, 390 [Ls.] m. Anm. D. Henrich) an, die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit könnten inzident über die Flüchtlingseigenschaft entscheiden. Ob diese Auffassung mit dem Urteil des BVerwG vom 21.1.1992 [55] in Einklang steht, erscheint zweifelhaft.

### 7. Rechtsstellung und Verfahren

60. Das Asylverfahrensgesetz gilt nach seinem § 1 Abs. 2 Nr. 2 nicht für Ausländer im Sinne des “Gesetzes über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommene Flüchtlinge”<sup>88</sup>. Das BVerwG entschied im Urteil vom 17.2.1992 (9 C 77/89 – NVwZ 1993, 187 ff.), das Kontingentflüchtlingengesetz finde auch auf Einzelpersonen Anwendung, die als Teil einer durch bestimmte Merkmale gekennzeichneten Gruppe durch Übernahmeerklärung gemäß § 22 AuslG 1965 (§ 33 AuslG 1990) nicht nur vorübergehend aus humanitären Gründen in die Bundesrepublik aufgenommen worden sind.

---

spricht die fehlende zeitliche Rückwirkung des Übereinkommens (Art. 4 WVK); dazu auch [24].

<sup>88</sup> BGBl. 1980 I, 1057.

*VIII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe*

61. Mit den Ausnahmen vom Grundsatz der Spezialität in Art. 14 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13.12.1957<sup>89</sup> durch das Niederländische Auslieferungsgesetz und den deutsch-niederländischen Vertrag über die Ergänzung des Europäischen Auslieferungsübereinkommens<sup>90</sup> beschäftigte sich der BGH im Beschluß vom 30.9.1992 (3 StR 378/92 – NStZ 1993, 45). Sowohl das Niederländische Auslieferungsgesetz als auch der deutsch-niederländische Vertrag verzichteten auf den Spezialitätsgrundsatz, wenn der Verfolgte der uneingeschränkten Strafverfolgung durch den ersuchenden Staat zugestimmt habe.

62. Die Reichweite des Spezialitätsgrundsatzes erörterte auch das OLG Karlsruhe im Beschluß vom 8.1.1992 (1 Ws 236/91 – NJW 1992, 3115 = DJ 1992, 188). Nach Art. 14 Abs. 2 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens blieben solche Maßnahmen statthaft, die ohne Beschränkung der Freiheit des Ausgelieferten und ohne seine spezifische Mitwirkung getroffen werden könnten, um die Ermöglichung oder Fortsetzung der Strafverfolgung oder Strafvollstreckung nach Wegfall der Spezialitätsbindung zu gewährleisten. Im Rahmen dieses Handlungsspielraums sei auch der Widerruf der Strafaussetzung in einer von der Auslieferungsbewilligung nicht erfaßten Sache statthaft. Hingegen stehe einer Strafvollstreckung nach rechtskräftigem Aussetzungswiderruf die Spezialitätswirkung als Vollstreckungshindernis entgegen. In gleicher Weise seien Erlaß und Vollzug eines Sicherungshaftbefehls nach § 453c StPO gegen den Ausgelieferten mit der Spezialitätsbindung nicht zu vereinbaren.

63. In Fortführung seines Beschlusses vom 13.5.1991<sup>91</sup> befaßte sich das OLG Düsseldorf im Beschluß vom 11.2.1992 (4 Ausl (A) 326/90 – 5/92 III – NJW 1992, 1467f. = NVwZ 1992, 606ff. = NStZ 1992, 339ff.) mit der Frage, ob der deutsch-jugoslawische Auslieferungsvertrag vom 26.11.1970<sup>92</sup> auf Urteile Anwendung findet, die von Gerichten des inzwischen souveränen Staates Slowenien (Obergericht Laibach) gefällt worden sind. Das OLG ließ dabei die Frage offen, ob der Auslieferungsvertrag weiterhin Bestand hat und Grundlage für den deutsch-jugoslawischen Auslieferungs- und Rechtshilfeverkehr ist. Jedenfalls gewähre der Auslieferungsvertrag keinen völkerrechtlich verbindlichen Anspruch auf Auslieferung von solchen Personen, die nicht von Gerichten des jugoslawischen

<sup>89</sup> BGBl. 1964 II, 1369; 1976 II, 1778; 1982 II, 995.

<sup>90</sup> BGBl. 1981 II, 1153; 1983 II, 32.

<sup>91</sup> NJW 1991, 3105, vgl. dazu *Zimmermann* (Anm. 3), 410.

<sup>92</sup> BGBl. 1964 II, 1258; 1975 II, 1725.

Reststaates verurteilt worden seien. Denn mit der Erlangung der völkerrechtlichen Souveränität stehe das Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungsmonopol ausschließlich der Republik Slowenien zu, soweit es um die Verfolgung von Straftaten gehe, die auf ihrem Staatsgebiet begangen worden sind, oder um die Vollstreckung von Urteilen, die von ihren Gerichten gefällt worden sind.

64. Zur Zulässigkeit von "Spontanauskünften" im Rahmen des deutsch-US-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommens äußerte sich der Bundesfinanzhof in seinem Beschluß vom 29.4.1992 [3].

### *IX. Internationaler Menschenrechtsschutz*

#### 1. Europäische Menschenrechtskonvention

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

65. Zu einer Mehrzahl von Rügen betreffend die EMRK äußerte sich das Bundesverfassungsgericht (Dritte Kammer des 2. Senats) im Beschluß vom 22.6.1992 (2 BvR 1901/91 – unveröffentlicht<sup>93</sup>). Die Kammer führte dabei die Rechtsprechung des Gerichts weiter, wonach die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes herangezogen werden kann. In dem Verfahren war der Beschluß über die Auslieferungshaft für die Auslieferung eines in Nordirland wegen einer politisch motivierten Straftat Beschuldigten an Großbritannien angegriffen worden. Der Beschuldigte hatte geltend gemacht, Art. 3 EMRK stehe seiner Auslieferung entgegen, da eine menschenrechtswidrige Behandlung in Großbritannien aufgrund bekanntgewordener früherer Vorfälle nicht ausgeschlossen werden könne. Das BVerfG hielt dies nicht für ausreichend. Unter Bezugnahme auf den *Soering-Fall*<sup>94</sup> vertrat die Kammer die Auffassung, eine Verletzung von Art. 3 EMRK durch den ausliefernden Staat sei nur anzunehmen, wenn unter Berücksichtigung des wachsenden Interesses der Nation, flüchtige Tatverdächtige der Heimatjustiz zu überstellen, ein echtes Risiko unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Bestrafung bestehe. An diesem Maßstab sei es verfassungsrechtlich unbe-

<sup>93</sup> Juris Dokument-Nr. 381896.

<sup>94</sup> Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 7.7.1989 – Ser. A, Vol. 161.

denklich, daß das Berufungsgericht davon ausgegangen sei, daß in Anbetracht der Publizität des Falles künftige Mißhandlungen des Beschwerdeführers das Ansehen Großbritanniens als Rechtsstaat erheblich schädigen und darüber hinaus zu einem Vertrauensverlust im deutsch-britischen Auslieferungsverkehr führen würden. Das von dem Gericht ausgesprochene Vertrauen in die Wahrnehmung der rechtsstaatlichen Verantwortung des ersuchenden Staates sei auch darum gerechtfertigt, weil Großbritannien die EMRK ratifiziert habe und der Kontrolle des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte unterliege [69] [76]. Vgl. auch [32].

66. Mit dem *Soering*-Fall beschäftigte sich auch das Schleswig-Holsteinische OVG im Beschluß vom 8.10.1992 (4 M 89/92 – InfAuslR 1993, 18ff. = NVwZ 1993, 291ff.). Es legte darin dar, die Annahme eines Abschiebungshindernisses setze voraus, daß die der Abschiebung nach Art. 3 EMRK entgegenstehende Behandlung aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte ernsthaft zu befürchten sei. Die allgemeine Feststellung, daß in dem Zielland der Abschiebung Folter und schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen weit verbreitet seien, begründe für sich allein noch keinen Rückgriff auf Art. 3 EMRK. Des weiteren nimmt das OVG Bezug auf den Beschluß des BVerfG vom 3.4.1992 [32].

67. Im Beschluß vom 29.1.1992 (A 13 S 1898/91 – VBlBW 1992, 264ff.) ging der VGH Mannheim der Frage nach, welches der maßgebliche Zeitpunkt bei der Überprüfung der Wahrscheinlichkeitsprognose im Hinblick auf drohende Menschenrechtsverletzungen (dort Art. 2 und 3 EMRK) sein muß. Nach Ansicht des Gerichts sei nicht abzustellen auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung, sondern auf den Erkenntnisstand, den die Ausländerbehörde aus den vorliegenden Akten und den allgemein zugänglichen oder ihr zugänglich gemachten Quellen zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung gewinnen konnte.

*b) Rechte des Festgenommenen (Art. 5 Abs. 4 EMRK)*

68. Gemäß § 147 Abs. 2 StPO liegt es, solange der Abschluß der Ermittlungen noch nicht in den Akten vermerkt ist, im Ermessen der Staatsanwaltschaft, dem Verteidiger eines Beschuldigten Einsicht in die Akten zu gewähren. Das OLG Frankfurt/Main erörterte im Beschluß vom 24.4.1992 (3 VAs 11/92 – Justiz-Ministerial-Blatt für Hessen 44, 447f.) die Frage, ob in der Verweigerung der Akteneinsicht eine Verletzung des in Art. 5 Abs. 4 EMRK verankerten Grundsatzes der Waffengleichheit

von Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem im Haftprüfungsverfahren<sup>95</sup> liegen kann. Zwar unterliege die staatsanwaltschaftliche Entschließung über die Gewährung von Akteneinsicht bis zum Abschluß der Ermittlungen keiner unmittelbaren gerichtlichen Kontrolle. Jedoch sei das mit der Haftentscheidung befaßte Gericht zur Ermittlung der Wahrheit und vollständigen Aufklärung der für seine Entscheidung erforderlichen Tatsachen verpflichtet. Das Haftgericht könne dabei, sofern der Beschuldigte gerade durch die Versagung der Akteneinsicht bei gleichzeitiger Haftfortdauer in seinen Rechten verletzt werde, schon durch Haftentlassung Abhilfe schaffen. Dadurch werde der Waffengleichheit nach Art. 5 Abs. 4 EMRK Rechnung getragen, ohne daß es eines weiteren gerichtlichen Rechtsschutzes bedürfe.

*c) Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK)*

69. In dem vom BVerfG am 22.6.1992 [65] entschiedenen Verfassungsbeschwerdeverfahren hatte das Instanzgericht unterstellt, daß in dem gegen den Beschwerdeführer in Großbritannien gerichteten Strafverfahren die vom deutschen Strafprozeßrecht abweichende Beweisregel Anwendung finden würde, wonach das Schweigen zu den von der Anklage erhobenen Vorwürfen als belastendes Indiz gegen den Angeklagten gewertet werden darf. Das OLG hatte aber die Auffassung vertreten, dies stehe der Gewährleistung eines fairen Strafverfahrens im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht entgegen; die fragliche Beweisregel gehöre "mithin" nicht zu dem nach Art. 25 GG zu beachtenden völkerrechtlichen Mindeststandard. Diese Würdigung billigte das BVerfG ohne weitere Begründung.

Daneben führte das BVerfG zu diesem Gesichtspunkt aus, für den Beschwerdeführer ergebe sich ein Auslieferungshindernis auch nicht dadurch, daß britische Beamte bei der Ingewahrsamnahme und polizeilichen Vernehmung des Betroffenen gegen Art. 5 Abs. 3, Abs. 4 EMRK verstoßen hätten. Sollte es zur Überführung des Beschwerdeführers im Laufe des Strafverfahrens auf die Verwertung von Beweisergebnissen ankommen, die unter Verstoß gegen Art. 5 EMRK erlangt worden sind, so könne aus den bereits dargestellten Gründen (vgl. [65]) erwartet werden, daß die auch für Großbritannien verbindliche Menschenrechtskonvention im Strafverfahren Beachtung finde.

---

<sup>95</sup> Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 30.3.1989 – Fall *Lamy* – Ser. A, Vol. 151.

70. Das Gesetz zur Änderung der VwGO vom 17.12.1990<sup>96</sup> hat die Bestimmung des § 130a VwGO eingeführt, wonach in einem Verwaltungsrechtsstreit das OVG – grundsätzlich – eine Berufung durch Beschluß zurückweisen kann, wenn es sie einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält. Ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK liegt in dieser Bestimmung nach Auffassung des BVerwG nicht (Beschluß vom 10.4.1992 – 9 B 142/91 – NVwZ 1992, 890ff. = BayVBl. 1992, 537f. = NJW 1992, 3315 [Ls.] = DVBl. 1992, 1551 [Ls.]), weil durch Art. 6 auch bei einer vollen Anwendbarkeit in Verwaltungsstreitverfahren nicht – zusätzlich – ein zweitinstanzliches Verfahren mit öffentlicher (mündlicher) Verhandlung garantiert werde. Das BVerwG hielt insofern an seiner Rechtsprechung zu Art. 2 § 5 Abs. 1 Satz 1 Entlastungsgesetz fest<sup>97</sup>.

71. Das OLG Hamm bestätigte im Urteil vom 12.5.1992 (15 W 157/91 – Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 1992, 341f.) seine Rechtsprechung, wonach es für die Frage, ob ein zivilrechtlicher Anspruch im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, auf die materiellrechtliche Art des Anspruches und nicht darauf ankomme, nach welchem Verfahren dieser nach der innerstaatlichen Rechtsordnung geltend zu machen ist. Daher sei auch in Wohnungseigentumssachen grundsätzlich öffentlich zu verhandeln.

72. Das OLG Düsseldorf erkannte im Beschluß vom 29.4.1992 (1 Ws 369/92 – MDR 1992, 1078f.), Art. 6 Abs. 1 EMRK finde nur auf das strafrechtliche Erkenntnisverfahren, nicht aber im Vollstreckungsverfahren Anwendung. Dort werde den schutzwürdigen Interessen des Verurteilten an einem beschleunigten Verfahren unter dem Gesichtspunkt der Vollstreckungsverjährung und des Vertrauensschutzes hinreichend Rechnung getragen.

73. Das OLG Stuttgart entschied im Beschluß vom 13.2.1992 (2 StE 1/91 – StrVert 1992, 262f.), daß es das Rechtsstaatsprinzip und das Gebot des fairen Verfahrens erlauben und erfordern, einem Zeugen, der sich einer tatsächlich und rechtlich schwierigen Situation gegenüber sieht, Prozeßkostenhilfe unter Beiordnung eines Anwalts seiner Wahl zuzubilligen.

---

<sup>96</sup> BGBl. I, 2809.

<sup>97</sup> Vgl. Beschluß vom 11.9.1990 – NJW 1990, 3102 und dazu Giegerich (Anm. 3), 414.

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

74. Der Bundesgerichtshof in Strafsachen setzte im Beschluß vom 26.5.1992 (I StR 131/92 – StrVert 1992, 452f.) seine frühere Rechtsprechung fort, wonach es sich bei einer der Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 EMRK zuwiderlaufenden Verfahrensverzögerung um einen besonderen Strafmilderungsgrund handele, der neben dem strafmildernden Gesichtspunkt des Zeitablaufs zwischen Tat und Aburteilung bestehen kann und als solcher eigenständig zu berücksichtigen und in den Urteilsgründen zu erörtern ist. Mit Blick auf die im Revisionsverfahren verstrichene Zeit fügte der BGH hinzu, der neue Tatrichter werde bei der Strafzumessung zu berücksichtigen haben, daß auch die Verfahrensdauer in der Zeit zwischen dem in der Revision aufgehobenen Urteil und der neuen Entscheidung unangemessen im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK sei, weil der Angeklagte diese neuerliche Verfahrensverzögerung nicht verschuldet habe.

75. Das LG Bad Kreuznach vertrat im Beschluß vom 22.6.1992 (7 Js 8677/87 KLs – NJW 1993, 1725 ff.) die Auffassung, ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK könne in Fällen, in denen der Verstoß mit der schwächeren Sanktion der Strafmilderung nicht angemessen ausgeglichen werden kann, zu einem Verfahrenshindernisse führen.

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

76. Das Bundesverfassungsgericht untersuchte in dem bereits erwähnten Beschluß vom 22.6.1992 [65] die Frage, ob und in welchem Ausmaß die britische Justiz schon allein aus dem Besitz von Schußwaffen auf die Absicht des Betroffenen schließt, sie gegen Personen oder zum Zwecke einer schweren Sachbeschädigung einzusetzen. Das Gericht verstand die vom Instanzgericht herangezogene Bestimmung dahin, daß die Gerichte aus bestimmten konkreten äußeren Gegebenheiten allein auf subjektive Tatbestandsmerkmale schließen. Darin liege kein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK, vielmehr sei von einer zulässigen "Beweisvermutung" auszugehen.

77. Auch im Jahre 1992 wurde unter den Oberlandesgerichten die Frage unterschiedlich beantwortet, ob und unter welchen Voraussetzungen der Widerruf einer gewährten Strafaussetzung (§ 56f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB) schon vor einer rechtskräftigen Nachverurteilung zulässig ist oder ob darin ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK liegt. Ein gegen die Bundesrepublik geführtes Individualbeschwerdeverfahren war im Wege einer gütlichen Regelung nach Art. 28 Abs. 1 Buchst. b EMRK erledigt

worden. Dabei hatte die Bundesregierung in einer Erklärung zugesichert, die Landesjustizverwaltungen darauf hinzuweisen, "daß bei der künftigen Anwendung des § 56f Abs. 1 Nr. 1 StGB die Unschuldsvermutung gemäß Art. 6 Abs. 2 EMRK zu beachten ist"<sup>98</sup>. Das OLG Düsseldorf vertrat im Beschluß vom 29.1.1992 (2 Ws 18/92 – NJW 1992, 1183) die Auffassung, an diese Erklärung der Bundesregierung seien die Gerichte außerhalb des dem Vergleich zugrundeliegenden Verfahrens nicht gebunden. Darüber hinaus lasse die Erklärung der Bundesregierung nicht erkennen, ob eine Kollision mit Art. 6 Abs. 2 EMRK bereits allgemein für den Widerruf einer gewährten Strafaussetzung vor rechtskräftiger Nachverurteilung angenommen worden sei oder ob lediglich den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung getragen werden sollte. Das OLG hielt daher an seiner Auffassung fest, der Widerruf der Strafaussetzung sei vor rechtskräftiger Verurteilung zulässig, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage und nach Anhörung des Betroffenen in einer jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Weise zu der Überzeugung gelangt, daß der Verurteilte eine neue Straftat begangen hat.

78. Auf dieser Linie liegt es auch, wenn das OLG Düsseldorf im Beschluß vom 11.3.1992 (3 Ws 153/92 – Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen (4) 1992, 39ff.) ausführte, der Widerruf einer gewährten Strafaussetzung sei – unter engen Voraussetzungen – auch zulässig, wenn das neue Strafverfahren nach Erfüllung von Auflagen oder Weisungen nach § 153a StPO eingestellt worden ist. Die für eine Entscheidung nach § 56f StGB erforderliche Schuldfeststellung könne zwar nicht durch eine Einstellungsentscheidung nach § 153a StPO ersetzt werden. Die Einstellungsentscheidung hindere jedoch nicht die im Rahmen eines Verfahrens nach § 56f StGB gebotene Schuldprüfung.

79. Das OLG Schleswig hatte 1991 die Auffassung vertreten, ein Widerruf der Strafaussetzung sei erst nach rechtskräftiger Aburteilung einer Nachtat gestattet<sup>99</sup>. Das Gericht modifizierte dies nunmehr dahin gehend (Beschluß vom 31.3.1992 – 1 Ws 509/91 – NJW 1992, 646), der Widerruf nach § 56f StGB sei vor rechtskräftiger Aburteilung in der Regel nur zulässig, wenn der Beschuldigte ein glaubhaftes Schuldeingeständnis im Beisein seines Verteidigers oder vor einem Richter abgegeben hat.

---

<sup>98</sup> Beschwerde Nr. 12748/87, vgl. dazu H. Ostendorf, StrVert 1990, 230.

<sup>99</sup> NJW 1991, 2303, vgl. dazu Zimmermann (Anm. 3), 416.

*f) Mitteilung der Beschuldigung (Art. 6 Abs. 3 Buchst. a und b EMRK)*

80. Gemäß § 201 StPO ist dem Angeschuldigten die Anklageschrift mitzuteilen. Nach im Schrifttum überwiegender Auffassung haben der deutschen Sprache nicht mächtige Ausländer bei dieser Mitteilung einen Anspruch auf eine Übersetzung. Ist diese unterblieben, kann nach Meinung des OLG Hamburg (Beschuß vom 14.9.1992 – 2 Ws 396/92 H – NStZ 1993, 53f.) dem Angeklagten die gebotene Kenntnis vom Gegenstand der Anklage grundsätzlich auch durch eine mündliche Übersetzung der Anklageschrift in der Hauptverhandlung verschafft werden. Art. 6 Abs. 3 Buchst. a EMRK gebiete keine schriftliche Übersetzung der Anklage. Die Möglichkeit nachträglicher Erkenntnisverschaffung finde ihre Grenze aber darin, daß der Angeklagte ausreichend Zeit zur Erörterung mit seinem Verteidiger im Sinne von Art. 6 Abs. 3 Buchst. b EMRK haben müsse.

*g) Kosten für Dolmetscher und Verteidiger (Art. 6 Abs. 3 Buchst. c und e EMRK)*

81. Das Landgericht Nürnberg-Fürth entschied im Beschuß vom 14.1.1992 (Jug I Qs 1/92 – Das Juristische Büro 1992, 685f.), daß die anlässlich der Briefüberwachung beim Vollzug der Untersuchungshaft entstandenen Dolmetscherkosten für nicht der Verteidigung dienende Post vom Verurteilten ersetzt verlangt werden können. In diesem Verfahren waren die in türkischer Sprache abgefaßten Privatbriefe an den Untersuchungsgefangenen auf Kosten der Staatskasse übersetzt worden. Nach Auffassung des LG steht Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK einer Erstattung dieser Kosten nicht entgegen. Die Vorschrift befreie den Verurteilten nur von den im Strafverfahren angefallenen Dolmetscher- und Übersetzerkosten, die dadurch entstanden seien, daß ein Dolmetscher einem der deutschen Sprache nicht mächtigen Beschuldigten Schriftstücke übertrage, auf deren Verständnis er zu seiner Verteidigung angewiesen ist. Eine generelle Befreiung von der Erstattung von Dolmetscherkosten ergebe sich aus Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK nicht.

82. Das LG Bamberg vertrat im Beschuß vom 10.6.1992 (Ks 107 Js 11 154/91 = NStZ 1992, 500f.) die Auffassung, Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK sei dahin auszulegen, daß einem Beschuldigten, der der Gerichtssprache nicht mächtig ist, ein Dolmetscher bereits für die notwendigen vorbereitenden Gespräche mit dem Verteidiger beizuordnen ist. Dabei sei es unerheblich, ob es sich um einen Wahl- oder um einen Pflichtverteidiger handele.

*h) Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK)*

83. Der VGH Mannheim setzte sich bei der Frage der Ausweisung eines türkischen Staatsangehörigen mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Moustaquim*<sup>100</sup> auseinander (Urteil vom 11.5.1992 – 1 S 3135/91 – BWVP 1992, 182f. = NVwZ-RR 1992, 659f. = DÖV 1992, 932 [Ls.] = DVBl. 1992, 1552 [Ls.] – n.r.). Anders als dort seien jedoch im zu entscheidenden Fall die Beziehungen des Klägers zu seinem Heimatland ungleich intensiver, da dieser erst mit dem neunten Lebensjahr die Türkei verlassen habe und nach wie vor seine Muttersprache beherrsche [113]. Vgl. dazu auch OVG Bremen, Beschluß vom 20.11.1992 (1 B 101/92 – InfAuslR 1993, 85ff. m. Anm. Wattenberg) [113].

84. Gemäß § 1705 BGB steht das minderjährige nicht-eheliche Kind allein unter der elterlichen Sorge der Mutter. Das OLG Köln hatte sich mit dem Antrag des Vaters nicht-ehelicher Kinder zu beschäftigen, ihm – entgegen § 1705 BGB – die elterliche Sorge über die betroffenen Kinder gemeinschaftlich mit der Kindesmutter zuzuerkennen. Das Gericht wies diesen Antrag letztinstanzlich zurück (Beschluß vom 24.8.1992 – 16 Wx 98/92 – Amtsvormund 1992, 1124f.). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte habe zwar im Fall *Marckx*<sup>101</sup> erklärt, daß nach Art. 8 EMRK zwischen einer “ehelichen” und einer “nicht-ehelichen” Familie kein Unterschied gemacht werden dürfe. Diese Feststellung habe sich jedoch allein auf die durch den belgischen *code civil* geregelten verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen dem nicht-ehelichen Kind und seiner leiblichen Mutter bezogen. Rechte für den nicht-ehelichen Vater wollte das OLG Köln daher aus diesem Urteil nicht herleiten.

*i) Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK)*

85. Das AG Tauberbischofsheim billigte mit Urteil vom 8.5.1992 (C 1/92 – NJW-RR 1992, 1098f.) einem türkischen Staatsangehörigen unter Rückgriff auf Art. 10 Abs. 1 EMRK einen Anspruch gegenüber seinem Vermieter zu, die Aufstellung einer Parabol-Antenne zum Empfang von Satellitenfernsehen zu dulden. Die EMRK wirke ebenso wie die Grundrechte über zivilrechtliche Generalklauseln in privatrechtliche Beziehungen ein. Daher sei auch bei der Bestimmung mietrechtlicher Nebenpflich-

<sup>100</sup> Urteil vom 18.2.1991, InfAuslR 1991, 149.

<sup>101</sup> Urteil vom 13.6.1979 – NJW 1979, 2449ff.

ten die Ausstrahlungswirkung von Art. 10 EMRK zu berücksichtigen. Für den Empfang grenzüberschreitender Nachrichten sei Art. 10 EMRK die gegenüber Art. 5 GG speziellere Regelung. Der Begründungsaufwand des Amtsgerichts überrascht, da sich die Frage schon mit Bezug auf Art. 5 GG beantworten läßt<sup>102</sup>.

## 2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

86. Im sog. *Ersten Mauerschützen-Urteil* [15] verwarf der BGH in der Staatspraxis der DDR bestehende Rechtfertigungsgründe für den Schußwaffengebrauch an der Berliner Mauer als unvereinbar mit dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR).

Gemäß § 213 Abs. 3 StGB der DDR<sup>103</sup> galt der ungesetzliche Grenzübertritt mit gefährlichen Mitteln oder Methoden als ein Verbrechen, das die Grenztruppen zur Anwendung der Schußwaffe berechtigte. Auf der Grundlage von § 27 Abs. 1 DDR-Grenzgesetz<sup>104</sup> war der Schußwaffengebrauch gerechtfertigt, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung eines Verbrechens zu verhindern. Der BGH anerkannte, daß das Verhalten der Angeklagten dieser rechtfertigenden Vorschrift des § 27 Abs. 2 DDR-Grenzgesetz, so wie sie in der Staatspraxis angewandt worden sei, entsprochen habe. Die festgestellte Staatspraxis habe jedoch eine Verletzung der in Art. 6 und 12 des IPBPR garantierten Rechte dargestellt, weshalb eine darauf gestützte Rechtfertigung unbeachtlich bleiben müsse.

Der BGH stellte hierzu zunächst darauf ab, daß der Internationale Pakt für die DDR am 23.3.1976<sup>105</sup> in Kraft getreten sei, ohne daß zuvor gemäß Art. 51 der Verfassung der Pakt durch die Volkskammer "bestätigt" wurde. Gleichwohl könne der Internationale Pakt berücksichtigt werden, wenn sich bei der Bewertung des Rechts der DDR Widersprüche zwischen den von ihr völkerrechtlich anerkannten Menschenrechten und der tatsächlichen Anwendung des innerstaatlichen Rechts (Grenz- und Waffengebrauchs-Vorschriften) ergäben. Das gelte auch für die Beurteilung der Frage, ob derjenige rechtswidrig gehandelt habe, der auf staatli-

---

<sup>102</sup> BVerfG, Beschluß vom 10.3.1993 (MDR 1993, 533) und Beschluß vom 9.2.1994 (NJW 1994, 1147).

<sup>103</sup> I.d.F. des 3. StrÄndG vom 28.6.1979, DDR-GBl. I, 139.

<sup>104</sup> Gesetz vom 25.3.1982, DDR-GBl. 1982 I, 197.

<sup>105</sup> DDR-GBl. II, 108.

chen Befehl Menschenrechte verletzte, die durch den Pakt geschützt sind. Das Grenzregime der DDR habe das in Art. 12 IPBPR bezeichnete Menschenrecht auf Ausreisefreiheit verletzt, weil entgegen Abs. 3 dieser Bestimmung den Bewohnern der DDR das Recht auf freie Ausreise nicht nur in Ausnahmefällen, sondern in aller Regel vorenthalten worden sei.

Nach Auffassung des BGH läßt sich darüber hinaus die durch die restriktiven Paß- und Ausreisevorschriften begründete Lage unter dem Gesichtspunkt der Menschenrechte nicht ohne Beachtung der tatsächlichen Verhältnisse an der Grenze zu würdigen. Diesbezüglich sah das Gericht einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 2 IPBPR, wonach niemand willkürlich seines Lebens beraubt werden darf. Zwar sei nicht abschließend geklärt, wie das Merkmal "willkürlich" auszulegen sei. Die Grenze zur Willkür sei jedoch überschritten, wenn der Schußwaffengebrauch an der Grenze dem Zweck diene, Dritte vom unerlaubten Grenzübertritt abzuschrecken. Daß die "Befehlslage", die die vorsätzliche Tötung von "Grenzverletzern" eingeschlossen habe, auch dieses Ziel gehabt habe, sei eindeutig.

Der BGH untersuchte sodann die Frage, ob die rechtfertigende Vorschrift des § 27 DDR-Grenzgesetz in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der DDR zur Beachtung der Menschenrechte hätte ausgelegt werden können. Unter Rückgriff auf offizielle Dokumente kommt das Gericht zu dem Ergebnis, daß die Anwendung der Schußwaffe nur "die äußerste Maßnahme" hätte sein dürfen. § 27 DDR-Grenzgesetz sei so zu verstehen gewesen, daß der Grenzsoldat auf einen nach den Umständen unbewaffneten und auch sonst nicht für Leib oder Leben anderer gefährlichen Flüchtling nicht mit Vorsatz schießen durfte. Eine solche Auslegung des Rechtfertigungsgrundes über den Schußwaffengebrauch soll nach Auffassung des BGH auch nicht gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG festgeschriebene Rückwirkungsverbot einer Bestrafung verstoßen. Dies wird im einzelnen dargelegt. Ausgangspunkt dafür ist, daß nach Auffassung des BGH die engen Ausnahmenvorschriften des Art. 15 IPBPR und des Art. 7 EMRK den weit ausgelegten Art. 103 Abs. 2 GG nicht beschränken. Hinsichtlich des Art. 7 Abs. 2 EMRK – kein Rückwirkungsverbot für Handlungen, die nach den von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar waren – habe die Bundesrepublik in einem Vorbehalt nach Art. 64 EMRK erklärt, daß die Vorschrift nur in den Grenzen des Art. 103 Abs. 2 GG angewandt

werden würde<sup>106</sup>. Gegen die gleichgerichtete Vorschrift des Art. 15 Abs. 2 IPBPR habe die Bundesrepublik zwar keinen Vorbehalt erklärt, das ändere jedoch nichts daran, daß insoweit Art. 103 Abs. 2 GG als Verfassungsrecht vorgehe.

### 3. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte

87. Der VGH Mannheim erwog in dem Urteil vom 8.12.1992 [56], ob der Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention auch den Schutz von Menschenrechtsverletzungen in einem offenen Bürgerkrieg umfasse. Er blieb schließlich bei der Meinung, der Charakter der Konvention als völkerrechtlicher Vertrag zwischen Staaten verbiete es, in ihm eine Gewährleistung der Menschenrechte in den Gebieten zu sehen, in denen es an einem völkerrechtlichen Subjekt fehlt, an das die sich der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte verpflichtet fühlende Staatengemeinschaft Forderungen stellen könnte.

## *X. Europäische Gemeinschaften*<sup>107</sup>

### 1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

88. Mit Beschluß vom 9.7.1992 (2 BvR 1096/92 – BayVBl. 1992, 588 = DÖV 1992, 1010 = NVwZ 1993, 883) wies das BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats) eine Verfassungsbeschwerde als unzulässig zurück, die sich gegen die Mitwirkung der Bundesregierung an der Entstehung sekundären Gemeinschaftsrechts wandte. Die Antragstellerin hatte Verfassungsbeschwerde mit dem Ziel erhoben, der Bundesregierung zu untersagen, im Rat der Europäischen Gemeinschaft der Änderung einer EG-Richtlinie zur Tabaksteuer zuzustimmen, die die Bundesrepublik verpflichten würde, sog. "Feinschnittrollen" fertigen Fabrikzigaretten tabaksteuerlich gleichzustellen. Damit ähnelte das Begehren der Antragstellerin in rechtlicher Hinsicht weitgehend einem früheren Verfahren, in dem das

---

<sup>106</sup> BGBl. 1954 II, 14. Mit dem Vorbehalt sollte offenbar – trotz Art. 60 EMRK – erreicht werden, daß die nach Art. 7 Abs. 2 EMRK zulässigen Rückwirkungen zusätzlich an Art. 103 Abs. 2 GG zu messen sind. Der BGH schien den Vorbehalt aber so auszulegen, als stehe dieser einem von Art. 7 Abs. 1 EMRK vermittelten, über Art. 103 Abs. 2 GG hinausgehenden Schutz entgegen.

<sup>107</sup> Angesichts der Vielzahl (streitbeendender) Entscheidungen mit europarechtlichem Bezug wurden Beschlüsse zur Vorlage an den EuGH nur in Ausnahmefällen aufgenommen.

BVerfG den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung gegen die geplante Zustimmung der Bundesregierung zu einer Richtlinie als unbegründet abgewiesen hatte<sup>108</sup>. Das BVerfG bezog sich daher in seinem Beschluß vom 9.7.1992 weitgehend auf seine früheren Ausführungen. Die Beschwerdeführerin könne sich mit der Verfassungsbeschwerde nicht gegen die Mitwirkung der Bundesregierung wenden, weil deren Zustimmung keinen sie unmittelbar beschwerenden Hoheitsakt darstelle. Einen selbständig angreifbaren Rechtssetzungsakt der deutschen Staatsgewalt stelle nicht die Zustimmung der Bundesregierung zum Erlaß der Richtlinie dar, sondern der diesbezügliche Umsetzungsakt. Soweit die Richtlinie den Grundrechtsstandard des Gemeinschaftsrechts verletzen sollte, gewähre der EuGH Rechtsschutz.

89. Das BVerfG entschied im Urteil vom 28.1.1992 (1 BvR 1025/92, BvL 16/83, BvL 10/91 – DVBl. 1992, 364 ff. = NJW 1992, 964 ff. = DÖV 1992, 352 f. = MDR 1992, 682 f. = BayVBl. 1992, 625 ff. = EuZW 1992, 319 f.), daß das Nachtarbeitsverbot des § 19 der Arbeitszeitordnung<sup>109</sup> Arbeiterinnen im Vergleich zu Arbeitern und weiblichen Angestellten benachteilige und damit gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 GG verstoße. Die auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit gerichteten Vorlagebeschlüsse nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG verwarf das BVerfG jedoch als unzulässig. Die vorlegenden Gerichte hätten sich nicht mit der Frage beschäftigt, ob die angegriffene Bestimmung der Arbeitszeitordnung von deutschen Gerichten weiterhin angewendet werden dürfe oder ob ein Anwendungsvorrang der EG-Richtlinie 76/207 vom 9.2.1976 zugunsten der Marktbürger bestehe. Der EuGH habe durch Urteil vom 25.7.1991<sup>110</sup> entschieden, daß Art. 5 dieser Richtlinie die Mitgliedstaaten verpflichte, für Frauen kein Verbot der Nachtarbeit als gesetzlichen Grundsatz aufzustellen, wenn es kein Verbot der Nachtarbeit für Männer gebe. In den Entscheidungsgründen des EuGH sei ausgeführt, daß die genannte Richtlinie hinreichend bestimmt sei, um unmittelbare Rechtswirkungen zu entfalten. Vgl. hierzu auch [106].

90. Mit der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien befaßte sich auch das BVerwG im Beschluß vom 5.6.1992 (4 NB 21.92 – BayVBl. 1992, 663 ff. = UPR 1992, 349 ff. = NVwZ 1992, 1093 ff. = NuR 1992, 468 ff. = NJW 1993, 216 [Ls.]). Grundstückseigentümer hatten als Antragsteller eines Normenkontrollverfahrens vorgetragen, für den umstrittenen Be-

<sup>108</sup> Beschluß vom 12.5.1989 – NJW 1990, 974, vgl. dazu Richter (Anm. 3), 217.

<sup>109</sup> Zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.3.1975, BGBl. I, 665.

<sup>110</sup> EuGRZ 1991, 421 ff.

bauungsplan hätte eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach der EG-Richtlinie 85/337 durchgeführt werden müssen. Die letzte beachtliche Beschlußfassung der Stadt hatte am 26.5.1988 stattgefunden, während die Umsetzungsfrist für die Richtlinie erst am 2.7.1988 beendet war. Die Antragsteller hatten vorgetragen, schon im Frühjahr 1988 sei abzusehen gewesen, daß der Bundesgesetzgeber die ihm gesetzte Umsetzungsfrist nicht würde einhalten können, weshalb die Richtlinie nach Ablauf der Frist rückwirkend für diesen Zeitraum verbindlich geworden sei. Dem trat das BVerwG entgegen. Die den einzelnen Mitgliedstaaten gesetzte Frist diene der Rechtsklarheit, die rückwirkende Verbindlichkeit einer Richtlinie würde demgegenüber eine schwer zu ertragende Rechtsunsicherheit entstehen lassen. Zudem würde die Verbindlichkeit der Richtlinie dann von Umständen abhängig sein, die dem Text der Richtlinie nicht entnommen werden könnten und einer wertenden Betrachtung unterlägen.

91. Das LG Bonn judizierte im Urteil vom 26.2.1992 (1 0 446/90 – EuZW 1992, 455 f. = NVwZ 1993, 916 f. – n.r.), daß die Bundesrepublik Deutschland nicht ersatzpflichtig sei für Ausfälle, die ein deutscher Lieferant infolge des EG-Wirtschaftsembargos gegenüber dem Irak erlitten hat. Als Reaktion auf die Invasion Iraks in Kuwait hatte der Rat der Europäischen Gemeinschaften am 8.8.1990 die Verordnung Nr. 2340/90 erlassen, mit der – u.a. – die Ausfuhr in den Irak und nach Kuwait von Erzeugnissen mit Herkunft aus der Gemeinschaft verboten wurde. Verstöße gegen dieses Verbot waren durch eine Änderung der deutschen Außenwirtschafts-Verordnung straf- und bußgeldbewehrt worden. Ein deutscher Hersteller hatte daraufhin von der Bundesrepublik Ersatz des Schadens verlangt, der ihm durch die unterlassene Lieferung in den Irak entstanden sei. Das LG Bonn wies die Klage ab. Einem Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff oder aus Aufopferung stehe entgegen, daß nicht die Bundesrepublik einen etwaigen Schaden des Herstellers verursacht habe, sondern vielmehr die EG. Aufgrund der in Art. 189 Abs. 2 EWGV festgeschriebenen unmittelbaren Geltung von EG-Verordnungen komme der Sanktionsbewehrung durch die AußenwirtschaftsVO “nur insoweit Bedeutung zu”, als faktisch von ihr eine stärkere Lenkungswirkung ausgehe als von dem zuvor für jeden EG-Bürger rechtsverbindlich, aber mangels Kompetenz der EG ohne Sanktionsbewehrung erlassenen EG-Verbot. Als reine Vollzugsmaßnahme stelle die Sanktionsbewehrung jedoch keinen schadensursächlichen hoheitlichen Eingriff in ein durch das Grundgesetz geschütztes Rechtsgut des Herstellers dar. Dabei ließ es das LG offen, ob die angegriffene Verordnung rechtswidrig ist. Denn auch im Falle der Rechtswidrigkeit des EG-Verbots würde – auf-

grund der bis zur Feststellung ihrer Ungültigkeit bestehenden Wirksamkeit der EG-Verordnung – der AußenwirtschaftsVO keine eigenständige beeinträchtigende Wirkung zukommen. Eine Haftung der Bundesregierung, so das LG Bonn weiter, könne auch nicht hergeleitet werden aus deren Mitwirkung bei der Vorbereitung der Verordnung und der anschließenden Beschlußfassung. Insoweit scheitere eine Amtspflichtverletzung im Sinne von § 839 BGB, Art. 34 GG daran, daß bei der Vorbereitung der Beschlüsse und bei der Beschlußfassung im Rat der EG die nationalen Organe nur die europäischen und nationalen, nicht aber die Interessen bestimmter Individuen zu beachten hätten. Im Ergebnis verwies das LG Bonn daher den klagenden Hersteller auf mögliche Schadenersatzansprüche gegen die EG nach Art. 215 Abs. 2 EWGV<sup>111</sup>.

## 2. Diskriminierungsverbot

92. Gemäß § 110 ZPO haben ausländische Kläger auf Verlangen des Beklagten Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu leisten. Schon seit längerem war zweifelhaft, ob diese Bestimmung im Verhältnis zu Staatsangehörigen anderer EG-Mitgliedstaaten mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 7 EWGV vereinbar ist<sup>112</sup>. Das OLG München entschied nunmehr im Beschluß vom 17.11.1992 (7 W 2406/92 – RIW 1993, 150f. = NJW 1993, 865 = EuZW 1993, 199f.), daß § 110 ZPO auf ausländische Kläger aus EG-Mitgliedstaaten keine Anwendung finde. Der Anwendung der Vorschrift stehe das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 7 Abs. 1 EWGV entgegen, da die unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erfolge und Inländer zur Prozeßkostensicherheit nicht verpflichtet seien. Der Anwendungsbereich des EWG-Vertrages sei dadurch betroffen, daß es sich um eine Zahlungsklage im Rahmen des grenzüberschreitenden Warenverkehrs innerhalb der Gemeinschaft handele. Für die Regelung des Zivilverfahrensrechts seien zwar grundsätzlich die Mitgliedstaaten zuständig geblieben. Dieser Zuständigkeit seien jedoch Grenzen gesetzt, da das Zivilverfahrensrecht weder zu einer Diskriminierung von Personen, denen das Gemeinschaftsrecht einen Anspruch auf Gleichbehandlung verleiht, führen noch die vom Gemeinschaftsrecht garantierten Grundfreiheiten beschränken

<sup>111</sup> Die gegen das Urteil zugelassene Sprungrevision hat nun der BGH im Urteil vom 27.1.1994 (III ZR 42/92 – NJW 1994, 858ff.) zurückgewiesen.

<sup>112</sup> Vgl. A. Zimmermann, RIW 1992, 707ff., zum Vorlagebeschluß an den EuGH des LG Hamburg vom 11.2.1991, ders. (Anm. 3), 426.

dürfe<sup>113</sup>. Auf eine Beschränkung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs durch die umstrittene Regelung der ZPO ging das OLG München nicht eigens ein<sup>114</sup>. Vgl. [12].

93. Wie bei § 110 Abs. 1 ZPO war auch im Hinblick auf die vollstreckungsrechtliche Parallelvorschrift des § 917 Abs. 2 ZPO die Vereinbarkeit mit Art. 7 Abs. 1 EWGV umstritten<sup>115</sup>. Gemäß § 917 Abs. 2 ZPO wird für den dinglichen Arrest als ein zureichender Arrestgrund angesehen, wenn ein Urteil im Ausland vollstreckt werden müßte. Das OLG Hamburg legte mit Beschluß vom 16.11.1992 (6 W 53/92 – EuZW 1993, 264 = IPRax 1993, 398f. = NJW 1993, 2200 [Ls.]) dem Europäischen Gerichtshof – sinngemäß – die Frage vor, ob die Bestimmung auch dann ohne weiteres einen Arrestgrund vermittele, wenn es um die Vollstreckung in einem Land geht, das dem EuGVÜ beigetreten ist<sup>116</sup>.

### 3. Freier Warenverkehr

94. Der EuGH hatte im Urteil vom 18.5.1989<sup>117</sup> entschieden, daß auch Berufsregeln von Standesorganisationen mit hoheitlichen Befugnissen als von Art. 30 EWGV erfaßte Maßnahmen in Betracht kommen. Auf dieser Grundlage prüfte der VGH Mannheim die Frage, ob die Berufsordnung der Landesapothekerkammer Baden-Württemberg<sup>118</sup> mit den Art. 30 und 36 EWGV vereinbar ist (Beschluß vom 14.5.1992 – 9 S 2730/86 – VBIBW 1992, 333ff.). Die Landesapothekerkammer ist eine öffentlich-rechtliche Körperschaft; ihre Berufsordnung verpflichtet die ihnen kraft Gesetz angehörenden Apotheker, die Werbung für Produkte des sog. Randsortiments (diätetische Lebensmittel, Fruchtsäfte, Verbandsmittel) zu unterlassen. Der VGH betrachtete dies als eine, wenn auch nicht-diskriminierende, Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne der *Dassonville*-Formel<sup>119</sup>. Das Gericht sah sich jedoch nicht in der Lage, eindeutig festzustellen, ob

<sup>113</sup> Mit Hinweis auf EuGH Slg. 1989, 195 – Rechtssache *Cowan*.

<sup>114</sup> Vgl. zum allgemeinen und speziellen Diskriminierungsverbot nunmehr das Urteil des EuGH vom 1.7.1993 – EuZW 1993, 514f., mit dem das Gericht auf Vorlage des LG Hamburg (RIW 1992, 767, vgl. dazu *Zimmermann* [Anm. 3], 426) die Regelung des § 110 Abs. 1 ZPO als unvereinbar mit dem freien Dienstleistungsverkehr angesehen hat.

<sup>115</sup> Vgl. auch insoweit *Zimmermann*, *ibid.*, 425.

<sup>116</sup> Der EuGH hat mit Urteil vom 10.2.1994 – EuZW 1994, 216f. – die Anwendbarkeit von Art. 7 auch im Rahmen der Vollstreckung nach dem EuGVÜ bejaht und die Vereinbarkeit von § 917 Abs. 2 ZPO mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot verneint.

<sup>117</sup> NJW 1990, 2305.

<sup>118</sup> Berufsordnung vom 22.11.1955 i.d.F. vom 9.4.1986.

<sup>119</sup> EuGH, Urteil vom 11.6.1974, NJW 1975, 515.

die beschränkende Regelung zum Schutze der Gesundheit gemäß Art. 36 EWGV gerechtfertigt ist und hat daher die Frage dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt<sup>120</sup> [106].

95. Mit Beschluß vom 30.6.1992 (16 O 533/92 – EuZW 1992, 744) ersuchte das LG Berlin den EuGH – sinngemäß – um Vorabentscheidung, ob Art. 30, 36 EWGV dahin gehend auszulegen sind, daß sie einer Anwendung von § 3 UWG entgegenstehen, die es erlaube, die Einfuhr und den Vertrieb eines in einem anderen europäischen Land rechtmäßig hergestellten und in anderen EG-Ländern rechtmäßig vertriebenen kosmetischen Produktes mit der Begründung zu untersagen, durch den Produktnamen (“Clinique”) würden Verbraucher irreführt<sup>121</sup>.

96. Das OVG Lüneburg hatte im Rahmen einer Anfechtungsklage über die Frage zu entscheiden, ob die Eintragung eines Silbermobiliars in das Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes für das Land Niedersachsen rechtmäßig war (Urteil vom 19.5.1992 – 10 L 5248/91 – NVwZ-RR 1993, 79ff. = DVBl. 1992, 1449 [Ls.]). Da die Aufnahme in das Kulturgüterverzeichnis nach dem Kulturgutschutzgesetz<sup>122</sup> zum Erfordernis einer Ausfuhrgenehmigung führt, war zu beantworten, ob dieser Genehmigungsvorbehalt mit EG-Recht vereinbar ist. Das Gericht führte aus, der Genehmigungsvorbehalt stelle eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 34 EWGV dar, die nach Art. 36 Satz 1 EWGV (Schutz des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert) gerechtfertigt sei. Das OVG legte im Ansatz dar, es sei Sache der zuständigen nationalen Stellen, in jedem Einzelfall darzutun, daß die von ihnen erlassene Regelung mit dem in Art. 36 EWGV bestimmten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Im Hinblick auf das Kulturgutschutzgesetz sah das Gericht die Ausfuhrgenehmigung als ein notwendiges und geeignetes Mittel an, der keine willkürliche Diskriminierung des Handels zugrundeliege.

---

<sup>120</sup> Vgl. dazu nunmehr das *Hünernund*-Urteil des EuGH vom 15.12.1993 – EuZW 1994, 119f., mit dem der EuGH – unter Fortführung der Rechtsprechung im Fall *Keck* u. *Mithouard* (EuZW 1993, 770) – das Werbeverbot als bloße Verkaufsmodalität und daher außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 30 EWGV ansieht.

<sup>121</sup> Vgl. dazu das Urteil des EuGH vom 2.2.1994 – EuZW 1994, 148ff.; Art. 30 und 36 EWGV stehen danach dem auf § 3 UWG gestützten Verbot entgegen.

<sup>122</sup> Gesetz vom 6.8.1955, BGBl. I, 501.

## 4. Freizügigkeit

97. Das BVerwG hatte sich im Jahre 1992 zweimal mit der Frage zu beschäftigen, ob Staatsangehörige aus Nicht-EG-Staaten, die mit einem deutschen Staatsangehörigen verheiratet sind, in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis (Referendardienst nach Bestehen der Ersten Juristischen Staatsprüfung) hinsichtlich Besoldungen und Beihilfen den deutschen Staatsangehörigen gleichzustellen sind. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>123</sup> vertrat das BVerwG die Auffassung, Art. 48 EWGV und die Rechte aus der Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EG<sup>124</sup> seien nicht anwendbar auf Sachverhalte, die einen Mitgliedstaat rein intern betreffen, wie etwa in dem Fall des Angehörigen eines Mitgliedstaates (oder dessen Ehegatten), der niemals in einem anderen Mitgliedstaat gewohnt oder gearbeitet habe. Ein solcher Staatsangehöriger könne sich nicht auf Art. 48 EWGV berufen, um sich der Anwendung der Rechtsvorschriften seines eigenen Landes zu widersetzen. Auch an der Möglichkeit der analogen Anwendung der genannten EG-Verordnung fehle es, da es für den von Art. 48 EWGV nicht erfaßten internen Bereich der Mitgliedstaaten an einer Regelungslücke fehle (Urteil vom 30.4.1992 – 2 C 6.90 – BVerwGE 90, 147ff. = NVwZ 1992, 1208ff. = BayVBl. 1992, 594ff. = NJW 1993, 480 [Ls.] = EuZW 1993, 262 [Ls.]; Urteil vom 17.12.1992 – 10 C 6.91 – DVBl. 1993, 560f. = BayVBl. 1993, 728ff. = NVwZ 1993, 1195f.). Vgl. dazu auch den Beschluß des BVerwG vom 30.11.1992 (2 B 188.92 – DVBl. 1993, 559ff. = NVwZ 1993, 780f.).

98. Das OLG Frankfurt/Main entschied im Urteil vom 13.2.1992 (16 U 229/88 – IPRax 1992, 314ff. m. Anm. H. Bungert, *ibid.*, 296ff.), daß das spanische Gesetz und das Königliche Dekret über die Beschränkung des Grunderwerbs durch Ausländer in bestimmten militärischen Zonen<sup>125</sup> gegen die in Art. 52 EWGV garantierte Niederlassungsfreiheit verstießen und daher seit dem Beitritt Spaniens auf EG-Ausländer nicht mehr anwendbar seien. Der Rechtsstreit, dem der Kaufvertrag über ein Grundstück auf der Insel Menorca zugrundelag, war an das OLG ge-

---

<sup>123</sup> Urteile vom 28.6.1984 (EuGRZ 1984, 318) und vom 28.1.1992 (NVwZ 1992, 358).

<sup>124</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 – ABl. Nr. L 257/2, zuletzt geändert durch VO (EWG) Nr. 2434/92 – ABl. Nr. L 245/1.

<sup>125</sup> Gesetz 8/1975 vom 12.3.1975 (B.O.E., 14.3.1975, Nr.63) und Königliches Dekret 689/78 vom 10.2.1978 (B.O.E., 14.4.1978, Nr. 89). Das Gesetz wurde – ohne Bedeutung für den Rechtsstreit – mit Wirkung vom 17.1.1991 außer Kraft gesetzt (B.O.E., 18.12.1990, Nr. 311), vgl. H. Bungert, *ibid.*, 300.

langt, nachdem sich der bei Vertragsabschluß in Deutschland lebende Verkäufer auf die Nichtigkeit des Vertrages infolge der für den Grunderwerb durch Ausländer erforderlichen Genehmigung berufen hatte und der Kläger Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangte. Das OLG hielt den Kaufvertrag für wirksam. Es legte zunächst dar, daß die Beitrittsakte Spaniens zur EG<sup>126</sup> keine Übergangszeit auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts enthalte. Unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH vom 30.5.1989<sup>127</sup> über griechische Rechtsvorschriften zur Beschränkung des Erwerbs von Immobilien durch Ausländer führte das Gericht sodann aus, das streitige spanische Gesetz und das diesbezügliche Königliche Dekret stünden im Widerspruch zu Art. 52 EWGV, da das Recht, im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates Immobilien zu erwerben, eine notwendige Ergänzung der Niederlassungsfreiheit darstelle. Das spanische Gesetz sei auch nicht nach Art. 56 EWGV aus übergeordneten Gründen der Landesverteidigung zu rechtfertigen. Zwar gehöre der Schutz gegen Bedrohungen des Bestandes des Staates und seiner Einrichtungen zur öffentlichen Sicherheit. Die Berufung darauf setze aber nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes<sup>128</sup> immer dann, wenn damit Beschränkungen der Freizügigkeit von Personen gerechtfertigt werden sollten, die dem Gemeinschaftsrecht unterliegen, voraus, daß eine tatsächliche und schwere Gefährdung bestehe, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre. Auszugehen sei dabei immer von einem persönlichen Verhalten der betreffenden Person. Als hinreichend schwerwiegend könne ein Verhalten jedoch dann nicht angesehen werden, wenn der Aufenthaltsstaat gegenüber dem gleichen Verhalten, das von eigenen Staatsangehörigen ausgeht, keine beschränkenden Maßnahmen ergreife. Im übrigen lägen ersichtlich auch die Voraussetzungen über Maßnahmen von Mitgliedstaaten im Kriegsfall (Art. 224 EWGV) nicht vor.

99. Die spezialpräventiven Anforderungen an die Ausweisung von EG-Ausländern nach § 12 Aufenthaltsgesetz/EWG überlagern nach Auffassung des VGH Kassel die Ausweisungsvorschriften der §§ 45 ff. AuslG und gehen ihnen vor mit der Folge, daß das differenzierte System der Ausweisungsgründe nach allgemeinem Ausländerrecht für freizügigkeitsberechtigte EG-Staater letztlich nicht zur Anwendung gelangen kann (Beschluß vom 20.10.1992 – 12 TH 1509/92 – InfAuslR 1993, 50 ff.). Vgl. in

---

<sup>126</sup> ABl. 1985 L Nr. 302.

<sup>127</sup> Vgl. dazu EuGH Slg. 1989, 1461.

<sup>128</sup> Urteil des EuGH vom 18.5.1982 – Rechtssache *Adoui und Cornuaille*, EuGH Slg. 1982, 1665.

diesem Sinne auch OVG Münster, Beschluß vom 10.4.1992 – 18 B 1479/92 – InfAuslR 1992, 275 ff.

### 5. Landwirtschaft

100. Gemäß § 4a der Milch-Garantienmengen-Verordnung (MGVO) kann die Anlieferungsreferenzmenge für alle Erzeuger unabhängig von der Größe des Betriebes gleichmäßig um 3% reduziert werden. Auf Vorlage des FG München erklärte der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 19.3.1992<sup>129</sup> die Bestimmung der MGVO für vereinbar mit der zugrunde liegenden EG-Verordnung<sup>130</sup>. Gleichwohl hatte das Finanzgericht die bei ihm anhängige Klage gegen den stillgelegten Teil der Anlieferungsreferenzmenge für begründet erachtet, weil § 4a Abs. 1 MGVO gegen Art. 39 EWGV und Art. 3 GG verstoße.

Der Bundesfinanzhof folgte dem nicht und hob im Urteil vom 26.5.1992 (VII R 98/90 – BFHE 168, 488 ff. = HFR 1992, 722 f.) das vorinstanzliche Urteil auf. Hinsichtlich eines Verstoßes gegen Art. 39 EWGV bezog sich der BFH auf das Urteil des EuGH vom 19.3.1992 und bestätigte, daß Art. 39 EWGV mehrere Ziele setze und die Gemeinschaftsorgane ebenso wie der nationale Ordnungsgeber den Ausgleich zwischen diesen Zielen schaffen müßten, wenn sie in einem Widerspruch zueinander stehen. Dabei sei dem nationalen Ordnungsgeber ein weiterer Ermessensspielraum eingeräumt. Dieser sei im vorliegenden Fall nicht verletzt, da zwar § 4a MGVO eine einheitliche Stilllegung erlaube, die unterschiedliche Größe der Betriebe jedoch schon bei der erstmaligen Berechnung der Anlieferungsreferenzmenge berücksichtigt worden sei. Soweit Art. 39 Abs. 2 EWGV dahin verstanden werden könne, daß die bäuerlichen Kleinbetriebe besonders schutzwürdig seien, reiche dieser Schutz nicht so weit, daß diese von den Stilllegungsmaßnahmen ganz befreit werden müßten.

### 6. Kartellrecht

101. Zum Verhältnis der Gruppen-Freistellungs-Verordnung<sup>131</sup> zu Art. 85 Abs. 1 EWGV äußerte sich das OLG Stuttgart im Urteil vom 2.10.1992 (2 U 207/91 – NJW-RR 1993, 937). Es stellte fest, daß die

<sup>129</sup> EuGH Slg. 1992 I, 2061.

<sup>130</sup> Verordnung (EWG) Nr. 775/87 vom 16.3.1987 – ABl. L Nr. 78/5.

<sup>131</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1984/83 der Kommission vom 22.6.1983.

Anwendung der Freistellungs-Verordnung nicht schon dann ausgeschlossen sei, wenn die Vereinbarung der Parteien nicht die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 1 EWGV erfüllt. Der Zweck der Freistellungs-Verordnung liege gerade darin, eine Vereinfachung der Rechtsanwendung dahin herbeizuführen, daß jedenfalls bei den Tatbeständen der Verordnung Art. 85 Abs. 1 EWGV nicht gelten solle. Diesem Vereinfachungszweck liefe es zuwider, die Verordnung erst dann zur Anwendung kommen zu lassen, wenn der Tatbestand des Art. 85 EWGV festgestellt werden konnte. Im übrigen lehnte das OLG sowohl die Auffassung ab, eine Alleinbezugsvereinbarung zwischen beiderseits in Deutschland ansässigen Parteien unterfalle in jedem Fall dem Verbot des Art. 85 EWGV, wie auch die entgegengesetzte Auffassung, inländische Vereinbarungen seien ohne weiteres – auch ohne Freistellung – vom Verbot ausgenommen. Vielmehr komme es auch für inländische Vereinbarungen entscheidend darauf an, ob sie den Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 EWGV erfüllen.

102. Der BGH hatte in seinem Urteil vom 19.12.1989<sup>132</sup> die Auffassung vertreten, das Vertriebsbindungssystem eines Herstellers, mit dem Querlieferungen und Parallelimporte innerhalb des Gemeinsamen Marktes von einer besonderen Genehmigung seitens des Herstellers abhängig gemacht werden, verstoße gegen Art. 85 Abs. 1 EWGV, wenn es Nicht-Konzessionären möglich sei, außerhalb des Vertriebsbindungssystems die Produkte des Herstellers zu erwerben. Vor dem OLG Düsseldorf vertraten in der (nunmehr bereits dritten) Berufungsverhandlung die Parteien die Ansicht, der EG-Kommission sei bei der Freistellung oder unförmlichen Billigung einer Vertriebsbindung gleichgültig, ob sämtliche gebundene Waren beziehende Unternehmen einen Vertriebsbindungsvertrag unterzeichneten, und daher sei es für die Kommission auch ohne Bedeutung, wenn gebundene Waren an der Vertriebsbindung vorbei aus dem EG-Ausland in den Gemeinsamen Markt reimportiert würden. Das Gericht legte daraufhin mit Beschluß vom 22.9.1992 (U (Kart.) 6/88 – EuZW 1993, 198f.) dem Europäischen Gerichtshof sinngemäß die Frage vor, ob die Lückenlosigkeit eines selektiven Betriebssystems Voraussetzung für seine Rechtswirksamkeit im Rahmen des Art. 85 EWGV ist<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> EuZW 1990, 286.

<sup>133</sup> Der EuGH hat im Urteil vom 13.1.1994 – Fall *Cartier* (NJW 1994, 643) – die ihm vorgelegte Frage verneint.

## 7. Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 119 EWGV)

103. Mit Beschluß vom 13.4.1989 hatte das Arbeitsgericht Hamburg dem EuGH die Frage vorgelegt, ob mit Art. 119 EWGV eine Bestimmung (§ 23a Satz 2 Nr. 6 BAT) vereinbar sei, nach der in Teilzeitarbeit zurückgelegte Bewährungszeiten für den Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe nur zur Hälfte anzurechnen sind. Hintergrund dafür war, daß diese Regelung zwar gleichermaßen für Männer und Frauen gilt, der Anteil weiblicher Arbeitnehmer an der Teilzeitarbeit aber bedeutend größer ist als der männlicher Arbeitnehmer. Der EuGH hatte im Urteil vom 2.7.1991 entschieden, daß Art. 119 EWGV dahin auszulegen sei, daß er eine derartige Regelung nicht zulasse, wenn sich herausstelle, daß zu der ihr unterfallenden Arbeitnehmergruppe erheblich weniger Männer als Frauen gehören, es sei denn, der Arbeitgeber weise nach, daß die betreffende Bestimmung durch objektive Kriterien gerechtfertigt sei<sup>134</sup>. Das Bundesarbeitsgericht brachte nun mit Urteil vom 2.12.1992 (4 AZR 152/92 – BB 1993, 503ff. = EuZW 1993, 227ff. = NJW 1993, 1287 [Ls.] = MDR 1993, 549 [Ls.]) den Rechtsstreit zu Ende. Es schloß sich darin der Rechtsprechung des EuGH an. Das BAG gab seine frühere Rechtsprechung auf<sup>135</sup>, wonach die in § 23a Satz 2 Nr. 6 BAT vorgesehene Verdopplung der Bewährungszeiten generell gerechtfertigt sei, weil Teilzeitarbeitnehmer den für einen Bewährungsaufstieg vorausgesetzten, innerhalb eines bestimmten Zeitraums von einem Vollzeitmitarbeiter erreichten Zuwachs an Erfahrungswissen nur in einem entsprechend längeren Zeitraum erlangen könnten. Diese Auffassung könne vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH nicht mehr aufrechterhalten werden. Erforderlich sei vielmehr eine Prüfung der Tarifverträge im Hinblick auf die im Einzelfall im Streit stehende Tätigkeit des Teilzeitarbeitnehmers. Dabei ließ das BAG offen, ob für den Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung neben dem zahlenmäßigen Ungleichgewicht und dem Fehlen objektiver Rechtfertigungsgründe erforderlich ist, daß die besonders die Angehörigen eines Geschlechts treffende nachteilige Wirkung einer Regelung auf geschlechtsspezifischen Gründen beruht.

104. Auch im Urteil vom 15.10.1992 (2 AZR 227/92 – BB 1993, 433f. m. Anm. Zeller, *ibid.*, 219ff. sowie Buschbeck-Bülow, *ibid.*, 360ff. = NJW 1993, 1154ff. = FamRZ 1993, 537ff. = JZ 1993, 844ff. m. Anm. Adomeit) gab das BAG eine Linie seiner Rechtsprechung

<sup>134</sup> EuGH, Slg. 1991 I, 297f. = EuZW 1991, 217.

<sup>135</sup> Vgl. die Urteile vom 14.9.1988 – Zeitschrift für Tarifrecht 1988, 459.

auf. Bisher hatte das Gericht die Auffassung vertreten, die Frage nach der Schwangerschaft vor der Einstellung sei nicht unzulässig, wenn sich nur Frauen um den Arbeitsplatz bewürben<sup>136</sup>. Unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH vom 8.11.1990<sup>137</sup> verstößt die Frage nach der Schwangerschaft nach der vom BAG nunmehr vertretenen Auffassung in der Regel gegen das Diskriminierungsverbot des § 611a BGB, gleichgültig, ob sich nur Frauen oder auch Männer um den Arbeitsplatz bewerben.

#### 8. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EWGV)

105. Das BVerfG entschied im Beschluß vom 22.12.1992 (2 BvR 557/88 – HFR 1993, 203f. = NVwZ 1993, 883f.), daß in Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde die Vorlagepflicht aus Art. 177 Abs. 3 EWGV bei dem Gericht eintrete, das über die Beschwerde entscheide. Die in der Beschwerde dargelegten Rechtsfragen aus dem Bereich des Europäischen Gemeinschaftsrechts seien bereits dann grundsätzlich im Sinne des jeweiligen Revisionsrechts (dort § 115 Abs. 2 FGO), wenn sich voraussichtlich in einem künftigen Revisionsverfahren die Notwendigkeit ergeben würde, eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen. Insoweit bestätigte der 2. Senat seinen zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergangenen Beschluß vom 31.5.1990<sup>138</sup>.

106. Das BVerwG nimmt in ständiger Rechtsprechung an und entschied auch im Berichtsjahr (Beschluß vom 14.12.1992 – 5 B 72/92 – EuZW 1993, 263ff. = NVwZ 1993, 170), daß die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision gemäß § 133 Abs. 1 VwGO ein der Vorlagepflicht nach Art. 177 Abs. 3 EWGV entgegenstehendes weiteres Rechtsmittel darstellt. Der VGH Mannheim erwoh im Vorlagebeschluß vom 14.5.1992 [94], ob im Rahmen der Normenkontrolle von Landesrecht die Nichtvorlagebeschwerde an das BVerwG nach § 47 Abs. 7 VwGO ebenfalls ein weiteres Rechtsmittel im Sinne dieser Rechtsprechung ist. Es hat die Frage letztlich jedoch offengelassen, da das Gericht die Vorlagevoraussetzungen gemäß Art. 177 Abs. 2 EWGV als erfüllt ansah.

Der VGH führte in dem Beschluß weiter aus, die Entscheidungserheblichkeit einer Vorlagefrage entfalle nicht schon deshalb, weil mit dem Normenkontrollantrag die Nichtigkeit einer nationalen Bestimmung angestrebt werde, während die Unvereinbarkeit von nationalem Recht mit

<sup>136</sup> Vgl. dazu Urteil vom 20.2.1986 – BB 1986, 1852f.

<sup>137</sup> EuGH, Slg. 1990, 3941ff.

<sup>138</sup> BVerfGE 82, 159ff.

Gemeinschaftsrecht lediglich zu einem Anwendungsvorrang desselben führe. Die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage bleibe bestehen, da die mit der Normenkontrolle angegriffene Satzungsvorschrift unmittelbar am Maßstab des Zustimmungsgesetzes zu prüfen sei, welches – wie das BVerfG im Urteil vom 28.1.1992 [89] nochmals ausgeführt habe – der ungeschriebenen Norm des primären Gemeinschaftsrechts über den Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht den innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl erteile.

107. Im Zusammenhang mit der schwierigen Auslegung des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei befaßte sich auch das Schleswig-Holsteinische OVG mit der Vorlagepflicht nach Art. 177 Abs. 3 EWGV (Beschluß vom 5.6.1992 – 4 M 45/92 – InfAuslR 1992, 237 ff.). Das Gericht vertrat hier unter Bezugnahme auf den Beschluß des BVerfG vom 29.11.1991<sup>139</sup> und Stimmen in der Kommentarliteratur die Auffassung, die Vorlagepflicht nach dieser Vorschrift bestehe für ein Gericht, das letztinstanzlich entscheidet, nur dann, wenn es sich um ein Verfahren in der Hauptsache handle, in einstweiligen Verfahren bestehe die Vorlagepflicht dagegen nicht. Das OVG sah es auch nicht als angemessen an, in einem einstweiligen Verfahren einen Vorlagebeschluß nach Art. 177 Abs. 2 EWGV zu treffen. Eine entsprechende Vorlage würde zur Folge haben, daß der Senat bis zur Entscheidung des EuGH den Anspruch des Antragstellers als ungeklärt ansehen müßte [108].

## 9. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften-Türkei

108. Auch im Berichtszeitraum blieben die aufenthaltsrechtlichen Auswirkungen der Beschäftigungsrechte türkischer Arbeitnehmer aus dem Beschluß 1/80 des Assoziationsrates EG-Türkei<sup>140</sup> unter den Oberverwaltungsgerichten umstritten. Der Europäische Gerichtshof hatte im *Sevinçe*-Urteil vom 20.9.1990<sup>141</sup> ausgesprochen, daß der Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrates (ARB) lediglich die beschäftigungsrechtliche, nicht aber die aufenthaltsrechtliche Stellung der türkischen Arbeitnehmer regle, gleichzeitig jedoch hinzugefügt, die Beschäftigungsrechte der Arbeitnehmer wären völlig wirkungslos, wenn nicht auch ein entsprechendes Aufenthaltsrecht bestehe. Die Bedeutung des *Sevinçe*-Urteils war

<sup>139</sup> InfAuslR 1992, 81 f.

<sup>140</sup> Der Text findet sich abgedruckt in InfAuslR 1982, 33 ff.

<sup>141</sup> InfAuslR 1991, 2 ff. = NVwZ 1991, 155 f.

1991 von den Oberlandesgerichten kontrovers ausgelegt worden<sup>142</sup>. Mit Beschluß vom 12.8.1991 hatte der Hessische VGH den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens zur Klärung der offengebliebenen Fragen angerufen; der EuGH entschied jedoch erst zum Ende des Jahres 1992<sup>143</sup>. Damit dürfen nunmehr wichtige Fragen in bezug auf Art. 6 ARB Nr. 1/80 als geklärt gelten. Über das Jahr 1992 hinweg wurde das *Sevince*-Urteil jedoch unterschiedlich verstanden. Mit Blick auf eine offenkundige Anwendung des Art. 6 ARB Nr. 1/80, die eine Vorlagepflicht an den EuGH entfallen lassen könnte, formulierte das Schleswig-Holsteinische OVG im Beschluß vom 5.6.1992 [107] diese Situation in dem Leitsatz: "In diesem Sinne offenkundig ist in bezug auf die aufenthaltsrechtliche Bedeutung der Vorschrift derzeit nichts".

109. Mit erfreulicher Deutlichkeit hielt sich das BVerwG im Beschluß vom 17.2.1992 (1 B 88.91 – InfAuslR 1992, 199ff.) an das *Sevince*-Urteil und wiederholte, daß das Beschäftigungsrecht aus Art. 6 Abs. 1, 3. Gedankenstrich ARB Nr. 1/80 zwangsläufig für die betreffenden Arbeitnehmer ein Aufenthaltsrecht impliziere. Demgegenüber glaubte der 1. Senat des VGH Mannheim an seiner Rechtsprechung im Urteil vom 6.5.1991<sup>144</sup> festhalten zu können (Beschluß vom 13.1.1992 – 1 S 2660/91 – NVwZ 1992, 808ff. = DÖV 1992, 454ff. = VBIBW 1992, 186ff. = JZ 1992, 363ff. = InfAuslR 1992, 83ff.). Der 1. Senat argumentierte dahin, auch die *Sevince*-Entscheidung halte an der Unterscheidung der aufenthaltsrechtlichen und beschäftigungsrechtlichen Stellung fest. Das Beschäftigungsrecht sei auch schon insoweit nicht "völlig wirkungslos", als es im Rahmen der Ausübung ausländerbehördlichen Ermessens für den weiteren Aufenthalt des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sei. Wenn Art. 6 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 dahin auszulegen sei, daß die ordnungsgemäße Ausübung einer Beschäftigung nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums zum Erwerb des Aufenthaltsrechts führen soll, bedürfe es aufgrund des in diesem Artikel enthaltenen Vorbehalts einzelstaatlicher Konkretisierung einer Umsetzung der allgemeinen aufenthaltsrechtlichen Zielvorstellungen des Assoziationsrates in innerstaatlich unmittelbar anwendbares Recht, um Rechte zugunsten einzelner zu begründen.

Vorsichtiger äußerte sich demgegenüber der 11. Senat des gleichen Gerichts im Urteil vom 23.9.1992 (11 S 1059/92 – InfAuslR 1993, 163f.); er ließ offen, ob im Fall des Art. 6 ARB Nr. 1/80 die voraussetzungsge-

<sup>142</sup> Vgl. dazu die Nachweise bei Zimmermann (Anm. 3), 430ff.

<sup>143</sup> Urteil vom 16.12.1992 – *Kus*-Fall – InfAuslR 1993, 41ff.

<sup>144</sup> NVwZ-RR 1991, 430.

mäße Beschäftigung des türkischen Arbeitnehmers ein Aufenthaltsrecht "impliziert". Der EuGH hat nunmehr im *Kus*-Urteil vom 16.12.1992 deutlich ausgesprochen, daß sich ein türkischer Arbeitnehmer, der die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 ARB erfüllt, unmittelbar auf diese Bestimmungen berufen kann, um außer der Verlängerung seiner Arbeitserlaubnis die Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis zu erreichen.

110. Weniger eindeutig aus dem *Sevince*-Urteil zu beantworten war die Frage, ob ein türkischer Arbeitnehmer, dem der Aufenthalt im Hinblick auf seine eheliche Lebensgemeinschaft mit einer deutschen Staatsangehörigen gestattet wurde, dem regulären Arbeitsmarkt der Bundesrepublik im Sinne von Art. 6 ARB Nr. 1/80 angehört. Dies verneinte der VGH München im Beschluß vom 12.10.1992 (M 17 S 92.3779 – InfAuslR 1993, 4f.). Nach Auffassung des VGH München besteht eine Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt nur dann, wenn der Mitgliedstaat dem türkischen Staatsangehörigen den Aufenthalt gerade für die Teilnahme am regulären Arbeitsmarkt erlaubt hat. Diese Auffassung teilt jedoch der EuGH nicht. Im *Kus*-Urteil ist klargestellt worden, die Rechte aus Art. 6 ARB Nr. 1/80 könne auch erwerben, wer eine Aufenthaltserlaubnis für das Gebiet eines Mitgliedstaates erhalten hat, um dort mit einer Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates die Ehe zu schließen.

111. Noch unentschieden vom EuGH ist allerdings die Frage, ob auch Art. 7 Satz 1 ARB Nr. 1/80 aufenthaltsrechtliche Implikationen hat. Dies lehnte der VGH Mannheim im Beschluß vom 29.1.1992 (11 S 1995/91 – InfAuslR 1992, 127ff. m. Anm. Gutmann = NVwZ-RR 1992, 657ff.) ab. Das Gericht vertrat die Meinung, aus dem Wortlaut (Familienangehörige eines Arbeitnehmers, "die die Genehmigung erhalten haben, zu ihm zu ziehen") ergebe sich eindeutig, daß genau umgekehrt zu Art. 6 ARB Nr. 1/80 der beschäftigungsrechtliche Anspruch des Familienangehörigen vom Vorliegen eines Aufenthaltsrechts abhängig sei. Zu bedenken ist aber, daß dem Familienangehörigen schließlich ein Aufenthaltsrecht nach Art. 6 ARB Nr. 1/80 zustehen kann, wenn es, wie im *Kus*-Urteil ausgeführt, bei Art. 6 ARB Nr. 1/80 auf den ursprünglichen Grund der aufenthaltsrechtlichen Gestattung nicht ankommt.

112. Eindeutig ist allerdings, daß sich aus den Vorschriften der Assoziationsabkommen zwischen der EG und der Türkei und den Beschlüssen des Assoziationsrates keine Regelung entnehmen läßt, die türkischen Staatsangehörigen einen Anspruch auf Einreise in die Bundesrepublik zum Zwecke längerer Aufenthalts oder gar der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zubilligt (Schleswig-Holsteinisches OVG, Beschluß vom 12.3.1992 – 4 M 25/92 – InfAuslR 1992, 125ff.). Ohne Zweifel ließ sich

auch entscheiden, daß ein Antragsteller türkischer Staatsangehörigkeit nicht "ordnungsgemäß" im Sinne des Art. 6 ARB Nr. 1/80 beschäftigt ist, wenn er sich ausländerrechtlich allein auf die durch seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ausgelösten verfahrenssichernden Fiktionen des erlaubten Aufenthalts (§ 69 Abs. 3 AuslG 1990) oder der Duldung (§ 69 Abs. 2 Satz 1 AuslG 1990) berufen kann (VGH Mannheim, Beschluß vom 12.2.1992 – 11 S 3104/91 – VBIBW 1992, 435 ff.). Letzteres wurde durch den Ersten Leitsatz des *Kus*-Urteils ausdrücklich bestätigt.

113. Die Urteile des EuGH von 1990 und 1992 haben die Frage aufgeworfen, wie Art. 14 ARB aufzufassen ist, wonach die Beschäftigungsrechte vorbehaltlich der Beschränkungen gelten, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind. Zweifelhaft ist, ob die aufenthaltsrechtliche Stellung türkischer Arbeitnehmer der Freizügigkeitsberechtigung von EG-Staatsangehörigen aus Art. 48 Abs. 3 EWGV und Art. 3 der Richtlinie Nr. 64/221<sup>145</sup> gleichsteht und diese demnach nicht ausschließlich zum Zwecke der Generalprävention ausgewiesen werden dürfen. Das BVerwG sah diese Frage im Beschluß vom 17.2.1992 [109] als grundsätzlich klärungsbedürftig an, ohne sie jedoch in dem zu entscheidenden Rechtsstreit beantworten zu müssen. Der VGH Mannheim verneinte demgegenüber im Urteil vom 11.5.1992 [83] den besonderen Ausweisungsschutz freizügigkeitsberechtigter EG-Angehöriger im Rahmen von Art. 14 ARB Nr. 1/80. Während der Vorbehalt aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Art. 48 Abs. 3 und Art. 56 Abs. 2 EWGV durch die Richtlinie Nr. 64/221 näher ausgeformt worden sei, enthalte Art. 14 ARB Nr. 1/80 keine entsprechende Konkretisierung, weshalb auch eine Beschränkung auf spezialpräventive Ausweisungen nicht erfolgt sei. Dem schloß sich im Ergebnis das OVG Bremen im Beschluß vom 20.11.1992 (1 B 101/92 – InfAuslR 1993, 85 ff.) an. Das Gericht führte aus, die Richtlinie Nr. 64/221 gelte ausdrücklich nur für EG-Angehörige. Dafür, daß durch den Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrates der Anwendungsbereich der Richtlinie auf türkische Staatsangehörige ausgedehnt werden sollte, sei nichts ersichtlich. Darüber hinaus habe dem Assoziationsrat für freizügigkeitsrechtliche Bestimmungen offenkundig auch die Kompetenz fehlen müssen.

114. Mit den sozialrechtlichen Bestimmungen des Assoziationsrechts zwischen der EG und der Türkei befaßte sich das BVerwG in dem bereits

<sup>145</sup> ABl. 1964 L, 850, in das deutsche Recht umgesetzt durch das Aufenthaltsgesetz/EWG vom 22.7.1969 (nunmehr i.d.F. vom 31.1.1980).

erwähnten Urteil vom 18.12.1992 [1], in dem eine türkische Staatsangehörige auf Gewährung des in Baden-Württemberg freiwillig gewährten Landeserziehungsgeldes geklagt hatte. In diesem Urteil vertrat auch das BVerwG die Auffassung, das Assoziationsrecht zwischen der EG und der Türkei vermittele türkischen Staatsangehörigen keinen Anspruch auf die in Art. 48ff. EWGV vorgesehene Arbeitnehmerfreizügigkeit, weshalb ein aus Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 abgeleiteter Anspruch auf Landeserziehungsgeld für die Klägerin nicht in Betracht komme. Auch Art. 10 ARB Nr. 1/80, der jede Diskriminierung hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und sonstiger Arbeitsbedingungen verbietet, vermittele keinen Anspruch, da das Landeserziehungsgeld gerade nicht an einen Arbeitsvertrag anknüpfe. Schließlich verleihe der Klägerin auch Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80<sup>146</sup> keinen Anspruch auf Landeserziehungsgeld. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH zur Verordnung (EWG) NR. 1408/71<sup>147</sup> legte das Gericht den inhaltlich entsprechenden Beschluß Nr. 3/80 dahin aus, daß sich die geforderte Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit nur auf Leistungen beziehe, die an die Eigenschaft des Leistungsempfängers als Arbeitnehmer anknüpfen oder die den Familienangehörigen wegen ihrer Eigenschaft als Angehörige eines Arbeitnehmers gewährt werden<sup>148</sup>. Demgegenüber stelle das Landeserziehungsgeld jedoch eine familienpolitische Leistung dar.

### *XI. Stationierungsstreitkräfte*

115. Das BVerwG äußerte sich im Urteil vom 3.12.1992 (4 C 53.89 – DÖV 1993, 530f. = NVwZ 1993, 894f.) zum Rechtsschutz von Gemeinden bei der Planung von Bauvorhaben der NATO-Streitkräfte. Gemäß Art. 49 Abs. 1 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut (ZA-NTS)<sup>149</sup> werden für Bauvorhaben der NATO-Truppen Programmvereinbarungen zwischen den deutschen Behörden und der jeweiligen Truppe geschlossen. Gemäß Art. 49 Abs. 2 ZA-NTS erfolgt im Regelfall eine Vereinbarung dahin gehend, daß das Bauvorhaben von der Bundesrepublik im Auftrag der Truppe durchgeführt wird. In dem vom BVerwG entschiedenen Rechtsstreit hatte sich die durch ein Bauvorhaben der US-Streitkräfte betroffene Stadt gegen die Zustimmung der Bundesrepublik

<sup>146</sup> ABl. Nr. C 110, 60.

<sup>147</sup> ABl. Nr. L 149, 2.

<sup>148</sup> Mit Bezug auf EuGH, Slg. 1985, 1873.

<sup>149</sup> BGBl. 1961 II, 1183.

im Rahmen der Programmvereinbarung mit der Behauptung gewandt, schon durch diese werde der konkrete Standort festgelegt und die Stadt daher in ihrer Planungshoheit verletzt. Dem ist das BVerwG entgegengetreten. Die zur Programmvereinbarung und zur Anwendung des sog. Auftragsbauverfahrens nach Art. 49 Abs. 1 und 2 ZA-NTS führenden Zustimmungen der deutschen Behörden seien keine Verwaltungsakte, da sie nach ihrem objektiven Sinngehalt nicht dazu bestimmt seien, unmittelbare Rechtswirkungen nach außen zu entfalten. Die Programmvereinbarung und die Vereinbarung des Auftragsbauverfahrens zielten auf eine dem Durchführungsstadium vorgeschaltete bau- und planungsorganisatorische Abstimmung der beiden beteiligten völkerrechtlichen Vertragspartner hin, ohne daß – ebenfalls im Regelfall – ein bestimmter Standort für das Bauvorhaben bereits festgelegt werde. Nur durch einen konkreten Standort könne die klagende Stadt jedoch rechtlich beschwert sein. Selbst wenn in dem zu entscheidenden Fall die Zustimmung zum konkreten Standort in der Zustimmung zur Programmvereinbarung mitenthalten sei, sei die Rechtssphäre der Stadt nicht berührt. Die Einigung über den konkreten Standort enthalte allein den Entschluß, dort bauen zu wollen. Erst die Entscheidung der zuständigen Behörde nach den §§ 29 ff. BauGB habe für die Gemeinde Regelungscharakter.

116. Mit dem Rechtsschutz von Gemeinden gegen die Tätigkeiten von NATO-Streitkräften befaßte sich auch das OVG Münster im Urteil vom 3.1.1992 (23 A 949/89 – NVwZ 1993, 588 ff.). Dort hatte die klagende Stadt der beklagten Bundesrepublik im Jahre 1962 eine in ihrem Eigentum stehende Liegenschaft zur unbefristeten Nutzung überlassen, die von den US-Streitkräften schon seit 1951 als Hubschrauberlandeplatz benutzt wurde. Die Stadt sah aber ihre Planungshoheit verletzt, als die US-Streitkräfte den Landeplatz wesentlich erweitert hatten, ohne daß das – nach Ansicht der Stadt – erforderliche Verfahren der Bauleitplanung durchgeführt worden war. Die Stadt verlangte daher von der Bundesrepublik, einen (zweiten) Außenlandeplatz entlastend zur Verfügung zu stellen. Das OVG ließ offen, ob die Klägerin aus der Verletzung ihrer Planungshoheit einen Anspruch auf Unterlassung oder Beseitigung der Beeinträchtigung herleiten kann. Der Anspruch sei jedenfalls durch die Nutzung der Liegenschaft durch Stationierungsstreitkräfte modifiziert. Die Klägerin könne von der Bundesrepublik allein verlangen, gemäß Art. XVI des NATO-Truppenstatuts i.V.m. Art. 53 Abs. 4 des Zusatzabkommens im Verhandlungswege auf die Streitkräfte einzuwirken. Insofern trete in diesem Zusammenhang anstelle des Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruchs ein Schutzanspruch gegen die Bundesrepublik Deutsch-

land. Dieser sei auf Einflußnahme auf die Stationierungstreitkräfte im Verhandlungswege, nicht aber auf eigenständige Abhilfemaßnahmen deutscher Stellen gerichtet.

117. Zu diesem Schutzanspruch führte der VGH Mannheim im Beschluß vom 2.6.1992 (10 S 2239/91 – VBlBW 1992, 431f.) aus, daß der Bundesrepublik ein sehr weiter Ermessensspielraum zustehe, wie sie den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz deutscher Staatsangehöriger im außen- oder verteidigungspolitischen Bereich erreichen will. Grundsätzlich beinhalte das Ermessen bereits den Entschluß, ob die Bundesrepublik überhaupt bei den Dienststellen der ausländischen Streitkräfte vorstellig werden solle, sowie im Falle des Tätigwerdens dessen Art und Weise.

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

### 1. Deutschlands Rechtslage nach 1945

118. Gemäß § 3 Nr. 63 EStG sind, unter näher bezeichneten Voraussetzungen, Einkünfte steuerfrei, die für eine Tätigkeit in der DDR bezogen wurden. Vor dem Finanzgericht Baden-Württemberg machte ein genau rechnender Kläger geltend, er habe im Jahre 1979 von seinen etwa 100.000 Jahresarbeitsminuten ungefähr 600 Minuten in Flugzeugen über dem Gebiet der ehemaligen DDR verbracht. Unter Berufung auf die Urteile des BFH vom 28.9.1990<sup>150</sup>, in denen das Gericht auf der Grundlage von § 6 Nr. 63 EStG über die Steuerfreiheit eines im Transitverkehr eingesetzten Liegewagenbetreuers und eines Berufskraftfahrers entschieden hatte, beanspruchte der Kläger ebenfalls Steuerfreiheit. Das Finanzgericht Baden-Württemberg wies dieses Begehren zurück (Beschluß vom 12.9.1992 – 12 K 323/87 – unveröffentlicht). Der Kläger habe sich zwar während des Fluges nach und von Berlin über dem Territorium der DDR befunden, sich aber nicht im Hoheitsgebiet der DDR aufgehalten. Das Gericht läßt die im Schrifttum umstrittene Frage offen, ob sich der Kläger bei seinem Flug zwischen dem Bundesgebiet und Berlin (West) in einem Hoheitsgebiet *sui generis* oder, entsprechend den völkerrechtlichen Grundsätzen über Luftfahrzeuge im Luftraum über der Hohen See, sich in dem Staatsgebiet aufgehalten habe, in dem das benutzte Luftfahrzeug registriert war. Jedenfalls sei die Souveränität der DDR durch die Beschlüsse des Kontrollrates der Alliierten aus dem Jahre 1945 über die Schaffung und Einteilung der Luftkorridore beschränkt geblieben. Zwar

<sup>150</sup> VI R 98/89 (Bundessteuerblatt, Teil II 1991, 363) und IV R 157/89 (BStBl II 1991, 86).

sei der DDR im Vertrag über die Beziehungen zwischen der DDR und der UdSSR vom 20.9.1955<sup>151</sup> die Souveränität übertragen worden. Gleichzeitig werde in dem Vertrag den bestehenden internationalen Vereinbarungen jedoch der Vorrang eingeräumt.

## 2. Deutsche Wiedervereinigung

Auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Immunität führender Repräsentanten der DDR [14], auf das *Erste Mauerschützen-Urteil* des BGH [15] sowie auf das Urteil des LAG Berlin [6] wird hingewiesen.

119. Unter Bezugnahme auf das grundlegende Urteil des BVerfG vom 23.4.1991<sup>152</sup> entschied die 1. Kammer des Ersten Senats des Gerichts im Beschluß vom 25.5.1992 (1 BvR 1914/91 – NJ 1992, 407f.), daß eine Verantwortlichkeit der Bundesrepublik im Sinne eines Einstehenmüssens für Akte der Staatsgewalt der DDR (dort Akte des Magistrats von Groß-Berlin) ebensowenig bestehe, wie für Maßnahmen der deutschen Hoheitsgewalt in der sowjetisch besetzten Zone vor der Gründung der DDR.

120. Der Ermittlungsrichter des BGH befaßte sich im Rahmen eines Antrages auf Anordnung von Beugehaft mit dem Einwand eines früheren "Offiziers im besonderen Einsatz" des Ministeriums für Staatssicherheit der ehemaligen DDR, er sei als Träger von Staatsgeheimnissen der DDR zu Amtsverschwiegenheit verpflichtet (Beschluß vom 16.6.1992 – 2 BGs 232/92 – NStZ 1993, 91f. m. Anm. Reiter). Der Zeuge hatte sich darauf berufen, die "Festlegungen zur Aufhebung der Schweigepflicht" des Ministerrates der DDR vom 16.5.1990<sup>153</sup> hätten seine Pflicht zur Amtsverschwiegenheit ausdrücklich bekräftigt. Der Ermittlungsrichter des BGH wies diesen Einwand als unbegründet zurück. Dabei wurde offengelassen, ob es sich bei den "Festlegungen" um obsolet gewordene Rechtssätze der ehemaligen DDR handele oder, wie das Kammergericht annimmt<sup>154</sup>, um eine nach Art. 19 des Einigungsvertrages als Verwaltungsakt geltende Allgemeinverfügung. Der Ermittlungsrichter ging davon aus, daß, selbst wenn die "Festlegungen" für den Zeugen weiterhin maßgeblich seien, der Zeuge aufgrund in den "Festlegungen" enthaltener Ausnahmebestimmungen befugt sei, im Zusammenhang mit Untersu-

<sup>151</sup> GBl. der DDR I 1955, 918.

<sup>152</sup> BVerfGE 84, 90; vgl. Zimmermann (Anm. 3), 375f.

<sup>153</sup> GBl. 1990 I, 250.

<sup>154</sup> Beschluß vom 5.12.1991, NStZ 1992, 144.

chungshandlungen von Staatsanwälten ohne Einschränkungen auszusagen. Diese Lockerung der bisherigen Verschwiegenheitspflichten gelte nach dem Beitritt auch gegenüber den Strafverfolgungsorganen der Bundesrepublik. Die Aussagebefugnis des Zeugen sei nur dadurch begrenzt, daß Staatsgeheimnisse aus dem Bereich der geheimdienstlichen Tätigkeit nach wie vor der Schweigepflicht unterlägen. Der Begriff des Staatsgeheimnisses sei in Anlehnung an § 93 Abs. 1 StGB dahin zu verstehen, daß es sich um Tatsachen handle, die von einem begrenzten Personenkreis geheimgehalten werden, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland abzuwenden.

121. Auf der Grundlage des Amnestiebeschlusses des Staatsrates vom 6.12.1989<sup>155</sup> war in der DDR von der Vollstreckung von Freiheitsstrafen bis zu 3 Jahren, die aufgrund vor dem 6.12.1989 begangener Taten verhängt worden waren, abgesehen worden. Die Amnestie stand jedoch unter der auflösenden Bedingung, daß der Amnestiebegünstigte nicht innerhalb von 3 Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird. Das OLG Koblenz hob im Beschluß vom 13.8.1992 (1 Ws 406/92 – MDR 1992, 1175f.) die Entscheidung einer Strafvollstreckungskammer auf, mit der diese das Urteil eines Strafgerichts der DDR von 1988 nach Eintritt der genannten auflösenden Bedingungen für vollstreckbar erklärt hatte. Das OLG sah in dem Amnestiebeschuß weder eine gerichtliche Entscheidung noch einen Verwaltungsakt, so daß weder Art. 18 noch Art. 19 des Einigungsvertrages die Fortgeltung anordneten. Auch im übrigen enthalte der Einigungsvertrag keine Bestimmung darüber, daß der Amnestiebeschuß als ehemaliges Recht der DDR in Kraft bleiben solle. Mangels einer Fortgeltung könne der Straferlaß daher durch eine gerichtliche Entscheidung nicht rückgängig gemacht werden.

122. Vor dem Kammergericht wurde geltend gemacht, die Umschreibung des Eigentums an einem Grundstück im Jahre 1962 auf der Grundlage eines Bescheids, mit dem das Grundstück für die Errichtung von Sperranlagen an der Berliner Mauer in Anspruch genommen wurde, sei nichtig. Das Gericht hielt im Urteil vom 13.4.1992 (24 W 555/92 – MDR 1992, 873f.) einem Grundbuchberichtigungsanspruch entgegen, daß der Inanspruchnahmebescheid als Verwaltungsakt im Sinne von Art. 19 Einigungsvertrag wirksam sei. Dem Einigungsvertrag sei zu entnehmen, daß bei der Beurteilung der Wirksamkeit und Beachtlichkeit früherer Hoheitsakte im Beitrittsgebiet, die zur Enteignung von Vermögenswerten

<sup>155</sup> GBl. 1989 I, 266.

geführt hätten, nicht die rechtsstaatlichen Grundsätze aus dem bisherigen Geltungsbereich des Grundgesetzes, zu denen auch die Prinzipien des Völkerrechts gehörten, herangezogen werden könnten.