

# Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1994

*Hans-Konrad Ress\**

## Übersicht

	(for an English version of this Survey see p. 468)	Seite
I.	Völkerrecht und innerstaatliches Recht	470
II.	Völkerrechtliche Verträge	478
III.	Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität	483
	1. Grenzen der Ausübung eigener Staatsgewalt	483
	2. Anerkennung fremder Hoheitsakte	487

---

\* Assessor, wissenschaftlicher Referent 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; BAföG = Bundesausbildungsförderungsgesetz; BAG = Bundesarbeitsgericht; BayVBl. = Bayerische Verwaltungsblätter; BB = Betriebsberater; BFHE = Entscheidungen des Bundesfinanzhofs; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH(St) = Bundesgerichtshof (Entscheidungen in Strafsachen); BGH(Z) = Bundesgerichtshof (Entscheidungen in Zivilsachen); BSG(E) = Bundessozialgericht (Entscheidungen); BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); BWVP = Baden-Württembergische Verwaltungspraxis; DBA = Doppelbesteuerungsabkommen; DJ = Die Justiz; DÖV = Die öffentliche Verwaltung; DStR = Deutsches Steuerrecht; DtZ = Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; EFG = Entscheidungen der Finanzgerichte; EG = Europäische Gemeinschaften; EGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; EKMR = Europäische Kommission für Menschenrechte; EGV = Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EPÜ = Europäisches Patentübereinkommen; EStG = Einkommensteuergesetz; ESVGH = Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; EuGVÜ = Europäisches Gerichtsstand- und Vollstreckungsübereinkommen; EuR = Europarecht; EuZW = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; EWG = Europäische Wirt-

IV.	Staatsangehörigkeit	492
	1. Erwerb	492
	2. Mehrfache Staatsangehörigkeit	493
	3. Staatenlosigkeit	495
V.	Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs	496
VI.	Fremdenrecht	497
	1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthaltes	497
	2. Ausweisung und Abschiebung	500
VII.	Asylrecht	505
	1. Politische Verfolgung	505
	a) Begriff	
	b) Gruppenverfolgung	
	c) Religiöses Existenzminimum	
	d) Übergriffe Privater	
	2. Inländische Fluchtalternative	514
	3. Anderweitiger Verfolgungsschutz, Drittstaaten-Regelung	515
	4. Familienangehörige von Asylberechtigten	519
	5. Rechtsstellung der Flüchtlinge	519
	6. Verfahrensfragen	522
VIII.	Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe	523
IX.	Internationaler Menschenrechtsschutz	526
	1. Europäische Menschenrechtskonvention	526

schaftsgemeinschaft; EWS = Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; FG = Finanzgericht; GG = Grundgesetz; GK = Genfer Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge; GVG = Gerichtsverfassungsgesetz; GVOBl. = Gesetzes- und Verordnungsblatt; HFR = Höchststrichterliche 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; LKV = Landes- und Kommunalverwaltung; Ls. = Leitsatz; MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht; NJ = Neue Justiz; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; NuR = Natur und Recht; NVwZ(-RR) = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (-Rechtsprechungsreport); NZA = Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht; NZWehrr = Neue Zeitschrift für Wehrrecht; OLG = 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. = Rechts-sache; RuStAG = Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz; StaRegG = Staatsangehörigkeitsregelungsgesetz; StAZ = Das Standesamt; StGB = Strafgesetzbuch; StPO = Strafprozeßordnung; StrVert = Strafverteidiger; UNHCR = Hoher Kommissar der Vereinten Nationen für Flüchtlinge; UNKRÜ = Übereinkommen über die Rechte des Kindes; UNTS = United Nations Treaty Series; UPR = Umwelt- und Planungsrecht; UrhG = Urheberrechtsgesetz; UWG = Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; VBIBW = Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg; VG = Verwaltungsrecht; VGH = Verwaltungsgerichtshof; VStGB = Vietnamesisches Strafgesetzbuch; VvB = Verfassung von Berlin; VWGO = Verwaltungsgerichtsordnung; VVwFG = Verwaltungsverfahrensgesetz; Wistra = Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht; WÜD = Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen; WVK = Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge; ZAR = Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik; ZPO = Zivilprozeßordnung.

	a) Art. 3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis	
	b) Verbot von Zwangs- oder Pflichtarbeit (Art. 4 Abs. 2 EMRK)	
	c) Verbot unrechtmäßiger Festnahme (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c EMRK)	
	d) Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 und 3 EMRK)	
	e) Verfahrensdauer (Art. 6 Abs. 1 EMRK)	
	f) Kosten für Dolmetscher und Verteidiger (Art. 6 Abs. 3 Buchst. c und e EMRK)	
	g) Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK)	
	2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	535
	3. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	535
	4. Konvention über die Rechte des Kindes	537
X.	Europäische Gemeinschaften	537
	1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht	537
	2. Diskriminierungsverbot	542
	3. Freier Warenverkehr	545
	4. Freizügigkeit	547
	5. Dienstleistungsfreiheit	548
	6. Landwirtschaft	549
	7. Wettbewerbs-/Kartellrecht	550
	8. Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 119 EG-Vertrag)	550
	9. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften-Türkei	552
	10. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EG-Vertrag)	555
XI.	Deutschlands Rechtslage nach 1945 und Deutsche Wiedervereinigung	556

	Survey	Page
I.	International Law and Municipal Law	470
II.	Treaties	478
III.	Effects and Limits of State Sovereignty	483
	1. Limits as to the exercise of jurisdiction	483
	2. Recognition of foreign acts	487
IV.	Nationality	492
	1. Acquisition of nationality	492
	2. Multiple nationality	493
	3. Statelessness	495
V.	Agencies of Diplomatic and Consular Affairs	496
VI.	Legal Status of Aliens	497
	1. General aspects of entry and residence	497
	2. Expulsion and deportation	500
VII.	Asylum	505
	1. Political persecution	505
	a) Notion	
	b) Persecution of groups	
	c) Religious minimum standard	
	d) Persecution by private persons (indirect persecution by state)	
	2. Protection found elsewhere in the state of persecution	514
	3. Protection by other states	515
	4. Family members of refugees	519

5. Legal status of refugees	519
6. Procedure	522
VIII. Extradition and other Forms of International Legal Cooperation	523
IX. International Protection of Human Rights	526
1. European Convention on Human Rights	526
a) Art. 3 ECHR as a bar to expulsion and deportation	
b) Forced or compulsory labor (Art. 4 Para. 2 ECHR)	
c) Unlawful detention (Art. 5 Para. 1 Sent. 2 <i>lit. c</i> ECHR)	
d) Right to fair trial (Art. 6 Para. 1 and 3 ECHR)	
e) Length of procedure (Art. 6 Para. 1 ECHR)	
f) Costs of interpreter and defense council (Art. 6 Para. 3 <i>lit. c</i> and e ECHR)	
g) Protection of private and family life (Art. 8 ECHR)	
2. International Covenant on Civil and Political Rights	535
3. Universal Declaration of Human Rights	535
4. Convention on the Rights of the Child	537
X. European Communities	537
1. Community law and municipal law	537
2. Prohibition of Discrimination	542
3. Free movement of goods	545
4. Free movement of persons	547
5. Freedom of services	548
6. Agriculture	549
7. Competition/Antitrust Law	550
8. Equality of men and women (Art. 119 EC Treaty)	550
9. Association Agreement EEC-Turkey	552
10. Reference procedure (Art. 177 EC Treaty)	555
XI. Legal Status of Germany after 1945 and German Reunification	556

### *Vorbemerkung*

Im nachfolgenden Bericht wird die Darstellung der deutschen Rechtsprechung zu völkerrechtlichen, europarechtlichen und damit im Zusammenhang stehenden verfassungsrechtlichen Fragen fortgesetzt.<sup>1</sup> Die Rechtsprechung zu einzelnen Verträgen wurde wie bisher nur insoweit einbezogen, als sie zugleich Fragen des allgemeinen Völkerrechts oder wesentliche westeuropäische Verträge wie etwa die EMRK oder die Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften betraf. Angesichts der großen Anzahl der im Bereich des Fremden- und Asylrechts ergangenen Entscheidungen konnte in dem vorliegenden Bericht nur eine Auswahl der Urteile referiert werden, die sich an der grundsätzlichen Bedeutung der Entscheidungen orientierte.

<sup>1</sup> Der Bericht wurde im März 1996 abgeschlossen. Eine Übersicht der Rechtsprechungsberichte der vergangenen Jahre findet sich bei P. R ä d l e r, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992, ZaöRV 54 (1994), 475 Anm. 3 m.w.N.

Soweit aufgrund der systematischen Gliederung eine Entscheidung an mehreren Stellen behandelt wird, machen Querverweise in Form von eckig eingeklammerten Nummern die jeweils andere Stelle kenntlich.

Besonders hingewiesen werden soll auf die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Strafbarkeit von sog. Mauerschützen [86] und zur Haftung der Bundesrepublik Deutschland für die Folgen eines durch EG-Verordnung verhängten Handelsembargos [88] sowie auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte [4].

### *I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht*

1. Das Bundesverfassungsgericht beschäftigte sich in seinem Beschluß vom 19.10.1994 (2 BvR 435/87 – NStZ 1995, 95 = NJW 1995, 651) mit der Frage, ob eine allgemeine Regel des Völkerrechts besteht, die eine Einstellung des Strafverfahrens gebietet, wenn der Angeklagte unter Verletzung der Gebietshoheit eines fremden Staates durch Einsatz eines sogenannten Lockspitzels mit List zur Tatbegehung und zur Einreise in den Gerichtsstaat veranlaßt worden ist. Der Beschwerdeführer, ein in den Niederlanden lebender türkischer Staatsangehöriger, war in den Niederlanden von einem deutschen V-Mann ohne Kenntnis der niederländischen Behörden zu einem Rauschgifttransport in die Bundesrepublik überredet worden. Das LG Limburg verurteilte den Beschwerdeführer wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe. Der Bundesgerichtshof stellte das Verfahren auf die vom Beschwerdeführer eingelegte Revision hin vorläufig ein, um die Erfüllung des niederländischen Rückführungsverlangens zu ermöglichen. Das LG Limburg setzte daraufhin den gegen den Beschwerdeführer bestehenden Haftbefehl mit der Maßgabe außer Vollzug, daß der Beschwerdeführer den niederländischen Behörden übergeben werde. Nach seiner Überstellung an die niederländischen Grenzbehörden am 22.12.1986 setzte der BGH das Verfahren fort und verwarf die Revision mit Urteil vom 18.2.1987. Die gegen das Urteil des Bundesgerichtshofs eingelegte Verfassungsbeschwerde, mit der der Beschwerdeführer die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 1 und 2 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip rügte, nahm das Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung an. Es folgte der Auffassung des Bundesgerichtshofs, daß es keine allgemeine Regel des Völkerrechts gebe, die bei völkerrechtswidrigem Einsatz eines V-Mannes die Einstellung des Strafverfahrens gebiete.

2. Der BFH setzte sich in seinem Urteil vom 13.7.1995 (I R 120/93 – BFHE 175, 351 = RIW 1995, 88) mit der Frage auseinander, ob § 50 d Abs. 1 Satz 1 EStG, wonach auch bei einer Besteuerung der Einkünfte im Ausland ein Quellensteuerabzug in der Bundesrepublik vorzunehmen ist, wegen der darin enthaltenen Abweichung vom DBA-Polen<sup>2</sup> rechtmäßig ist. Nach Art. 16 Abs. 2 DBA-Polen sollen Einkünfte, die im Rahmen eines Kulturaustausches auftreten, ausschließlich in Polen besteuert werden. Der BFH kam zu dem Ergebnis, daß die in § 50 d EStG getroffene Regelung zwar von Art. 16 DBA-Polen abweiche, dies jedoch an der Rechtmäßigkeit des § 50 d EStG nichts ändere. Das DBA-Polen werde in der Bundesrepublik nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar in der Form des Zustimmungsgesetzes vom 24.4.1975 angewendet. Das Zustimmungsgesetz sei ein einseitiger Akt des deutschen Gesetzgebers, der mit Vorbehalten versehen, aufgehoben oder geändert werden könne. Ob durch einen Vorbehalt bzw. eine Änderung Völkerrecht verletzt werde, sei eine andere Frage, die die Wirksamkeit des Vorbehalts bzw. der Änderung – hier also die Wirksamkeit von § 50 d EStG – nicht berühre. Art. 25 GG sei insoweit nicht einschlägig, da das DBA-Polen nicht zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts gehöre. Auch kenne Art. 59 Abs. 2 GG kein “Alles-oder-nichts-Prinzip”; der innerstaatliche Gesetzgeber sei frei, im Zustimmungsgesetz Vorbehalte gegenüber der Anwendung bestimmter Abkommensvorschriften zu verankern.

3. Das Bundesverwaltungsgericht entschied mit Urteil vom 22.3.1994 (9 C 443.93 – DÖV 1994, 740 = DVBl. 1994, 930 = InfAuslR 1994, 329), daß es keine allgemeine Regel des Völkerrechts (Art. 25 Satz 1 GG) gebe, welche die Abschiebung von Bürgerkriegsflüchtlingen verbiete. Die Kläger, somalische Staatsangehörige, verließen ihr Heimatland in den Jahren 1989/1990 und beantragten in der Bundesrepublik Deutschland Asyl. Sie beriefen sich im wesentlichen auf die allgemeine Bürgerkriegssituation in Somalia, zum Teil auch auf individuelle Verfolgungsmaßnahmen wie Haft und Folter durch das frühere Regime. Das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge lehnte die Asylanträge ab. Nachdem hiergegen gerichtete Klagen vor dem Verwaltungsgericht und dem Verwaltungsgerichtshof erfolglos geblieben sind, mußte sich das Bundesverwaltungsgericht in der Revision mit der Frage auseinandersetzen, ob das Verbot der Abschiebung politisch Verfolgter nach § 51 Abs. 1 AuslG auch für Bürgerkriegsflüchtlinge gelte und auch der Flüchtlingsbegriff nach Art. 1 A und Art. 33 GK entsprechend zu verstehen sei (hierzu unten

---

<sup>2</sup> BGBl. 1975 II, 646.

[59]). Das Bundesverwaltungsgericht folgte der These der Kläger nicht, wonach ein auf Bürgerkriegsflüchtlinge erweiterter Flüchtlingsbegriff eine bereits vorhandene allgemeine Regel des Völkerrechts i.S.v. Art. 25 Satz 1 GG darstelle. Das Bundesverwaltungsgericht sah sich nicht genötigt, dem Bundesverfassungsgericht diese Frage gemäß Art. 100 Abs. 2 GG vorzulegen, da es nicht zweifelhaft sei, daß es eine von der überwiegenden Mehrheit aller Staaten als rechtsverbindlich anerkannte allgemeine Regel, welche die Abschiebung von Bürgerkriegsflüchtlingen verbiete, nicht gebe. Abgesehen von bestimmten elementaren Regeln des Fremdenrechts sei allgemein nur anerkannt, daß jeder Staat selbst bestimmen könne, unter welchen Voraussetzungen ein Ausländer in sein Gebiet einreisen und sich darin aufhalten dürfe. Alle Menschen hätten darüber hinaus zwar nach Art. 14 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte das Recht, in anderen Ländern Asyl zu suchen und zu genießen. Dieser Erklärung komme aber grundsätzlich eine rechtlich bindende Wirkung in den Mitgliedstaaten nicht zu. In bezug auf das Asyl- und Flüchtlingsvölkerrecht sei auch heute noch nur von einem Leitgedanken ohne normativen Gehalt zu sprechen, der es einem jeden Staat lediglich freistelle, einzelnen politisch Verfolgten "nach seinem Gutdünken" Asyl zu gewähren, ohne völkerrechtlich zur Auslieferung an den Heimatstaat verpflichtet zu sein. Das Prinzip des "Non-Refoulement" nach Art. 33 GK könne mithin völkerrechtlich nur als Vertragsrecht Geltung beanspruchen. Die Frage, ob sich dieses Prinzip bereits zu Völkergewohnheitsrecht entwickelt hat, meinte das Bundesverwaltungsgericht offenlassen zu können. Angesichts der gegenwärtigen weltweiten Staatenpraxis bei der Aufnahme von Flüchtlingen und speziell von Bürgerkriegsflüchtlingen könne von bereits existierendem universellem Völkergewohnheitsrecht jedenfalls keine Rede sein. Selbst wenn man davon ausginge, daß der Grundsatz der Nichtzurückweisung politisch Verfolgter in den Verfolgerstaat aufgrund der Übernahme in weitere Vertragswerke und Bekräftigung in UN-Resolutionen zu regionalem oder gar universellem Völkergewohnheitsrecht geworden sei,<sup>3</sup> bleibe festzustellen, daß ein entsprechender Rechtssatz für Bürgerkriegsflüchtlinge und Massenfluchtbewegungen nicht existiere. Das Bundesverwaltungsgericht sah daher auch unter diesem Gesichtspunkt keinen Anlaß zu einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 2 GG.

4. In seinem Urteil vom 12.7.1994 befaßte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage des Auslandseinsatzes deutscher Streitkräfte (2 BvE

---

<sup>3</sup> Vgl. UNHCR in einer Stellungnahme vom 31.1.1994 gegenüber dem Bundesverfassungsgericht (2 BvR 1938/93 u. a.).

3/92, 5, 7, 8/93 – DÖV 1994, 824 = JZ 1994, 1062 = NZWehrr 1994, 202 = BayVBl. 1994, 657 = DVBl. 1994, 999 = NJW 1994, 2207 = NVwZ 1994, 993 [Ls.] = BVerfGE 90, 286, II)<sup>4</sup>. Ohne vorherige Beteiligung des Bundestages hatte die Bundesregierung mehrere Einsätze deutscher Streitkräfte im Ausland beschlossen und durchgeführt: 1. die Beteiligung der Bundeswehr an einer Aktion von Seestreitkräften der NATO und der WEU zur Überwachung eines von den Vereinten Nationen gegen die Föderative Republik Jugoslawien verhängten Embargos; 2. die Beteiligung deutscher Soldaten an der Durchsetzung des von den Vereinten Nationen verhängten Flugverbotes im Luftraum von Bosnien-Herzegowina durch AWACS-Frühwarn- und Einsatzführungssysteme; 3. die Beteiligung eines Nachschub- und Transportbataillons der Bundeswehr an UNOSOM II, einer vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen aufgestellten Streitmacht zur Herstellung friedlicher Verhältnisse in Somalia. In einem Organstreitverfahren hatten die Fraktionen von SPD und FDP (nur in bezug auf den Einsatz Nr. 2) geltend gemacht, durch die autonomen Maßnahmen der Bundesregierung seien die parlamentarischen Mitwirkungsrechte des Bundestages bei der Entscheidung über den Einsatz deutscher Streitkräfte im Ausland verletzt worden.

Im Ergebnis sah das Bundesverfassungsgericht in Art. 24 Abs. 2 GG für alle hier in Rede stehenden Einsätze eine ausreichende verfassungsrechtliche Grundlage.

Nach Art. 24 Abs. 2 GG kann sich der Bund zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen. Diese Ermächtigung, so das Bundesverfassungsgericht, berechtere den Bund nicht nur zum Eintritt in ein solches System und zur Einwilligung in damit verbundene Beschränkungen seiner Hoheitsrechte, sie biete vielmehr auch die verfassungsrechtliche Grundlage für die sich daraus ergebenden militärischen Einsätze der Bundeswehr nach den Regeln dieses Systems. Die nach Art. 24 Abs. 2 GG mögliche Beteiligung Deutschlands an einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit und die Einwilligung in die

---

<sup>4</sup> Der volle Text des Urteils wurde in Band 54 (1994), 686 ff., dieser Zeitschrift abgedruckt. Vgl. hierzu auch G. Nolte, Bundeswehreinsätze in kollektiven Sicherheitssystemen. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12.7.1994, ZaöRV 54 (1994), 652 ff.; T. Stein/H. Gröninger, Bundeswehreinsatz im Rahmen von NATO-, WEU- bzw. VN-Militäraktionen, Jura 1995, 254 ff.; W. Heun, JZ 1994, 1073 (Urteilsanmerkung); sowie G. Schulze, JR 1995, 98 ff. (Urteilsanmerkung).

Zu den in dieser Sache in einstweiligen Rechtsschutzverfahren vom Bundesverfassungsgericht erlassenen Entscheidungen vgl. C. Philipp, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1993, ZaöRV 55 (1995), 896 ff. (Nr. 96 u. 97).

damit verbundene Beschränkung von Hoheitsakten führen nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu einer Übertragung von Hoheitsrechten an zwischenstaatliche Einrichtungen gemäß Art. 24 Abs. 1 GG. Die Teilnahme deutscher Streitkräfte an friedenssichernden Operationen von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit habe zwar deren Einordnung in ein solches Organisationssystem zur Folge, weise dem System aber nicht die Kompetenz zu, Hoheitsbefugnisse mit unmittelbarer Wirkung im innerstaatlichen Bereich auszuüben. Anschließend untersuchte das Bundesverfassungsgericht den Begriff des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit und wies darauf hin, daß dieser bis heute nicht einheitlich interpretiert werde. Ausdrückliches Regelungsziel des Art. 24 Abs. 2 GG sei es gewesen, ein staatenübergreifendes System der Friedenssicherung zu schaffen, das der Bundesrepublik Deutschland zudem die militärische Sicherheit habe geben sollen, die sie damals schon mangels eigener Streitkräfte nicht habe gewährleisten können. Ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit begründe durch ein friedenssicherndes Regelwerk und den Aufbau einer eigenen Organisation für jedes Mitglied einen Status völkerrechtlicher Gebundenheit, der wechselseitig zur Wahrung des Friedens verpflichte und Sicherheit gewähre. Ob das System dabei ausschließlich oder vornehmlich unter den Mitgliedstaaten Frieden garantieren oder bei Angriffen von außen zum kollektiven Beistand verpflichten solle, sei unerheblich. Das Bundesverfassungsgericht erkannte sowohl die Vereinten Nationen als auch die NATO als Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne von Art. 24 Abs. 2 GG an. Die Vereinten Nationen seien darauf angelegt, Streitigkeiten mit ihren Mitgliedern auf friedliche Weise beizulegen und notfalls durch Einsatz von Streitkräften den Friedenszustand wieder herzustellen. Ihre Mitgliedstaaten seien zu entsprechender Zusammenarbeit verpflichtet und in der Wahrnehmung ihrer Hoheitsrechte insoweit beschränkt, als Beschlüsse des Sicherheitsrates zur Friedenswahrung gemäß Kap. VII i.V.m. Art. 25 der Satzung der Vereinten Nationen binden und von den Mitgliedstaaten auszuführen seien.

Die NATO bilde ein Sicherheitssystem, in dem die Mitglieder ausweislich der Präambel des NATO-Vertrages "ihre Bemühungen für die gemeinsame Verteidigung und für die Erhaltung des Friedens und der Sicherheit ... vereinigen". Sie verfolge dieses Ziel gemäß Art. 5 des NATO-Vertrages insbesondere dadurch, daß sie einem Angriff gegen eine der Vertragsparteien eine Bündnisverpflichtung entgegenstelle, nach der jede der Vertragsparteien einen solchen Angriff als gegen alle Vertragspartner gerichtet ansehen werde. Dabei beanspruchten die Vertragspar-

teien für den Bündnisfall die in Art. 51 SVN anerkannten Rechte individueller oder kollektiver Selbstverteidigung wahrzunehmen. Die NATO sei damit durch ein friedenssicherndes Regelwerk und den Aufbau einer Organisation gekennzeichnet, die es zulasse, sie als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit i.S. des Art. 24 Abs. 2 GG zu bewerten.

Die Mitwirkung eines deutschen Kontingents an der VN-Aktion UNOSOM II sowie die Beteiligung deutscher Streitkräfte an der von NATO und WEU aufgrund entsprechender Resolutionen des Sicherheitsrats durchgeführten Überwachung des Embargos und Flugverbots im ehemaligen Jugoslawien fänden mithin ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art 24 Abs. 2 GG i.V.m. den Zustimmungsgesetzen zum Nordatlantikvertrag (BGBl. 1955 II, 256) und zur Charta der Vereinten Nationen (BGBl. 1973 II, 430). Die Teilnahme deutscher Streitkräfte an diesen Operationen in integrierten NATO-Verbänden sei durch diese Zustimmungsgesetze gedeckt.

Die Vorschrift des Art. 87 a GG, wonach der Bund Streitkräfte zur Verteidigung aufstellt und diese Streitkräfte außer zur Verteidigung nur eingesetzt werden dürfen, soweit dies das Grundgesetz ausdrücklich zuläßt, steht nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts der Anwendung des Art. 24 Abs. 2 GG als verfassungsrechtliche Grundlage für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit nicht entgegen. Das Bundesverfassungsgericht meinte die Meinungsverschiedenheiten darüber, wie die Begriffe "Verteidigung" und "Einsatz" auszulegen sind sowie ob Art. 87 a Abs. 2 GG als eine Vorschrift zu verstehen ist, die nur den Einsatz der Streitkräfte "nach innen" regeln will, offenlassen zu können. Denn wie immer dies zu beantworten sein möge, jedenfalls werde durch Art. 87 a GG der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit, dem die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 24 Abs. 2 GG beigetreten sei, nicht ausgeschlossen. Art. 24 Abs. 2 GG sei von Beginn an Bestandteil des Grundgesetzes gewesen und es sei nicht ersichtlich, daß der verfassungsändernde Gesetzgeber an seinem Gehalt etwas geändert hätte. Dies gelte vor allem für die Einfügung der Notstandsverfassung in das Grundgesetz, deren maßgebliches Ziel es gewesen sei, die Möglichkeiten für einen Einsatz der Bundeswehr im Innern durch das Gebot strikter Texttreue zu begrenzen.

Anschließend setzte sich das Bundesverfassungsgericht ausführlich mit der Frage auseinander, ob durch die Mitwirkung der Bundesregierung an den Absprachen der Mitgliedstaaten in NATO und WEU über die künftige Beteiligung an Aktionen der Vereinten Nationen unter Ausnutzung

der bestehenden Bündnisstrukturen das Mitwirkungsrecht des Gesetzgebers nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt wurde. Nach dieser Bestimmung bedürfen völkerrechtliche Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln, der Zustimmung der für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften. Die vier die Entscheidung tragenden Richter des Senats verneinten eine Verletzung von Art. 59 Abs. 2 GG, da sich das Zustimmungserfordernis in dieser Vorschrift auf wirkliche völkerrechtliche Verträge beschränke und das Entstehen von Völkerrecht aus anderer Quelle nicht erfasse. Die neuen Konzepte von WEU und NATO seien politische Aussagen zur neuen Sicherheitsstruktur in Europa und begründeten keine vertraglichen Pflichten. Eine – interpretative – Fortbildung des Vertragsrechts durch sog. authentische Interpretation und eine sich auf dieser Grundlage entfaltende Vertragspraxis stützten sich mithin auf den bestehenden Vertrag und seien deshalb vom Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG gedeckt. Die strikte Auslegung des Art. 59 Abs. 2 gewährleiste die notwendige eindeutige Kompetenzabgrenzung zwischen Bundesregierung und Gesetzgeber und wahre damit insbesondere die außenpolitische Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland.

Die vier dissentierenden Richter waren zwar auch der Meinung, daß es zu einer Vertragsrevision in Gestalt einer expliziten oder konkludenten Vertragsänderung noch nicht gekommen sei. Doch habe die Bundesregierung durch ihr Zusammenwirken mit den Partnern von NATO und WEU den Vertrag gewissermaßen auf Räder gesetzt und damit die Gefahr heraufbeschworen, daß dessen Inhalt außerhalb der traditionellen Verfahrensweisen verbindlich modifiziert und so der Mitwirkung des Parlaments nach Art. 59 Abs. 2 GG entzogen werde. Im Falle einer derartigen progressiven, im vorhinein rechtlich nicht eindeutig als Vertrag zu qualifizierenden Fortschreibung des vertraglichen Pflichtenstatus sei der Gesetzgeber gemäß Art. 59 Abs. 2 GG einzubinden. Denn die Rechte des Bundestages seien bereits dann unmittelbar gefährdet, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Bundesregierung gemeinsam mit den anderen Vertragspartnern entsprechend dem neuen Aufgabenkonzept zu handeln beginne.

Nahezu einig (7:1) war sich der Senat bei der Einordnung des Briefwechsels zwischen der Bundesregierung und dem Generalsekretär der Vereinten Nationen, in dem eine Einigung über die Entsendung eines deutschen Unterstützungsverbandes nach Somalia und die Bedingungen eines Einsatzes im Rahmen der VN-Aktion UNOSOM II erzielt worden ist. Der im Briefwechsel enthaltenen Einigung zwischen der Bundesrepu-

blik Deutschland und den Vereinten Nationen komme in ihren Rechtsfolgen nicht das Gewicht einer Regelung "politischer Beziehungen" im Sinne des Art. 59 Abs. 2 GG zu. Sie führe insbesondere zu keiner grundlegenden Änderung der Stellung und des maßgeblichen Gewichts der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft und im Verhältnis zu den Vereinten Nationen.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts hat die Bundesregierung jedoch mit ihrem Beschluß, bewaffnete Streitkräfte einzusetzen gegen das verfassungsrechtliche Gebot verstoßen, vor dem Einsatz bewaffneter Streitkräfte grundsätzlich die vorherige konstitutive Zustimmung des Bundestages einzuholen. Ein solcher Parlamentsvorbehalt entspreche seit 1918 deutscher Verfassungstradition, zudem seien die auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen des Grundgesetzes stets darauf angelegt, die Bundeswehr nicht als Machtpotential allein der Exekutive zu überlassen, sondern als "Parlamentsheer" in die demokratisch rechtsstaatliche Verfassungsordnung einzufügen.

Der Parlamentsvorbehalt für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte wurde durch das Bundesverfassungsgericht dann folgendermaßen präzisiert: Gegenstand einer Parlamentsbeteiligung seien die Einsätze bewaffneter Streitkräfte. Im Fall eines Angriffs auf einen Bündnispartner habe das Parlament der Beistandsverpflichtung zwar schon in Form des nach Art. 59 Abs. 2 GG erforderlichen Gesetzes zugestimmt und damit grundsätzlich gebilligt, daß deutsche Streitkräfte bei Eintritt des Bündnisfalles zum Einsatz kämen. Auch in diesem Fall bedürfe es jedoch der parlamentarischen Entscheidung über den konkreten Einsatz nach Maßgabe der bestehenden Bündnisverpflichtung. Die Feststellung des Verteidigungsfalles nach Art. 15 a GG durch Bundestag und Bundesrat hingegen schließe die Zustimmung des Parlaments zu einem Einsatz bewaffneter Streitkräfte ein. Bei Einsätzen bewaffneter Streitkräfte im Rahmen von Resolutionen des Sicherheitsrates sei die vorherige Zustimmung des Bundestages unabhängig davon erforderlich, ob den Streitkräften Zwangsbefugnisse nach Kap. VII der Satzung der Vereinten Nationen (SVN) eingeräumt und wie die Kommandostrukturen ausgestaltet seien. Eine unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Einsatzformen von Friedenstruppen verbiete sich, weil die Grenzen zwischen den traditionellen Blauhelmeinsätzen und solchen mit der Befugnis zu bewaffneten Sicherheitsmaßnahmen in der Realität fließend geworden seien. Nicht der Zustimmung des Bundesrates bedürfe die Verwendung von Personal der Bundeswehr für Hilfsdienste und Hilfeleistungen im Ausland, sofern die Soldaten dabei nicht in bewaffnete Unternehmungen einbezogen seien.

Schließlich sei die Bundesregierung zur Gewährleistung der militärischen Wehrfähigkeit und Bündnisfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland berechtigt, bei Gefahr im Verzug vorläufig den Einsatz von Streitkräften zu beschließen. Die Bundesregierung müsse jedoch in jedem Fall das Parlament mit dem so beschlossenen Einsatz befassen und die Streitkräfte zurückrufen, wenn dies der Bundestag verlange.

## II. Völkerrechtliche Verträge

5. Auch im Jahre 1994 war Art. VIII Abschnitt 2 Buchst. b des Bretton-Woods-Abkommens<sup>5</sup> Gegenstand einer Entscheidung des BGH. Nach dieser Bestimmung kann aus Devisenkontrakten, welche die Währung 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<sup>6</sup>. Die Klägerin, eine deutsche Raiffeisen-Volksbank, nahm den Beklagten, einen österreichischen Staatsbürger, als Aussteller eines Wechsels über 1 Million DM in Anspruch. Der Beklagte machte geltend, die Klage sei unzulässig, da die streitige Forderung wegen Verstoßes gegen österreichische Devisenkontrollbestimmungen nach Art. VIII Abschn. 2 (b) des Bretton-Woods-Abkommens unklagbar sei. Der Beklagte berief sich in diesem Zusammenhang auf § 14 Abs. 1 Österreichisches Devisengesetz (DevG), wonach die Einräumung von Krediten an Ausländer sowie die Aufnahme von Krediten bei Ausländern der Bewilligung der Österreichischen Nationalbank bedürfen.

Der BGH kam in seinem Urteil vom 22.2.1994 (XI ZR 16/93 – NJW 1994, 1868 = BB 1994, 531 = IPRax 1995, 110 = NJW-RR 1994, 1259 [Ls.])<sup>7</sup> zu dem Ergebnis, daß die streitige Wechselverpflichtung des Beklagten unter den Begriff der “Devisenverträge” (“exchange contracts”) falle, da sie Auswirkungen auf die Zahlungsbilanz der Republik Öster-

---

<sup>5</sup> Übereinkommen über den Internationalen Währungsfond vom 1./22.7.1944 i.d.F. vom 30.4.1976, BGBl. 1978 II, 13 ff., 34 f., 3. Änderung vom 28.6.1990, BGBl. 1991 II, 814; vgl. hierzu auch Rädler (Anm. 1), 484 ff.

<sup>6</sup> Die völkerrechtlich allein verbindliche englische Fassung der Bestimmung lautet: “Exchange contracts which involve the currency of any member and which are contrary to the exchange control regulations of that member maintained or imposed consistently with this agreement shall be unenforceable in the territories of any member”.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu A. Fuchs, Auf dem Weg zur engen Auslegung des Art. VIII Abschn. 2 (b) Satz 1 IWF-Abkommen, IPRax 1995, 82.

reich haben könne, bejahte jedoch die Klagbarkeit. In dem vom Beklagten ins Feld geführten § 14 Abs. 1 DevG vermochte der BGH keine Devisenkontrollbestimmung im Sinne des Abkommens zu erblicken. Hiermit bestätigte der BGH seine bereits zuvor<sup>8</sup> eingeleitete Praxis, Art. VIII Abschn. 2 (b) IWF-Abkommen restriktiver auszulegen. Er stützte sich hierbei auf die Erwägung, daß Art. VIII Abschn. 2 (a) und (b) in einem sehr engen Text- und systematischen Zusammenhang stünden. Unter der gemeinsamen programmatischen Überschrift "Vermeidung von Beschränkungen laufender Zahlungen" werde unter (a) das grundsätzliche Verbot ausgesprochen, den laufenden Zahlungsverkehr ohne Zustimmung des Fonds Beschränkungen zu unterwerfen, und unter (b) die Durchsetzung derjenigen Beschränkungen geregelt, die in Übereinstimmung mit dem Abkommen stehen. Da die Republik Österreich nach Mitteilung des Internationalen Währungsfonds die nach Art. VIII Abschn. 2 (a) erforderliche Zustimmung zu § 14 Abs. 1 DevG nicht eingeholt habe, stehe die österreichische Vorschrift nicht in Übereinstimmung mit dem Übereinkommen und stelle keine Devisenkontrollbestimmung i.S.v. Art. VIII Abschn. 2 (b) dar. Da somit Art. VIII Abschn. 2 (b) des Abkommens nicht eingreife, könne aus der Wechselforderung geklagt werden.

6. Mit Urteil vom 22.2.1994 (X ZB 15/92 [BPatG] – NJW 1994, 2157 = MDR 1994, 905) entschied der BGH, daß der Zulässigkeit eines Einspruchsverfahrens gegen ein deutsches Patent nicht entgegenstehe, daß für den Patentinhaber ein im wesentlichen gleiches europäisches Patent erteilt worden sei.

Die Bundesrepublik Deutschland hat von der in Art. 139 III EPÜ vorgesehenen Regelungsmöglichkeit Gebrauch gemacht und in Art. II § 8 IntPatÜG<sup>9</sup> eine Regelung geschaffen, die den Doppelschutz für dieselbe Erfindung durch ein dem Erfinder mit gleicher Priorität vom Europäischen wie auch vom Deutschen Patentamt erteiltes Patent ausschließt. Nach dieser Bestimmung kann der Inhaber eines europäischen und eines gleichrangigen, im wesentlichen identischen deutschen Patents nur das sich aus dem europäischen Patent ergebende Ausschließungsrecht ausüben. Der BGH entschied, daß dennoch für ein Einspruchsverfahren gegen das deutsche Patent nach § 59 PatG ein schutzwürdiges Interesse bestehe, da das Doppelschutzverbot nicht zum Verlust des deutschen Patents schlechthin führe, sondern von Gesetzes wegen lediglich zum Wegfall der Schutzwirkung für die Zukunft, und dies auch nur im Um-

---

<sup>8</sup> Vgl. Urteil vom 8.11.1993, IPRax 1994, 298.

<sup>9</sup> Gesetz über Internationale Patentübereinkommen vom 21.6.1976 (BGBl. II, 649).

fang seiner Überschneidung mit dem europäischen Patent. Daher sei trotz des vorrangigen Schutzes des europäischen Patents ein Einspruchsverfahren gegen das deutsche Patent zulässig.

7. Nach einem Urteil des BGH vom 23.6.1994 (I ZR 15/92 – BGHZ 126, 287 = NJW 1994, 2820 = MDR 1995, 280 = NJW-RR 1995, 361 [Ls.]) genießt das Deutsche Rote Kreuz e. V. für das Wahrzeichen des Roten Kreuzes Schutz in entsprechender Anwendung des § 12 BGB. Diese Frage stellte sich in einem Rechtsstreit zwischen einem gewerblichen Krankentransportunternehmen und der nationalen Rotkreuz-Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland im Sinne der vier Genfer Rotkreuz-Abkommen vom 12.8.1949<sup>10</sup>. Das Krankentransportunternehmen verwendete in Werbebroschüren sowie zur Kennzeichnung seiner Krankenwagen ein Zeichen, das ein rot-braunes Kreuz auf elfenbeinfarbenem Hintergrund zeigte. Das Deutsche Rote Kreuz machte geltend, dieses Zeichen sei mit dem gesetzlich geschützten Wahrzeichen des Roten Kreuzes verwechselungsfähig, die Beklagte habe daher die Verwendung dieses Zeichens zu unterlassen.

Der BGH gab der Unterlassungsklage des Deutschen Roten Kreuzes statt, da sich der Schutz des § 12 BGB auch auf das von dem Kläger geführte rote Kreuz erstreckte, welches als Wahrzeichen seine Grundlage in den Art. 38, 44 und 53 des Genfer Abkommens zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde vom 12.8.1949 in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz vom 21.8.1954 habe. Die den Namensschutz regelnde Vorschrift des § 12 BGB sei zum Schutze des Wahrzeichens des Roten Kreuzes ebenso wie bei unterscheidungskräftigen Wappen und Vereinsemlen entsprechend anwendbar. Als internationales Schutzzeichen solle das Wahrzeichen unter allen Einsatzbedingungen stets klar und zweifelsfrei die Funktion seiner Träger bezeichnen. Dementsprechend verpflichteten Art. 53 und 54 des genannten Genfer Abkommens die Vertragsstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um den unbefugten Gebrauch des Wahrzeichens des Roten Kreuzes und aller Zeichen, die eine Nachahmung darstellen, zu verhindern und zu ahnden.

8. In Auslegung des Art. 60 Abs. 3 EuGVÜ<sup>11</sup> nahm der BGH Stellung zum Anwendungsbereich des Übereinkommens (Urteil vom 27.10.1994 – IX ZB 39/94 – EuZW 1995, 96 = NJW 1995, 264 = RIW 1995, 150 = EWS

<sup>10</sup> BGBl. 1954 II, 783 ff.

<sup>11</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 (BGBl. 1972 II, 774).

1994, 443 = MDR 1995, 520). Nach dieser Bestimmung gilt das Übereinkommen nicht für die europäischen Gebiete außerhalb des Vereinigten Königreichs. Nach Auffassung des BGH gehören hierzu unter anderem die britischen Kanalinseln, weshalb ein Urteil des Royal Court of Jersey nicht gemäß Art. 31 EuGVÜ für in Deutschland vollstreckbar erklärt werden dürfe.

9. Das BAG hatte sich in seinem Urteil vom 13.10.1994 (II AZR 261/93 – NZA 1995, 527) u. a. mit der Frage zu beschäftigen, ob eine auf den Einigungsvertrag gestützte Kündigung eines Lehrers gegen das ILO-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25.6.1958<sup>12</sup> verstößt. Der klagende Lehrer unterrichtete seit 1975 im Schuldienst der ehemaligen DDR und war unter anderem mehrere Jahre Parteisekretär der SED an einer Oberschule. Zuvor hatte der Kläger die Kreispartei- und die Bezirksparteischule der SED besucht. Der Beklagte hatte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31.12.1991 wegen mangelnder persönlicher Eignung des Klägers gekündigt. Nachdem die beiden Vorinstanzen die Klageanträge anerkannt hatten, hob das Bundesarbeitsgericht das Urteil des LAG auf. Nach der einschlägigen Bestimmung des Einigungsvertrages<sup>13</sup> sei eine Kündigung zulässig, wenn der Arbeitnehmer wegen mangelnder persönlicher Eignung den Anforderungen nicht entspreche. Dies verstößt nach Auffassung des BAG nicht gegen das ILO-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf. Die Kündigung wegen Nichteignung eines Lehrers knüpfe nicht an die politische Meinung des einzelnen Lehrers an, sondern an die durch seine in der ehemaligen DDR wahrgenommenen Funktionen begründete mangelnde persönliche Eignung, als Lehrer gemäß seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung die Grundwerte unserer Verfassung den Schülern glaubwürdig zu vermitteln. Wer aufgrund seiner Funktion verpflichtet gewesen sei, über längere Zeit eine verfassungsmäßige Ordnung als revanchistisch zu bekämpfen, könne nun nicht glaubhaft eine gegenteilige Auffassung vertreten, wenn er sich nicht schon früher durch konkretes Verhalten von dem ideologischen Auftrag distanziert habe<sup>14</sup>.

10. Auch im Berichtsjahr 1994 hatte sich der BFH mit der rückwirkenden Anwendbarkeit des DBA-Italien 1989 auseinanderzusetzen, welches

---

<sup>12</sup> BGBl. 1961 II, 98.

<sup>13</sup> Anl. I Kap. XXI Sachgeb. A Abschn. III Nr. 1 Abs. 4 Ziff. 1.

<sup>14</sup> Siehe auch Urteil des BAG vom 13.10.1994 (II AZR 201/93 – MDR 1995, 178 = NJ 1995, 161) zu einem ähnlich gelagerten Sachverhalt. Auch hier verneinte das BAG einen Verstoß gegen das ILO-Übereinkommen Nr. 111.

am 27.12.1992 in Kraft trat<sup>15</sup>. Ausgangspunkt des Urteils des BFH vom 16.3.1994 (I R 140/93 – BFHE 174, 159 = IStR 1994, 332 = HFR 1994, 520 = RIW 1994, 620 = DStR 1994, 1145 [Ls.]) war die Besteuerung von Einkünften eines deutschen Flugkapitäns mit Wohnsitz in der Bundesrepublik. Das Finanzamt (FA) behandelte die Einkünfte aus in Italien ausgeübter Tätigkeit nach dem alten DBA-Italien 1925 in den zunächst erlassenen Einkommensteuerbescheiden 1990 und 1991 als steuerfrei, erklärte die entsprechenden Bescheide jedoch im Hinblick auf das zu erwartende Inkrafttreten des DBA-Italien 1989 für vorläufig. Gegen die nach Inkrafttreten des neuen DBA-Italien geänderten Einkommensteuerbescheide, in denen die Einkünfte aus in Italien ausgeübten Tätigkeiten der inländischen Besteuerung unterworfen wurden, klagte der Flugkapitän erfolgreich vor dem FG Rheinland-Pfalz<sup>16</sup>. Der BFH hob das Urteil des FG Rheinland-Pfalz auf und wies die Klage ab. Das Gericht entschied, daß das DBA-Italien 1925 (RGBl. 1925 II, 1145) auf die hier in Frage stehenden Veranlagungszeiträume 1990 und 1991 keine Anwendung mehr finde. Dies ergebe sich aus Art. 2 des Zustimmungsgesetzes vom 10.8.1990 zum DBA-Italien 1989, mit dem das Zustimmungsgesetz vom 7.12.1925 zum DBA-Italien 1925 dahin geändert worden sei, daß die Art. 7 und 11 DBA-Italien 1925 schon für die Zeit ab dem 1.1.1990 nicht mehr auf Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit i.S. des Art. 15 Abs. 2 DBA-Italien 1989 anzuwenden seien. Ob die entsprechende Änderung bereits völkerrechtlich wirksam sei, sei für die Anwendung des Zustimmungsgesetzes im Inland irrelevant. Zwar werde die rückwirkende Anwendung ausdrücklich nur auf Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit i.S. des Art. 15 Abs. 2 DBA-Italien 1989 und nicht auch auf solche im Sinne des Art. 15 Abs. 3 DBA-Italien 1989 (Sonderregelung für das "fliegende Personal") angeordnet. Dies schließe es jedoch nicht aus, daß die Einkünfte, auf die die Rechtsfolge des Art. 15 Abs. 3 DBA-Italien 1989 anzuwenden wäre, zugleich Einkünfte i.S. des Art. 15 Abs. 2 DBA-Italien 1989 seien. Auch auf sie finde deshalb Art. 2 des Zustimmungsgesetzes Anwendung. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der in dem Zustimmungsgesetz enthaltenen Rückwirkung verwies der BFH auf seinen Beschluß vom 10.11.1993<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> BGBl. 1993 II, 59; zur bisherigen Rechtsprechung des BFH siehe Philipp (Anm. 4), 901 ff.

<sup>16</sup> Urteil vom 22.9.1993 – I K 2142/93.

<sup>17</sup> Siehe Anm. 15.

11. Zu einem anderen Ergebnis kam das Hessische FG in seinem – nicht rechtskräftigen<sup>18</sup> – Urteil vom 26.5.1994 (II K 1352/93 – EFG 1994, 1032). Es entschied in einem ähnlich gelagerten Fall, daß eine rückwirkende Anwendung des DBA-Italien 1989 beim sogenannten “fliegenden Personal” nicht in Betracht komme. Es stützte sich auf die Tatsache, daß die Bestimmungen des Zustimmungsgesetzes hinsichtlich der rückwirkenden Anwendung nur auf Einkünfte aus selbständiger Arbeit i.S. des Art. 15 Abs. 2 DBA-Italien 1989 Bezug nehme, nicht jedoch auf die Sonderregelung des Art. 15 Abs. 3 DBA-Italien 1989. Das Gericht sah Art. 15 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 3 DBA-Italien 1989 als zwei eigenständige steuerliche Normen an, die einen in sich abgeschlossenen Regelungsbereich hätten. Daher gehe die vom Gesetzgeber beabsichtigte rückwirkende Anwendung des DBA-Italien 1989 im Streitfall ins Leere.

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

#### 1. Grenzen der Ausübung eigener Staatsgewalt

12. Mit dem Verlauf der Staatsgrenze der Bundesrepublik Deutschland auf dem Bodensee befaßte sich das Finanzgericht Baden-Württemberg – Außensenate Freiburg – in seinem Urteil vom 3.2.1994 (14 K 147/91 – EFG 1994, 852)<sup>19</sup>. Die Klägerin lieferte im Streitjahr auf drei Bodenseeschiffen der Deutschen Bundesbahn Speisen und Getränke an Ort und Stelle. Da die Schiffe regelmäßig am deutschen Ufer entlang fuhren, bei Kursfahrten regelmäßig lediglich auf deutscher Seite anlegten und die Schweiz nur bei Sonderfahrten angefahren wurde, behandelte das Finanzamt die Restaurationsumsätze der Klägerin in Höhe von 90 % als steuerpflichtige Umsätze im Sinne des UStG. Die Klägerin war der Auffassung, ihre Umsätze unterlägen nicht der Umsatzsteuer, da sie nicht im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und somit nicht im Erhebungsgebiet des § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG ausgeführt worden seien. Das FG folgte der Argumentation der Klägerin nicht und verwies darauf, daß nach den Regeln des Völkerrechts Grenzseen und Grenzflüsse im allgemeinen entweder längs der Mittellinie oder längs des Talweges real geteilt seien. Dies entspreche der überwiegenden Praxis der Staaten, so etwa beim Genfer See, bei den schweizerisch-italienischen Seen und bei den Seen zwischen den Vereinigten Staaten und Kanada. Hinsichtlich des Grenzverlaufs auf

<sup>18</sup> Revision eingelegt zum BFH, Az. des BFH: I R 91/94.

<sup>19</sup> Gegen das Urteil wurde Revision eingelegt zum BFH, Az. XI R 18/94.

dem Bodensee sei zu unterscheiden: a) Die Grenze auf dem Untersee zwischen Deutschland und der Schweiz folge gemäß Vertrag vom 20./31.10.1854 (Badisches Regierungsblatt 1855, 113) zwischen dem Großherzogtum Baden und dem Kanton Thurgau längs der Mittellinie; b) Der Überlinger See, dessen einziger Anlieger die Bundesrepublik Deutschland sei, gehöre anerkanntermaßen zur Bundesrepublik Deutschland; c) Über die Aufteilung des Obersees stünden sich im völkerrechtlichen Schrifttum zwei Auffassungen gegenüber: nach der sogenannten Realteilungstheorie sei der Bodensee zwischen den drei Anliegerstaaten aufgeteilt, wobei die Grenze der Mittellinie folge, nach der entgegengesetzten Kondominiums- oder Kondominatstheorie werde hingegen die Souveränität von allen drei Staaten über den ganzen See ausgeübt.

Unter Berufung auf die höchstrichterliche Rechtsprechung in den anliegenden Staaten gab das FG der Realteilungstheorie für die Bestimmung des Grenzverlaufs auf dem Obersee den Vorzug vor der Kondominiumstheorie<sup>20</sup>. Zunächst seien keine Gründe ersichtlich, warum der Obersee als Teil des Bodensees nicht wie andere Grenzseen real geteilt sein sollte. Darüber hinaus wäre es bei Annahme eines Kondominiums nicht möglich gewesen, daß über einzelne Teile des Bodensees die anliegenden Staaten ohne Beteiligung der jeweils anderen Staaten Verträge über deren reale Teilung abgeschlossen hätten, wie das in den Staatsverträgen von 1854 und 1878 geschehen sei. Auch die allgemein anerkannte Zuordnung des Überlinger Sees zum Gebiet der Bundesrepublik Deutschland sei nur auf der Grundlage der Realteilungstheorie verständlich.

Das Finanzamt habe demnach zu Recht angenommen, daß mit Ausnahme des Überlinger Sees, der insgesamt zum Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland gehöre, die Grenze zu Österreich und der Schweiz in der Mitte des Sees verlaufe. Dies habe zur Folge, daß die auf dem nördlichen Teil des Bodensees erzielten Umsätze im Inland und damit im Erhebungsgebiet bewirkt worden seien.

13. Die Frage der Anwendung deutschen Strafrechts auf in dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawiens begangene Verbrechen des Völkermords war Gegenstand des Beschlusses des BGH-Ermittlungsrichters vom 13.2.1994 (1 BGs 100/94 – NStZ 1994, 232 mit Anmerkung D. Oehler, NStZ 1994, 485).

---

<sup>20</sup> RG, RGSt 1923, 368; Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 17.6.1975, BGE 101 I a 269 [RFH, RStBl. 1934, 1445].

Dem beschuldigten Tadic<sup>21</sup> wurde angelastet, sich im Jahre 1992 durch Mißhandlung und Tötung mehrerer gefangener Moslems im Konzentrationslager Omarska des Völkermords schuldig gemacht zu haben.

Nach § 6 Nr. 1 StGB gilt deutsches Strafrecht für ein im Ausland begangenes Verbrechen des Völkermordes (§ 220a StGB), und zwar unabhängig vom Recht des Tatorts (sogenanntes Weltrechtsprinzip). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist hierfür – über den Wortlaut der Vorschrift hinaus – allerdings Voraussetzung, daß ein völkerrechtliches Verbot nicht entgegensteht und außerdem ein legitimierender Anknüpfungspunkt im Einzelfall einen unmittelbaren Bezug der Strafverfolgung zum Inland herstellt<sup>22</sup>. Fehlt ein derartiger Inlandsbezug, so verstößt die Strafverfolgung gegen das sogenannte Nichteinmischungsprinzip, das die Achtung der Souveränität fremder Staaten gebietet.

Den für eine Strafverfolgung des Beschuldigten nach deutschem Recht erforderlichen Anknüpfungspunkt sah der BGH-Ermittlungsrichter im vorliegenden Beschluß darin, daß sich der Beschuldigte seit mehreren Monaten freiwillig in der Bundesrepublik aufhalte, hier gegenwärtig seinen Lebensmittelpunkt unterhalte und zudem hier ergriffen worden sei. Nach Auffassung des BGH-Ermittlungsrichters könne dahinstehen, ob ein solcher Inlandsbezug stets ausreiche. Im vorliegenden Fall seien weitere rechtliche und politische Gesichtspunkte gegeben, die diesem Anknüpfungspunkt ein so erhebliches Gewicht verliehen, daß die Anwendung deutschen Strafrechts auf die Taten des Beschuldigten nach dem Weltrechtsprinzip nicht nur gerechtfertigt, sondern geradezu geboten erscheine: das Verbrechen der Beihilfe zum Völkermord stehe in Tateinheit mit weiteren schweren Straftaten des Beschuldigten, zu deren Verfolgung die Bundesrepublik aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarungen verpflichtet sei. Dieser Umstand entfalte mittelbare Rechtswirkung auch für den Tatbestand des § 220a StGB, jedenfalls im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Weltrechtsprinzips. Darüber hinaus stehe die Strafverfolgung in Einklang mit den vielfältigen politischen, militärischen und humanitären Maßnahmen der internationalen Völkergemeinschaft. Unter diesen Umständen könne von einer völkerrechtswidrigen Einmischung in die inneren Angelegenheiten des Staates Bosnien-Herzegowina oder der jetzigen Bundesrepublik Jugoslawien keine Rede sein. Es müsse im Gegenteil auf Unverständnis stoßen, wenn die Bundesrepublik Deutschland einen aus-

---

<sup>21</sup> Tadic wurde mittlerweile an den Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag überstellt.

<sup>22</sup> Vgl. BGHSt 27, 30 ff.

ländischen Täter, der im Verdacht stehe, sich im Konflikt in Bosnien-Herzegowina schwerster Verbrechen schuldig gemacht zu haben, in Kenntnis des Tatvorwurfs und entgegen der Vorschrift des § 6 Nr. 1 StGB unbehelligt ließe.

14. Mit Urteil vom 15.3.1994 (9 C 340.93 – BVerwGE 95, 228 = DÖV 1994, 911 = NVwZ 1994, 1110) entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß die Anerkennung von Einbürgerungsmaßnahmen aus der Zeit zwischen 1938 und dem 8.5.1945 durch § 1 Abs. 1 d 1. StARegG<sup>23</sup> nicht gegen das Völkerrecht verstoße und deshalb wirksam sei (Art. 25 GG). Nach dieser Bestimmung sind die deutschen Volkszugehörigen, denen die deutsche Staatsangehörigkeit aufgrund der Verordnung über die deutsche Volksliste und die deutsche Staatsangehörigkeit in den eingegliederten Ostgebieten vom 4.3.1941<sup>24</sup> verliehen worden ist, nach Maßgabe der genannten Bestimmungen deutsche Staatsangehörige geworden, es sei denn, daß sie die deutsche Staatsangehörigkeit durch ausdrückliche Erklärung ausgeschlossen haben oder noch ausschlagen. Das Bundesverwaltungsgericht mußte sich in einem Verwaltungsrechtsstreit um die Ausstellung eines Vertriebenenausweises nach § 15 Abs. 2 BVFG inzident mit der Frage auseinandersetzen, ob die in § 1 Abs. 1 d 1. StARegG getroffene Regelung mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, die nach Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts sind, im Einklang steht. Das Bundesverwaltungsgericht bejahte dies. Nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts bestimme jeder Staat – vorbehaltlich allgemein anerkannter völkerrechtlicher Grundsätze – grundsätzlich nach seinem Ermessen selbst die Voraussetzungen, unter denen seine Staatsangehörigkeit gegeben sein solle. Die in dieser Hinsicht bestehenden völkerrechtlichen Schranken seien weit gezogen und würden im wesentlichen durch das Willkürverbot bestimmt. Kein Staat dürfe Personen, die zu ihm in keiner Beziehung stehen, als seine Staatsangehörigen ansehen, wenn diese Personen von einem anderen Staat rechtmäßig als dessen Staatsangehörige in Anspruch genommen wurden. Diese völkerrechtlichen Schranken habe der Gesetzgeber eingehalten, da § 1 Abs. 1 d 1. StARegG einen Staatsangehörigkeitserwerb aufgrund der VO über die deutsche Volksliste nur dann anerkenne, wenn der seinerzeit Eingebürgerte deutscher Volkszugehöriger sei und der Erwerb seinem Willen entspreche. Die deutsche Volkszugehörigkeit und der Wille des Betroffenen seien ebenso völkerrechtlich relevante Anknüp-

<sup>23</sup> Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit vom 22.2.1955, BGBl. 1955 I, 65.

<sup>24</sup> RGBl. I, 118, i.d.F. vom 31.1.1942, RGBl. I, 51.

fungspunkte für das Staatsangehörigkeitsrecht wie der Umstand, daß der polnische Staat die Volksdeutschen nach dem Zusammenbruch des Dritten Reichs nicht als Staatsangehörige in Anspruch genommen habe, sondern aus Polen entweder vertrieben oder – im Falle des Zurückbleibens – ihnen eine funktionell wirksame polnische Staatsangehörigkeit vorenthalten habe.

## 2. Anerkennung fremder Hoheitsakte

15. In zwei Urteilen vom 29.4.1994 (7 C 47/93 – BVerwGE 96, 8 = NJW 1994, 2777 = NVwZ 1994, 1208 [Ls.] und 7 C 59.93 – VIZ 1994, 411 mit Anm. J. Wasmuth, 474) setzte sich der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts mit der wiederholt diskutierten Frage auseinander, ob mit Rückgabebegehren wegen besatzungshoheitlicher Enteignungen befaßte Verwaltungsgerichte trotz des Bodenreformurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 23.4.1991<sup>25</sup> verpflichtet sind, das Verfahren nach Art. 101 GG auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des in § 1 VIII Buchst. a VermG geregelten Restitutionsausschlusses vorzulegen. Nach Art. 41 des am 31.8.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands geschlossenen Abkommens (Einigungsvertrag) i.V.m. Anlage III zu diesem Vertrag sind Enteignungen, welche auf besatzungsrechtlicher bzw. besatzungshoheitlicher Grundlage in den Jahren 1945–1949 in der früheren SBZ vorgenommen worden sind, nicht mehr rückgängig zu machen. Das Bundesverfassungsgericht hatte die den Restitutionsausschluß verfassungsrechtlich absichernde Vorschrift des Art. 143 Abs. 3 GG u. a. deshalb als gültiges, den Anforderungen des Art. 79 Abs. 3 GG genügendes Verfassungsrecht angesehen, weil die Sowjetunion im Verlaufe der zur Wiedervereinigung Deutschlands führenden Verhandlungen darauf bestanden habe, die unter ihrer Oberhoheit als Besatzungsmacht durchgeführten Enteignungen nicht mehr rückgängig zu machen, und weil die Bundesregierung nach ihrer pflichtgemäßen Einschätzung auf diese Bedingung habe eingehen müssen, um die Wiedervereinigung zu erreichen.

In den beiden Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hatten die Kläger geltend gemacht, die Bundesregierung habe es unterlassen, dem Bundesverfassungsgericht die von der sowjetischen Regierung im Rahmen

---

<sup>25</sup> BVerfGE 84, 90; siehe A. Zimmermann, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1991, ZaöRV 53 (1993), 375.

der Verhandlungen über den sogenannten Zwei-Plus-Vier-Vertrag am 22.6., 17./18.8. und 1.9.1990 vorgelegten Vertragsentwürfe zur Kenntnis zu bringen. In diesen Entwürfen habe die Sowjetunion von den beiden deutschen Regierungen lediglich die Anerkennung der Rechtmäßigkeit oder Legitimität der von den vier Mächten in Fragen der Entnazifizierung, Entmilitarisierung und Demokratisierung gemeinsam oder einzeln in der jeweiligen Besatzungszone getroffenen Maßnahmen und Beschlüsse gefordert. Dagegen sei in keinem der genannten Dokumente die Forderung nach Unumkehrbarkeit oder Unantastbarkeit der Enteignungen enthalten. Das Bundesverfassungsgericht habe folglich auf einer falschen Tatsachengrundlage entschieden.

Das Bundesverwaltungsgericht hielt sich nicht für berechtigt, das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG auszusetzen, da seit dem Erlaß des Bodenreformurteils keine Tatsachen bekanntgeworden seien, die eine anderweitige Entscheidung rechtfertigen könnten. Ein Abstellen auf die dem Bundesverfassungsgericht nicht zur Kenntnis gebrachte Tatsache, daß die Sowjetunion lediglich die Rechtmäßigkeit und nicht auch die Unumkehrbarkeit der von den Besatzungsmächten getroffenen Maßnahmen gefordert habe, gehe nämlich am Sinn und Zweck des Restitutionsausschlusses nach § 1 VIII Buchst. a VermG vorbei. Ausgangspunkt und Rechtfertigung der Restitution nach dem Vermögensgesetz sei die Bewertung bestimmter Maßnahmen als staatliches Unrecht. Die sowjetische Betonung der Rechtmäßigkeit und Legitimität der Enteignungen habe mithin zwar nicht auf die Festschreibung der entstandenen Eigentumsverhältnisse gezielt, wohl aber darauf, die Rückgabe der enteigneten Vermögenswerte im Wege der Wiedergutmachung zu verhindern, weil sie damit zwangsläufig einem Unrechtsvorwurf ausgesetzt gewesen wäre. Diesem Anliegen hätten beide deutsche Staaten mit der Vereinbarung Nr. 1 Satz 1 der gemeinsamen Erklärung vom 15.6.1990 entsprochen.

16. In einem weiteren Urteil zum Restitutionsausschluß entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß § 1 VIII Buchst. a VermG auch dann Anwendung finde, wenn ein Unternehmen enteignet worden sei, an dem mehrheitlich Ausländer beteiligt waren (Urteil vom 30.6.1994 – 7 C 58/93 – BVerwGE 96, 183 = NJW 1994, 2714 = DtZ 1994, 381 = NJ 1995, 103 = LKV 1995, 48 [Ls.] = NVwZ 1994, 1209 [Ls.]<sup>26</sup>. Die Klägerin, eine Gesellschaft britischen Rechts mit Sitz in London, war mit fast 76 % der Gesellschaftsanteile an der Brambacher Sprudel GmbH beteiligt, die im Jahre

---

<sup>26</sup> Das Urteil ist Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht (Az. 1 BvR 1632/94).

1946 aufgrund des Gesetzes des Landes Sachsen über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes vom 30.6.1946 (GVOBl. I, 305) entschädigungslos enteignet und in Volkseigentum überführt worden war. Die Gesellschaft war in die Liste A der enteigneten Betriebe im Land Sachsen aufgenommen worden, welche mit Befehl Nr. 64 der sowjetischen Militär-Administration in Deutschland (SMAD) über die Beendigung der Sequesterverfahren in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands vom 17.4.1948 bestätigt worden war. Das VG hatte der Klage auf Anerkennung als Berechtigte im Sinne des Vermögensgesetzes stattgegeben, die Revision zum Bundesverwaltungsgericht führte zur Klageabweisung. Das Bundesverwaltungsgericht war der Auffassung, daß das Restitutionsbegehren der Klägerin nicht begründet sei, weil das Unternehmen auf besatzungshoheitlicher Grundlage enteignet worden sei und daher das Vermögensgesetz nicht gelte (§ 1 VIII Buchst. a VermG). Die Anwendungsvoraussetzungen des § 1 VIII Buchst. a VermG bejahte das BVerwG unter Bezugnahme auf das BVerfG<sup>27</sup> für die hier umstrittene Enteignung nach dem sächsischen Gesetz über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes vom 30.6.1946 mit der Begründung, den Enteignungen sei regelmäßig die Beschlagnahme des betreffenden Vermögensobjekts auf der Grundlage des Befehls Nr. 124 der sowjetischen Militär-Administration in Deutschland (SMAD) vorausgegangen. Darüber hinaus zeige sich die maßgebliche Einflußnahme der Besatzungsmacht darin, daß die SMAD im Befehl Nr. 64 vom 17.4.1948<sup>28</sup> die durchgeführten Enteignungen ausdrücklich bestätigt habe.

Die Anwendung des § 1 VIII Buchst. a VermG sei nicht deswegen ausgeschlossen, weil die ehemalige Brambacher Sprudel GmbH mehrheitlich in ausländischem Eigentum gestanden habe. Zwar habe die sowjetische Besatzungsmacht wiederholt ihren Willen geäußert, das Eigentum ausländischer Staatsangehöriger vor dem Zugriff durch deutsche Stellen zu schützen<sup>29</sup>. Wie sich aus der sächsischen Verordnung zur Durchführung des Gesetzes vom 30.6.1946<sup>30</sup> ergebe, habe sich das Land Sachsen jedoch durch das damalige Besatzungsrecht nicht gehindert gesehen, die Enteignung

---

<sup>27</sup> BVerfGE 84, 90.

<sup>28</sup> Abgedruckt bei Fieberg/Reichenbach, Enteignung und offene Vermögensfragen in der ehemaligen DDR, Band I, 2. Aufl. 1992, Nr. 2.4.10.

<sup>29</sup> Vgl. SMAD-Befehl Nr. 104 vom 4.4.1976, abgedruckt bei Fieberg/Reichenbach (Anm. 28) Nr. 2.4.6a.

<sup>30</sup> Verordnung vom 18.7.1976, abgedruckt bei Fieberg/Reichenbach, *ibid.*, Nr. 2.8.4.1.

nungsaktionen gegen die "Kriegs- und Naziverbrecher" auch auf Gesellschaften mit ausländischer Kapitalbeteiligung zu erstrecken. Auf die Frage, ob der sowjetischen Besatzungsmacht bei Erlass des die Enteignung bestätigenden Befehls Nr. 64 bekannt gewesen sei, daß die ehemalige Brambacher Sprudel GmbH mehrheitlich in ausländischem Eigentum gestanden habe, komme es nicht an. Da die Sowjetunion in ihrer Besatzungszone über die oberste Hoheitsgewalt verfügt habe, sei es ihr bei der Verwirklichung der Maßnahme gegen "Kriegs- und Naziverbrecher" jederzeit möglich gewesen, lenkend und korrigierend einzugreifen. Infolgedessen erstrecke sich ihre Verantwortung auch auf die von den deutschen Stellen entwickelte Enteignungspraxis.

17. Zur Verlesbarkeit ausländischer Vernehmungsniederschriften zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis äußerte sich der BGH in seinem Urteil vom 10.8.1994 (3 StR 53/94 – NJW 94, 3364 = JR 1995, 251 mit Anm. R. Hauser). Ein deutscher Staatsangehöriger hatte in der Schweiz mehrere Diebstähle begangen und war von den Schweizer Behörden festgenommen und verhört worden. Nach Abschiebung in die Bundesrepublik Deutschland war der Angeklagte vom LG Kleve wegen Diebstahls zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren verurteilt worden. Da sich sowohl der Angeklagte als auch der Mitangeklagte in der Hauptverhandlung nicht zur Sache geäußert hatten, hatte die Strafkammer die Verurteilung auf die Geständnisse gestützt, die der Angeklagte sowie der Mitangeklagte bei mehreren Vernehmungen gegenüber der zuständigen Amtsstatthalterin in Luzern im Verlauf des schweizerischen Untersuchungsverfahrens abgelegt hatten. Nach § 254 Abs. 1 StPO können Erklärungen des Angeklagten, die in einem richterlichen Protokoll enthalten sind, zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen werden. Dies gilt grundsätzlich auch für ausländische Niederschriften, sofern die Protokolle nach der einzuhaltenden Zuständigkeits- und Verfahrensordnung des Vernehmungsortes eine vergleichbare Beweisfunktion erfüllen wie diejenigen über die Vernehmung durch einen deutschen Richter und die Anhörung grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen genügt<sup>31</sup>. Nach Auffassung des BGH entsprechen die Niederschriften über die Angeschuldigtenvernehmung im Untersuchungsverfahren durch einen Amtsstatthalter nach dem Gesetz über die Strafprozeßordnung des Kantons Luzern ihrem Beweiswert und ihrer Beweisfunktion nach einem richterlichen Vernehmungsprotokoll nach deutschem Strafprozeßrecht. Der Verwertbarkeit der Protokolle stehe nicht entgegen, daß dem Ange-

<sup>31</sup> Ständige Rechtsprechung des BGH vgl. BGHSt 7, 16 sowie BGH, NStZ 1983, 181.

klagten und dem Mitangeklagten eine § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO entsprechende Belehrung von der Amtsstatthalterin vor den Vernehmungen nicht erteilt worden sei. Nach dieser Bestimmung muß der Beschuldigte vor der Vernehmung darauf hingewiesen werden, daß es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Der BGH konnte angesichts der Tatsache, daß im deutschen Strafprozeß aus dem Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nach der bis vor kurzem noch herrschenden Auffassung in der Rechtsprechung ein Verwertungsverbot nicht abgeleitet worden ist, in der nach dem Recht des Kantons Luzern nicht bestehenden Belehrungspflicht über die Beschuldigtenrechte keinen Widerspruch zu grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen erkennen. Ob die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen der StPO ergibt, daß das Fehlen einer nach deutschem Recht gebotenen Belehrung die Unverwertbarkeit der entsprechenden Angaben auch im Falle ausländischer Vernehmungen zur Folge hat, meinte der BGH nicht entscheiden zu müssen. Auch nach deutschem Recht folge nämlich ein Verwertungsverbot aus der unterbliebenen Beschuldigtenbelehrung jedenfalls dann nicht, wenn der Beschuldigte – wie im vorliegenden Fall – gewußt habe, daß er nicht auszusagen brauche.

18. In dem Beschluß vom 17.12.1994 (1 BvR 1279/94 – BVerfGE 91, 335 = EuGRZ 1995, 37 = NJW 1995, 649 = RIW 1995, 320 = EuZW 1995, 218 mit Anm. H. K r o n k e) ließ das Bundesverfassungsgericht offen, ob aus verfassungsrechtlicher Sicht der Auffassung des Bundesgerichtshofs zu folgen ist, daß es sich bei den “punitive damages” um eine Sanktion handle, die unter das Strafmonopol des Staates falle<sup>32</sup>. Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde hatte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage zu befassen, ob die Gewährung von Rechtshilfe durch Zustellung einer US-amerikanischen Klage, mit der Ansprüche auf Strafschadensersatz (“punitive damages”) geltend gemacht werden, gegen Art. 2 Abs. 1 GG verstößt. Das Bundesverfassungsgericht verneinte dies [66] und führte u. a. aus, unverzichtbare Grundsätze des freiheitlichen Rechtsstaates würden jedenfalls nicht schon durch die Möglichkeit der Verhängung von Strafschadensersatz verletzt. Die Einbeziehung in ein ausländisches Verfahren durch die Zustellung sei zumutbar, da der Zugriff des ausländischen Gläubigers auf inländisches Vermögen des Schuldners unter den Voraussetzungen des § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO verhindert werden könne.

---

<sup>32</sup> Vgl. BGHZ 118, 312; vgl. hierzu auch R ä d l e r (Anm. 1), 462 f.

*IV. Staatsangehörigkeit*

## 1. Erwerb

19. In dem bereits oben [14] erwähnten Urteil vom 15.3.1994 entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß sich die Rechtswirksamkeit eines Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit durch Eintragung in Abteilung 2 der Deutschen Volksliste ausschließlich nach den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Buchst. d 1. StARegG richte. Es sei nicht erforderlich, daß der Betroffene nach dem 8.5.1945 ständig den Willen bekundet habe, als deutscher Staatsangehöriger behandelt zu werden.

20. Nach Art. 116 Abs. 2 Satz 1 GG sind Abkömmlinge früherer deutscher Staatsangehöriger, denen zwischen dem 30.11.1933 und dem 8.5.1945 die Staatsangehörigkeit aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen entzogen worden ist, auf Antrag wieder einzubürgern. In Bestätigung seiner früheren Rechtsprechung<sup>33</sup> entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß der Anspruch auf Einbürgerung allen Nachkommen des Ausgebürgerten zustehe, ohne Beschränkung auf eine bestimmte Generation. Der Einbürgerungsanspruch des Abkömmlings setze lediglich ein rechtliches Verhältnis zum Ausgebürgerten voraus, an welches das Staatsangehörigkeitsrecht den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit knüpfe. Es müsse also eine hypothetische Prüfung erfolgen, ob der Abkömmling ohne die Ausbürgerung des Vorfahren die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hätte. Diese Voraussetzungen bejahte das Bundesverwaltungsgericht für den seinem Urteil vom 11.11.1994 (1 C 35/93 – BVerwGE 95, 36 = DÖV 94, 1047 = DVBl. 1994, 529 = NJW 1994, 2164 = NVwZ 1994, 1015 [Ls.]) zugrundeliegenden Fall, in dem den Großeltern der Antragsteller durch die 11. VO zum ReichsbürgerG vom 25.11.1941 (RGBl. I, 722) die deutsche Staatsangehörigkeit aus rassischen Gründen entzogen worden war.

21. Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 RuStAG i.d.F. des Gesetzes zur Änderung asylverfahrens-, ausländer- und staatsangehörigkeitsrechtlicher Vorschriften vom 30.6.1993<sup>34</sup> erwirbt ein Kind durch die Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit, wenn ein Elternteil die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und, sofern im Falle eines nichtehelichen Kindes nur der Vater deutscher Staatsangehöriger ist, eine nach den deutschen Gesetzen wirksame Feststellung der Vaterschaft erfolgt ist. Diese Regelung ist

<sup>33</sup> BVerwGE 68, 220; 85, 108.

<sup>34</sup> BGBl. 1993 II, 1062, 1072, 1073.

nach Art. 6 des Gesetzes zum 1.7.1993 in Kraft getreten. Das VG Bremen lehnte es mit Beschluß vom 8.2.1994 (4 V 604/93 – NVwZ-RR 1994, 545 = InfAuslR 1994, 260) ab, diese Regelung auch auf ein vor Inkrafttreten des Gesetzes geborenes Kind anzuwenden. Mangels einer Übergangsvorschrift im Gesetz sei die Frage der Staatsangehörigkeit eines im Jahre 1992 geborenen nichtehelichen Kindes nach § 4 Abs. 1 RuStAG a.F.<sup>35</sup> zu beurteilen, wonach ein nichteheliches Kind die deutsche Staatsangehörigkeit durch Geburt erwirbt, wenn seine Mutter Deutsche ist. Die frühere Regelung in § 4 Abs. 1 RuStAG sei auch nicht unvereinbar mit Art. 6 Abs. 5 GG, da die grundgesetzliche Zielsetzung, nichtehelichen Kindern die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern, keine schematische Gleichstellung von nichtehelichen und ehelichen Kindern erfordere<sup>36</sup>.

## 2. Mehrfache Staatsangehörigkeit

22. In dem – nicht rechtskräftigen – Beschluß vom 8.4.1994 (25 A 59/93 – StAZ 1994, 317) befaßte sich das OVG Nordrhein-Westfalen mit der Frage, wann der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 25 Abs. 1 RuStAG eintritt. Nach dieser Vorschrift verliert ein Deutscher, der im Inland weder seinen Wohnsitz noch seinen dauernden Aufenthalt hat, seine Staatsangehörigkeit mit dem Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit, wenn dieser Erwerb auf seinen Antrag erfolgt. Der in der Schweiz lebende Sohn eines Deutschen und einer Schweizerin hatte im Jahre 1986 von der Möglichkeit des in Art. 57 Abs. 8 Satz 1 Buchst. a des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (BG) Gebrauch gemacht und ein Gesuch um Anerkennung als Schweizer Bürger eingereicht. Diesem Gesuch hatte die zuständige Polizeidirektion des Kantons entsprochen. Das OVG entschied, daß damit der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 25 Abs. 1 RuStAG eingetreten sei, da der Wortlaut der schweizerischen Bestimmungen („Anerkennung als Schweizer Bürger“) nicht bedeute, daß das entsprechende Verwaltungsverfahren nur auf die deklaratorische Feststellung eines vom Willen des Betroffenen unabhängigen Staatsangehörigkeitserwerbs zielt. Auch hier handele es sich um einen Antrag im Sinne von § 25 Abs. 1 RuStAG.

<sup>35</sup> BGBl. 1974 I, 3714.

<sup>36</sup> Die Beschwerde der Antragstellerin hat das OVG Bremen mit Beschluß vom 10.3.1994 (2 B 43/94) zurückgewiesen.

23. Mit dem Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nach Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens über die Verringerung der Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern (Mehrstaater Übk.)<sup>37</sup> beschäftigte sich das VG Greifswald in dem – nicht rechtskräftigen – Urteil vom 10.11.1994 (5 A 1189/92 – StAZ 1995, 109 mit Anm. M. Silagi). Eine DDR-Staatsbürgerin hatte nach ihrer Heirat mit einem österreichischen Staatsbürger die österreichische Staatsbürgerschaft im Jahre 1981 durch die Erklärung erworben, der Republik Österreich als getreue Staatsbürgerin angehören zu wollen. 1983 hatte sie nach Österreich ausreisen können, nachdem sie auf eigenen Antrag hin aus der Staatsbürgerschaft der DDR entlassen worden war. Nach der Wiedervereinigung hatte die in Wien wohnende Klägerin einen Antrag auf Ausstellung eines deutschen Staatsangehörigkeitsausweises beantragt, der von der zuständigen Verwaltungsbehörde abgelehnt worden war. Das VG Greifswald hielt die Verpflichtungsklage der Klägerin für unbegründet.

Zwar habe sie ursprünglich die deutsche Staatsangehörigkeit gemäß § 3 Nr. 1, § 4 Abs. 1 RuStAG besessen, diese jedoch nach Art. 1 Abs. 1 Mehrstaater Übk. durch Erwerb der österreichischen Staatsangehörigkeit verloren. Nach Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens verlieren volljährige Staatsangehörige einer Vertragspartei, die infolge einer ausdrücklichen Willenserklärung durch Einbürgerung, Option oder Wiedereinbürgerung die Staatsangehörigkeit einer anderen Vertragspartei erwerben, ihre vorherige Staatsangehörigkeit. Nach Auffassung des VG findet das Übereinkommen im vorliegenden Fall Anwendung. Zum einen habe die Klägerin die Staatsangehörigkeit der Republik Österreich infolge einer freien Willensentscheidung erworben, zum anderen sei die Klägerin zum Zeitpunkt des Erwerbs der österreichischen Staatsangehörigkeit auch Staatsangehörige einer Vertragspartei gewesen. Obwohl die Klägerin die Staatsbürgerschaft der DDR innegehabt habe, die nicht Vertragspartei des Übereinkommens war, sei sie auch als Staatsangehörige der Vertragspartei Bundesrepublik Deutschland anzusehen. Die Bundesrepublik Deutschland habe bei der Unterzeichnung des Übereinkommens durch eine Erklärung klargestellt, daß für die Anwendung des Übereinkommens als Staatsangehöriger der Bundesrepublik Deutschland jede Person gelte, die Deutscher im Sinne des Art. 116 des Grundgesetzes sei. Insofern habe die Klägerin als Bürgerin der DDR zugleich die bundesdeutsche Staatsbürgerschaft besessen. Unabhängig von der späteren Entlassung aus der DDR-Staatsbürgerschaft habe die Klägerin somit die deutsche Staatsan-

---

<sup>37</sup> BGBl. 1969 II, 1954.

gehörigkeit bereits mit der Annahme der österreichischen Staatsbürgerschaft verloren. Das VG Greifswald wies auch die Auffassung der Klägerin zurück, sie sei zum Zeitpunkt der deutschen Wiedervereinigung noch DDR-Staatsbürgerin gewesen, da ihr Verzicht auf die DDR-Staatsbürgerschaft nicht freiwillig, sondern Bedingung für ihre Ausreise nach Österreich gewesen sei. Das VG Greifswald wies darauf hin, daß der Verlust der DDR-Staatsbürgerschaft nach dem Recht der DDR wirksam sei und es nicht darauf ankomme, ob dieser Verlust der Staatsbürgerschaft mit dem deutschen *ordre public* im Einklang stehe. Die gesamtdeutsche Staatsangehörigkeit hätte die Klägerin auch dann bereits infolge des Mehrstaater Übk. verloren, wenn sie bundesdeutsche Staatsbürgerin mit Wohnsitz in der damaligen Bundesrepublik gewesen wäre.

### 3. Staatenlosigkeit

24. Mit Urteil vom 16.2.1994 (1 S 2882/93 – ESVGH 43, 197 = NVwZ 1994, 1233 = InfAuslR 1994, 243) entschied der VGH Baden-Württemberg, daß ein Verwaltungsakt, der einen Ausländer verpflichte, seine Staatenlosigkeit durch Wiedereinbürgerung zu beseitigen, nichtig sei. Die Nichtigkeit ergebe sich aus § 44 Abs. 2 Nr. 4 LVwVfG, da ein derartiger Verwaltungsakt vom Adressaten aus tatsächlichen Gründen nicht ausgeführt werden könne. Es verstehe sich von selbst, daß Staatenlose sich nicht selbst wieder einbürgern könnten, sondern dies nur durch die zuständigen nationalen Behörden erfolgen könne. Auch die Beseitigung der Staatenlosigkeit als Erfolg könne nicht als Verwaltungsakt aufgegeben werden, da es nicht in der alleinigen Verfügungsmacht des Staatenlosen liege, die Staatenlosigkeit zu beseitigen, sondern ein Hoheitsakt des einbürgernden Staates erforderlich sei. Nach Auffassung des VGH Baden-Württemberg spricht zusätzlich manches dafür, daß die Verwaltungsbehörden nicht berechtigt sind, auf eigenes Ersuchen von ihrem Heimatstaat hin Ausgebürgerte zu verpflichten, einen Wiedereinbürgerungsantrag bei der Botschaft ihres ehemaligen Heimatstaates zu stellen. Es sei davon auszugehen, daß die Staatenlosigkeit – unabhängig davon, wie sie herbeigeführt wurde – kein polizeiwidriger Zustand sei und deshalb eine zur Antragstellung verpflichtende Verfügung nicht auf die polizeiliche Generalklausel (§§ 1, 3 Polizeigesetz) gestützt werden könne. Zwar sei die Staatenlosigkeit völkerrechtlich unerwünscht, doch bestehe keine allgemein anerkannte Regel des Völkerrechts, die schlechthin die Staatenlosigkeit oder die Ausbürgerung verbiete. Eine entsprechende Regel sei deshalb auch nicht über Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts.

*V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs*

25. Nach § 26 EStG können Ehegatten beantragen, nach dem vorteilhaften Splitting-Tarif zusammen veranlagt zu werden, sofern beide Ehegatten im Veranlagungszeitraum unbeschränkt steuerpflichtig waren. Das FG Hamburg führte in seinem – nicht rechtskräftigen<sup>38</sup> – Urteil vom 17.10.1994 (V 43/93 – EFG 1995, 440) aus, daß Diplomaten und Konsularbeamte ausländischer Missionen im Empfangsstaat nur als beschränkt steuerpflichtig zu behandeln seien, da sie trotz Wohnsitzes und Aufenthalts nicht im Hoheitsbereich ansässig seien. Dies ergebe sich bereits aus einem dahin gehenden allgemein anerkannten völkerrechtlichen Grundsatz sowie aus den Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen<sup>39</sup> und über konsularische Beziehungen<sup>40</sup>. Im vorliegenden Fall hatte die Ehefrau eines portugiesischen Konsularbeamten beim zuständigen Finanzamt vergeblich geltend gemacht, zusammen mit ihrem Ehegatten veranlagt zu werden. Nach dem einschlägigen Art. 49 Abs. 1 Buchst. d WÜK ist ein Konsularbeamter im Empfangsstaat nur mit Einkünften aus dortigen Quellen steuerpflichtig. Der Extraterritorialitäts-Grundsatz gilt jedoch gemäß Art. 71 WÜK u. a. nicht für den Fall, daß Konsularbeamte im Empfangsstaat “ständig ansässig” sind. Das FG erblickte bei dem aus Portugal nach Deutschland entsandten Ehemann der Klägerin keine Anhaltspunkte, die eine ständige Ansässigkeit begründen könnten. Da Konsularbeamte grundsätzlich trotz Wohnung und Aufenthalt als extritorial bzw. nichtansässig anzusehen seien, lasse sich der Ausnahmefall ihrer ständigen Ansässigkeit nur anhand besonderer Anforderungen feststellen. Das Gericht nahm Bezug auf die bisher geübte Verwaltungspraxis, wonach ein nach Deutschland entsandter Bediensteter, der die Absicht bekundet, ständig hier zu bleiben, ab dem Zeitpunkt einer entsprechenden Mitteilung des Missionschefs an das Auswärtige Amt als ständig ansässig geführt werden kann<sup>41</sup>. Diese Voraussetzungen seien hier nicht gegeben, daher bleibe der portugiesische Konsularbeamte auch nach seiner Eheschließung mit der deutschen Klägerin beschränkt steuerpflichtig.

<sup>38</sup> Es wurde Nichtzulassungsbeschwerde zum BFH eingelegt (Az. I B 23/95).

<sup>39</sup> Übereinkommen vom 18.4.1961, BGBl. 1964 II, 959.

<sup>40</sup> Übereinkommen vom 24.4.1963, BGBl. 1969 II, 1585.

<sup>41</sup> Vgl. koord. Ländererlaß FinMin Nordrhein-Westfalen vom 15.7.1973, abgedruckt in Korn/Debatin, Doppelbesteuerung, Allgemeiner Teil Anhang B I 30 d.

*VI. Fremdenrecht*

Die Darstellung klammert den aufenthaltsrechtlichen Status von EG-Ausländern aus; die diesbezügliche Rechtsprechung wird unter IX berichtet.

## 1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts

26. Mit den aufenthaltsrechtlichen Schutzwirkungen des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG bei bestehender Lebensgemeinschaft zwischen einem abgelehnten Asylbewerber, einer deutschen Staatsangehörigen und dem aus dieser Verbindung hervorgegangenen deutschen Kind befaßte sich der BayVGH im Beschluß vom 31.11.1994 (X CS 93 2882 – BayVBl. 1994, 373). Ausgangspunkt war der Antrag eines abgelehnten indischen Asylbewerbers, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen den Bescheid des Landratsamts vom 8.2.1993 anzuordnen, in dem der Antragsteller aufgefordert worden war, die Bundesrepublik innerhalb eines Monats zu verlassen. Nach Ablehnung dieses Antrags durch das Verwaltungsgericht erhob der Antragsteller Beschwerde zum BayVGH. Hier machte der Antragsteller unter Vorlage einer Geburtsbescheinigung geltend, daß seine deutsche Lebensgefährtin am 24.8.1993 ein Kind geboren habe und er am 15.10.1993 die Vaterschaft für dieses Kind und seine gesetzliche Verpflichtung zur Leistung der monatlichen Unterhaltszahlungen gegenüber dem zuständigen Stadtjugendamt anerkannt habe. Unter Berufung auf das Bundesverfassungsgericht<sup>42</sup> stellte der BayVGH fest, daß auch ein nichtehelicher ausländischer Vater grundsätzlich den Schutz des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG beanspruchen könne, sofern er mit dem Kind und der Mutter zusammenlebe und damit die Voraussetzungen für die Wahrnehmung seiner elterlichen Verantwortung schaffe. Die in Art. 6 Abs. 1 und 2 GG enthaltene Schutz- und Förderpflicht des Staates für die Familie, verpflichte die Ausländerbehörde bei der Entscheidung über die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung, die familiären Bindungen des aufenthaltsbegehrenden Ausländers in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen. Aufenthaltswirkungen könnten sich für den Ausländer ergeben, wenn die familiären Beziehungen als Lebensgemeinschaft und nicht als bloße Begegnungsgemeinschaft ausgestaltet seien. Im vorliegenden Fall bejahte der BayVGH daher einen Rechtsanspruch des Antragstellers auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 23

---

<sup>42</sup> Beschluß vom 1.10.1992, InfAuslR 1993, 10.

Abs. 1 Nr. 3 AuslG. Nach dieser Vorschrift ist die Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe des § 17 Abs. 1 AuslG dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge zu erteilen, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Diese Anspruchsvoraussetzungen erfülle der Antragsteller zweifellos, auch wenn nicht ihm, sondern seiner deutschen Lebensgefährtin das elterliche Sorgerecht für das Kind zustehe.

27. Nach § 55 Abs. 2 AuslG hat ein Ausländer einen Rechtsanspruch auf eine Duldung, solange seine Abschiebung aus rechtlichen Gründen unmöglich ist. In dem Beschluß vom 24.6.1994 (2 B 910/94 – FamRZ 1995, 232) entschied das VG Greifswald, daß eine Abschiebung aus rechtlichen Gründen unmöglich sei, wenn die Abzuschiebende schwanger sei und glaubhaft gemacht habe, daß der Vater des Kindes ein deutscher Staatsangehöriger ist. Zwar sei die Staatsangehörigkeit des werdenden Kindes rechtlich gesehen noch unsicher, da nach § 4 Abs. 1 Satz 2 RuStAG ein nichteheliches Kind eines deutschen Vaters und einer ausländischen Mutter nur dann die deutsche Staatsangehörigkeit erwerbe, wenn die Vaterschaft nach den deutschen Gesetzen wirksam festgestellt worden sei. Es könne aber angesichts des im Eilverfahren nur notwendigen und anzuwendenden summarischen Prüfungsmaßstabes mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, daß das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit mit der Geburt erwerbe. Nach Auffassung des Gerichts vermittele bereits die absehbare deutsche Staatsangehörigkeit des werdenden Kindes diesem und dann zwangsläufig auch der schwangeren Mutter ein Bleiberecht im Bundesgebiet. Dieses durch das werdende Kind vermittelte vorläufige Bleiberecht stelle für die Mutter ein rechtliches Abschiebungshindernis im Sinne des § 55 Abs. 2 AuslG dar, da die mit der Abschiebung der Mutter zugleich erfolgende Abschiebung eines voraussichtlich mit der Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit erlangenden Kindes gegen das Aufenthaltsrecht des Kindes verstoßen würde.

28. Das Bundesverwaltungsgericht stellte klar, daß sich aus Art. 6 Abs. 1 GG unmittelbar kein grundrechtlicher Anspruch eines Familienmitglieds auf Einreise und Aufenthalt zum Zwecke des Nachzugs zu seinen im Bundesgebiet lebenden ausländischen Angehörigen ableiten lasse (Beschluß vom 15.9.1994 – 1 B 214.93 – InfAuslR 1995, 6). Die Pflicht des Staates, Ehe und Familie zu schützen und zu fördern, gebiete es auch sonst regelmäßig nicht, dem Wunsch eines Ausländers nach ehelichem und familiärem Zusammenleben im Bundesgebiet zu entsprechen, wenn sein oder seines Ehegatten Verbleib im Bundesgebiet nicht durch eine un-

befristete Aufenthaltsgenehmigung aufenthaltsrechtlich auf Dauer gesichert sei<sup>43</sup>.

29. In einem Grundsatzurteil setzte sich das Bundesverfassungsgericht (Urteil vom 9.2.1994 – 1 BvR 1687/92 – BVerfGE 90, 27 = EuGRZ 1994, 183 = JZ 1995, 152 mit Anm. W. Hoffmann-Riem und M. Eifert) mit der Frage auseinander, ob das nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG garantierte Recht der Informationsfreiheit, ständig in Deutschland lebenden Ausländern einen Anspruch auf Errichtung einer Parabolantenne zum Satellitenempfang gewährt, wenn diese andernfalls die in Deutschland empfangbaren in- und ausländischen Programme nicht nutzen können. Diese Frage stellte sich in einem Rechtsstreit zwischen einem türkischen Staatsbürger und seinem Vermieter. Das bewohnte Haus besaß eine Gemeinschaftsantenne, über die nur deutsche Fernsehprogramme empfangen werden konnten. Der Bitte des türkischen Mieters, der Vermieter möge der Installation einer Satellitenempfangsanlage zustimmen, um den Empfang türkischer Fernsehprogramme zu ermöglichen, kam der Vermieter nicht nach. Nach erfolgloser Erschöpfung des Zivilrechtswegs erhob der türkische Mieter Verfassungsbeschwerde und rügte die Verletzung seines Grundrechts auf Informationsfreiheit aus Art. 5 GG. Das Bundesverfassungsgericht bejahte einen Grundrechtsverstoß. Das Grundrecht auf Informationsfreiheit mache keinen Unterschied zwischen in- und ausländischen Informationsquellen, auch ausländische Fernsehprogramme, deren Empfang in der Bundesrepublik Deutschland möglich sei, stellten allgemein zugängliche Informationsquellen dar. Soweit der Empfang dieser Informationsquellen von technischen Anlagen abhängt, erstrecke sich der Grundrechtsschutz auch auf die Beschaffung und Nutzung solcher Anlagen, da andernfalls das Grundrecht praktisch wertlos werde.

Andererseits müsse berücksichtigt werden, daß das Grundrecht des Eigentümers aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG berührt sei, wenn er unter Berufung auf die genannten Bestimmungen verurteilt werde, eine Empfangsanlage an seinem Eigentum zu dulden. Bei Auslegung der einschlägigen Tatbestandsmerkmale des bürgerlichen Rechts sind daher nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Eigentumsinteressen des Vermieters an der auch optisch ungeschmälerten Erhaltung des Wohnhauses und die Informationsinteressen des Mieters an der Nutzung zugänglicher Informationsquellen fallbezogen abzuwägen. Hinsichtlich dieser Abwägung sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, daß die Zivilgerichte im Regelfall einen Anspruch des Mieters auf Zustimmung des Vermieters zur

---

<sup>43</sup> Vgl. auch BVerfGE 76, 1 ff.

Errichtung einer Parabolantenne dann verneinen, wenn dieser einen Kabelanschluß bereitstelle. Den besonderen Informationsinteressen dauerhaft in Deutschland lebender Ausländer trage diese auf den typischen Durchschnittsfall bezogene Abwägung jedoch nicht ausreichend Rechnung. Sie seien in der Regel daran interessiert, die Programme ihres Heimatlandes zu empfangen, um sich über das dortige Geschehen zu unterrichten und die kulturelle und sprachliche Verbindung aufrechterhalten zu können. Da dies regelmäßig nur mittels einer Satellitenempfangsanlage möglich sei, könne der ausländische Mieter in der Regel vom Vermieter die Zustimmung zur Einrichtung einer Parabolantenne verlangen. Eine verfassungswidrige Bevorzugung von Ausländern vermochte das Bundesverfassungsgericht nicht zu erblicken. Es gehe nicht um die generelle Bevorzugung einer Personengruppe wegen ihrer Heimat, sondern um die Berücksichtigung aller entscheidungserheblichen Faktoren bei der vorzunehmenden Abwägung. Aus diesem Grunde sei es auch ausgeschlossen, daß den deutschen Mietern eines Wohnkomplexes schon deswegen die Errichtung von Parabolantennen gestattet werden müßte, weil sie einem Ausländer aufgrund seiner besonderen Lage gestattet worden ist.

Diese Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach bestätigt<sup>44</sup>.

Das BayObLG entschied unter Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze in einem Beschluß vom 28.10.1994 (2 ZBR 77/94 – BayObLGZ 1994, 326 = NJW 1995, 337 = MDR 1995, 467), daß das Interesse eines im Ausland (hier Türkei) geborenen Wohnungseigentümers, der die deutsche Staatsangehörigkeit angenommen habe, eine Parabolantenne anzubringen, um die Hörfunk- und Fernsehprogramme seines früheren Heimatlandes zu empfangen, bei der Abwägung mit den Interessen der übrigen Wohnungseigentümer geringer zu gewichten sei als das eines auf Dauer in Deutschland lebenden ausländischen Wohnungseigentümers, der seine ausländische Staatsangehörigkeit beibehalte.

## 2. Ausweisung und Abschiebung

30. In dem Beschluß vom 12.7.1994 befand der VerfGH Berlin, daß mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Recht auf Freizügigkeit nach Art. 11 der Verfassung von Berlin (VvB) in Verbindung mit dem Verhältnis-

---

<sup>44</sup> Vgl. Beschluß vom 21.6.1994 – 1 BvR 671/94 – NJW-RR 1994, 1232, und Beschluß vom 30.6.1994 – 1 BvR 1478/93 – *ibid.*

mäßigkeitsgrundsatz nicht unvereinbar sei, eine Ausweisung nach §§ 45 f. AuslG auf die Begehung einer vorsätzlichen Straftat zu stützen, um andere Ausländer vor vergleichbaren Straftaten abzuschrecken (VerfGH Berlin – 94/93 – NJ 1995, 29). Ein vietnamesischer Staatsangehöriger hatte Verfassungsbeschwerde eingelegt und gerügt, seine Ausweisung nach §§ 45 Abs. 1, 46 Nr. 2 AuslG wegen gewerbsmäßiger Steuerhehlerei verletze die Verfassung von Berlin. Die Ausländerbehörde und die Gerichte hätten verkannt, daß der Handel mit unverzollten und unversteuerten Zigaretten nicht zum Bereich der schweren oder mittleren Kriminalität gehöre. § 46 Nr. 2 AuslG scheidet damit als Rechtsgrundlage ebenso aus wie ein Rückgriff auf § 45 AuslG. Der Verfassungsgerichtshof nahm für sich die Befugnis in Anspruch, bei der Kontrolle von auf Bundesrecht beruhenden Entscheidungen der Berliner Verwaltungsbehörden und Gerichte am Maßstab der mit den Grundrechten des GG inhaltsgleichen Grundrechte der Verfassung von Berlin inzident die Übereinstimmung der entscheidungserheblichen bundesrechtlichen Bestimmungen mit dem Bundesverfassungsrecht zu prüfen. Er sei wie jedes andere Gericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG verpflichtet, ein für seine Entscheidung erhebliches Bundesgesetz auf dessen Bundesverfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen und dann, wenn er dieses für bundesverfassungswidrig halte, sein Verfahren auszusetzen und das Gesetz dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorzulegen. Im Ergebnis verstoße § 45 Abs. 1 AuslG<sup>45</sup> nicht gegen Bundesverfassungsrecht, da diese Vorschrift dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot genüge.

Ebenso kam der Berliner Verfassungsgerichtshof zu dem Ergebnis, daß die angegriffene, sofort vollziehbare Ausweisung den Beschwerdeführer nicht in seinem aus Art. 11 VvB abzuleitenden verfassungsrechtlichen Anspruch auf Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verletze. Der Gesetzgeber habe, selbst für den Fall des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 45 f. AuslG, eine Ausweisung nicht zwingend vorgeschrieben, sondern sie in das Ermessen der Ausländerbehörde gestellt. Dadurch sei dieser genügend Raum gelassen, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen. Unter dem Blickwinkel des Verfassungsrechts stelle es keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dar, eine Ausweisung nach den §§ 45 und 46 AuslG auf eine vorsätzliche Straftat zu stützen, um andere Ausländer vor vergleich-

---

<sup>45</sup> § 45 Abs. 1 AuslG lautet folgendermaßen: Ein Ausländer kann ausgewiesen werden, wenn sein Aufenthalt die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt.

baren Straftaten abzuschrecken. Ein Ausländer, der sich trotz der Ausweisungsandrohung in den §§ 45 ff. AuslG von der Begehung einer Straftat nicht abhalten lasse, setze selbst die Voraussetzung für seine Ausweisungsverfügung. Er gebe durch sein Verhalten die Veranlassung für eine generalpräventive Maßnahme. Wenn als Folge seines Handelns die im Gesetz angedrohte Ausweisung angeordnet werde, um andere Ausländer von der Begehung von Straftaten abzuhalten, sei dies eine geeignete und erforderliche Maßnahme, um die Beachtung der Ausweisungstatbestände gegenüber allen in Deutschland lebenden Ausländern durchzusetzen und die generalpräventive Wirkung dieser Normen auch für die Zukunft zu sichern.

31. Das Bundesverfassungsgericht befaßte sich in seinem Beschluß vom 10.8.1994 (2 BvR 1542/94 – NJW 1994, 3155 = FamRZ 1995, 26 = NVwZ 1995, 159 [Ls.]) mit der Ausweitung von familiären Bindungen auf die Abschiebung eines Ausländers. Der Beschwerdeführer, ein türkischer Staatsangehöriger, war nach erfolgloser Durchführung zweier Asylverfahren ausreisepflichtig, als am 6.6.1994 die Tochter einer deutschen Staatsangehörigen geboren wurde, für die der Beschwerdeführer die Vaterschaft anerkannt hat. Seit dem 19.7.1994 befand sich der Beschwerdeführer in Abschiebungshaft. Seine Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes lehnten sowohl das VG als auch das OVG ab, mit der Begründung, der Beschwerdeführer habe, selbst wenn man unterstellte, daß zwischen ihm und dem von ihm anerkannten Kind eine Lebensgemeinschaft bestünde, keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Das Bundesverfassungsgericht verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das OVG zurück, da dieses die familiäre Bindung des den Aufenthalt begehrenden Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, nicht der Garantie des Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 GG entsprechend gewichtet habe. Könne die als gegeben unterstellte Lebensgemeinschaft zwischen einem Ausländer und einem von ihm als Vater anerkannten deutschen Kind nur in der Bundesrepublik stattfinden, weil dem deutschen Kind wegen dessen Beziehung zu seiner Mutter das Verlassen der Bundesrepublik nicht zumutbar sei, so dränge die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, regelmäßig einwanderungspolitische Belange zurück.

32. Eine Einbürgerung kann nach § 86 Abs. 3 in Verbindung mit § 85 Abs. 2 Satz 2 AuslG 1990<sup>46</sup> versagt werden, wenn ein Ausweisungsgrund

---

<sup>46</sup> BGBl. 1990 I, 1354.

nach § 46 Nr. 1 AuslG 1990 vorliegt, d. h., wenn ein Ausländer die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet oder sich bei der Verfolgung politischer Ziele an Gewalttätigkeiten beteiligt oder öffentlich zur Gewaltanwendung aufruft oder mit Gewaltanwendung droht. Ausgangspunkt eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 31.5.1994 (1 C 5.93 – BVerwGE 96, 86 = DVBl. 1995, 37) war der Antrag eines jordanischen Staatsangehörigen auf Erteilung einer Einbürgerungszusicherung. Die zuständige Behörde hatte ebenso wie der in der Berufungsinstanz angerufene VGH Mannheim einen Einbürgerungsanspruch des Klägers verneint, da sich der Kläger in der Bundesrepublik für mehrere palästinensische Organisationen betätigt hatte. Das Bundesverwaltungsgericht hob die Entscheidung des VGH auf und entschied, daß der Kläger einen Anspruch auf Erteilung einer Einbürgerungszusage habe. Zwar komme es infolge der selbständigen Bedeutung des § 46 Nr. 1 AuslG 1990 für das Bestehen eines Einbürgerungsanspruchs im Rahmen des § 86 Abs. 1 AuslG 1990 nicht darauf an, ob der Ausländer tatsächlich ausgewiesen werden könne, so daß bei Vorliegen eines Ausweisungsgrundes ein Einbürgerungsanspruch auch dann entfalle, wenn – wie im vorliegenden Fall – Ausweisungshindernisse nach anderen Vorschriften den Ausweisungsgrund nach § 46 Nr. 1 AuslG 1990 überlagerten. Denn auch bei Beachtung der selbständigen Bedeutung des § 46 Nr. 1 AuslG 1990 seien die Voraussetzungen für einen Einbürgerungsanspruch gegeben, da die Tätigkeit des Klägers für verschiedene palästinensische Organisationen die "Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland" im Sinne von § 46 Nr. 1 AuslG 1990 nicht gefährde und somit kein Ausweisungsgrund vorliege. Da sich der Ausweisungsgrund auf alle Gefahren für die Sicherheit des Staates, die sich aus der Anwesenheit eines Ausländers ergeben, beziehe, müsse der Ausländer persönlich eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland darstellen. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts reicht die Zugehörigkeit zu einer Vereinigung, die ihrerseits wegen Gefährdung der inneren Sicherheit nach Art. 9 Abs. 2 GG oder § 14 Abs. 1 Vereinsgesetz verboten werden kann, für sich genommen noch nicht aus. Bei einer Betätigung für eine Vereinigung müsse sich vielmehr der vereinsrechtliche Verbotsgrund der Gefährdung der inneren Sicherheit nach polizeirechtlichen Grundsätzen in der Person des Ausländers konkretisiert haben<sup>47</sup>. Diese Voraussetzungen seien in der Person des Klägers nicht erfüllt, da es sich bei den über die bloße Teilnahme an Veranstaltungen hinausreichenden Aktivitä-

---

<sup>47</sup> Im Anschluß an BVerwGE 62, 36 ff.

ten des Klägers lediglich um alltägliche Geschäfte handele. Eine Gefährdung der inneren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland könne hierin nicht gesehen werden.

33. In seinem Beschluß vom 17.11.1994 (1 B 22.4.94 – InfAuslR 1995, 150) unterstrich das Bundesverwaltungsgericht, daß auch nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes<sup>48</sup> die Rechtmäßigkeit einer angefochtenen Ausweisungsverfügung nach § 45 AuslG nach der Sach- und Rechtslage zu beurteilen sei, die im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung bestanden habe. Eine nach Erlaß des Widerspruchsbescheides erfolgte Eheschließung und Erkrankung der Klägerin war nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts daher für die Rechtmäßigkeit der getroffenen Ausweisungsentscheidung ohne Bedeutung. Auch das im Zeitpunkt des Widerspruchsbescheides bereits bestehende Verlöbniß der Klägerin mit dem Ausgewiesenen veranlaßte das Bundesverwaltungsgericht nicht zu einer Aufhebung des Bescheides. In der Rechtsprechung des Senats sei anerkannt, daß einem Ausländer, gegen dessen Anwesenheit im Bundesgebiet öffentliche Interessen sprechen, in der Regel der weitere Aufenthalt auch im Fall eines Verlöbnisses mit einer Deutschen verwehrt werden dürfe, wenn der Zeitpunkt der beabsichtigten Eheschließung – wie im vorliegenden Fall – völlig ungewiß sei.

34. Das Bundesverwaltungsgericht ließ in seinem Beschluß vom 2.12.1994 (1 B 235.94 – InfAuslR 1995, 154) ausdrücklich offen, ob ein Ausländer ausgewiesen werden darf, wenn er sich im Zeitpunkt der Ausweisung durch die Ausländerbehörde im Ausland aufhält. Der Kläger hatte geltend gemacht, er habe sich nach Erlaß der Ausweisungsverfügung, aber während des laufenden Widerspruchsverfahrens im Ausland befunden. Eine nach systematischen Gesichtspunkten erfolgte Auslegung der §§ 45 ff. AuslG ergebe, daß zulässiger Regelungsgehalt einer Ausweisungsverfügung nicht der Erlaß eines Verbotes sein könne, das Bundesgebiet erneut zu betreten. Die Ausweisung eines sich nicht im Bundesgebiet aufhaltenden Ausländers scheide von vornherein aus.

Für das Bundesverwaltungsgericht war die Frage der Zulässigkeit der Ausweisung eines im Ausland befindlichen Ausländers im vorliegenden Rechtsstreit nicht entscheidungserheblich, da sich der Kläger zum Zeitpunkt der Ausweisung (d. h. des Erstbescheides) nicht im Ausland aufgehalten habe. Aus der bisherigen Rechtsprechung des Senates ergebe sich nicht, daß eine sofort vollziehbare Ausweisung mit der Vollziehung

---

<sup>48</sup> Gesetz vom 9.7.1990, BGBl. 1990 I, 1354.

rechtswidrig werde, weil der Ausländer sich zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids im Ausland aufhalte.

### VII. Asylrecht

#### 1. Politische Verfolgung

##### a) Begriff

35. Mit Beschluß vom 28.12.1994 (2 BvR 1205/94 – NVwZ-Beilage 7/1995, 52) erklärte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde eines türkischen Staatsangehörigen gegen ein verwaltungsgerichtliches Urteil für offensichtlich begründet, mit dem das Verwaltungsgericht die Klage des türkischen Beschwerdeführers kurdischer Volkszugehörigkeit gegen die Ablehnung seines Asylantrages abgewiesen, zugleich jedoch das Vorliegen von Abschiebungshindernissen nach § 53 AuslG festgestellt hatte, da dem Beschwerdeführer mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit wegen seiner politischen Tätigkeit im Polizeigewahrsam Folter oder menschenrechtswidrige Behandlung drohe. Das Bundesverfassungsgericht nahm Bezug auf seine bisherige Rechtsprechung und führte aus, daß auch Folter sich als asylrelevante Verfolgung darstellen könne, wenn sie wegen asylrelevanter Merkmale und im Blick auf diese eingesetzt werde<sup>49</sup>. Auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts sei nicht mehr nachvollziehbar, warum das VG daran anknüpfend lediglich das Vorliegen eines Abschiebungshindernisses nach § 53 Abs. 1 AuslG wegen drohender Foltergefahr angenommen habe, im übrigen jedoch eine drohende politische Verfolgung im Sinne des Art. 16 a GG mit der Begründung verneint habe, dem Beschwerdeführer drohe bei seiner Rückkehr in die Türkei nicht mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit politische Verfolgung aus individuellen Gründen. Alle Gesichtspunkte, die das VG im Rahmen der Prüfung des § 53 Abs. 1 AuslG zur Begründung dafür angeführt habe, daß dem Beschwerdeführer Folter deshalb drohe, weil er gegenüber der Gesamtheit aller abgelehnter kurdischer Asylbewerber eine Sonderstellung einnehme, stehe in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Bekämpfung kurdischer separatistischer Aktivitäten durch den türkischen Staat. Dies lege den politischen Charakter der vom Gericht angenommenen nach Rückkehr drohenden Verfolgungsmaßnahmen gerade nahe.

---

<sup>49</sup> Vgl. BVerfGE 81, 142.

36. Ebenfalls mit der Asylberechtigung türkischer Staatsangehöriger kurdischer Volkszugehörigkeit setzte sich das OVG Nordrhein-Westfalen in seinem Beschluß vom 6.6.1994 (25 A 3388/91.A – InfAuslR 1995, 30) auseinander. Ein Angehöriger der PKK-Guerilla, der an mehreren Auseinandersetzungen mit türkischen Sicherheitskräften beteiligt gewesen war, hatte nach seiner Einreise in das Bundesgebiet im Mai 1989 vergeblich die Anerkennung als Asylberechtigter beantragt. Das OVG Nordrhein-Westfalen gab der gegen den ablehnenden Asylbescheid gerichteten Klage in zweiter Instanz in vollem Umfang statt. Der Kläger sei politisch Verfolgter im Sinne des Art. 16 a Abs. 1 GG, da er im Zeitpunkt seiner illegalen Ausreise aus der Türkei wegen seiner Tätigkeiten für die PKK jederzeit mit seiner Festnahme habe rechnen müssen und im Polizeigewahrsam mit hoher Wahrscheinlichkeit körperlich mißhandelt worden wäre. Zwar sei die Grenze der Asylverheißung politischer Straftäter grundsätzlich dann überschritten, wenn der Asylsuchende seine politische Überzeugung unter Einsatz terroristischer Mittel betätigt habe, also insbesondere unter Einsatz gemeingefährlicher Waffen oder durch Angriffe auf das Leben Unbeteiligter. Der Senat war jedoch der Auffassung, daß die Frage offen bleiben könne, ob diese Grenze im vorliegenden Fall überschritten sei. Denn selbst wenn man im Fall des Klägers von einer terroristischen Betätigung ausgehe, stehe dies der Asylerblichkeit der ihm vor seiner Einreise in die Bundesrepublik drohenden staatlichen Verfolgungsmaßnahmen nicht entgegen. Maßnahmen der staatlichen Terrorismusabwehr seien nämlich als politische Verfolgung zu werten, wenn objektive Umstände – wie etwa die besondere Intensität der Verfolgungsmaßnahmen – darauf schließen ließen, daß der Betroffene wegen eines asylerblichen Merkmals verfolgt werde<sup>50</sup>. Dies sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Verfolgte – wie hier – in der Polizeihaft mit der Anwendung von Folter rechnen müsse, die über das Maß hinausgehe, das Personen zu erwarten hätten, die dort wegen krimineller Delikte inhaftiert seien. Die dem Kläger im Zeitpunkt seiner Ausreise drohenden Mißhandlungen im Polizeigewahrsam seien auch dem türkischen Staat zuzurechnen, da ein energisches Vorgehen gegen die weitverbreitete Folterpraxis nicht festzustellen sei. Der Folter verdächtige Angehörige der Sicherheitskräfte seien nur in wenigen Fällen disziplinarisch oder strafrechtlich verfolgt worden. Das OVG sah sich an der Anerkennung des Klägers als Asylberechtigter auch nicht durch den Beschluß des Bundes-

---

<sup>50</sup> Vgl. auch BVerfGE 80, 315, 339.

verfassungsgerichts vom 20.12.1989<sup>51</sup> gehindert, in dem dieses festgestellt hatte, daß Asyl nicht beanspruchen könne, wer im Heimatland unternommene terroristische Aktivitäten oder deren Unterstützung von der Bundesrepublik Deutschland aus in den hier möglichen Formen fortzuführen trachte. Die exilpolitischen Aktivitäten des Klägers beschränkten sich auf bloße Beeinflussung des Meinungsklimas und hielten sich im Rahmen dessen, was bei der kurdischen Bewegung zuneigenden türkischen Staatsangehörigen in der Bundesrepublik Deutschland üblich sei.

37. Auch im Berichtszeitraum 1994 hatten sich die deutschen Gerichte mehrfach mit Asylanträgen vietnamesischer Staatsangehöriger zu befassen, die in der DDR beschäftigt gewesen waren<sup>52</sup>. Nach § 51 Abs. 1 AuslG darf ein Ausländer nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist. Da die illegale Ausreise aus Vietnam oder das illegale Verbleiben von Vietnamesen im Ausland nach Art. 89 des Vietnamesischen Strafgesetzbuches (VStGB) von 1986 unter Strafe steht, bedurfte der Klärung, ob die insoweit mit Strafe bedrohten, in Deutschland befindlichen Vietnamesen Abschiebungsschutz nach § 51 Abs. 1 AuslG genießen. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in seinem Urteil vom 15.3.1994 (9 C 510.93 u. a. – DVBl. 1994, 927) ein Urteil des VGH München<sup>53</sup>, in dem dieser den politischen Charakter der strafrechtlichen Verfolgung nach Art. 89 VStGB verneint hatte. Der VGH München sei rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gekommen, daß Art. 89 VStGB nur ordnungsrechtlicher Charakter beizumessen sei, da die vietnamesischen Machthaber zwar gezielt gegen prominente Oppositionelle vorgingen, jedoch kein Interesse an der massiven Verfolgung einer großen Zahl von Tätern wegen Insubordinationsstatbeständen hätten. Allein aus dem Inhalt der Strafvorschrift lasse sich noch nicht beantworten, ob drohender Bestrafung wegen unerlaubten Fernbleibens im Ausland asylerbliche Bedeutung zukomme, es müßten vielmehr die Gesamtverhältnisse im Herkunftsland berücksichtigt werden. Die Anwendung einer Strafnorm könne sich jedoch verändern mit der Folge, daß eine Norm, die politischen Charakter aufweise, gleichwohl in der Praxis in einer Weise gehandhabt werde, daß sie nur noch der Einhaltung ordnungspolitischer Vorstellungen diene. Wegen der politischen Öffnung Vietnams habe der VGH München zumindest im maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt davon ausgehen können, daß die Klä-

<sup>51</sup> BVerfGE 81, 142.

<sup>52</sup> Vgl. hierzu bereits Rädler (Anm. 1), 508 ff., und Philipp (Anm. 4), 851 f.

<sup>53</sup> Urteil vom 23.7.1993 (8 BZ 93.30413), hierzu Philipp, *ibid.*, 851.

ger eine wegen asylerblicher Merkmale vergleichsweise hohe Strafe nach Art. 89 VStGB nicht zu befürchten hätten. Da das Bundesverwaltungsgericht den politischen Charakter des Art. 89 VStGB verneinte, konnte es offenlassen, ob die Kläger wegen unerlaubten Verbleibens im Ausland in ihrer Heimat überhaupt eine Bestrafung zu erwarten haben und ob die Kläger unter das Reintegrationsabkommen zwischen der Bundesregierung und der Regierung der Sozialistischen Republik Vietnam vom 9.6.1992 (BGBl. 1994 II, 78) fallen.

38. Demgegenüber kam der VGH Baden-Württemberg zu dem Ergebnis, daß sich die Anwendung des Art. 89 VStGB als politische Verfolgung von asylerblicher Intensität darstelle und einer Abschiebung der hier nach mit Strafe bedrohten Vietnamesen die Vorschrift des § 51 Abs. 1 AuslG entgegenstehe (Urteil vom 14.11.1994 – A 16 S 1748/93 – InfAuslR 1994, 161). Der VGH hatte über den Fall eines vietnamesischen Staatsangehörigen zu entscheiden, der nach einer zweijährigen Tätigkeit als Fließbandarbeiter in der ehemaligen ČSFR vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Oktober 1990 in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland übergewechselt war, wo er die Anerkennung als Asylberechtigter beantragt hatte. Nach Auffassung des VGH droht dem Kläger mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit eine Bestrafung nach Art. 89 VStGB. Die in Art. 8 des Reintegrationsabkommens (BGBl. 1994 II, 78) sowie in dem dazu vereinbarten Zusatzprotokoll enthaltene Straffreiheitsgarantie gelte nicht für jeden vietnamesischen Staatsbürger, sondern nur für die im Rahmen und auf der Grundlage des Reintegrationsabkommens zurückkehrenden förderungsfähigen Fachkräfte. Die Rückkehr nach Vietnam sei vietnamesischen Staatsangehörigen nur dann zuzumuten, wenn sie – bezogen auf die besonderen Umstände des konkreten Einzelfalles – die sichere Erwartung oder doch wenigstens eine reale Chance der Straffreiheit hätten. Eine solche bestehe nur, wenn der vietnamesische Staatsangehörige nicht nur nach dem abstrakten Wortlaut des Abkommens, sondern auch nach den konkreten Bedingungen seiner tatsächlichen Durchführung eine aussichtsreiche Förderungschance habe. Für vietnamesische Arbeitnehmer aus der ehemaligen ČSFR ohne besondere berufliche Qualifikation bestünden kaum Chancen, nach dem Abkommen gefördert zu werden.

Die damit dem Kläger drohende Bestrafung nach Art. 89 VStGB stellt nach Auffassung des VGH eine politische Strafverfolgung dar und ist nicht lediglich ordnungsrechtlicher Natur. Politische Verfolgung liege dann vor, wenn die Strafandrohung der Abwehr und Ahndung des auf abweichender politischer Überzeugung beruhenden Wunsches diene, in einem anderen Land leben zu können. Ebenso wie das Bundesverwal-

tungsgericht in der vorstehend berichteten Entscheidung führte der VGH aus, die Unterscheidung, ob eine Strafvorschrift der politischen Verfolgung oder allein der Durchsetzung ordnungsrechtlicher Aus- und Einreisebestimmungen diene, könne nicht getroffen werden, ohne die Eigenart des Staates in Betracht zu ziehen, von dem die Bestrafung ausgehe. Die Sozialistische Republik Vietnam unterstehe einem unverändert totalitären Regime kommunistischer Prägung. Für die Staaten des von der Sowjetunion dominierten Ostblocks sei durchweg kennzeichnend gewesen, daß eine Ausreise ins kapitalistische Ausland verboten war und als Verrat an der sozialistischen Solidarität galt. Bei einem nach wie vor als repressiv zu kennzeichnenden innenpolitischen Klima fehle jeglicher Anhaltspunkt für die Annahme, der Charakter der – aufrechterhaltenen – Strafvorschriften der Art. 85, 88, 89 VStGB habe sich geändert. Der Senat verkenne dabei nicht, daß jedenfalls Art. 89 VStGB auch reine Ordnungsstrafen erfasse und dementsprechend auch relativ milde Sanktionen wie die Verwarnung oder die kurzzeitige Freiheitsstrafe von drei Monaten vorsehe. Die hier nach doppelte Zweckrichtung des Art. 89 belege weiter, daß in Fällen mit (vermutetem) politischem Einschlag Strafen aus dem oberen Bereich des gesetzlichen Strafrahmens verhängt würden. Entgegen der Auffassung des BayVGH (Urteil vom 23.7.1993 – 8 BZ 93 30466)<sup>54</sup> gehöre die Einweisung in Umerziehungslager mit zu dem Spektrum der von Art. 89 vorgesehenen und ermöglichten Umerziehungsmaßnahmen. Dem Kläger, in dessen Ausreise aus dem von der Republik Vietnam vorgesehenen Gastland und in dessen Weigerung, freiwillig nach Vietnam zurückzukehren, ein Fall politisch-oppositionell motivierter Republikflucht gesehen werde, drohe damit bei Anwendung des Art. 89 nicht lediglich eine Verwarnung oder eine Umerziehung in Gestalt einer ideologischen Wochenendschulung, sondern zumindest eine mehrmonatige Freiheitsstrafe. Dieser Nachteil sei asylrechtlich – und damit auch nach § 51 Abs. 1 AuslG – erheblich.

#### *b) Gruppenverfolgung*

39. Nach einer Entscheidung des schleswig-holsteinischen Verwaltungsgerichts (Gerichtsbescheid vom 26.10.1994 – 5 A 744/93 – InfAuslR 1995, 34) sind Kurden in den Notstandsprovinzen und den zwar nicht unter Notstandsrecht stehenden, jedoch in die administrativen und militärischen Maßnahmen mit einbezogenen Provinzen der Türkei einer Gruppenverfolgung wegen ihrer Volkszugehörigkeit ausgesetzt. Eine Gruppen-

---

<sup>54</sup> Siehe hierzu die Revisionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts [37].

verfolgung liege vor, wenn die Gruppe als solche Ziel einer politischen Verfolgung sei, so daß jedes einzelne Mitglied der Gruppe allein deswegen, weil es die gruppenspezifischen Merkmale besitze, mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit politische Verfolgung zu befürchten habe. Diese Voraussetzungen sind zur Überzeugung des Gerichts für Kurden in den Notstandsprovinzen erfüllt. Zu dieser Einschätzung gelangte das Gericht aufgrund einer Neubewertung der zugänglichen Erkenntnisquellen. Es nahm hier unter anderem Bezug auf einen Bericht von amnesty international vom 7.9.1992 und vom 20.7.1994 ("Die aktuelle Menschenrechtssituation für Kurden in der Türkei") sowie auf die in einem Urteil des OVG Schleswig (Urteil vom 28.1.1993 – 1 L 111/92) vorgenommene Bewertung, wonach Kurden bei einer Rückkehr in die Notstandsgebiete der Türkei wegen ihrer Zugehörigkeit zur kurdischen Volksgruppe politische Verfolgung drohe. Des weiteren gelangte das Gericht zu der Überzeugung, daß Kurden auch in den sonstigen sensiblen Gebieten einer Gruppenverfolgung wegen ihrer Volkszugehörigkeit ausgesetzt seien. Denn die erwähnten Provinzen stünden zwar nicht unter Notstandsrecht, seien jedoch nicht nur in die administrativen, sondern auch in die militärischen Maßnahmen mit einbezogen, so daß auch in diesen Provinzen der für die Annahme einer staatlichen Verfolgung maßgebliche Gesichtspunkt Platz greife, daß Aktionen der türkischen Sicherheitskräfte gezielt auf die Zivilbevölkerung in Anknüpfung an ihre kurdische Volkszugehörigkeit träfen, um sie von einer gerade aufgrund ihrer Volkszugehörigkeit für möglich gehaltenen Unterstützung der PKK abzuhalten.

40. Im Gegensatz hierzu war das OVG Nordrhein-Westfalen in seinen Beschlüssen vom 11.3.1994 (25 A 2670/92.A – NVwZ-RR 1994, 546 [Ls.]) sowie vom 6.6.1994 (siehe [36]) zu dem Ergebnis gelangt, daß eine Asylanerkennung türkischer Staatsangehöriger allein unter dem Gesichtspunkt der kurdischen Volkszugehörigkeit nach gegenwärtigem Erkenntnisstand weiterhin nicht in Betracht komme.

41. Zu der Frage, ob Albanern in dem Gebiet des Kosovo eine Gruppenverfolgung droht, nahmen auch im Berichtsjahr 1994 deutsche Obergerichte Stellung<sup>55</sup>. So hob das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 5.7.1994 (9 C 158.94 – BVerwGE 96, 201 = DÖV 1995, 26 = NVwZ 1995, 175) ein Urteil des niedersächsischen OVG auf, in dem das OVG das Vorliegen einer unmittelbaren staatlichen Gruppenverfolgung der Albaner im Kosovo wegen ihrer Volkszugehörigkeit bejaht hatte. Das Bundesverwaltungsgericht präziserte seine bisherige Rechtsprechung und

---

<sup>55</sup> Siehe hierzu bereits Philipp (Anm. 4), 853 f.

fürte aus, eine unmittelbare staatliche Gruppenverfolgung setze voraus, daß mit ihr eigene staatliche Ziele durchgesetzt werden sollten und daß diese Ziele – offen oder verdeckt – von eigenen staatlichen Organen oder durch eigens vom Staat dazu berufene oder doch autorisierte Kräfte durchgesetzt werden könnten. Im Unterschied zur mittelbaren Gruppenverfolgung könne daher eine staatliche Gruppenverfolgung schon dann anzunehmen sein, wenn zwar keine “Referenzfälle” durchgeführter Verfolgungsmaßnahmen zum Nachweis einer jedem Gruppenmitglied drohenden “Wiederholungsgefahr” festgestellt werden könnten, aber hinreichend sichere Anhaltspunkte für ein staatliches Verfolgungsprogramm vorlägen. Voraussetzung sei ferner, daß die festgestellten asylrelevanten Maßnahmen die von ihnen Betroffenen gerade in Anknüpfung an asylrelevante Merkmale träfen.

Gemessen an diesen Kriterien seien die Feststellungen des OVG nicht in der Lage, die Annahme einer Gruppenverfolgung der ethnischen Albaner im Kosovo zu tragen. Das OVG habe es versäumt, Intensität und Anzahl aller Verfolgungshandlungen zur Größe der Gruppe in Beziehung zu setzen. Eine bestimmte Anzahl von Angriffen, die sich für eine kleine Gruppe von Verfolgten bereits als bedrohlich erweise, könne gegenüber einer großen Gruppe vergleichsweise geringfügig erscheinen. Das OVG habe jegliche Ausführungen darüber vermissen lassen, in welcher Dichte die albanische Bevölkerung des Kosovo von Verfolgungsmaßnahmen heimgesucht werde. Die Gruppenverfolgung lasse sich auch nicht darauf stützen, daß die Albaner im Kosovo ohne Rücksicht auf die Frage der Dichte der tatsächlich geführten Verfolgungsschläge als Zielgruppe eines staatlichen Verfolgungsprogramms gruppenverfolgt seien. Daß ein staatliches Programm zur Vertreibung aller Albaner aus dem Kosovo oder gar zur Ausrottung aller Albaner bestehe, sei nicht belegt. Die auf eine Diskriminierung der albanischen Bevölkerung im Kosovo und eine Verschiebung des Bevölkerungsanteils zugunsten der Serben und Montenegriner hinauslaufende serbische Politik reiche nicht aus, um ein Verfolgungsprogramm des serbischen Staates anzunehmen. Die serbischen Gesetze bedeuteten zwar eine massive Benachteiligung der Albaner, stellten hinsichtlich der Eingriffsintensität aber noch keine asylrelevante Verfolgung dar. Zudem rügte das Bundesverwaltungsgericht die Sachverhalts- und Beweiswürdigung des OVG. Die Aneinanderreihung einzelner Tatsachen, Mitteilungen und Lagebeurteilungen in Auskünften, Stellungnahmen und Zeitungsberichten gebe noch keine hinreichend verlässliche Tatsachengrundlage für die vorgenommene Beweiswürdigung ab. Die Prüfung der ethnischen Gruppenverfolgung erfordere hingegen, daß das Verfolgungs-

geschehen möglichst umfassend und erschöpfend festgestellt und daraufhin untersucht werde, welche asylrelevanten politischen Verfolgungsmaßnahmen vorlägen.

*c) Religiöses Existenzminimum*

42. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte in seinem Beschluß vom 19.12.1994 (2 BvR 1426/91 – DVBl. 1995, 559 = InfAuslR 1995, 210) seine bisherige Rechtsprechung zur Frage der politischen Verfolgung wegen Religionszugehörigkeit<sup>56</sup>. Das Bundesverfassungsgericht gab einer Verfassungsbeschwerde eines iranischen Staatsangehörigen statt, der 1986 in der Bundesrepublik politisches Asyl mit der Begründung beantragt hatte, er sei 1978 vom islamischen Glauben zum chaldäisch-katholischen Glauben übergetreten. Nach der Scharia würde der Abfall vom islamischen Glauben (Apostasie) mit dem Tode bestraft. Das Bundesverfassungsgericht führte aus, daß bei einer, vom angerufenen VG als wahr unterstellten, im Iran geübten Rechtspraxis, wonach der Abfall vom Islam tatsächlich die Todesstrafe nach sich ziehe, dem Beschwerdeführer die Asylberechtigung nicht aberkannt werden könne. Er könne nicht mit dem Hinweis, daß ihm vor seiner Ausreise nichts passiert sei, darauf verwiesen werden, seine Religionszugehörigkeit im Iran geheimzuhalten. Zwar schütze das Asylrecht nicht vor staatlichen Maßnahmen, die sich gegen die Religionsausübung in der Öffentlichkeit richteten, jedoch folge daraus nicht, daß einem Glaubenszugehörigen angesonnen werden könne, seine Religionsausübung oder gar seine Religionszugehörigkeit als solche geheimzuhalten, um staatlichen Repressalien zu entgehen. Die Religionsausübung im häuslich-privaten Bereich und die Möglichkeit zum religiösen Bekenntnis im nachbarschaftlich-kommunikativen Bereich gehöre vielmehr zu dem durch das Asylrecht geschützten elementaren Bereich der sittlichen Person und unterstehe der Garantie des Art. 16a Abs. 1 GG. Ahnde eine ausländische Rechtspraxis – wie im vorliegenden Fall – das religiöse Bekenntnis als solches und könne sich der Glaubensangehörige einer Bestrafung nur in der Weise entziehen, daß er seine Religionszugehörigkeit leugne, sei ihm der elementare Bereich, den er als religiöses Existenzminimum zu seinem Leben- und Bestehenkönnen als sittliche Person benötige, entzogen.

---

<sup>56</sup> Siehe hierzu bereits Rädler (Anm. 1), 511 f., sowie Philipp (Anm. 4), 855.

*d) Übergriffe Privater*

43. Nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (9 B 181/94 – NVwZ-RR 1995, 54 = DVBl. 1995, 580 [Ls.]) handelt es sich bei Verfolgungsmaßnahmen der Armee eines Staates um eine vom Staat selbst und nicht um eine von einem Dritten begangene, ihm lediglich zurechenbare Verfolgung, sofern die Verfolgungsmaßnahmen von der obersten Armeeführung angeordnet worden sind und von der Regierung stillschweigend hingenommen werden. Gegenstand des Verfahrens war der Asylantrag eines Staatsangehörigen aus Sri Lanka tamilischer Volkszugehörigkeit. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts sind von den militärischen Organen eines Staates begangene Vernichtungsaktionen gegen die Zivilbevölkerung immer dann staatliche Verfolgung, wenn die Verfolgungshandlungen der Armee von der innerhalb des Staates geltenden Entscheidungs- und Befehlslage vorgeschrieben oder zugelassen sind. Seien die diesbezüglichen Anordnungen und Verlautbarungen der innerstaatlichen Entscheidungsträger widersprüchlich, so komme es darauf an, welche der Anordnungen sich in der Praxis durchgesetzt hätten und das Handeln der staatlichen Sicherheitskräfte bestimmten. Nur solche von staatlichen Organen begangene Übergriffe, die aus der so zustandegekommenen Praxis des staatlichen Handelns als Exzesse deutlich herausfielen, seien keine staatliche Verfolgung. Die auf Befehle der obersten Armeeführung Sri Lankas zurückgehenden Vernichtungsaktionen der kämpfenden Truppe seien bereits deshalb staatliche Verfolgung, weil diese Maßnahmen Teil der Kriegsführung seien, für die sich der srilankische Staat entschieden habe.

44. Zur Frage der mittelbaren staatlichen Verfolgung äußerte sich das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 5.7.1994 (9 C 1.94 – DVBl. 1995, 565 = BayVBl. 1995, 186 = NVwZ 1995, 391 = InfAuslR 1995, 24). Ausgangspunkt des Verfahrens war eine Klage syrischer Staatsangehöriger syrisch-orthodoxen Glaubens und assyrischer Volkszugehörigkeit gegen die Ablehnung der Anerkennung von Abschiebeschutz nach § 51 Abs. 1 AuslG. Die Kläger hatten geltend gemacht, wegen ihres Glaubens Übergriffen fanatisierter steinwerfender Moslems ausgesetzt gewesen zu sein. Das Bundesverwaltungsgericht verwies den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung zurück und führte aus, die Gewalttätigkeiten der moslemischen Zivilpersonen seien dem syrischen Staat als mittelbar staatliche Verfolgung dann zuzurechnen, wenn dieser gegen Verfolgungsmaßnahmen Privater grundsätzlich keinen effektiven Schutz gewähre. Eine grundsätzliche Schutzbereitschaft des Staates vor Übergriffen Privater bestehe dann, wenn Polizei- und Sicherheits-

behörden zur Schutzgewährung ohne Ansehung der Person verpflichtet und dazu von der Regierung auch landesweit angehalten seien, vorkommende Fälle von Schutzversagung mithin ein von der Regierung nicht gewolltes Fehlverhalten der Handelnden darstellten.

45. Das OVG Rheinland-Pfalz entschied, daß mittelbare staatliche Verfolgung auch dann vorliege, wenn der staatliche Schutz gegenüber asylrelevanten Rechtsverletzungen privater Dritter in einer solchen Vielzahl von Fällen unterbleibe, daß es für die Angehörigen der entsprechenden Minderheit (hier: Ahmadis in Pakistan) völlig offen sei, ob die vom Staat verbal versicherte Schutzbereitschaft im Einzelfall greife oder nicht (Urteil vom 30.8.1994 – 6 A 10598/92 – InfAuslR 1995, 211).

## 2. Inländische Fluchtalternative

46. In dem bereits oben [41] erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Gruppenverfolgung albanischer Volkszugehöriger nahm das Gericht auch Stellung zur Frage der inländischen Fluchtalternative und widersprach der Annahme des Berufungsgerichts, aus den Zielen der serbischen Regierung ergebe sich eine Zugriffsgefahr für ethnische Albaner auch außerhalb des Kosovo. Dies würde voraussetzen, so das Bundesverwaltungsgericht, daß die serbische Regierung tatsächlich entweder die Ausrottung aller Albaner oder ihre Vertreibung aus dem gesamten Staatsgebiet betreiben würde. Hierzu fehle es an entsprechenden Feststellungen, im übrigen spreche die Tatsache, daß nach den Lageberichten des Auswärtigen Amtes die Albaner außerhalb des Kosovo relativ unbehelligt leben könnten – und lediglich in Kreisen mit größerem albanischen Bevölkerungsanteil Diskriminierungen ausgesetzt seien –, gerade gegen solche Gefahren. Auch soweit das Berufungsgericht angenommen habe, den Klägern drohe außerhalb des Kosovo bei generalisierender Betrachtung auf unabsehbare Zeit ein Leben unter dem Existenzminimum, fehle es hierfür an hinreichenden Tatsachenfeststellungen. Nur wenn ein Vergleich der Lebensverhältnisse im Kosovo und in anderen Landesteilen Rest-Jugoslawiens ergäbe, daß die Kläger im gesamten Land gleichermaßen ein Leben unter dem Existenzminimum zu erwarten hätten, käme es auf die Rechtsfrage an, ob unter solchen Umständen eine inländische Fluchtalternative ausscheidet.

47. Nachdem das schleswig-holsteinische Verwaltungsgericht zu dem Ergebnis gelangt war, Kurden seien in bestimmten Provinzen der Türkei einer Gruppenverfolgung wegen ihrer Volkszugehörigkeit ausgesetzt [39], entschied es, daß Kurden auch keine Fluchtalternative in anderen Regio-

nen der Türkei zur Verfügung stehe. Das Vorliegen der Voraussetzungen einer inländischen Fluchtalternative sei nur dann näher zu prüfen, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür gebe, daß der Verfolgerstaat ein "mehrgesichtiger" Staat sei. Solche Anhaltspunkte vermochte das Gericht nicht zu erkennen. Bei einem zentralistisch organisierten Staat wie der Türkei müsse davon ausgegangen werden, daß er mittels seiner Sicherheits- und Ordnungskräfte in der Lage sei, ein Verfolgungsinteresse auch landesweit durchzusetzen. Ein solches im Zusammenhang mit der Abwehr separatistischer Bestrebungen stehendes Verfolgungsinteresse sei vor dem Hintergrund der auch im Westen der Türkei zunehmenden Aktivitäten der PKK in bezug auf jeden nicht evident assimiliert erscheinenden Kurden auch außerhalb des Krisengebiets im Osten des Landes in Rechnung zu stellen, also auch hinsichtlich der Kläger nicht sicher auszuschließen. Zum anderen müsse angesichts der Art der Überprüfung zurückkehrender Asylbewerber bezweifelt werden, daß die Kläger einen Ort außerhalb der sensiblen Gebiete der Notstandsprovinzen erreichen könnten, ohne bei der Einreise asylrelevanten Maßnahmen ausgesetzt zu werden.

### 3. Anderweitiger Verfolgungsschutz – Drittstaatenregelung

Die Drittstaatenregelung des Art. 16 a Abs. 2 GG (in das Grundgesetz eingefügt durch ein am 30.6.1993 in Kraft getretenes Änderungsgesetz) war, wie bereits im Berichtsjahr 1993<sup>57</sup>, Gegenstand einer ganzen Reihe gerichtlicher Entscheidungen, die hier nur in einer Auswahl vorgestellt werden können.

48. Das Bundesverfassungsgericht judizierte in seinem Beschluß vom 19.11.1994 (2 BvR 81/93 – InfAuslR 1994, 154), daß die Drittstaatenregelung nur auf Fälle anzuwenden sei, in denen der Ausländer nach dem 30.6.1993 in den Geltungsbereich des Grundgesetzes eingereist sei. Dies lege schon die in Art. 16 a Abs. 2 GG vorausgesetzte zeitliche Abfolge ("... wer aus ... einreist ...") nahe. Art. 16 a Abs. 2 GG stelle nach Wortlaut und Sinnzusammenhang auf den aktuellen Vorgang der Einreise aus einem sicheren Drittstaat ab und nicht darauf, daß der Ausländer irgendwann einmal in der Vergangenheit aus einem Staat eingereist sei, der jetzt als sicherer Drittstaat anzusehen sei.

---

<sup>57</sup> Siehe Philipp, *ibid.*, 857 ff.; die Einfügung des Art. 16 a in das GG sowie die Anpassung des einfachen Rechts hieran hat das BVerfG in drei Urteilen vom 14.5.1996 als verfassungskonform bestätigt (Drittstaatenregelung 2 BvR 1938/93 und 2315/93; sichere Herkunftsländer 2 BvR 1507/93 und 1508/93; Flughafenverfahren 2 BvR 1516/93).

49. Der VGH Baden-Württemberg befand (Beschluß vom 26.9.1994 – A 14 S 1937/94 – DÖV 1995, 207 = BWVP 1995, 43 = VBlBW 1995, 247 = DVBl. 1995, 864 mit Anm. W. Möller und C. Schütz), daß Art. 16 a Abs. 2 GG auch dann zum Ausschluß des Asylrechts nach Art. 16 a Abs. 1 GG führe, wenn zwar nicht feststehe, aus welchem der in Art. 16 a Abs. 2 GG i.V.m. § 26 a Abs. 2 AsylVfG bezeichneten Drittstaaten der Ausländer eingereist sei, aber feststehe, daß er nur aus einem solchen eingereist sein kann. Denn auch dann entspreche der Ausschluß des Asylrechts dem verfassungsrechtlichen Zweck, den Flüchtenden zuvörderst auf die Schutzmöglichkeit des (nur ihm bekannten) Drittstaates zu verweisen. Ein anderes Verständnis dieser Regelung hätte des weiteren zur Folge, daß diejenigen Ausländer bevorzugt würden, die ihren Reiseweg verschleierten, während diejenigen, die ihren Mitwirkungspflichten auch hinsichtlich des Reiseweges entsprächen, vom Grundrecht auf Asyl ausgeschlossen würden.

50. Das OVG Koblenz entschied dagegen, daß für den Ausschluß des Asylgrundrechts nach Art. 16 a Abs. 2 GG, § 26 a Abs. 1 und 2 AsylVfG die Kenntnis des konkreten Drittstaates, aus dem der Ausländer in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist, erforderlich sei (nicht rechtskräftiges Urteil vom 16.12.1994 – 13 A 11579/94 – NVwZ-Beilage 7/1995, 53). Ein anderes Verständnis würde die Gefahr in sich bergen, daß schutzbedürftige Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention nicht den erforderlichen Schutz erhielten, da der angegangene Staat sich aufgrund der Drittstaatenregelung schon aus formalen Gründen nicht für den Flüchtling verantwortlich fühlte und dem Flüchtling das gleiche Schicksal in dem Drittstaat widerfahren könnte. Damit drohe den Flüchtlingen, "refugees in orbit" zu werden, weil sich aus formalen Gründen letztlich kein Staat für sie verantwortlich fühle und sie von einem Staat in den anderen bis hin zu ihrem Herkunftsstaat abgeschoben werden könnten.

51. Das VG Chemnitz legte Art. 16 a GG und das AsylVfG dahin gehend verfassungskonform aus, daß die Drittstaatenregelung dann nicht anwendbar sei, wenn ein Ausländer nicht in den sogenannten sicheren Drittstaat, aus dem er in das Bundesgebiet eingereist ist, abgeschoben werden könne. In diesem Fall sei das Asylbegehren des Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland zu prüfen. In dem vom VG Chemnitz entschiedenen Fall war die Abschiebung eines über Frankreich in die Bundesrepublik eingereisten Algeriers aufgrund des deutsch-französischen Übernahmeabkommens vom 22.11.1960 (BANz Nr. 60/1960) nicht möglich gewesen.

52. Das VG Koblenz stellte klar, daß eine Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet nicht in Betracht komme, sofern der Asyl-

bewerber über einen sogenannten Drittstaat in die Bundesrepublik einreise (Beschluß vom 2.3.1994 – 3 L 830/94 – NVwZ-Beilage 4/1994, 31). Vielmehr sei entweder gemäß § 34 a AsylVfG die Abschiebung in den Drittstaat anzuordnen und zugleich der Asylantrag gemäß § 26 a AsylVfG abzulehnen oder der Asylantrag als unbeachtlich gemäß § 29 Abs. 3 AsylVfG abzulehnen und eine entsprechende Abschiebungsandrohung zu erlassen. Hierbei sei zu beachten, daß im Falle eines unbeachtlichen Asylantrages im Sinne des § 29 Abs. 3 Satz 1 AsylVfG nur die Androhung der Abschiebung in einen anderen Vertragsstaat, nicht aber in das Herkunftsland, zulässig sei.

53. Mit der Frage der Einreise aus einem sicheren Drittstaat auf dem Seewege hatte sich das VG Bremen in dem Beschluß vom 17.6.1994 (2 V-AS 97/94 – NVwZ-Beilage 9/1994, 72) auseinanderzusetzen. Ein Asylsuchender hatte mit einem Schiff einen Hafen in Deutschland erreicht, das zuvor einen britischen Hafen angelaufen hatte. Das VG Bremen entschied, daß der Asylsuchende nach der Drittstaatenregelung des § 26 a AsylVfG keinen Anspruch auf Durchführung eines Asylverfahrens habe, da er aus einem sicheren Drittstaat eingereist sei. Zu diesen Staaten gehörten gemäß Art. 16 a Abs. 2 Satz 1 GG, § 26 a Abs. 2 AsylVfG die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, wobei es genüge, daß sich der Asylsuchende im Hafenbereich eines Mitgliedstaates aufgehalten habe, da zu dessen Staatsgebiet auch die Küstengewässer und Häfen gehörten. Eine Zurückschiebung durch die Grenzbehörde sei jedoch nur in den Staat erlaubt, in dem das Schiff mit dem Asylbewerber zuletzt einen Hafen angelaufen habe. Weiter unterstrich das VG, daß das Betreten eines im deutschen Zweitregister registrierten Schiffes keine Einreise nach Deutschland im Sinne des Art. 16 a Abs. 2 Satz 1 GG, § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylVfG darstelle. Die Drittstaatenregelung komme daher ohne weiteres zur Anwendung, wenn ein deutsches Schiff mit einem Asylbewerber den Hafen eines Drittstaates anlaufe.

54. Nach § 34 a Abs. 2 AsylVfG darf die Abschiebung in einen sicheren Drittstaat nicht im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nach § 80 oder § 123 VwGO ausgesetzt werden. Die Definition, welcher Staat ein sicherer Drittstaat ist, erfolgt durch den Gesetzgeber in § 26 a Abs. 2 AsylVfG i.V.m. der Anlage I. Nach Auffassung des VG Stuttgart (Beschluß vom 4.3.1994 – 4 AK 12028/94 – VBIBW 1994, 422) kann der Ausschluß der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes in diesen Fällen nur dann einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG darstellen, wenn die Voraussetzung, unter der der jeweilige Asylbewerber vom individuellen Asylgrundrecht des Art. 16 a Abs. 1 GG ausgeschlossen wurde, nämlich die Annahme, daß der

Asylbewerber im "Drittland" Schutz vor politischer Verfolgung finden kann, nicht vorliegt. Dies verneinte das VG für die Qualifizierung Österreichs als sicheren Drittstaat.

55. Das VG Frankfurt äußerte Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Einschränkung des Asylgrundrechts aus Art. 16a Abs. 1 GG im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (Beschluß vom 16.2.1994 – 3 L 20 187/94 – nicht veröffentlicht). Es legte § 34a Abs. 2 AsylVfG verfassungskonform aus und kam zu dem Ergebnis, daß jeglicher Ausschluß vorläufigen Rechtsschutzes allenfalls dann denkbar sei, wenn abschließend feststehe, daß es sich bei dem Einreiseland tatsächlich um ein sicheres Drittland handle, in dem für den Asylsuchenden die rechtsstaatliche Prüfung seines Begehrens gewährleistet sei und er somit vor Verfolgung sicher sein könne. Das VG sah beachtliche Anhaltspunkte dafür, daß Polen angesichts der großen Zahl tatsächlich zurückgeschobener Asylbewerber strukturell nicht mehr in der Lage sei, das dem Mindeststandard der Genfer Flüchtlingskonvention entsprechende Flüchtlingsanerkennungsverfahren durchzuführen. Es fehle an der nötigen Infrastruktur, an den erforderlichen administrativen Voraussetzungen und an den rechtlichen Grundlagen mit der zwangsläufigen Folge, daß Verstöße gegen das in Art. 33 der Genfer Flüchtlingskonvention enthaltene *non refoulement*-Gebot nicht auszuschließen seien.

56. Das VG Berlin ging in seinem Beschluß vom 29.12.1994 (VG 33 X 1120/94 – InfAuslR 1995, 16) noch einen Schritt weiter und entschied, daß der in § 34a Abs. 2 AsylVfG vorgesehene Ausschluß jeglichen einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Abschiebung in einen sicheren Drittstaat gegen Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 19 Abs. 4 GG verstoße. Nach Art. 19 Abs. 4 GG stehe jedermann, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt worden sei, der Rechtsweg offen. Die Klagemöglichkeit vom Drittland aus reiche nicht, um Art. 19 Abs. 4 GG Genüge zu tun. Denn wenn der Drittstaat nicht sicher sei, bestehe die Gefahr, daß der Flüchtling noch vor Ende des Klageverfahrens in sein Heimatland weitergeschoben würde.

Nach Ansicht der Kammer kann Polen – aufgrund der ihr vorliegenden Auskünfte – nicht als sicherer Drittstaat im Sinne von Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG betrachtet werden. Daß der Gesetzgeber dennoch Polen als sicheren Drittstaat bestimmt habe, sei nicht mit Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG vereinbar. Es reiche nicht aus, daß Polen die in Art. 16a Abs. 2 GG genannten Konventionen (Genfer Flüchtlingskonvention und Europäische Menschenrechtskonvention) ratifiziert habe, diese müßten auch tatsächlich Anwendung finden. Es müsse sichergestellt sein, daß jeder Antrag auf

Asyl individuell geprüft werde. Nach den von der Kammer eingeholten Auskünften könne ein förmlicher Asylantrag in Polen nur beim Amt für Migration und Flüchtlingswesen in Warschau gestellt werden. Wenn hingegen ein Schutzersuchen an die Grenzbehörden oder die Polizei gerichtet werde, sei nicht sichergestellt, daß dieses an das Amt weitergeleitet werde oder die Flüchtlinge von der Möglichkeit der förmlichen Antragstellung in Warschau unterrichtet würden.

#### 4. Familienangehörige von Asylberechtigten

57. Nach § 26 Abs. 2 AsylVfG können die minderjährigen ledigen Kinder eines Asylberechtigten Familienasyl beantragen. Für im Bundesgebiet nach Anerkennung des Asylberechtigten geborene Kinder ist der Asylantrag innerhalb eines Jahres nach der Geburt zu stellen. Der VGH Baden-Württemberg entschied in seinem Urteil vom 21.7.1994 (A 13 S 452/94 – VBIBW 1995, 287), daß diese Jahresfrist bei Kindern, die bei Inkrafttreten der Norm am 1.7.1992 schon lebten oder jedenfalls das 1. Lebensjahr schon vollendet haben, nicht etwa erst am 1.7.1992 zu laufen begonnen habe. Diese Auslegung und das Fehlen einer Übergangsvorschrift seien nicht verfassungswidrig, da mit der Fristenregelung lediglich der Personenkreis eingeschränkt werde, der erstmals von der Möglichkeit des Familienasyls begünstigt werde. Insoweit greife der Gesetzgeber nicht in schon bestehende Rechtspositionen ein, so daß sich die Frage der Zulässigkeit eines rückwirkenden Eingriffs gar nicht stelle.

#### 5. Rechtsstellung der Flüchtlinge

58. Im Anschluß an sein Urteil vom 21.11.1992<sup>58</sup> befand das BVerwG, daß der Begriff des von politischer Verfolgung Bedrohten im Sinne des § 51 Abs. 1 AuslG ebenso wie Art. 33 GK staatliche Verfolgung voraussetze (Urteil vom 18.11.1994 – 9 C 48.92 – DVBl. 1994, 531 = NVwZ 1994, 497 = JZ 1995, 246 mit Anm. Hailbronner = InfAuslR 1994, 196). Art. 1 A Nr. 2 GK benenne mit der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder wegen politischer Überzeugung jene menschlichen Eigenschaften und Verhaltensweisen, die nach der geschichtlichen Erfahrung die häufigsten und entscheidenden Anknüpfungs- und Bezugspunkte für die staatliche Unterdrückung und Verfolgung Andersartiger und Andersdenken-

---

<sup>58</sup> BVerwGE 89, 296, dazu Rädler (Anm. 1), 517 f.

der bildeten. In der Auswahl gerade dieser genannten Merkmale kennzeichne die Konvention die Verfolgung als eine solche, die typischerweise vom Staat ausgehe. Jedenfalls deutsches Recht sei die GK mit diesem Bedeutungsgehalt des Merkmals "Flüchtling" geworden. Als innerstaatliches Recht bestimme sie, daß Flüchtling nur derjenige sei, der eine Verfolgung mit staatlichem Charakter fürchte, und daß infolgedessen gemäß Art. 33 Nr. 1 GK eine Abschiebung solcher Personen zu unterbleiben habe, die im Zielland eine Verfolgung mit staatlichem Charakter zu befürchten hätten.

Der Senat schloß sich damit nicht der Rechtsprechung in mehreren anderen Unterzeichnerstaaten der GK (z. B. die USA, das Vereinigte Königreich, Frankreich, Kanada und Australien) an, die bei der Auslegung des Begriffes Flüchtling in jüngster Zeit nicht mehr an dem Erfordernis der staatlichen Verantwortlichkeit für die Verfolgung festgehalten hatten. Die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages durch die nationalen Gerichte einzelner Vertragsstaaten betreffe den Vertrag in seiner Eigenschaft als jeweiliges transformiertes nationales Recht. Eine durch die Rechtsprechung eines Unterzeichnerstaates bewirkte Rechtsfortbildung in bezug auf den in das nationale Recht dieses Staates transformierten Vertrag erreife nicht auch den Vertrag als transformiertes nationales Recht eines anderen Vertragsstaates. Für die GK als innerstaatliches Recht habe der deutsche Gesetzgeber deutlich zu erkennen gegeben, daß er an dem Element der Staatlichkeit der befürchteten Verfolgung als Merkmal des Flüchtlingsbegriffs festhalte. Entgegenstehendes Völkergewohnheitsrecht bestehe nicht.

Weiterhin entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß es an der Voraussetzung der staatlichen Verfolgung in Bürgerkriegsgebieten regelmäßig fehle, da dort nicht von einer effektiven Gebietsgewalt des Staates ausgegangen werden könne. Es verwarf daher aufgrund des in Sri Lanka tobenden Bürgerkriegs den Antrag eines srilankischen Staatsangehörigen tamilischer Volkszugehörigkeit auf Gewährung von Abschiebungsschutz nach § 51 Abs. 1 AuslG.

59. Das BVerwG bestätigte diese Rechtsprechung in dem bereits oben [3] erwähnten Urteil vom 22.3.1994, in dem es die politische Verfolgung aus Somalia geflüchteter somalischer Staatsangehöriger verneinte. Die Übereinstimmung zwischen dem Begriff des Flüchtlings im Sinne des Art. 1 A Nr. 2, Art. 33 GK und dem des von politischer Verfolgung Bedrohten im Sinne des § 51 Abs. 1 AuslG führe im Verwaltungsverfahren dazu, daß die Entscheidung über einen Asylantrag der Sache nach auch die Entscheidung über das Abschiebungsschutzbegehren nach

Art. 33 GK enthalte. Wer abschiebungsschutzberechtigt nach § 51 Abs. 1 AuslG sei, sei es auch nach Art. 33 GK; wer die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG nicht erfülle, erfülle auch nicht diejenigen des Art. 33 GK und sei auch nicht Flüchtling im Sinne des Art. 1 A Nr. 2 GK.

60. Diese Urteile des BVerwG vermochten das VG Frankfurt nicht zu überzeugen. Es befand vielmehr, daß der Flüchtlingsbegriff des Art. 1 A Nr. 2 GK im Gegensatz zu Art. 16a Abs. 1 GG nicht verlange, daß eine politische Verfolgung im Sinne des Asylgrundrechts vorliege (nicht rechtskräftiges Urteil vom 28.3.1994 – 9 E 11871/93 – NVwZ-Beilage 3/1994, 22). Es gab der Klage eines Asylbewerbers aus Sri Lanka statt und verpflichtete das Bundesamt, den Kläger als Asylberechtigten anzuerkennen und festzustellen, daß die Voraussetzungen des § 51 AuslG erfüllt sind. Es begründete dies damit, daß es nach Art. 1 A Nr. 2 GK genüge, daß der Betroffene den Schutz seines Landes nicht in Anspruch nehmen könne oder wegen der Furcht vor Verfolgung nicht in Anspruch nehmen wolle. Damit werde letztlich auf die Abwesenheit einer Schutzmöglichkeit durch das Land abgestellt, ohne daß es auf die Ursache der Abwesenheit dieses Schutzes ankomme. Für den Flüchtling spiele es keine Rolle, ob die befürchtete Verfolgung wegen eines Konventionsmerkmals durch die Regierung, sonstige staatliche Stellen oder die von dem Land nicht mehr kontrollierten Gruppen erfolge. Es genüge, wenn der Staat nicht willens oder nicht in der Lage sei, den erforderlichen Schutz zu gewähren.

Das VG sah die Richtigkeit dieser Auslegung einerseits bestätigt durch die humanitäre Zielrichtung der GK, andererseits durch den offenbar bewußten Verzicht auf das Wort "Staat" in Art. 1 A Nr. 2 GK. Die Verwendung des Wortes "Land" führe dazu, daß Flüchtlinge auch die Staatsangehörigen eines Landes sein könnten, das zwar als völkerrechtliches Subjekt noch bestehe, aber zum Beispiel mangels staatlicher Strukturen handlungsunfähig geworden sei. Denn durch die Auflösung der staatlichen Strukturen eines Landes gehe dessen Völkerrechtsfähigkeit noch nicht unter, so daß seine Staatsangehörigen sich nach wie vor im internationalen Rechtsverkehr an dessen Eigenschaft festhalten lassen müßten, ohne jedoch den Schutz des Landes in Anspruch nehmen zu können. Das gleiche gelte für Bürgerkriegssituationen, bei denen fraglich sei, wer als Regierung noch angesehen werden könne, bzw. ob es überhaupt noch eine Regierung gebe. Der 9. Senat des BVerwG [58, 59] habe sich mit diesem besonderen Wortlaut von Art. 1 A Nr. 2 GK nur unzureichend auseinandergesetzt.

61. Nach Art. 24 Nr. 1 a GK sind die vertragschließenden Staaten verpflichtet, den Flüchtlingen, die sich rechtmäßig in ihrem Gebiet aufhalten, in bezug auf den Lohn als Teil des Arbeitsentgelts dieselbe Behandlung zu gewähren wie ihren Staatsangehörigen. Der hessische VGH hatte als Berufungsinstanz zu klären, ob ein Verstoß gegen Art. 24 Nr. 1 a GK vorliegt, wenn einem bulgarischen Asylberechtigten, der als Rechtsreferendar ohne Berufung in das Beamtenverhältnis in den juristischen Vorbereitungsdienst aufgenommen worden war, eine widerrufliche Unterhaltsbeihilfe in Höhe von lediglich 50 % der Anwärterbezüge eines Beamten im juristischen Vorbereitungsdienst bewilligt wird. Der hessische VGH lehnte einen Verstoß ab, da die dem Rechtsreferendar gezahlte Unterhaltsbeihilfe nach § 23 Abs. 4 JAG kein "Lohn oder sonstiger Teil des Arbeitsentgelts" im Sinne des Art. 24 Nr. 1 a GK sei. Der Vorbereitungsdienst diene der Ausbildung des Referendars, deshalb stellten die Unterhaltszuschüsse keine "amtsangemessene Alimentation" dar, die dazu diene, den vollen Lebensunterhalt zu bestreiten, sondern eine Hilfe zum Bestreiten des Lebensunterhalts während der Ausbildungszeit.

#### 6. Verfahrensfragen

62. Nach einem Urteil des hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 24.2.1994 verstößt es gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG, wenn das zur Entscheidung eines Rechtsstreits über eine Asylanerkennung berufene Gericht Feststellungen über eine interne Fluchtalternative lediglich auf andere Gerichtsentscheidungen stützt, die zuvor nicht in das Verfahren eingeführt worden sind (12 UZ 2865/93 – InfAuslR 1994, 245). Das Verwaltungsgericht hatte in der 1. Instanz den Asylantrag eines Kurden unter anderem mit dem Hinweis abgelehnt, es könne dahingestellt bleiben, ob Kurden in ihren angestammten Siedlungsgebieten im Osten der Türkei einer asylrechtlich erheblichen Gruppenverfolgung ausgesetzt seien, da jedenfalls dem Kläger eine inländische Fluchtalternative, und zwar in den westtürkischen Großstädten und in weiten Teilen der Mittelmeerküste, zur Verfügung stehe. Das Verwaltungsgericht habe sich hierbei "auf eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung" bezogen und dafür ausschließlich Entscheidungen einiger Oberverwaltungsgerichte zitiert. Auf diese Weise hätten die Beteiligten nicht ausreichend Gelegenheit gehabt, zu den Dokumenten und den dort wiedergegebenen Tatsachenschilderungen Stellung zu nehmen und auch ihre sonstige Prozeßführung darauf einzurichten. Soweit es die Feststellung von Tatsachen angehe, sei es unzureichend, lediglich auf

andere Gerichtsentscheidungen hinzuweisen, selbst wenn das Verwaltungsgericht deren wesentlichen Inhalt wiedergebe und sich deren Entscheidungsfindung anschließe.

63. Das rechtliche Gehör im Asylverfahren war auch Gegenstand einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluß vom 13.10.1994 – 2 BvR 126/94 – InfAuslR 1995, 69). Der Beschwerdeführer, ein türkischer Staatsangehöriger kurdischer Volkszugehörigkeit, trug nach Ablehnung seines Asylantrages in seiner Klage ergänzend vor, er habe sich aktiv an kurdischen Protestaktionen in der Bundesrepublik beteiligt. Das Verwaltungsgericht wies die Klage unter anderem mit der Begründung ab, der Kläger könne kein Asyl beanspruchen, weil er im Bundesgebiet terroristische Aktivitäten unterstützt habe. Das Bundesverfassungsgericht bejahte einen Verstoß gegen die Garantie des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG, da das VG es versäumt habe, den Beschwerdeführer auf die Bewertung seiner exilpolitischen Aktivitäten als Fortsetzung eines terroristischen Kampfes im Bundesgebiet aufmerksam zu machen und damit Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu geben.

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

64. Mit der Frage der Zulässigkeit der Auslieferung eines griechischen Staatsangehörigen, dem wegen begangener Rauschgiftdelikte in Griechenland eine lebenslange Freiheitsstrafe droht, befaßte sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 4.3.1994 (2 BvR 2037/93 – NJW 1994, 2884). Es führte aus, daß eine Auslieferung nicht erfolgen könne, wenn die ihr zugrundeliegenden Akte mit den unabdingbaren Grundsätzen der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland nicht vereinbar seien. Die drohende Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe führe jedoch nicht zur Unzulässigkeit der Auslieferung, da die drohende Strafe zu der – schwerwiegenden – Verfehlung des Beschwerdeführers auch angesichts der nach dem griechischen Strafgesetzbuch gegebenen Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung nicht so außer Verhältnis stehe, daß sie als schlechthin unangemessen angesehen werden müßte.

65. Die Zulässigkeit einer Auslieferung nach Griechenland war auch Gegenstand des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 31.5.1994 (2 BvR 1193/93 – NJW 1994, 2883 = NStZ 1994, 492 = NVwZ 1995, 55 [Ls.]). Ein griechischer Staatsbürger, dem die griechischen Justizbehörden die Begehung von Vermögensdelikten in Griechenland vorwarfen und deshalb um seine Auslieferung nachgesucht hatten, machte geltend, er sei

während seiner Vernehmung in Griechenland mit Stöcken geschlagen und aus dem Fenster des 14. Stockwerks gehalten worden, um ihn zu einem Geständnis zu bewegen. Das Bundesverfassungsgericht nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an. Die deutschen Gerichte seien zwar gehalten, im Auslieferungsverfahren zu prüfen, ob die Auslieferung und ihre zugrundeliegenden Akte mit dem nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ihrer öffentlichen Ordnung vereinbar seien. Im vorliegenden Fall sei jedoch davon auszugehen, daß die von einem Verfolgten behauptete Gefahr menschenrechtswidriger Behandlung einer Auslieferung nicht schon dann entgegenstehe, wenn sie aufgrund "eines" bekanntgewordenen früheren Vorfalles nicht ausgeschlossen werden könne. Es müßten vielmehr begründete Anhaltspunkte für die Gefahr menschenrechtswidriger Behandlungen vorliegen. Derartige begründete Anhaltspunkte bestünden im Falle Griechenlands jedoch nicht. Griechenland habe neben dem Übereinkommen gegen die Folter vom 10.12.1984 auch die Europäische Menschenrechtskonvention ratifiziert und unterliege daher bei der Durchführung des Verfahrens gegen den Beschwerdeführer der Kontrolle des EGMR.

66. In dem bereits oben [18] erwähnten Beschluß hatte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob im Wege der Rechtshilfe eine Klage zugestellt werden darf, mit der eine juristische Person deutschen Rechts vor einem Gericht der Vereinigten Staaten von Amerika unter anderem auf Strafschadensersatz (*punitive or exemplary damages*) in Anspruch genommen werden soll. Eine amerikanische Firma hatte bei einem Gericht in Pittsburgh wegen Streitigkeiten aus einem Vertriebsvertrag Klage gegen ein deutsches Unternehmen mit Sitz in Berlin sowie gegen dessen amerikanische Tochtergesellschaft erhoben, die sich auch auf die Festsetzung von Strafschadensersatz richtete. Eine Zustellung der Klageschrift an die Tochtergesellschaft in den Vereinigten Staaten scheiterte, woraufhin die amerikanische Firma ihre Klageschrift der Senatsverwaltung für Justiz in Berlin mit dem Ersuchen übersandte, die Zustellung an die Muttergesellschaft nach den Vorschriften des Haager Übereinkommens<sup>59</sup> zu bewirken. Die Senatsverwaltung für Justiz bewilligte die erbetene Rechtshilfe und leitete die Klageschrift dem Amtsgericht Wedding zur weiteren Veranlassung zu. Einen Antrag der Muttergesellschaft, die Verfügung der Senatsverwaltung für Justiz aufzuheben, lehnte

---

<sup>59</sup> Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15.11.1965 (BGBl. 1977, 1452).

das Kammergericht mit Beschluß vom 5.7.1994 (1 VA 4/94 – OLGZ 1994, 587) ab. Selbst wenn entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein US-amerikanisches Urteil auf *punitive damages* regelmäßig nicht anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden könne, folge daraus nicht, daß deutsche Behörden schon bei der Zustellung solcher Klagen nicht mitwirken dürften. Die deutsche Muttergesellschaft erhob daraufhin Verfassungsbeschwerde und rügte eine Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip. Dem Antrag der Beschwerdeführerin, eine einstweilige Anordnung zu erlassen, durch die der Senatsverwaltung auf die Dauer von 6 Monaten untersagt wird, die Zustellung der Klage auf Strafschadensersatz in Deutschland zu bewirken, gab das Bundesverfassungsgericht statt (Beschluß vom 3.8.1994 – 1 BvR 1279/94 – BVerfGE 91, 140 = NJW 1994, 3281 = RIW 1994, 769). Die der Beschwerdeführerin bei Nichterlaß der beantragten einstweiligen Anordnung drohenden Nachteile bewertete das Bundesverfassungsgericht als schwerwiegender als die Verzögerung der Zustellung der Klage im Wege der Rechtshilfe. In der Hauptsache wies das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde mit Beschluß vom 7.12.1994 zurück (BVerfGE 91, 335 = NJW 1995, 649 = RIW 1995, 320 = EuZW 1995, 218 mit Anm. H. Kronke). Es wies darauf hin, selbst wenn man in der Zustellung einen Grundrechtseingriff sähe, so sei dieser mit Art. 2 Abs. 1 GG vereinbar. Die Zustellung finde ihre gesetzliche Grundlage in dem Haager Zustellungsübereinkommen, das wichtigen Belangen des Gemeinwohls diene und damit geeignet sei, einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu rechtfertigen. Nach Art. 13 des Übereinkommens könne eine Zustellung nur dann verweigert werden, wenn der ersuchte Staat diese für geeignet halte, seine Hoheitsrechte oder seine Sicherheit zu gefährden; würden die Grundsätze der innerstaatlichen Rechtsordnung bereits zum Maßstab für die Zustellung gemacht, so würde der internationale Rechtshilfeverkehr erheblich beeinträchtigt. Eine solche Einschränkung des Rechtshilfeverkehrs sei grundsätzlich um so weniger geboten, als im Zeitpunkt der Zustellung der Ausgang des Verfahrens noch völlig offen sei. Das Übereinkommen stelle sicher, daß der ausländischen Partei die Klage in einer Weise zugestellt werde, die ihr rechtliches Gehör wahre und schließe zudem aus, daß neben den dort vorgesehenen Formen einer Auslandszustellung andere Rechtswirkungen entfalteteten, namentlich die nach US-amerikanischem Recht an sich zulässige Übersendung einer Klageschrift durch eingeschriebenen Brief. Die Zustellung nach dem Haager Übereinkommen biete somit eine bessere Gewähr dafür, daß sich die deutsche Partei gegen die Klage wirksam verteidigen könne. Die Frage, ob

die Zustellung einer Klage selbst dann mit Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar wäre, wenn das mit der Klage angestrebte Ziel offensichtlich gegen unverzichtbare Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaats verstieße, bedürfe nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts keiner grundsätzlichen Klärung. Die Zustellung einer Klage, mit der – auch – Strafschadensersatz nach US-amerikanischem Recht geltend gemacht werde, sei jedenfalls nicht unzumutbar. Zwar sei der Strafschadensersatz nach amerikanischem Recht dem deutschen zivilrechtlichen Sanktionssystem fremd, unverzichtbare Grundsätze des freiheitlichen Rechtsstaats würden jedenfalls nicht schon durch die Möglichkeit der Verhängung von Strafschadensersatz verletzt.

### *IX. Internationaler Menschenrechtsschutz*

#### 1. Europäische Menschenrechtskonvention

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

67. Das VG Darmstadt befand mit Beschluß vom 5.11.1994 (2 G 11572/93 – InfAuslR 1994, 248), daß sich aus Art. 3 EMRK ein zwingendes Abschiebungshindernis ergebe, wenn ernsthafte Gründe für eine unmittelbare und konkrete Lebensgefährdung des Ausländers sprächen. Dies sei der Fall bei einer Abschiebung in ein umkämpftes Bürgerkriegsgebiet, wo nahezu jedermann jederzeit Opfer der Kampfhandlungen werden könne. Ein solches zwingendes Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG in Verbindung mit Art. 3 EMRK sah das Gericht in Afghanistan derzeit als gegeben an.

68. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof entschied hingegen, daß § 53 Abs. 4 AuslG für Bürgerkriegssituationen gar nicht einschlägig sei, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die dort in Bezug genommene EMRK Bürgerkriegssituationen erfasse (Urteil vom 28.10.1994 – 24 BA 94 33471, u. a. – InfAuslR 1995, 73). Nach Auffassung des VGH kann diese Bestimmung des Ausländergesetzes nicht die einzige Stelle sein, an der die Bestimmungen der EMRK in das deutsche Recht umgesetzt werden. Die EMRK könne allenfalls bestimmen, daß sie in die nationalen Rechte umgesetzt werden müsse, nicht aber, wie das im einzelnen geschehe. Das Verhältnis der Bestimmungen des Ausländergesetzes zueinander sei ausschließlich eine Frage des deutschen Ausländerrechts, und zwar jedenfalls so lange das Ergebnis nicht mit den Anforderungen der EMRK in Widerspruch gerate. Im Rahmen der insoweit notwendigen Abgrenzung kam der Bayerische Verwaltungsgerichtshof zu dem Ergebnis, daß

auch die Anwendungsfälle des § 53 Abs. 6 Satz 2 AuslG Anwendungsfälle der EMRK seien und einen Teilbereich der EMRK ausschöpften. Für diesen Teilbereich sehe das Gesetz eine besondere Rechtsfolge vor, nämlich eine (bloße) Ermessensentscheidung, die sich von der Rechtsfolge – gebundene Entscheidung – der allgemeinen Vorschrift zur Übernahme der EMRK (§ 53 Abs. 4 AuslG) abhebe und dieser gegenüber daher im Verhältnis der Spezialität stehe. Die speziellere Vorschrift verdränge die allgemeinere, welche sich daher als ein Auffangtatbestand erweise, der nur zum Zuge komme, wenn keine vorrangige Spezialvorschrift eingreife. Gegen diese Auslegung lasse sich nicht einwenden, eine bloße Ermessensvorschrift genüge nicht zur Umsetzung der Konvention ins deutsche Recht. Abgesehen davon, daß die Unterscheidung zwischen gebundenen Entscheidungen und Ermessensentscheidungen mehr dem deutschen Recht als dem Rechtsdenken der EMRK angehöre, gewährleisteten die Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts, daß auch und erst recht die Anforderungen der Konvention erfüllt würden.

69. Mit der Frage, ob die Gefährdung des Existenzminimums ein Abschiebungshindernis darstellte, befaßte sich das Verwaltungsgericht Gießen in seinem Beschluß vom 26.7.1994 (4 G 33457/94.A – InfAuslR 1994, 383). Ausgangspunkt der Entscheidung war ein Antrag eines äthiopischen Staatsangehörigen auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegen die im Bescheid des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 21.6.1994 enthaltene Abschiebungsandrohung. Das VG gab dem Antrag statt, da es der Auffassung war, daß hinsichtlich Äthiopiens ein Abschiebungshindernis gemäß § 53 Abs. 4 AuslG in Verbindung mit Art. 2 und 3 EMRK vorliege. Die Konvention biete insbesondere auch Schutz vor Ausweisung und Abschiebung von Personen, denen die konkrete Gefahr drohe, in einem der in Art. 3 EMRK garantierten oder in einem sonstigen fundamentalen Menschenrecht in besonders schwerer Weise verletzt zu werden. Zu den fundamentalen Menschenrechten in diesem Sinne zählten das Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 1 EMRK) und das Verbot unmenschlicher Behandlung (Art. 3 EMRK). Demgemäß hätten das Bundesverfassungsgericht<sup>60</sup> und das Bundesverwaltungsgericht<sup>61</sup> den Begriff des "ermöglichten Aufenthalts" in §§ 10 Abs. 1 und 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AsylVfG dahin ausgelegt, daß ein Ausländer nicht mit einer Abschiebungsandrohung überzogen werden dürfe, wenn eine Rückkehr in seine Heimat ihn einer vor der Wert-

---

<sup>60</sup> BVerfGE 67, 43.

<sup>61</sup> NVwZ 1988, 260.

ordnung des Grundgesetzes, insbesondere der unbedingten Achtung der Menschenwürde, nicht zu rechtfertigenden Gefahr aussetzte. Hierauf gestützt befand das VG, die aufgrund des vorangegangenen Bürgerkriegs immer noch bestehende desolante wirtschaftliche Lage und allgemeine Hungersnot in Äthiopien begründeten zwar für sich noch kein Abschiebungshindernis, etwas anderes gelte nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte oder Merkmale eine menschenrechtswidrige Gefährdung mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit befürchten ließen. Aufgrund der ihm vorliegenden Auskünfte sah das Gericht Anhaltspunkte für eine menschenrechtswidrige Gefährdung von Rückkehrern nach Äthiopien und gab dem Antrag statt.

70. Das VG Ansbach gab mit Urteil vom 22.11.1994 (AN 12 K 94 36566 – InfAuslR 1995, 216) der Klage eines algerischen Deserteurs auf Feststellung, daß ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG bestehe, statt. Der Kläger müsse wegen des Nichterscheins vor der Wehrbehörde bei Rückkehr nach Algerien mit Inhaftierung rechnen, und eine Verurteilung zu einer höheren Freiheitsstrafe sei ebenfalls nicht unwahrscheinlich. Nach den Auskünften des Deutschen Orientinstituts hätten inhaftierte Militärangehörige beim Verhör mit Schlägen zu rechnen. Derartige Schläge beim Verhör stellten eine erniedrigende Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK dar, deshalb sei ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG in Verbindung mit Art. 3 EMRK festzustellen.

*b) Verbot von Zwangs- oder Pflichtarbeit (Art. 4 Abs. 2 EMRK)*

71. Nach § 37 BadWürttFeuerwehrG sind Männer zur Leistung einer Feuerwehrabgabe verpflichtet, sofern sie nicht zu der nur ihnen obliegenden Dienstpflicht in der Feuerwehr Baden-Württemberg herangezogen werden. Das Bundesverwaltungsgericht äußerte sich in seinem Beschluß vom 17.11.1994 – 8 B 235/93 – NVwZ 1995, 390 zur Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 4 und Art. 14 EMRK. Zwar verbiete Art. 4 Abs. 2 EMRK "Zwangs- oder Pflichtarbeit", allerdings gelte nach Art. 4 Abs. 3 Buchst. d EMRK "jede Arbeit oder Dienstleistung, die zu den normalen Bürgerpflichten gehört" nicht als "Zwangs- oder Pflichtarbeit" im Sinne dieses Artikels. Der Feuerwehrdienst falle unter die genannte Ausnahme. Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK schließe sachlich gerechtfertigte Differenzierungen auch aufgrund des Geschlechts nicht aus. Damit ginge Art. 14 Abs. 4 EMRK ersichtlich nicht über Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 sowie Art. 12 Abs. 2 GG hinaus; sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesverfassungsgericht hätten die unterschiedliche

Behandlung von Männern und Frauen unter dem Blickwinkel des Art. 3 GG für zulässig gehalten<sup>62</sup>.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat hingegen mit Urteil vom 18.7.1994<sup>63</sup> in der auf Männer beschränkten Feuerwehrabgabe nach dem Baden-Württembergischen Feuerwehrgesetz einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 Buchst. d EMRK erblickt. Da die im Baden-Württembergischen Feuerwehrgesetz verankerte Dienstpflicht in der Praxis nie durchgesetzt worden sei, habe sich die Ausgleichsabgabe zu einer rein finanziellen Abgabe verwandelt. Eine Rechtfertigung für die Differenzierung zwischen Mann und Frau sei nicht erkennbar. Auch das Bundesverfassungsgericht hat inzwischen mit Beschluß vom 24.11.1995 in der Beschränkung der Feuerwehrdienstpflicht und der hieran anknüpfenden Abgabepflicht auf Männer einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG erblickt und die entsprechenden Bestimmungen des einschlägigen bayerischen und baden-württembergischen Landesgesetzes für nichtig erklärt<sup>64</sup>.

*c) Verbot unrechtmäßiger Festnahmen (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c EMRK)*

72. Das Kammergericht befand mit Beschluß vom 30.5.1994 (3 Ws 103/94 REHA – NJ 1995, 44), daß die Festnahme eines Bundesbürgers durch Behörden der DDR auf der Transitautobahn im Jahre 1973 gegen das Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik und der Regierung der DDR über den Transitverkehr von zivilen Personen und Gütern zwischen der Bundesrepublik und Berlin (West) vom 17.12.1971 (BAnZ Nr. 174/72 Beilage) verstoßen habe und mithin zugleich einen Verstoß gegen die EMRK<sup>65</sup> und des auch für die DDR verbindlichen Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte von 1966 darstelle. Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c EMRK und Art. 9 Abs. 1 Satz 2 IPBPR seien unrechtmäßige bzw. willkürliche Festnahmen verboten

<sup>62</sup> Bundesverwaltungsgericht zuletzt Beschluß vom 20.6.1990 – 8 B 84/90; BVerfGE 13, 167.

<sup>63</sup> EuGRZ 1995, 392.

<sup>64</sup> Beschluß vom 24.1.1995 – 1 BvL 18/93 – EuGRZ 1995, 410; siehe auch A. Bleckmann, Bundesverfassungsgericht v. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte. Innerstaatliche Rechtskraft der Urteile des EGMR und Gleichheit von Mann und Frau, Anmerkung zu den Feuerwehrabgabe-Entscheidungen des EGMR vom 18.7.1994 und des Bundesverfassungsgerichts vom 24.1.1995, EuGRZ 1995, 387.

<sup>65</sup> Die DDR war freilich nicht Vertragsstaat der EMRK.

und verletzen das durch diese Konventionen garantierte Grundrecht auf Freiheit. Die nach Festnahme des Betroffenen in der DDR durchgeführte Strafverfolgung sei hiermit von Anfang an mit einem elementaren Verfahrensmangel behaftet gewesen, der über die Verletzung einfachen Verfahrensrechts hinausgehe und wesentliche Grundsätze einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung berühre.

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

73. Das Landgericht Mannheim hatte den damaligen NPD-Bundesvorsitzenden Deckert mit Urteil vom 22.6.1994 wegen dessen Leugnung des Massenmordes an den Juden in Gaskammern während des 2. Weltkrieges wegen Volksverhetzung in Tateinheit mit Aufstachelung zum Rassenhaß, Beleidigung und Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr auf Bewährung verurteilt<sup>66</sup>. Das Urteil sorgte in der in- und ausländischen Öffentlichkeit für großes Aufsehen, da das Landgericht in den Strafzumessungserwägungen gewissermaßen Verständnis für die Beweggründe des Angeklagten geäußert hatte. In dem von der Staatsanwaltschaft angestrebten Revisionsverfahren vor dem BGH machte Deckert unter anderem geltend, nach den außergewöhnlich heftigen und massiven Angriffen, die nach der Veröffentlichung der schriftlichen Gründe des angefochtenen Urteils von Politikern, Journalisten und anderen Vertretern des öffentlichen Lebens gegen die Justiz im allgemeinen und die an der Entscheidung beteiligten Richter im besonderen gerichtet worden seien, könne kein Gericht mehr frei von äußeren Einflüssen entscheiden. Da ein faires Verfahren deshalb nicht gewährleistet sei, regte der Verteidiger Deckerts an, das Verfahren gemäß Art. 6 EMRK einzustellen. Der BGH gab der Anregung keine Folge, da eine Einstellung des Verfahrens nur bei Vorliegen eines Verfahrenshindernisses zwingend geboten sei (§ 206 a StPO). Ein Verfahrenshindernis liege jedoch weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht vor (Urteil vom 15.12.1994 – 1 StR 656/94 – NJW 1995, 340 = JZ 1995, 106 = NStZ 1995, 128 = EuGRZ 1995, 95).

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

74. Das Bundesverfassungsgericht untersuchte in dem Beschluß vom 14.7.1994 (2 BvR 1072/94 – NJW 1995, 1277) die Frage der Folgen einer

---

<sup>66</sup> LG Mannheim, NJW 1994, 2494.

überlangen Dauer eines Strafverfahrens. Es wiederholte den in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsatz, daß sich eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bei der Strafzumessung auswirken müsse und im Extrembereich zur Einstellung oder zum Vorliegen eines unmittelbar aus dem Rechtsstaatsgebot des GG herzuleitenden Verfahrenshindernisses führen könne. Hierbei hielt es das Bundesverfassungsgericht schon im Hinblick auf das in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK normierte Beschleunigungsgebot und dessen Auslegung durch den EGMR für angezeigt, daß die Fachgerichte der Strafgerichtsbarkeit, wenn sie in Anwendung des Straf- und Strafverfahrensrechts die gebotenen Folgen aus einer Verfahrensverzögerung zögen, dabei die Verletzung des Beschleunigungsgebots ausdrücklich feststellten und das Maß der Berücksichtigung dieses Umstandes näher bestimmten.

75. In einem Revisionsverfahren waren dem BGH erst 2 Jahre und 3 Monate nach Erlaß des tatrichterlichen Urteils die Verfahrensakten vorgelegt worden. Nach Auffassung des BGH ist das Verfahren damit seit der Verkündung des angefochtenen Urteils in einer gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verstoßenden Weise weiter verzögert worden (Urteil vom 21.12.1994 – 2 StR 415/94 – NJW 1995, 1101 = MDR 1995, 397 = NStZ 1995, 335). Da der Angeklagte selbst diesen Umstand nicht mehr rügen konnte, weil er sich erst nach Ablauf der Frist zur Begründung des Rechtsmittels verwirklicht hatte, hielt es der BGH für notwendig, das Revisionsrecht an die Gebote der EMRK anzupassen und diesen Umstand von Amts wegen zu berücksichtigen. Die Europäische Menschenrechtskonvention stelle zwingendes Recht dar und begrenze ihren Geltungsanspruch nicht auf die Zeit bis zum Urteilserlaß, dies führe zu einer von einer Rüge unabhängigen Prüfungspflicht des Revisionsgerichts.

76. Eine Frist von etwas mehr als 2 Jahren zwischen Bekanntgabe des Schuldvorwurfs und der Berufungsverhandlung ist nach Ansicht des BayObLG noch nicht geeignet, einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK zu begründen. Nicht jede den Justizbehörden anzulastende Verzögerung des Verfahrens könne eine strafmildernde Wirkung aufgrund von Art. 6 Abs. 1 EMRK entfalten. Die bisher zu Art. 6 entschiedenen Fälle zeichneten sich dadurch aus, daß ihnen jeweils eine weit längere Verfahrensdauer zugrunde liege.

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

77. Das OLG Stuttgart vertrat im Beschluß vom 8.4.1994 (1 Ws 59/94 – Die Justiz 1994, 245) die Auffassung, daß sich allein aus der mangelnden

Kenntnis der deutschen Sprache und der Mittellosigkeit eines ausländischen Angeklagten die Notwendigkeit der Beiordnung eines Pflichtverteidigers nicht herleiten lasse. Bloße sprachliche Verständigungsschwierigkeiten könnten durch einen Dolmetscher ausgeräumt werden, der nach Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK vom Gericht unentgeltlich zur Verfügung zu stellen sei. Das gelte unter dem Gesichtspunkt des Verteidigungsinteresses des Angeklagten jedenfalls dann, wenn der Dolmetscher auch für vorbereitende Gespräche des Angeklagten mit seinem Wahlverteidiger gerichtlich beigeordnet werde, da dann durch den Ausgleich des sprachlichen Defizits ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) gewährleistet sei.

78. Die in dem vorstehend besprochenen Beschluß angedeutete Möglichkeit der gerichtlichen Beiordnung eines Dolmetschers zur Durchführung von vorbereitenden Gesprächen des Angeklagten mit seinem Wahlverteidiger hielt das OLG Stuttgart dagegen in seinem Beschluß vom 12.9.1994 (1 Ws 176/94 – Die Justiz 1995, 53) für einen rechtlich nicht gangbaren Weg. Aus dem Zusammenhang der Regelungen in Art. 6 Abs. 3 Buchst. c und Buchst. e EMRK ergebe sich, daß Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK dem der deutschen Sprache nicht mächtigen Beschuldigten keinen Anspruch auf gerichtliche Beiziehung eines Dolmetschers zur Vermittlung der Kommunikation mit seinem Wahlverteidiger gebe. Nur dann, wenn der Beschuldigte nach Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK den unentgeltlichen Beistand eines Pflichtverteidigers verlangen könne, habe er auch einen Anspruch auf die für ihn unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers zur Vermittlung der erforderlichen Kommunikation mit diesem Verteidiger.

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

79. Mit der aufenthaltsrechtlichen Bedeutung von Art. 8 EMRK hatte sich das VG Düsseldorf in einem vorläufigen Rechtsschutzverfahren eines von seiner Ehefrau und dem gemeinsamen Kind getrennt lebenden Ausländers zu befassen, dem nach der Verweigerung einer Aufenthaltsgenehmigung der Vollzug der daraus resultierenden Ausreisepflicht drohte. Unter Bezugnahme auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Sache *Berrehab*<sup>67</sup> führte das VG aus, die Verweigerung einer Aufenthaltsgenehmigung und der Vollzug der daraus resultierenden Ausreisepflicht eines Vaters stellten, mit Blick auf die sich in der Praxis er-

<sup>67</sup> Urteil vom 21.6.1988 – 3/1987/126/177 – InfAuslR 1994, 84.

gebende Verhinderung regelmäßiger Kontakte zwischen Vater und Kind, einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK dar (Beschluß vom 25.4.1994 – 8 L 1776/94 – InfAuslR 1994, 309). Dieser Eingriff könne zwar dann gerechtfertigt sein, wenn er einem dringenden sozialen Bedürfnis entspringe und in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehe. Maßgebend seien jedoch insoweit die konkreten Umstände des Einzelfalles, die hier angesichts der guten Beziehungen des Vaters zu dem aus der Ehe hervorgegangenen Sohn nicht unerhebliche Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verfügung erweckten. Müßte der Vater jetzt das Bundesgebiet verlassen, dürfte die für die weitere Entwicklung des Sohnes wichtige Beziehung zu seinem Vater tatsächlich kaum aufrechtzuerhalten sein.

80. Der Nachzug ausländischer Ehegatten zu in Deutschland lebenden Ausländern wird nach § 18 Abs. 1 i.V.m. § 17 Abs. 2 Nr. 3 AuslG unter der Voraussetzung gestattet, daß die Ehegatten über eine eigenständige Sicherung des Lebensunterhaltes verfügen. Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 8 Abs. 1 EMRK war Gegenstand eines Beschlusses des VGH Kassel (Beschluß vom 2.8.1994 – 13 TH 1652/94 – NVwZ-RR 1995, 53 = DVBl. 1994, 1422 [Ls.]). Ebenfalls unter Hinweis auf das Urteil des EGMR im Fall *Berrehab* (s. [79]) befand der VGH Kassel, daß die Verweigerung einer Aufenthaltsgenehmigung für einen nachzugswilligen Ehegatten bei Fehlen einer sicheren wirtschaftlichen Existenzgrundlage durch Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sei. Auch der EGMR habe die Verfolgung eines legitimen staatlichen Ziels im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK bei der Forderung nach einer ausreichenden wirtschaftlichen und sozialen Sicherung der Ausländer als Voraussetzung für die Gewährung eines Aufenthaltsrechts grundsätzlich anerkannt.

81. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof entschied mit Beschluß vom 8.12.1994, daß Art. 8 EMRK nicht die Abschiebung eines verheirateten Ausländers verbiete, wenn über den Asylantrag des Ehegatten noch nicht endgültig entschieden worden sei (Beschluß vom 8.12.1994 – 11 AA 94 34982 – InfAuslR 1995, 72). Dies ergebe sich bereits daraus, daß nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>68</sup> Art. 6 Abs. 1 GG nicht die zeitgleiche Behandlung und Entscheidung der Asylbegehren von Ehegatten gebiete und Art. 8 Abs. 1 EMRK wegen der durch Art. 8 Abs. 2 EMRK erfolgten Einschränkung hinter dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG zurückbleibe<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Beschluß vom 13.8.1990 – 9 B 100.90.

<sup>69</sup> Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.6.1992 – InfAuslR 1992, 305.

82. Auf der gleichen Linie liegt der Beschluß des OVG Nordrhein-Westfalen vom 20.9.1994 (18 A 2945/92 – NVwZ-RR 1995, 353 = InfAuslR 1995, 99 = DVBl. 1995, 582 [Ls.]), in dem das Gericht die Ist-Ausweisung eines türkischen Staatsangehörigen wegen der Begehung mehrerer Verbrechen trotz bestehender familiärer Bindungen nach Deutschland gebilligt hatte. Die gerügte Verletzung von Art. 8 EMRK verwarf das OVG mit der Begründung, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR<sup>70</sup> sei davon auszugehen, daß der Schutz des Art. 8 EMRK nicht weiter gehe als der des Art. 6 GG, der im Ausländergesetz seinen Niederschlag gefunden habe.

83. Nach Art. 200 Abs. 1 des Rumänischen Strafgesetzbuchs wird der Geschlechtsverkehr zwischen Personen desselben Geschlechts mit 1 bis 5 Jahren Haftstrafe bestraft. Das VG Würzburg entschied mit Urteil vom 28.11.1994 (W 8 K 93 33609 – NVwZ-RR 1995, 355), daß sich aus dieser Strafvorschrift für rumänische Staatsangehörige ein Abschiebungshindernis gemäß § 53 Abs. 4 AuslG in Verbindung mit Art. 8 EMRK ergebe. Das Gericht stützte sich hierbei auf Entscheidungen der Europäischen Kommission sowie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die in der Kriminalisierung homosexueller Handlungen in der Privatsphäre und unter Gleichgewillten einen Eingriff in das Recht auf Achtung dieser Sphäre, wie es durch Art. 8 Abs. 1 EMRK garantiert wird, gesehen hatten<sup>71</sup>. Ebenfalls unter Bezugnahme auf die Praxis der Konventionsorgane verneinte das VG eine Rechtfertigung dieses Eingriffs nach Art. 8 Abs. 2 EMRK. Die Aufrechterhaltung des Art. 200 Abs. 1 RumStGB entspringe keinem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis. Obgleich Teile der Öffentlichkeit die Homosexualität als unmoralisch ansähen, könne dies für sich allein nicht die Anwendung der Strafvorschriften rechtfertigen, solange lediglich Erwachsene in gegenseitigem Einverständnis beteiligt seien. So habe auch der EGMR<sup>72</sup> auf die in der Mehrheit der Mitgliedstaaten des Europarats bestehende gesteigerte Toleranz gegenüber homosexuellem Verhalten hingewiesen.

Das somit aus Art. 8 Abs. 1 EMRK fließende Verbot, homosexuelle Handlungen generell unter Strafe zu stellen, bewirke ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG, da die Konvention auch die Teilnahme an solchen Handlungen durch Abschiebung in den betroffenen Staat verbiete.

---

<sup>70</sup> Urteil vom 18.2.1991 – InfAuslR 1991, 149.

<sup>71</sup> EKMR, EuGRZ 1992, 447; EGMR, EuGRZ 1983, 490.

<sup>72</sup> EuGRZ 1983, 493.

84. Das OLG Celle hatte sich schließlich mit der Frage zu befassen, ob der Ausschluß eines gemeinsamen Sorgerechts für ein nichteheliches Kind einen Verstoß gegen Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK darstellt (Beschluß vom 31.3.1994 – 18 W 33/93 – FamRZ 1994, 1057). Das Amtsgericht hatte entgegen dem Antrag der Mutter und des Vaters das Sorgerecht für das gemeinsame nichteheliche Kind alleine der Mutter übertragen. Das OLG Celle bejahte zwar die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 Abs. 1 EMRK, verneinte jedoch einen Verstoß gegen die Menschenrechte des Vaters und seines nichtehelichen Kindes, da die Vorenthaltung des Sorgerechts keine nach Art. 14 EMRK verbotene Diskriminierung darstelle. Der volle Schutz der Beziehungen zwischen einem Mann und einer Frau ebenso wie das Verhältnis zu ihren Kindern erfordere eine rechtmäßige Ehe<sup>73</sup>. Für die generelle Zuteilung des Sorgerechts an die Kindesmutter spreche eine erste starke familiäre Beziehung zwischen Mutter und Kind, die schon durch die bloße Tatsache der Geburt als solche begründet und üblicherweise auch von der unverheirateten Mutter aufrechterhalten werde. Selbst im Falle des Zusammenlebens von Vater und Mutter und nichtehelichem Kind sei die tatsächlich vorliegende Ungleichbehandlung im Verhältnis zum verheirateten Vater aber dadurch gerechtfertigt, daß eine nichteheliche Lebensgemeinschaft jederzeit und ohne eine zumindest vorläufige Möglichkeit der Aufrechterhaltung aus Gründen des Kindeswohles beendet werden könne.

## 2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

85. Auf den unter der laufenden Nr. [72] besprochenen Beschluß des Kammergerichts vom 30.5.1994 wird hingewiesen.

## 3. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte

86. Im sogenannten ersten *Mauerschützen*-Urteil hatte 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) verworfen<sup>74</sup>.

Dem Urteil des BGH vom 26.7.1994 (5 StR 167/94 – BGHSt 40, 241 = MDR 1994, 1025 = NJW 1994, 2708 = NStZ 1994, 533 = NJ 1995, 42 – s.a. Anm. K. A melung, NStZ 1995, 29) lagen Tötungshandlungen von

<sup>73</sup> So auch Bundesverfassungsgericht, NJW 1981, 1201.

<sup>74</sup> Vgl. hierzu Rädler (Anm. 1), 531 f.

Grenzsoldaten der DDR zugrunde, die sich im Jahre 1972, also vor Inkrafttreten des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte für die DDR am 23.3.1976<sup>75</sup>, abspielten. Dieser Umstand hinderte den BGH jedoch nicht, an seiner Rechtsauffassung festzuhalten, den in der Staatspraxis der DDR bestehenden Rechtfertigungsgrund für die Tötung von Flüchtigen an der innerdeutschen Grenze auch in der vorliegenden Konstellation für unbeachtlich zu erklären.

Der BGH stellte zunächst darauf ab, daß der IPBPR seine Grundlage in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte<sup>76</sup> habe. Die Gewährleistungstatbestände der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und des IPBPR stimmten im Hinblick auf das Recht auf Leben und freie Ausreise überein; weniger präzise als im IPBPR formuliert seien allerdings die Schranken der Menschenrechte (Art. 29 Nr. 2 der Allgemeinen Erklärung). Funktion der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte sei es, die Bezugnahme der Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945<sup>77</sup> auf die Menschenrechte zu konkretisieren.

Anschließend wies der BGH darauf hin, daß die Allgemeine Erklärung kein Vertragsrecht und somit zwar grundsätzlich bedeutend, jedoch nicht formell rechtsverbindlich sei. Eine genaue rechtliche Einordnung der Allgemeinen Erklärung meinte der BGH nicht vornehmen zu müssen. Auch wenn die Bindungswirkung der Allgemeinen Erklärung nicht voll geklärt sei, so komme ihr doch jedenfalls insofern ein hohes Maß an rechtlicher Bedeutung zu, als sie den Willen der Völkerrechtsgemeinschaft, Menschenrechte zu verwirklichen, und den ungefähren Inhalt dieser Menschenrechte zum Ausdruck bringe. Angesichts der Exaktheit, mit der die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte das fundamentale Recht auf Leben und das Recht auf freie Ausreise definiert habe, könne die Erklärung – nicht anders als der IPBPR – als eine Konkretisierung dessen aufgefaßt werden, was als die allen Völkern gemeinsame, auf Wert und Würde des Menschen bezogene Rechtsüberzeugung verstanden werde.

Der Tatsache, daß die DDR erst im Jahre 1973 Mitglied der Vereinten Nationen geworden war, maß der BGH wenig Bedeutung bei, da die DDR stets erklärt habe, sie identifiziere sich mit den Zielsetzungen der Vereinten Nationen. Schließlich verwies der Senat auf Art. 91 DDR-Verfassung, wonach die allgemein anerkannten Normen des Völkerrechts über die Bestrafung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und von Kriegsverbrechen unmittelbar geltendes Recht sein sollten.

<sup>75</sup> DDR-GBl. II, 108.

<sup>76</sup> Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948.

<sup>77</sup> BGBl. 1973 II, 431.

Die fehlende Unterrichtung der Grenzsoldaten der DDR über den Beitritt der DDR zum IPBPR oder über die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte war nach Ansicht des BGH nicht beachtlich. Entscheidend sei, daß die Tötung eines unbewaffneten Flüchtlings ein derart schreckliches und jeder vernünftigen Rechtfertigung entzogenes Tun darstelle, daß der Verstoß gegen das elementare Tötungsverbot auch für einen indoktrinierten Menschen ohne weiteres einsichtig, also offensichtlich gewesen sei.

#### 4. Konvention über die Rechte des Kindes

87. In dem bereits oben [84] erwähnten Beschluß des OLG Celle vom 31.3.1994 zum Ausschluß eines gemeinsamen Sorgerechts der Eltern für ein nichteheliches Kind entschied das OLG, daß das für die Bundesrepublik am 5.4.1992 in Kraft getretene Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989<sup>78</sup> keine Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung des Falles habe. Dieses Übereinkommen finde nämlich, wie die Bundesrepublik Deutschland bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunde erklärt habe, innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung auf die familienrechtlichen Verhältnisse nichtehelicher Kinder<sup>79</sup>.

### X. Europäische Gemeinschaften

#### 1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

88. Der BGH hatte sich in seinem Urteil vom 27.11.1994 (III ZR 42/92 – BGHZ 125, 27 = NJW 1994, 858 = EuZW 1994, 219 mit Anm. H.-K. Ress = JZ 1994, 726 mit Anm. M. Herdegen = NJW-RR 1994, 989 = DVBl. 1994, 475) mit der Frage zu befassen, ob die Bundesrepublik Deutschland für Schäden verantwortlich ist, die Unternehmen aufgrund des durch EG-Verordnung Nr. 2340/90 des Rates der Europäischen Gemeinschaften verhängten Irak-Embargos erlitten haben. Das von den Vereinten Nationen nach Kap. VII der Charta verhängte Handelsembargo (Resolution Nr. 660 des Sicherheitsrats vom 6.8.1990) war durch die genannte EG-Verordnung sowie in der Bundesrepublik zur Straf- und Bußgeldbewährung der Verbote durch Einfügung von § 69a Außenwirt-

<sup>78</sup> BGBl. 1992 II, 121.

<sup>79</sup> Vgl. hierzu J. Wolf, Ratifizierung unter Vorbehalt: Einstieg oder Ausstieg der Bundesrepublik Deutschland aus der UN-Konvention über die Rechte des Kindes?, ZRP 1991, 374.

schaftsverordnung<sup>80</sup> umgesetzt worden. Der BGH bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung des LG Bonn<sup>81</sup> und verneinte Ansprüche des klagenden Unternehmens aus enteignungsgleichem oder enteignendem Eingriff und nach Amtshaftungsgrundsätzen.

Der BGH begründete dies in erster Linie damit, daß der geltend gemachte Schaden unmittelbar auf das von dem Rat der EG in der Verordnung Nr. 2340/90 ausgesprochene Verbot zurückzuführen sei, und die Bundesrepublik hierfür nicht aufzukommen habe. Verordnungen nach Art. 189 Abs. 2 EWG-Vertrag hätten nicht nur im Hinblick auf die Rechte, sondern auch bezüglich der Pflichten unmittelbare Geltung für die Bürger der Mitgliedstaaten und bedürften keiner Transformation in nationales Recht. Das klagende Unternehmen war daher schon allein durch die Verordnung Nr. 2340/90 der EG rechtlich an der weiteren Durchführung ihrer Verträge mit dem Irak gehindert. Für diesen "Eingriff" trage der Rat der EG die Verantwortung.

Der Vorschrift des § 69 a AWW sei, soweit sie inhaltlich der Verordnung Nr. 2340/90 entspreche, selbst zu entnehmen, daß ihr der deutsche Verordnungsgeber nur eine rein deklaratorische Bedeutung habe beimessen wollen. Zwar werde in § 69 a AWW das Verbot der EG wiederholt, der Grund hierfür sei jedoch allein die Straf- und Bußgeldbewährung entsprechender Verbote der Europäischen Gemeinschaften gewesen. Ein selbständiges konstitutives Verbot habe der deutsche Verordnungsgeber nicht aufstellen wollen.

Die Strafbewährung des EG-Verbots durch die Verordnung des deutschen Verordnungsgebers stelle keinen zusätzlichen Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Bürger der Mitgliedstaaten dar. Sie knüpfe an den in der EG-Verordnung vorgegebenen abgeschlossenen Tatbestand an, ohne daß sie ein weiteres Verbot enthalte. Hiermit verwarf der BGH die Argumentation des Klägers, ohne Strafbewährung hätte er die Lieferungen in den Irak ungehindert durchgeführt. Der BGH verwies auf seine ständige Rechtsprechung, daß der Verlust oder die Vorenthaltung einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, auf die dem Geschädigten nach der Rechtsordnung ein Anspruch nicht zustehe, keinen ersatzfähigen Schaden darstelle und auch nach den Grundsätzen der Aufopferung nicht zu einer Entschädigung berechtige<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> 10. Änderungsverordnung zur Außenwirtschaftsverordnung vom 9.8.1990 (BAnz Nr. 149 vom 11.8.1990).

<sup>81</sup> Urteil vom 26.2.1992, siehe hierzu Rädler (Anm. 1), 535.

<sup>82</sup> BGH, NJW-RR 1989, 530.

Auf die in der Literatur kontrovers geführte Diskussion, ob Art. 113 EWG-Vertrag die Verhängung eines auf die Erfüllung rein außenpolitischer Ziele gerichteten Handelsembargos durch die EG überhaupt zuläßt, ging der BGH nicht weiter ein. Auch eine kompetenzwidrig zustandekomene Verordnung Nr. 2340/90 ändere nichts an dem fehlenden konstitutiven Charakter des § 69 a AWV.

Ein Entschädigungs- oder Amtshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland wäre nach Auffassung des BGH auch dann zu verneinen, wenn das Zustimmungsgesetz zum EWG-Vertrag unter dem Gesichtspunkt des Art. 14 GG verfassungskonform einschränkend dahin auszulegen wäre, daß der Embargo-Verordnung der Gemeinschaft die Wirkung für den deutschen Rechtsraum versagt bliebe. Auch dies würde nicht dazu führen, daß etwaige mit der Verordnung Nr. 2340/90 einhergehende Grundrechtseingriffe der beklagten Bundesrepublik zugerechnet werden könnten.

Schließlich ergebe sich auch nicht daraus eine Entschädigungspflicht, daß es die Bundesrepublik pflichtwidrig unterlassen habe, der deutschen Embargo-Verordnung (§ 69 a AWV) eine Entschädigungsregelung beizufügen. Es sei schon fraglich, ob das Gemeinschaftsrecht der Bundesrepublik die Befugnis zur Gewährung eines innerstaatlichen Anspruchs noch belassen hätte, weil deutsche Unternehmen dann u. U. günstiger gestellt wären als Unternehmen eines anderen Mitgliedstaates. Zum anderen setzte eine derartige Entschädigungspflicht voraus, daß § 69 a AWV an eigenen, nicht auf ein Parlamentsgesetz zurückgehenden Nichtigkeitsgründen leide<sup>83</sup>. Dies sei hier nicht der Fall, da sich § 69 a AWV an die eindeutigen Vorgaben des – zu Eingriffen in laufende Verträge ermächtigenden – § 2 Abs. 2 Satz 3 AWG halte. Wegen der rein deklaratorischen Bedeutung des § 69 a AWV komme im übrigen auch ein Amtshaftungsanspruch nicht in Betracht.

89. Mit der Geltung des EG-Gemeinschaftszollrechts für das Gebiet der beigetretenen neuen Bundesländer hatte sich der BFH in dem Urteil vom 27.9.1994 (VII R 75/93 = BFHE 176, 83 = DStR 1995, 284 = RIW 1995, 524) auseinanderzusetzen. Im Streit stand die Zollbehandlung von Waren, die von einem Unternehmen in der früheren DDR im Sommer 1990 in Kuba bestellt, jedoch erst nach dem Beitritt eingeführt wurden. Der BFH entschied, daß mit Wirksamwerden des Beitritts der DDR zur Bundesrepublik Deutschland am 3.10.1990 das Zollrecht des Bundes

---

<sup>83</sup> BGHZ 111, 349.

(Art. 8 Einigungsvertrag) und auch das Gemeinschaftszollrecht einschließlich des sekundären Gemeinschaftsrechts in Kraft getreten seien. Das erstinstanzliche FG habe daher rechtsfehlerfrei entschieden, daß die aus Kuba eingeführten Waren dem Zollregime der einschlägigen EG-Verordnung Nr. 3568/90 unterlegen hätten. Entgegen dem Vorbringen des klagenden Unternehmens liege zudem eine gegen das rechtsstaatliche Prinzip der Rechtssicherheit verstoßende unzulässige Rückwirkung nicht vor. Es könne sich bereits fragen, ob überhaupt von einer Rückwirkung auszugehen sei, wenn sich, wie hier, die beanstandete Einwirkung nicht in Folge einer (unmittelbaren) Normsetzung des Gesetzgebers ergebe, sondern durch einen "Wechsel der Zollrechtsordnung" das Gemeinschaftszollrecht aufgrund des Beitritts der DDR automatisch in Kraft getreten sei. Selbst wenn eine (unechte) Rückwirkung vorläge, so wäre sie zulässig, da kein überwiegendes schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen auf eine bestehende günstigere Rechtslage anzuerkennen sei. Insofern fehle es bereits an einem – normativen – Vertrauenstatbestand, da der hier einschlägige Art. 13 Abs. 2 WV (Vertrag über die Währungsunion) seiner allgemeinen Fassung nach nicht geeignet sei, ein spezifisches Vertrauen auf das Fortbestehen einer einseitig vorgesehenen Zollbefreiung zu begründen.

90. Die zuständigen deutschen Behörden hatten einem Landwirt eine in mehreren Raten ausgezahlte Prämie für die Umstellung seines Milchkuhbestandes auf einen Bestand zur Fleischerzeugung gewährt. Da der Landwirt unter Verstoß gegen die einschlägige EG-Verordnung einige Milchkuhe behalten hatte, nahm die Behörde den Bewilligungsbescheid zurück und verlangte die Rückzahlung der bereits ausgezahlten Prämienraten. Das Bundesverwaltungsgericht entschied letztinstanzlich, daß die bereits ausgezahlten Prämienraten trotz des Gemeinschaftsrechtsverstoßes vom Kläger nicht zurückverlangt werden könnten. Die Rückforderung der Prämien richte sich mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelung im vorliegenden Fall nach nationalem Recht. Für den Widerruf der ursprünglich rechtmäßigen Bewilligung der ersten Prämienrate liege keiner der in § 49 Abs. 2 VwVfG aufgeführten Widerrufsgründe vor. Dieses Ergebnis widerspreche nicht dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot, bei Nichteinhaltung der Verpflichtungen die bereits ausgezahlten Prämienbeträge wieder einzuziehen. Die Unwiderruflichkeit sei Ausdruck des Vertrauensschutzes, den der deutsche Gesetzgeber dem Adressaten eines anfänglich rechtmäßigen begünstigenden Verwaltungsaktes bei Fehlen eines Widerrufgrundes einräume. Zwar lasse der EuGH die Anwendung des nationalen Rechts nur unter dem Vorbehalt zu, daß damit die Rückforderung

nicht praktisch unmöglich gemacht werde<sup>84</sup>. Die Rückforderung solcher Prämien werde aber nicht dadurch praktisch unmöglich, daß der Widerruf nach deutschem Verwaltungsverfahrensrecht vom Vorliegen eines hierzu legitimierenden Grundes abhängt.

Das Bundesverwaltungsgericht sah auch keine Möglichkeit für die Rücknahme des von Anfang an mit einem Rechtsfehler behafteten Bewilligungsbescheides für die zweite Prämienrate, da der Kläger trotz seines Verstoßes gegen die ihm nach der einschlägigen EG-Verordnung obliegenden Verpflichtung auf die Rechtmäßigkeit des zweiten Bewilligungsbescheides hätte vertrauen dürfen. Sein schutzwürdiges Vertrauen schließt eine Rücknahme aus (§ 48 Abs. 2 Satz 1 VwVfG).

91. Das FG Hamburg hatte sich in seinem Beschluß vom 24.11.1994 (IV 278/93 H – EFG 1994, 570) mit der Rückforderung zu Unrecht gezahlter Ausfuhrerstattungen zu beschäftigen. Das FG entschied, daß sich der Rückzahlungspflichtige nicht auf Vertrauensschutz gemäß § 48 Abs. 2 – 4 VwVfG, insbesondere nicht auf den Wegfall der Bereicherung gemäß § 48 Abs. 2 Satz 6 VwVfG i.V.m. § 818 Abs. 3 BGB berufen könne. Der Rückzahlungspflichtige hatte geltend gemacht, die Rückforderung sei ausgeschlossen, da er die Ausfuhrerstattung über den Preis an seine Abnehmer weitergegeben habe. Das FG verwies auf die Rechtsprechung des EuGH zur Frage des Vertrauensschutzes gegenüber der Rückforderung von nach Gemeinschaftsrecht gewährten Subventionen. Hiernach stehe das Gemeinschaftsrecht zwar nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegen, die für den Ausschluß einer Rückforderung auf Kriterien wie den Vertrauensschutz und den Wegfall der ungerechtfertigten Bereicherung abstellten, es müßten jedoch hierbei die gleichen Voraussetzungen gelten wie für die Wiedereinziehung rein nationaler Geldleistungen und das Interesse der Gemeinschaft müsse voll berücksichtigt werden. Nach Auffassung des FG genügt in Fällen der vorliegenden Art allein das Abstellen auf die vollständige Weitergabe des erlangten Vorteils nicht den Anforderungen des EuGH. Liefße man die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung stets zu, wenn der Ausführer kalkulatorisch die Ausfuhrerstattung „über den Preis an seinen Abnehmer weitergegeben habe“, so wäre damit die Rückforderung von Gemeinschaftssubventionen in diesem Bereich weit überwiegend, wenn nicht ganz und gar praktisch unmöglich gemacht.

92. Die Rückforderung landwirtschaftlicher Prämien (hier Stilllegungsprämie) beschäftigte im Berichtsjahr auch den Bayerischen Verwaltungs-

---

<sup>84</sup> EuGH, NVwZ 1993, 973.

gerichtshof. Der BayVGH judizierte in seinem Urteil vom 9.3.1994 (19 B 93 2259 – DÖV 1995, 204), daß sich der Widerruf eines Bewilligungsbescheids für eine Stilllegungsprämie im Anwendungsbereich des Gesetzes zur Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen (MOG)<sup>85</sup> vorrangig nach dessen Bestimmungen richte und § 48 VwVfG insoweit verdränge. Der Widerruf richte sich allein nach § 10 Abs. 2 MOG, da insoweit kein vorrangiges Gemeinschaftsrecht bestehe. Die einschlägige EG-Verordnung Nr. 1272/88 schreibe für den Fall der Nichteinhaltung der Subventionsbestimmungen zwar eine Verpflichtung zur Rückabwicklung der Beihilfegewährung vor, überlasse es dem nationalen Gesetzgeber jedoch, wie im einzelnen diese Verpflichtung erfüllt und durchgesetzt werde. Der in § 10 Abs. 2 MOG bei Nichteinhaltung der zugrundeliegenden Subventionsbestimmungen vorgeschriebene Widerruf des Bewilligungsbescheids mit Wirkung auch für die Vergangenheit verstoße, so der BayVGH unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>86</sup>, nicht gegen den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes.

## 2. Diskriminierungsverbot

93. Nach den §§ 96 Abs. 1, 125 Abs. 1 Urhebergesetz (UrhG) genießen ausübende Künstler, die die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, für alle ihre Darbietungen den nach den §§ 73 – 84 UrhG gewährten Schutz, d. h. sie können insbesondere die Verbreitung ihrer Darbietungen untersagen, die ohne ihre Einwilligung vervielfältigt werden, und zwar ohne Unterschied wo die Darbietungen stattfinden. Ausländische Künstler hingegen können sich nach § 125 Abs. 2 – 6 UrhG nicht auf das Verwertungsverbot des § 96 UrhG berufen, wenn die Darbietungen außerhalb Deutschlands stattfanden. Auf Vorlage des BGH<sup>87</sup> hatte der EuGH in seinem Urteil vom 20.10.1993<sup>88</sup> das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte in den Anwendungsbereich des EWG-Vertrages im Sinne von Art. 7 Abs. 1 (jetzt Art. 6 Abs. 1 EGV) einbezogen und in dem nach den oben genannten Bestimmungen des Urhebergesetzes bewirkten Ausschluß von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten von dem Inländern zuerkannten Recht, den Vertrieb eines ohne ihre Einwilligung hergestellten Tonträgers

<sup>85</sup> In der Fassung vom 27.8.1986, BGBl. 1986 I, 1397, zuletzt geändert durch VO vom 26.2.1993 (BGBl. I, 277).

<sup>86</sup> Urteil vom 8.9.1993 – 11 C 39.92.

<sup>87</sup> Beschluß vom 25.6.1992 – EuZW 1992, 644.

<sup>88</sup> EuZW 1993, 710 = NJW 1994, 375.

im Inland zu verbieten, einen Verstoß gegen das in Art. 7 Abs. 1 EWG-Vertrag niedergelegte allgemeine Diskriminierungsverbot erblickt.

Im Anschluß an dieses Urteil des EuGH befand der BGH, daß § 125 Abs. 1 UrhG durch die gemeinschaftsrechtliche Regelung des Art. 7 Abs. 1 EWG-Vertrag dahin ergänzt werde, daß dem nach den §§ 73 – 84 UrhG den ausübenden Künstlern für ihre Darbietungen gewährten Schutz sowohl deutsche Staatsangehörige als auch Angehörige anderer EG-Mitgliedstaaten unterfielen (Urteil vom 21.4.1994 – I ZR 31/92 – EuZW 1994, 637 = NJW 1994, 2607 = EWS 1994, 328 = NJW-RR 1994, 1463 [Ls.] = MDR 1994, 1199 = GRURInt 1995, 65 = BGHZ 125, 382 = LM H 12/94 EWG-Vertrag Nr. 38 mit Anm. Löwenheim). In dem zugrundeliegenden Rechtsstreit hatte die Klägerin Tonträger mit Darbietungen der aus britischen Staatsangehörigen bestehenden englischen Gruppe "The Rolling Stones" vertrieben, die in den Jahren 1964 und 1965 in Großbritannien aufgenommen worden waren. Die Beklagte, Inhaberin der ausschließlichen Nutzungsrechte an diesen Aufnahmen für den Bereich der Bundesrepublik, nahm im Wege der Widerklage die Klägerin auf Unterlassung des Vertriebs sowie auf Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr in Anspruch. Der BGH sprach der Beklagten Inlandsschutz unmittelbar aus Art. 7 Abs. 1 EWG-Vertrag zu. Unter Bezugnahme auf das oben erwähnte Urteil des EuGH führte der BGH aus, dem unmittelbar aufgrund des Art. 7 Abs. 1 bestehenden Anspruch auf Gleichbehandlung mit deutschen Staatsangehörigen stehe ein abweichendes nationales Recht – hier § 125 Urhebergesetz – nicht entgegen. Die Frage der Vereinbarkeit des § 125 Urhebergesetz mit dem Gemeinschaftsrecht habe der EuGH im Vorlageverfahren nach Art. 177 EWG-Vertrag zwar nicht entscheiden können, das einfache nationale Recht sei jedoch im Lichte des Gemeinschaftsrechts in der Auslegung durch den EuGH zu ergänzen. Mit der Einbeziehung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in den Anwendungsbereich des EWG-Vertrags im Sinne des Art. 7 Abs. 1 habe der EuGH auch nicht die ihm durch Art. 164 EWG-Vertrag zugewiesene Kompetenz, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des EWG-Vertrages zu sichern, überschritten. Der EuGH habe nicht verkannt, daß das Urheber- und Leistungsschutzrecht bislang nur in Teilbereichen Gegenstand einer Harmonisierung gewesen sei, so daß es beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich Sache der nationalen Gesetzgeber sei, die Voraussetzungen und die Modalitäten dieses Schutzes festzulegen. Andererseits habe er aber auch berücksichtigt, daß das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte wie die anderen ge-

werblichen und kommerziellen Eigentumsrechte unmittelbare Auswirkungen auf den Handel und die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb der Gemeinschaft haben könnten. Unter diesen Umständen halte sich eine Auslegung, die die verwandten Schutzrechte dem Anwendungsbereich des EWG-Vertrages zurechne, im Rahmen der dem EuGH zugewiesenen Entscheidungsbefugnis.

Entgegen der Ansicht der Revision werde, so der BGH, bei einer solchen Auslegung auch nicht die Ermächtigungsgrundlage, nämlich das Zustimmungsgesetz zum EWG- bzw. jetzt zum EU-Vertrag, verlassen. Das Bundesverfassungsgericht habe in seinem *Maastricht*-Urteil betont, daß mit Rücksicht darauf, daß der Text eines völkerrechtlichen Vertrages mit den Vertragsparteien ausgehandelt werden müsse, an die Bestimmtheit und Dichte der Vertragsregelungen nicht Forderungen gestellt werden könnten, wie sie der Parlamentsvorbehalt sonst für ein Gesetz vorgebe<sup>89</sup>. Für den EU-Vertrag habe das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, daß er – soweit er im dortigen Verfahren zu prüfen war – den Bestimmtheitsanforderungen genüge, weil er den künftigen Vollzugsverlauf, also die mögliche Inanspruchnahme der eingeräumten Hoheitsbefugnisse, hinreichend voraussehbar normiere. Dem Einwand der Revision, § 125 UrhG stehe gleichrangig neben Art. 7 Abs. 1 EWG-Vertrag und beanspruche deshalb als jüngere Norm Vorrang, begegnete der BGH mit dem Hinweis, nach allgemeinem Verständnis sei im Divergenzfall vom Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem einfachen nationalen Recht auszugehen.

Schließlich verwarf der BGH das Argument, der Entscheidung des EuGH komme keine Rückwirkung zu. Er führte aus, aus dem Wesen der Vertragsauslegung folge, daß die Gerichte diese Vorschrift und diese Auslegung grundsätzlich auch auf Rechtsverhältnisse anwenden könnten und müßten, die vor Erlass des auf das Suchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden seien. Die *ex tunc*-Wirkung der Vorabentscheidung sei danach die Regel.

Das oben genannte Urteil des EuGH war auch Gegenstand eines Urteils des BGH vom 6.10.1994 (I ZR 155/90 – NJW 1995, 868 – *Cliff Richard II*) sowie eines Urteils des OLG Frankfurt a.M. vom 1.9.1994 (6 U 265/93 – NJW-RR 1995, 46 = GRUR 1995, 337 = EWS 1994, 404). Beide Gerichte erkannten Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten

---

<sup>89</sup> BVfG, NJW 1993, 3047.

wegen der unmittelbaren Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots des Art. 7 Abs. 1 EWG-Vertrag Urheberrechtsschutz nach §§ 120 Abs. 1, 121 Abs. 1 und 4 bzw. § 96 Abs. 1 UrhG zu.

### 3. Freier Warenverkehr

94. Der EuGH hat seine Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit mit Urteil vom 24.11.1993 (Rechtssache *Keck und Mithouard* – EuZW 1993, 770 = NJW 1994, 121) weiterentwickelt und die weite “Dassonville-Formel”, wonach Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne von Art. 30 EG-Vertrag alle nationalen Regelungen sind, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar tatsächlich oder potentiell zu behindern, maßgeblich eingeschränkt. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung hat er dem Anwendungsbereich von Art. 30 EG-Vertrag diejenigen nationalen Bestimmungen entzogen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten und sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.

Mit den Auswirkungen dieser neuen Rechtsprechung zu Art. 30 EGV setzte sich das KG in einem Urteil vom 10.11.1994 (25 U 5355/93 – EuZW 1994, 541 = NJW-RR 1994, 1463) auseinander. Ausgangspunkt des Verfahrens war ein Antrag eines anerkannten Gewerbeverbands, einem Autohaus im Wege der einstweiligen Verfügung die Werbung für Kraftfahrzeuge (u. a. hergestellt in Frankreich) mit tabellenartigen Finanzierungskonditionen zu untersagen, da der Verbraucher über die Finanzierungsendpreise getäuscht werde. Das KG sah in dem auf § 3 UWG (Verbot irreführender Werbung) gestützten Erlaß der begehrten einstweiligen Verfügung durch das erstinstanzliche LG Berlin keinen Verstoß gegen Art. 30 EGV. Die neue Rechtsprechung des EuGH (*Keck*) veranlaßte das KG jedoch nicht, bereits die Anwendbarkeit von Art. 30 EGV für den vorliegenden Fall zu verneinen. Es sei zweifelhaft, ob die Änderung der Rechtsprechung des EuGH so weitgehend sei, daß zukünftig nur noch solche Verkaufsmodalitäten als Handelshemmnisse erfaßt würden, durch die Produkte aus anderen Ländern der Gemeinschaft gegenüber Inlandserzeugnissen diskriminiert würden. So unterfielen nach dem Urteil des EuGH Vorschriften hinsichtlich der Bezeichnung, Form, Zusammensetzung usw. der Waren nach wie vor dem Begriff der Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen. Zudem habe

der EuGH nicht näher ausgeführt, was unter "bestimmten Verkaufsmodalitäten" zu verstehen sei.

Obwohl das KG mithin in den streitgegenständlichen Untersagungen Handelshemmnisse im Sinne von Art. 30 EGV erblickte, stellte es keinen Verstoß gegen Art. 30 EGV fest, da sich der EuGH noch nicht auf ein bestimmtes Verbraucherleitbild – etwa das des aufmerksamen, sorgfältigen und kritischen Verbrauchers – festgelegt habe. Die in Ermangelung eines gemeinschaftsrechtlichen, verbindlichen Leitbilds zur Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Täuschungsfälle bestehenden immanenten Schranken des Art. 30 EGV ("Cassis de Dijon") würden durch § 3 UWG gewahrt, da diese Regelung erforderlich und geeignet sei, um zwingenden Erfordernissen der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes gerecht zu werden.

95. Ebenfalls unter Bezugnahme auf die neue Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 (Rechtssache *Keck*, s.o.) entschied das OLG Nürnberg mit Urteil vom 18.8.1994 (3 U 2098/94 – EWS 1995, 53), daß die Anwendung des Rabattgesetzes nicht gegen die Grundsätze des freien Warenverkehrs verstoße, da es sich hierbei nicht um einen Fall der produktbezogenen Beschränkung, sondern um einen Fall einer nur marketing-bezogenen Beschränkung handele, die nach den neuen Grundsätzen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 30 EGV falle. Das Rabattgesetz regle nämlich allein Verkaufsmodalitäten, die für alle Wirtschaftsteilnehmer gälten und den Absatz in- und ausländischer Produkte in gleicher Weise berührten.

96. Im Anschluß an das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Hünermund*<sup>90</sup> entschieden der VGH Baden-Württemberg (nicht rechtskräftiger Beschluß vom 18.4.1994 – 9 S 3114/93 – DÖV 1994, 831 = VBfBW 1994, 361 = DVBl. 1995, 65 [Ls.]) und das Bundesverwaltungsgericht (Beschluß vom 23.12.1994 – NB 1.93 – GewArch 1995, 194), daß Landesregeln einer Apothekerkammer, die die Werbung außerhalb der Apotheke verbieten, nicht geeignet seien, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 30 EGV zu behindern. Derartige nationale Bestimmungen stellten ein Verbot von bestimmten Verkaufsmodalitäten dar, die nach der neuen Rechtsprechung des EuGH nicht mehr unter den Einbindungsbereich des Art. 30 EGV fielen.

---

<sup>90</sup> Urteil des EuGH vom 15.12.1993, Rs. C 292/92, EuZW 1994, 119.

## 4. Freizügigkeit

97. Mit der Frage, ob ein Bürger der Europäischen Union aus einem Mitgliedstaat ausgewiesen werden darf, beschäftigte sich das Bundesverwaltungsgericht in dem Beschluß vom 8.3.1994 (1 B 32.94 – InfAuslR 1994, 249). Der Kläger bezog sich auf die durch den Maastrichter Unionsvertrag vom 7.2.1992<sup>91</sup> in den EWG-Vertrag (jetzt EG-Vertrag) eingeführte Vorschrift des Art. 8 a, nach der jeder Unionsbürger vorbehaltlich der in dem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen das Recht hat, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Obwohl das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis kam, daß der Unionsvertrag zum maßgeblichen Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage noch nicht in Kraft gewesen sei, führte es aus, daß die im Sinne des Art. 48 Abs. 3 EWG-Vertrag aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch Art. 8 a nicht aufgehoben worden seien, denn das in dieser Vorschrift geregelte Aufenthaltsrecht gelte nur vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen.

98. Nach § 8 Abs. 1 Nr. 8 BAföG wird Auszubildenden, die die Staatsangehörigkeit eines anderen EG-Mitgliedstaates besitzen, Ausbildungsförderung geleistet, sofern sie vor Beginn der Ausbildung im Inland in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden haben. Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses im Sinne dieser Vorschrift bestimmt sich nach Ansicht des VG Minden allein danach, ob der Auszubildende EG-Wanderarbeitnehmer nach der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 ist (Beschluß vom 18.3.1994 – 9 L 157/94 – NVwZ-RR 1994, 663). Ein Beschäftigungsverhältnis sei dementsprechend auch dann anzunehmen, wenn der Auszubildende lediglich ein sechsmonatiges Praktikum absolviert habe, für das er eine monatliche Vergütung in Höhe von etwa 950 DM erhalten habe und somit sozialversicherungs- und steuerpflichtig gewesen sei.

99. Auf das bereits im Bericht für 1993 besprochene Urteil des LG Frankfurt a.M. vom 18.11.1994<sup>92</sup> zur Vereinbarkeit der Ausländerklausel des Deutschen Tischtennisbundes (Nr. B 9.3 Buchst. b der Wettkampfordnung) für Punktspiele der 1. Bundesliga und für Pokalspiele mit Art.

<sup>91</sup> BGBl. 1992 II, 1253.

<sup>92</sup> 2/14 O 392/93 – EuZW 1994, 511 = EWS 1994, 405.

48 EWG-Vertrag wird hingewiesen<sup>93</sup>. Das Urteil des LG Frankfurt dürfte angesichts des Urteils des EuGH vom 15.12.1995 in der Rechtssache *Bosman* (Rs. C-415/93 – EuZW 1996, 82) keine Gültigkeit mehr besitzen. Der EuGH hatte in den durch Fußballverbände aufgestellten Transferregelungen und Ausländerklauseln einen Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinne von Art. 48 EG-Vertrag gesehen.

### 5. Dienstleistungsfreiheit

100. In dem bereits oben besprochenen Urteil des OLG Nürnberg vom 18.8.1994 [95] zur Vereinbarkeit des Rabattgesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht übertrug das Gericht die *Keck*-Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EGV auf die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 EGV. Ob Maßnahmen, die nicht das Produkt selbst, d. h. die Erbringung und Empfangnahme der Dienstleistung, betreffen, gegen die Gewährung der Dienstleistungsfreiheit verstießen, sei entsprechend den Grundsätzen über die Zulässigkeit von Beschränkungen des freien Warenverkehrs nach Art. 30 EGV zu entscheiden. Diese stünden aber nach der Rechtsprechung des EuGH der Anwendung des deutschen Rabattgesetzes nicht entgegen.

101. Die Zurückweisung einer in einem anderen Mitgliedstaat nach dortigem Recht zugelassenen Steuerberatungsgesellschaft nach § 80 Abs. 5 AO als Bevollmächtigte i.S. des Steuerberatungsgesetzes verstößt nach Auffassung des BFH für den Fall, daß sie in der Bundesrepublik nicht als Steuerberatungsgesellschaft anerkannt ist, jedenfalls dann nicht gegen das Recht der EG, wenn die Gesellschaft die erforderliche berufliche Qualifikation bezogen auf das deutsche Recht nicht nachgewiesen hat (Urteil vom 19.7.1994 – VII R 107/93 – BFHE 175, 192 = RIW 1994, 984 = HFR 1994, 731 = EuZW 1995, 185). Es stelle zwar eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Sinne von Art. 59 Abs. 1, 60 Abs. 3 EGV dar, wenn eine nationale Vorschrift die Ausübung bestimmter Dienstleistungen durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen im Inland von der Erteilung einer bestimmten Erlaubnis abhängig mache, die an die Erfüllung bestimmter beruflicher Qualifikationen geknüpft sei. Derartige Beschränkungen ließen sich jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses rechtfertigen, sofern die Beschränkungen für alle im Empfängerstaat tätigen Personen und Unternehmen gälten. Die Regelungen des Steuerbera-

<sup>93</sup> Siehe bereits Philipp (Anm. 4), 879.

tungsgesetzes (StBerG) über die Befugnis zur geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen seien im Allgemeininteresse geboten. Es stehe daher im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, wenn das Steuerberatungsgesetz insbesondere eine bestimmte berufliche Qualifikation von denjenigen verlange, die geschäftsmäßig Hilfe in Steuersachen leisteten. Im vorliegenden Fall bestehe auch kein Anlaß, die Anforderungen an die Qualifikation abweichend vom Steuerberatungsgesetz nach der Art der Hilfeleistung im konkreten Fall zu differenzieren, da die geforderte Qualifikation zu den Bedürfnissen der Empfänger der Dienstleistung nicht außer Verhältnis stehe.

Der Umstand, daß in keinem anderen Mitgliedstaat der EG womöglich der Bereich der Steuerberatung in solch umfangreichem Maße eingeschränkt werde wie in der Bundesrepublik, könne nicht dazu führen, daß die nach dem Steuerberatungsgesetz festgelegten Voraussetzungen mit dem EG-Vertrag nicht vereinbar seien. So lange derartige Voraussetzungen nicht gemeinschaftlich harmonisiert seien, stehe es den Mitgliedstaaten grundsätzlich frei, solche Voraussetzungen durch innerstaatliches Recht zu regeln, soweit dies aus einem zwingenden Allgemeininteresse für notwendig gehalten werde.

## 6. Landwirtschaft

102. Der VGH Baden-Württemberg hatte sich mit der Frage auseinandersetzen, ob nach Europäischem Weinrecht folgende Zusatzangabe in der Etikettierung von Qualitätswein zulässig ist: "Handgelesen am 3.10.1990. Tag der Wiedervereinigung Deutschlands". Das Weinbezeichnungsrecht ist geregelt durch die Verordnung (EWG) Nr. 2392/89<sup>94</sup>. Nach Art. 11 Abs. 2 dieser Verordnung kann die Etikettierung von Qualitätsweinen durch bestimmte Angaben fakultativ ergänzt werden, so z. B. mit Informationen "zu den natürlichen oder technischen Weinbaubedingungen, die diesem Wein zugrunde liegen", oder "zur Geschichte des betreffenden Weines". Das Lesedatum, so der VGH, zähle nicht zu den erlaubten Informationen zur "Geschichte des betreffenden Weines" und hätte als fakultative Zusatzinformation in Art. 11 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2392/89 ausdrücklich zugelassen werden müssen. Im übrigen bestehe auch kein berechtigtes Bedürfnis für die Angabe des Lesedatums bei der Etikettierung von Qualitätswein, da das Lesedatum einen Schluß auf die

---

<sup>94</sup> Verordnung des Rates zur Aufstellung allgemeiner Regeln für die Bezeichnung und Aufmachung der Weine und der Traubenmoste vom 24.7.1989, ABl. Nr. L 232, 13.

Qualität des Weines dem Verbraucher regelmäßig nicht erlaube. Gleiches gelte auch für die zweite Angabe auf dem beanstandeten Etikett, "Tag der Wiedervereinigung Deutschlands". Dieser Hinweis stehe in keinerlei Sachzusammenhang mit der "Geschichte des Weines", er bezeichne lediglich ein mit dem Lesetag zufällig zusammenfallendes zeitgeschichtliches Ereignis.

### 7. Wettbewerbs-/Kartellrecht

103. In dem oben [96] erwähnten Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts zur Vereinbarkeit eines standesrechtlichen Verbots für Apotheker, außerhalb der Apotheke zu werben, äußerte sich das Gericht auch zur Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln des Art. 85 EGV. Seien nach der Entscheidung des EuGH<sup>95</sup> derartige Standesregelungen nicht geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu behindern, so fehle auch der Bezug, der eine Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln des Art. 85 EGV in Betracht kommen lasse. Denn diese Vorschrift setze unter anderem voraus, daß Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen vorlägen, die geeignet seien, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Auf der gleichen Linie liegt der bereits erwähnte Beschluß des VGH Baden-Württemberg [96].

### 8. Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 119 EG-Vertrag)

104. Das OVG Schleswig entschied mit Beschluß vom 25.7.1994 (3 L 299/93 – ZBR 1995, 53), daß das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 119 EGV auch für Beamte gelte. Nach der Rechtsprechung des EuGH sei das in Art. 119 enthaltene Diskriminierungsverbot nicht nur für die öffentlichen Behörden verbindlich, sondern erstrecke sich auch auf alle die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen<sup>96</sup>. Hieraus sei zu schließen, daß die Vorschrift auch auf Beamte Anwendung finde.

Nachdem das OVG so zur Anwendbarkeit des Art. 119 EGV gekommen war, untersuchte es die Frage, ob die Hinausschiebung des allgemeinen Dienalters um bestimmte Zeiten des Erziehungsurlaubs Frauen

<sup>95</sup> Urteil vom 15.12.1993, Rs. C – 292/92, EuZW 1994, 119.

<sup>96</sup> EuGH Rs. 43/75, Slg. 1976, 455.

unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht (mittelbar) diskriminiere. Das Gericht sah keine Verletzung des Art. 119 EGV, da sich der Erziehungsurlaub lediglich auf das allgemeine Dienstalter, nicht jedoch auf das Besoldungsdienstalter nachteilig auswirke, da während der Zeit des Erziehungsurlaubes das Besoldungsdienstalter weiterlaufe. Die Auswirkung des allgemeinen Dienstalters als Auswahlkriterium bei Beförderungen im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. § 8 Abs. 1 BBG verletze Frauen nicht in ihrem Recht auf Gleichbehandlung, da die Vorschrift des Art. 119 EGV insoweit kein subjektives Recht auf Gleichbehandlung im "Vorfeld" einer Beförderungsentscheidung gewähre. Das allgemeine Dienstalter wirke sich nur indirekt auf das mit der Beförderung zusammenhängende höhere Endgrundgehalt aus.

Das OVG kam zu dem Ergebnis, daß die Hinausschiebung des allgemeinen Dienstalters auch mit der Gleichbehandlungs-Richtlinie Nr. 76/207 des Rates<sup>97</sup> vereinbar sei. Zwar sei eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Umstandes nicht auszuschließen, daß deutlich mehr Frauen als Männer Erziehungsurlaub in Anspruch nähmen und daher Frauen aufgrund ihrer geschlechtsspezifischen Rolle häufiger als Männer von der in Rede stehenden Festsetzung des allgemeinen Dienstalters betroffen seien. Diese unterschiedlichen Auswirkungen stellten jedoch keine Diskriminierung im Sinne der Richtlinie dar, da die Ungleichbehandlung durch objektive Kriterien wie Anciennität und Berufserfahrung gerechtfertigt sei.

105. Die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der tarifrechtlichen Auswirkungen des Erziehungsurlaubs von Frauen war auch Gegenstand eines Urteils des BAG vom 28.9.1994 (10 AZR 697/93 – BB 1995, 97 = NZA 1995, 176). Der Arbeitgeber hatte der Klägerin eine nach Tarifvertrag zustehende Sonderzahlung anteilig um die Zeiten des Erziehungsurlaubs gekürzt. Das BAG hielt an seiner bisherigen Rechtsprechung fest und verneinte einen Verstoß gegen Art. 119 EG-Vertrag. Auch wenn es zutrefte, daß aufgrund ihrer geschlechtsspezifischen Rolle Frauen weitaus häufiger Erziehungsurlaub in Anspruch nähmen als Männer, so sei die Ungleichbehandlung durch ein wirkliches Bedürfnis gerechtfertigt. Sei der Arbeitgeber von der Pflicht zur Zahlung des Arbeitsentgeltes befreit, weil das Arbeitsverhältnis ruhe, dann stehe Art. 119 EGV einer vertraglichen oder tariflichen Bestimmung nicht entgegen, die dem Arbeitge-

---

<sup>97</sup> Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen vom 9.2.1976, ABl. L 39/40.

ber erlaube, auch zusätzliche Entgeltleistungen für diese Zeiten "ruhen" zu lassen. Der Unterschied zwischen einem ruhenden und einem nichtruhenden Arbeitsverhältnis sei so gewichtig, daß eine unterschiedliche Behandlung nicht nur beim eigentlichen Arbeitsentgelt, sondern auch bei der Gewährung zusätzlicher Leistungen zum Arbeitsentgelt gerechtfertigt sei. In diesem Zusammenhang ist auch hinzuweisen auf die Entscheidung des BAG vom 25.10.1994 (3 AZR 149/94 – NZA 1995, 730).

#### 9. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften-Türkei

106. Auch im Berichtszeitraum 1994 ist eine Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen zu den aufenthaltsrechtlichen Auswirkungen der Beschäftigungsrechte türkischer Arbeitnehmer aus dem Beschluß 1/80 des Assoziationsrates EG-Türkei<sup>98</sup> ergangen. Die Rechtsprechung des EuGH zum Assoziationsabkommen und den Beschlüssen des Assoziationsrates hat zu der Klärung der in der Vergangenheit von deutschen Obergerichten kontrovers diskutierten Fragen der aufenthaltsrechtlichen Implikationen des Assoziationsrechtes geführt<sup>99</sup>. Nachdem der EuGH bereits in den Rechts-sachen *Sevince*<sup>100</sup> und *Kus*<sup>101</sup> die unmittelbare Wirkung des Art. 6 des Assoziationsratsbeschlusses (ARB) Nr. 1/80 anerkannt und hieraus unmittelbar einen Anspruch auf Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis abgeleitet hatte, erstreckte der EuGH diese Grundsätze mit Urteil vom 5.10.1994 in der Rechtssache *Eroglu*<sup>102</sup> auf Art. 7 Abs. 2 des Beschlusses Nr. 1/80. Hierin stellte der EuGH klar, daß Kinder türkischer Arbeitnehmer nach Abschluß einer Berufsausbildung ein Aufenthaltsrecht unmittelbar aus Art. 7 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 herleiten können, und zwar unabhängig davon, ob die Genehmigung zur Einreise des Kindes aus Gründen der Familienzusammenführung erteilt wurde.

Das *Eroglu*-Urteil des EuGH veranlaßte sowohl das OVG Münster (Beschluß vom 21.12.1994 – 18 B 2440/94 – NVwZ 1995, 820 = InfAuslR 1995, 190) als auch den VGH Baden-Württemberg (Beschluß vom 7.11.1994 – 13 S 2082/94 – InfAuslR 1995, 53), ihre bisherige Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 2 ARB 1/80 aufzugeben. Sie entschieden, daß diese

<sup>98</sup> Der Text findet sich abgedruckt in InfAuslR 1982, 33 ff.

<sup>99</sup> Vgl. dazu die Nachweise bei Zimmermann (Anm. 25), 430 ff., sowie bei Rädler (Anm. 1), 545 ff.

<sup>100</sup> EuZW 1990, 479.

<sup>101</sup> EuZW 1993, 96.

<sup>102</sup> Rs. C – 355/93, Slg. 1994, I-5113.

Bestimmung des ARB Kindern türkischer Staatsangehöriger unabhängig von der Dauer ihres Aufenthaltes nach Abschluß einer Berufsausbildung ein unabhängiges Aufenthaltsrecht in dem betreffenden Mitgliedstaat vermitteln, sofern ein Elternteil in dem betreffenden Mitgliedstaat seit mindestens drei Jahren ordnungsgemäß beschäftigt gewesen sei. Zwar sei in Art. 7 Abs. 2 ARB 1/80 nur davon die Rede, daß sich die Kinder unter den genannten Voraussetzungen in dem betreffenden Mitgliedstaat auf jedes Stellenangebot bewerben könnten, das Bewerbungsrecht beinhalte jedoch zwangsläufig auch die Anerkennung eines Aufenthaltsrechts des Bewerbers. In Abweichung der bisherigen Rechtsprechung sei das Aufenthaltsrecht auch nicht von einer vorherigen Genehmigung zum Familiennachzug abhängig.

107. Mit der Frage, wann eine ordnungsgemäße Beschäftigung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 vorliegt, befaßte sich das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen in dem bereits oben [82] erwähnten Beschluß vom 20.9.1994. Das OVG entschied, daß dem regulären Arbeitsmarkt nicht angehöre, wer arbeitslos sei, ohne ersichtliche Anhaltspunkte dafür, daß die Arbeitslosigkeit ohne das Verschulden des Betroffenen eingetreten sei. Auch für die Dauer der Verbüßung einer Haftstrafe bestehe keine Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt, mit der Folge, daß etwaige vor der Strafhaft erworbene aufenthaltsrechtliche Ansprüche aus Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 verloren gingen.

108. In die gleiche Richtung weist ein Urteil des VGH Baden-Württemberg vom 9.3.1994 (11 S 175/93 – InfAuslR 1994, 214). Die gesetzliche Fiktion des erlaubten Aufenthalts nach § 69 Abs. 3 AuslG bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vermittele dem türkischen Staatsbürger kein gesichertes Aufenthaltsrecht, sondern habe nur eine verfahrenssichernde Funktion. Der Betroffene müsse jederzeit damit rechnen, daß die bestehende fiktive Erlaubnis infolge der Entscheidung im Erlaubnisverfahren entfallen könnte. Der ausländerrechtliche Rechtsstatus sei mithin in dieser Zeit so wenig gesichert, daß sich die Annahme einer ordnungsgemäßen Beschäftigung im Sinne des Art. 6 ARB 1/80 verbiete. Aus früheren Beschäftigungszeiten könnten zudem keine Rechtspositionen nach Art. 6 Abs. 1 ARB hergeleitet werden, sofern dieser Beschäftigung eine Zeit nicht unverschuldeter Arbeitslosigkeit (z. B. aufgrund eigener Kündigung) vorangegangen sei. Dies folge im Umkehrschluß aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 ARB, wonach Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit die aufgrund der vorherigen Beschäftigungszeit erworbenen Ansprüche nicht berühren.

Weiterhin entschied der VGH, daß türkischen Arbeitnehmern aus Art. 8 Abs. 2 ARB kein supranationales Aufenthaltsrecht zustehe. Nach dieser Vorschrift bemühen sich die Arbeitsämter der Mitgliedstaaten, die bei ihnen eingetragenen offenen Stellen, die nicht durch dem regulären Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaates angehörende Arbeitskräfte aus der Gemeinschaft besetzt werden konnten, mit regulär als arbeitslos gemeldeten türkischen Arbeitnehmern zu besetzen. Im Unterschied zu den Regelungen des Art. 6 Abs. 1 ARB räume diese Bestimmung den türkischen Arbeitnehmern keine subjektive – beschäftigungs- oder aufenthaltsrechtliche – Anspruchsposition ein.

109. Ein enges Verständnis der “Ordnungsgemäßheit” der Beschäftigung legte der VGH Baden-Württemberg seinem Urteil vom 30.11.1994 (13 S 1718/93 – InfAuslR 1995, 146) zugrunde. Die notwendige gesicherte und nicht nur vorläufige Position des Betroffenen auf dem Arbeitsmarkt setze voraus, daß die Beschäftigung mit gültiger Arbeitserlaubnis ausgeübt werde. Wer es versäume, eine Verlängerung der erforderlichen Arbeitserlaubnis rechtzeitig zu beantragen, gehöre nicht mehr dem regulären Arbeitsmarkt an und verliere auch etwaige aufgrund einer vorherigen ordnungsgemäßen Beschäftigung erworbene Ansprüche. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang, weshalb der Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis nicht rechtzeitig gestellt worden sei.

110. In seinem Beschluß vom 18.10.1994 (13 S 2391/94 – InfAuslR 1995, 2) ließ der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg die Frage offen, inwieweit sich die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des ARB Nr. 1/80 als Veränderung der Sach- und Rechtslage darstellt, die ein Wiederaufgreifen des Verfahrens rechtfertigen könnte. Unter Hinweis auf seine Rechtsprechung zum Verlust der möglicherweise bereits entstandenen Rechte aus Art. 6 Abs. 1 ARB durch verschuldete Arbeitslosigkeit (Umkehrschluß aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 ARB) [108] führte der VGH aus, daß ein wegen eingeleiteter Strafverfahren auferlegtes Arbeitsverbot zu einer allein durch den Betroffenen verschuldeten Arbeitslosigkeit führe.

111. Einem türkischen Staatsangehörigen, der sich durch das Eingehen einer Scheinehe eine Aufenthaltserlaubnis erschlichen hat, stehen nach Ansicht des VGH Baden-Württemberg keine Rechte aus Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 zu, selbst wenn er die dort genannten Voraussetzungen erfüllt (Urteil vom 31.11.1994 – 1 S 1053/93 – InfAuslR 1994, 171). Zwar habe der EuGH in der Rechtssache *Kus*<sup>103</sup> entschieden, daß ein Aufenthaltsrecht nach Art. 6 ARB auch dann bestehe, wenn der ursprüngliche Grund

<sup>103</sup> EuZW 1993, 96.

für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis – Eheschließung mit einer Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates – später weggefallen sei. Der allgemeine Grundsatz von Treue und Glauben, der auch das Gemeinschaftsrecht beherrsche, bedinge aber eine Auslegung des Art. 6 ARB dahin gehend, daß bei eindeutigem Mißbrauch des Art. 6 Abs. 1 GG durch Schließung einer Scheinehe und anschließender Erschleichung einer Aufenthaltserlaubnis ein ordnungsgemäßer Aufenthalt im Sinne des Art. 6 ARB nicht vorliege.

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

112. In den bereits oben [93] erwähnten Entscheidungen des BGH (Urteil vom 21.4.1994) und des OLG Frankfurt nahmen beide Gerichte zu den Rechtswirkungen der aufgrund von Art. 177 EGV ergangenen Vorabentscheidungen des EuGH Stellung. Diese Entscheidungen des EuGH würden zwar nur die mit dem Ausgangsverfahren befaßten Gerichte binden, dies bedeute jedoch nicht, daß ihre Wirkungen auf den konkreten Fall beschränkt seien. Sie könnten vielmehr auch in anderen Verfahren eine tatsächlich rechtsbindende Kraft entfalten, um eine einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen. Den Vorabentscheidungen des EuGH komme im übrigen auch *ex tunc*-Wirkung zu, mit der Folge, daß die nationalen Gerichte die Auslegung der Vertragsbestimmungen durch den EuGH grundsätzlich auch auf Rechtsverhältnisse anzuwenden hätten, die vor Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden seien.

113. Nach § 126 Abs. 5 FGO sind die Finanzgerichte, an die der BFH einen Rechtsstreit zurückverwiesen hat, verpflichtet, ihrer (neuen) Entscheidung die rechtliche Beurteilung des BFH zugrunde zu legen. Dies veranlaßte das FG Rheinland-Pfalz in einem höchst fragwürdigen – nicht rechtskräftigen – Urteil vom 7.11.1994 (5 K 2813/93 – EFG 1995, 378 = EuZW 1995, 588 [Ls.]) zu der Annahme, die Bindungswirkung nach § 126 Abs. 5 FGO umfasse auch gemeinschaftsrechtliche Vorfragen, selbst wenn diese in die Revisionsentscheidung des BFH nicht ausdrücklich und unmittelbar Eingang gefunden hätten. Das FG sah sich an dieser Feststellung auch nicht durch zwei entgegenstehende Entscheidungen des EuGH<sup>104</sup> gehindert, in denen der Gerichtshof ausführte, daß eine nationale Rechtsnorm wie § 126 Abs. 5 FGO den nationalen Gerichten nicht das in Art. 177 EWGV vorgesehene Recht zur Anrufung des Gerichtshofs nehme.

<sup>104</sup> EuGH Slg. 1974, 33 und Slg. 1974, 139.

Das FG befand, diese Auffassung des EuGH sei mit § 126 Abs. 5 FGO nicht vereinbar und halte sich nicht im Rahmen der für den EuGH gezogenen Grenzen, die Entscheidungen zu nationalem Prozeßrecht nicht zuzulassen. Trotz des offenen Widerspruchs zur Rechtsprechung des EuGH sah sich das FG an einer erneuten Vorlage an den Gerichtshof gehindert. Der EuGH sei im Rahmen von Art. 177 EWGV zur Auslegung und Anwendung nationalen Rechts nicht befugt, nichts anderes tue er aber, wenn er § 126 Abs. 5 FGO für nachrangig gegenüber Art. 177 EWGV erkläre<sup>105</sup>.

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

Auf die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Restitutionsausschluß bei besatzungshoheitlichen Enteignungen [15, 16], auf das Urteil des BAG zur Kündigung eines SED-Parteisekretärs [9] sowie auf das Urteil des BGH zu Tötungshandlungen von Grenzsoldaten der DDR [86] wird hingewiesen.

114. Nach Nr. 1 Abs. 1 des Protokolls zum Einigungsvertrag wird die Grenze des Landes Berlin grundsätzlich bestimmt durch das (Preußische) Gesetz über die Bildung einer neuen Stadtgemeinde Berlin vom 27.4.1920 (Pr.GS 1920, 123). Um jedoch Gebietsänderungen aufgrund von Akten der Besatzungsmächte Rechnung zu tragen, gelten alle Gebiete, in denen nach dem 7.10.1949 eine Wahl zum Abgeordnetenhaus oder zur Stadtverordnetenversammlung von Berlin stattgefunden hat, als Bestandteile der Bezirke von Berlin. Der ehemalige Landkreis Potsdam und die Gemeinden Groß-Glienicke und Seeburg erhoben Verfassungsbeschwerde gegen diese Regelung des Einigungsvertrages in bezug auf die Festlegung der Grenze des Landes Berlin im Bereich des Flughafens Gatow und der Weinmeisterhöhe. Das Bundesverfassungsgericht nahm die auf eine Verletzung von Art. 28 Abs. 2 GG gestützte Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an. Zwar seien die betroffenen Gebietskörperschaften von Verfassungs wegen vor Durchführung einer Gebietsänderung anzuhören, die Beschwerdeführer könnten sich jedoch auf diese verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht berufen. Die Regelung des Einigungsvertrages bewirke nämlich im Hinblick auf die streitigen Gebiete keine Änderung der im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Einigungsvertrages bestehenden Gemeinde- und Kreisgrenzen. Da sich die Gebietshoheit der

<sup>105</sup> Vgl. zu dieser Entscheidung K. Reiche, Kompetenzwidrige EuGH-Rechtsprechung zu Art. 177 Abs. 2 EGV?, EuZW 1995, 569.

Kommunen vom jeweiligen Bundesland ableite, könne das Gemeindegebiet folglich Staatsgrenzen nicht überschreiten. Die Grenzen der (alten) Bundesrepublik Deutschland einschließlich Berlin (West) folgten den von den Besatzungsmächten zwischen den Besatzungszonen gezogenen Demarkationslinien und seien dadurch für kommunale Gebietskörperschaften unüberwindlich geworden. Das Bundesverfassungsgericht verwies in diesem Zusammenhang auf sein schon früh ergangenes Urteil im *Lippischen Schulstreit*<sup>106</sup>, in dem es entschieden hatte, daß die Länder mit dem Gebietsbestand entstanden seien, der sich faktisch aus den Maßnahmen der Besatzungsmächte kraft ihrer "obersten Gewalt" in Deutschland ergeben habe.

Das in der 4. Sitzung des Alliierten Kontrollrats vom 30.8.1945 bestätigte Tauschabkommen zwischen Großbritannien und der Sowjetunion habe zur Folge gehabt, daß (West-)Berlin unter Einschluß der hier umstrittenen Gebiete im Bereich des Flughafens Gatow und der Weinmeisterhöhe in den Geltungsbereich des GG getreten sei. Gehörten diese Gebiete aber zu (West-)Berlin, so hätten sie nicht zugleich zum Staatsgebiet der DDR gehören können.

Die auf besatzungsrechtliche Maßnahmen zurückgehende Reduzierung des Gebietsstands der Beschwerdeführer sei auch durch nachfolgende Maßnahmen und Ereignisse nicht berührt worden. Die alte, dem Preußischen Gesetz vom 27.4.1920 folgende, Grenzziehung sei weder mit der Aussetzung der Viermächte-Verantwortlichkeit in bezug auf Berlin<sup>107</sup> noch mit der Beendigung der Rechte der Vier Mächte gemäß Art. 7 Abs. 1 des Vertrages über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland<sup>108</sup> *ipso iure* wieder aufgelebt. Das Besatzungsrecht habe die Rechtslage insoweit nicht lediglich überlagert, so daß mit seiner Suspendierung die nach dem vorherigen Rechtszustand bestehenden Grenzregelungen wieder anwendbar seien. Vielmehr habe sich die deutsche Staatlichkeit in ihrer territorialen Ausprägung, ausgehend von besatzungsrechtlichen Maßnahmen in bezug auf die innerdeutschen Staatsgrenzen, neu und damit selbständig reorganisiert.

115. Der BGH hatte sich in seinem Urteil vom 8.12.1994 (III ZR 105/93 – DtZ 1995, 201 = VIZ 1995, 361 = MDR 1995, 480 = NJW 1995, 1957 [Ls.]) mit der Frage zu beschäftigen, ob die Bundesrepublik für "Altschäden sowjetischer Streitkräfte" haftet. Das Bundesvermögensamt hatte

<sup>106</sup> BVerfGE 4, 250.

<sup>107</sup> Wortlaut der sogenannten Suspendierungserklärung in BGBl. 1990 II, 1331.

<sup>108</sup> Sogenannter Zwei-plus-Vier-Vertrag vom 12.9.1990 (BGBl. II, 1318).

der Klägerin im Dezember 1990 zwei Liegenschaften übergeben, die von der Westgruppe der Streitkräfte der ehemaligen Sowjetunion genutzt worden waren. Der BGH wies letztinstanzlich eine von der Klägerin erhobene Klage auf Entschädigung wegen der von den sowjetischen Truppen an den Liegenschaften verursachten Schäden ab. Der Aufenthalts- und Abzugsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der UdSSR vom 12.10.1990 in Verbindung mit dem Ausführungsgesetz begründe keine Ansprüche wegen der sogenannten Altschäden. Der Vertrag habe eine Grundlage lediglich für Rechte und Pflichten während der Übergangszeit seit dem 3.10.1990 bis zu dem geplanten vollständigen Abzug der Truppen geben und Ansprüche für die zurückliegende Zeit nicht begründen wollen.

Inwieweit den geschädigten Bürgern der DDR aufgrund der zwischen der DDR und der UdSSR geschlossenen Abkommen, wie dem Stationierungsabkommen vom 12.3.1957, Ansprüche gegen die DDR erwachsen sein können, bedurfte nach Ansicht des BGH keiner Entscheidung. Der Klägerin stehe ein Anspruch gegen die beklagte Bundesrepublik jedenfalls nicht zu, weil diese für eine derartige Verpflichtung der ehemaligen DDR nicht eintreten müsse. Die DDR sei als Rechtssubjekt, um dessen unmittelbare Verpflichtungen es hier gehe, mit dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages untergegangen. Eine Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolge für etwaige Verbindlichkeiten aufgrund der Stationierungsabkommen und Verteidigungsgesetze<sup>109</sup> sei nicht angeordnet worden. Auch aus den Bestimmungen des Einigungsvertrages sei eine Haftung der beklagten Bundesrepublik nicht herzuleiten, da sie nicht Inhaberin von Vermögen geworden sei, auf dem eine Haftungsverbindlichkeit in bezug auf die Ansprüche der Klägerin laste. Die Klägerin und nicht die beklagte Bundesrepublik habe nach dem Einigungsvertrag Eigentum an den Liegenschaften erworben, an denen die behaupteten Stationierungsschäden entstanden seien.

116. Gegenstand eines Urteils des BGH vom 6.10.1994 (4 StR 23/94 – BGHSt 40, 272 = NJW 1995, 64 = NStZ 1995, 31 = NJ 1994, 583 = MDR 1995, 186 = DtZ 1995, 148 [Ls.] = JR 1995, 211, siehe auch Anm. O. Hohmann, NJ 1995, 128) war die Frage, inwieweit sich Richter und Staatsanwälte der ehemaligen DDR bei Anwendung des § 214 DDR-

---

<sup>109</sup> Gesetz zur Verteidigung der Deutschen Demokratischen Republik (Verteidigungsgesetz) vom 20.9.1991 (GBl. I, 175) und Gesetz über die Landesverteidigung der Deutschen Demokratischen Republik (Verteidigungsgesetz) vom 13.10.1978 (GBl. I, 377).

StGB<sup>110</sup> der Rechtsbeugung nach § 244 DDR-StGB schuldig gemacht haben. Ein DDR-Bürger hatte durch das Entrollen eines selbstgefertigten Plakats mit dem Text, "DDR! Deine Grenzen sind für mich kein Friedensbeitrag!", vor einem öffentlichen Gebäude seine Festnahme und Verurteilung wegen Beeinträchtigung staatlicher oder gesellschaftlicher Tätigkeit gemäß § 214 DDR-StGB provoziert, um einen Freikauf durch die Bundesrepublik Deutschland zu bewirken. Das Landgericht hatte die an dem Verfahren beteiligten Richter und Staatsanwälte wegen Rechtsbeugung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung verurteilt. Der BGH hob das Urteil des LG auf, da die Rechtsanwendung durch die Angeklagten in dem Strafverfahren gegen den verurteilten DDR-Bürger zwar rechtsstaatlichen Anforderungen nicht standhalte, jedoch weder gegen überpositives Recht noch gegen materielles oder formelles Recht verstoßen habe. Die Geltungskraft und Reichweite von Strafvorschriften der DDR, aus denen sich für Richter und Staatsanwälte die Rechtfertigung für Eingriffe in Rechte der Bürger herleiteten, könnten nicht an Maßstäben eines freiheitlich-demokratischen Rechtsstaats gemessen werden, da sonst einer Vielzahl nach dem Recht der DDR gesetzmäßiger Entscheidungen nachträglich die rechtliche Grundlage entzogen werde. Derartige Entscheidungen als Rechtsbeugung zu werten, widerspräche dem Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG. Eine offensichtliche schwere Menschenrechtsverletzung, die eine andere Beurteilung rechtfertigte, sei weder in der Ausreisegesetzgebung der DDR als solcher noch in einer Pönalisierung öffentlicher Kritik an jener Gesetzgebung zu erblicken.

Etwas anderes könne freilich im Einzelfall gelten, wenn bei der Anwendung von § 214 DDR-StGB auf Meinungsäußerungen mit Bezug auf die Ausreisefreiheit die Grenzen zulässiger Auslegung augenfällig überschritten werde oder die verhängte Strafe in unerträglichem Mißverhältnis zu der Tat stehe. Dies sei jedoch angesichts der Rechtswirklichkeit der DDR nicht der Fall.

Zur Rechtsbeugung durch DDR-Staatsanwälte vergleiche auch das Urteil des BGH vom 9.5.1994 (5 StR 354/93 – BGHSt 40, 169 = NStZ 1994, 437 = NJW 1994, 3238 = NJ 1994, 422).

117. Der BGH befaßte sich schließlich in dem Urteil vom 26.7.1994 (5 StR 98/94 – BGHSt 40, 218 = NJW 1994, 2703 = JR 1995, 205 = MDR

---

<sup>110</sup> § 214 DDR-StGB: (1) Wer die Tätigkeit staatlicher Organe durch Gewalt oder Drohung beeinträchtigt oder in einer die öffentliche Ordnung gefährdenden Weise eine Mißachtung der Grenze bekundet oder zur Mißachtung der Grenze auffordert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Verurteilung auf Bewährung, Haftstrafe, Geldstrafe oder mit öffentlichem Tadel bestraft.

1994, 1027 = NStZ 1994, 586 mit Anm. G. Jakobs = NStZ 1995, 26 = JZ 1995, 45 mit Anm. Roxin) mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrats der DDR für vorsätzliche Tötungen von Flüchtlingen an der "Mauer" durch die Detonation von Minen sowie durch Schüsse von Grenzsoldaten in der Zeit vom April 1971 bis Februar 1989. Das Landgericht hatte wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Totschlag verurteilt. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft änderte der BGH den Schuldspruch ab und verurteilte wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft. Unter Bezugnahme auf sein sogenanntes erstes *Mauerschützen-Urteil* vom 3.11.1992<sup>111</sup> bestätigte der BGH die vom LG vorgenommene rechtliche Bewertung, daß sich die unmittelbar handelnden Grenzsoldaten wegen vollendeten Totschlags strafbar gemacht hätten, als sie die Minen und Selbstschußanlagen installierten und auf Flüchtlinge schossen. Trotz dieser uneingeschränkten strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Grenzsoldaten bejahte der BGH die Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR. Die Angeklagten seien als Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates Angehörige eines Gremiums gewesen, dessen Entscheidungen zwingende Voraussetzungen für die grundlegenden Befehle gewesen seien, auf denen das Grenzregime der DDR beruht habe. Es sei ihnen bewußt gewesen, daß die auf den Beschlüssen des Nationalen Verteidigungsrates beruhenden Befehle ausgeführt würden. Die Meldungen über die Opfer der Grenzverminnung und des Schußbefehls hätten ihnen vorgelegen. Aufgrund dieser Umstände hätten die Angeklagten unmittelbar die Verantwortung für das Geschehen an der Grenze getragen und seien mittelbare Täter.

---

<sup>111</sup> BGHSt 39, 1 = NJW 1993, 141, siehe hierzu Rädler (Anm. 1), 489.