

Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1997

Lars-Jörgen Geburtig*

Übersicht

(for an English version of this Survey see p. 242)

	Seite
I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht	244
II. Staatensukzession	245
III. Völkerrechtliche Verträge	246
IV. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität	254
V. Staatsangehörigkeit	260
1. Erwerb	260
2. Verlust	264
3. Mehrfache Staatsangehörigkeit	265
4. Staatenlosigkeit	266

* Referendar am Institut.

Abkürzungen: AbfAllG = Abfallgesetz; ABl. = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; Abs. = Absatz; AG = Amtsgericht; ApBetrO = Apothekenbetriebsordnung; ARB = Assoziationsratsbeschuß EWG-Türkei; Art. = Artikel; AS = Amtliche Sammlung von Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Rheinland-Pfalz und Saarland; AsylVerfG = Asylverfahrensgesetz; AuslG = Ausländergesetz; BAG = Bundesarbeitsgericht; BayOLGESt = Entscheidungen des Bayrischen Oberlandesgerichts in Strafsachen; BayVBl. = Bayrische Verwaltungsblätter; BB = Betriebsberater; BFH = Bundesfinanzhof; BFHE = Entscheidungen des Bundesfinanzhofes; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; BGH = Bundesgerichtshof; BGHStE = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; BSG = Bundessozialgericht; BSGE = Entscheidungen des Bundessozialgerichts; BSHG = Bundessozialhilfegesetz; BVerfG = Bundesverfassungsgericht; BVerwG = Bundesverwaltungsgericht; BWVP = Baden-Württembergische Verwaltungspraxis; DB = Der Betrieb; DBA = Doppelbesteuerungsabkommen; DDR = Deutsche Demokratische Republik; DÖV = Die öffentliche Verwaltung; DStR = Deutsches Steuerrecht; DtZ = Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; ECHR = European Convention on Human Rights; EG = Europäische Gemeinschaft; EGV = Vertrag über die Europäische Gemeinschaft; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; ESVGH = Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg; EU = Europäische Union; EuGH = Europäischer Gerichtshof; EuGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EuGVÜ = Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen; EuZW = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; EWS = Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; FG = Finanzgericht; GATT = General Agreement on Tariffs and Trade; GewArch = Gewerbearchiv; GewO = Gewerbeordnung; GewStG = Gewerbesteuergesetz; GFK = Genfer Flüchtlingskonvention; GG = Grundgesetz; HFR = Höchststrichterliche Finanzrechtsprechung; HSRG = Hochschulrahmengesetz; HZPÜ = Haager Zivilprozeßübereinkommen; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; i.S.d. = im Sinne des; IPRax = Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts; i.V.m. = in Verbindung mit; JZ = Juristenzeitung; KG = Kammergericht; LAG = Landesarbeitsgericht; LG = Landgericht; LKV = Landes- und Kommunalverwaltung; LSG = Landessozialgericht; m.w.N. = mit weiteren Nachweisen; n.F. = neue Fassung; NJ = Neue Justiz; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NJW-RR = Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; NuR = Natur und Recht; NVwZ = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht; NZA = Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht; OECD = Organization for Economic Cooperation and Development; OEG = Opferentschädigungsgesetz; OLG = Oberlandesgericht; OVG = Oberverwaltungsgericht; OVGE = Ent-

VI.	Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs	267
VII.	Fremdenrecht	271
	1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts	271
	2. Ausweisung und Abschiebung	275
VIII.	Asylrecht	282
	1. Politische Verfolgung	282
	2. Inländische Fluchtalternative	284
	3. Anderweitiger Verfolgungsschutz, Drittstaaten-Regelung	286
	4. Familienangehörige von Asylberechtigten	287
	5. Rechtsstellung der Flüchtlinge	288
	6. Verfahrensfragen	290
IX.	Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe	293
X.	Internationaler Menschenrechtsschutz	295
	1. Europäische Menschenrechtskonvention	295
	a) Art. 3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis	295
	b) Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK)	302
	c) Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK)	302
	d) Art. 9 EMRK als Abschiebungshindernis	305
	2. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	306
XI.	Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung	307
XII.	Stationierungsstreitkräfte	317
XIII.	Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen	318
XIV.	Europäische Gemeinschaften	319
	1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht	319
	2. Allgemeines Diskriminierungsverbot	321
	3. Unionsbürgerschaft	323
	4. Freier Warenverkehr	325
	5. Freizügigkeit	326
	6. Niederlassungsfreiheit	328
	7. Dienstleistungsfreiheit	329
	8. Wettbewerbs- und Kartellrecht	331
	9. Umweltpolitik	334
	10. Steuerpolitik	338
	11. Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Art. 119 EG-Vertrag)	341
	12. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften – Türkei	343
	13. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EG-Vertrag)	346

Survey

I.	International Law and Municipal Law	244
II.	Succession of States	245
III.	International Treaties	246
IV.	Effects and Limits of State Sovereignty	254

scheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster und das Land Niedersachsen in Lüneburg; PolG = Polizeigesetz; RIW = Recht der internationalen Wirtschaft; RuStAG = Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz; SED = Sozialistische Einheitspartei Deutschlands; StAZ = Das Standesamt; StGB = Strafgesetzbuch; UIG = Umweltinformationsgesetz; UIR = Umweltinformationsrichtlinie; UNHCR = United Nations High Commissioner for Refugees (Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen); UPR = Umwelt- und Planungsrecht; UVP = Umweltverträglichkeitsprüfung; UVP-G = Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz; UVP-RL = Umweltverträglichkeitsprüfungsrichtlinie; VerfGH = Verfassungsgerichtshof; VG = Verwaltungsgericht; VGH = Verwaltungsgerichtshof; VIZ = Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht; VBlBW = Verwaltungsblätter Baden-Württemberg; WuW = Wirtschaft und Wettbewerb; ZBR = Zeitschrift für Beamtenrecht.

V.	Nationality	260
	1. Acquisition of Nationality	260
	2. Loss of Nationality	264
	3. Multiple Nationality	265
	4. Statelessness	266
VI.	Agencies of Diplomatic and Consular Affairs	267
VII.	Legal Status of Aliens	271
	1. General Aspects of Entry and Residence	271
	2. Expulsion and Deportation	275
VIII.	Asylum Law	282
	1. Political Persecution	282
	2. Protection Found elsewhere in the State of Persecution	284
	3. Protection by other States, Third-State-Rule	286
	4. Family Members of Refugees	287
	5. Legal Status of Refugees	288
	6. Procedure	290
IX.	Extradition and other Forms of International Legal Cooperation	293
X.	International Protection of Human Rights	295
	1. European Convention on Human Rights	295
	a) Art. 3 ECHR as a Bar to Expulsion and Deportation	295
	b) Right to Fair Trial (Art. 6 para. 1 sent. 1 ECHR)	302
	c) Right to Family Life/Privacy (Art. 8 ECHR)	302
	d) Art. 9 ECHR as a Bar to Deportation	305
	2. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights	306
XI.	Legal Status of Germany after 1945 and Reunification of Germany	307
XII.	Legal Status of Military Forces Stationed in Germany	317
XIII.	Transfer of Sovereign Powers to Inter-Governmental Institutions	318
XIV.	European Communities	319
	1. Community Law and Municipal Law	319
	2. Rule of Non-Discrimination	321
	3. Citizenship of the Union	323
	4. Free Movement of Goods	325
	5. Free Movement of Workers	326
	6. Freedom of Establishment	328
	7. Free Movement of Services	329
	8. Competition/Antitrust Law	331
	9. Environmental Policy	334
	10. Fiscal Policy	338
	11. Equal Rights for Men and Women (Art. 119 EC Treaty)	341
	12. Association Agreement EEC-Turkey	343
	13. Reference Procedure (Art. 177 EC Treaty)	346

Vorbemerkung

Im nachfolgenden Bericht¹ wird die Darstellung der deutschen Rechtsprechung zu völkerrechtlichen, europarechtlichen und damit im Zusammenhang stehenden verfassungsrechtlichen Fragen fortgesetzt.² Auch in diesem Jahr wurde die Recht-

¹ Der Bericht wurde im Dezember 1998 abgeschlossen.

² Dieser Bericht schließt an K. Schillhorn, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1996, ZaöRV 58 (1998), 437 ff. an. Zu den Jahren davor vgl. V. Rößen, – 1995, ZaöRV 57 (1997), 675 ff.; H.-K. Röss, – 1994, ZaöRV 56 (1996), 466 ff.; Ch. Philipp, – 1993, ZaöRV 55 (1995), 818 ff. Eine Übersicht der Rechtsprechungsberichte der früheren Jahre findet sich bei P. Rädler, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992, ZaöRV 54 (1994), 475 Anm. 3.

sprechung zu einzelnen Verträgen nur insoweit aufgenommen, als sie rechtliche Fragen allgemeiner Art oder die Anwendung wesentlicher europäischer Verträge wie der EMRK oder der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften betraf.

Die für den Bericht erforderliche Auswahl und Beschränkung, insbesondere im Bereich des Fremden- und Asylrechts, erfolgte, wie bislang üblich, am Maßstab der Behandlung grundlegender Fragen. Zur Orientierung diente dabei die Bedeutung der Entscheidung für das nationale Recht und das Verhältnis von nationalem Recht und Völkerrecht.

Soweit auf Entscheidungen in diesem Bericht oder in den Berichten der Vorjahre verwiesen wird oder soweit über eine Entscheidung unter verschiedenen systematischen Gliederungspunkten berichtet wird, wird die fortlaufende Nummer der Entscheidung innerhalb des jeweiligen Berichtes in eckigen Klammern angegeben.

Besonders hingewiesen werden soll auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Fragen der diplomatischen Immunität bei Staatennachfolge [29] sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zum Verhältnis von § 53 Abs. 4 AuslG zur EMRK [40].

I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht

1. In seinem Beschluß vom 10.11.1997 (4 St RR 235/97 – RIW 1998, 322) befaßte sich das Bayerische ObLG mit der völkerrechtskonformen Auslegung des Außenwirtschaftsrechts. Es entschied, daß unter den Begriff der Ausfuhr i.S.d. Außenwirtschaftsrechts auch das Überlassen eines Gegenstands zum Gebrauch durch einen Dritten im Embargo-Gebiet fällt, auch wenn der Gegenstand zunächst nicht zu diesem Zweck dorthin verbracht worden ist und auch nur vorübergehend überlassen werden sollte. Gegenstand des Verfahrens war der Vorwurf eines Verstoßes gegen § 69 h Abs. 1 Nr. 2 AWV. Diese Bestimmung verbietet u. a. die Ausfuhr von Waren aller Art mit Ursprung im Wirtschaftsgebiet in die Bundesrepublik Jugoslawien. Diesen Tatbestand habe der Angeklagte erfüllt, indem er seinen PKW einem in Serbien wohnhaften Dritten zum Fahren zur Verfügung stellte. Ausfuhr im Sinne des § 69 h Abs. 1 Nr. 2 AWV erfordere nicht, daß der betreffende Gegenstand einem Dritten übereignet werde. Vielmehr genüge jede Form der Gebrauchsüberlassung. Zudem sei es für die Verwirklichung dieses Tatbestandes auch nicht erforderlich, daß der in fremdes Wirtschaftsgebiet gebrachte Gegenstand dort von einem Dritten über eine bestimmte Zeit hinaus genutzt werde. Mit diesem Regelungsgehalt stimme die Verbotsnorm des § 69 h Abs. 1 Nr. 2 AWV überein mit den vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen beschlossenen wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahmen. Die UN-Resolution Nr. 757 vom 30.5.1992 verpflichte nämlich die Staaten unter anderem, die Lieferung aller Erzeugnisse von ihrem Hoheitsgebiet aus an jede natürliche Person in der Bundesrepublik Jugoslawien, von hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen, zu verhindern. An eine Person

geliefert sei ein Erzeugnis aber schon dann, wenn hieran auch nur vorübergehend eine Nutzungsmöglichkeit eingeräumt werde. Dies entspreche dem Sinn und Zweck der Sanktion, durch die ein umfassendes Wirtschaftsembargo verhängt worden sei.

Zum Vorrang völkerrechtlicher Verträge vor den Gesetzen des Landes Hessen vgl. Beschluß des VG Frankfurt/Main vom 23.10.1997 unter [93].

II. Staatensukzession

2. Mit der Nachfolge der Bundesrepublik Jugoslawien in das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 befaßte sich das OLG Hamm in seinem Urteil vom 26.6.1997 (1 U 1/96 – RIW 1997, 962). Es ließ dabei offen, ob die Sozialistische Bundesrepublik Jugoslawien, die das Abkommen ratifiziert hatte, durch Dismembration untergegangen ist, oder ob die Bundesrepublik Jugoslawien trotz Abspaltung einiger Teilrepubliken mit der Sozialistischen Bundesrepublik Jugoslawien als identisch anzusehen ist. Liege eine Identität beider Staatsgebilde vor, folge daraus zwangsläufig die weitere Anwendbarkeit des UN-Abkommens. Gehe man von einer Dismembration aus, sei die Bundesrepublik Jugoslawien als ein Nachfolgestaat der Sozialistischen Bundesrepublik Jugoslawien nach dem Völkerrecht grundsätzlich an die Verpflichtungen des Vorgängerstaates gebunden.

3. Im Rahmen eines Streits um Verlagsrechte an dem Werk eines litauischen Komponisten hatte sich das Hanseatische OLG in seinem Urteil vom 23.10.1997 (3 U 171/94 – GRUR Int. 1998, 431) mit der Frage der Rechtsnachfolge Litauens in das Welturheberrechtsabkommen (WUA) zu befassen. Nach Ansicht des Gerichts folge aus der Mitgliedschaft der früheren UdSSR im WUA nicht die Mitgliedschaft Litauens, da Litauen ein unabhängiger Staat geworden sei und sich selbst nicht als Rechtsnachfolger der UdSSR betrachte. Allgemein anerkannte Regeln für die Nachfolge in völkerrechtliche Verträge im Zusammenhang mit der Staatennachfolge gebe es nicht. Das gelte auch für den Fall, daß sich ein Staat von einem anderen löse und der andere unter Wahrung seiner Identität fortbestehe. Es stünden sich die Prinzipien der Universalsukzession (alle Rechte und Pflichten gehen auch auf den sich abspaltenden Staat über) und des sog. *clean slate* (alle Bindungen aus völkerrechtlichen Verträgen erlöschen für den sich loslösenden Staat) gegenüber. Die noch nicht in Kraft getretene Wiener Konvention in die Staatennachfolge in Verträge (WKStV)³ gehe zwar vom Prinzip der Kontinuität aus (Art. 34 WKStV), bestimme aber für Staaten, die ihre Unabhängigkeit erlangen ("newly independent states") das *clean slate*-Prinzip (Art. 16 WKStV). Es liege nahe, für Litauen das *clean slate*-Prinzip anzuwenden. Litauen und die beiden anderen baltischen Staaten seien in der Folge des sog. Hitler-Stalin-Paktes zwangsweise und unter Gewaltanwendung in die UdSSR eingegliedert worden. Sie hätten ihre Selbständigkeit bereits vor dem Untergang der UdSSR spätestens durch die

³ Abgedr. in ZaöRV 39 (1979), 279 ff.

Anerkennung durch Rußland am 24.8.1991 und durch die UdSSR am 6.9.1991 wiedererlangt. Die historischen Abläufe sprächen dafür, das *clean slate*-Prinzip für Litauen anzuwenden. Das Bild eines abhängigen Gebietes, dessen internationale Beziehungen vom Vorgängerstaat wahrgenommen wurden, dürfte die Verhältnisse Litauens in der UdSSR treffend beschreiben. Litauen selbst habe ausdrücklich erklärt, nicht Rechtsnachfolger der UdSSR zu sein. Obwohl Litauen danach nicht Mitglied des WUA sei, gehe der Senat vom Fortbestand des Urheberrechtsschutzes nach Maßgabe des WUA aus. Das WUA regele nicht die Folge für das nach seiner Maßgabe zunächst entstandene Urheberrecht, wenn der Urheber Angehöriger eines nach der Sukzession nicht mehr zum WUA gehörenden Staates sei. Litauen befinde sich infolge der Wiedererlangung der staatlichen Souveränität in einer Übergangssituation. Es sei durchaus damit zu rechnen, daß Litauen mit Rückwirkung dem WUA beitrete. Es sprächen verschiedene Anzeichen für einen künftigen Beitritt Litauens zum WUA. Das Fortbestehen dieser Übergangsphase lasse es geboten erscheinen, den Fortbestand des Urheberrechtsschutzes nach Maßgabe des WUA anzunehmen. Dafür spreche auch, daß selbst im Falle einer Kündigung der Urheberrechtsschutz gemäß Art. XIV WUA erst nach zwölf Monaten ende.

Zur Staatennachfolge von Bosnien-Herzegowina in Verträge der Föderativen Sozialistischen Republik Jugoslawien vgl. unter [12] das Urteil des Bayerischen ObLG. Ähnlich wie das Bayerische ObLG äußerte sich das OLG Düsseldorf zu dieser Frage in seinem Urteil vom 26.9.1997 (IV – 26/96, nicht veröffentlicht) (vgl. S.156f. des Urteils).

III. Völkerrechtliche Verträge

4. In seinem Urteil vom 19.11.1997 (14 A 362/93 – NJW 1998, 2302) hatte sich das OVG Nordrhein-Westfalen mit der Frage auseinanderzusetzen, ob einem polnischen Fähnrich, der im Zweiten Weltkrieg als Kriegsgefangener zur Zwangsarbeit herangezogen wurde, ein Vergütungsanspruch zusteht. Der Senat ließ die Frage offen, ob Art. 5 Abs.2 des Abkommens über deutsche Auslandsschulden vom 27.2.1953⁴, welcher eine Prüfung der aus dem Zweiten Weltkrieg herrührenden Forderungen gegen das Reich unter anderem von Staatsangehörigen der Staaten, die sich mit Deutschland im Kriegszustand befanden oder deren Gebiet von Deutschland besetzt war, bis zur endgültigen Regelung der Reparationsfrage zurückgestellt hatte, der Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage entgegengestanden hat, da diese in Art. 5 Abs.2 LSchA enthaltene Bedingung inzwischen durch Inkrafttreten des zwischen den vier Hauptsiegermächten und den beiden deutschen Staaten geschlossenen Vertrages über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12.9.1990⁵ eingetreten sei. Davon gehe auch die Bundesregierung aus. Unter der endgültigen Regelung der Reparationsfrage i.S.d.

⁴ Sog. Londoner Schuldenabkommen – LSchA, BGBl. II, 333.

⁵ BGBl. II, 1318 – sog. Zwei-Plus-Vier-Vertrag.

genannten Vorschrift sei zwar allgemein ein Friedensvertrag mit Gesamtdeutschland verstanden worden.⁶ Der Zwei-Plus-Vier-Vertrag verhalte sich demgegenüber nicht ausdrücklich zur Frage der aus dem Zweiten Weltkrieg herrührenden Reparationsforderungen der Siegermächte gegenüber Deutschland. Auch dürfte der Vertrag nach seinem Inhalt nicht als Friedensvertrag im herkömmlichen Sinne zu qualifizieren sein. Gleichwohl lasse der Zwei-Plus-Vier-Vertrag die in Art. 5 Abs. 2 LSchA vereinbarte Rückstellung entfallen. Denn mit dem Abschluß dieses Vertrages stelle sich die Frage der Reparationen im Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg nicht mehr. Aus der Präambel ergebe sich, daß der Vertrag mit dem Ziel geschlossen worden sei, die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland zu vereinbaren. Hierdurch werde klargestellt, daß es keine weiteren (friedens-)vertraglichen Regelungen über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg und der Besetzung Deutschlands mehr geben werde. Nach dem Willen der Vertragspartner solle insbesondere auch die Reparationsfrage in bezug auf Deutschland nicht mehr vertraglich geregelt werden. Die Reparationsfrage habe sich damit "erledigt". Auch zwischen Deutschland und Polen sei die Reparationsfrage mit dem Zwei-Plus-Vier-Vertrag abschließend geregelt, denn nach der Präambel des am 14.11.1990 zwischen Polen und Deutschland geschlossenen Vertrages⁷, mit dem Polen und Deutschland in Ausführung des Art. 1 Abs. 2 des Zwei-Plus-Vier-Vertrages die zwischen ihnen bestehende Grenze bestätigten, sei dieser Vertragsschluß unter Berücksichtigung des Zwei-Plus-Vier-Vertrages erfolgt. Diese Auslegung werde gestützt durch den schon 1953 erfolgten Verzicht Polens gegenüber ganz Deutschland auf weitere Reparationsleistungen.⁸ Es könne dahin stehen, ob die Verzichtserklärung der polnischen Regierung vom 23.8.1953 auch individuelle Forderungen polnischer Staatsangehöriger gegenüber Deutschland erfasse. Wenn man der Auffassung der beklagten Bundesrepublik folge, wonach alle Schadensersatz- oder Entschädigungsforderungen von Kriegsgefangenen und Zwangsarbeitern in den Bereich der Reparationsfrage gehörten, sei ein Anspruch des Klägers auf Vergütung von Zwangsarbeit unabhängig davon, ob und aus welchem Rechtsgrund er überhaupt entstanden sei, durch Verzicht erloschen. Dagegen spreche allerdings, daß der Begriff der Reparation – anders als der Begriff der Wiedergutmachung – im engeren Sinne einer Kriegsentschädigung zu verstehen sei, die von Staat zu Staat geltend gemacht werde. Zudem habe die polnische Regierung bei Abschluß des Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Polen über die Grundlagen der Normalisierung ihrer gegenseitigen Beziehungen vom 7.12.1970⁹ deutlich gemacht, daß der erklärte Verzicht auf Reparationen die Ansprüche natürlicher Personen aus Freiheitsberaubung und körperlichen Schäden nicht erfassen soll. Die Regelungen der individuellen Ansprüche natürlicher Personen sei von polnischer Seite als Teil der

⁶ Vgl. H. Rumpf, Die deutsche Frage und die Reparationen, ZaöRV 33 (1973), 344 (350, 363).

⁷ BGBl. II 1991, 1329.

⁸ Vgl. auch BVerfGE 40, 141 (169) = NJW 1975, 2287, unter Bezugnahme auf Rumpf (Anm. 6), 344 (351).

⁹ Sog. Warschauer Vertrag, BGBl. II, 362.

Wiedergutmachung betrachtet worden, die der Bundesrepublik als moralische Pflicht obliegen soll.¹⁰ Aber auch bei dieser einschränkenden Auslegung der Verzichtserklärung der polnischen Regierung vom 23.8.1953 habe der Kläger keinen Anspruch auf Vergütung der von ihm geleisteten Zwangsarbeit. Ein Vergütungsanspruch ergebe sich nicht aus den zur Zeit der Kriegsgefangenschaft des Klägers geltenden Bestimmungen des Abkommens über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 27.7.1929.¹¹ Er sei zwar unter Verletzung von Art. 27 Abs.3 des Genfer Abkommens über die Behandlung von Kriegsgefangenen (GKGA) zu körperlicher Arbeit gezwungen worden und habe dafür entgegen Art. 34 Abs.2 GKGA keinen Arbeitslohn erhalten. Die genannten Bestimmungen seien jedoch nicht in dem Sinne unmittelbar anwendbar, daß der einzelne hieraus gegenüber dem am Abkommen beteiligten Staat subjektive Rechte geltend machen könne. Zwar könne nach der neueren Völkerrechtslehre auch der einzelne unmittelbar selbst Träger völkerrechtlicher Rechte oder Verpflichtungen sein. Jedoch verleihen die Art. 27 Abs.3 und Art. 34 Abs.2 GKGA dem einzelnen Kriegsgefangenen keine subjektiven Rechte gegenüber dem Gewahrsamsstaat. Als völkerrechtliche Vertragsbestimmungen könnten sie nur dann innerstaatlich rechtlich verbindlich geworden sein, wenn sie nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet seien, wie eine innerstaatliche Gesetzesvorschrift rechtliche Wirkungen auszulösen. Diese Voraussetzungen seien hier nicht gegeben. Art. 34 GKGA gewähre dem Kriegsgefangenen keinen Anspruch auf Vergütung geleisteter Zwangsarbeit. Auch Art. 27 Abs.2 GKGA sei nicht bestimmt genug gefaßt, um als Grundlage für einen Entschädigungsanspruch dienen zu können. Die Bestimmungen über die Arbeit der Kriegsgefangenen im Dritten Abschnitt des Genfer Abkommens von 1929 seien in erster Linie Ausdruck von Humanität. Der einzelne Kriegsgefangene sei durch sie im Wege der Reflexwirkung begünstigt, könne aber die Einhaltung dieser Bestimmung nicht gerichtlich durchsetzen.

5. Das OLG Hamm bestätigte mit Beschluß vom 25.6.1997 (6 UF 290/97 – NJW-RR 1988, 149) die Zurückweisung eines Antrags eines Vaters auf Rückführung der beiden gemeinsamen Kinder nach Polen, die durch das Familiengericht mit der Begründung erfolgt war, die Einjahresfrist des Art. 12 Abs.1 Haag-KindEntfÜbk sei nicht gewahrt. Nach Auffassung des Senates sei diese Frist nur dann gewahrt, wenn der Antrag auf Rückführung des Kindes innerhalb eines Jahres seit dem rechtswidrigen Verbringen bzw. Zurückhalten des Kindes beim Familiengericht eingehe. Die Eingabe des Rückgabeverlangens bei der zentralen Behörde (Generalbundesanwalt) reiche zur Fristwahrung nicht aus. Der Senat folge hierbei der überzeugenden Rechtsprechung des OLG Bamberg.¹²

6. Mit der Frage der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte und der materiellen Voraussetzungen für den Erlaß von Schutzmaßnahmen nach Art. 4 Minderjährigenschutzabkommen (MSA) bei sog. Doppelstaatern beschäftigte sich

¹⁰ Vgl. Rumpf (Anm. 6), 344 (368).

¹¹ GKGA, RGBl. II 1934, 227.

¹² FamRZ 1995, 305.

der Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 18.6.1997 (XII ZB 156/95 – NJW 1997, 3024 = FamRZ 1997, 1070). Das FamG hatte die Sorgerechtsanträge der deutschen Mutter und des türkischen Vaters für ihre gemeinsame Tochter, welche sowohl die deutsche als auch die türkische Staatsangehörigkeit besitzt und in der Türkei lebt, zurückgewiesen mit der Begründung, die deutschen Gerichte seien nicht zuständig. Auf die gegen die bestätigende Entscheidung des OLG eingelegte weitere Beschwerde, führte der BGH aus, daß die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für eine Schutzmaßnahme nach Art. 4 MSA gegeben ist. Nach dieser Vorschrift können die Behörden des Staates, dem der Minderjährige angehöre, nach ihrem innerstaatlichen Recht zum Schutz der Person oder des Vermögens des Minderjährigen Maßnahmen treffen, wenn sie der Auffassung sind, daß das Wohl des Minderjährigen solche Maßnahmen erfordert. Diese Regelung sei dann eindeutig, wenn der Minderjährige die Staatsangehörigkeit nur eines Vertragsstaates habe und sich in einem anderen Vertragsstaat gewöhnlich aufhalte. Habe er – wie im vorliegenden Fall – eine Doppelstaatsangehörigkeit, sei die Regelung nicht mehr eindeutig. Da das MSA generell keine Regelung für sog. Doppelstaater enthalte, könne man nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß Art. 4 Abs.1 MSA die Behörden beider Heimatstaaten zur Vornahme von Schutzmaßnahmen berufen wolle. Der Senat sei aber nicht der Ansicht, daß bei Doppelstaatern die deutschen Behörden und Gerichte nur dann nach Art. 4 Abs.1 MSA zuständig seien, wenn die deutsche Staatsangehörigkeit die "effektive" sei. Auch im Rahmen des Art. 4 MSA müsse bei Mehrstaatern mit deutscher Staatsangehörigkeit die deutsche Staatsangehörigkeit den Ausschlag geben. Zu diesem Ergebnis führe zumindest eine verfassungskonforme Auslegung des deutschen Zustimmungsgesetzes vom 30.4.1971 zu dem MSA¹³, da der Staat wegen seiner sich aus Art. 6 Abs.2 und Art. 2 Abs.1 GG ergebenden Schutzpflichten für Verfahren, die das Sorgerecht betreffen, Regelungen zu schaffen habe, die eine hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des betroffenen Kindes garantieren. Es wäre deshalb mit unverzichtbaren Grundsätzen des deutschen Verfassungsrechts nicht vereinbar, wenn deutsche Gerichte und Behörden einem deutschen Minderjährigen den Mindestschutz des Art. 4 Abs.1 MSA nur deshalb nicht gewähren könnten, weil er zusätzlich zur deutschen Staatsangehörigkeit noch eine andere besitzt. Jedoch seien im vorliegenden Fall die materiellen Voraussetzungen für den Erlass einer Schutzmaßnahme i.S.d. Art. 4 Abs.1 MSA nicht gegeben. Bei Anwendung des Art. 4 MSA sei Zurückhaltung geboten. Von ihrer konkurrierenden Zuständigkeit sollten die deutschen Behörden nur dann Gebrauch machen, wenn wegen besonderer Umstände das Eingreifen durch die Heimatbehörden dem Kindesinteresse mehr diene als das Tätigwerden der nach Art. 1 MSA in erster Linie berufenen Behörden oder Gerichte des Aufenthaltsstaates. Die Behörden und Gerichte des Aufenthaltsstaates könnten im allgemeinen besser ermitteln und beurteilen, in welchen Verhältnissen das Kind lebe und welche Maßnahmen im Interesse des Kindeswohles erforderlich seien. Außerdem seien sie weit besser

¹³ BGBl. II, 217, 219.

in der Lage, die von ihnen getroffenen Maßnahmen durchzusetzen. Diese Zurückhaltung sei in besonderem Maße angebracht, wenn – wie im vorliegenden Fall – das Kind neben der deutschen Staatsangehörigkeit auch die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates besitzt.

7. In seinem Beschluß vom 13.5.1997 (5 StR 596/96 – NStZ 1998, 149) befaßte sich der Bundesgerichtshof mit der Reichweite der *ne bis in idem*-Regelung in Art. 54 Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) im Hinblick auf eine belgische “transactie”. Der Angeklagte, dem durch die Staatsanwaltschaft Hamburg ein Zollvergehen vorgeworfen wurde, hatte wegen derselben Tat mit dem belgischen Finanzminister eine Vereinbarung getroffen, aufgrund der bei Nachzahlung der hinterzogenen Beträge von einer gerichtlichen Verfolgung der Tat abgesehen wird (sog. “transactie”). Der BGH bat in einem Beschluß den Bundesminister der Justiz, der zuständigen staatlichen Verbindungsstelle des Königreichs Belgien die Anfrage vorzulegen, ob einer solchen Vereinbarung im Strafverfahren in Belgien materielle Rechtskraft zukommt mit der Folge, daß nach dem Grundsatz *ne bis in idem* Strafklageverbrauch eintritt. Falls dies bejaht werde, werde die Regierung des Königreichs Belgien um eine Stellungnahme gebeten, ob nach dortiger Rechtsauffassung die “transactie” eine rechtskräftige Aburteilung i.S.v. Art. 4 SDÜ darstellt mit der Folge, daß auch im Verhältnis zu den übrigen Vertragsstaaten Strafklageverbrauch eingetreten ist. Der BGH begründete diese Anfrage damit, daß bei umfassendem Strafklageverbrauch nach belgischem Recht sich die Frage stellt, ob die “transactie” auch nach deutschem Recht ein Strafverfolgungshindernis darstellt. Der BGH führte zunächst aus, daß sich das Verbot der Doppelbestrafung aus Art. 103 Abs.3 GG nicht auf ausländische Verurteilungen bezieht. Es bestehe derzeit auch noch keine allgemeine Regel des Völkerrechts, die ein grenzüberschreitendes Verbot der Doppelbestrafung aufstellt. Ebenso verbiete Art. 14 Abs.7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte¹⁴ (IPBPR) die Doppelbestrafung nur innerhalb der einzelnen Vertragsstaaten, aber nicht grenzüberschreitend. Dasselbe gelte für Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK. Zudem sei dieses Zusatzprotokoll von der Bundesrepublik Deutschland nicht ratifiziert worden. Das Übereinkommen vom 25.5.1987 zwischen den Mitgliedstaaten der EG über das Verbot der doppelten Strafverfolgung¹⁵ sei für die Bundesrepublik Deutschland bislang noch nicht in Kraft getreten. Allerdings habe sich die Bundesrepublik Deutschland im Schengener Durchführungsübereinkommen zur Beachtung ausländischer Erkenntnisse in Strafsachen innerhalb der Schengenstaaten völkerrechtlich verpflichtet.¹⁶ In Art. 54 SDÜ ist geregelt: “Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, daß im Falle einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.”

¹⁴ BGBl. II 1973, 1534ff.

¹⁵ Vgl. BR-Drs. 283/97 vom 25.4.1997.

¹⁶ BGBl. II 1993, 1010ff.

Der BGH sei berufen, Art. 54 SDÜ in eigener Zuständigkeit auszulegen, da eine gemeinsame gerichtliche Instanz aller Schengener Vertragsstaaten zur verbindlichen Auslegung der Vereinbarung im Vertrag nicht vorgesehen sei. Auch eine Zuständigkeit des EuGH bestehe nicht, solange nicht die Mitgliedstaaten der EG eine Vereinbarung darüber getroffen haben, daß das Übereinkommen integrierter Bestandteil des europäischen Gemeinschaftsrechts sein soll. Die Auslegung der drei Ursprungfassungen des Vertragstextes (deutsch, französisch und niederländisch) spreche dafür, daß sich die Regelungen des Schengener Durchführungsübereinkommens in Art. 54 nur auf gerichtliche Entscheidungen beziehen. Die deutsche Fassung spreche von einer rechtskräftigen Aburteilung. Damit werde auf jeden Fall die Entscheidung eines Gerichts verlangt. Die französische Vertragsfassung (*“définitivement jugée”*) bestätige diese Auslegung, da der Begriff *“juger”* eher auf eine gerichtliche Entscheidung abstelle. Ebenso gehe der niederländische Vertragstext eher in diese Richtung der Auslegung. Dort werde der Begriff *“vonnis”* verwendet, zu übersetzen mit: das Urteil, die Entscheidung. Zum selben Ergebnis komme die systematische Auslegung des Vertrages, da der Vertrag in allen Fassungen zwischen Aburteilung auf der einen und Justizentscheidung auf der anderen Seite unterscheide und unterschiedliche Folgen an verschiedene Begriffe knüpfe. Auch eine teleologische Auslegung führe zu keiner anderen Interpretation. Das Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 54 SDÜ sei im Rahmen der Regelungen über den Informationsaustausch und die gegenseitige Unterstützung im Ermittlungs- und Strafverfahren zu sehen: Durch die Anerkennung der ausländischen rechtskräftigen Entscheidungen sollte gewährleistet werden, daß nicht ein Vertragspartner die ausländischen Informationen und Unterstützungshandlungen benutzt, um im Ausland abgewickelte Strafverfahren aufzurollen und so seine Wertvorstellungen im Strafrecht gegenüber den Wertvorstellungen des ausländischen Staates durchzusetzen. Die Entstehungsgeschichte stehe diesem Ergebnis nicht entgegen. Aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich, daß die Vertragsparteien den Grundsatz *ne bis in idem* nur für gerichtliche Entscheidungen formulieren wollten. Art. 54 SDÜ entspreche wörtlich einer Bestimmung des für die Bundesrepublik Deutschland noch nicht in Kraft getretenen Übereinkommens zwischen den Mitgliedstaaten der EG über das Verbot der doppelten Strafverfolgung. Bei diesem Übereinkommen sei von belgischer Seite im Jahre 1987 versucht worden, den Grundsatz *ne bis in idem* auch im Hinblick auf Entscheidungen der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten anzuwenden, denen zufolge eine Person die strafrechtliche Verfolgung durch die Erfüllung ihrer auferlegten Verpflichtungen abgewendet hat. Dieser Vorschlag habe sich damals als nicht konsensfähig erwiesen. Die herkömmliche Auslegung führe also zu dem Ergebnis, daß ein Strafkla-geverbrauch nach Art. 54 SDÜ nur durch eine von einem Gericht in einem der Vertragsstaaten getroffene abschließende Entscheidung eintreten kann. Dagegen werde eine weitere Strafverfolgung nicht durch die Beendigung eines Strafverfahrens im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens – wie im Fall der hier vorliegenden belgischen *“transactie”* – gehindert. Indessen könne nicht außer acht bleiben, daß es sich bei dem Schengener Übereinkommen und dem Durchführungsüberein-

kommen nicht um herkömmliche völkerrechtliche Verträge, sondern um Verträge zur Vertiefung und Förderung einer bereits fortgeschrittenen Integration im Rahmen der EG handelt. Der Senat vermöge deshalb nicht auszuschließen, daß die zunächst beteiligten Vertragsstaaten entgegen dem hier aufgezeigten Ergebnis eine umfassendere Auslegung des Grundsatzes *ne bis in idem* nach Art. 54 SDÜ angestrebt haben. Daher halte es der Senat für geboten, die Regierung des Königreichs Belgien um eine Stellungnahme zu bitten, ob das Rechtsinstitut der "transactie" nach belgischer Rechtsauffassung als "rechtskräftige Aburteilung" i.S.v. Art. 54 SDÜ anzusehen sei, falls die Annahme zutrifft, daß nach nationalem belgischem Recht durch die "transactie" die Strafklage verbraucht wird.

8. Der Bundesfinanzhof bestätigte in seinem Urteil vom 11.2.1997 (I R 36/96 – HFR 1997, 563 = DStRE 1997, 559) die Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen FG vom 12.12.1995¹⁷ zur Frage der inländischen Steuerpflichtigkeit von Arbeitslohn eines im Inland ansässigen Steuerpflichtigen, den dieser von einem inländischen Arbeitgeber für eine Tätigkeit als Besatzungsmitglied eines unter philippinischer Flagge fahrenden Seeschiffs erhält. Gemäß Art. 24 Abs.1 a DBA-Philippinen werden u. a. solche Einkünfte von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer ausgenommen, die nach dem Abkommen in der Republik der Philippinen besteuert werden können. Nach Art. 15 Abs.3 DBA-Philippinen wird die Vergütung für unselbständige Arbeit von Besatzungsmitgliedern an Bord von Seeschiffen in dem Staat besteuert, in dem sich der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung des Unternehmens befindet. Maßgeblich sei dabei, daß dieses Unternehmen auch Arbeitgeber des Besatzungsmitglieds ist. Arbeitgeber des Klägers sei hier die deutsche Reederei gewesen, die ihn u. a. auf dem unter philippinischer Flagge fahrenden Seeschiff eingesetzt habe. Daher sei der Kläger mit allen von ihm erzielten Einkünften unbeschränkt steuerpflichtig.

9. Mit der Wirkung von Steuerfreistellungen aus Doppelbesteuerungsabkommen befaßte sich der Bundesfinanzhof in seinem Urteil vom 21.5.1997 (I R 79/96 – DStRE 1998, 10 = HFR 1998, 194 = BB 1998, 412). Die österreichische Klägerin hatte für ihre Einnahmen aus künstlerischen Veranstaltungen in Deutschland eine Freistellungsbescheinigung gemäß § 155 Abs.1 Satz 3 AO 1977 i.V.m. Art. 15 DBA-Österreich beantragt, da sie davon ausgegangen ist, daß die Bundesrepublik Deutschland aufgrund des DBA-Österreich kein Besteuerungsrecht mehr hat. Diese Gesetzesinterpretation beruhe nach Ansicht des BFH auf einem zu engen Normverständnis und widerspreche dem heutigen Abkommensverständnis. Danach habe jeder Staat staatsrechtlich ein originäres Besteuerungsrecht. Dieses werde ihm auch durch solche Abkommensregelungen, die für bestimmte Einkünfte die Steuerfreistellung vorschreiben, nicht genommen. Die vom Abkommen von der Steuer freigestellten Einkünfte würden wie steuerfreie Einkünfte behandelt. Insoweit werde nur die Ausübung des Besteuerungsrechts eingeschränkt. Es sei der Klägerin zuzugestehen, daß der Wortlaut älterer DBA insoweit mehrdeutig sein könne. Für den hier zu entscheidenden Sachverhalt verdeutliche aber

¹⁷ Vgl. Roeben (Anm. 2), [14].

Art. 15 Abs.2 DBA-Österreich die Richtigkeit des vom BFH vertretenen Abkommensverständnisses. Danach dürfe, wenn der Wohnsitzstaat nach den vorhergehenden Artikeln das Besteuerungsrecht habe, der andere Staat kein Besteuerungsrecht "ausüben". Art. 15 Abs.2 DBA-Österreich unterstelle mithin ein verbleibendes Besteuerungsrecht. Die Klägerin könne daher nur einen Anspruch auf Freistellungsbescheinigung gemäß § 50 d Abs.3 EStG gegenüber dem Bundesamt für Finanzen verfolgen. Dieses Ergebnis wäre nach Auffassung des Gerichts im übrigen kein anderes, wenn man dem Abkommensverständnis der Klägerin folgen wollte, da für diesen Fall § 50 d Abs.1 Satz 1 EStG ein völkerrechtlich zulässiges *treaty overriding* enthielte. § 50 d EStG verletze auch nicht Vorschriften des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, da die Bundesrepublik ihrer Verpflichtung zur Freistellung nachgekommen und ein bestimmtes Verfahren hierfür abkommensrechtlich nicht vorgesehen sei.

10. Mit der Frage der Steuerfreiheit der Vergütungen eines für den Europarat tätigen Dolmetschers befaßte sich das FG Baden-Württemberg in seinem Urteil vom 6.8.1997 (2 K 334/94 – EFG 1997, 1440). Der Kläger ist als selbständiger Dolmetscher für den Europarat in Straßburg tätig. Er meint, seine Einnahmen seien nach Art. 18 b des Allgemeinen Abkommens über die Vorrechte und Befreiungen des Europarats vom 2.9.1949¹⁸ steuerfrei, da er Bediensteter des Europarats und damit "Beamter" im Sinne dieser Bestimmung sei. Das FG folgte dem Kläger dahin, daß mit dem Begriff "Beamter" in Art. 18 b des Europarat-Abkommens nicht der Begriff des Beamten i.S.d. Beamtenrechts der Bundesrepublik Deutschland gemeint sein kann. Da es zum einen um die Rechte der "officials" bzw. "agents" des Europarats gehe und es sich andererseits bei der deutschen Fassung des Europarat-Abkommens um eine Übersetzung, nicht um eine Urfassung des Abkommens handele, sei der Begriff "officials" bzw. "agents" so auszulegen und in die entsprechenden deutschen Begriffe umzusetzen, wie er dem Sinn und Zweck der Bestimmungen des Teil VI des Europarat-Abkommens entspreche. Danach entspreche der Begriff "officials" bzw. "agents" am ehesten dem Begriff des "Bediensteten". Dieser Begriff sei weit auszulegen und umfasse auch solche Bedienstete, die aufgrund eines Werkvertrags selbständig tätig sind. Der Kläger gehöre mit seiner Dolmetschertätigkeit für den Europarat zur Gruppe der Beamten bzw. "officials" oder "agents" i.S.d. Teils VI des Europarat-Abkommens, weshalb die streitigen Bezüge nach Art. 18 b des Europarat-Abkommens steuerfrei seien.

11. Das OVG Brandenburg stellte mit Beschluß vom 26.9.1997 (4 B 98/97 – NVwZ-Beilage 1998, 11) fest, daß die Bundesrepublik entgegen der Ansicht des bosnisch-herzegowinischen Antragstellers, dem der weitere Aufenthalt in Deutschland versagt worden war, die Bestimmungen des Annex VII zum sog. Dayton-Abkommen über das Rückkehrrecht in die Heimatorte nicht habe beachten müssen. Zwar habe die Bundesrepublik als Mitglied der internationalen Kontaktgruppe diese Vereinbarungen wesentlich mitbestimmt. Dieser Teil des Dayton-Abkommens stelle aber einen selbständigen völkerrechtlichen Vertrag

¹⁸ BGBl. II 1954, 493 – Europarat-Abkommen.

zwischen der Republik Bosnien-Herzegowina und seinen beiden Gebietseinheiten Föderation Bosnien-Herzegowina und Republik Srpska dar. Unmittelbare Wirkung für den Antragsteller könnten Annex VII oder das Rahmenabkommen von Dayton zudem nur entfalten, wenn sie gemäß Art. 59 II 1 GG in Form eines Bundesgesetzes in Recht der Bundesrepublik Deutschland transformiert worden wären, was wegen des Fehlens einer völkervertraglichen Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland – konsequenterweise – nicht geschehen sei. Annex VII des Dayton-Abkommens stelle auch keine allgemeine Regel des Völkerrechts dar. Auch ein völkerrechtliches “Recht auf Heimat” befinde sich derzeit allenfalls in der Entwicklung, könne aber keinesfalls – wie für eine allgemeine Regel des Völkerrechts erforderlich – als von der überwiegenden Mehrheit der Staatengemeinschaft anerkannt gelten. Auch dem am 20.11.1996 in Bonn zwischen den Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und von Bosnien und Herzegowina geschlossenen Abkommen über die Rückführung und Rückübernahme von Personen¹⁹ lasse sich eine völkerrechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, aufgrund derer sie für die Rückkehr der Betroffenen in ihre angestammten Heimatorte zu sorgen hätte, nicht entnehmen. Vielmehr obliege die Verantwortung dafür nach dem Abkommen den Behörden Bosnien-Herzegowinas. Ferner ergebe sich aus der Formulierung des Abkommens, aber auch aus der Formulierung in Annex VII des Dayton-Abkommens, daß es nach diesen Bestimmungen kein Recht auf Rückkehr in eine unversehrte Wohnung gibt, sondern lediglich ein Recht auf Rückkehr in den früheren Heimat- bzw. Aufenthaltsort.

IV. Wirkung und Grenzen staatlicher Souveränität

12. Das Bayerische ObLG beschäftigte sich in seinem Urteil vom 23.5.1997 (3 St 20/96 – NJW 1998, 392 = BayObLGSt 47, 83) mit der Frage, inwieweit Einwendungen aus dem Völkerrecht der Ausdehnung des deutschen materiellen Strafrechts nach § 6 Nr. 9 und § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB oder der Gerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland zur Aburteilung eines im Ausland von einem Ausländer begangenen Mordes entgegenstehen. Der serbische Angeklagte war an der gezielten Tötung muslimischer Männer im Drina-Tal in Bosnien-Herzegowina im Juni 1992 beteiligt, was rechtlich als Beihilfe zu 14 Fällen des Mordes und zu einem Fall des versuchten Mordes zu bewerten sei. Die vom Angeklagten begangene Tat unterliege dem materiellen deutschen Recht sowohl nach § 6 Nr. 9 als auch nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Diese materiellen Rechtsnormen beinhalteten gleichzeitig den Anspruch der Bundesrepublik, Täter in der prozessualen Zuständigkeit deutscher Gerichte aburteilen zu können. Einwendungen aus dem Völkerrecht stünden weder der Ausdehnung des deutschen materiellen Strafrechts auf die von dem Angeklagten als Ausländer im Ausland gegen Ausländer begangene Straftat noch der Gerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland entgegen. Gleichwohl bedürfe jeder Einzelfall unter dem Blickwinkel des Nichteinmi-

¹⁹ BGBl. II 1997, 746.

schungsprinzips der Prüfung, ob die Anknüpfungspunkte ausreichend seien und völkerrechtliche Hindernisse gegen die Erstreckung des nationalen Strafrechts nicht bestünden. Hier könne Art. 25 GG i.V. mit einer allgemeinen Regel des Völkerrechts einer Strafverfolgung entgegenstehen. Allerdings zähle völkerrechtliches Vertragsrecht nicht grundsätzlich zu den "allgemeinen Regeln des Völkerrechts", sondern nur dann, wenn es allgemein anerkannte Völkerrechtsnormen wiedergebe, also diejenigen Regeln, die von der weit überwiegenden Mehrheit der Staaten, insbesondere von den in der Welt maßgebenden Mächten, als verpflichtend anerkannt würden. Hierzu gehörten die im IV. Genfer Abkommen vom 12.8.1949 zum Schutz von Zivilpersonen enthaltenen Bestimmungen, die zum Teil als Wiedergabe von Völkergewohnheitsrecht und deshalb auch für Nichtvertragsstaaten als verpflichtend angesehen würden. Ohne Frage sei auch das völkergewohnheitsrechtliche Nichteinmischungsprinzip Bestandteil der allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Das Völkerrecht akzeptiere aber für bestimmte Belange der Völkergemeinschaft hinsichtlich der Befugnis eines Staates zur Gestaltung seines materiellen Rechts und zur Ausübung seiner Gerichtsbarkeit, soweit die Souveränität eines anderen Staates berührt sein könnte, zunehmend gleichfalls das Weltrechtsprinzip. Die Ausweitung des materiellen deutschen Strafrechts auf von Ausländern im Ausland begangene Taten stütze sich nach § 6 Nr. 9 und § 7 Abs. 2 StGB auf die Anknüpfungspunkte des Weltrechtsprinzips und der stellvertretenden Strafrechtspflege. Die materielle Geltung des Straftatbestands des Mordes gegen den Angeklagten folge aus § 6 Nr. 9 StGB. Die vom Angeklagten als Ausländer begangene Tat sei aufgrund eines für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen zwischenstaatlichen Abkommens auch dann zu verfolgen, wenn sie im Ausland begangen worden ist. Die Bundesrepublik Deutschland sei durch den am 3.3.1955 wirksam gewordenen Beitritt²⁰ zum IV. Genfer Abkommen zum Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten vom 12.8.1949²¹ und durch die am 23.12.1977 erfolgte Unterzeichnung der Zusatzprotokolle I und II vom 8.6.1977²² zur Bestrafung schwerer Verletzungen i.S.d. Art. 147 des IV. Genfer Abkommens, u. a. der "vorsätzlichen Tötung", "der unmenschlichen Behandlung" und der "rechtswidrigen Verschleppung" oder "rechtswidrigen Gefangenhaltung" verpflichtet. Die Verpflichtung zum Schutz der in Art. 4 des IV. Genfer Abkommens genannten Zivilpersonen und die strafrechtliche Verantwortung für die Einhaltung der humanitärrechtlichen Vorschriften treffe auch den Angeklagten als Angehörigen eines Staates, der aus der Genfer Konvention verpflichtet ist. Der Senat gehe bei dem Vorgang, bei dem unter Auflösung der früheren sozialistischen föderativen Republik Jugoslawien u. a. am 6.3.1992 die Republik Bosnien-Herzegowina ihre Unabhängigkeit erklärt habe, die zur baldigen rechtlichen Anerkennung durch zahlreiche Staaten, darunter auch die Bundesrepublik Deutschland, geführt habe, von einer Rechtsnachfolge auch Bosnien-Herzegowinas vom Tage der Unabhängig-

²⁰ BGBl. II 1994, 1133.

²¹ BGBl. II 1954, 781 ff., 917 ff.

²² BGBl. II 1990, 1551 ff., 1637 ff.

keitserklärung an in die Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Vereinbarungen des früheren Jugoslawiens aus. Die ehemalige sozialistische föderative Republik Jugoslawien habe am 21.10.1950 das Genfer Abkommen ratifiziert. Die zwei Zusatzprotokolle vom 8.6.1977 seien für diese Republik am 11.12.1979 in Kraft getreten. Die inzwischen abgelaufene Entwicklung stelle sich nicht als bloße Sezession, sondern als Zerlegung eines Staates in mehrere Spaltgebilde – als sog. Dismembration – dar.²³ Nachfolgestaaten seien nach den Regeln der Wiener Konvention über die Staatennachfolge von 1978,²⁴ die zwar noch nicht in Kraft getreten sei, deren Art. 34 jedoch als positiviertes Völkergewohnheitsrecht angesehen werde,²⁵ an die Genfer Abkommen und Zusatzprotokolle gebunden. Die fortdauernde Geltung der vier Genfer Abkommen und der Zusatzprotokolle werde auch dadurch belegt, daß die Nachfolgerepubliken jeweils mit dem Tag der Erklärung ihrer Unabhängigkeit die Wirksamkeit der Rechtsnachfolge bzgl. dieser Abkommen und Zusatzprotokolle anerkannt haben. Bosnien-Herzegowina sei somit ab 6.3.1992 Rechtsnachfolger geworden.²⁶ Schließlich komme für die Rechtsauffassung von der Fortgeltung der Verpflichtungen aus den Genfer Abkommen bestärkend noch hinzu, daß auch die Konfliktparteien der Auseinandersetzungen in Bosnien-Herzegowina am 22.5.1992 in einer Sondervereinbarung sich über die Anwendbarkeit weiter Teile der Genfer Abkommen geeinigt hätten. Diese Sondervereinbarung sei kein Argument dafür, daß erst hierdurch für die Nachfolgestaaten des früheren Jugoslawiens eine Verbindlichkeit der Genfer Abkommen geschaffen worden wäre. Vielmehr sei Bedeutung und praktischer Wert dieser nach Art. 3 des IV. Genfer Abkommens zulässigen Sondervereinbarung in der selbständigen Anerkennung der völkerrechtlichen Verpflichtungen gerade auch durch die nichtstaatlichen politisch-militärischen Gruppen der kriegerischen Auseinandersetzung zu sehen. Danach sei eine zeitliche Lücke, innerhalb der die Regelungen aus dem IV. Genfer Abkommen für die Nachfolgestaaten nicht gegolten hätten, nicht eingetreten. Nach Auffassung des Senats ergeben sich die Verpflichtungen und Schutzwirkungen für die in die Auseinandersetzungen in Bosnien-Herzegowina verwickelten Gruppen und Einzelpersonen als Angehörige der Vertragsstaaten aus dem Art. 2 Abs. 1 des IV. Genfer Abkommens, weil zur Tatzeit in Bosnien-Herzegowina nicht nur ein interner, sondern ein internationaler Konflikt ausgegangen sei. Dafür beruft sich das Gericht auf die Berichte der gemäß Res. 780 des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen eingesetzten Expertenkommission über die Entwicklung der Auseinandersetzungen seit 1991. Vor allem die Rolle der von Serben kontrollierten jugoslawischen Nationalarmee, die, vom serbisch be-

²³ Vgl. S. Oeter, *Kriegsverbrechen in den Konflikten um das Erbe Jugoslawiens*, ZaöRV 1993, 1 (15f.).

²⁴ Abgedr. in ZaöRV 1979, 279ff.

²⁵ K. Oellers-Frahm, *Das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien*, ZaöRV 1994, 416, 421; Oeter (Anm. 23), 16; M. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 1988, 164f.

²⁶ Bekanntmachungen über den Geltungsbereich der vier Genfer Rotkreuzabkommen sowie der Zusatzprotokolle hierzu vom 2.10.1992 – BGBl. II, 1105 –, vom 30.6.1993 – BGBl. II, 1190 –, und vom 22.3.1994 – BGBl. II, 509, 510.

herrschaften staatlichen Restgebilde gesteuert, in das Kampfgeschehen in Bosnien-Herzegowina eingegriffen habe, charakterisierte jedenfalls den Konflikt in Bosnien-Herzegowina nicht als Bürgerkrieg oder als lediglich internen Konflikt i.S.d. Art. 3 des IV. Genfer Abkommens, sondern als zwischenstaatlichen i.S.d. Art. 2 des IV. Genfer Abkommens. Da schon im April 1992 die entscheidende Gebietskontrolle durch serbische Milizen und die jugoslawische Nationalarmee in Bosnien-Herzegowina mit Waffengewalt gegenüber der darauf kaum vorbereiteten Republik erzielt worden sei, sehe der Senat auch das Kriterium der "Besetzung" i.S.d. Art. 2 Abs.2 des IV. Genfer-Abkommens als gegeben an. Eine Einstufung des Geschehens in Bosnien-Herzegowina im ersten Halbjahr 1992 als "internationalen Konflikt" und zugleich als "teilweise Besetzung" i.S.d. Art. 2 des Abkommens habe auch der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien in der Sache *Gagovic*²⁷ am 26.6.1996 durch die Bestätigung der Anklageschrift vorgenommen, in der der Ankläger des Strafgerichtshofs diese Rechtsauffassung vertreten hatte. Nach Auffassung des Senates habe der internationale Konflikt i.S.d. Art. 2 Abs.1 des IV. Genfer Abkommens jedenfalls während der Tatzeit im Jahre 1992 auch kein Ende gefunden. Der Senat leite aus den Art. 146, 147 des IV. Genfer Abkommens die Verpflichtung eines jeden Vertragsstaates ab, auf eine tatsächlich mögliche Strafverfolgung von Tätern, die schwere Verletzungen gegen Zivilpersonen im Abkommen beschriebener Art begangen hätten, hinzuwirken. Dieser Auffassung werde zwar z.T. mit dem Hinweis widersprochen, die Verpflichtung zur Strafverfolgung treffe nur den Territorialstaat.²⁸ Der Senat vermöge jedoch eine solche Einschränkung der Strafverfolgungspflicht dem Text des Abkommens nicht zu entnehmen. Art. 146 verpflichte in Abs.2 jede Vertragspartei zur "Ermittlung der Personen, die der Begehung" ... "einer dieser schweren Verletzungen beschuldigt sind". Sie habe sie "ungeachtet ihrer Nationalität vor ihre eigenen Gerichte zu stellen". Die Konkurrenzregelung des Art. 9 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien lasse Schlüsse darauf zu, daß auch die Vereinten Nationen, die diese Regelung des satzungsgemäß im Namen aller Mitglieder handelnden Weltsicherheitsrates nicht beanstandet haben, von einer konkurrierenden Gerichtsbarkeit ausgingen oder sie in der Weiterentwicklung des Völkerrechts zustimmend hingenommen haben. Der Wortlaut des Art. 9 beziehe die Konkurrenzregelung wegen der nach dem Statut zu verfolgenden Kriegsverbrechen keineswegs nur auf Tatortgerichte, sondern spreche allgemein von einzelstaatlichen Gerichten ("national courts"). Die im Jahre 1993 getroffene Regelung sei ohne Frage nicht davon ausgegangen, daß die an sich zuständigen Tatortgerichte ihrerseits tätig würden. Die Erwartung von Konkurrenzfragen sei eindeutig – zumindest auch – auf die nicht als Konfliktgegner beteiligten Nationalstaaten gerichtet gewesen. Dafür spreche ebenso die nachfolgende Praxis des IStGH im Fall *Dusco Tadić*. Das förmliche Ersuchen des IStGH nach Art. 9 Abs.2 des Statuts habe sich an das BayOLG gerichtet, ohne dessen

²⁷ Fall Nr. IT – 96 – 23 – I.

²⁸ So Oeter (Anm. 23), 34f.

konkurrierende Zuständigkeit nach Art. 9 Abs.1 wegen fehlender Zuständigkeit als Tatortgericht in Zweifel zu ziehen oder in Frage zu stellen. Die Geltung deutschen materiellen Strafrechts und damit auch die deutsche Gerichtsbarkeit folgten ebenso aus §7 Abs.2 Nr.2 StGB nach dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege. Bosnien-Herzegowina habe auf Anfrage des Bundesjustizministeriums am 17.2.1997 erklärt, an einer Auslieferung des Angeklagten nicht interessiert zu sein. Der Ankläger des IStGH habe seinerseits am 20.11.1996 die Übernahme durch das Tribunal abgelehnt. Die Voraussetzung für die Anwendung des §7 Abs.2 Nr.2 StGB seien gegeben, weil die vom Angeklagten begangene Tat auch nach dem zur Tatzeit in Bosnien-Herzegowina geltenden Strafrecht mit Todes- oder Freiheitsstrafe bedroht gewesen sei. Des weiteren wäre auf Ersuchen des Tatortstaates die Auslieferung zulässig gewesen, weil in der Tat liegende Auslieferungshindernisse nach den §§3 bis 9 IRG nicht vorliegen würden. Der Senat sei befugt, den Angeklagten nach dem geltenden deutschen materiellen Strafrecht wegen Beihilfe zum Mord zu verfolgen und zu verurteilen, weil über die gesetzlichen Voraussetzungen nach §6 Nr.9 und §7 Abs.2 Nr.2 StGB hinaus zusätzliche Anknüpfungspunkte bestünden, die im vorliegenden Fall Einwendungen aus dem Völkerrecht ausschlossen. Die Strafverfolgung von Morden in Bosnien-Herzegowina durch nationale Richter stehe mit den vielfältigen Maßnahmen in Zusammenhang, mit denen die internationale Völkergemeinschaft versuche, den verschiedenen Expansions- und Beherrschungsbestrebungen im ehemaligen Jugoslawien, insbesondere in Bosnien-Herzegowina, entgegenzuwirken und die bosnische Zivilbevölkerung, namentlich die muslimische, vor der menschenrechtswidrigen Verfolgung, Dezimierung und Vertreibung zu schützen. Von einer völkerrechtswidrigen Einmischung in die Angelegenheit des Staates Bosnien-Herzegowina könne unter diesen Umständen keine Rede sein. Auf Unverständnis müßte es nach Auffassung des Gerichts stoßen, wenn sich der Täter eines von der Völkergemeinschaft geächteten Verbrechens gegenüber Zivilpersonen auf deutsches Territorium begeben habe und entgegen den hier geltenden Strafvorschriften unbehelligt bliebe oder aber in den offensichtlich nicht verfolgungswilligen Tatortstaat abgeschoben würde. Selbst wenn allein die Tatsache eines zufälligen Aufenthalts eines Ausländers im Bundesgebiet als Anknüpfungspunkt für eine Verfolgungszuständigkeit nicht genügen möge, so sei im hier gegebenen Fall weiter von Gewicht, daß sich die Bundesrepublik Deutschland in einer von der UNO veranlaßten Zusammenarbeit mit anderen Staaten an dem humanitären Einsatz in Bosnien-Herzegowina gerade auch mit dem Zweck beteiligt habe, die Schäden aus kriegsverbrecherischen Handlungen gegenüber der Zivilbevölkerung zu mildern und abzuschwächen. Diese mittelbare Wechselwirkung von verbrecherischen Handlungen auf der einen Seite und Schutzgewährung gegenüber den Opfern auf der anderen Seite bilde einen Anknüpfungspunkt für die Verfolgung durch deutsche Gerichte. Deutschland verfolge insoweit zunächst nicht eigene Interessen; vielmehr vertrete es die Interessen der gesamten Völkergemeinschaft, wie sie in der UNO-Resolution zum Jugoslawienkonflikt zum Ausdruck gekommen seien. Zum anderen könne bei der Prüfung der aus dem Völkerrecht herzuleitenden Ein-

<http://www.zaoerv.de>

wendungen nicht außer Betracht bleiben, daß die Verfolgung eines Ausländers wegen im Ausland begangener Straftaten auch dem legitimen Interesse des Wohnortstaates entspreche, nicht zum Aufenthaltsort von Verbrechern zu werden, die Taten begangen hätten, die die Völkergemeinschaft gewohnheitsrechtlich und vertragsmäßig unterbinden wolle. Darüber hinaus habe die Bundesrepublik Deutschland bei der gegebenen Sachlage, daß nämlich der IStGH und der zuständige Territorialstaat die Übernahme der Strafverfolgung ablehnten, auch ein Interesse, vor der Völkergemeinschaft nicht als Zufluchtsort für Straftäter zu gelten, denen schwerste Verbrechen vorgeworfen werden. Unter diesen Erwägungen lasse sich ein sinnvoller Anknüpfungspunkt für die Ausübung der Strafgewalt durch Gerichte der Bundesrepublik Deutschland nicht leugnen.

13. Das Bundesverwaltungsgericht entschied in seinem Urteil vom 12.12.1996 (2 C 11.95 – BVerwGE 102, 320), daß für Streitsachen über die Versorgung ehemaliger Bediensteter des Europäischen Patentamtes und der damit verbundenen Auslegung von Begriffen seiner Versorgungsordnung allein das Verwaltungsgericht der Internationalen Arbeitsorganisation zuständig ist. Der Kläger war vor seiner Tätigkeit beim Europäischen Patentamt beim Deutschen Patentamt tätig und hat nach der Versorgungsordnung für das Europäische Patentamt Anspruch auf Zahlung eines Ausgleichsbetrages für die im Bundesdienst erworbenen, jedoch nicht übertragbaren oder übertragenen Ruhegehaltsansprüche. Der zum Zwecke der Berechnung dieses Ausgleichsanspruchs vom Deutschen Patentamt übermittelte "hypothetische Nachversicherungswert" entspricht nicht dem nach der Versorgungsordnung maßgeblichen "versicherungsmathematischen Gegenwert". Die Klage auf Festsetzung dieses Wertes gegen die Bundesrepublik Deutschland hatte keinen Erfolg. Die Fürsorgepflicht des früheren Dienstherrn – der Beklagten – sei durch die Übermittlung lediglich des "hypothetischen Nachversicherungswertes" nicht verletzt, da sich dies im Rahmen des Üblichen halte. Die Bewertung dieser Angabe im Lichte der Versorgungsordnung sei allein vom Europäischen Patentamt vorzunehmen. Das Verwaltungsgericht der Internationalen Arbeitsorganisation habe in dem den Kläger betreffenden Urteil vom 6.7.1995 ausgeführt, daß es der Europäischen Patentorganisation freigestellt sei, eine Zahl zu verwerfen, die der frühere Dienstherr auf einer Grundlage ermittelt habe, die nicht mit der internationalen Vorschrift übereinstimmt, und gegebenenfalls den Betrag selbst zu errechnen. Die vom Kläger angestrebte Verbesserung seiner Versorgungsbezüge sei daher nach Art. 13 Abs.1 EPÜ vor dem Verwaltungsgericht der Internationalen Arbeitsorganisation gegenüber dem Europäischen Patentamt geltend zu machen.

14. Das OVG des Saarlandes nahm in seinem Urteil vom 9.10.1996 (8 M 8/93 – AS 25, 377) zum Recht der grenzüberschreitenden Nachbarklagen Stellung. Im zugrunde liegenden Fall wandten sich französische Staatsangehörige gegen den Planfeststellungsbeschluß für eine wenige hundert Meter von ihrem Wohnort entfernt auf deutschem Gebiet liegende Abfallverbrennungsanlage. Nach Auffassung des OVG ergibt sich die Lösung der Frage der Zulässigkeit weder aus dem Völkerrecht, da keine diesbezügliche allgemeine Übung zugunsten grenzüberschreitender Nachbarklagen bestehe, noch aus dem Europarecht, da sich das Prozeß-

recht nach der nationalen Rechtsordnung richte. Grundlage für die Zulässigkeit grenzüberschreitender Nachbarklagen sei das nationale Prozeßrecht in völkerrechtsfreundlicher Auslegung. In Fortentwicklung der Rechtsprechung des BVerwG zum grenzüberschreitenden Schutz gegen Atomkraftwerke²⁹ hat das OVG diesen grenzüberschreitenden Schutz auf immissionschutzrechtlich relevante Anlagen ausgedehnt. Auch bezüglich des Immissionsschutzrechtes seien die vom BVerwG herausgearbeiteten Anknüpfungspunkte für einen grenzüberschreitenden Drittschutz gegeben. Den Umfang der anzuerkennenden grenzüberschreitenden Drittwirkung entnahm das Gericht §5 Abs.1 Nr.1 BImSchG i.V.m. Ziffern 2.6.1.1. und 2.6.2.2. der TA Luft, wonach im konkreten Fall das Beurteilungsgebiet für das Kriterium der Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft eine Ausdehnung von 5x5 km habe und damit auch französische Gebiete erfasse. Weiterhin erkannte das OVG die grenzüberschreitende Wirkung der Grundrechte an mit der Folge einer Rechtspflicht der Planfeststellungsbehörde, bei grenznahen Vorhaben die grundrechtlich geschützten Gesundheits- und Eigentumsbelange der ausländischen Nachbarn mitabzuwägen. Im Ergebnis war die Klage jedoch unbegründet, da diese Belange insbesondere durch Grenzwertverschärfungen sogar in besonderem Maße berücksichtigt wurden.

V. Staatsangehörigkeit

1. Erwerb

15. Mit der Frage der Einbürgerung von Abkömmlingen ehemaliger bayerischer Staatsangehöriger befaßte sich der Hessische VGH in seinem Beschluß vom 21.8.1997 (12 UZ 2259/97 – NJW 1998, 472). Der Kläger, der die US-amerikanische Staatsangehörigkeit besitzt, ist seit 1992 in Deutschland tätig und seit 1996 mit einer Deutschen verheiratet. Zwei seiner in Bayern geborenen Vorfahren wanderten 1835 nach Amerika aus. Einer von ihnen wurde nachweislich 1844 in den USA eingebürgert. Das auf §13 RuStAG gestützte Einbürgerungsbegehren blieb erfolglos, ebenso die Klage und der Antrag auf Zulassung der Berufung. Gemäß §13 Satz 1 RuStAG können ehemalige Deutsche und deren Abkömmlinge, die sich nicht im Inland niedergelassen haben, unter bestimmten Umständen auf Antrag eingebürgert werden. Aus Wortlaut und Zweck der Einbürgerungsvorschrift ergebe sich, daß zu den ehemaligen Deutschen und ihren Abkömmlingen nicht die ehemaligen Angehörigen eines Staates zu zählen sind, der nach Auflösung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation auf dem späteren Gebiet des Deutschen Reiches entstanden ist. Diese Auslegung folge aus der Entwicklung der Vorschriften über den Verlust und den Wiedererwerb der Staatsangehörigkeit in Deutschland seit der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Für das Königreich Bayern sei bei Auswanderung in Verbindung mit dem Erwerb einer fremden

²⁹ BVerwGE 75, 285.

Staatsangehörigkeit der Verlust der Staatsangehörigkeit vorgesehen gewesen, wobei besondere Bestimmungen über die Wiedereinbürgerung ehemaliger Bayern nicht getroffen gewesen seien. Ähnliche Regelungen hätten in den anderen deutschen Staaten bestanden. Später sei dann in §21 Abs.1 Satz 1 des Gesetzes des Norddeutschen Bundes über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1.6.1870 bestimmt gewesen, daß bei Verlassen des Reichsgebietes und ununterbrochenem zehnjährigen Aufenthalt im Ausland die deutsche Staatsangehörigkeit verloren geht. Für ehemalige Deutsche, die aufgrund dieser Bestimmung oder bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 1.6.1870 nach Landesrecht ihre Staatsangehörigkeit durch Aufenthalt außerhalb ihres Heimatstaates verloren haben, hat §31 Abs.1 RuStAG in der ursprünglichen Fassung einen Anspruch auf Einbürgerung vorgesehen, wenn sie sich wieder im Reichsgebiet niedergelassen haben. Gleichzeitig hat §13 Satz 1 RuStAG eine Ermessenseinbürgerung für nicht im Inland lebende ehemalige Deutsche und deren Abkömmlinge vorgesehen. Deutlich werde daraus, daß §13 RuStAG nur ehemalige Reichsangehörige und nicht ehemalige Angehörige früherer Bundesstaaten begünstigen sollte. Sonst hätte der Reichsgesetzgeber bei §13 RuStAG ebenso wie bei §31 RuStAG deutlich zwischen diesen beiden Personengruppen unterschieden. §31 RuStAG sei zudem jedenfalls nicht unmittelbar auch den Abkömmlingen ehemaliger Angehöriger des Reiches oder eines früheren Bundesstaates zugute gekommen. Die Vorschrift wurde am 15.5.1935 aufgehoben. Bei der Aufhebung des §31 RuStAG sei nun lediglich eine wohlwollende Behandlung der betroffenen Personen, nicht jedoch eine Anwendbarkeit des §13 RuStAG ins Auge gefaßt worden. Daraus ergebe sich, daß §13 RuStAG nicht ehemalige Angehörige früherer Bundesstaaten begünstigen sollte und erst recht nicht deren Abkömmlingen zugute kommen könne.

16. In seinen Beschlüssen vom 5.5.1997 (1 B 94/97 – DÖV 1997, 836 = NVwZ-RR 1997, 738) und vom 10.7.1997 (1 B 141/97 – NVwZ 1998, 183) bestätigte das Bundesverwaltungsgericht seine Rechtsprechung, wonach ein Ausländer, der von Sozialhilfe lebt, nicht die Voraussetzungen des §8 Abs.1 Nr.4 RuStAG erfüllt und deshalb nicht eingebürgert werden darf. Auch im Hinblick auf das am 1.1.1991 in Kraft getretene AuslG, das für bestimmte Personenkreise die Einbürgerung erleichtere, wobei unter bestimmten Voraussetzungen die Inanspruchnahme von Sozial- oder Arbeitslosenhilfe der Einbürgerung nicht entgegenstehe (§§85 Abs.1, 86 Abs.1 AuslG), verbiete es sich, §8 Abs.1 Nr.4 RuStAG, der in diese neuere Gesetzgebung nicht einbezogen worden ist, mit Blick auf diese Änderungen teleologisch dahin gehend auszulegen, daß Sozialhilfeansprüche als Grundlage des Unterhalts ausreichen.

17. In seinem Urteil vom 1.7.1997 (25 A 3613/95 – InfAuslR 1998, 34) entschied das OVG Nordrhein-Westfalen, daß ein Einbürgerungsbewerber seine Hilfebedürftigkeit i.S.d. §86 Abs.1 Nr.3 AuslG dann zu vertreten hat, wenn er durch ihm zurechenbares Handeln oder Unterlassen adäquat kausal die Ursache für den Leistungsbezug gesetzt hat. Ein schuldhaftes Verhalten werde hierbei nicht vorausgesetzt. Da der Kläger sich schriftlichen Weisungen seines Dienstvorgesetzten

widersetzt habe und ihm deshalb gekündigt worden sei, habe er seine Hilfebedürftigkeit zu vertreten. Das OVG ließ offen, ob § 8 Abs. 1 Nr. 4 RuStAG einer Einbürgerung auch dann entgegensteht, wenn der Bezug von Sozial- oder Arbeitslosenhilfe auf nicht zuvertretender Hilfebedürftigkeit beruht, denn der Kläger habe den Bezug der genannten öffentlichen Leistungen zu vertreten. Dies stehe einer Einbürgerung jedenfalls entgegen, denn Anhaltspunkte dafür, daß die Voraussetzungen in § 8 Abs. 1 Nr. 4 RuStAG insoweit weniger streng sein sollten als in § 86 Abs. 1 AuslG, seien nicht ersichtlich.

18. Das Hamburgische OVG stellte in seinem Urteil vom 9.6.1997 (OVG Bf III 73/96 – InfAuslR 1998, 233) fest, daß trotz der Regelung des iranischen Rechts, nach der die Nichtleistung des Wehrdienstes ein dauerndes Hindernis der Entlassung aus der Staatsangehörigkeit bildet, die Voraussetzung des § 87 Abs. 2 AuslG, der Heimatstaat mache die Entlassung aus der Staatsangehörigkeit von der Leistung des Wehrdienstes abhängig, nicht vorliegt, wenn der Ausländer es nicht einmal versucht hat, die Befreiung vom Wehrdienst zu erreichen. Selbst wenn die Voraussetzungen des § 87 Abs. 2 AuslG vorliegen würden, wäre die Klage gleichwohl abzuweisen, da einer Einbürgerung das zwingende Einbürgerungshindernis der Nr. 2 des Schlußprotokolls zum Niederlassungsabkommen zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien vom 17.2.1929³⁰ entgegenstehe. In dieser Bestimmung haben sich die Regierungen der beiden vertragsschließenden Staaten verpflichtet, keinen Angehörigen des anderen Staates ohne vorherige Zustimmung seiner Regierung einzubürgern. Von diesem Zustimmungserfordernis sei lediglich dann abzusehen, wenn ein Einbürgerungsanspruch besteht. Ein strikter Anspruch auf Einbürgerung bestehe hier nicht. Über die Einbürgerung unter Hinnahme von Mehrstaatigkeit nach § 87 Abs. 2 AuslG sei nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Eine Ermessensreduzierung auf Null habe nicht vorgelegen. Die Beklagte habe ermessensfehlerfrei die Einbürgerung des Klägers mit der Begründung ablehnen dürfen, daß besondere Belange der Hinnahme von Mehrstaatigkeit widersprechen, wenn der Bewerber um die deutsche Staatsangehörigkeit nicht das seinerseits Mögliche und Zumutbare unternommen hat, um zu erreichen, aus der heimatlichen Staatsangehörigkeit entlassen zu werden. Hier habe der Bewerber weder eine den Formvorschriften seines Herkunftsstaates entsprechenden Entlassungsantrag gestellt, noch sich darum bemüht, das Entlassungshindernis der Ableistung des Wehrdienstes durch einen Antrag auf Befreiung von der Wehrpflicht zu beseitigen.

19. Das Bundesverwaltungsgericht führte in seinem Beschluß vom 31.1.1997 (1 B 2.97 – StAZ 1997, 180) aus, daß § 4 Abs. 1 RuStAG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung asylverfahrens-, ausländer- und staatsangehörigkeitsrechtlicher Vorschriften vom 30.6.1993³¹ sich nicht auf vor dem 1.7.1993 Geborene erstreckt. Zur Begründung führte das Gericht aus, daß Gesetze regelmäßig nur für die Zeit nach ihrer Verkündung gelten und so für gegenwärtige und künftige

³⁰ RGBl. 1930 II, 1002, 1006; Bek. vom 15.8.1955, BGBl. II, 829.

³¹ BGBl. I, 1062.

Rechtsverhältnisse zur Anwendung kommen. Demgemäß müsse für den Ausnahmefall, daß der Geltungsbereich des Gesetzes auch auf in der Vergangenheit liegende Vorgänge erstreckt werden soll, der diesbezügliche Wille des Gesetzgebers im Gesetz zum Ausdruck kommen. Das Gesetz zur Änderung asylverfahrens-, ausländer- und staatsangehörigkeitsrechtlicher Vorschriften enthalte keinen dahin gehenden Hinweis. Auch von Verfassungs wegen sei eine Rückanknüpfung nicht gefordert. In der Rechtsprechung sei geklärt, daß Art. 6 Abs. 5 GG nicht gebietet, nichtehelichen Kindern deutscher Väter ohne weiteres den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit zu ermöglichen.

20. In seinem Beschluß vom 3.3.1997 (I B 217.96 – DÖV 1997, 834 = NVwZ-RR 1997, 737 = StAZ 1998, 17) bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung der Vorinstanzen, daß § 88 Abs. 1 Satz 1, 3 AuslG es nicht zuläßt, mehrere Freiheitsstrafen, von denen jede für sich den Strafraum von sechs Monaten nicht überschreitet, zu kumulieren. Dies ergebe sich zum einen aus dem Wortlaut der Vorschrift und zum anderen auch aus Sinn und Zweck der §§ 85 ff. AuslG. Diese Vorschriften zielten darauf ab, die Einbürgerung von Ausländern, die sich schon lange im Bundesgebiet aufhalten und auf Dauer hierbleiben wollen, durch Gewährung eines Rechtsanspruchs und die Herabsetzung der Einbürgerungsvoraussetzung gegenüber § 8 RuStAG zu erleichtern. Mehrere Freiheitsstrafen, die unter der angeführten Höchstgrenze liegen, könnten einer Einbürgerung daher nicht hinderlich sein.

21. In seinem Urteil vom 20.3.1997 (13 S 2996/94 – InfAuslR 1997, 317) entschied der VGH Baden-Württemberg auf die Klage eines iranischen Staatsangehörigen, daß ein Anspruch auf Einbürgerung unter Hinnahme von Mehrstaatigkeit nach §§ 86 Abs. 1, 87 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Alt. 2 AuslG, weil der Heimatstaat über den vollständigen und formgerechten Antrag auf Entlassung aus der bisherigen Staatsangehörigkeit nicht in angemessener Zeit entschieden hat, auch dann gegeben sein kann, wenn der Betroffene einen förmlichen Antrag mangels Aushändigung der erforderlichen Formulare nicht stellen konnte. Wenn das Recht des Heimatstaates für die Entlassung aus der bisherigen Staatsangehörigkeit ein mehrstufiges Verfahren vorsieht und der Antragsteller nur in der ersten Verfahrensstufe einen formlosen Antrag gestellt hat, ihm aber nicht durch Übersendung der erforderlichen Formulare innerhalb angemessener Zeit ermöglicht wird, die zweite Verfahrensstufe einzuleiten, sei der formlose Antrag in der Landessprache mit Angabe des Entlassungsgrundes als vollständiger und formgerechter Entlassungsantrag i.S. des § 87 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 Alt. 2 AuslG anzusehen.

22. Das VG Stuttgart verneinte in seinem Urteil vom 12.11.1997 (7 K 4974/96 – InfAuslR 1998, 294) einen Anspruch eines in seinem Heimatland wehrpflichtigen jordanischen Staatsangehörigen auf Einbürgerung unter Hinnahme von Mehrstaatigkeit. Zwar würde das Verlangen eines Heimatstaates nach Zahlung einer reinen Ausbürgerungsgebühr in Höhe von mehr als 10.000,- DM sich als Willkürakt i.S.v. § 87 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AuslG darstellen. Jedoch verlange der jordanische Staat die Gebühr für noch nicht abgeleistete Wehrpflicht. Schwierigkeiten bei der Entlassung aus der bisherigen Staatsangehörigkeit in Zusammenhang mit nicht abgelei-

steter Wehrpflicht seien aber allein im Rahmen von § 87 Abs. 2 AuslG zu prüfen. Die Weigerung, den Einbürgerungsbewerber vor Ableistung der Wehrpflicht oder Entrichtung der "Freikaufsgebühr" aus der Staatsangehörigkeit zu entlassen, könne daher nicht als willkürhafte Versagung nach § 87 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AuslG gewertet werden. Allerdings liege der Gedanke der willkürhaften Versagung dann nahe, wenn der Heimatstaat die angeblich nicht abgeleistete Wehrpflicht nur vorschützt, um sich erhöhte Ausbürgerungsgebühren zu ermöglichen. Dies sei indes bei Jordanien nicht der Fall. Zwar sei die Wehrpflicht in Jordanien seit 1992 ausgesetzt. Die Gesetzesbestimmungen über die Wehrpflicht bestünden aber nach wie vor, so daß die "Freikaufsgebühr" für die Beendigung der potentiellen Einbürgerungsmöglichkeit nicht zu beanstanden sei.

23. Das Bundesverwaltungsgericht führte in seinem Urteil vom 12.11.1996 (9 C 8.96 – DÖV 1997, 686) seine Rechtsprechung zu den Anforderungen für die Erteilung eines Aufnahmebescheides für Spätaussiedler fort. Zu den zusätzlich zur deutschen Abstammung notwendigen bestätigenden Merkmalen führte das BVerwG aus, daß das Bestätigungsmerkmal der Vermittlung deutscher Kultur i.S.d. § 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BVFG nur dann vorliegt, wenn die deutsche Kultur die dem Betreffenden am nächsten stehende Kultur geworden ist und daß weiterhin zwischen dem Bestätigungsmerkmal Sprache und den Bestätigungsmerkmalen Erziehung und Kultur ein enger innerer Zusammenhang derart besteht, daß die Sprache in der Regel Erziehung und Kultur indiziert. Wer nur unzulängliche Deutschkenntnisse hat und Russisch als Muttersprache oder bevorzugte Umgangssprache spricht, gehöre daher in der Regel dem russischen Kulturkreis an.

2. Verlust

24. Das OVG Hamburg entschied in seinem Urteil vom 24.2.1997 (Bf III 53/95 – FamRZ 1998, 289), daß der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nach §§ 17 Nr. 2, 25 Abs. 1 RuStAG a.F. in den Fällen, in denen deutsche Staatsangehörige polnischer Abstammung nach dem Ende des 2. Weltkrieges ihren langjährigen Wohnsitz in einem westlichen Gebietsteil Deutschlands aufgaben und als Repatrianten auf Antrag als polnische Staatsangehörige anerkannt wurden, auch dann eintrat, wenn diese Personen sich 1948 in einem Gebiet östlich der Oder und Neiße innerhalb der Grenzen des Deutschen Reiches vom 31.12.1937 niederließen, das nach dem Potsdamer Abkommen vom 2.8.1945 unter vorläufiger Verwaltung Polens stand.

25. Das VG Stuttgart hatte sich in seinem Urteil vom 5.3.1997 (7 K 4077/95 – StAZ 1997, 346) mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Kläger, der 1951 als nichteheliches Kind einer deutschen Staatsangehörigen und eines russischen Staatsangehörigen geboren wurde und dessen Eltern 1954 heirateten, die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Der Kläger habe nachgewiesen, als nichtehelicher Sohn einer deutschen Staatsangehörigen mit Geburt im Jahre 1951 gemäß § 4 Satz 1 RuStAG in der damals gültigen Fassung die deutsche Staatsangehörigkeit erworben zu haben. Einzige Vorschrift, nach der der Kläger seine durch Geburt er-

worbene deutsche Staatsangehörigkeit verloren haben könnte, sei §17 Nr.5 a.F. RuStAG, wonach uneheliche Kinder durch eine von einem Ausländer bewirkte und nach den deutschen Gesetzen wirksame Legitimation ihre deutsche Staatsangehörigkeit verloren. Nach Ansicht des VG konnte ein Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit gemäß §17 a.F. RuStAG aufgrund der 1954 geschlossenen Ehe der Eltern des Klägers schon deshalb nicht eingetreten sein, weil diese Vorschrift im Hinblick auf einen Verstoß mit dem mit Wirkung vom 1.4.1953 zu beachtenden Gleichberechtigungsgrundsatz (Art. 3 Abs.2, Art. 117 Abs.1 GG) – unabhängig von der erst Jahre später erfolgten förmlichen Aufhebung des §17 Abs.5 a.F. RuStAG – zu diesem Zeitpunkt außer Kraft getreten sei und im Jahre 1954 einen Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit beim Kläger nicht mehr bewirken können. Die Feststellung der Nichtigkeit des §17 Abs.5 a.F. RuStAG habe vom Gericht dabei ohne Vorlage an das BVerfG gemäß Art. 100 Abs.1 GG getroffen werden können, nachdem es sich um eine vor Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassene Rechtsvorschrift handele, die der nachkonstitutionelle Gesetzgeber auch nicht in seinen Willen aufgenommen habe. Daß §17 Nr.5 a.F. RuStAG gegen Art. 3 verstößt, ergebe sich daraus, daß der Verlustgrund der Legitimation durch einen ausländischen Vater einem Grundgedanken des ursprünglichen RuStAG folgt, der der Abstammung vom Vater und dem familienrechtlichen Band zu ihm ein stärkeres Gewicht gibt und das Band zur Mutter zurücktreten läßt. §17 Abs.5 a.F. RuStAG beruhe zuallererst auf einer Differenzierung nach dem Geschlecht der beiden Elternteile. Selbst dem rechtlich als Elternteil erst später durch die Legitimation hinzutretenden Vater werde der Vorzug gegeben. Das berechnete staatliche Ordnungsinteresse an der Verminderung der Fälle mehrfacher Staatsangehörigkeit rechtfertige dies nicht, da zum einen der Verlust der durch die Mutter vermittelten Staatsangehörigkeit auch dann eintreten konnte, wenn er zur Staatenlosigkeit führte, und zum anderen die nach dem Grundgesetz unzulässige Differenzierung nach dem Geschlecht ja gerade darin liege, daß §17 Nr.5 a.F. RuStAG dieses Ordnungsinteresse allein zu Lasten der Mutter aufstelle, wohingegen es in anderer Konstellation der Hinzuerwerb der ausländischen Staatsangehörigkeit der Mutter, bei bestehender vom Vater abgeleiteter deutscher Staatsangehörigkeit, nicht sanktioniere. Die Vorschrift sei daher allein auf eine Differenzierung nach dem Geschlecht der beiden Elternteile zurückzuführen und aus diesem Grund mit dem 1.4.1953 als mit dem Grundgesetz unvereinbar und damit nichtig anzusehen.³² Da ein anderer Verlustgrund nicht in Betracht komme, besitze der Kläger die deutsche Staatsangehörigkeit nach wie vor.

3. Mehrfache Staatsangehörigkeit

26. Mit seinem Urteil vom 13.6.1997 (6 L1/95 – StAZ 1998, 116) bestätigte das OVG Mecklenburg-Vorpommern die Ausführungen des VG Greifswald vom

³² Ebenso OVG Rheinland-Pfalz 23.4.1993, InfAuslR 1993, 276, 277.

November 1994 (5 A 1189/ 92 – StAZ 1995, 109)³³, wonach die Klägerin, eine ehemalige DDR-Staatsbürgerin, die 1981 die österreichische Staatsbürgerschaft erworben hatte, 1982 aus der Staatsbürgerschaft der Deutschen Demokratischen Republik entlassen wurde und 1983 nach Österreich übersiedelte, die deutsche Staatsangehörigkeit nicht besitzt. Zum einen habe die Klägerin die DDR-Staatsbürgerschaft aufgrund der ihrem Antrag entsprechenden Entlassung am 8.12.1982 verloren, so daß diese im Zeitpunkt der Wiedervereinigung eine deutsche Staatsangehörigkeit nicht mehr vermitteln konnte. Zum anderen fehle es bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG, wonach die Bundesrepublik Deutschland die Staatsbürger der DDR als zum Kreis der deutschen Staatsangehörigen im Sinne des Grundgesetzes gehörend betrachten darf, an einem durch die Klägerin im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland geäußerten Aktualisierungsbegehren. Das BVerfG habe den Status der DDR-Staatsbürger als deutsche Staatsbürger immer erst dann als gegeben angesehen, wenn diese in den Hoheitsbereich der Bundesrepublik gelangt sind und die Aktualisierung der deutschen Staatsangehörigkeit hingenommen oder begehrt haben. Im übrigen sei die – seinerzeit unaktualisierte – deutsche Staatsangehörigkeit der Klägerin nach Kap. 1 Art. 1 Abs. 1 des Mehrstaaterübereinkommens verloren gegangen, als die Klägerin am 6.3.1981 die österreichische Staatsangehörigkeit angenommen hat.³⁴

27. In bezug auf die Pflicht zur Hinnahme von Mehrstaatigkeit nach § 87 Abs. 1 AuslG führte das OVG Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 16.9.1997 (25 A 1816/96 – NVwZ-RR 1998, 519 = InfAuslR 1998, 186) aus, daß § 87 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 4 AuslG keine Regelbeispiele für die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Satz 1 AuslG darstellen, sondern die Voraussetzungen, unter denen der Gesetzgeber davon ausgeht, daß die Staatsangehörigkeit nur unter besonders schwierigen Bedingungen i.S.d. § 87 Abs. 1 Satz 1 AuslG aufgegeben werden kann, abschließend beschreiben. Außer in den ausdrücklich aufgeführten Fällen, in denen die Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit nicht oder nur unter besonders schwierigen Bedingungen möglich ist, könne daher eine Einbürgerung unter Hinnahme von Mehrstaatigkeit nicht erfolgen.

4. Staatenlosigkeit

28. Mit Gerichtsbescheid vom 17.1.1997 (RO 2 K 96.0069 – InfAuslR 1997, 114) entschied das BayVG Regensburg über den Anspruch einer in Lettland geborenen Staatsangehörigen der früheren UdSSR auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung. Das VG stellte zunächst fest, daß der Erteilung einer befristeten Aufenthaltserlaubnis nicht der Versagungsgrund der ungeklärten Staatsangehörigkeit entgegensteht, da kein Staat die Klägerin nach seinem Recht als Staatsangehörige ansehe und diese daher staatenlos sei. Eine sowjetische Staatsangehörigkeit existiere

³³ Vgl. Ress (Anm. 2), [23].

³⁴ Das BVerfG hat mit Beschl. vom 8.9.1997 die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin verworfen.

nach dem Zerfall der Sowjetunion nicht mehr. Die lettische Staatsangehörigkeit besitze die Klägerin – obwohl sie in Riga geboren wurde – nicht, da nach dem Staatsangehörigkeitsgesetz der Republik Lettland lettischer Staatsangehöriger nur ist, wer am 17.6.1940 bereits lettischer Staatsangehöriger war oder Nachkomme einer solchen Person ist, was bei der Klägerin nicht der Fall sei. Dementsprechend erkenne die Republik Lettland die Klägerin nicht als eigene Staatsangehörige an. Die Klägerin besitze derzeit auch nicht die Staatsangehörigkeit der Russischen Föderation. Zwar habe die Russische Föderation die völkerrechtliche Nachfolge der Sowjetunion im Grundsatz übernommen. Diejenigen russischen Volkszugehörigen, denen eine Staatsangehörigkeit der übrigen Nachfolgestaaten nicht zuerkannt wurde, erwürben die russische Staatsangehörigkeit aber nicht unmittelbar, sondern durch Registrierung bei einer russischen Auslandsvertretung. Solange eine solche Registrierung nicht erfolgt sei, betrachteten die russischen Behörden die betreffende Person als staatenlos. Da sich derzeit auch kein anderer Staat finde, der die Klägerin als Staatsangehörige ansieht, sei sie staatenlos im Sinne des Art. 1 Abs. 1 StlÜbk. Unerheblich sei dabei, ob ein Staatenloser die Möglichkeit hat, seine Staatenlosigkeit in zumutbarer Weise zu beseitigen, da er hierzu weder völkerrechtlich noch nach nationalem deutschem Recht verpflichtet ist³⁵. Der Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung stehe abweichend von § 8 Abs. 1 Nr. 3 AuslG auch nicht entgegen, daß die Klägerin keinen gültigen Paß mehr besitzt. Der Paßlosigkeit von Staatenlosen solle mit Art. 28 S. 1 StlÜbk begegnet werden, der einen unmittelbaren Rechtsanspruch auf Erteilung eines Staatenlosenausweises gewährt. Er setze aber einen rechtmäßigen Aufenthalt voraus, was sich an nationalem Recht orientiere. In Deutschland sei die Erteilung eines Staatenlosenausweises folglich vom Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung abhängig. Würde § 8 Abs. 1 Nr. 3 AuslG auf Staatenlose unbeschränkt Anwendung finden, würde diesen Unmögliches abverlangt: Die Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung wäre wegen der Paßlosigkeit verwehrt. Den einzigen Paß, den diese bekommen könnten, nämlich den Staatenlosenausweis, würde man ihnen aber wegen der fehlenden Aufenthaltsgenehmigung verweigern. § 8 Abs. 1 Nr. 3 AuslG könne daher zumindest dann keine Anwendung finden, wenn die Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung die Erteilung eines Staatenlosenausweises zur Folge hätte.

VI. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs

29. Das Bundesverfassungsgericht hatte sich in seinem Beschluß vom 10.6.1997 (2 BvR 1516/96 – BVerfGE 96, 68 = NJW 1998, 50 = NStZ 1998, 144 = EuGRZ 1997, 436) mit Fragen der diplomatischen Immunität in einem Fall auseinanderzusetzen, in dem es um die strafrechtliche Verfolgung eines in der DDR akkreditierten Botschafters eines ausländischen Staates wegen seiner Beteiligung an einem Sprengstoffanschlag in Berlin (West) im Jahre 1983 ging. Das den Tatverdacht begründende Verhalten sei bereits zur Zeit der Begehung 1983 für die Bundesrepu-

³⁵ BVerwG 16.7.1996, DVBl. 1997, 177ff.; vgl. Schillhorn (Anm. 2), [22].

blik Deutschland eine Inlandstat i.S. von §§3,9 StGB gewesen. Nach diesen Vorschriften sei die Beihilfe u. a. dann nach bundesdeutschem Recht strafbar, wenn die Haupttat im Inland begangen wurde. Eine Inlandstat habe hier vorgelegen, weil der Erfolg des Sprengstoffanschlags im Westteil Berlins eingetreten sei und auch die Tathandlung dort begangen worden sei. Die Behörden der Bundesrepublik Deutschland seien also bereits vor der Vereinigung zur Strafverfolgung nach bundesdeutschem Recht befugt gewesen. Das BVerfG untersuchte sodann, ob der Beschwerdeführer nach Art. 39 Abs.2 Satz 2 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen vom 18.4.1961³⁶ diplomatische Immunität genießt. Nach dieser Vorschrift bleibt die Immunität in bezug auf die von der betroffenen Person in Ausübung ihrer dienstlichen Tätigkeit als Mitglied der Mission vorgenommenen Handlungen auch nach Beendigung der dienstlichen Tätigkeit bestehen. Zunächst führt das BVerfG aus, daß die Anforderungen des Art. 39 Abs.2 Satz 2 WÜD für eine fortwirkende Immunität erfüllt seien, da der Beschwerdeführer in Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit als Mitglied der Mission und innerhalb seiner Verantwortungssphäre als Botschafter gehandelt habe. Ungeschriebene Ausnahmen von der fortwirkenden Immunität bestünden nicht, da die diplomatische Immunität von strafrechtlicher Verfolgung auch für besonders gravierende Rechtsverstöße grundsätzlich keine Ausnahmen kenne. Soweit in Art. 7 der Charta des Internationalen Militärgerichtshofs in Nürnberg und ihm folgend in Art. 7 Abs.2 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs für Jugoslawien sowie in Art. 6 Abs.2 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs für Ruanda bestimmt sei, daß die offizielle Stellung von Angeklagten sie nicht von Verantwortlichkeit freistelle oder strafmindernd wirke, betreffe dies nur die Staatenimmunität und die unmittelbar aus ihr fließende Immunität von staatlichen Organen, nicht aber die diplomatische Immunität. Einem Schluß von der Staatenimmunität auf die diplomatische Immunität *ratione materiae* stehe das personale Element jeder diplomatischen Immunität entgegen, das nicht den Entsendestaat, sondern den Diplomaten als handelndes Organ persönlich schütze. Trotzdem genieße der Beschwerdeführer im vorliegenden Falle keine diplomatische Immunität von strafrechtlicher Verfolgung, da es weder eine allgemeine Regelung des Völkerrechts gebe, nach der die fortwirkende Immunität auch gegenüber Drittstaaten wirke, noch eine allgemeine Regel des Völkerrechts gelte, nach der die zunächst nur die DDR verpflichtende Immunität im Wege der Staatennachfolge nunmehr auch von der Bundesrepublik Deutschland zu beachten wäre. Zur Begründung des Nichtbestehens einer allgemeinen Regel des Völkerrechts, nach der die in Art. 39 Abs.2 Satz 2 WÜD kodifizierte, fortwirkende Immunität über die Bestimmungen dieses Abkommens hinaus *erga omnes*, also auch gegenüber Drittstaaten wirke, führt das BVerfG aus, daß diplomatische Immunität allein im Empfangsstaat wirkt. Drittstaaten würden der Tätigkeit des Diplomaten nicht zustimmen. Über diesen Grundsatz herrsche seit frühester Zeit Einigkeit. Er werde bestätigt durch die in Art. 40 WÜD geregelten Ausnahmen. Diese Sonderregeln wären nicht notwendig,

³⁶ BGBl. II 1964, 959, im folgenden: WÜD.

wenn die diplomatische Immunität *erga omnes* gälte. Dieser Grundsatz werde durch die gerichtliche Staatenpraxis bestätigt, die Diplomaten in Drittstaaten keine Immunität gewähre. Weitere Bestätigung finde dies in Art. 12 Abs.2 des Lateranvertrages vom 11.2.1929, der für die territoriale Besonderheit des Vatikans ausdrücklich vorsehe, daß den beim Heiligen Stuhl akkreditierten Diplomaten völkerrechtliche Vorrechte und Immunitäten auch in Italien zukommen. Wirkte die Immunität auch schon nach allgemeinem Völkerrecht *erga omnes*, so wäre eine solche ausdrückliche Vereinbarung nicht notwendig. An der begrenzten Wirkung der Immunität ändere sich auch zum Zeitpunkt der Beendigung der Mission nichts. Es widerspräche dem in Art. 39 Abs.2 WÜD zum Ausdruck kommenden Gedanken des diplomatischen Immunitätsrechts, mit Beendigung der Mission weltweit Immunitäten neu entstehen zu lassen. Die fortwirkende funktionelle Immunität könne nicht weiterreichen als die zuvor bestehende persönliche. In bezug auf die Feststellung, daß die auf die ehemalige DDR beschränkte Pflicht, die fortwirkende Immunität des Beschwerdeführers nach Art. 39 Abs.2 Satz 2 WÜD zu beachten, nicht im Wege der völkerrechtlichen Staatennachfolge auf die Bundesrepublik Deutschland übergegangen ist, führt das BVerfG zunächst aus, daß diese Frage nicht durch Art. 12 EinigungsV beantwortet wird. Art. 12 EinigungsV betreffe die Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge der DDR. Da aber das WÜD über diplomatische Beziehungen von vornherein sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in der DDR in Kraft gewesen sei³⁷ und deshalb auch nach der Wiedervereinigung uneingeschränkt für die gesamte Bundesrepublik Deutschland fortgelte³⁸, stelle sich das von Art. 12 EinigungsV geregelte Problem der Staatensukzession in völkerrechtliche Verträge nicht. Vielmehr gehe es um den Übergang einer nur den Vorgängerstaat bindenden, einzelnen Pflicht – hier der Pflicht, die fortwirkende Immunität des Beschwerdeführers zu beachten –, die aber auf einer sowohl Vorgänger- als auch Nachfolgestaat verpflichtenden Klausel in einem multilateralen Vertrag beruhe. Für eine solchermaßen speziell gelagerte Nachfolgefrage sei keine Staatenpraxis erkennbar. Eine völkergewohnheitsrechtliche Regel, nach der die Pflicht der DDR, die fortwirkende Immunität des Beschwerdeführers zu beachten, übergegangen wäre, finde somit keinen Rückhalt in der allgemeinen Staatenpraxis. Dies bestätige Art. 12 EinigungsV, der selbst für völkerrechtliche Verträge der DDR und nicht nur für Einzelverbindlichkeiten davon ausgehe, daß keine generelle völkerrechtliche Pflicht zur Übernahme besteht, sondern eine Verhandlungslösung im Einzelfall anzustreben ist. Daß die zunächst völkerrechtsgemäße, strafrechtliche Verfolgung des Beschwerdeführers durch die Bundesrepublik Deutschland nicht durch die Wiedervereinigung nach dem Recht der Staatensukzession völkerrechtswidrig geworden ist, werde rechtlich bestätigt durch eine Abwägung der beteiligten Interessen im Hinblick auf den Zweck der fortwirkenden Immunität. Der Sinn des Art. 39 Abs.2 Satz 2 WÜD spreche nicht

³⁷ BGBl. II 1964, 959; GBl. DDR II 1973, 29.

³⁸ Zu solchen Konstellationen S.Oeter, German Unification and State Succession, ZaöRV 51 (1991), 349 (368).

für einen Pflichtübergang im Wege der Staatennachfolge. Die Begrenzung des räumlichen Geltungsbereichs der Vorschrift beruhe auf den mangelnden Schutzmöglichkeiten von Drittstaaten über *Agrément*, *persona non grata*-Verfahren und Schließung der Mission. Die Bundesrepublik befinde sich insofern in keiner von anderen Drittstaaten abweichenden Lage. Sie habe den Beschwerdeführer nicht als Diplomaten aufgenommen. Vor allem habe sie auch mit dem Untergang der DDR nicht deren frühere Zustimmung, insbesondere in Form des *Agrément*, übernommen. Mit der Vereinigung Deutschlands sei die DDR als Staat untergegangen, so daß mit ihr auch ihre diplomatischen Beziehungen zu anderen Staaten und damit die früheren Akkreditierungen erloschen. Die diplomatischen Missionen in der DDR seien mit dem Beitritt nicht zu Missionen der jeweiligen Drittstaaten in der Bundesrepublik Deutschland geworden. Gegen diese Praxis seien Proteste ausländischer Staaten nicht bekannt. Habe die Bundesrepublik Deutschland also selbst bei zur Zeit der Vereinigung noch bestehenden Missionen das *Agrément* der DDR nicht übernommen, so scheide eine rückwirkende Übernahme der Zustimmung zu allen jemals vorher in der DDR akkreditierten Diplomaten erst recht aus.

30. In seinem Urteil vom 20.11.1997 (2 AZR 631/96 – MDR 1998, 543 = NZA 1998, 813) stellte das Bundesarbeitsgericht fest, daß ausländische Staaten in Bestandsschutzstreitigkeiten mit an ihren diplomatischen Vertretungen in Deutschland nach privatem Recht beschäftigten Ortskräften, die keine hoheitlichen Aufgaben zu erfüllen haben, der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen. Der als Aufzugsmonteur bei der US-Botschaft in Bonn beschäftigte Kläger wehrte sich gegen eine Änderungskündigung seines unbefristeten in ein jährlich zu erneuerndes Arbeitsverhältnis. Hierzu führte das Gericht aus, daß in bezug auf ihre nicht hoheitliche Betätigung auch ausländische Staaten der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen. Danach sei vorliegend die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben. Der völkerrechtliche Grundsatz *ne impediatur legatio* stehe dem unter Berücksichtigung der von dem Kläger geschuldeten Arbeitsleistung nicht entgegen. Das Arbeitsverhältnis des Klägers unterliege deutschem Kündigungsrecht. Dies ergebe sich zum einen aus einer insoweit eindeutigen Rechtswahl i.S.v. Art. 27 Abs.1 Satz 3 zweite Alternative EGBGB. Im übrigen würde gemäß Art. 30 Abs.1 EGBGB selbst bei genereller Vereinbarung der Geltung amerikanischen Rechts das zwingende deutsche Kündigungsrecht als Arbeitnehmerschutzrecht anwendbar bleiben, weil Art. 30 Abs.2 EGBGB vorliegend nicht zur Anwendbarkeit amerikanischen Rechts führen würde. Die Kündigung sei gemäß §2, §1 Abs.2 KSchG sozial ungerechtfertigt, weil es keinen sachlichen Grund für die Änderungskündigung darstelle, daß das ausländische Haushaltsrecht des Arbeitgebers nur noch Stellen für eine befristete Beschäftigung vorsieht. Die Kündigung sei damit gemäß §1 Abs.1 KSchG rechtsunwirksam. Ein Eingriff in die Souveränität der Vereinigten Staaten von Amerika sei mit dieser Entscheidung nicht verbunden, da sie sich bei der Eingehung von Arbeitsverhältnissen der Mittel des Privatrechts bedienten und damit in Kauf nähmen, daß die Arbeitsverhältnisse deutscher Ortskräfte anhand von Art. 30 EGBGB und letztlich anhand des deutschen Kündigungs- und Befristungsrechts beurteilt werden.

31. Der Bundesfinanzhof bestätigte in seinem Urteil vom 13.11.1996 (I R 119/95, NV – DStRE 1997, 945) seine Rechtsprechung, wonach im Inland ansässige ausländische Konsulatsbeamte der beschränkten Steuerpflicht unterliegen. Die Regelung in Art. 49 Abs.1 WÜK zur Exterritorialität von Konsularbeamten bewirke, daß sie hinsichtlich ausländischer Einkünfte nicht der Rechtsordnung (Steuerhoheit) des Aufnahmestaates unterliegen. Sie seien kraft völkerrechtlicher Fiktion im Inland nicht "ständig ansässig" i.S.von Art. 71 Abs.1 WÜK und seien daher wie beschränkt Steuerpflichtige zu behandeln. Eine ständige Ansässigkeit nehme die Verwaltungspraxis nur dann an, wenn der Leiter der konsularischen Mission eine entsprechende Mitteilung an das Auswärtige Amt macht. Diese Praxis sei nicht zu beanstanden, da sie sowohl die Interessen des Entsendestaates als auch des Konsulatsbeamten selbst berücksichtige. Mangels einer entsprechenden Mitteilung im vorliegenden Fall kam eine Zusammenveranlagung des Konsulatsbeamten mit seiner deutschen Ehefrau wegen der beschränkten Steuerpflicht des Ehemannes nicht in Betracht.

VII. Fremdenrecht

1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts

32. Mit der Wirkung von Art. 20 Abs.1 Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) beschäftigte sich das OLG Köln in seinem Beschluß vom 22.8.1997 (16 Wx 224/97 – NVwZ-Beilage 1998, 39 = InfAuslR 1997, 459). Einer bolivianischen Staatsangehörigen, die sich vor ihrer Einreise nach Deutschland für mehr als drei Monate in Spanien aufgehalten hatte, wurde im Hinblick auf Art. 20 Abs.1 SDÜ, wonach der Aufenthalt visumsfreier Drittausländer in dem Hoheitsgebiet einer Vertragspartei auf den gesamten räumlichen Geltungsbereich des Schengener Abkommens innerhalb einer Frist von sechs Monaten vom Datum der ersten Einreise anrechenbar ist, unerlaubte Einreise vorgeworfen und deswegen Abschiebungshaft angeordnet. Auf die dagegen gerichtete sofortige weitere Beschwerde hin stellte das OLG fest, daß die Betroffene nicht gemäß §58 Abs.1 AuslG unerlaubt eingereist ist. Sie habe sich gemäß §1 Abs.1 DVAuslG als bolivianische Staatsbürgerin visumsfrei für die Dauer von drei Monaten in Deutschland aufhalten dürfen. Auch wenn sie diese Aufenthaltsfrist von Anfang an überschreiten wollte, sei ihre Einreise nicht unerlaubt, da gem. §9 Abs.4 DVAuslG den Positivstaatlern³⁹ nach §1 Abs.1 DVAuslG die Möglichkeit eingeräumt werde, nach ihrer Einreise einen Verlängerungsantrag zu stellen. Daran ändere Art. 20 Abs.1 SDÜ nichts, weil Art. 20 Abs.1 SDÜ die Rechte von Positivstaatlern nach §1 Abs.1 DVAuslG nicht rechtswirksam einschränke und der Aufenthalt in Spanien somit unschädlich sei. Art. 20 SDÜ stelle keine §1 Abs.1

³⁹ Sog. Positivstaatler sind Staatsangehörige der in der Anlage 1 DVAuslG genannten Staaten. Sie werden ausländerrechtlich u. a. dadurch privilegiert, daß sie für Aufenthalte von bis zu drei Monaten Dauer keiner Aufenthaltsgenehmigung bedürfen (§1 Abs.1 DVAuslG).

DVAuslG spezialgesetzlich verdrängende Regelung dar, da Art. 20 Abs.1 SDÜ keine aus sich heraus für Drittausländer klare und damit für diese verbindliche Regelung enthalte. Art. 20 Abs.1 SDÜ lasse offen, welche Drittstaater sichtvermerksfrei einreisen können und überlasse diesbezügliche Regelungen dem nationalen Recht der vertragsschließenden Staaten. Die Anwendung von Art. 20 Abs.1 SDÜ sei somit von nationalrechtlichen Bestimmungen abhängig, setze also keine aus sich heraus eindeutige Regelung und habe aus diesem Grunde keine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber Drittausländern. An einer Transformation in nationales Recht fehle es bislang, weshalb der bisherige Rechtszustand maßgeblich sei. Daran ändere auch die Inkraftsetzung des Abkommens für Deutschland und Spanien zum 26.3.1995 durch den Exekutivausschuß gem. Art. 131 ff. SDÜ durch Beschluß vom 19.6.1990 nichts, da diese Entscheidung des Ausschusses einer Umsetzung in nationales Recht bedürfe.

33. Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich auf die Klage eines Kosovo-Albaners, dessen Aufenthaltserlaubnis nach Beendigung der ehelichen Lebensgemeinschaft mit einer deutschen Staatsangehörigen nicht verlängert wurde, mit dem Begriff der besonderen Härte in § 19 Abs.1 Satz 1 Nr.2 AuslG auseinanderzusetzen. § 19 Abs.1 Satz 1 Nr.2 AuslG ermöglicht die Verlängerung des Aufenthaltsrechts des Ehegatten nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft seit mindestens drei Jahren rechtmäßig im Bundesgebiet bestanden hat und es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist. In seinem Beschluß vom 3.3.1997 (1 B 118/96 – DÖV 1997, 835) führte das BVerwG aus, daß es darauf ankommt, ob dem Ehegatten außerhalb des Bundesgebietes wegen der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft erhebliche Nachteile drohen. Andere Nachteile im Heimatland, die nicht wegen der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft, sondern wegen der dortigen allgemeinen politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse drohten, könnten nicht zur Begründung einer besonderen Härte herangezogen werden. Auch der Regierungsentwurf zu § 19 Abs.1 AuslG bestätige, daß es darauf ankomme, ob im Falle der Rückkehr erhebliche Nachteile wegen des Scheiterns der Ehe drohen.

34. In seinem Beschluß vom 30.7.1997 (7 VE 1874/96 – InfAuslR 1998, 25) entschied der Hessische VGH, daß in der Weigerung eines ehemaligen rumänischen Staatsangehörigen, der auf eigenen Antrag aus dem rumänischen Staatsverband ausgeschlossen wurde und deshalb staatenlos ist, einen Antrag auf Wiedereinbürgerung zu stellen, ein Umstand liegt, der die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs.4 AuslG ausschließt, weil der Ausländer zumutbare Anforderungen zur Beseitigung des Abschiebungshindernisses nicht erfüllt. In § 30 Abs.4 AuslG werde auf die Obliegenheit des Ausländers abgestellt, alles in seiner Kraft Liegende dazu beizutragen, daß bestehende Abschiebungshindernisse überwunden werden. Dazu reiche Untätigkeit oder Verzögerung bei der Vornahme derjenigen Handlungen aus, die dem Ausländer zumutbar seien, um die Ausreise zu ermöglichen. Durch die Staatenlosigkeit sei die Abschiebung des Klägers unmöglich geworden. Es bestehe aber die Möglichkeit, die rumänische Staatsangehörigkeit im Wege der Repatriierung wiederzuerwerben, wenn die Betroffenen ein solches Be-

gehen zum Ausdruck bringen. Damit sei den Klägern eine Möglichkeit gegeben, die Staatenlosigkeit als einen die Abschiebung hindernden Umstand zu beseitigen. Dies sei keine unzumutbare Anforderung, zumal die Kläger den Zustand der Staatenlosigkeit selbst geschaffen hätten. Dies gelte auch, wenn man davon ausgeht, daß die Kläger mit ihrem Ausbürgerungsantrag ein aus dem Recht zum Verlassen eines jeden Landes und damit auch ihres Heimatlandes herleitbares Recht auf Ausbürgerung wahrgenommen haben, daß das Staatsangehörigkeitsrecht die eigene Angelegenheit eines jeden Staates ist und daß darunter auch das Recht fällt, die Ausbürgerung selbst zu regeln, auch wenn dies zur Staatenlosigkeit führt,⁴⁰ denn aus diesen Feststellungen ergebe sich nur die völkerrechtlich und staatsangehörigkeitsrechtlich verbürgte Möglichkeit der Kläger, einen Ausbürgerungsantrag zu stellen. Das werde durch die gesetzliche Regelung des §30 Abs.4 AuslG und die hier zugrunde gelegte Auslegung auch nicht in Frage gestellt. Umgekehrt werde durch die genannten Grundsätze aber auch die Gestaltungsfreiheit des nationalen Gesetzgebers nicht berührt, die aufenthaltsrechtliche Stellung der staatenlos gewordenen Ausländer zu bestimmen und ihnen ggf. auch einen verfestigten Aufenthaltsstatus vorzuenthalten.

35. Der VGH Baden-Württemberg stellte in seinem Beschluß vom 2.7.1997 (13 S 2025/96 – InfAuslR 1997, 453) fest, daß die Entstehung des eigenständigen Aufenthaltsrechts nach §21 Abs.3 AuslG bei Eintritt der Volljährigkeit voraussetzt, daß das Kind zu diesem Zeitpunkt noch im Besitz einer nach Maßgabe von §17 AuslG zweckgebundenen Aufenthaltserlaubnis ist. Dafür spreche zum einen der Wortlaut des §21 Abs.3 AuslG, der mit der Formulierung “die ... Aufenthaltserlaubnis wird zu einem eigenständigen ... Aufenthaltsrecht” deutlich mache, daß die von der speziellen Zweckbindung des §17 AuslG losgelöste erstarkte Rechtsposition nur erworben werden könne, wenn eine noch gültige Aufenthaltserlaubnis bei Eintritt der Volljährigkeit vorliegt. Zum anderen sei diese Auslegung unter Berücksichtigung des begünstigenden Zwecks der Vorschrift gerechtfertigt und geboten. Das Entstehen des eigenständigen Aufenthaltsrechts knüpfe an einen zuvor nach Maßgabe von §17 AuslG zweckgebundenen Aufenthalt an und setze diesen voraus, weshalb das zweckgebundene Aufenthaltsrecht bis zum Erreichen der Volljährigkeit vorgelegen haben müsse.

36. Das Sächsische OVG stellte in seinem Beschluß vom 27.1.1997 (3 S 437/96 – DÖV 1997, 380) fest, daß der ursprüngliche Zweck eines Aufenthaltes zur Durchführung eines Hochschulstudiums grundsätzlich mit dem berufsqualifizierenden Abschluß dieses Studiums erfüllt ist. Ein weiteres Hochschulstudium begründe deshalb einen neuen Aufenthaltszweck, es sei denn, es setze den erfolgreichen Abschluß des ersten Studiums voraus und führe dies weiter. Die Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für den geänderten Aufenthaltszweck sei nach §28 Abs.3 Satz 1 AuslG zu versagen, wenn der Ausländer nicht

⁴⁰ Dagegen K. Doehring, Gutachtliche Stellungnahme zum Urteil des VGH Baden-Württemberg vom 21.4.1993 – 11 S 1437/92 –, Bl. 111 bis 128 der Gerichtsakte.

zuvor das Bundesgebiet verlassen hat und besondere Gründe für einen Ausnahmefall nicht vorliegen.

37. In seinem Urteil vom 25.9.1997 (1 C 3.97 – NVwZ 1998, 297 = DVBl 1998, 278 = DÖV 1998, 247 = BayVBl. 1998, 217 = InfAuslR 1998, 12) entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß es für die Erteilung einer Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG wegen Unmöglichkeit der Abschiebung aus tatsächlichen Gründen nicht darauf ankommt, ob der Ausländer freiwillig ausreisen könnte. Maßgeblich sei allein, ob der Abschiebung tatsächliche Hindernisse entgegenstehen, die es der Ausländerbehörde unmöglich machen, ihrer Abschiebeverpflichtung nachzukommen. Weder die Funktion der Duldung noch die gesetzliche Systematik spreche dafür, daß die Erteilung der Duldung von Umständen abhängen soll, die in der Sphäre des Ausländers liegen.

38. In einem Nichtannahmebeschluß vom 16.6.1997 (1 BvR 236/97 – NVwZ-Beilage 1997, 73 = BayVBl. 1998, 112) führte das Bundesverfassungsgericht aus, daß es nicht gegen Verfassungsrecht verstößt, wenn einem Konventionsflüchtling, für den ein Abschiebeverbot besteht und der über eine räumlich nicht beschränkte Aufenthaltsbefugnis in der Bundesrepublik Deutschland verfügt, außerhalb des Bundeslandes, in dem die Aufenthaltsbefugnis erteilt worden ist, laufende Sozialhilfe verweigert wird.⁴¹ Die Regelung in § 120 Abs. 5 Satz 2 BSHG diene der angemessenen Verteilung der Sozialhilfelasten auf die Bundesländer und soll mißbräuchlicher (mehrfacher) Inanspruchnahme von Sozialhilfe entgegenwirken. Soweit die Verwaltungsgerichte die Bestimmungen des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge nicht als Sonderregelungen angesehen haben, die eine Anwendung des § 120 Abs. 5 Satz 2 BSHG ausschließen, und die damit verbundenen Nachteile für zumutbar gehalten haben, sei eine Auslegung gewählt, die weder auf sachfremden Erwägungen beruhe noch offensichtlich einschlägige Normen unberücksichtigt lasse oder kraß mißdeute. Die Anwendung von § 120 Abs. 5 Satz 2 BSHG verletze auch nicht das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 1 GG, da das Recht auf freie Wahl des Aufenthaltsortes und des Wohnsitzes durch die verfassungsmäßige Ordnung begrenzt sei, zu der auch § 120 Abs. 5 Satz 2 BSHG gehöre und zudem das mit den Aufenthaltsbefugnissen gewährte Recht, sich in Deutschland frei zu bewegen, durch § 120 Abs. 5 Satz 2 BSHG nicht eingeschränkt werde.

Dagegen war der Bayerische VGH in seinem Beschluß vom 1.7.1997 (12 CE 96.2856 – NVwZ-Beilage 1998, 5 = BayVBl. 1998, 216) der Auffassung, daß der Anwendung von § 120 Abs. 5 Satz 2 BSHG auf Konventionsflüchtlinge Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens und Art. 2 des Zusatzprotokolls zum Europäischen Fürsorgeabkommen entgegenstehen.

39. Ebenfalls mit der Anwendung von § 120 Abs. 5 Satz 2 BSHG beschäftigte sich das OVG Berlin in seinem Beschluß vom 27.8.1997 (6 SN 218/97 / 6 SN 129/97 – NVwZ-Beilage 1998, 4). Danach gelte die Beschränkung der Sozialhilfe

⁴¹ In der Sache ebenso hat das BVerfG in einem Nichtannahmebeschluß vom 17.9.1997 (1 BvR 1401/97 – FamRZ 1997, 1469) zur gleichen Frage im Fall von Staatenlosen entschieden.

auf das Bundesland, in dem die räumlich unbeschränkte Aufenthaltsbefugnis erstmals erteilt worden sei, auch dann, wenn ihr Inhaber inzwischen in einem anderen Bundesland lebe und die Aufenthaltsbefugnis dort verlängert worden sei.

2. Ausweisung und Abschiebung

40. Mit dem Inhalt der Verweisung auf die EMRK in § 53 Abs. 4 AuslG befaßte sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 11.11.1997 (9 C 13/96 – NVwZ 1998, 526 = DVBl 1998, 282 = VBIBW 1998, 216 = FamRZ 1998, 611 = InfAuslR 1998, 121). § 53 Abs. 4 AuslG verbietet eine Abschiebung, soweit sich aus der EMRK ergibt, daß sie unzulässig ist. Diese ihrem Wortlaut nach offene Vorschrift verweise jedoch lediglich insoweit auf die EMRK, als sich aus ihr Abschiebungshindernisse ergeben, die in Gefahren begründet liegen, welche dem Ausländer im Zielstaat der Abschiebung drohen (“zielstaatsbezogene” Abschiebungshindernisse). Hindernisse, die einer Vollstreckung der Ausreisepflicht entgegenstehen, weil andernfalls ein geschütztes Rechtsgut im Bundesgebiet verletzt würde (“inlandsbezogene” Vollstreckungshindernisse), fielen dagegen nicht unter § 53 Abs. 4 AuslG. Die Beschränkung des § 53 Abs. 4 AuslG auf zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse folge schon aus seiner systematischen Stellung im Gesetz. Die übrigen in § 53 AuslG geregelten Abschiebungshindernisse stellten nämlich nach ihrem Wortlaut eindeutig ausschließlich auf Gefahren ab, die dem Ausländer in dem Staat drohen, in den er abgeschoben werden soll. Der Gesetzgeber habe den in § 53 AuslG enthaltenen Regelungen die Überschrift “Abschiebungshindernisse” vorangestellt. Entscheidendes Merkmal der Abschiebung sei die Entfernung des Ausländers aus Deutschland und die Verbringung in einen anderen Staat. Der Begriff “Abschiebungshindernisse” deute darauf hin, daß der Gesetzgeber hier nicht allgemeine Vollstreckungshindernisse, sondern nur diejenigen in den Blick genommen hat, die der Verbringung des Ausländers in einen bestimmten Staat entgegenstehen. Auch die Entstehungsgeschichte des § 53 AuslG bestätige diese Auslegung. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs zum Ausländergesetz 1990 regele § 53 nunmehr “die sog. materiellen Abschiebungshindernisse, nämlich die im Ausland drohende individuell-konkrete Gefahr der Folter, der Todesstrafe und einer sonstigen Gefahr für Leib, Leben und Freiheit”.⁴² Demgegenüber könnten zu einer Duldung nach § 55 AuslG auch andere als die in § 51 und 53 AuslG genannten Gründe führen, die einer Abschiebung zeitweise entgegenstehen, wie etwa die inlandsbezogenen Vollstreckungshindernisse. Diese seien daher nicht vom Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge im Asylverfahren, sondern von den für den Vollzug der Abschiebung weiterhin zuständigen Ausländerbehörden zu berücksichtigen.

41. Demgegenüber war der Hessische VGH in seinem Beschluß vom 18.9.1997 (10 UZ 482/97.A – InfAuslR 1998, 194) der Auffassung, daß § 53 Abs. 4 AuslG auch nicht ziellandbezogene Abschiebungshindernisse erfaßt. Aus dem Wortlaut

⁴² BT-Drs. 11/6321, 49; Hervorh. durch das BVerwG.

des § 53 Abs. 4 AuslG lasse sich nicht die Beschränkung auf solche Abschiebungshindernisse entnehmen, die sich aus drohenden ziellandsbezogenen Menschenrechtsverletzungen ergeben.⁴³ Auch eine Auslegung der Norm führe zwingend zu dem gefundenen Ergebnis. Zutreffend weise der VGH Baden-Württemberg darauf hin, daß mit § 53 Abs. 4 AuslG sichergestellt werden soll, daß ausländerrechtliche Maßnahmen der Bundesrepublik Deutschland nicht gegen die EMRK verstoßen. Diese Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, sich völkerrechtsmäßig zu verhalten, gelte aber sowohl bei mittelbar als auch bei unmittelbar drohenden Menschenrechtsverletzungen. Eine Beschränkung auf ziellandbezogene Abschiebungshindernisse sei daher unsinnig, weil die Konvention die Signatarstaaten in erster Linie verpflichte, die Menschenrechte in ihrem eigenen Hoheitsbereich zu wahren. Sie verbiete somit vor allem unmittelbare Menschenrechtsverletzungen.

42. In seinem Urteil vom 25.11.1997 (9 C 58/96 – NVwZ 1998, 524 = DVBl 1998, 284 = InfAuslR 1998, 189) bestätigte das Bundesverwaltungsgericht sein Urteil vom 11.11.1997, wonach § 53 AuslG auf zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse beschränkt ist. Gleichzeitig betonte das BVerwG, daß die Entscheidung über alle zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernisse, die ein Asylsuchender geltend macht, allein dem Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge obliegt. Die Ausländerbehörde sei insoweit beim Vollzug der Abschiebung, also auch bei der Entscheidung über Duldungsgründe nach § 55 Abs. 2 Alt. 1 AuslG, an die positive oder negative Entscheidung des Bundesamtes gebunden (§ 42 AsylVfG).

43. Der VGH Baden-Württemberg hatte sich in seinem Beschluß vom 17.3.1997 (11 S 3301/96 – VBIBW 1997, 310 = NVwZ-Beilage 1997, 33 = InfAuslR 1997, 259) damit auseinanderzusetzen, ob der Abschiebung eines bosnisch-herzegowinischen Staatsangehörigen serbischer Volkszugehörigkeit, der keine Bindungen zu seinem Heimatland hat, Abschiebungshindernisse entgegenstehen. Der VGH verneinte das Vorliegen eines Abschiebungshindernisses aus § 53 Abs. 4 AuslG i. V. m. Art. 3 EMRK, da dem Antragsteller keine konkrete Gefahr einer menschenrechtswidrigen Behandlung durch die Machthaber in der sog. Republik Srpska drohe. Die allgemein schwierige Situation in Bosnien-Herzegowina stelle ebenfalls kein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG dar. Insoweit fehle es an hinreichenden Anhaltspunkten für eine gezielte staatliche Vorgehensweise. Die Abschiebung sei jedoch gemäß § 55 Abs. 2 AuslG vorläufig zeitweise abzusetzen, weil gegenwärtig vieles dafür spreche, daß einer Abschiebung des Antragstellers nach Bosnien-Herzegowina das Abschiebungshindernis des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG entgegensteht. Zwar würden Gefahren, denen die Bevölkerung oder die Bevölkerungsgruppe, der der Ausländer angehört, im Zielstaat der Abschiebung allgemein ausgesetzt sei, gemäß § 53 Abs. 6 Satz 2 AuslG grundsätzlich ausschließlich bei einer generellen Regelung der obersten Landesbehörde nach § 54 AuslG berück-

⁴³ So früher auch VGH Baden-Württemberg, vgl. Urte. vom 15.10.1996 – 16 S 1/96 – InfAuslR 1997, 124; vgl. jetzt aber unten [76].

sichtigt. § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG erfasse nach dieser Auslegung allgemeine Gefahren auch dann nicht, wenn sie den einzelnen Ausländer konkret oder in individualisierbarer Weise betreffen. Die Bürgerkriegsfolgen in Bosnien-Herzegowina seien solche allgemeinen Gefahren. Allerdings sei § 53 Abs. 6 Satz 2 AuslG verfassungskonform dahin auszulegen und anzuwenden, daß von der Abschiebung eines unter diese Bestimmung fallenden Ausländers nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG abzusehen ist, wenn das Verfassungsrecht dies gebietet.⁴⁴ Ein solcher Fall sei nach der Rechtsprechung des BVerwG gegeben, wenn die oberste Landesbehörde trotz einer extremen allgemeinen Gefahrenlage, die jeden einzelnen Ausländer im Falle seiner Abschiebung gleichsam sehenden Auges dem sicheren Tod oder schwersten Verletzungen ausliefern würde, von ihrer Ermessensermächtigung nach § 54 AuslG keinen Gebrauch gemacht hat, einen generellen Abschiebestopp zu verfügen. Zu diesen extremen Gefahren für Leib und Leben dürften nach Ansicht des VGH auch Gefahren gehören, die infolge völliger Unterversorgung der Bevölkerung mit dem elementaren Bedarf des täglichen Lebens entstehen, denn auch ein solcher extremer Mangel könne die Existenz der davon Betroffenen in lebensbedrohlicher Weise gefährden. Lägen die genannten Voraussetzungen vor, würden es die Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gebieten, dem einzelnen Ausländer unabhängig von einer Ermessensentscheidung nach §§ 53 Abs. 6 Satz 2, 54 AuslG Abschiebungsschutz zu gewähren. Dabei komme es nicht darauf an, von wem die Gefahr ausgeht oder wodurch sie hervorgerufen wird. Der Senat gehe nach heutigem Erkenntnisstand davon aus, daß der Antragsteller im Falle einer Abschiebung nach Bosnien-Herzegowina im gegenwärtigen Zeitpunkt sehenden Auges den oben beschriebenen hochgradigen Gefahren für Leib und Leben ausgesetzt wäre. Aufgrund der dem Senat vorliegenden Erkenntnisse über die wirtschaftliche und politische Lage in der sog. Republik Srpska stehe einer Abschiebung des Antragstellers nach Bosnien-Herzegowina gegenwärtig das Abschiebungshindernis des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG entgegen. Seine Abschiebung sei gemäß § 55 Abs. 1 AuslG zeitweise auszusetzen.

44. Der VGH Baden-Württemberg bestätigte diese Rechtsprechung in seinem Beschluß vom 7.4.1997 (11 S 102/97 – VBIBW 1997, 314 = NVwZ-Beilage 1997, 51 = InfAuslR 1997, 265) und betonte, daß die Feststellung eines zwingenden Abschiebungshindernisses nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG eine Gesamtschau der allgemeinen Lage im Abschiebezielstaat und der persönlichen Situation des einzelnen Ausländers erfordert. Er stellte gleichzeitig fest, daß einem bosnisch-herzegowinischen Staatsangehörigen kroatischer Volkszugehörigkeit aus dem kroatisch dominierten Föderationsgebiet Bosnien-Herzegowinas bei seiner Rückkehr allein aufgrund der allgemeinen Lage in Bosnien-Herzegowina keine extremen Gefahren für Leib, Leben und Freiheit drohen.

45. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in seinem Urteil vom 15.4.1997 (9 C 15.96 – BVerwGE 104, 254 = NVwZ 1997, 1131 = DÖV 1997, 783 = InfAuslR 1997, 379) seine Rechtsprechung, wonach Abschiebungsschutz nach § 51 Abs. 1

⁴⁴ BVerwG, NVwZ 1996, 476.

AuslG eine staatliche oder quasi-staatliche Verfolgung voraussetzt.⁴⁵ § 51 Abs. 1 AuslG erfordere ebenso wie Art. 16a GG grundsätzlich, daß die dem Ausländer drohende Verfolgung aus der staatlichen Gebietshoheit erwächst. Für den in den Schutzbereich des § 51 AuslG einbezogenen Personenkreis der Flüchtlinge und Verfolgten i.S.v. Art. 1 A Nr. 2, Art. 33, Nr. 1 des Abkommens vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge⁴⁶ gelte dies gleichfalls.⁴⁷ Die nach Art. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention⁴⁸ vorrangigen Gesichtspunkte der gewöhnlichen Bedeutung der Vertragsbestimmungen in ihrem Zusammenhang sowie deren Ziel und Zweck ergäben unter Berücksichtigung insbesondere des überkommenen völkerrechtlichen Verständnisses, daß grundlegendes Merkmal der Flüchtlingseigenschaft die Staatlichkeit der befürchteten Verfolgung war und ist. Wie der Senat ferner bereits dargelegt habe, existiere weder entgegenstehendes Völkergewohnheitsrecht noch eine abweichende allgemeine Übung der Vertragsstaaten. Der Senat sehe sich in seiner Ansicht, daß das von ihm gefundene Auslegungsergebnis auch heute noch der Auffassung der Regierung in den meisten Vertragsstaaten und der überwiegenden Staatenpraxis entspricht, schließlich durch den "gemeinsamen Standpunkt" des Rates der EU betreffend die harmonisierte Anwendung der Definition des Begriffs "Flüchtling" in Art. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention vom 4.3.1996⁴⁹ bestätigt.⁵⁰ Abschiebungsschutz nach § 51 Abs. 1 AuslG komme deshalb nur in Betracht, wenn die Kläger bei einer Rückkehr von Verfolgung durch eine staatsähnliche Organisation landesweit bedroht wären. Quasi-staatlich sei eine Gebietsgewalt nur, wenn sie auf einer organisierten, effektiven und stabilisierten Herrschaft beruht. Dabei erforderten Effektivität und Stabilität eine gewisse Stetigkeit und Dauerhaftigkeit der Herrschaft, verkörpert vorrangig in der Durchsetzungsfähigkeit und Dauerhaftigkeit des geschaffenen Machtapparates. Derartige staatsähnliche Organisationen hätten in Somalia zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Berufungsverhandlung nicht existiert. In Somalia habe es zu diesem Zeitpunkt drei "Präsidenten" gegeben, die nicht in der Lage gewesen seien, das ganze Land unter Kontrolle zu bringen, aber dennoch stark genug, jedweden Versuch einer friedlichen Beendigung des andauernden Bürgerkrieges zu torpedieren. Daraus resultiere ein instabiles Gleichgewicht mit Phasen relativer Ruhe und begrenzter Stabilität, das allerdings jederzeit und überall wieder in bewaffnete Auseinandersetzungen umschlagen könne. Eine dauerhafte territoriale Herrschaftsgewalt habe sich somit nicht etabliert.

46. Das VG Gießen setzte sich in seinem Urteil vom 20.8.1997 (10 E 11561/92 – NVwZ-Beilage 1998, 15 = InfAuslR 1997, 480) mit der Relevanz des mit der Türkei bestehenden Strafnachrichtenaustausches auf das Verbot der Abschiebung

⁴⁵ BVerwGE 95, 42 (44 ff.) und BVerwG, InfAuslR 1997, 37.

⁴⁶ BGBl. 1953 II, 559, Genfer Flüchtlingskonvention – GFK –.

⁴⁷ In diesem Sinne jetzt auch BVerfGE 94, 49 (97), wonach das deutsche Ausländerrecht mit § 51 Abs. 1 AuslG dem "refoulement-Verbot" des Art. 33 GFK Rechnung trägt.

⁴⁸ BGBl. 1985 II, 926.

⁴⁹ ABl.EG vom 13.3.1996, Nr. L 63/2.

⁵⁰ Vgl. dort Nr. 5.1., 5.2. und Nr. 6 Abs. 2.

politisch Verfolgter in §51 Abs.1 AuslG auseinander. Die Kläger sind türkische Staatsangehörige kurdischer Volkszugehörigkeit. Ihre Asylanträge wurden vom Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge abgelehnt. Dieses stellte gleichzeitig fest, daß die Voraussetzungen der §§51 Abs.1, 53 AuslG nicht vorliegen. Die Kläger wurden zur Ausreise aufgefordert und ihnen wurde die Abschiebung in die Türkei angedroht. In der gegen diesen Bescheid gerichteten Klage haben die Kläger vorgetragen, daß der Kläger zu 1) sich nach seiner Einreise ins Bundesgebiet exilpolitisch betätigt habe und daß die Kläger zu 1) und 2) an einer Autobahnblockade teilgenommen hätten, weswegen der Kläger zu 1) rechtskräftig verurteilt worden sei. Davon habe die türkische Auslandsvertretung Kenntnis. Das Gericht verpflichtete das Bundesamt, hinsichtlich aller Kläger das Vorliegen der Voraussetzungen des §51 Abs.1 AuslG festzustellen. Das Gericht ist davon überzeugt, daß der Kläger zu 1) wegen der Teilnahme an der Blockade der Bundesautobahn nicht nur bei der deutschen Auslandsvertretung der Türkei, sondern auch bei den Sicherheitskräften innerhalb der Türkei bekannt ist. Hinzu komme, daß nach Auskunft des Bundesministeriums der Justiz zwischen der Türkei und der Bundesrepublik Deutschland ein regelmäßiger Strafnachrichtenaustausch stattfinde. Dies bedeute, daß jeder Staat den anderen von allen dessen Staatsangehörige betreffenden strafrechtlichen Verurteilungen, die in das Strafregister beim Bundeszentralregister eingetragen worden sind, unterrichtet. Dies werde auch durch schriftsätzliche Stellungnahme des Generalbundesanwalts beim BGH an das VG Gießen bestätigt, worin er ausführe, daß im Rahmen des zwischen der Türkei und der Bundesrepublik Deutschland vereinbarten Strafnachrichtenaustausches wechselseitig quartalsweise Strafnachrichten übermittelt werden. Eine entsprechende gesetzliche Regelung zum Strafnachrichtenaustausch enthalte das Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister (Bundeszentralregistergesetz – BZRG) nicht. In §57 BZRG sei lediglich geregelt, daß an Stellen eines anderen Staates Auskunft aus dem Register erteilt werden könne nach den hierfür geltenden Gesetzen und Vereinbarungen. Unter Vereinbarung seien insoweit völkerrechtliche Vereinbarungen zu verstehen, welche durch förmliches Gesetz in nationales Recht transformiert worden sind. Damit handele es sich bei den “Vereinbarungen” nach §57 BZRG um nichts anderes als um “Gesetze” im formellen und materiellen Sinne. Eine solche gesetzliche Grundlage für einen Nachrichtenaustausch aus dem Bundeszentralregister zum türkischen Staat liege jedoch nicht vor. Zwar regle Art. 22 des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.4.1959⁵¹ – für die Türkei in Kraft getreten am 22.9.1969 –, daß jeder Vertragsstaat den anderen von allen, dessen Staatsangehörige betreffenden strafrechtlichen Verurteilungen und nachfolgenden Maßnahmen, die in das Strafregister eingetragen worden sind, benachrichtigt. Diese völkerrechtliche Verpflichtung treffe aber lediglich die Bundesregierung und dort das Bundesjustizministerium zur jährlichen Strafnachrichtenübermittlung. Eine entsprechende Regelung zur Ermächtigung der Übermittlung aus dem Bundeszentralregister fehle

⁵¹ BGBl. 1964 II, 1369, 1386; 1976 II, 1799.

jedoch. Insoweit habe die Bundesrepublik Deutschland sich völkerrechtlich zu einem Strafnachrichtenaustausch verpflichtet, diese Verpflichtung innerstaatlich jedoch nicht umgesetzt. Regierungs- oder zwischenstaatliche Verwaltungsvereinbarungen genügten aber für einen staatlichen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen nach Art. 1 Abs.1 i.V.m. Art. 2 Abs.1 GG nicht, was spätestens seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Volkszählungsgesetz vom 15.12.1983⁵² klargestellt sei. An einer gesetzlichen Grundlage für die Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung fehle es hier offensichtlich. Eine Regeldatenübermittlung sei auch nicht nach dem Bundesdatenschutzgesetz zulässig, denn auch nach diesem Gesetz sei eine Verarbeitung personenbezogener Daten und deren Nutzung nur zulässig, wenn dies ein Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift erlaube oder anordne oder der Betroffene eingewilligt habe (§4 Abs.1 BDSG). Insoweit sei zwar eine Datenübermittlung nach Art. 22 des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen seitens der Bundesregierung zwingend erforderlich, mangels innerstaatlicher gesetzlicher Grundlage jedoch nicht möglich. Hinzu komme, daß die Übergangsfrist für den Gesetzgeber nach nunmehr fast 14 Jahren (Anm.: seit dem Urteil des BVerfG zum Volkszählungsgesetz) abgelaufen sei und insoweit auch eine übergangsweise Duldung des rechtswidrigen Handelns nicht mehr zulässig sei. Fehle es damit an einer innerstaatlichen Rechtsgrundlage, so erweise sich der turnusmäßige Strafnachrichtenaustausch mit der Türkei als rechtswidrig und grundrechtsverletzend in bezug auf den Betroffenen und bilde durch aktives Zutun deutscher Stellen einen beachtlichen Nachfluchtgrund, der eine Abschiebung des Betroffenen in sein Herkunftsland vereitele. Es stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, daß die rechtskräftige Verurteilung des Klägers zu 1) wegen der Teilnahme an der Autobahnblockade den türkischen Behörden bekannt ist, und daß diese aufgrund der Angaben in der Strafnachricht der Teilnahme des Klägers zu 1) an der Blockade eine politische Komponente zugrunde legen. Damit stehe aber zur Überzeugung des Gerichts gleichzeitig fest, daß der Kläger zu 1) im Falle seiner Rückkehr in die Türkei für die dortigen Sicherheitskräfte von besonderer Bedeutung ist und daß der türkische Staat ein gesteigertes Interesse an ihm hat. Aufgrund der in das Verfahren eingeführten Erkenntnisse drohten dem Kläger zu 1) mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit asylerhebliche Maßnahmen i.S.d. §51 Abs.1 AuslG. Aufgrund der engen familiären Beziehung zum Kläger zu 1) haben nach Auffassung des Gerichts auch die übrigen Kläger asylerhebliche Maßnahmen der türkischen Sicherheitskräfte zu befürchten, so daß die Beklagte zu verpflichten ist, die Voraussetzungen des §51 Abs.1 AuslG hinsichtlich aller Kläger festzustellen.

47. Das VG Frankfurt/Main bestätigte mit Beschluß vom 27.8.1997 (9 G 50507/97.A(2) – InfAuslR 1998, 84) sein Urteil vom 28.3.1994⁵³, wonach der Schutz durch §51 Abs.1 AuslG weiter geht als der des Asylgrundrechts, da die

⁵² BVerfGE 65, 1ff.

⁵³ NVwZ-RR 1994, 358ff.; vgl. Ress (Anm. 2), [60]; rechtskräftig.

Verfolgung im Sinne des §51 Ausländergesetz keinen politischen Charakter im Sinne des Asylgrundrechts tragen muß und wonach §51 Abs.1 AuslG für den Bereich des Abschiebungsschutzes die Übernahme der Abschiebungsbeschränkung in Art. 33 GK darstellt, wenn auch unter Verzicht auf die Voraussetzung des Art. 33 Nr.1 GK, daß es sich um einen Flüchtling im Sinne des Art. 1 GK handeln muß. Es hatte damals festgestellt, daß bei Flüchtlingen, die diese Eigenschaft aufgrund von Art. 1 A Nr.2 GK besitzen, sich der Abschiebungsschutz nach Art. 33 GK, §51 Abs.1 AuslG nach den Maßstäben bemißt, die für den Erwerb der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 1 A Nr.2 GK gelten, wobei der Flüchtlingsbegriff des Art. 1 A Nr.2 GK im Gegensatz zu Art. 16 a Abs.1 GG nicht verlange, daß eine politische Verfolgung im Sinne des Asylgrundrechts vorliegt. Ergänzend weist das VG nun darauf hin, daß die Maßgeblichkeit der Genfer Konvention für die Auslegung des unterverfassungsrechtlichen Flüchtlingsrechts durch Art. K 2 des Vertrages über die Europäische Union vom 7.2.1992 – Maastricht-Vertrag⁵⁴ wie auch durch Art. 28 des Übereinkommens "Schengen II" vom 19.6.1990⁵⁵ und den gemeinsamen Standpunkt des Rates der EU vom 4.3.1996⁵⁶ bestätigt worden sei. Danach sei diese Konvention die Grundlage des innerstaatlichen wie auch des zwischen den Staaten der Europäischen Union zu praktizierenden Flüchtlingsrechts. Daraus folge zugleich, daß bei der Auslegung der Konvention wie auch des die Konvention umsetzenden innerstaatlichen sonstigen Rechts die Praxis und die Rechtsprechung der anderen Vertragsstaaten zur Genfer Konvention zu berücksichtigen seien. Dies habe insbesondere eine qualifizierte Berücksichtigung der Rechtsprechung aus den Niederlanden, Großbritannien und Frankreich zur Folge, was für die Anwendung der Genfer Konvention in der Bundesrepublik Deutschland nicht ohne Auswirkung bleiben könne, da den genannten Abkommen aus den 90er Jahren die Überzeugung zugrunde liege, zu einer gemeinsamen, also auch inhaltlich im Kern übereinstimmenden Flüchtlingspolitik zu kommen. Dementsprechend sei eine einheitliche Auslegung anzustreben, der die Auffassung der Kammer zum Umfang des Schutzes durch §51 Abs.1 AuslG näher stehe als diejenige des Bundesverwaltungsgerichts, die es in seinem Urteil vom 18.1.1994⁵⁷ vertreten hat, wonach §51 Abs.1 AuslG nur vor politischer Verfolgung schützt. Das VG bejahte daher einen Anspruch des somalischen Antragstellers auf Feststellung eines Abschiebungsverbotes nach §51 Abs.1 AuslG aufgrund der drohenden Verfolgung im Rahmen der anhaltenden bewaffneten Auseinandersetzungen zwischen den verschiedenen Ethnien.

⁵⁴ ABl.EG C 191 vom 29.7.1992, 1.

⁵⁵ BGBl. 1993 II, 1003, 1010.

⁵⁶ ABl.EG 1996 Nr.L 63/2.

⁵⁷ InfAuslR 1994, 196.

VIII. Asylrecht

1. Politische Verfolgung

48. Das Bundesverwaltungsgericht führte in seinem Urteil vom 4.11.1997 (9 C 11.97 – InfAuslR 1998, 242) aus, daß ein Asylanspruch nach Art. 16 a GG und ein Anspruch auf Abschiebungsschutz nach §51 Abs.1 AuslG nur besteht, wenn der Ausländer von politischer, d.h. staatlicher oder quasi staatlicher Verfolgung bedroht ist.⁵⁸ Quasi-staatlich sei eine Gebietsgewalt nur dann, wenn sie – ähnlich wie bei Staaten, die eine organisierte Herrschaftsmacht mit einem prinzipiellen Gewaltmonopol auf einem begrenzten Territorium über ihre Bevölkerung effektiv und dauerhaft ausüben – auf einer organisierten effektiven und stabilisierten territorialen Herrschaftsmacht beruht. Dabei seien die Effektivität und die Stabilität regionaler Herrschaftsorganisationen in einem noch andauernden Bürgerkrieg besonders vorsichtig zu bewerten. Solange jederzeit und überall mit dem Ausbruch die Herrschaftsgewalt regionaler Machthaber grundlegend in Frage steller, bewaffneter Auseinandersetzungen gerechnet werden muß, könne sich eine dauerhafte territoriale Herrschaftsgewalt nicht etablieren. So aber verhalte es sich in Afghanistan. Die Existenz staatsähnlicher Organisationen in Afghanistan sei wegen der allgemeinen unsicheren Zukunftsperspektiven zu verneinen. Dem afghanischen Kläger könne daher kein Asyl wegen eigener politischer Verfolgung und Abschiebungsschutz nach §51 Abs.1 AuslG zugesprochen werden.

49. Nach Ansicht des VG Frankfurt/Main unterliegt die armenische Minderheit in Aserbaidschan einer mittelbaren Gruppenverfolgung. In seinem Urteil vom 22.5.1997 (1 E 32789/94.A (V) – NVwZ-Beilage 1998, 37) führte das Gericht aus, daß asylrelevante politische Verfolgung sich nicht nur gegen Einzelpersonen, sondern auch gegen eine durch gemeinsame Merkmale verbundene Gruppe von Menschen richten kann, mit der Folge, daß dann jedes Gruppenmitglied als von dem Gruppenschicksal mitbetroffen anzusehen ist. Die Gefahr eigener politischer Verfolgung eines Asylbewerbers könne sich deshalb auch aus gegen Dritte gerichteten Maßnahmen ergeben, wenn diese wegen eines asylerheblichen, auch bei ihm vorliegenden Merkmals verfolgt werden und er sich in einer nach Ort, Zeit und Wiederholungsgefahr vergleichbaren Lage befindet. Die Annahme einer Gruppenverfolgung setze eine Verfolgungsdichte voraus, die in quantitativer Hinsicht die Gefahr einer so großen Vielzahl von Eingriffshandlungen aufweise, daß ohne weiteres von einer aktuellen Gefahr eigener Betroffenheit eines Gruppenmitglieds gesprochen werden kann. Um zu beurteilen, ob eine ausreichende Verfolgungsdichte vorliegt, müßten Intensität und Anzahl aller Verfolgungshandlungen auch zur Größe der Gruppe in Beziehung gesetzt werden. Als nicht verfolgt sei nur derjenige Gruppenangehörige anzusehen, für den die Verfolgungsvermutung widerlegt werden könne; es komme nicht darauf an, ob sich die Verfolgungsmaßnahmen schon in seiner Person verwirklicht haben. Eine Gruppenverfolgung der armeni-

⁵⁸ Vgl. auch das gleichzeitig ergangene Urteil im Verfahren BVerwG 9 C 34.96, unter [73].

schen Minderheit in Aserbaidschan sei nach diesen Maßstäben aufgrund der dem Gericht vorliegenden Erkenntnismittel zu bejahen. Den Klägern, aserbaidschanischen Staatsangehörigen armenischer Volkszugehörigkeit, die der Glaubensgemeinschaft der Christen angehören, drohe bei einer Rückkehr nach Aserbaidschan mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit politische Verfolgung in Form einer mittelbaren Gruppenverfolgung, weil der Staat es unterlasse, diese Ethnie vor der Wut, Diskriminierung und Schikanen durch die wegen der Berg-Karabach-Ereignisse aufgebrauchten Aserbaidschaner wirksam zu schützen. Armenische Volkszugehörige, selbst wenn sie einer gemischten nationalen Beziehung entspringen und sie die aserbaidschanische Staatsangehörigkeit besitzen, lebten nach der Auskunft des Auswärtigen Amtes weitgehend recht- und schutzlos. Gerichte duldeten Beleidigungen, Demütigungen, Drohungen, ja selbst tätliche Angriffe durch Teile der fanatisierten aserbaidschanischen Bevölkerung. Der Staat schreite nur selten ein und dulde, daß eine vieltausendköpfige Minderheit praktisch im Untergrund in Angst und Schrecken leben muß. Zudem sei jederzeit mit einem Wiederaufblühen der Kämpfe um Berg-Karabach zu rechnen. Spätestens bei Ausbruch neuer Kämpfe sei aber auch das physische Überleben der verbliebenen Armenier in Aserbaidschan in Frage gestellt. Eine inländische Fluchtalternative stehe der Gruppe der Armenier in Aserbaidschan nicht zur Verfügung. Ihnen könne nicht zugemutet werden, sich in den von Armenien widerrechtlich besetzten Teils Aserbaidschans und damit in ein potentiell Krisengebiet zu begeben. Im Hinblick auf die durchaus nicht unwahrscheinliche Gefahr des Ausbruchs erneuter kriegerischer Auseinandersetzungen könne für den Bereich Berg-Karabach nicht festgestellt werden, daß die Kläger dort vor einer politischen Verfolgung hinreichend sicher sind.

50. Auf die Klage eines irakischen Staatsangehörigen kurdischer Volkszugehörigkeit stellte sich das VG Freiburg in seinem Urteil vom 21.11.1997 (A 10 K 11270/97 – NVwZ Beilage 1998, 27 = InfAuslR 1998, 140) angesichts der ihm vorliegenden Erkenntnisse auf den Standpunkt, daß die Asylantragstellung von den irakischen Sicherheitsbehörden und Gerichten, auch ohne Kenntnis der Gründe, die den Betroffenen zu diesem Schritt bewogen haben, als Ausdruck einer oppositionellen bzw. irakfeindlichen Haltung angesehen wird und dieser Mangel an Loyalität entsprechend hart bestraft werden kann, was bis hin zur Verhängung der Todesstrafe reicht. Eine solche Bestrafung stelle, da sie an eine zumindest vermutete abweichende politische Überzeugung und damit an ein asylherhebliches Merkmal anknüpfe, politische Verfolgung dar. Nach Überzeugung des Gerichts seien keine neuen Erkenntnisse vorhanden, die die Folgerung zuließen, für abgelehnte Asylbewerber aus dem Irak sei eine Verfolgung wegen der bloßen Asylantragstellung im Ausland mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen. In Anbetracht der Willkür und Unberechenbarkeit des irakischen Machtapparates, die sich gerade wieder in den jüngsten Ereignissen betreffend die Ausweisung und Behinderung von amerikanischen UN-Waffeninspektoren zeige, sei angesichts der in Rede stehenden schwersten Rechtsverletzungen bei der in diesem Zusammenhang gebotenen qualifizierenden Betrachtungsweise weiterhin mit beachtlicher Wahrschein-

lichkeit von einer relevanten Gefährdung wegen der Asylantragstellung auszugehen. Eine inländische Fluchtalternative stehe dem Kläger nicht zur Verfügung. Die nordirakischen Kurdenprovinzen kämen für den Kläger des vorliegenden Verfahrens nicht als inländische Fluchtalternative in Betracht, da das Gericht zu der Überzeugung gelangt ist, daß der Kläger eine Person ist, an deren Ergreifung die irakische Zentralregierung ein besonderes Interesse hegt und deshalb für ihn die beachtliche Wahrscheinlichkeit besteht, auch im Nordirak von Saddam Husseins Sicherheitskräften verfolgt und in asylrechtlich relevanter Weise belangt zu werden.

51. Das VG Würzburg stellte auf die Klage eines russischen Volkszugehörigen, der 1990 von den Weststreitkräften der früheren Sowjetunion in der ehemaligen DDR desertierte, in seinem Urteil vom 20.1.1997 (W 8 K 96.30772 – NVwZ-Beilage 1997, 57) fest, daß dieser als Asylberechtigter nach Art. 16 a I GG anzuerkennen ist. Die systematischen Mißhandlungen durch Vorgesetzte (sog. "dedow-schtschina") in der russischen Armee könne asylbegründend sein. Der Kläger habe eine insbesondere durch seine religiöse Überzeugung verursachte Vorverfolgung glaubhaft gemacht. Ihm drohe bei seiner Rückkehr eine als solche zwar nicht asyl-erhebliche Haftstrafe. Er müsse aber damit rechnen, in Untersuchungshaft zu kommen und nach Verurteilung in ein Strafbataillon abkommandiert zu werden, wo nach Einschätzung verschiedener internationaler Beobachter menschenunwürdige Zustände herrschten. Die drohende Strafverfolgung wegen "Vaterlandsverrat" nach Art. 64 a RussStGB aufgrund der Befragung des Klägers durch westliche Geheimdienste im Rahmen der Anhörung vor dem Bundesamt sei zudem politische Verfolgung im Sinne von Art. 16 a GG und damit ein asylrechtlich relevanter, nicht selbstgeschaffener Nachfluchtatbestand.⁵⁹

2. Inländische Fluchtalternative

52. Mit Kammerbeschluß vom 24.3.1997 (2 BvR 1024/95 – NVwZ-Beilage 1997, 65 = EuGRZ 1997, 419 = InfAusLR 1997, 273) hob das Bundesverfassungsgericht auf die Verfassungsbeschwerde eines jugendlichen Kurden aus der Türkei hin ein verwaltungsgerichtliches Urteil, mit dem die Asylklage unter Verweis auf das Bestehen einer inländischen Fluchtalternative als offensichtlich unbegründet abgewiesen wurde, wegen einer Verletzung von Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Art. 16 a Abs. 1 GG, auf. Es sei bei sehr jungen Asylbewerbern in jedem Einzelfall zu prüfen, ob sie in der Lage sind, am Ort der inländischen Fluchtalternative ihren Unterhalt zu sichern. Es sei mit Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Art. 16 a Abs. 1 GG unvereinbar, daß das VG mit letztlich spekulativen Erwägungen dem Beschwerdeführer den vollen Nachweis für das Nichtbestehen einer inländischen Fluchtalternative aufgebürdet und zugleich den weiteren Rechtsweg abgeschnitten hat. Soll der Asylsuchende bei angenommener regionaler Gruppenverfolgung auf eine inländische Fluchtalternative verwiesen werden, so setze dies verlässliche Feststellungen darüber vor-

⁵⁹ Die Ausführungen des VG zum asylunabhängigen Abschiebungsschutz nach §53 Abs. 4 AuslG i.V.m. Art. 3 EMRK sind unter [81] wiedergegeben.

aus, daß der Betroffene dort nicht in eine ausweglose Lage gerät. Eine existenzielle Gefährdung könne sich dabei auch daraus ergeben, daß der Asylbewerber am Ort der Fluchtalternative für sich das wirtschaftliche Existenzminimum weder aus eigener Kraft noch mit Hilfe Dritter gewährleisten kann. Das Gericht hätte sich in Wahrnehmung seiner Aufklärungspflicht durch geeignete Fragen und Nachforschungen selbst davon überzeugen müssen, daß eine inländische Fluchtalternative außerhalb vernünftiger Zweifel gegeben ist. Insbesondere wäre es Sache des Gerichts gewesen, sich angesichts der durch Gutachten bestätigten menschenunwürdigen Bedingungen, unter denen alleinstehende Jugendliche in den Großstädten der Westtürkei leben müssen, davon zu überzeugen, ob der von ihm angenommene Ausweg für Jugendliche zumutbar ist. Dies sei nicht geschehen, weshalb das Urteil des VG aufzuheben war.

53. In seinem Urteil vom 9.9.1997 (9 C 43.96 – DVBl. 1998, 274) befaßte sich das Bundesverwaltungsgericht damit, ob die Gebiete außerhalb des Südostens der Türkei für die klagenden türkischen Staatsangehörigen syrisch-orthodoxen Glaubens inländische Fluchtalternativen darstellen. Das Gericht stellte zunächst fest, daß die Gewalttätigkeiten, die seit dem Frühjahr 1993 im Tur Abdin von der muslimischen Bevölkerung mit Duldung des Staates gegen die syrisch-orthodoxen Christen begangen werden, eine mittelbar staatliche, politische Gruppenverfolgung der dort lebenden syrisch-orthodoxen Christen darstellen. Bei der Frage, ob der Kläger Mitglied der verfolgungsbetroffenen Gruppe ist, führte das Gericht seine Rechtsprechung zum Unterschied zwischen "regionaler" und "örtlich begrenzter" Gruppenverfolgung fort. Kennzeichen einer "regionalen" Gruppenverfolgung sei es, daß der verfolgende Staat die gesamte Gruppe im Blick hat, sie aber z. B. aus Gründen politischer Opportunität nicht oder jedenfalls derzeit nicht landesweit verfolgt. Durch das Merkmal "regional" werde die Verfolgung als eine solche gekennzeichnet, die nicht landesweit, sondern nur regional praktiziert werde. Bei einer derartigen Regionalisierung des Verfolgungsgeschehens blieben die außerhalb der Region lebenden Gruppenmitglieder mitbetroffen; ihre potentielle Gefährdung rechtfertige die Anwendung des herabgestuften Wahrscheinlichkeitsmaßstabs, wenn die regionale Gefahr als objektiver Nachfluchtatbestand nach ihrer Flucht auftritt. Für einen Angehörigen dieser Gruppe habe sich der Staat nachträglich als Verfolgerstaat erwiesen. Deshalb komme für ihn als inländische Fluchtalternative nur ein Gebiet in Betracht, in dem er vor Verfolgung hinreichend sicher ist. Anders sei es hingegen, wenn sich die Verfolgungsmaßnahmen nur gegen solche Personen richten, die z. B. zusätzlich aus einem bestimmten Ort oder Gebiet stammten oder dort ihren Wohnsitz oder Aufenthalt haben. Dann bestehe schon die Gruppe, die der Verfolger im Blick hat, lediglich aus solchen Personen, die alle Kriterien – etwa Religion einerseits, Gebietsbezogenheit andererseits – erfüllen. Bei dieser "örtlich begrenzten" Verfolgung seien die Angehörigen der religiösen Gemeinschaft, die nicht gleichzeitig auch die weiteren die Gruppe konstituierenden Merkmale – etwa die Gebietsansässigkeit – in eigener Person aufweisen, von der Verfolgung von vornherein nicht betroffen. Ihnen sei als unverfolgt Ausgereisten die Rückkehr in die Heimat zuzumuten, wenn ihnen

dort nach dem allgemeinen Prognosemaßstab nicht mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit Verfolgung droht. Im vorliegenden Fall dränge sich die Frage auf, ob das tatsächliche Verfolgungsgeschehen nicht eher darauf schließen lasse, daß die syrisch-orthodoxen Christen im Tur Abdin als Gruppe nicht ausschließlich wegen ihres syrisch-orthodoxen Glaubens, sondern auch aufgrund militärisch-strategischer Überlegungen und zum Zwecke der Landwegnahme verfolgt werden. Nur wenn dies verneint werden könne, gehörten alle syrisch-orthodoxen Christen in der Türkei zur verfolgungsbetroffenen Gruppe. Damit habe sich das OVG erneut zu befassen. Für den Fall, daß der Kläger einer regionalen Verfolgungsgefahr als syrisch-orthodoxer Christ unterliegt, untersucht das BVerwG sodann, ob eine inländische Fluchtalternative besteht. Maßgeblich war hierbei vor allem, ob das Fehlen einer wirtschaftlichen Existenzgrundlage an den Orten einer möglichen Fluchtalternative ausnahmsweise unerheblich ist, weil die wirtschaftliche Situation am Herkunftsort nicht anders wäre. Bei vorverfolgt ausgereisten Asylsuchenden komme es darauf an, ob eine derartige Notlage im Zeitpunkt der Ausreise auch am Herkunftsort bestanden habe. Bei unverfolgt Ausgereisten, die von einer nachträglichen regionalen Verfolgung betroffen sind, komme es darauf an, ob eine inländische Fluchtalternative im Zeitpunkt des Entstehens des Nachfluchtbestandes gegeben war. Sei im Zeitpunkt des Beginns der regionalen Verfolgung die wirtschaftliche Situation am Herkunftsort nicht anders als am Ort einer inländischen Fluchtalternative gewesen, so scheidet ein Nachfluchtgrund aus. Gehe es schließlich um die Frage, ob aus gegenwärtiger Sicht eine innerstaatliche Fluchtalternative bestehe, so müsse die wirtschaftliche Lage im verfolgungsfreien Gebiet mit der Lage verglichen werden, die im Zeitpunkt der Rückkehr in den Heimatstaat am Herkunftsort bestünde. Da der Kläger selbst aus Istanbul stammt, komme es hier zudem auf die wirtschaftliche Lage in Istanbul als Ort der inländischen Fluchtalternative nicht an, da diese mit der Lage am Herkunftsort (auch Istanbul) identisch ist. Die Asylberechtigung des Klägers hänge demnach lediglich davon ab, ob er im Frühjahr 1993 in Istanbul hinreichend sicher gewesen wäre. Bejahendenfalls hätte er dort eine inländische Fluchtalternative gehabt.

3. Anderweitiger Verfolgungsschutz, Drittstaaten-Regelung

54. In seinem Urteil vom 6.5.1997 (BVerwG 9 C 56.96 – BVerwGE 104, 347 = DVBl. 1997, 1389 = DÖV 1997, 922 = InfAuslR 1997, 422) entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß ein Ausländer, der aus einem sicheren Drittstaat nach Deutschland einreist, auch nicht als Familienasylberechtigter nach §26 AsylVfG anerkannt werden kann. Zwar sei es nach dem Wortlaut des §26 a Abs.1 Satz 2 AsylVfG nicht eindeutig, ob nur derjenige nicht als Asylberechtigter anerkannt wird, der aus einem sicheren Drittstaat einreist und sich auf das Grundrecht aus Art. 16 a Abs.1 GG beruft oder ob sich der Ausschluß vom Asylrecht bei Einreise aus einem sicheren Drittstaat darüber hinaus auch auf die einfachrechtliche Gewährung von Familienasyl nach §26 AsylVfG erstreckt. Aus der Systematik des

Gesetzes und des Zwecks der Norm ergebe sich jedoch, daß §26 a Abs.1 Satz 2 AsylVfG grundsätzlich auch für Familienangehörige eines nach Art. 16 a Satz 1 GG Asylberechtigten gilt, die aus einem sicheren Drittstaat eingereist sind. Die Einreise in den sicheren Drittstaat mache die Gewährung von Familienasyl zum Schutz vor einer möglichen Einbeziehung in die Verfolgung des Stammberechtigten entbehrlich. Auch der Zweck des Familienasyls, allen Angehörigen der Flüchtlingsfamilie zu einem einheitlichen Rechtsstatus zu verhelfen, stehe der Anwendung der Drittstaatenregelung auf den Anspruch aus §26 AsylVfG nicht entgegen. Nach der Neuregelung des Asylrechts sei eine Durchbrechung der Drittstaatenregelung nur für wenige Ausnahmefälle vorgesehen, u. a. dann, wenn der Ausländer im Zeitpunkt seiner Einreise in den sicheren Drittstaat im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung für die Bundesrepublik Deutschland gewesen ist. Demjenigen, der nicht selbst gefährdet ist, sondern Familienasyl lediglich zur Fortführung der familiären Gemeinschaft erstrebt, sei die Beantragung eines Sichtvermerks vor der Einreise nach Deutschland zumutbar. Wer selbst verfolgt sei und deshalb unverzüglich sein Heimatland verlassen müsse, sei auch im sicheren Drittstaat außer Gefahr. Er könne ein eigenes Asylverfahren einleiten und nach seiner Anerkennung die Zusammenführung der Familie erreichen.

55. Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2.9.1997 (9 C 5.97 – DVBl. 1998, 273) setzt die Anwendung der Drittstaatenregelung nicht voraus, daß der einzelne Ausländer bei seinem Aufenthalt im Drittstaat individuell die Möglichkeit gehabt haben muß, ein Schutzgesuch anzubringen. Es komme in erster Linie darauf an, ob der Ausländer tatsächlich Gebietskontakt zu dem sicheren Drittstaat gehabt habe, ohne daß es weiter von Bedeutung sei, ob er etwa im Rechtssinne in den Drittstaat "eingereist" und von dort in die Bundesrepublik "ausgereist" ist. Daher habe ein Ausländer auch dann keinen Anspruch auf Asyl, wenn er in einem verschlossenen und verplombten LKW nach Deutschland einreist, weil er bei dem von ihm gewählten Fluchtweg über zumindest einen sicheren Drittstaat in Kauf genommen hat, dort ein Schutzgesuch tatsächlich nicht anbringen zu können. Diese subjektive Schutzlosigkeit im Drittstaat falle eindeutig in den Verantwortungsbereich des Ausländers mit der Folge, daß er sich gemäß Art. 16 a Abs.3 GG nicht auf das Asylgrundrecht aus Art. 16 a Satz 1 GG berufen kann.

4. Familienangehörige von Asylberechtigten

56. Das Bundesverwaltungsgericht entschied in seinem Urteil vom 13.5.1997 (9 C 35.96 – BVerwGE 104, 362 = DVBl. 1997, 1390 = DÖV 1997, 921 = NVwZ 1997, 1137 = FamRZ 1997, 1206), daß das Kind eines Asylberechtigten, das in Deutschland nach dessen Antragstellung, aber vor der Anerkennung geboren worden ist, gemäß §26 Abs.2 Satz 1 i.V.m. Abs.1 Nr.2 AsylVfG einen Anspruch auf Familienasyl hat, wenn der Familienasylantrag nach der Geburt gestellt worden ist. Hier halte der Senat eine Frist von zwei Wochen in der Regel für angemessen und ausreichend. Ein späterer Antrag sei folglich nur dann rechtzeitig,

wenn sich aufgrund besonderer Umstände ergibt, daß der Antrag nicht früher gestellt werden konnte.

57. Das VG Koblenz entschied in seinem Urteil vom 31.1.1997 (9 K 2942/96.KO – NVwZ Beilage 1997, 56), daß einem im Bundesgebiet geborenen asylsuchenden Kind die Berufung auf das Grundrecht auf Asyl nicht deswegen verwehrt ist, weil dem Asylbegehren seiner Eltern die Drittstaatenregelung des Art. 16 a Abs.2 GG entgegensteht. Dem Kläger, einem in der Bundesrepublik Deutschland geborenen Sohn albanischer Volkszugehöriger aus der Bundesrepublik Jugoslawien, drohten bei seiner Rückkehr nach Jugoslawien mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit politische Verfolgungsmaßnahmen aufgrund der Tätigkeit seines Vaters. Nach Auffassung des VG hat er sowohl einen Anspruch auf Anerkennung als Asylberechtigter als auch auf die Feststellung, daß die Voraussetzungen des §51 Abs.1 AuslG vorliegen. Nur solche Ausländer, die i.S.d. Art. 16 a Abs.2 Satz 1 GG über einen sicheren Drittstaat eingereist sind und somit die Möglichkeit hatten, schon in diesem Drittstaat Schutz vor Verfolgung zu finden, könnten sich gemäß §26 a Abs.1 AsylVfG nicht auf das Asylgrundrecht berufen. Der Kläger dieses Verfahrens sei in der Bundesrepublik Deutschland geboren und nicht über einen sicheren Drittstaat eingereist, habe diese Möglichkeit also nicht gehabt. Seine Anerkennung als Asylberechtigter könnte allenfalls deshalb ausgeschlossen sein, um einen Wertungswiderspruch zum Flüchtlingsstatus seiner Eltern und Geschwister zu vermeiden, die über einen sicheren Drittstaat in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sind. Jedoch sei das Ergebnis unausweichlich, weil die beachtliche Verfolgungswahrscheinlichkeit bei der Rückkehr besteht und eine Einreise über einen sicheren Drittstaat beim Kläger nicht vorliegt.

5. Rechtsstellung der Flüchtlinge

58. Mit Senatsbeschluß vom 10.4.1997 (2 BvL 45/92 – BVerfGE 96, 10 = NVwZ 1997, 1109 = EuGRZ 1997, 427 = BayVBl 1997, 559) stellte das Bundesverfassungsgericht fest, daß die §§20 und 34 AsylVfG alter Fassung über die räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung für Asylbewerber und über die Strafbarkeit ihrer wiederholten Übertretung mit dem Grundgesetz vereinbar sind.⁶⁰ Zunächst verneinte das Gericht einen Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs.2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 GG, da dieses Grundrecht nicht die Befugnisse umfasse, sich unbegrenzt überall aufhalten und überall hin bewegen zu dürfen. Betroffen sei daher allein das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs.1 GG. Art. 2 Abs.1 GG sei nicht verletzt, da die Maßnahme im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit stehe und verhältnismäßig sei. Die Beschränkung sei geeignet und erforderlich, die mit der Aufnahme von Asylbewerbern verbundenen Aufgaben gleichmäßig zu verteilen und die jederzeitige Erreichbarkeit des Asylantragstellers für die Zwecke seines Verfahrens und

⁶⁰ Regelungen, die mit den genannten Vorschriften im wesentlichen übereinstimmen, enthält auch das AsylVfG in seiner gegenwärtig geltenden Fassung vom 27.7.1993.

dessen beschleunigte Durchführung sicherzustellen. Auch die Strafbewehrung bei wiederholter Zuwiderhandlung nach vorangegangener Ahndung verletze nicht das Übermaßverbot. Die strafrechtliche Sanktion habe die wirkungsvolle Durchsetzung des öffentlichen Interesses, unkontrollierte Bewegungen der in großer Zahl in der Bundesrepublik Deutschland befindlichen Asylbewerber zu verhindern und sicherzustellen, daß sie sich jederzeit zur Verfügung der Behörden und Gerichte halten, zum Ziel. In einem solchen Fall liege das mit der Anwendung des Strafrechts ausgesprochene sozialetische Unwerturteil nicht außerhalb des dem Gesetzgeber eingeräumten weiten Spielraums eigenverantwortlicher Bewertung.

59. Das Bundessozialgericht stellte in seinem Urteil vom 30.4.1997 (12 RK 30/96 – BSGE 80, 209 = NVwZ 1998, 326) fest, daß Asylbewerber, deren Aufenthalt nur zur Durchführung des Asylverfahrens gestattet ist, in der Krankenversicherung familienversichert sein können. Der Kläger und seine Ehefrau sind vietnamesische Staatsangehörige. Der Kläger ist aufgrund einer Erwerbstätigkeit bzw. wegen Bezugs von Leistungen der Arbeitslosenversicherung in der Krankenkasse versicherungspflichtig und Mitglied der Beklagten. Die beklagte Krankenkasse hatte sich geweigert, die Familienversicherung nach §10 Abs.1 SGB V durchzuführen, da die Ehefrau des Klägers nur zur Durchführung des Asylverfahrens in Deutschland sei und daher weder ihren Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland habe. Das BSG stellte dagegen fest, daß die Ehefrau des Klägers jedenfalls seit der Heirat ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland habe. Sie habe sich schon davor als Asylbewerberin in Deutschland aufgehalten. Ihr Aufenthalt sei wegen der Dauer des Asylverfahrens auf unbestimmte Zeit ausgerichtet gewesen. Die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme, daß sich die Ehefrau des Klägers im Inland nicht nur vorübergehend aufhält, seien damit hinreichend festgestellt. Dabei könne offen bleiben, ob für die Annahme, der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt eines Ausländers sei im Inland, in der Regel ein hinreichend beständiger ausländerrechtlicher Aufenthaltsstatus gefordert werde, von dem nur unter der Berücksichtigung der Zwecke eines bestimmten Gesetzes abgesehen werden könne oder ob der rein vom tatsächlichen Verweilen her verstandene Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im Einzelfall unter der Zwecksetzung des anzuwendenden Gesetzes einschränkend ausgelegt werde. Der gewöhnliche Aufenthalt im Inland i.S.d. §10 SGB V sei bei Ausländern jedenfalls dann gegeben, wenn ihr ausländerrechtlicher Status so beständig ist, wie dies bei der früher maßgeblichen Regelung des §205 RVO gefordert wurde, d.h. wenn der Aufenthalt der Familienversicherten und der Stammversicherten ausländerrechtlich gestattet ist. Es seien keine Gründe dafür erkennbar, bei der Familienversorgung von Ausländern, die tatsächlich länger im Inland bleiben werden, den gewöhnlichen Aufenthalt von einem hinreichend beständigen (zukunfts offenen) ausländerrechtlichen Status abhängig zu machen. Sei für den Stammversicherten der Zugang zur Krankenversicherung durch Aufnahme einer Beschäftigung aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Entscheidung (Arbeitserlaubnis) eröffnet, so könne der abgeleitete Zugang des Angehörigen, der hier tatsächlich nicht nur vorübergehend verweilt, nicht von einem qualifizierteren ausländerrechtlichen Status abhän-

gig gemacht werden als ihn der Stammversicherte hat. Damit weiche der Senat auch nicht von seinen Entscheidungen im Bereich des Bundeskindergeldgesetzes (BKGG), des Bundeserziehungsgeldgesetzes (BerzGG) und des SGB VI ab. Für diese Sozialrechtsbereiche sei wiederholt entschieden worden, ein Ausländer habe seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland unabhängig von der voraussichtlichen und beabsichtigten Dauer des Aufenthalts nur dann, wenn sein Aufenthalt auch ausländerrechtlich hinreichend beständig ist. Der Grund für diese Rechtsprechung liege darin, daß im Unterschied zum Zugang zur Krankenversicherung für die Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung und für die Leistungen nach dem BKGG und dem BerzGG neben dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt im Inland keine zusätzliche, vom Staat zu kontrollierende Zugangsvoraussetzung erfüllt zu sein braucht. Daher erscheine es gerechtfertigt, die Ansprüche nach diesen Gesetzen auch davon abhängig zu machen, daß der inländische Aufenthaltsstatus durch ausländerrechtliche Entscheidungen hinreichend gesichert ist. In den entsprechenden Entscheidungen sei im übrigen stets auf die besondere Zwecksetzung der jeweils anzuwendenden Gesetze abgestellt und der Unterschied zur Krankenversicherung hervorgehoben worden.

6. Verfahrensfragen

60. In seinem Urteil vom 18.2.1997 (BVerwG 9 C 9.96 – BVerwGE 104, 97 = NVwZ 1997, 1134) bestätigte das Bundesverwaltungsgericht seine Rechtsprechung zum sogenannten herabgestuften Wahrscheinlichkeitsmaßstab. Er sei anzuwenden, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen erlittener Vorverfolgung und der mit dem Asylbegehren geltend gemachten Gefahr erneuter Verfolgung dergestalt besteht, daß bei Rückkehr mit einem Wiederaufleben der ursprünglichen Verfolgung zu rechnen ist oder das erhöhte Risiko einer gleichartigen Verfolgung besteht. Es verneinte das Vorliegen eines solchen Zusammenhangs für den Fall einer Vorverfolgung durch den äthiopischen Staat wegen separatistischer Betätigung für eine eritreische Befreiungsorganisation bei einer Rückkehr in den neu entstandenen Staat Eritrea, in dem dem Kläger allenfalls eine vermutete Gegnerschaft zum gegenwärtigen Regime des Staates Eritrea, keinesfalls aber seine separatistische Betätigung gegen den Staat Äthiopien vorgeworfen werden könnte.

61. Der VGH Baden-Württemberg entschied in seinem Urteil vom 11.12.1997 (A 12 S 3426/95 – VBlBW 1998, 273 = Die Justiz 1998, 298), daß ein Asylbewerber, der über einen längeren Zeitraum unbekanntem Aufenthalts und zugleich auch unerreichbar ("untergetaucht") ist, zu erkennen gibt, daß er an einer Entscheidung über sein Rechtsmittel nicht mehr interessiert ist. Das Rechtsschutzinteresse als Zulässigkeitsvoraussetzung für das von ihm eingelegte Rechtsmittel sei damit weggefallen.

62. Das OLG Frankfurt/Main stellte in seinem Beschluß vom 26.2.1997 (20 W 428/96 – InfAuslR 1997, 226) fest, daß der Aufenthalt eines Ausländers gegen seinen Willen im Transitbereich eines Flughafens nach Abschluß des sog. Flughafen-

verfahrens eine Freiheitsentziehung darstellt, wenn die Vollziehung der Zurückweisung nicht ohne Verzögerung möglich ist. Die Frage der Freiheitsentziehung sei nach den tatsächlichen Umständen zu beurteilen. Sie liege vor, wenn sich ein betroffener Ausländer auf deutschem Staatsgebiet befindet, er sich gegen seinen Willen in den ihm zugewiesenen Räumlichkeiten aufhalten muß und er die Räumlichkeiten nicht freiwillig verlassen kann. Die Räumlichkeiten des Flughafengebäudes seien abgeschlossen und Hafträume i.S.d. Gesetzes. Da es auf die tatsächlichen Verhältnisse ankomme, spiele es für die Entscheidung der Frage, ob eine Freiheitsentziehung vorliegt, keine Rolle, ob der Betroffene rechtmäßig oder unrechtmäßig auf deutsches Staatsgebiet gelangt ist und ob es der Betroffene zu vertreten hat, daß seine Zurückweisung nicht sofort vollzogen werden kann. Daß der Betroffene nicht ausreisen und den Transitbereich nicht verlassen konnte, weil er keine Ausweispapiere besaß, sei folglich unerheblich. Der Senat halte es im Hinblick auf die im Grundgesetz festgeschriebenen Rechtsgarantien bei der Freiheitsentziehung nicht für vertretbar, einen gegen seinen Willen nach Abschluß des sog. Flughafenverfahrens weiter auf dem Flughafen untergebrachten ausreisepflichtigen Ausländer demjenigen Ausländer gleichzustellen, der das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland nicht betreten hat. Die Senatsrechtsprechung stehe auch nicht im Widerspruch zu der Asylrechtsprechung des BVerfG. Das BVerfG habe nur festgestellt, daß die Begrenzung des Aufenthalts von Asylsuchenden während des Verfahrens nach § 18 a AsylVfG auf die für ihre Unterbringung vorgesehenen Räumlichkeiten im Transitbereich eines Flughafens keine Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Satz 2, 104 Abs. 2 und 3 GG darstellt.⁶¹ Eine Entscheidung des BVerfG zu der Frage, ob der Aufenthalt abgelehnter Asylbewerber im Transitbereich nach bestandskräftigem Abschluß des sog. Flughafenverfahrens und nicht sofortiger Vollziehung der Zurückweisung eine Freiheitsentziehung darstellt, liege bisher nicht vor.

63. Das VG Frankfurt/Main entschied in seinem Beschluß vom 21.8.1997 (7 G 50499/97. A (V) – InfAuslR 1997, 479), daß der Einsatz eines Sprachmittlers, der sich mit einem Asylbewerber nur unzureichend in einer Sprache verständigen kann, die nicht dessen Muttersprache ist, den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Der Anspruch auf muttersprachliche Dolmetscher bestehe auch im Flughafenverfahren. Die Verständigung zwischen dem Farsi-sprechenden Antragsteller und der Dari-sprechenden Dolmetscherin sei nicht in dem erforderlichen Umfang gewährleistet gewesen, auch wenn beide Sprachen zum persischen Sprachenkreis gehören. Das Bundesamt wende zu Unrecht ein, daß die Verpflichtung zur Beziehung eines Dolmetschers in der Muttersprache des Asylbewerbers das Flughafenverfahren sabotieren würde. Für die Sprache Farsi sei dem Gericht jedenfalls nicht bekannt, daß im Rhein-Main Gebiet ein Mangel an geeigneten Dolmetschern oder Sprachmittlern besteht, der bei den Anhörungen zu einem Engpaß führen würde.

⁶¹ Vgl. BVerfGE 94, 166.

64. In seinem Urteil vom 3.6.1997 (1 C 1.97 – BVerwGE 105, 28 = DÖV 1998, 244 = DVBl. 1997, 1392) entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß Ausländer, die als Asylbewerber ohne Visum eingereist sind, deren Asylantrag aber erfolglos geblieben ist, eine – asylunabhängige – Aufenthaltsgenehmigung im Sichtvermerksverfahren einholen müssen, wenn sie nicht aus anderen Gründen davon befreit sind oder die Aufenthaltsgenehmigung nach der Einreise einholen dürfen. Zwar bedürften aus dem angeblichen Verfolungsland einreisende Asylsuchende grundsätzlich keines sonst erforderlichen Sichtvermerks und reisten daher erlaubt i.S.d. § 9 Abs. 5 Nr. 2 DVAuslG ein. Ein rechtmäßiger Aufenthalt im Bundesgebiet liege aber nur dann vor, wenn der Ausländer als Asylberechtigter anerkannt worden ist. Werde er nicht anerkannt, bleibe es dabei, daß er zwar erlaubt, aber ohne das erforderliche Visum eingereist ist, so daß die Aufenthaltsgenehmigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 AuslG auch bei Vorliegen eines Anspruchs nach dem AuslG zu versagen ist. Verfassungsrechtlich sei eine Ausnahme von § 8 Abs. 1 Nr. 1 AuslG für erfolglose Asylbewerber nicht geboten. Eine Privilegierung der Asylbewerber sei nur wegen der besonderen Schutzfunktion des Asylgrundrechts gerechtfertigt. Das Einreise- und Bleiberecht beschränke sich aber auf die Zwecke des Asylverfahrens. Die Schutzwirkungen des Asylgrundrechts würden insbesondere nicht beeinträchtigt, wenn an einen Ausländer im Anschluß an sein erfolgloses Asylverfahren für ein asylunabhängiges Aufenthaltsrecht die gleichen verfahrensmäßigen Anforderungen gestellt würden wie an Ausländer, die keinen Asylantrag gestellt haben und daher bei Fehlen eines Ausnahmetatbestandes auf das Sichtvermerksverfahren verwiesen sind.

65. Der Bayerische VGH entschied mit Beschluß vom 13.11.1997 (27 B 96.34341 – BayVBl. 1998, 119), daß die Einreise ohne Kontakt zu einem sicheren Drittstaat, also auf dem Luftweg oder auf dem Seeweg über einen deutschen Flug- oder Seehafen, ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Art. 16a Abs. 1 GG darstellt, die als Vorgang außerhalb des Heimatstaates vom Asylbewerber nicht glaubhaft zu machen, sondern zu beweisen ist. Da Deutschland allseitig von sicheren Drittstaaten umgeben ist, schließe eine Einreise auf dem Landweg ein Asylrecht immer aus.

66. Das Bundesverfassungsgericht erklärte mit Beschluß des Zweiten Senates vom 2.12.1997 (2 BvL 55, 56/92 – NVwZ 1998, 606 = DVBl. 1998, 326 = EuGRZ 1998, 159) zwei Vorlagen des Bundesverwaltungsgerichts wegen behaupteter Verfassungswidrigkeit des Verbots der Beförderung asylsuchender Ausländer ohne Aufenthaltserlaubnis für unzulässig. Das BVerwG habe die Entscheidungserheblichkeit der zur Überprüfung gestellten Norm nicht hinreichend deutlich gemacht. Aus der Verfassungswidrigkeit des § 18 Abs. 5 Satz 1 AuslG ließe sich zwar ohne weiteres die objektive Rechtswidrigkeit der ausgesprochenen Beförderungsverbote herleiten, es könne aber nicht ohne weiteres auf eine Verletzung subjektiver Rechte der klagenden Fluggesellschaften geschlossen werden. Mit § 18 Abs. 5 Satz 1 AuslG werde dem Beförderungsunternehmer nur die Überwachung der einreiserechtlichen Bestimmungen abverlangt, wozu er ohnehin verpflichtet sei, weil seine Betriebsgenehmigung unter einem entsprechenden Vorbehalt stehe. Weiter-

hin würden durch Art. 16 Abs.2 Satz 2 GG a.F. bzw. Art. 16 a Abs.1 GG nur asylsuchende Ausländer, nicht jedoch die sie befördernden Fluggesellschaften geschützt.

IX. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe

67. Auf die Verfassungsbeschwerden dreier türkischer Staatsangehöriger, die wegen Betäubungsmitteldelikten zu mehrjährigen Freiheitsstrafen verurteilt worden waren und diese Freiheitsstrafe in der Türkei verbüßen wollten, hatte sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Senatsbeschluss vom 18.6.1997 (2 BvR 483/95, 2 BvR 2501/95 und 2 BvR 2990/95 – BVerfGE 96, 100 = NJW 1997, 3013 = NStZ 1998, 140 = EuGRZ 1997, 421 = JZ 1998, 565) mit der Frage des Rechtsschutzes bei abgelehnter Überstellung zur Strafvollstreckung im Ausland auseinanderzusetzen. Das Überstellungsübereinkommen werde in der Bundesrepublik in zwei Stufen vollzogen. Das Bundesministerium der Justiz als Bewilligungsbehörde stelle ein Überstellungsersuchen an den Vollstreckungsstaat nur dann, wenn zuvor die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde die vollstreckungsrechtlichen Belange geprüft und eine Überstellung angeregt habe. Spreche die Staatsanwaltschaft sich aus vollstreckungsrechtlichen Erwägungen gegen die Überstellung aus, lehne das Bundesministerium der Justiz es ab, sich mit der Sache überhaupt zu befassen. Hieraus folge, daß die Grundrechtsposition des Verurteilten bei der Entscheidung der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde Berücksichtigung finden muß. Die Rechtsstellung eines zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten sei wesentlich durch seinen gem. Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 1 Abs.1 GG gewährleisteten Anspruch auf Resozialisierung bestimmt. Bei Ermessensentscheidungen im Bereich des Strafvollzuges erwachse dem Verurteilten daraus ein Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung. Äußere der Verurteilte gemäß dem Überstellungsübereinkommen den Wunsch, zur Vollstreckung der gegen ihn verhängten Strafe in sein Heimatland überstellt zu werden, sei es daher Aufgabe der Staatsanwaltschaft, die Interessen des Verurteilten an seiner sozialen Wiedereingliederung und die Belange der Rechtspflege vollstreckungsrechtlich zu würdigen und bei der Ermessensausübung auch den Resozialisierungsanspruch des Verurteilten zu berücksichtigen. Insoweit habe er ein Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens der Vollstreckungsbehörde. In der zweiten Verfahrensstufe bei der Entscheidung des Bundesministeriums der Justiz als Bewilligungsbehörde stehe dem Verurteilten dagegen kein Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung zu, da sich diese Entscheidung allein an allgemein-, insbesondere außenpolitischen Belangen orientiere. Dies stehe im Einklang damit, daß nach den völkerrechtlichen Erklärungen der Bundesrepublik aus dem Überstellungsübereinkommen für verurteilte Personen keine Ansprüche oder subjektiven Rechte erwüchsen, sondern ausschließlich zwischen den Vertragsparteien Rechte und Pflichten begründet würden. Da folglich bereits die von der Vollstreckungsbehörde in der ersten Verfahrensstufe zu treffende Entscheidung sich unmittelbar auf das grundrechtlich geschützte Resozialisierungsinteresse des Verurteilten auswirke, verbürge Art. 19 Abs.4 GG den

gerichtlichen Rechtsschutz zur Überprüfung, ob die Vollstreckungsbehörde ihr Ermessen fehlerfrei ausgeübt hat. Welcher Rechtsweg hierfür in Betracht komme, haben die Fachgerichte in Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Prozeßrechts festzustellen.

68. Der Bundesgerichtshof befaßte sich in seinem Urteil vom 9.9.1997 (1 StR 408/97 – NJW 1998, 690 = BGHSt 43, 233 = NStZ 1998, 142) mit der Strafempfindlichkeit von Ausländern. Die Annahme, die Strafvollstreckung im Inland werde den Anklagen als Ausländer voraussichtlich besonders hart treffen, verliere weitgehend ihre Bedeutung, wenn die Strafvollstreckung überwiegend im Heimatland erfolgen kann und dadurch die besonderen Härten bei Strafvollstreckung im Inland entfallen. Dies sei das Ziel von § 71 IRG⁶² sowie des Übereinkommens über die Überstellung verurteilter Personen.⁶³ Wenn der Tatrichter eine besondere Haftempfindlichkeit des Ausländers als bestimmenden Strafzumessungsgrund betrachte, könne er vorsorglich in der Hauptverhandlung um eine Erklärung der Staatsanwaltschaft zur Überstellungsfrage nachsuchen. Liege die Erklärung der Staatsanwaltschaft vor, daß aus ihrer Sicht als künftiger Vollstreckungsbehörde einer Überstellung keine vollstreckungsrechtlichen Belange entgegenstünden, so sei der Tatrichter rechtlich nicht an der Annahme gehindert, eine Überstellung zur Strafvollstreckung im Heimatland des Angeklagten sei zu erwarten und die besondere Haftempfindlichkeit des Ausländers bei Strafvollstreckung im Inland sei deshalb kein bestimmender Strafmilderungsgrund.

69. Das OLG Karlsruhe befaßte sich in seinem Beschluß vom 22.4.1997 (1 AK 1/97 – Die Justiz 1997, 478) mit der Frage, inwieweit eine in einem Drittstaat (Schweiz) ergangene staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügung wegen der auslieferungsgegenständlichen Tat nach den Vertragsregeln des EuAlÜbk ein Auslieferungshindernis gegenüber dem ersuchenden Staat (Portugal) begründet. Dem Verfolgten, einem Schweizer Staatsbürger, wurde von den portugiesischen Justizbehörden zur Last gelegt, seine Ehefrau im Verlaufe eines Streits in Portugal getötet zu haben. Eine aufgrund derselben Tat eingeleitete Strafuntersuchung in der Schweiz wurde durch die zuständige Staatsanwaltschaft Ende 1994 eingestellt, weil dem Verfolgten eine Verletzungs- oder Tötungshandlung zum Nachteil seiner Ehefrau nicht nachgewiesen werden konnte. Der Verfolgte war nun der Auffassung, er könne aus diesem Grunde nicht an Portugal ausgeliefert werden. Nach Auffassung des Senats ist die Auslieferung des Verfolgten an Portugal zulässig. In bezug auf das Unschuldsvorbringen des Verfolgten führte das Gericht aus, daß der ersuchte Staat grundsätzlich nicht zu prüfen hat, ob der Verfolgte der ihm in Portugal angelasteten Tat überführt ist. Besondere Umstände, die ausnahmsweise Anlaß zu einer solchen Prüfung geben könnten (§ 10 Abs. 2 IRG), seien nicht ersichtlich. Auslieferungshindernisse gemäß Art. 3 bis 11 EuAlÜbk bzw. § 73 IRG seien nicht dargetan. Aus dem Grundsatz *ne bis in idem* lasse sich im Hinblick auf das abgeschlossene schweizerische Ermittlungsverfahren ein Auslieferungshinder-

⁶² I.d.F. der Bekanntmachung vom 27.6.1994, BGBl. I, 1537.

⁶³ Überstellungsübereinkommen vom 21.3.1983, BGBl. II 1991, 1006 ff.; BGBl. II 1992, 98 ff.

nis nicht herleiten. Eine einschlägige Vertragsregelung, daß eine rechtskräftige verfahrensabschließende Sachentscheidung in einem Drittstaat (Schweiz) einer neuerlichen Verfolgung oder Bestrafung in dem ersuchenden Staat (Portugal) wegen derselben Tat entgegensteht, enthalte weder das EuAlÜbk noch das zweite Zusatzprotokoll zum EuAlÜbk. Eine solche Regelung lasse sich auch dem allgemeinen Völkerrecht nicht entnehmen. Im übrigen würde auch in einem bilateralen Verhältnis eine bloße staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügung mangels hinreichenden Tatverdachts im ersuchten Staat nach der maßgeblichen Vertragsregelung (Art. 9 Satz 1 EuAlÜbk) die Zulässigkeit der Auslieferung nicht berühren. Die hinter dieser vertraglichen Beschränkung auf Fälle rechtskräftiger Aburteilung stehende Überlegung habe ihren guten Sinn; denn dem Tatortstaat stünden möglicherweise die besseren Beweismöglichkeiten und die wichtigsten Beweismittel unmittelbar zur Verfügung. Eine Anwendbarkeit von Art. 54 SDÜ (Schengen II) entfalle schon deshalb, weil die Schweiz nicht Vertragsstaat dieses Übereinkommens sei. Im übrigen setze auch diese das Verbot einer Doppelbestrafung betreffende Regelung eine "rechtskräftige Aburteilung" durch eine Vertragspartei voraus⁶⁴.

X. Internationaler Menschenrechtsschutz

1. Europäische Menschenrechtskonvention

a) Art. 3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis

70. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in seinem Urteil vom 15.4.1997 (9 C 38.96 – BVerwGE 104, 265 = NVwZ 1997, 1127 = DVBl. 1997, 1384 = InfAuslR 1997, 341) seine im Urteil vom 17.10.1995 (9 C 56.95 – BVerwGE 99, 331 = InfAuslR 1996, 254) entwickelten Ausführungen zu Art. 3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis⁶⁵ unter Auseinandersetzung mit dem Urteil des EGMR vom 17.12.1996 (71/1995/577/663 – InfAuslR 1997, 279). Der Kläger, ein somalischer Staatsangehöriger, kam im März 1993 nach Deutschland, wo er Asyl beantragte. Das Bundesamt lehnte den Asylantrag ab. Das VG hob den Bescheid auf und verpflichtete die Beklagte festzustellen, daß hinsichtlich Somalias ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG vorliegt. Der VGH stellte auf die Berufung des Bundesamtes fest, daß sich aus § 53 Abs. 4 AuslG für den Kläger kein Abschiebungshindernis ergibt. Die Revision des Klägers blieb ohne Erfolg. Die Voraussetzungen des § 53 Abs. 4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK lägen nur dann vor, wenn der um Abschiebungsschutz nach dieser Vorschrift nachsuchende Ausländer im Zielland der Abschiebung Gefahr läuft, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung durch den Staat oder eine staatsähnliche Organisation unterworfen zu werden. Art. 3 EMRK sei dabei nach dem ein-

⁶⁴ Vgl. dazu auch oben [7].

⁶⁵ Vgl. dazu R ö b e n (Anm. 2), [63].

deutigen Norminhalt des § 53 Abs. 4 AuslG auch auf solche Auslandsfolgen anwendbar, die außerhalb des territorialen Geltungsbereiches der EMRK eintreten können. Ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK bestehe aber nur dann, wenn dem Ausländer in seinem Heimatstaat oder in einem anderen Drittland Maßnahmen drohten, die auch im Vertragsstaat selbst als unmenschliche Behandlung i.S. des Art. 3 EMRK anzusehen wären. Das sei nur der Fall, wenn dem Ausländer landesweit eine unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung drohe, die grundsätzlich von einem Staat ausgehen oder von ihm zu verantworten sein müsse. Ausnahmsweise könnten auch Mißhandlungen durch Dritte eine solche Behandlung darstellen, sofern sie dem Staat zugerechnet werden könnten, weil er sie veranlasse, bewußt dulde oder ihnen gegenüber keinen Schutz gewähre, obwohl er dazu in der Lage wäre. Weiterhin könnten dem Staat solche staatsähnlichen Organisationen gleichstehen, die den jeweiligen Staat verdrängt haben, selbst staatsähnliche Funktion ausüben und auf ihrem Gebiet effektive Gebietsgewalt innehaben. Das Urteil des EGMR in der Sache *Ahmed gegen Österreich* (vom 17.12.1996, InfAuslR 1997, 279) gebe dem Senat keinen Anlaß zu einer anderen Beurteilung. Der EGMR habe in diesem Urteil bestätigt, daß die vertragschließenden Staaten das Recht hätten, Einreise, Aufenthalt und Ausweisung von Ausländern zu regeln und weder die Konvention noch spätere Protokolle ein Recht auf politisches Asyl enthielten. Der Senat halte daher an seiner Rechtsprechung fest, daß Art. 3 EMRK nicht über den Bereich staatlicher Verantwortlichkeit hinaus ausgelegt und angewendet werden könne. Zu einer Änderung seiner Rechtsprechung sehe sich der Senat auch nicht dadurch veranlaßt, daß der EGMR in dem erwähnten Urteil ausgeführt habe, der Beschwerdeführer könne nicht nach Somalia zurückkehren ohne Gefahr zu laufen, einer Behandlung ausgesetzt zu sein, die mit Art. 3 EMRK unvereinbar sei; dem stehe angesichts des absoluten Charakters von Art. 3 EMRK auch nicht das Fehlen jeglicher staatlicher Gewalt in Somalia entgegen. Diese nicht näher begründeten Ausführungen rechtfertigten nicht den Schluß, der EGMR lege Art. 3 EMRK dahin gehend aus, daß jede unmenschliche Behandlung – durch wen auch immer –, die einem Ausländer in einem Drittstaat drohe, den Tatbestand des Art. 3 EMRK erfülle. Selbst wenn aber die Entscheidung dahin gehend zu verstehen sei, könne der Senat dieser Rechtsprechung aus den oben erläuterten Gründen nicht folgen. Die Entscheidung des EGMR entfalte zudem keine rechtliche Bindungswirkung über den Kreis der am Verfahren unmittelbar Beteiligten und über den entschiedenen Einzelfall hinaus. Nach den Feststellungen des VGH habe in Somalia seit dem Ausbruch des Bürgerkriegs im Jahre 1991 bis zum Zeitpunkt der letzten Berufungsverhandlung keine zu unmenschlichen Behandlungen i.S. des Art. 3 EMRK taugliche staatliche oder staatsähnliche Herrschaftsgewalt bestanden. Der Kläger könne sich danach nicht auf ein Abschiebungshindernis aus § 53 Abs. 4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK berufen.

71. Mit seinem Urteil vom 2.9.1997 (9 C 40.96 – DVBl. 1998, 271 = VB1BW 1998, 97) bestätigte das Bundesverwaltungsgericht das Urteil vom 15.4.1997 und setzte sich mit den inzwischen ergangenen Urteilen des EGMR vom 29.4.1997

(11/1996/630/813) und vom 2.5.1997 (146/1996/767/964) auseinander. Ein Abschiebungshindernis nach §53 Abs.4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK bestehe nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats nur, wenn dem Ausländer im Zielland der Abschiebung eine Behandlung drohe, die – würde er sie in einem Vertragsstaat der EMRK erleiden – alle tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 3 EMRK erfüllt. Dabei könne grundsätzlich nur eine im Zielstaat von einer staatlichen, ausnahmsweise auch von einer staatsähnlichen Herrschaftsmacht begangene oder von ihr zu verantwortende Mißhandlung eine unmenschliche Behandlung i.S. des Art. 3 EMRK sein, wobei der Begriff der Behandlung ein geplantes, vorsätzliches, auf eine Person gerichtetes Handeln voraussetze. Art. 3 EMRK schütze daher nicht vor den allgemeinen Folgen von Naturkatastrophen und (Bürger-)Kriegen. Das gleiche gelte für die nachteiligen Auswirkungen eines unterentwickelten Gesundheitssystems, weshalb die Herzkrankheit des Klägers ein Abschiebungshindernis nicht zu begründen vermöge. Die neueren Entscheidungen des EGMR gäben keinen Anlaß zu einer Änderung dieser Rechtsprechung. Der EGMR habe in seinem Urteil vom 29.4.1997 erklärt, Art. 3 EMRK könne auch dann zur Anwendung kommen, wenn die geltend gemachte Gefahr von Personen ausgehe, die nicht öffentliche Bedienstete seien, sofern dargelegt werde, daß die Gefahr real sei und die Behörden des Empfangsstaates nicht in der Lage seien, ihr durch angemessenen Schutz zu begegnen (Nr.40 der Entscheidung). Abgesehen davon, daß diese Ausführungen nicht die tragenden Gründe der Entscheidung seien, decke sich dies mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats, daß Mißhandlungen durch private Dritte eine unmenschliche Behandlung i.S. des Art. 3 EMRK darstellen können, sofern sie dem Staat zugerechnet werden können. Falls der EGMR so zu verstehen sei, daß er die Mißhandlungen durch Dritte dem Staat auch dann zurechnen will, wenn dieser mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zu einem wirksamen Schutz nicht in der Lage sei, würden sich doch der Entscheidung des EGMR keine Gesichtspunkte entnehmen lassen, die eine Änderung der Rechtsprechung des erkennenden Senats rechtfertigen könnten, da in dem entschiedenen Fall im Empfangsstaat Kolumbien noch eine staatliche Herrschaftsmacht existiere, während dies vorliegend – in Somalia – nicht der Fall sei. Entsprechendes gelte für die Entscheidung vom 2.5.1997. Hier habe der Gerichtshof ausgeführt, er müsse sich angesichts der fundamentalen Bedeutung des Art. 3 EMRK im System der Konvention die nötige Flexibilität vorbehalten, dessen Anwendung auch in Fällen in Betracht zu ziehen, in denen die Quelle der Gefahr einer verbotenen Behandlung im Empfangsstaat auf Umstände zurückzuführen sei, die weder direkt noch indirekt eine Verantwortlichkeit der Behörden des Empfangsstaats begründeten, oder die – für sich genommen – nicht in sich selbst die Standards der EMRK verletzen. Diese Ausführungen des Gerichtshofes verwischten die Grenzen des Schutzbereiches des Art. 3 EMRK. Sie seien völlig vage und könnten sogar dahin gehend zu verstehen sein, daß der Gerichtshof es sich vorbehalten wolle, eine Verletzung von Art. 3 EMRK bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände selbst dann zu bejahen, wenn dessen tatbestandliche Voraussetzungen nicht gegeben sind. Daher halte der Senat auch ange-

sichts dieser Entscheidung an seiner Auffassung fest. Ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK scheidet in bezug auf Somalia hier nach aus. Jedoch ergebe sich ein Abschiebungshindernis aus § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG, da der Kläger als Angehöriger eines vom herrschenden Clan in Mogadischu bekämpften Clans bei einer Abschiebung nach Somalia über den Flughafen von Mogadischu aufgrund der besonders heftigen Kämpfe in der Hauptstadt einer extremen Gefahr für Leib und Leben ausgesetzt wäre und eine Abschiebung in die sicheren Landesteile auf anderem Wege nicht möglich ist.

72. In seinem Urteil vom 9.9.1997 (9 C 48.96 – InfAuslR 1998, 125) wiederholte das Bundesverwaltungsgericht seine Auffassung, daß die auf einem unzureichenden, dem Standard in Europa und speziell in Deutschland nicht entsprechenden Gesundheitssystem beruhenden Leibes- und Lebensgefahren nicht in den Schutzbereich von Art. 3 EMRK fallen. Als eine bewußte und gezielte Menschenrechtsverletzung eines insoweit noch unterentwickelten Staates könnten sie nicht angesehen werden.

73. Mit seinem Urteil vom 4.11.1997 (9 C 34/96 – NVwZ 1998, 750) führte das Bundesverwaltungsgericht seine Rechtsprechung zu den Anforderungen an staatsähnliche Organisationen im Hinblick auf das Asylrecht und den Abschiebungsschutz fort. Nach der Rechtsprechung des BVerwG bestehen ein Asylanspruch nach Art. 16 a GG und ein Anspruch auf Abschiebungsschutz nach § 51 Abs. 1 AuslG nur, wenn der Ausländer von politischer, d. h. staatlicher oder quasistaatlicher Verfolgung bedroht ist. Ebenso kommt ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK nur dann in Betracht, wenn im Zielland der angedrohten Abschiebung eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung durch einen Staat oder eine staatsähnliche Organisation droht. Auf die Klage eines afghanischen Asylbewerbers stellte das BVerwG fest, daß es in Afghanistan eine von allen Bürgerkriegsparteien anerkannte Regierung, die als Rechtsnachfolgerin des gestürzten kommunistischen Regimes betrachtet werden könnte, nie gegeben hat. Ebenso gebe es keine staatsähnlichen Organisationen. Für die Bestimmung eines Machtgebildes als staatsähnlich sei nicht nur die Fähigkeit zu bloßer Machtausübung mit Waffengewalt, sondern auch die Herstellung einer inneren Friedensordnung erforderlich. Dazu müsse eine Gebietsgewalt auf einer organisierten, effektiven und stabilisierten territorialen Herrschaftsmacht beruhen. Solange jederzeit mit dem Ausbruch bewaffneter Auseinandersetzungen gerechnet werden müsse, die die Herrschaftsgewalt regionaler Machthaber in Frage stellten, könne sich eine dauerhafte territoriale Herrschaftsgewalt nicht etablieren. In Afghanistan erfülle keine der um die Macht kämpfenden Bürgerkriegsparteien die Anforderungen an eine staatsähnliche Organisation im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Es gebe keine über längere Zeit hinweg stabilen Fronten und es finde keine Verständigung über eine friedliche Beendigung des Bürgerkrieges statt. Sämtliche Bürgerkriegsparteien strebten kompromißlos mit militärischen Mitteln die Machtübernahme im Gesamtstaat an. Damit fehle es am Erfordernis der voraussichtlichen Dauerhaftigkeit des Machtgebildes. Dem Kläger könne daher kein Asyl nach Art. 16 a GG und kein Abschiebungsschutz nach § 51

Abs.1 AuslG oder §53 Abs.4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK gewährt werden. Allerdings liegen nach Auffassung des BVerwG in der Person des Klägers die Voraussetzungen des §53 Abs.6 Satz 1 AuslG vor, da er wegen seiner herausgehobenen Stellung als Kampfpilot der afghanischen Luftwaffe und der Beteiligung an Putschversuchen landesweit mit einer Nachstellung bis hin zu seiner Tötung zu rechnen habe.

74. Der VGH Baden-Württemberg entschied in seinem Urteil vom 16.6.1997 (A 14 S 292/97 – ESvGH 47, 254 = InfAuslR 1997, 399), daß eine Abschiebung im Falle einer Krankheit nur in extrem zugespitzten Ausnahmefällen eine Behandlung i.S.von Art. 3 EMRK darstellen und nur dann nach §53 Abs.4 AuslG einer Abschiebung entgegenstehen kann. Der Verwaltungsgerichtshof wiederholte zunächst seine Ansicht, daß die Abschiebung eines Betroffenen in ein akut umkämpftes Bürgerkriegsgebiet, in dem mit hoher Wahrscheinlichkeit Tod oder schwerste Körperverletzungen drohen, im Hinblick auf Art. 3 EMRK unzulässig ist, auch wenn diese Gefahren einem Zielstaat oder einem an seine Stelle getretenen staatsähnlichen Äquivalent nicht zugerechnet werden können⁶⁶. Diese Auffassung nehme zwar stärker den Abschiebungsakt der Bundesrepublik Deutschland selbst und deren aus Art. 3 EMRK resultierende Unterlassungspflicht in den Blick. Gleichwohl liege die Ursache des Abschiebungsschutzes auch hier allein in den Gegebenheiten des Zielstaates. Aus der Beschränkung des Anwendungsbereiches des §53 AuslG auf Gefahren, die ihre Ursache in den Gegebenheiten des Zielstaates haben, folge, daß konstitutionsbedingte Gefahren als Abschiebungshindernis grundsätzlich ausscheiden. Jedoch könne sich nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR⁶⁷ in extrem zugespitzten Fallgestaltungen im Hinblick auf konstitutionsbedingte Gründe aus Art. 3 EMRK ein Abschiebungshindernis ergeben, so daß jedenfalls insoweit eine Beschränkung auf primär zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse ausscheidet.

75. Das Hamburgische OVG verneinte in seinem Beschluß vom 24.6.1997 (OVG Bs VI 25/97 – InfAuslR 1997, 460) Abschiebungsschutz aus §53 Abs.4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK im Falle einer schweren Krankheit bereits aus dem Grund, daß die genannten Bestimmungen einer Abschiebung nur dann entgegenstehen, wenn der abgeschobenen Person im Zielstaat unmenschliche Behandlung droht. Die Nichtgewährung einer dem Heimatstaat nicht möglichen medizinischen Versorgung stelle keine von diesem Staat zu verantwortende unmenschliche Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK dar, da dies grundsätzlich ein aktives Handeln erfordere.

76. In seinem Beschluß vom 13.11.1997 (13 S 2064/97 – InfAuslR 1998, 126) nahm der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 3 EMRK Stellung. Der VGH sei bisher davon ausgegangen, daß Art. 3 EMRK bezüglich der allgemeinen Folgen von Naturkatastrophen, Bürgerkriegen oder anderen bewaffneten Konflikten ausnahmsweise

⁶⁶ Zur Aufgabe dieser Rechtsprechung durch den VGH Baden-Württemberg vgl. [76].

⁶⁷ Vgl. Urteil vom 2.5.1997 – D. gegen *Vereinigtes Königreich*, InfAuslR 1997, 381.

die primäre Verantwortlichkeit des Vertragsstaates für das Handeln in seiner eigenen Herrschaftsgewalt begründet, wenn der Ausländer durch die Abschiebung in extreme Gefahrenlage für Leib und Leben gebracht wird, die ihn gleichsam sehenden Auges dem sicheren Tod oder schwersten Verletzungen ausliefert. Der Senat habe die Auffassung vertreten, daß in solchen Ausnahmesituationen bereits die Abschiebung selbst eine unmenschliche Behandlung sei, weil die zwangsweise Verbringung eines Menschen in eine derart extreme Gefahrenlage für seine höchsten Rechtsgüter Leib und Leben eklatant die körperliche Integrität dieses Menschen mißachte und ihn zum bloßen Objekt des Vollstreckungsverfahrens herabwürdigte⁶⁸. Das Bundesverwaltungsgericht habe diese Auffassung in seinem Urteil vom 2.9.1997 – 9 C 40.96 –⁶⁹ nicht geteilt, sondern entschieden, daß die Abschiebung eines Ausländers in eine extreme Leibes- und Lebensgefahr, die nicht vom Staat oder einer staatsähnlichen Gewalt ausgehe oder zu verantworten sei, nicht gegen Art. 3 EMRK verstößt. Der Senat habe daher seine Rechtsprechung – aus Gründen der Rechtssicherheit – aufgegeben, wobei er auf sein Urteil vom 16.9.1997 (nicht veröffentlicht) verweist. Zudem liege in solchen Fällen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein zwingendes Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG⁷⁰ oder zumindest ein zur Erteilung einer Duldung zwingender Grund nach § 55 Abs. 2 bis 4 AuslG⁷¹ vor, weshalb nach Ansicht des VGH ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK im Ergebnis jedenfalls faktisch ausgeschlossen sein dürfte.

77. Der Hessische VGH schloß sich in seinem Urteil vom 18.12.1997 (3 UE 3402/97.A – ESVG 48, 136) der oben zitierten Rechtsprechung des BVerwG an, auch im Hinblick auf die Entscheidung des EGMR in der Sache *Abmed* gegen *Österreich* an der Auslegung von § 53 Abs. 4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK festzuhalten, wonach Abschiebungsschutz nur gewährt werden könne, wenn der Ausländer im Zielland der Abschiebung Gefahr laufe, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe durch den Staat oder eine staatsähnliche Organisation unterworfen zu werden, und verneinte in bezug auf Äthiopien das Vorliegen eines Abschiebungshindernisses aus § 53 Abs. 4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK, da Anhaltspunkte für eine Mißhandlung durch den Staat oder staatlich geduldete Mißhandlungen durch Dritte im Fall des Klägers nicht vorlägen und die allgemeine schwierige wirtschaftliche Lage in Äthiopien keine gezielte staatliche Vorgehensweise darstelle.

78. In seinem Gerichtsbescheid vom 24.7.1997 (9 E 30433/97.A (V) – NVwZ-Beilage 1998, 19) und seinem Beschluß vom 27.8.1997 (9 G 50507/97.A(2) – InfAuslR 1998, 84)⁷² lehnte das VG Frankfurt/Main die Auffassung des BVerwG ab, daß grundsätzlich nur unmittelbare oder mittelbare Mißhandlungen durch

⁶⁸ Senatsurteile vom 22.1.1997, EzAR 043 Nr. 20 und vom 5.6.1996, EzAR 043 Nr. 16.

⁶⁹ Vgl. oben [71].

⁷⁰ BVerwGE 99, 324 (328).

⁷¹ Urteil vom 2.9.1997, vgl. oben [71].

⁷² Zu den Ausführungen zum Abschiebungsverbot nach § 51 Abs. 1 AuslG in diesem Beschluß vgl. oben [47].

staatliche oder quasi-staatliche Organe des Landes, in das abgeschoben werden soll, als unmenschliche Behandlung i.S. von Art. 3 EMRK anzusehen sind. Maßgebendes Staatsverhalten i.S. des Art. 3 EMRK sei das deutscher Stellen, wenn diese Abschiebung im Einzelfall zu einer unmenschlichen Behandlung eines Ausländers führt. Das Abschiebungshindernis des §53 Abs.4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK stelle nur auf Handlungen der Bundesrepublik ab, nicht aber auf Handlungen des Zielstaates. Das VG geht daher in bezug auf Somalia vom Bestehen eines Abschiebungshindernisses aus, da jeder Rückkehrer der ernsthaften Gefahr von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung ausgesetzt sei.

79. Das OVG Rheinland-Pfalz stellte in seinem Beschluß vom 27.11.1997 (10 B 12299/97.OVG – InfAuslR 1997, 199) fest, daß aus der Gefahr der Doppelbestrafung in der Türkei kein Abschiebungshindernis aus §53 Abs.4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK erwächst, da die Türkei bei der Doppelbestrafung sich beim Strafmaß auf die Höhe der im Ausland verhängten Strafe beschränke und die (teilweise) im Ausland verbüßte Strafe auf die Vollstreckung der erneut ausgeworfenen Strafe anrechne. Dafür, daß allein schon die erneute Bestrafung eine Maßnahme i.S. des Art. 3 EMRK wäre, sei nichts vorgetragen.

80. Das VG Braunschweig bejahte in seinem Urteil vom 31.1.1997 (3 A 3278/96 – NVwZ-Beilage 1997, 62) ein Abschiebungshindernis nach §53 Abs.4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK für desertierte Angehörige der russischen Weststreitkräfte hinsichtlich der Russischen Föderation. Die Inhaftierung eines Menschen könne, auch wenn sie wegen eines in vielen Ländern bestehenden Straftatbestandes wie Desertion erfolge, eine grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung darstellen. Aufgrund der nach Auskunft verschiedener Stellen grausamen und inhumanen Bedingungen in den russischen Gefängnissen, insbesondere in der Untersuchungshaft, drohe dem Kläger mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit die konkrete Gefahr einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung bei einer Inhaftierung in Rußland.

81. Ebenso war das VG Würzburg in seinem Urteil vom 20.1.1997 (W 8 K 96.30772 – NVwZ-Beilage 1997, 57)⁷³ davon überzeugt, daß der Kläger, der 1990 von den Weststreitkräften der früheren Sowjetunion desertierte, bei einer Verurteilung in der Russischen Föderation, aber auch schon vorher in der Untersuchungshaft mit einer Haftsituation rechnen muß, die den Anforderungen des Art. 3 EMRK nicht mehr genüge, weshalb er Abschiebungsschutz nach §53 Abs.4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK genieße.

82. Demgegenüber vertrat das VG Ansbach in seinem Urteil vom 23.9.1997 (AN 20 K 96/33099 – NVwZ-Beilage 1998, 30 = InfAuslR 1997, 40) in bezug auf einen Westgruppendeserteur kasachischer Staatsangehörigkeit die Auffassung, daß die allgemeine Lage in den Strafvollzugsanstalten in Kasachstan sich nicht als zielgerichtetes Handeln des Staates gegen einzelne oder eine Vielzahl von Personen

⁷³ Zu den asylrechtlichen Aspekten des Urteils vgl. oben [51].

darstellt und mithin weder eine unmenschliche oder erniedrigende Strafe noch eine solche Behandlung i.S. des Art. 3 EMRK gegeben ist.

Zum Umfang des Verweises in § 53 Abs. 4 AuslG auf die EMRK und das aus ihr begründete Abschiebungshindernis vgl. Urteil des BVerwG vom 11.11.1997 (9 C 13.96) unter [40].

b) Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK)

83. In seinem Urteil vom 18.3.1997 (5 U 4/96 – NJW 1998, 167) beschäftigte sich das OLG Zweibrücken mit der Frage der Waffengleichheit im Zivilprozeß bei der Würdigung von Tatsachen, die Gegenstand eines Vieraugengesprächs waren. Wenn bei einem solchen Gespräch nur die Parteien und ein Zeuge aus dem Lager der beweisbelasteten Partei zugegen waren, gebiete es der in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerte und im Zivilprozeß zu wählende Grundsatz der Waffengleichheit, daß der nicht beweisbelasteten Partei im Rahmen einer persönlichen Anhörung Gelegenheit gegeben wird, die Tatsachen aus ihrer Sichtweise zu schildern. Die Anordnung der Anhörung sei von Amts wegen zu treffen. Sie gebe, auch wenn sie keine Beweiserhebung darstelle und nicht wie eine Parteivernehmung gewürdigt werden dürfe, dem Gericht zusätzliche Gesichtspunkte bei der Würdigung der Aussage des gehörten Zeugen. Das gelte insbesondere dann, wenn die Aussage eines Zeugen gewürdigt werden soll, bei dem eine Interessenverflechtung und eine mehr "formale" Zeugenstellung zu gewärtigen sei.

84. Das Bundesarbeitsgericht führte in seinem Urteil vom 29.10.1997 (5 AZR 508/96 – NJW 1998, 1331 = MDR 1998, 421 = JZ 1998, 790) aus, daß Art. 6 Abs. 1 EMRK es nicht gebietet, den auf Seiten einer Partei heimlich einem Telefongespräch zuhörenden Dritten als Zeugen zu vernehmen. Das heimliche Mithörenlassen von Telefongesprächen verletze das Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners, weshalb eine Verwertung dieses Beweismittels unzulässig sei. Da die Beweisnot des Klägers selbst verursacht sei, da er den Gesprächspartner vom Mithören eines Zeugen hätte informieren können, sei das Prinzip der Waffengleichheit aus Art. 6 Abs. 1 EMRK im zu entscheidenden Fall nicht verletzt.

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

85. Das Bundesverwaltungsgericht setzte sich in seinem Urteil vom 4.6.1997 (1 C 9.95 – BVerwGE 105, 35 = InfAuslR 1997, 355) mit der Frage eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis unmittelbar aus Art. 8 EMRK auseinander. Nach Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Art. 8 Abs. 2 EMRK verbietet grundsätzlich Eingriffe der Behörden in die Ausübung dieses Rechts. Wesentliches Ziel der Vorschrift sei der Schutz des einzelnen vor willkürlicher Einmischung der öffentlichen Gewalt in das Privat- und Familienleben. Zwar könnten sich aus Art. 8 EMRK auch positive Verpflichtungen ergeben, deren Reichweite von der Lage der Betroffenen abhängen. Insoweit stehe den Konventionsstaaten jedoch ein weiter Gestaltungsspielraum

zu. Art. 8 EMRK wirke demnach auf die Auslegung und Anwendung des Ausländerrechts ein, ohne unmittelbar Ansprüche auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu begründen.

Der Bayerische VGH betonte in seinem Urteil vom 2.12.1997 (10 B 97.1948 – InfAuslR 1998, 164) unter Bezugnahme auf diese Entscheidung, daß Art. 8 Abs. 1 EMRK nur auf die Auslegung des Ausländerrechts einwirkt, ohne unmittelbar Ansprüche auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung zu begründen, weshalb ein gesetzlicher Anspruch i.S.d. § 28 Abs. 3 Satz 2 AuslG für einen Ausländer, dem eine Aufenthaltsbewilligung zu Ausbildungszwecken erteilt worden war und der nun die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Führen einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft mit einem deutschen Staatsangehörigen beantragt, aus Art. 8 EMRK nicht herleitbar sei.

86. In seinem Beschluß vom 1.8.1997 (7 TZ 1535/97 – ESVGH 47, 294 = NVwZ 1998, 542 = FamRZ 1998, 618) stellte der Hessische VGH fest, daß die Abschiebung eines Ausländers, der mit einem deutschen Staatsangehörigen in einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft lebt, in dessen Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreift, wenn die Partnerschaft andernorts nicht gelebt werden kann und die Verbindung des Paares zur Bundesrepublik Deutschland wesentlich für den Bestand der Beziehung ist. Deshalb habe der Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung einer Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG i.V.m. § 53 Abs. 4 AuslG.

87. Das Sächsische Landessozialgericht stellte in seinem Urteil vom 3.4.1997 (L 3 AI 45/96 – InfAuslR 1997, 414) auf die Klage eines malayischen Staatsangehörigen, der mit einem deutschen Staatsangehörigen in homosexueller Partnerschaft lebt, fest, daß sich für den Kläger ein Anspruch auf Erteilung einer unbeschränkten Arbeitserlaubnis aus der Härteregelung des § 2 Abs. 7 Arbeitserlaubnisverordnung ergibt, da bei Anwendung dieser Bestimmung die Schutzfunktion von Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK zu beachten sei, die auch für die Partnerschaft in einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft gelte.

88. Das Schleswig-Holsteinische VG setzte sich in seinem Beschluß vom 27.3.1997 (14 B 24/97 – InfAuslR 1997, 249) mit der Frage eines menschenrechtlich begründeten Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bei Verstoß gegen Visavorschriften auseinander. Die Antragstellerin, eine russische Staatsangehörige, reiste im Juni 1996 mit einem Besuchervisum ein, wobei sie beabsichtigte, in der Bundesrepublik Deutschland zu bleiben. Nach Ablauf des Visums heiratete sie einen deutschen Staatsangehörigen, von dem sie ein Kind erwartete. Das Verwaltungsgericht kam im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO zu dem Schluß, daß die Antragstellerin einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus § 23 Abs. 1 Nr. 1 AuslG i.V.m. Art. 8 EMRK hat. Zwar ergebe sich bei Anwendung lediglich des Ausländergesetzes aus §§ 8 und 9 AuslG eine Berechtigung zur Versagung einer Aufenthaltserlaubnis, aber hier sei Art. 8 EMRK bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Im vorliegenden Falle gehe es um das Zusammenleben eines verheirateten Elternpaares mit seinem demnächst geboren werdenden Kind, also um eine Familie i.S.v. Art. 8 Abs. 1

EMRK. Die Vorschrift sei daher auf diesen Sachverhalt anwendbar. Die Verweigerung der Aufenthaltsbefugnis für die Antragstellerin stelle auch einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens dar. Der Ehemann und Vater habe einen Anspruch auf Familienleben in der Bundesrepublik Deutschland. Bei einer Abschiebung der Antragstellerin bestünde die Gefahr, daß die Trennung längerfristig dauern könnte und das gemeinsame Kind, das aufgrund seines Vaters die deutsche Staatsangehörigkeit erhalten müßte, nicht in Deutschland geboren würde. Dieser Eingriff erscheine nach Art. 8 Abs.2 EMRK nicht gerechtfertigt. Zwar sei er gesetzlich vorgesehen und geeignet, den in Art. 8 Abs.2 EMRK genannten Schrankenzielen zu dienen. Es fehle aber am Merkmal der Notwendigkeit in der demokratischen Gesellschaft. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im einzelnen Fall sei auf der einen Seite das staatliche Interesse an der Maßnahme, gemessen an den mit ihr verfolgten Zielen, auf der anderen Seite das Interesse des von der Maßnahme Betroffenen an der Aufrechterhaltung des Familienlebens gegeneinander abzuwiegen. Da im vorliegenden Fall eine sehr intensive Beziehung vorliege und die Antragstellerin dazu im fortgeschrittenen Stadium schwanger sei und somit einer besonderen Fürsorge des Ehemannes bedürfe, müßten die staatlichen Interessen schon sehr erheblich sein, um das Interesse der Antragstellerin am Zusammenhalt der Familie zu überwiegen. Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, daß hier ganz bewußt gegen Visumsbestimmungen verstoßen wurde, sei dem privaten Interesse der Familie der Vorrang einzuräumen. Ein besonderes staatliches Interesse daran, die Familie auseinanderzureißen, sei nicht zu erkennen. Daraus ergebe sich jedenfalls ein Anspruch der Antragstellerin darauf, bis zu einer Entscheidung der Ausländerbehörde über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis unter Berücksichtigung der genannten Aspekte nicht zwangsweise aus dem Bundesgebiet entfernt zu werden.

89. In seinem Urteil vom 9.12.1997 (1 C 20.97 – NVwZ 1998, 748 = FamRZ 1998, 736 = InfAuslR 1998, 276) entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß der Antragsteller, ein indischer Staatsangehöriger, der ohne das erforderliche Visum in die Bundesrepublik eingereist ist und nun mit einer deutschen Ehefrau und dem gemeinsamen Kind in familiärer Gemeinschaft lebt, keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus Art. 8 EMRK hat. Es sei mit Art. 8 EMRK vereinbar, auch bei Vorliegen einer Härte über den Zuzug nach Ermessen zu entscheiden. Es sei dem Antragsteller auch im vorliegenden Fall zumutbar, einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vom Ausland aus zu stellen und deren Erteilung abzuwarten, auch wenn dies eine gewisse Zeit dauern sollte, da er seine Situation selbst verschuldet habe und deshalb weniger schutzwürdig sei.

90. In einem weiteren Urteil vom 9.12.1997 (1 C 19.97 – NVwZ 1998, 742 = DVBl 1998, 722 = InfAuslR 1998, 213) befaßte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Schutzwirkung von Art. 6 GG und Art. 8 EMRK⁷⁴. Der auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gerichtete Antrag eines syrischen Staatsangehörigen, des-

⁷⁴ In dem Urteil vom selben Tage in der Sache 1 C 16.96 (InfAuslR 1998, 272) hat das Bundesverwaltungsgericht dieselben Überlegungen zu Art. 6 GG und Art. 8 EMRK angestellt.

sen frühere polnische Ehefrau das Sorgerecht für das gemeinsame Kind nach der Scheidung zugesprochen bekam und die ebenso wie die Tochter eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis für die Bundesrepublik besitzt, wurde abgelehnt mit der Begründung, daß zwischen dem Kläger und seiner Tochter eine bloße Begegnungsgemeinschaft vorliege. Die dagegen gerichtete Klage auf Verpflichtung zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis wurde abgewiesen. Die Versagung des Aufenthalts sei im Hinblick auf Art. 6 GG jedenfalls als unbedenklich anzusehen, soweit eine Familie zwischen einem nichtsorgeberechtigten Elternteil und seinem Kind nur als Begegnungsgemeinschaft geführt werde. Auch Art. 8 EMRK stehe der Abschiebung nicht entgegen. Das Ausländergesetz entspreche in seinen differenzierten Nachzugs- und Aufenthaltsregeln generell dem Standard der EMRK; der Gesetzgeber habe bei den einzelnen das Aufenthaltsrecht Familienangehöriger regelnden Bestimmungen in der erforderlichen Weise zwischen dem öffentlichen Interesse an einer Kontrolle über die Einwanderung und einer Begrenzung weiterer Zuwanderung sowie dem gebotenen Schutz von Ehe und Familie abgewogen. Die den gemeinsamen Aufenthalt Familienangehöriger in Deutschland betreffenden Vorschriften hielten damit auch generell dem Maßstab des Art. 8 Abs. 2 EMRK stand. Art. 8 EMRK könne jedenfalls dort keine weitergehenden Schutzwirkungen entfalten, wo sein Anwendungsbereich sich mit dem des Art. 6 GG decke. Das sei im familiären Verhältnis des Vaters zu seiner Tochter der Fall. Das Interesse des Klägers sei hier weitgehend dadurch bestimmt, mit Hilfe seiner Tochter sein Aufenthaltsrecht in Deutschland zu sichern, wogegen die Tochter auf die Anwesenheit des Klägers zur Entwicklung ihrer Persönlichkeit nicht angewiesen sei, weil sich der Kläger in der prägenden Zeit nur wenig um die Tochter gekümmert habe. Ein eigentliches Familienleben, das durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützt werden soll, bestehe somit nicht.

91. Der Hessische VGH führte in seinem Beschluß vom 10.12.1997 (7 Tz 2126/97 – InfAuslR 1998, 228) aus, daß Art. 8 Abs. 1 EMRK auch die Begegnungsgemeinschaft zwischen Eltern und ihrem nicht mehr mit ihnen zusammenlebenden Kind schützt und die Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis mit der sich daraus ergebenden Ausreisepflicht einen Eingriff in den Anspruch auf Achtung des Familienlebens darstellt. Dieser Eingriff sei im vorliegenden Fall jedoch gerechtfertigt. Hauptanliegen der Vorschriften über die Familienzusammenführung sei es, die Einwanderung von Ausländern aus nicht EU-Staaten zu verhindern. Sie diene damit dem Schrankenziel "wirtschaftliches Wohl des Landes". Die Maßnahme sei auch verhältnismäßig, da im zu entscheidenden Fall keine besonders schützenswerte Beistandsgemeinschaft, sondern eine schlichte Begegnungsgemeinschaft vorliege.

d) Art. 9 EMRK als Abschiebungshindernis

92. Das OVG Koblenz hatte sich in einem Beschluß vom 23.5.1997 (6 A 11282/97 – NVwZ-Beilage 1997, 79) mit der Frage auseinandersetzen, ob für Angehörige der Ahmadiyya-Glaubensgemeinschaft ein Abschiebungshindernis

aus § 53 Abs. 4 AuslG i.V. mit Art. 9 Abs. 1 EMRK erwächst. Es ließ ausdrücklich offen, ob § 53 Abs. 4 AuslG Verstöße gegen sämtliche Rechtsgarantien der EMRK und damit auch gegen Art. 9 EMRK als mögliche Abschiebungshindernisse überhaupt in seinen Regelungsbereich einbezogen hat, da die hier aufgeworfenen Frage bereits auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerwG zu § 53 Abs. 4 AuslG i.V. mit Art. 3 EMRK verneint werden könne. Danach bestehe die Verantwortlichkeit der Vertragsstaaten nur für die Folgen unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung⁷⁵. Zwar seien nach Pakistan zurückkehrende Angehörige der Ahmadiyya-Glaubensgemeinschaft aufgrund der Bestimmungen des pakistanischen Strafgesetzbuches und zur Vermeidung dem Staat zurechenbarer Übergriffe Dritter gehalten, ihre Religion in der Öffentlichkeit zu verbergen. Dies widerspreche zwar Art. 9 Abs. 1 EMRK, stelle jedoch keine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung dar. Vielmehr sei der Eingriff in die Religionsfreiheit von seiner Intensität her erheblich geringer als die in Art. 3 EMRK genannten Handlungen, so daß das geforderte Verhalten zumutbar sei und nicht als Abschiebungshindernis i.S. des § 53 Abs. 4 AuslG i.V. mit Art. 9 Abs. 1 EMRK anerkannt werden könne.

2. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

93. Das VG Frankfurt/Main befaßte sich in seinem Beschluß vom 23.10.1997 (9 G 1638/97 (1) – ZBR 1998, 219 (Leitsatz)) mit dem Einfluß des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) auf den Zugang von Ausländern zum Auswahlverfahren zum pädagogischen Vorbereitungsdienst. Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 4 des Gesetzes über das Lehramt an öffentlichen Schulen (HessLAG) können Ausländer, die eine 1. Staatsprüfung bestanden haben, in den pädagogischen Vorbereitungsdienst aufgenommen werden, wobei über die Aufnahme im Rahmen einer Ermessensentscheidung zu befinden ist. Das der Einstellungsbehörde zugebilligte Ermessen unterliege indes seinerseits Beschränkungen, die sich insbesondere aus Art. 67 der Verfassung des Landes Hessen (HV) i.V.m. den übernommenen Verpflichtungen der Bundesrepublik im Rahmen des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966⁷⁶ ergeben. Nach Art. 6 Abs. 1 IPwskR garantieren die Vertragsstaaten jedem einzelnen das Recht auf Arbeit, das nach Art. 6 Abs. 2 IPwskR auch die Möglichkeit umfaßt, ohne Rücksicht auf die nationale Herkunft an Ausbildungsprogrammen teilzunehmen, die zur Gewährleistung des Rechts auf Arbeit jedermann angeboten werden. Indem die Hessische Landesverfassung in Art. 67 S. 2 einen möglichen Widerstreit zwischen einem staatlichen Gesetz einerseits und den Regeln des Völkerrechts und Staatsverträgen andererseits zugunsten völkerrechtlicher Regeln und Staatsverträgen auflöse, manifestiere sie nicht nur den Vorrang

⁷⁵ BVerwGE 99, 331 (333) = NVwZ 1996, 476.

⁷⁶ BGBl. 1973 II, 1569.

der Regeln des Völkerrechts vor den einfachen Gesetzen, sondern erstreckte diesen Vorrang auch – insoweit über Art. 25 GG hinausgehend – auf Staatsverträge. Desweiteren gebiete Art. 67 S.2 HV im Interesse der Erhaltung der Gültigkeit von Gesetzen eine völkerrechtsfreundliche Auslegung nationalen Rechts dergestalt, daß übernommenen internationalen Verpflichtungen größtmögliche Geltung verschafft wird. Im Hinblick auf die im IPwskR übernommenen Pflichten bedeute dies für die Ermessensentscheidung im Rahmen des §1 Abs.3 Satz 4 HessLAG, daß jedenfalls bei Ausländern, deren Verbleib für längere Zeit im Inland mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, eine Versagung des Ausbildungswunsches nur in Ausnahmefällen zulässig sein kann, und zwar nur dann, wenn eine spätere Berufsausübung nicht in Betracht kommt. Die Antragstellerin war daher chancengleich im Verhältnis zu inländischen Konkurrenten am Auswahlverfahren zum pädagogischen Vorbereitungsdienst gemäß §4 HessLAG zu beteiligen.

XI. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung

Zum Einfluß des Zwei-plus-Vier-Vertrages auf die Klagezurückstellung nach Art. 5 Abs.2 Londoner Schuldenabkommen vgl. das Urteil des OVG Nordrhein-Westfalen vom 19.11.1997 unter [4].

94. Das OLG Köln hat in seinem Urteil vom 9.7.1996 (22 U 215/95 – VIZ 1998, 213) die Klage des Erben des Fürsten von und zu L. auf Herausgabe eines Bildes aus der Familiensammlung, das sich zum Ende des Zweiten Weltkrieges in einem Schloß der Familie in der heutigen tschechischen Republik befand und das der Beklagten im Jahre 1991 von der Streithelferin für eine Ausstellung zur Verfügung gestellt worden war, für unzulässig erklärt. Die deutsche Gerichtsbarkeit ist gemäß Teil VI Art. 3 Abs.3 i.V.m. Art. 3 Abs.1 des Vertrages vom 26.5.1952 zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen (Überleitungsvertrag) für Klagen gegen Personen ausgeschlossen, die unmittelbar oder mittelbar im Zuge von Reparationsmaßnahmen Eigentum an beschlagnahmtem deutschen Auslandsvermögen erworben haben. Diese Bestimmung sei durch Art. 7 des Zwei-plus-Vier-Vertrages nicht außer Kraft gesetzt worden, da in den ergänzenden Bestimmungen in Nr.2 und 3 der Vereinbarung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der drei West-Alliierten vom 27./28.9.1990 Teil VI Art. 3 Abs.1, 3 ÜblVertr ausdrücklich als eine der Bestimmungen genannt wird, die nicht außer Kraft tritt. Die Voraussetzungen des Teils VI Art. 3 Abs.3 ÜblVertr seien gegeben. Es genüge nach Sinn und Zweck der Vorschrift, daß sich die Streithelferin auf den konfiskationsbedingten Übergang des Eigentums auf den tschechischen Staat beruft und die Beklagte sich der Ableitung ihres unmittelbaren Besitzes vom vermeintlichen Erwerber berührt. Der Ausschluß der deutschen Gerichtsbarkeit verletze den Kläger auch nicht in seinen Grundrechten, da diese nicht gegen die Ausübung fremder Staatsgewalt im Ausland schützen.

Der Bundesgerichtshof nahm in seinem Beschluß vom 25.9.1997 (II ZR 213/96 – ohne schriftliche Begründung) die Revision gegen dieses Urteil nicht an. Die gegen die zivilgerichtlichen Entscheidungen erhobene Verfassungsbeschwerde

wurde vom Bundesverfassungsgericht mit Beschluß vom 28.1.1998 (2 BvR 1981/97 – EuGRZ 1998, 408 = IPRax 1998, 482) nicht zur Entscheidung angenommen. In diesem Beschluß führte die Kammer aus, daß die Bewertung der Enteignung als Maßnahme gegen das deutsche Auslandsvermögen nicht zu beanstanden ist und daß ein Verstoß gegen Art. 14 GG durch den Klageverzicht im Überleitungsvertrag nicht vorliegt, da die Regelung im Überleitungsvertrag Vorgänge aus der Zeit vor der Entstehung des Grundgesetzes betrifft. Weiterhin bestätigte die Kammer die Auffassung der Zivilgerichte, daß Teil VI Art. 3 Abs. 1, 3 ÜblVertr nicht durch Art. 7 Abs. 1 Zwei-plus-Vier-Vertrag aufgehoben wurde. Dies entspreche der Rechtsauffassung der Bundesrepublik Deutschland und der drei Westmächte selbst, die anderenfalls den Wegfall von Teilen des Überleitungsvertrages nicht eigenständig im Notenwechsel hätten vereinbaren müssen. Dem engen historisch-politischen, inhaltlichen und zeitlichen Zusammenhang von Notenwechsel und Zwei-plus-Vier-Vertrag würde die Annahme nicht gerecht, daß die drei Mächte und die Bundesrepublik Deutschland einerseits mit ihrer Beteiligung am Zwei-plus-Vier-Vertrag die uneingeschränkte Aufhebung des Überleitungsvertrages vereinbaren wollten, sich andererseits aber im unmittelbaren Zusammenhang dazu in Widerspruch setzen und über Ziff. 3 des Notenwechsels Teile des Überleitungsvertrages wieder aufleben ließen.

95. Mit dem von der sowjetischen Besatzungsmacht aufgestellten Verbot der Enteignung ausländischen Vermögens befaßte sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 13.2.1997 (7 C 50/95 – VIZ 1997, 222 = DtZ 1997, 205). Der Kläger beanspruchte die Rückgabe eines Gutes in Mecklenburg-Vorpommern, das seinem Vater gehörte. Dieser habe bereits vor dem Zweiten Weltkrieg durch Einbürgerung die Staatsbürgerschaft der Südafrikanischen Union erworben, weshalb die Einbeziehung des Gutes in die Bodenreformaßnahmen gegen das von der sowjetischen Besatzungsmacht ausgesprochene Verbot der Enteignung ausländischer Vermögenswerte verstoßen habe. Das VG hatte die Klage unter Berufung auf § 1 Abs. 8 *lit. a* Vermögensgesetz abgewiesen, wonach vermögensrechtliche Ansprüche auf Rückübertragung ausgeschlossen sind, wenn und soweit die Enteignung auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage erfolgt ist. Das BVerwG führte aus, daß Bodenreformeinteignungen zwar in aller Regel besatzungshoheitlicher Natur sind. Jedoch seien die von deutschen Stellen durchgeführten Enteignungen dann nicht der sowjetischen Besatzungsmacht zuzurechnen und daher vom Restitutionsausschluß des § 1 Abs. 8 *lit. a* Vermögensgesetz nicht erfaßt, wenn sie einem generell oder im Einzelfall ausgesprochenen Verbot der Besatzungsmacht zuwiderliefen. Das generelle Verbot der entschädigungslosen Enteignung von Vermögenswerten, die im Eigentum ausländischer natürlicher oder juristischer Personen standen, sei bereits in der Proklamation Nr. 2 der Oberbefehlshaber der Besatzungsstreitkräfte vom 20.9.1945 enthalten gewesen. Dieses Verbot habe sich auch auf Enteignungen im Zuge der Bodenreform bezogen. Die entschädigungslose Enteignung von Gütern nichtdeutscher Staatsangehöriger sei daher grundsätzlich nicht besatzungshoheitlicher Natur. Allerdings habe die sowjetische Militäradministration derartige Enteignungen in Mecklenburg-Vorpom-

mern nachträglich in bestimmtem Umfang gebilligt und insoweit einen besatzungshoheitlichen Zurechnungszusammenhang begründet. Jedoch könnten Enteignungen unter Verstoß gegen ein Enteignungsverbot der sowjetischen Besatzungsmacht nicht schon bei stillschweigender Hinnahme, sondern erst dann zugerechnet werden, wenn sie die Enteignungen im Einzelfall oder in bestimmten Fallgruppen nach außen erkennbar bestätigt habe. Eine solche nachträgliche Bestätigung sei für Bodenreformenteignungen von Gütern ausländischer Eigentümer in Mecklenburg-Vorpommern nur insoweit erfolgt, als das Land bereits ausgesiedelt und an Neubauern verteilt worden war. Für alle Flächen, die während der sowjetischen Besatzungszeit nicht aufgesiedelt und an Neubauern verteilt worden sind, bestehe daher kein Restitutionsausschluß. Das Verwaltungsgericht, an das die Sache zur weiteren Verhandlung zurückverwiesen wurde, werde allerdings noch zu prüfen haben, ob der Vater des Klägers trotz des Erwerbs der südafrikanischen Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Enteignung die deutsche Staatsangehörigkeit noch besessen hatte. Das Verbot der Enteignung ausländischer Vermögenswerte habe sich nicht oder jedenfalls nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit auf deutsche Staatsangehörige, die zugleich eine ausländische Staatsangehörigkeit besaßen, erstreckt. Hieran halte der Senat auch mit Blick auf die vom Kläger vorgelegten Rechtsgutachten aus den Jahren 1992 und 1994 fest. Abschnitt VI Nr. 19 *lit. a* der Proklamation Nr. 2 der Oberbefehlshaber der Besatzungsstreitkräfte vom 20.9.1945 sei, bezogen auf den speziellen Fall der Staatsangehörigen von Ländern, die seinerzeit den Vereinten Nationen angehörten, in der Frage der "Doppelstaatler" ebensowenig eindeutig, wie die grundlegende Regelung in Abschnitt III Nr. 9 über den Schutz des Eigentums "nichtdeutscher Bürger" ("persons not of German nationality").

96. Ebenfalls um Fragen des Restitutionsausschlusses bei Enteignungen auf besatzungshoheitlicher Grundlage ging es im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.4.1997 (7 C 15/96 – VIZ 1997, 477). Der im Einigungsvertrag festgelegte Restitutionsausschluß für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher bzw. besatzungshoheitlicher Grundlage gehe auf das Verlangen der Regierungen der Sowjetunion und der DDR zurück. Während der DDR vor allem an der Festschreibung der durch die Enteignungen geschaffenen neuen Eigentumsverhältnisse gelegen war, sei für die Sowjetunion entscheidend gewesen, daß sie nicht durch die Rückgabe der enteigneten Vermögenswerte im Wege der Wiedergutmachung dem Vorwurf ausgesetzt sein wollte, sie habe während der Besatzungszeit staatliches Unrecht verübt oder zugelassen. Durch das in § 1 Abs. 8 *lit. a* Vermögensgesetz ausgesprochene Verbot, die fraglichen Enteignungen durch Rückgabe der Vermögenswerte wiedergutzumachen, habe der deutsche Gesetzgeber die Sowjetunion entsprechend ihrem Anliegen endgültig und abschließend von einem möglichen Unrechtsvorwurf entlastet. Deshalb gingen nachträgliche Entscheidungen, Äußerungen oder sonstige Verlautbarungen von Organen der Sowjetunion oder eines Nachfolgestaates zur Verantwortlichkeit für bestimmte Enteignungen während der Besatzungszeit als rechtlich bedeutungslos ins Leere, ganz abgesehen davon, daß es für Geltung und Reichweite des Restitutionsausschlusses nicht nur

auf die Vorstellung der Sowjetunion, sondern auch der DDR als einer der Vertragsparteien des Einigungsvertrages ankomme. Eine andere Beurteilung käme nur dann in Betracht, wenn das deutsche Wiedergutmachungsrecht ausdrücklich die Beachtlichkeit bestimmter nach dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages und des Vermögensgesetzes ergangener Rechtsakte der Sowjetunion oder eines Nachfolgestaates vorsehe. Eine solche Bezugnahme enthalte die Vorschrift des §1 Abs.8 *lit.* a Vermögensgesetz zu diesem Punkt aber nicht. Für die Frage, ob eine Enteignung überhaupt auf besatzungsrechtlicher oder -hoheitlicher Grundlage erfolgt und deshalb der sowjetischen Besatzungsmacht zuzurechnen ist, komme es daher allein auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der jeweiligen Enteignung an. Daraus folge, daß ein allgemeiner Rehabilitierungsausspruch auf der Grundlage des Gesetzes der russischen Föderation über die Rehabilitierung von Opfern politischer Repression vom 3.9.1993 ohne Auswirkungen auf das Bestehen von vermögensrechtlichen Ansprüchen ist, auch wenn in einer solchen Bescheinigung eine Distanzierung von Enteignungen in der Zeit zwischen 1945 und 1949 zum Ausdruck kommen sollte.

97. In seinem Urteil vom 31.7.1997 (7 C 43/96 – VIZ 1998, 204) befaßte sich das Bundesverwaltungsgericht mit den Voraussetzungen des Restitutionsausschlusses nach §1 Abs.8 *lit.* b Vermögensgesetz. Das BVerwG entschied, daß es auf die Auszahlung einer Entschädigungssumme für die Frage der Anwendbarkeit des zwischenstaatlichen Abkommens und damit des Restitutionsausschlusses nach §1 Abs.8 b Vermögensgesetz nicht ankomme. Entscheidend sei ausschließlich, daß der betroffene Vermögenswert in ein zwischenstaatliches Entschädigungsabkommen im Sinne von §1 Abs.8 b Vermögensgesetz wirksam eingezogen worden ist. Ob der durch den Vermögensverlust des einbezogenen Vermögenswertes individuell Geschädigte durch den Vertragspartner der DDR entschädigt wurde, sei keine Anwendungsvoraussetzung des §1 Abs.8 b Vermögensgesetz. Als entscheidend hierfür stellte das BVerwG auf die an die Vorschrift geknüpfte globale Entschädigung ab. Die Leistung einer hierauf beruhenden individuellen Entschädigung obliege ohnehin der innerstaatlichen Regelung des entschädigten Heimatstaates. Im Ergebnis schließe demzufolge die Anwendung des §11 c Satz 4 Vermögensgesetz (Eintragung des Zustimmungsvorbehalts) die Prüfung aus, ob der Geschädigte auf der Grundlage des jeweiligen Abkommens durch seinen Heimatstaat entschädigt worden ist. In bezug auf das zwischen Österreich und der DDR abgeschlossene Globalentschädigungsabkommen entschied das BVerwG zudem, daß Gegenstand dieses Abkommens das Vermögen eines österreichischen Staatsbürgers, das in die ausschließliche Verfügungsmacht der DDR gelangt ist, auch dann sein könne, wenn der österreichische Staatsbürger es nach dem 8.5.1945 erworben hatte. Weiterhin stellte das BVerwG fest, daß das Ergebnis der Vertragsauslegung, demzufolge bestimmte vermögensrechtliche Ansprüche in einem zwischenstaatlichen Abkommen wirksam geregelt wurden, bei der Anwendung des §1 Abs.8 b Vermögensgesetz in dem Sinne Tatbestandswirkung hat, daß die Rechtmäßigkeit der vertraglichen Regelung nicht zu prüfen ist.

98. Mit Kammerbeschluss vom 30.12.1997 (1 BvR 2339/95 u.a. – EuGRZ 1998, 62) wurde die Verfassungsbeschwerde einer deutschen GmbH mit schwedischer Muttergesellschaft nicht zur Entscheidung angenommen, die sich zum einen gegen das Urteil des BVerwG wandte, mit dem die Klage gegen das Ersuchen um Eintragung eines Zustimmungsvorbehaltes gemäß §11 c VermG bezüglich eines Grundstücks, das zum Gesamtkomplex “Komische Oper” in Berlin-Mitte gehört, abgewiesen wurde⁷⁷, und zum anderen gegen das Urteil des BGH wendete, mit dem die Klage auf Auskunft und Rechnungslegung über die Verwaltung des in Rede stehenden Grundstücks abgewiesen wurde.⁷⁸ Beide Urteile beruhten auf der Auffassung, daß das genannte Grundstück Gegenstand des Abkommens der Regierung Schwedens und der Deutschen Demokratischen Republik vom 24.10.1986 und damit gemäß §11 c Satz 1 VermG Gegenstand einer in §1 Abs.8 Buchstabe b VermG bezeichneten Vereinbarung sei. Zwar habe zwischen den Parteien des Abkommens bis zuletzt Dissens darüber bestanden, ob von dem Abkommen auch Gesellschaften erfaßt werden sollten, die ihren Sitz außerhalb Schwedens hatten, aber von einer Gesellschaft mit Sitz in Schweden kontrolliert wurden. Im Hinblick darauf, daß mit dem Abkommen alle offenen vermögensrechtlichen Ansprüche endgültig geregelt sein sollten, die Parteien sich auf eine Globalentschädigung geeinigt hätten und aus dieser der Muttergesellschaft ein Betrag auch für das streitgegenständliche Grundstück zugewiesen wurde, könne davon ausgegangen werden, daß eine Regelung dieser Ansprüche im Sinne des §1 Abs.8 Buchstabe b VermG vorliege. Die Kammer war nun der Ansicht, daß ein Verstoß gegen das Willkürverbot durch diese Urteile nicht festgestellt werden könne, da die Gerichte diese Auffassung in vertretbarer Weise nachvollziehbar begründet haben.

99. In seinem Urteil vom 20.3.1997 (7 C 23/96 – Neue Justiz 1997, 438 = VIZ 1997, 348) hatte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Frage zu befassen, ob eine Enteignung eines in der DDR belegenen Grundstücks ohne Beteiligung der in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Eigentümer an einem so gravierenden Verfahrensfehler leide, daß die Enteignung eine unlautere Machenschaft darstellt und das betroffene Grundstück damit gemäß §1 Vermögensgesetz zu rückübertragen ist. Nach Art. 19 Satz 1 EV bleiben vor dem Wirksamwerden des Beitritts ergangene Verwaltungsakte der DDR wirksam. Wirksam ergangen und damit gemäß Art. 19 Satz 1 Einigungsvertrag auch weiterhin gültig seien alle Verwaltungsakte, die nach der seinerzeitigen Staats- und Verwaltungspraxis der DDR ungeachtet etwaiger Rechtsmängel als wirksam angesehen und behandelt wurden. Dies bedeute, daß alle in der DDR als wirksam angesehenen und behandelten Enteignungsmaßnahmen wirksam bleiben, sofern sie nicht durch Restitution nach dem Vermögensgesetz rückgängig gemacht werden oder sonst auf der Grundlage des Art. 19 Satz 2 Einigungsvertrag in Verbindung mit den dazu erlassenen Gesetzen, etwa dem VwRehaG, wegen Unvereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen aufgehoben werden können. Die städtebaulichen Enteignungen auf

⁷⁷ BVerwGE 99, 276.

⁷⁸ BGHZ 134, 67.

der Grundlage des Aufbaugesetzes und des Baulandgesetzes seien in der DDR auch dann als wirksam angesehen und behandelt worden, wenn die Enteignungen entsprechend der allgemeinen Behördenpraxis ohne Beteiligung der in der Bundesrepublik Deutschland oder im (westlichen) Ausland lebenden Eigentümer durchgeführt wurden. Der Rückübertragungsantrag mußte daher erfolglos bleiben.

100. Das Bundesverwaltungsgericht befaßte sich in seinem Urteil vom 15.10.1997 (7 C 21.96 – DÖV 1998, 290) mit dem öffentlich-rechtlichen Status der Israelitischen Synagogengemeinde Adass Jisroel zu Berlin. Die im Jahr 1869 gegründete Religionsgemeinschaft bekam 1885 die Rechte einer Synagogengemeinde verliehen. Zur Zeit des Nationalsozialismus wurde ihr der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts entzogen. Infolge Deportation kam das Gemeindeleben zum Erliegen. 1986 wurde in Berlin (West) ein Verein zur Förderung von Adass Jisroel gegründet. Am 18.12.1989 gab die Regierung der DDR eine Erklärung ab, in der es hieß, daß die Israelitische Synagogengemeinde Adass Jisroel zu Berlin nicht durch faschistischen Willkürakt untergegangen ist, sondern fortbesteht, daß dementsprechend ihr Rechtsstatus in der DDR voll gewahrt ist und daß der Vorstand die sich aus der Rekonstituierung ergebenden Rechte entsprechend der Rechtsordnung der DDR voll wahrnehmen kann. Diese Erklärung hat nach Auffassung des BVerwG rechtlichen Entscheidungsgehalt. Sie habe verbindlich klären sollen, daß die wiederbelebte Gemeinde als mit der Gemeinde von 1869 rechtlich identisch angesehen werde. Daß die Erklärung keine Aussage zur Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts enthält, erkläre sich daraus, daß dieser Rechtsstatus seit 1968 in der Verfassung der DDR nicht mehr vorgesehen war. Dieser feststellende Verwaltungsakt vom 18.12.1989 gelte gemäß Art. 19 Satz 1 EV fort. Dabei komme entgegen der Auffassung des OVG den Verwaltungsakten der DDR nach Art. 19 Satz 1 EV grundsätzlich ebenso Geltung im gesamten Bundesgebiet zu, wie dies für Verwaltungsakte zutrifft, die bis zum 3.10.1990 von einer Behörde eines alten Bundeslandes erlassen worden sind. Zudem könnten statusbildende Verwaltungsakte schon wegen ihres Inhalts nicht in ihrer Geltung auf Teile des Bundesgebietes beschränkt werden. Da über das 1988/89 beim damaligen Land Berlin angebrachte Begehren des Vereins auf Anerkennung als mit der Gemeinde von 1869 identisch nie zum Nachteil der Klägerin entschieden wurde, seien keine Gründe ersichtlich, dem Verwaltungsakt vom 18.12.1989 die Geltung zu versagen. Auf die Frage, ob die Gemeinde von 1869 durch die jahrzehntelange Untätigkeit untergegangen sei, komme es daher wegen des Verwaltungsaktes der Regierung der DDR, der im gegenteiligen Sinn über den Fortbestand entschieden hat, nicht an. Religionsgemeinschaften in der ehemaligen DDR, die bereits vor dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung Körperschaften des öffentlichen Rechts waren oder denen der öffentlich-rechtliche Korporationsstatus unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung verliehen worden ist, haben diesen Status am 3.10.1990 verfassungskräftig wiedererlangt, wenn sie ihn infolge der Nichtanerkennung dieses Status durch die DDR verloren hatten. Seit dem 3.10.1990 beruhe der Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts bei allen Religionsge-

meinschaften, die die Voraussetzungen des Art. 137 Abs. 5 Weimarer Reichsverfassung erfüllen, einheitlich auf Art. 140 GG. Die Klägerin habe bereits vor dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung im Jahre 1919 aufgrund der Verordnung des Königs von Preußen vom 9.9.1885⁷⁹ den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts innegehabt. Dieser Status sei ihr nicht durch § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der jüdischen Kultusvereinigungen vom 28.3.1938⁸⁰ wirksam entzogen worden. Die Vorinstanzen hätten zutreffend ausgeführt, daß die Überführung der jüdischen Gemeinden in den Status eines bürgerlich-rechtlichen Vereins im Zusammenhang mit der vom deutschen Staat seit 1933 planmäßig betriebenen Verfolgung und Vernichtung der Juden steht und daher als eine in das Gewand des Rechts gekleidete Willkürmaßnahme von Anfang an nichtig war. Dem sei nichts hinzuzufügen.

101. Das Bundesverfassungsgericht befaßte sich in seinem Urteil vom 8.4.1997 (1 BvR 48/94 – BVerfGE 95, 267 = DÖV 1997, 545 = Neue Justiz 1997, 360) mit der Überleitung von Altschulden der landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften der DDR. Die Altschulden seien beim Untergang der DDR nicht erloschen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer gingen mit der Verfassung eines Territoriums nicht die in ihm bestehenden Rechtsbeziehungen unter. Beim Verfassungswechsel sei vielmehr die Kontinuität der nicht unmittelbar verfassungsrechtlich begründeten Rechtsbeziehungen die Regel, während ihre Aufhebung ausdrücklich angeordnet werde. Der Umstand, daß sich die Rechtsordnung der DDR von derjenigen der Bundesrepublik in Leitvorstellungen und Ausformungen grundlegend unterschied, führe ebenfalls nicht dazu, daß sämtliche Rechtsbeziehungen endeten und unter den neuen Bedingungen erneut begründungsbedürftig geworden wären. Das gelte nicht nur für Rechtsbeziehungen, die systemneutral sind, sondern auch für Rechtsbeziehungen, die zwar in derjenigen Form, die sie als Ausprägung des sozialistischen Rechtssystems in der DDR gefunden hatten, in der Bundesrepublik nicht hätten entstehen können, aber auch nicht Ausdruck des besonderen Unrechtsgehalts der früheren Ordnung seien. Letzteres sei bei den Kreditbeziehungen zwischen LPG und Bank für Landwirtschaft und Nahrungsmittelwirtschaft nicht der Fall. Bei der Altschuldenregelung habe sich der Gesetzgeber für einen Mittelweg zwischen vergangenheitsorientiertem und zukunftsgerichtetem Überleitungskonzept entschieden. Die vom Gesetzgeber gewählte Lösung der bilanziellen Entlastung nach § 16 Abs. 3 DM-Bilanzierungsgesetz stelle unter der Voraussetzung, daß die bilanzielle Entlastung ihr Ziel erreicht, keine unzumutbare Belastung der LPG und ihrer Rechtsnachfolger dar. Sie sei derzeit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Wegen der Ungewißheit der Zielerreichung müsse der Gesetzgeber aber die weitere Entwicklung beobachten und gegebenenfalls eine Nachbesserung der Regelung vornehmen. Hierfür scheine eine Frist von 10 Jahren ab Herstellung der deutschen Einheit und Einführung der bilanziellen Entlastung angemessen.

⁷⁹ Preußische Gesetzessammlung, 337.

⁸⁰ Reichsgesetzblatt I, 338.

102. In seinem Beschluß vom 21.12.1997 (2 BvL 6/95 – DÖV 1998, 468 = NJW 1998, 1699) entschied das Bundesverfassungsgericht, daß Gesetze der Deutschen Demokratischen Republik, die nach Art. 9 Abs.2 des Einigungsvertrages in Verbindung mit dessen Anlage II in Kraft bleiben sollen, nicht der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs.1 GG unterliegen. Das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts gelte nur für solche Gesetze, die unter der Herrschaft des Grundgesetzes erlassen worden sind. Nur solche vorkonstitutionellen Gesetze stünden den nachkonstitutionellen gleich, die der Gesetzgeber nach Inkrafttreten des GG in seinen Willen aufgenommen habe. Nach Art. 9 Abs.2 Einigungsvertrag bleibt das in Anlage II aufgeführte Recht der DDR mit den dort genannten Maßgaben in Kraft, soweit es mit dem Grundgesetz unter Berücksichtigung des Einigungsvertrages sowie mit dem unmittelbar geltenden Recht der Europäischen Gemeinschaften vereinbar ist. Die Überleitungsvorschriften des Einigungsvertrages inkorporieren Recht der DDR in die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland und nehmen dabei die einzelnen Vorschriften, die in Kraft bleiben sollen, in den Blick. Indessen werde dadurch diesen Vorschriften nicht der Rang nachkonstitutionellen Rechts der Bundesrepublik Deutschland verliehen. Der Gesetzgeber der Bundesrepublik Deutschland habe diese Vorschriften lediglich hingenommen und von ihrer Aufhebung abgesehen, ohne sie in ihrer Geltung zu bestätigen. Für die nachträgliche Prüfung am Maßstab des Grundgesetzes gelte das in Art. 101 Abs.1 GG geregelte Verfahren der konkreten Normenkontrolle daher nicht.

103. Der Bundesgerichtshof befaßte sich in seinem Urteil vom 18.12.1997 (X ZR 35/95 – NJW 1998, 1701 = VIZ 1998, 269) mit dem Übergang werkvertraglicher Verbindlichkeiten gemäß Art. 21 Einigungsvertrag auf die Bundesrepublik Deutschland. Gegenstand des Streits war ein vom Ministerium für nationale Verteidigung der DDR geschlossener Vertrag über die Lieferung von Schnellbooten, der vom klagenden Hersteller bereits vor der Wiedervereinigung teilweise erfüllt worden war. Die in Art. 21 und 22 EV vorgenommene Zuordnung des Vermögens der DDR beruhe auf der traditionellen Unterscheidung des Verwaltungsrechts zwischen Verwaltungs- und Finanzvermögen. Zum sogenannten Verwaltungsvermögen gehörten jedenfalls die öffentlichen Sachen, das heißt, das "Inventar" des Staates, das durch seinen unmittelbaren Gebrauch der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben dient. Mit Art. 21 Abs.1 Einigungsvertrag sei lediglich eine partielle, gegenständlich begrenzte Rechtsnachfolge bezüglich unmittelbar bestimmten Verwaltungsaufgaben dienender Vermögensgegenstände (Verwaltungsvermögen) geschaffen worden. Schnellboote, die dafür ausgerüstet und bestimmt sind, militärischen Zwecken zu dienen, seien dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen, da sie durch ihren unmittelbaren Gebrauch der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben dienen. Die Bundesrepublik Deutschland habe unstreitig drei solcher Boote übernommen, die auf der Grundlage des nicht vollständig erfüllten einheitlichen Vertrages vom 31.1.1985 und der Nachträge zu diesem Vertrag hergestellt worden sind. Aus Art. 21 Abs.1 Einigungsvertrag könne nicht hergeleitet werden, daß nur diese drei Boote als Aktiva ohne weiteren Übertragungsakt auf die Bundesrepu-

blik Deutschland übergegangen wären, nicht aber die gesamten Passiva in Form aller Verbindlichkeiten aus dem nur teilweise erfüllten, einheitlichen Vertrag, wie sie am 3.10.1990 bestanden haben. Zum Verwaltungsvermögen gehörten auch die Passiva, die mit übernommenen Aktiva in innerem Zusammenhang stehen. Es komme insoweit nicht darauf an, ob sich bei einem Vergleich der Aktiva mit den zugehörigen Passiva ein positiver Saldo ergibt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts könne ein einheitlicher Vertrag nicht in einen nicht erfüllten und einen vom Werkunternehmer erfüllten Teil aufgespalten werden, wobei dann nur die auf den rechtlich verselbständigten erfüllten Teil entfallenden Verbindlichkeiten nach Art. 21 Abs.1 Satz 1 Einigungsvertrag übergehen sollen, wie das Berufungsgericht meint. Sind auf der Grundlage eines teilweise erfüllten, einheitlichen Werkvertrages Gegenstände des Verwaltungsvermögens der DDR gemäß Art. 21 Abs.1 Satz 1 EV auf die Bundesrepublik Deutschland übergegangen, so seien auch alle auf dem Werkvertrag beruhenden Verbindlichkeiten mit übergegangen, die zum Zeitpunkt des Vermögensübergangs bestanden haben. Dem Kläger stehe daher ein Aufwendungsersatzanspruch wegen der Aufhebung des Vertrages gegen die Bundesrepublik Deutschland zu.

104. Der Bundesgerichtshof beschäftigte sich in seinem Urteil vom 9.7.1997 (5 StR 544/96 – BGHSt 43, 129 = DtZ 1997, 382) mit der Anwendbarkeit von Art. VIII Militärregierungsgesetz (MRG) Nr.53 bei Embargoverstößen von Bürgern der DDR. Der Angeklagte hatte als Staatssekretär im Ministerium für Außenhandel der DDR und Leiter des Bereichs "Kommerzielle Koordinierung" Anfang der 80er Jahre Handfeuerwaffen und Nachtsichtgeräte von der DDR aus über Mittelsmänner aus der Bundesrepublik Deutschland beschafft. Der Senat hält in Fällen der vorliegenden Art, welche die Verfolgung eines ehemaligen Bürgers der DDR betreffen, eine restriktive Auslegung der Strafbestimmung des Art. VIII MRG Nr.53 für geboten. Hier sei es angezeigt, die Strafbarkeit insoweit auf Fälle zu beschränken, in denen ein vergleichbarer Sachverhalt bei Anwendung des Außenwirtschaftsgesetzes verboten wäre. Dafür sprächen zwingende verfassungsrechtliche Gründe. Das in MRG Nr.53 seit dem Inkrafttreten des Außenwirtschaftsgesetzes 1961 nur noch für den innerdeutschen Waren- und Geldverkehr geltende umfassende Verbot trug den besonderen Umständen Rechnung, die mit der Teilung Deutschlands verbunden waren. Daher gingen die im MRG Nr.53 vorgesehenen strafbewährten Verbote erheblich über die Beschränkungen hinaus, die im Außenwirtschaftsgesetz für den Handelsverkehr mit dem Ausland vorgesehen gewesen seien. Wenn die bis zum Jahre 1990 bestehenden besonderen deutschlandpolitischen Zwänge außer Betracht blieben, begegnete der Umfang der Strafbarkeit nach Art. VIII MRG Nr.53 beachtlichen Einwänden. So könne eine Strafverfolgung gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen, wenn feststeht, daß durch die Anwendung der einschlägigen Strafvorschriften keiner der gesetzlich anerkannten Strafzwecke mehr zu erreichen ist. Mit der Herstellung der deutschen Einheit hätten die Verbote und Gebote nach den Devisenbewirtschaftungsgesetzen ihre Geltung verloren. Dieser Befund mache es erforderlich, Gesichtspunkte der Prävention und der Sühne gegenüber ehe-

malignen DDR-Bürgern bei Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften des (innerdeutschen) Wirtschaftsverkehrs im besonderen Maße zu rechtfertigen. Eine solche Rechtfertigung wäre zweifelhaft, wenn eine Strafverfolgung nur den Sinn hätte, diese Menschen zur Achtung obsoleter Gesetze anzuhalten, soweit diese Gesetze speziell und ausschließlich den Zweck hatten, das Land, dessen Bürger sie waren, besonders restriktiven Regelungen zu unterwerfen. Eine Sanktion sei dagegen gerechtfertigt, soweit das Verhalten des Täters selbst bei Zugrundelegen der liberalen Maßstäbe des Außenwirtschaftsgesetzes als sanktionsbewehrtes Unrecht erscheint. Völkerrechtliche Prinzipien stünden einer Bestrafung des Angeklagten nicht im Wege. Das völkerrechtlich allgemein anerkannte Schutzprinzip räume den Staaten die Befugnis ein, im Ausland von In- oder Ausländern begangene Delikte zu bestrafen, welche die Existenz oder andere wichtige Rechtsgüter des Staates bedrohen. Aus den Genehmigungsvorbehalten des § 5 Außenwirtschaftsverordnung ergebe sich, daß sanktionsbewehrte Ausfuhrbeschränkungen gesamtwirtschaftlichen Belangen, dem Interesse der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, ihren auswärtigen Beziehungen und dem friedlichen Zusammenleben der Völker oder der Erfüllung zwischenstaatlicher Vereinbarungen dienen. Es liege auf der Hand, daß diese Anliegen auch dem Schutz der freiheitlich verfaßten Bundesrepublik Deutschland nach außen dienen. Hinzu komme, daß der Export von militärisch nutzbaren Gütern "wichtige Rechtsgüter" der Bundesrepublik Deutschland bedroht. In Art. 26 GG habe sich die Bundesrepublik Deutschland zur Friedensstaatlichkeit bekannt. Handlungen, die geeignet seien und in der Absicht vorgenommen würden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, seien verfassungswidrig und unter Strafe zu stellen. Auch wenn eine solche Absicht nicht festgestellt sei, so sei doch schon der ungenehmigte Export militärisch nutzbarer Gegenstände geeignet, das hochrangige Rechtsgut der Friedensstaatlichkeit zu verletzen. Schließlich bestehe auch keine allgemeine Regel des Völkerrechts, wie ein Staat, nachdem ihm ein anderer Staat beigetreten ist, mit Personen verfahren darf, die Straftaten zugunsten des beigetretenen Staates begangen haben.

105. In seinem Beschluß vom 31.1.1997 (AnwZ (B) 8/96 – DtZ 1997, 255) entschied der Bundesgerichtshof, daß die Rücknahme der Anwaltszulassung rechtmäßig ist, wenn bei der Mitwirkung an der Rechtsprechung der DDR in politischen Strafsachen gegen die Grundsätze der Menschlichkeit und Rechtsstaatlichkeit verstoßen wurde. Zwar genüge nicht die bloße Mitwirkung allein, wohl aber ein massiver Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit durch Verhängung gänzlich überhöhter Strafen durch den Ast. in seiner früheren Funktion als Vorsitzender eines Stadtbezirksgerichts. Der Ast. habe sich hierdurch als für den Beruf des Rechtsanwalts in einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Demokratie nicht tragbar erwiesen. Die gegen dieses Urteil eingelegte Verfassungsbeschwerde nahm das Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung an. Im Nichtannahmebeschluß vom 28.5.1997 (1 BvR 481/97 – EuGRZ 1997, 378) heißt es, daß nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Widerruf der Anwaltszulassung von in der DDR als Rechtsanwalt tätig gewesenen Juristen verfassungsrechtlich unbedenklich ist, wenn sie wegen Beteiligung an eklatanten Unrechtshandlungen nicht

vertrauenswürdig sind.⁸¹ Danach bedürfe keiner weiteren Senatsentscheidung, daß dies auch für Rechtsanwälte gilt, die in ihrer früheren Funktion als Richter an solchen Unrechtshandlungen beteiligt waren.

106. Der Sächsische Verfassungsgerichtshof befaßte sich in seinem Beschluß vom 20.2.1997 (Vf. 25-IV-96 – LKV 1997, 285) mit dem Ausschluß der Wählbarkeit vom Bürgermeisteramt aufgrund früherer MfS-Tätigkeit. Die diesbezügliche Regelung in §49 Abs.1 SächsGO i.V. mit §6 Abs.2 Nr.2 SächsBG sei verfassungskonform dahin gehend auszulegen, daß der “grundsätzliche” Ausschluß nicht bedeute, daß bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen im Regelfall die gesetzliche Rechtsfolge eintrete, sondern daß “grundsätzlich” hier bedeute, daß eine Tatsache Ausgangspunkt für weitere Überlegungen sein soll. Die aus der Sächsischen Verfassung folgende Ermächtigung zur Beschränkung der Wählbarkeit bei früherer MfS-Tätigkeit erfordere eine ergebnisoffene Einzelfallprüfung ohne eine der MfS-Tätigkeit zukommende Indizwirkung für die Untragbarkeit der Berufung in das Amt.

107. In einem Urteil vom 8.7.1997 (1 BvR 1934/93 – BVerfGE 96, 189 = NJW 1997, 2305 = MDR 1997, 945) entschied das Bundesverfassungsgericht, daß der in Anl. I Kap. XIX Sachgeb. A Abschn. III Nr.1 V Nr.2 EinigungsV vorgesehene Sonderkündigungstatbestand wegen Tätigkeiten für das Ministerium für Staatssicherheit/Amt für nationale Sicherheit mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers trotz einer solchen Tätigkeit zuzumuten ist, seien die Umstände des Einzelfalles zu würdigen. Eine frühere Tätigkeit als inoffizieller Mitarbeiter genüge für sich allein nicht, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen.

Mit Urteil vom selben Tage (1 BvR 2111/94, 1 BvR 195/95 und 1 BvR 2189/95 – NJW 1997, 2307) entschied das Bundesverfassungsgericht, daß das Verlangen der Arbeitgeber gegenüber den aus dem Öffentlichen Dienst der DDR übernommenen Arbeitnehmern vor einer Entscheidung über eine Kündigung nach den Vorschriften des Einigungsvertrages, Fragen über frühere Parteifunktionen in der SED und Tätigkeiten für das Ministerium für Staatssicherheit zu beantworten, mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Betroffenen vereinbar war.

XII. Stationierungsstreitkräfte

108. Das OVG Rheinland-Pfalz stellte in seinem Urteil vom 10.11.1994 (1 A 11198/93.OVG – AS 25, 91) fest, daß durch die Bestimmungen des NATO-Truppenstatuts zur Abgeltung von Stationierungsschäden der Entschädigungsberechtigte nicht gehindert wird, seine Ansprüche auch unmittelbar gegenüber einem deutschen Entschädigungspflichtigen geltend zu machen. Die beklagte Stadt hatte die Klägerin für die Kosten einer Gefahrerforschungsmaßnahme zur Feststellung des Umfangs der von der Klägerin verursachten Bodenverschmutzung durch Mineralöl in Anspruch genommen. Zunächst stellte das OVG fest, daß die Klägerin

⁸¹ BVerfGE 93, 213 (235 ff.).

entgegen ihrem Vorbringen aufgrund ihrer vertraglichen Verpflichtung gegenüber den US-Streitkräften nicht an der Exemption der NATO-Streitkräfte teilnimmt, da diese nur für die Streitkräfte und ihre Entsendestaaten, nicht dagegen für einzelne Mitglieder der Truppe oder im Dienst der Truppe stehende Zivilpersonen gilt. Weiterhin hätte im vorliegenden Fall die Beklagte ihren Schaden zwar nach Art. VIII Abs.5 NTS gegenüber dem Entsendestaat bei den Behörden der Verteidigungslastenverwaltung geltend machen können, da die US-Streitkräfte die Klägerin zu der Verrichtung bestellt hatten, bei deren Ausführung der Schaden verursacht worden ist und eine Entschädigungspflicht der US-Streitkräfte somit gegeben ist. Aus den für die Abgeltung von Stationierungsschäden geltenden Vorschriften des Art. VIII Abs.5 NTS und Art. 41 Abs.1 ZA-NTS könne indes nicht gefolgert werden, daß der Entschädigungsberechtigte seine Ansprüche nur gegenüber dem Entsendestaat geltend machen könne und eine unmittelbare Inanspruchnahme des Schädigers ausgeschlossen wäre. Im Gegensatz zu der vor dem NATO-Truppenstatut geltenden Regelung des Finanzvertrages⁸², der in Art. 8 Abs.1 ausdrücklich bestimmte, daß Entschädigungsansprüche nur gemäß diesen Vorschriften geltend gemacht werden können, sei ein solcher Ausschluß im NATO-Truppenstatut nicht enthalten. Zudem sei in Art. VIII Abs.5 NTS eine Bestimmung enthalten, die die Vollstreckung von Urteilen gegen Truppenmitglieder verbietet, die in einer aus der Ausübung des Dienstes herrührenden Angelegenheit ergangen sind. Diese wäre überflüssig, wenn bereits die allgemeine Regelung als abschließende Regelung zu verstehen wäre. Selbst wenn diese Regelung eine reine Vorsichtsmaßnahme darstelle, mache sie doch deutlich, daß dann gegenüber zivilen Bediensteten die Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen nicht ausgeschlossen ist.

XIII. Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen

109. In einem Nichtannahmebeschuß vom 8.1.1997 (2 BvR 1878/96 – NJW 1997, 1500) führte die 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts auf die Verfassungsbeschwerde einer österreichischen Aktiengesellschaft gegen eine Beschwerdeentscheidung einer technischen Kammer des Europäischen Patentamtes aus, daß die Verfassungsbeschwerde mangels Beschwerdebefugnis unzulässig ist, da in der Handhabung der für die Beschwerdekammer des Europäischen Patentamtes geltenden Verfahrensregeln jedenfalls gegenüber der ausländischen Beschwerdeführerin kein Akt der öffentlichen Gewalt im Sinne von §90 Abs.1 BVerfGG liegt⁸³.

⁸² BGBl. II 1955, 381.

⁸³ Vgl. dazu auch die Ausführungen zum Grundrechtsschutz gegenüber Hoheitsakten der Europäischen Gemeinschaften in BVerfGE 89, 155 (174f.) (*Maastricht-Vertrag*).

XIV. Europäische Gemeinschaften

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

110. In seiner Entscheidung vom 15.5.1997 (Vf. 21-VII-95 u. a. – = BayVerfGH 50, 76 = NVwZ 1998, 54 = BayVBl. 1997, 495) befaßte sich der Bayerische Verfassungsgerichtshof mit der Frage, ob die Regelungen im Gemeinde- und Landkreiswahlgesetz über das aktive und passive Kommunalwahlrecht der ausländischen Unionsbürger mit der bayerischen Verfassung vereinbar sind. Die Antragsteller hatten gerügt, daß die Erschwerungen und Einschränkungen des aktiven und passiven Kommunalwahlrechts und der Zulassung zu den öffentlichen Ämtern des 1. Bürgermeisters, des Landrats und ihrer Stellvertreter für ausländische Unionsbürger gegen durch Europarecht “angereicherte” Landesverfassungsnormen verstoßen. Demgegenüber war der BayVerfGH der Auffassung, daß die einschlägigen Vorschriften der bayerischen Verfassung durch das Recht der EG nicht dahin abgeändert worden sind, daß den ausländischen Unionsbürgern das Kommunalwahlrecht und die Zulassung zu öffentlichen Ämtern in gleichem Umfang mit deutschen Staatsbürgern nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts nunmehr landesverfassungsrechtlich eingeräumt ist. Selbst wenn man von einem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Europafreundlichkeit, wie es von den Antragstellern beansprucht werde, auszugehen hätte, bliebe es bei der Eigenständigkeit der gemeinschaftsrechtlichen und der innerstaatlichen Rechtsordnung. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über das Kommunalwahlrecht seien daher nicht Inhalt und Teil der bayerischen Verfassung. Auch das in Art. 6 EGV generell und in Art. 8 b Abs.1 EGV für das Kommunalwahlrecht enthaltene Diskriminierungsverbot, das es gebietet, ausländische Unionsbürger in bezug auf das Kommunalwahlrecht mit Deutschen gleichzustellen, soweit nicht das Gemeinschaftsrecht Einschränkungen enthält, ändere an dieser Eigenständigkeit der Rechtsordnungen nichts. Das Diskriminierungsverbot habe damit nicht zur Folge, daß das nach Maßgabe des Art. 8 b Abs.1 EGV eingeräumte Kommunalwahlrecht als Recht auf Wahlgleichheit deswegen in die bayerische Verfassung inkorporiert werde, weil deutschen Staatsbürgern ein Grundrecht auf gleiche Wahl zusteht. Die folglich den alleinigen Prüfungsmaßstab darstellende bayerische Verfassung sei durch die angegriffenen Vorschriften nicht verletzt.

111. Das Bundesverwaltungsgericht entschied in seinem Urteil vom 7.8.1997 (3 C 23.96 – DVBl. 1998, 148), daß eine EG-Richtlinie, deren Umsetzungsfrist noch läuft und die noch nicht in nationales Recht umgesetzt worden ist, keine Grundlage für eine richtlinienkonforme Auslegung ist.

112. Das OVG Nordrhein-Westfalen war in seinem Beschluß vom 1.2.1996 (13 B 3388/95 – OVG 45, 217) der Auffassung, daß die dynamische Verweisung auf eine EG-Richtlinie wie in §11 Fleischhygiene-Verordnung bei summarischer Prüfung nicht zu beanstanden sei. Danach ist für die Zulassung von Schlachtbetrieben die Frischfleisch-Richtlinie in der jeweils jüngsten Fassung im Amtsblatt der EG maßgebend. Zwar handele es sich bei der Bezugnahme auf die Richtlinie

auch um eine Regelung der Berufsausübung. Jedoch sei der deutsche Gesetzgeber ohnehin verpflichtet, die jeweiligen Änderungen umzusetzen, so daß Bedenken wegen der Aufgabe der eigenen – formellen – Rechtsetzungsbefugnis zurückgestellt werden müßten und zudem der deutsche Gesetzgeber im Falle eines Grundrechtsverstosses oder der Überschreitung der Ermächtigungsgrenzen der EG seine Verordnung hinreichend schnell ändern und die Verweisung auf die Richtlinie zurücknehmen könne.

113. Mit Beschluß vom 22.1.1997 (2 BvR 1915/91 – EuZW 1997, 734) hat das Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde zur Frage, ob die Verpflichtung zum Aufdruck von Warnungen vor den Gesundheitsgefahren des Rauchens auf Packungen von Tabakerzeugnissen mit den Grundrechten vereinbar ist, als unbegründet zurückgewiesen. Begründung: Das BverfG betonte, daß es bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung des gegenständlichen §3 der VO über die Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen nicht darauf ankommt, ob die zur Umsetzung der Kennzeichnungsvorschriften verpflichtenden EG-Richtlinien gemeinschaftsrechtsgültig sind, welche innerstaatliche Verbindlichkeit sie begründen, ob die Beschwerdeführer beim EuGH ein Verfahren der konkreten Normenkontrolle anhängig machen können und welcher grundrechtliche Maßstab auf abgeleitetes Gemeinschaftsrecht anwendbar ist. Eine Grundrechtsverletzung liege indes nicht vor, insbesondere Art. 12 GG sei durch die Verpflichtung nicht verletzt.

114. Der Bayerische VGH nahm in seinem Urteil vom 30.4.1997 (19 B 94.1269 – BayVBl. 1998, 21) zur Frage der Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte nach dem Gesetz zur Durchführung der gemeinsamen Marktordnung (MOG) Stellung. Grundsätzlich steht die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes im Ermessen der Behörde (§48 Abs.1 Satz 1 VwVfG). Bei flächenbezogenen Beihilfen für benachteiligte Gebiete i.S. des §6 Abs.1 Nr.7 MOG bestehe nach §10 Abs.1 Satz 1 MOG in solchen Fällen jedoch kein Ermessensspielraum, sondern eine grundsätzliche Rücknahmepflicht. Allerdings nimmt §10 MOG auf §48 Abs.2 bis 4 VwVfG Bezug, der materielle Regelungen für Ausnahmen enthält. Das Gericht prüft daher zunächst, ob ein Ausschlußtatbestand des §48 Abs.2 Satz 3 VwVfG vorliegt, der es bei der Rücknahmepflicht beläßt, läßt diese Frage aber offen. Denn selbst wenn der Kläger im vorliegenden Fall auf den Bestand des Zuwendungsbescheides vertraut haben sollte, sei dieses Vertrauen nicht schutzwürdig. Da ein Verbrauch der Leistung nicht vorliege, seien das Vertrauen des Klägers auf den Bestand und das öffentliche Interesse an der Rücknahme des Verwaltungsaktes abzuwägen. Umstände, die das Vertrauen des Klägers als besonders schutzwürdig erscheinen lassen, seien nicht ersichtlich. Dem Kläger seien keine Schäden entstanden, insbesondere keine anderen Fördermittel entgangen. Demgegenüber komme dem öffentlichen Rücknahmeinteresse bei gemeinschaftsrechtlichen Subventionen grundsätzlich hohes Gewicht zu. Das nationale Recht müsse nach der Rechtsprechung des EuGH so angewendet werden, daß die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht praktisch unmöglich wird. Das öffentliche Rücknahmeinteresse müsse daher nicht nur in Fällen der Bösgläubigkeit durchgesetzt werden. Dem durch die

Einwirkung des Gemeinschaftsrecht gesteigerten öffentlichen Rücknahmeinteresse gebühre bei der Abwägung im Rahmen des §48 VwVfG deshalb grundsätzlich der Vorrang vor dem gegenteiligen Interesse des Begünstigten. Besondere Umstände, aufgrund derer das Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe geschützt ist, seien beim Kläger nicht gegeben.

115. Das OLG Köln war in seinem Urteil vom 15.7.1997 (7 U 23/97 – NJW-RR 1998, 169 = EuZW 1998,95) der Auffassung, daß die Bundesrepublik Deutschland nicht verpflichtet war, Reiseverträge, die vor der Umsetzungsfrist für die Pauschalreise-Richtlinie 90/314/EWG (1.1.1993) abgeschlossen worden waren, in die durch die Richtlinie vorgeschriebene Konkursicherung einzubeziehen, auch wenn die Reise erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist angetreten werden sollte. Zu der Frage, ob die Sicherstellung der Reisenden auch schon für vor dem 1.1.1993 geschlossenen Verträge zu erfolgen hatte, sage die Richtlinie nichts aus. Auch aus dem Urteil des EuGH in der Sache *Dillenkofer*⁸⁴ lasse sich nichts dazu ableiten, ob der Abschluß des Reisevertrages oder der Antritt der Reise der maßgebende Zeitpunkt sein sollte. Durch eine Regelung, die auch noch nach Vertragsabschluß wirksam geworden wäre, hätte der Gesetzgeber aber auf bedenkliche Weise einseitig zu Lasten der Reiseveranstalter in bestehende Verträge eingegriffen, da die Veranstalter die Kosten für die Sicherung in die Kalkulation dieser Reisepreise nicht mit einfließen lassen konnten. Es ist nach Auffassung des Senats offenkundig, daß der Richtliniengeber eine solche Folge nicht gewollt hat, weshalb von einer Vorlage an den EuGH abgesehen werden konnte.

2. Allgemeines Diskriminierungsverbot

116. Mit der Wirkung von Art. 6 EGV im Urheberrecht befaßte sich das OLG Frankfurt a.M. in seinem Urteil vom 19.4.1997 (11 U 23/96 – GRURInt. 1997, 1006 [nicht rechtskräftig]). Der klagende Bühnen- und Musikverlag besitzt im Bereich der Bundesrepublik Deutschland die Aufführungsrechte an der Oper "La Bohème" des italienischen Komponisten Giacomo Puccini, der im Jahre 1924 verstorben ist. Der Kläger verlangt vom beklagten Land Schadensersatz wegen der im Staatstheater Wiesbaden ohne Zustimmung des Verlages vorgenommenen Aufführungen dieser Oper in den Jahren 1993 und 1994. Das beklagte Land war der Auffassung, daß der urheberrechtliche Schutz für die Werke Puccinis bereits 1980 abgelaufen sei. Demgegenüber bemißt sich nach Auffassung des OLG Frankfurt a.M. die Dauer des Schutzes für die Werke des Komponisten Giacomo Puccini nach der 70-jährigen Schutzfrist des deutschen Urheberrechts und endet deshalb nicht nach der kürzeren italienischen Schutzfrist von 56 Jahren. Diese Beurteilung folge aus der auch für Fälle der vorliegenden Art maßgeblichen und zugrundezulegenden Entscheidung des EuGH vom 20.10.1993 – *Phil Collins* –⁸⁵. Nach dieser Entscheidung kommt der Schutzfristenvergleich im Verhältnis zu Bürgern eines

⁸⁴ EuGH, NJW 1996, 3141 = EuZW 1996, 654.

⁸⁵ GRUR 1994, 280 ff.

EU-Mitgliedstaates nicht zur Anwendung, weil derartige Reziprozitätsvorbehalte nationaler Schutzvorschriften diskriminierend i.S.d. Art. 6 EGV wirken. Daher könne sich ein Urheber oder ausübender Künstler eines anderen Mitgliedstaates oder derjenige, der Rechte von ihm ableitet, vor dem nationalen Gericht unmittelbar auf das in dieser Bestimmung niedergelegte Diskriminierungsverbot berufen, um Gewährung des Schutzes zu verlangen, der inländischen Urhebern und ausübenden Künstlern vorbehalten ist. Damit ergebe sich bei Auslegung des Art. 6 Abs. 1 EGV i.S. dieser Entscheidung ein unmittelbarer Anspruch auf Gleichbehandlung mit inländischen Urhebern im Bereich der EG-Mitgliedsländer. Zudem sei dieser Entscheidung zu entnehmen, daß der urheberrechtliche Schutz für EU-Bürger in der Bundesrepublik Deutschland nicht davon abhängig gemacht werden darf, ob inländischen Künstlern im Herkunftsland des Schutzsuchenden vergleichbarer Schutz gewährt wird (sog. Reziprozität). Daher sei auch der Schutzfristenvergleich nach Art. 7 Abs. 8 RBÜ im Verhältnis zu EU-Urhebern unzulässig. Die abweichenden Regelungen des nationalen deutschen Urheberrechts stünden dem nicht entgegen, weil der Anspruch auf Gleichbehandlung mit deutschen Staatsangehörigen unmittelbar auf Grund des Art. 6 EGV bestehe. Dabei gelte das allgemeine Diskriminierungsverbot auch mit *ex tunc*-Wirkung. Aus deutscher Sicht bedeute dies konkret, daß alle belgischen, britischen, französischen und insbes. auch italienischen Urheber jedenfalls in Deutschland in den Genuß der 70-jährigen Schutzfrist *post mortem auctoris* gemäß § 64 Abs. 1 Urhebergesetz gelangt sind. Dem könne nicht entgegenggehalten werden, daß Giacomo Puccini bereits im Jahre 1924 verstorben ist und deshalb ersichtlich nicht mehr EU-Bürger werden konnte. Maßgeblich sei, daß Puccini Angehöriger eines Staates – Italien – gewesen ist, der mit Inkrafttreten der Europäischen Gemeinschaft im Jahre 1958 unmittelbar deren Mitglied geworden ist, sich deshalb das damals in diesem Land bereits angelegte Urheberrecht fortgesetzt hat und somit das Diskriminierungsverbot auch auf den Urheber durchgreift, der zu Lebzeiten noch nicht Staatsbürger eines EG-Landes gewesen ist. Nach Auffassung des Gerichts legt der Umstand, daß im 3. Urheberrechtsänderungsgesetz vom 23.6.1995 Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates der EU deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt werden und damit direkt nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz behandelt werden, die Annahme nahe, daß auch der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß das Diskriminierungsverbot, wie es nach der *Phil-Collins*-Entscheidung zu verstehen ist, auch für Werke derjenigen Urheber gelte, die zu Lebzeiten noch die Staatsangehörigkeit eines Landes besaßen, das erst später und nach deren Ableben Mitglied der EU geworden ist. Bei dieser Sachlage lasse sich deshalb die Auffassung rechtfertigen, daß Werke bereits verstorbener Urheber, die Staatsangehörige eines Landes waren, das mit Inkrafttreten des EWG-Vertrages Mitglied der EU geworden ist, aufgrund des Diskriminierungsverbots in Art. 6 EGV der 70-jährigen Schutzfrist nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz unterliegen, auch wenn sie nach dem Schutzfristenvergleich bereits frei geworden wären.

117. In seinem Urteil vom 23.4.1997 (19 B 96.763 – BayVBl. 1998, 278) untersuchte der Bayerische VGH, ob die Nichtanerkennung ausländischer Jägerprü-

fungen gegen Art. 6 EGV verstößt. Nach Auffassung des Gerichts findet das europarechtliche Diskriminierungsverbot aus Art. 6 Abs.1 EGV bei der Versagung eines Jagdscheins keine Anwendung. Dieses Diskriminierungsverbot gelte nur im Anwendungsbereich des EGV, also nur in den Sachbereichen, in denen die Gemeinschaft Aufgaben wahrnimmt. Der Bereich des Jagdrechts als nationales Sicherheitsrecht falle nicht in den Aufgabenkreis der Gemeinschaft. Der Anwendungsbereich des EGV erfasse deshalb auch nicht die Erteilung von Jagdscheinen.

3. Unionsbürgerschaft

118. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluß der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 19.2.1997 (2 BvR 2621/95 – EuGRZ 1997, 379 = BayVBl. 1997, 499) eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, die sich dagegen wandte, daß Unionsbürgern durch die Änderung der Hessischen Gemeindeordnung das aktive und passive kommunale Wahlrecht eingeräumt wurde, sie aber gleichzeitig ihr aktives und passives Wahlrecht bezüglich der Ausländerbeiräte behielten, was zu einem Plus an Wahlrechten und einem stärkeren Einfluß auf die Entscheidungen der Gemeindeorgane führe und den Beschwerdeführer in Art. 3 Abs.1 GG verletze. Das BVerfG führte aus, daß eine Verfassungsbeschwerde unzulässig ist, wenn sie nur zu einer Veränderung der Rechtslage zum Nachteil anderer führen kann. So liege der Fall hier. Eine Verletzung des Beschwerdeführers in eigenen Rechten sei nicht als möglich dargelegt. Ein subjektives Recht auf Ausschließung anderer von der Wahl gebe es nicht. Es könne auch nicht darauf gestützt werden, daß diese zusätzlich Mitglieder des Ausländerbeirates werden oder diese Mitglieder wählen könnten. Ein Ausschluß der Unionsbürger von den Wahlen zu den Ausländerbeiräten, die eine rein konsultative Tätigkeit ausübten, würde zu keiner Besserstellung des Beschwerdeführers führen.⁸⁶

Zum Urteil des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zum Kommunalwahlrecht für Unionsbürger vgl. oben [110].

119. Das VG Ansbach stellte in seinem Urteil vom 6.11.1997 (AN 4 K 96.01251 – DÖV 1998, 560 = bei VBL 1998, 346) fest, daß der Ausschluß ausländischer Unionsbürger vom passiven Wahlrecht für das Amt des ersten Bürgermeisters gemäß Art. 36 Abs.1 bay. GLKrWG weder gegen europäisches Gemeinschaftsrecht noch gegen deutsches Verfassungsrecht verstößt. Ein Verstoß gegen den neu eingefügten Art. 28 Abs.1 Satz 3 GG scheide aus, da er weder nach seiner Entstehungsgeschichte noch nach seinem Wortlaut die Einführung eines Kommunalwahlrechts für Unionsbürger gebiete oder ein solches voraussetze; er sei lediglich eine Öffnungs- bzw. Anwendungsklausel für gemeinschaftsrechtliche Vorschriften. Die maßgeblichen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften seien Art. 8 b EGV in der Fassung des EUV vom 7.2.1992 und die Richtlinie 94/80/EG des Rates vom

⁸⁶ Mit ähnlicher Begründung hatte dieselbe Kammer mit Beschluß vom 8.1.1997 (BvR 2862/95 – EuGRZ 1997, 380) eine Verfassungsbeschwerde gegen die baden-württembergische Umsetzung des Kommunalwahlrechts für Unionsbürger nicht zur Entscheidung angenommen.

19.12.1994. Art. 5 Abs.3 dieser Richtlinie verstoße als sekundäres Gemeinschaftsrecht nicht gegen das Primärrecht aus Art. 8 b EGV. In Art. 8 b Abs.1 Satz 2 EGV sei ausdrücklich normiert, daß das Wahlrecht aus Satz 1 vorbehaltlich der Einzelheiten ausgeübt wird, die vom Rat vor dem 31.12.1994 einstimmig auf Vorschlag der Kommission und der Anhörung des europäischen Parlaments festzulegen sind bzw. waren. Art. 5 Abs.3 der Ratsrichtlinie enthalte die Regelung einer solchen Einzelheit im Sinne des Art. 8 b Abs.1 Satz 2 EGV. Angesichts der unterschiedlichen Strukturen der Kommunen in den Mitgliedstaaten und der verschiedenen Wahlsysteme habe der europäische Gesetzgeber es für erforderlich gehalten, den Begriff der Kommunalwahl in der Ratsrichtlinie im Sinne einer Einzelheit näher zu bestimmen und bereits bei dieser Definition auf länderspezifische Besonderheiten – einschränkend – Rücksicht zu nehmen. Gemäß Art. 2 Abs.1 Buchst. b der Richtlinie seien danach unter “Kommunalwahlen” die allgemeinen unmittelbaren Wahlen zu verstehen, die darauf abzielen, die Mitglieder der Vertretungskörperschaften und gegebenenfalls gemäß den Rechtsvorschriften jedes Mitgliedstaates den Leiter und die Mitglieder des Exekutivorgans einer lokalen Gebietskörperschaft der Grundstufe zu bestimmen. Bereits aus der ausdrücklichen Erwähnung der genannten zwei Alternativen ergebe sich, daß der europäische Gesetzgeber den Problemkreis, daß nämlich in einzelnen Mitgliedstaaten die Besetzung der Leitungsfunktionen nicht unter das allgemeine aktive und passive Wahlrecht der Unionsbürger fallen solle bzw. müsse, gesehen und angesprochen habe. Primärrechtlich sei gerade in Kenntnis der spezifischen mitgliedstaatlichen Unterschiedlichkeiten und der von einzelnen Staaten geäußerten Vorbehalte in Art. 8 b Abs.1 und 2 EGV die Ermächtigung für den Rat ausgesprochen worden, in den “Einzelheiten” der Ratsrichtlinie das Wahlrecht der Unionsbürger näher auszugestalten. Daß sich diese Ausgestaltungsbefugnis folglich nicht nur auf die Bestimmung von Wahlmodalitäten, sondern gerade auf substantielle Bestimmungen beziehe, ergebe sich zudem daraus, daß die das Primärrecht setzenden vertragsschließenden Mitgliedstaaten exakt auch diejenigen sind, die durch die von ihnen entsandten und mitgliedstaatlich weisungsgebundenen Ratsmitglieder einstimmig über das das Primärrecht konkretisierende Sekundärrecht zu entscheiden hatten. Die Umsetzung der Ratsrichtlinie durch den bayerischen Gesetzgeber begegne ebenfalls keinen Bedenken. Nach Art. 5 Abs.3 und Abs.1 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten bestimmen, daß nur ihre eigenen Staatsangehörigen in die Ämter des Leiters des Exekutivorgans, seines Vertreters oder eines Mitglieds des leitenden kollegialen Exekutivorgans einer lokalen Gebietskörperschaft der Grundstufe unter den dort weiter genannten Voraussetzungen wählbar sind. Die genannten kommunalen Wahlämter können entsprechend dieser Ermächtigung den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten bleiben. Das Gemeinschaftsrecht erschließe den Mitgliedstaaten insoweit also eine Option. Der bayerische Gesetzgeber habe für die Bürgermeister- und Landratswahlen dahin optiert, daß nur deutsche Staatsangehörige gewählt werden können. Der Ausschluß der ausländischen Unionsbürger vom diesbezüglichen passiven Wahlrecht werde von Art. 5 Abs.3 der Richtlinie gedeckt.

4. Freier Warenverkehr

120. Der Bundesgerichtshof entschied in seinem Urteil vom 17.7.1997 (I ZR 58/95 – NJW 1998, 1792), daß es mit der in Art. 30 EGV gewährten Warenverkehrsfreiheit nicht zu vereinbaren ist, wenn der Parallelimporteure eines Arzneimittels, das mit einem im Inland fiktiv zugelassenen Präparat stoffidentisch ist, auf das Vollzulassungsverfahren nach §21 Arzneimittelgesetz (AMG) verwiesen wird. Dies gelte auch, wenn die beiden Mittel unterschiedliche Bezeichnungen tragen. Die Einfuhr eines in einem anderen EU-Mitgliedstaat zugelassenen Arzneimittels dürfe nur dann von einer Vollzulassung abhängig gemacht werden, wenn dies zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen erforderlich ist (Art. 36 EGV). Zwar bleibe es in Ermangelung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung über die Behandlung von Parallelimporten den Mitgliedstaaten überlassen, nationale Regelungen zur Kontrolle des Arzneimittelimports mit dem Zweck des Gesundheitsschutzes aufrecht zu erhalten oder zu schaffen. Nationale Importbeschränkungen müßten dabei aber mit Art. 30 EGV in Einklang stehen. Das Erfordernis einer Zulassung oder Genehmigung für parallelimportierte Arzneimittel stelle grundsätzlich eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 30 EGV dar. Diese Beschränkungen des Warenverkehrs seien gemeinschaftsrechtlich nur dann zulässig, wenn sie zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen notwendig sind (Art. 36 EGV). Ein Zulassungsverfahren sei daher unzulässig, wenn das parallelimportierte Präparat keine therapeutisch relevanten Unterschiede zu einem im Inland bereits zugelassenen Mittel aufweist. Diese Erwägungen gelten nach Ansicht des Gerichts auch für Parallelimporte, die eine stoffliche Identität mit einem aufgrund der Übergangsregelung des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelrechts fiktiv zugelassenen Präparat aufweisen. Zwar lägen der Zulassungsbehörde in diesem Fall keine geprüften Zulassungsunterlagen vor. Die fiktive Zulassung spreche aber dafür, daß ohne Gefahr für Leben und Gesundheit für Menschen auf diese Unterlagen verzichtet werden kann. Dies müsse dann auch für den Fall des Parallel- oder Reimports stofflich identischer Präparate gelten. Zwar wäre es mit Art. 30 EGV vereinbar, wenn das deutsche Arzneimittelrecht für Fälle wie den vorliegenden ein vereinfachtes, auf reine Identitätsprüfung beschränktes, Zulassungsverfahren vorsähe. Das deutsche Arzneimittelrecht kenne jedoch für Fälle der Bezugnahme auf ein fiktiv zugelassenes Präparat kein solches präventives Kontrollverfahren. Daher sei das von der Beklagten eingeführte Präparat allein aufgrund der Bezugnahme auf das fiktiv zugelassene stoffidentische Mittel der Klägerin in Deutschland verkehrsfähig.

121. Das KG Berlin untersuchte in seinem Urteil vom 29.5.1997 (25 U 9273/96 – EWS 1997, 323) die Vereinbarkeit des Verbots der Telefaxwerbung in Deutschland mit Art. 30 und Art. 59 EGV. In bezug auf Art. 30 EGV stellte das Gericht fest, daß es sich hier nur um eine Regelung von Verkaufsmodalitäten handelt. Methoden der Absatzförderung, die den Absatz der inländischen und EG-ausländischen Erzeugnisse rechtlich und tatsächlich in der gleichen Weise berühren, fielen nach der Rechtsprechung des EuGH (*Keck und Mithouard*) nicht in den Anwen-

dungsbereich des Art. 30 EGV. Auch der Anwendungsbereich des Art. 59 EGV sei nicht eröffnet, da es sich um eine Modalität der Dienstleistungserbringung handelt, die sich für alle Handelsvertreter im EG-In- und -Ausland rechtlich und tatsächlich gleich auswirke. Denkbar sei es zwar, daß bei einer Spezialisierung eines Dienstleistungsunternehmens auf Telefax-Werbung der Kern der Dienstleistung betroffen sein kann. Derartiges sei aber nicht vorgetragen. Zudem gebe es auch im EG-Ausland kein eigenständiges Berufsbild des Telefax-Werbers. Im übrigen wäre die Sicherung der freien Telekommunikation auch ein hinreichender zwingender Grund des Allgemeininteresses, der eine Beschränkung rechtfertigen würde.

5. Freizügigkeit

122. In seinem Urteil vom 12.11.1997 (6 C 12/96 – NVwZ 1998, 520 = DVBl 1998, 401) setzte sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Erfordernis einer behördlichen Genehmigung zur Führung eines ausländischen akademischen Grades nach baden-württembergischen Landesrecht (§55 b BadWürtt-UnivG) auseinander. Hinsichtlich der Vereinbarkeit eines solchen Genehmigungserfordernisses mit Art. 48 und 52 EGV habe die Entscheidung des EuGH vom 31.3.1993⁸⁷ grundlegend Klarheit geschaffen. Danach dürfe das Genehmigungsverfahren nur bezwecken zu überprüfen, ob der in einem anderen Mitgliedstaat aufgrund eines postgraduierten Studiums erworbene akademische Grad von einer hierfür zuständigen Hochschule im Anschluß an ein tatsächlich absolviertes Studium ordnungsgemäß verliehen worden ist. Soweit die baden-württembergische Regelung eine solche Überprüfung vorschreibe, genüge sie deshalb den Maßstäben des Gemeinschaftsrechts. Dagegen widersprächen zwei weitere Genehmigungsvoraussetzungen des §55 b BadWürtt-UnivG, nämlich die "Vergleichbarkeit" der verleihenden ausländischen Hochschule mit einer deutschen staatlichen Hochschule sowie die "Vergleichbarkeit" der der Verleihung des ausländischen Grades zugrundeliegenden "Studien- und Prüfungsleistungen" dem vom EuGH aufgezeigten, klar eingegrenzten Prüfungsmaßstab der "ordnungsgemäßen Verleihung" des Grades durch eine "hierfür" zuständige Hochschule. Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts führe daher dazu, daß diese dem Gemeinschaftsrecht widersprechenden Bestandteile der Regelung von den Behörden und Gerichten nicht mehr angewendet werden dürfen. Die übrigen Bestandteile der Regelung blieben weiterhin anwendbar, vorausgesetzt, daß sie in ihrer Gesamtheit noch eine aus sich heraus sinnvolle und handhabbare Restregelung darstellten, die mit diesem reduzierten Inhalt der erkennbaren Absicht des Normgebers noch am ehesten entspricht.

123. Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 19.2.1997 (5AzR 747/93 – EuZW 1997, 540 = NZA 1997, 705 = BB 1997, 2276) auf das Vorabentscheidungsurteil des EuGH in der Rechtssache *Paletta II* die vorinstanzlichen Ent-

⁸⁷ NVwZ 1993, 661.

scheidungen aufgehoben und zurückverwiesen. Der Kläger ist italienischer Staatsangehöriger und verlangte von seinem früheren deutschen Arbeitgeber Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Er machte geltend, im Urlaub in Italien erkrankt zu sein. Im Streit stand der Beweiswert des in Italien ausgestellten Krankenattestes. Der EuGH hatte in *Paletta IT*⁸⁸ festgestellt, daß Art. 18 VO (EWG) Nr.574/72 des Rates über die Durchführung der VO (EWG) Nr.1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, es dem Arbeitgeber nicht verwehrt, Nachweise zu erbringen, anhand derer das nationale Gericht ggf. feststellen kann, daß der Arbeitnehmer mißbräuchlich eine Arbeitsunfähigkeit gemeldet hat, ohne krank gewesen zu sein. Nach Auffassung des BAG liegt danach die Beweislast dafür, daß der Arbeitnehmer nicht arbeitsunfähig krank war und somit mißbräuchlich gehandelt hat, beim Arbeitgeber. Es sei aber entsprechend den allgemeinen Beweisregeln auch ein Indizienbeweis zulässig. Es sei Sache des LAG, die entsprechenden Feststellungen zu treffen. Der Beklagten gebe die Zurückverweisung Gelegenheit, ihren Vortrag, der Kläger und seine Angehörigen hätten sich auch in den Vorjahren im Urlaub "parallel" arbeitsunfähig krank schreiben lassen, zu präzisieren. Auch könnten aus der Weigerung des Klägers, die Ärzte, auf deren Zeugnis er sich berufen hat, von der Schweigepflicht zu entbinden, unter Umständen negative Schlüsse gezogen werden.

124. Der VGH München stellte in seinem Urteil vom 30.4.1997 (7 B 96.2564 – NJW 1998, 1006 = BayVBl. 1997, 724) fest, daß weder das nationale Recht noch europäisches Recht eine materielle Prüfung der Gleichwertigkeit italienischer juristischer Studienabschlüsse mit der deutschen Ersten Juristischen Staatsprüfung ermöglichen. Das Diskriminierungsverbot in Art. 48 EGV werde durch die verweigte Gleichwertigkeitsprüfung nicht berührt, da die Klägerin nicht gehindert wird, ein Arbeitsverhältnis in der Bundesrepublik Deutschland einzugehen. Es gebe keinen reglementierten Berufszweig, der die Erste Juristische Staatsprüfung voraussetze. Sie sei vielmehr Voraussetzung für die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst, bei dem es sich aber nicht um ein Arbeitsverhältnis handle. Zudem werde der Klägerin nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit der Zugang zum Vorbereitungsdienst verweigert, sondern wegen Fehlens der Zulassungsvoraussetzungen. Aus diesem Grund sei auch das allgemeine Diskriminierungsverbot nicht berührt. Eine Beschränkung von Art. 52 EGV scheidet ebenso aus, da es – wie ausgeführt – keinen Beruf gibt, für dessen Aufnahme das Erste Juristische Staatsexamen Voraussetzung wäre. Die Richtlinie des Rates der EG vom 21.12.1988 über die Anerkennung der Hochschuldiplome⁸⁹ regelt nur den unmittelbaren Zugang zum Beruf, begründe aber auch keinen Anspruch auf materielle Prüfung der Gleichwertigkeit und deren Feststellung bei nicht berufsqualifizierenden Hochschulabschlüssen.

⁸⁸ Urteil vom 2.5.1996, EuGH, Slg. I 1996, 2357.

⁸⁹ 89/48/EWG, abgedr. in: NVwZ 1990, 45 f.

125. Das Bundessozialgericht hat mit Urteil vom 10.7.1997 (14 Reg 8/96 – BSGE 80, 289) der Ehefrau eines in Deutschland beschäftigten Angestellten, die mit ihrem Ehemann und den drei gemeinsamen Kindern nahe der deutsch-belgischen Grenze in Belgien wohnt, einen Anspruch auf Erziehungsgeld zuerkannt. Der Anspruch sei nach §1 Abs.1 und Abs.4 Nr.1 BErzGG i.V.m. dem europäischen Gemeinschaftsrecht gegeben, da nach Art. 73 EWGV 1408/71 der belgische Wohnsitz der Klägerin und ihres Sohnes einem Wohnsitz in Deutschland gleichstehe. Der Anspruch sei auch nicht nach §8 Abs.3 BErzGG wegen eventueller Inanspruchnahme einer vergleichbaren Leistung, die der belgische Staat gewährt, ausgeschlossen, da sich diese Frage ausschließlich nach den gemeinschaftsrechtlichen Antikumulierungsvorschriften richte, nach denen der Anspruch auf das deutsche Erziehungsgeld im vorliegenden Fall vorrangig sei.

6. Niederlassungsfreiheit

126. Der Bundesgerichtshof entschied in seinem Beschluß vom 24.11.1997 (AnwZ(B) 38/97 – NJW 1998, 1078 = RIW 1998, 320 = MDR 1998, 244), daß einem deutschen Rechtsanwalt, der die in §51 Bundesrechtsanwaltsordnung vorgesehene Haftpflichtversicherung nicht unterhält, die Zulassung auch dann zu entziehen ist, wenn er von der Residenzpflicht befreit ist und eine Kanzlei nur im Ausland eingerichtet hat. Die Vorschriften der Art. 52 bis 60 EGV, die die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit betreffen, fänden auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt keine Anwendung, denn ihm fehle es an dem notwendigen Auslandsbezug. Art. 52 ff. EGV verpflichten zum Abbau von Beschränkungen zu Lasten von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten; über die Rechte von Inländern verhielten sich diese Bestimmungen nicht. Sie gelten daher nicht für Betätigungen, von deren wesentlichen Elementen keines über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweise. Im Streitfall gehe es allein darum, welche Beschränkungen das deutsche Recht einem deutschen Anwalt für dessen Berufsausübung in Deutschland auferlegen dürfe. Aus der Tatsache, daß der Antragsteller nur in Italien eine Anwaltskanzlei betreibt, ergebe sich nicht der in den genannten Bestimmungen vorausgesetzte internationale Bezug, weil die hier zu treffende Entscheidung die Berechtigung des Antragstellers, in Italien als "avvocato" tätig zu sein, nicht berühre. Selbst wenn man das Erfordernis der Haftpflichtversicherung an Art. 52 EGV messen würde, sei es nicht zu beanstanden. Da der Antragsteller im Vergleich zu seinen deutschen Kollegen keine zusätzlichen rechtlichen Beschränkungen für die Berufsausübung in Deutschland hinnehmen müsse, sei die Regelung des §51 BRAO aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Sie sei geeignet, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles (Sicherung der Durchsetzbarkeit eventueller Schadensersatzansprüche gegen den Rechtsanwalt im Rahmen des vorgeschriebenen Versicherungsschutzes) zu gewährleisten und gehe nicht über das hinaus, was zum Schutz des rechtsuchenden Publikums in Deutschland erforderlich ist.

127. Das OLG Hamm entschied in seinem Beschluß vom 30.4.1997 (15 W 91/97 – NJW-RR 1998, 615 = EuZW 1998, 31 = RIW 1997, 874), daß die Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes einer nach deutschem Recht gegründeten GmbH in das Ausland zur Auflösung der Gesellschaft führt. Dieser Beurteilung stünden die Vorschriften des EG-Vertrages betreffend die Niederlassungsfreiheit nicht entgegen⁹⁰. Der EuGH habe in seinem Urteil vom 27.9.1988⁹¹ in bezug auf die Niederlassungsfreiheit den fundamentalen Gegensatz zwischen natürlichen Personen und Gesellschaften, deren Existenz ausschließlich auf der jeweiligen nationalen Rechtsordnung beruht, betont. Er habe sodann die Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen hinsichtlich der Verknüpfung einer Gesellschaft mit dem nationalen Recht, auf dessen Grundlage sie gegründet worden ist, hervorgehoben. Der EuGH habe betont, daß der EWG-Vertrag diesen Unterschieden der nationalen Rechtsordnungen Rechnung trage. Demgemäß gewährten nach Ansicht des EuGH die Art. 52, 58 EGV Gesellschaften nationalen Rechts nicht das Recht, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Wahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedstaates ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Diese Ausführungen belegten die Auffassungen des EuGH, daß dem jeweiligen nationalen Recht der Vorrang gegenüber der Auswanderungsfreiheit von Gesellschaften zukomme.

7. Dienstleistungsfreiheit

128. Nach den Ausführungen des Bundesfinanzhofs in seinem Urteil vom 11.6.1997 (X R 74/95-HFR 1998, 24) verstößt die steuerliche Bevorzugung des Besuchs inländischer Privatschulen gegenüber Privatschulen im Ausland nicht gegen den EG-Vertrag, da die in § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG begünstigten Privatschulen keine Dienstleistungen im Sinne der Art. 59, 60 EGV erbringen. Zwar dürfe in Ansehung der in Art. 59 ff. EGV garantierten Dienstleistungsfreiheit der Empfänger einer Dienstleistung – auch steuerrechtlich – nicht deshalb benachteiligt werden, weil er eine Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch nimmt. Jedoch liege keine Dienstleistung im Sinne des Vertrages vor, da es am Merkmal der Entgeltlichkeit fehle. Schulgelder für die Teilnahme am Unterricht eines nationalen, staatlichen Bildungssystems seien nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kein Entgelt im Sinne des Art. 60 EGV. Der EuGH habe betont, daß der Staat durch die Errichtung und Erhaltung eines staatlichen Bildungssystems keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen will, sondern vielmehr seine Aufgabe auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet erfüllt. Zudem werde das staatliche Schulsystem in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder deren Eltern finanziert. Daran ändere sich nach der Rechtsprechung des EuGH auch durch einen Kostenbeitrag in Form von Schulgeld nichts. Nach Auffassung des BFH sei es ohne Bedeutung, daß der Sonderausgabenabzug Schu-

⁹⁰ So auch BayObLGZ 1992, 113 = NJW-RR 1993, 43.

⁹¹ NJW 1989, 2186 – *Daily Mail*.

len in privater Trägerschaft betrifft. Die Entscheidungen des EuGH seien zwar zu staatlichen Schulen ergangen, der EuGH habe aber nicht darauf abgestellt, von welchen Personen Unterricht angeboten werde. Es entspreche der ständigen Rechtsprechung des EuGH, Dienstleistungen Privater, die nicht als Teil einer wirtschaftlichen Tätigkeit erbracht werden, nicht am Vertrag zu messen. Die zum Schulgeld für den Besuch von staatlichen Schulen entwickelten Grundsätze gelten daher auch für den Unterricht einer Schule, die im wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert werde. Werde eine Schule im wesentlichen dagegen aus privaten Mitteln finanziert und versuche sie, einen Gewinn zu erzielen, sei ihr Unterrichtsangebot als Dienstleistung im Sinne des Vertrages anzusehen. Hiernach handle es sich bei den von § 10 Abs. 1 Nr. 9 EKStG begünstigten Privatschulen nicht um Schulen, die nach der Rechtsprechung des EuGH Dienstleistungen gegen Entgelt erbringen. Die durch diese Vorschrift geförderten Privatschulen seien in das nationale öffentliche Bildungssystem integriert, seien mit ihrer Unterrichtstätigkeit in der Regel nicht erwerbswirtschaftlich tätig und würden überwiegend aus dem Staatshaushalt finanziert. Auch das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 6 EGV, das vor Benachteiligungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit schützt, sei nicht berührt, da für den Schulgeldabzug nach § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG weder von Bedeutung ist, welche Staatsangehörigkeit der Steuerpflichtige besitzt, noch ist allein der Ort der Niederlassung der Schule Anknüpfungspunkt für die Förderung.

129. Das OLG Hamm entschied in seinem Urteil vom 25.6.1996 (4 U 12/96 – NJW-RR 1998, 139), daß ein deutscher Staatsangehöriger, der in den Niederlanden ein Büro unterhält, in dem er dort zulässige Steuerberatungen durchführt, aber keine Qualifikation nach dem Steuerberatergesetz besitzt, auch nicht aufgrund der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 EGV zur Steuerberatung in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen ist. Zum einen dürfe ein Inländer die Dienstleistungsfreiheit nicht dazu mißbrauchen, inländische Berufsbeschränkungen zu umgehen. Vor allem aber fehle es zum anderen an einem grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr. Dazu sei eine Niederlassung in den Niederlanden erforderlich, von der aus Dienstleistungen in der Bundesrepublik erbracht werden. Das Büro in den Niederlanden teile sich der Beklagte mit etwa 20 Kollegen und halte sich dort nur 3–4 mal im Monat auf. Die Einrichtung dieses Büros diene erkennbar nur dem Zweck, formal eine grenzüberschreitende Tätigkeit darstellen zu können, während in der Sache eine bloße Inlandstätigkeit vorliege, zumal die Mandanten des Beklagten zu 90 % in Deutschland ansässig sind. Damit fehle es an einer effektiv grenzüberschreitenden Tätigkeit, die nach Art. 59 EGV allein geschützt sei. Weiterhin sei das, was der Beklagte in der Bundesrepublik Deutschland tun will, keine vorübergehende Tätigkeit i.S. des Art. 59 EGV mehr, sondern dauernde Beratungstätigkeit. Die von Art. 59 EGV erfaßte Tätigkeit sei einzelfallbezogen. Die Betreuung von Dauerkunden sei dagegen typischerweise mit der Gründung einer Niederlassung verbunden (wofür strengere Voraussetzungen gelten, die der Beklagte nicht erfüllt). Daher könne der Beklagte den Schutz des Art. 59 EGV auch nicht in Anspruch nehmen,

wenn man das Büro in den Niederlanden als ausreichende Auslandsniederlassung ansieht.

8. Wettbewerbs- und Kartellrecht

130. In seinem Beschluß vom 7.10.1997 (KVR 14/96 – NJW-RR 1998, 764 = BB 1998, 759 = RIW 1998, 393 = WuW 1998, 477 = GRURInt. 1998, 710) hatte sich der Bundesgerichtshof mit einer Untersagungsverfügung auseinanderzusetzen, mit der das Bundeskartellamt dem betroffenen Reiseveranstalter die Verwendung einer in Bettenbuchungsverträgen enthaltenen Klausel untersagt hatte, durch die der Hotelier verpflichtet wird, einzelnen namentlich genannten Mitbewerbern des Veranstalters kein Bettenkontingent zur Verfügung zu stellen⁹². Auf die Rüge der fehlenden Zuständigkeit der nationalen Kartellbehörde zur Anwendung von Art. 85 Abs.1 EGV führte der BGH aus, daß die Zuständigkeit des Bundeskartellamts für die Anwendung des Art. 85 Abs.1 EGV nicht auf reine Inlandssachverhalte beschränkt ist. Sie sei jedenfalls auch dann gegeben, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung schwerpunktmäßig im Inland auswirke und die EG-Kommission im Hinblick auf die dezentrale Zuständigkeit von der Einleitung eines Verfahrens absehe. Grundlage der dezentralen Zuständigkeit der nationalen Kartellbehörde sei die auf Art. 88 EGV gestützte Regelung des Art. 9 Abs.3 Verordnung Nr.17/62, die den Behörden der Mitgliedstaaten unter anderem die Befugnis einräumt, Vereinbarungen daraufhin zu überprüfen, ob sie mit Art. 85 Abs.1 EGV in Einklang stehen. Diese Kompetenzzuweisung umfasse gerade auch grenzüberschreitende Sachverhalte; denn sie war in erster Linie für die Zeit bis zum Inkrafttreten der Verordnung Nr.17/62 gedacht, in der die Kommission über entsprechende Kompetenzen noch nicht verfügt hat und die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages allein den innerstaatlichen Behörden oblag. Dieser Regelungszusammenhang lasse es als ausgeschlossen erscheinen, daß sich die aus Art. 88 EGV abgeleitete dezentrale Kompetenz der innerstaatlichen Behörden ausschließlich auf reine Inlandssachverhalte bezieht. In der Sache bejahte der Bundesgerichtshof, daß die beanstandeten Klauseln gegen Art. 85 Abs.1 EGV verstoßen. Eine spürbare Beeinträchtigung des Wettbewerbs sei gegeben. Diese Wettbewerbsbeschränkung habe die Betroffene bezweckt. Die von der Betroffenen vereinbarten Ausschließlichkeitsklauseln seien auch geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Eine Freistellung der beanstandeten Klauseln nach Art. 85 Abs.3 EGV komme nicht in Betracht. Es sei nicht ersichtlich, in welcher Hinsicht die Vereinbarung einer selektiven Exklusivität zu einer objektiven Verbesserung der Reiseleistungen unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn führen könnte. Der von der Betroffenen während des Verfahrens bei der EG-Kommission gestellte Antrag auf Erteilung eines Negativattestes gebiete keine Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung der Kommission über den Antrag. Zum einen habe es

⁹² Zur Entscheidung der Vorinstanz vgl. Röben (Anm. 2), [99].

die Kommission im Hinblick auf das vor den deutschen Gerichten anhängige Verfahren ausdrücklich abgelehnt, den Antrag zu behandeln, solange das Verfahren noch anhängig sei. Zum anderen entspreche die Auffassung des Gerichts auch der vorläufigen Einschätzung durch die Kommission.

131. Mit der Frage einer Markenverletzung durch den Weitervertrieb von im Wege des Parallelimports eingeführten und unverpackten verschreibungspflichtigen Arzneimitteln befaßte sich der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 10.4.1997 (I ZR 65/92 – EuZW 1997, 476). Im Rahmen des Rechtsstreits war zu entscheiden, ob der der Markeninhaberin zustehende markenrechtliche Schutz erschöpft ist (§24 Abs.1 Markengesetz). Bei der Auslegung von §24 Markengesetz orientierte sich der Bundesgerichtshof an einer Entscheidung des EuGH zu Art. 7 Abs.1 Marken-Richtlinie⁹³. Der EuGH habe Art. 7 Marken-Richtlinie dahin ausgelegt, daß unter bestimmten Voraussetzungen auch das Kennzeichnungsrecht des Markeninhabers der Erschöpfung unterliege. Von diesem Verständnis der Erschöpfungsregelung sei nunmehr – entgegen der Regelungsabsicht des Gesetzgebers – für Fallgestaltungen der vorliegenden Art auch bei der Auslegung von §24 Markengesetz auszugehen. Zwar würden die aufgrund des Art. 177 EGV ergangenen Vorabentscheidungen grundsätzlich nur die im Ausgangsverfahren befaßten Gerichte binden. Jedoch könnten die Entscheidungen auch in anderen Verfahren eine tatsächlich rechtsbildende Kraft entfalten, um eine einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen. So seien jedenfalls die letztinstanzlichen Gerichte im Sinne des Art. 177 Abs.3 EGV gehalten, das Gemeinschaftsrecht in der vom EuGH gegebenen Auslegung anzuwenden oder aber erneut vorzulegen. Mit der Bestimmung des §24 Abs.1 Markengesetz habe der deutsche Gesetzgeber die Vorschrift von Art. 7 Abs.1 Marken-Richtlinie umgesetzt, indem er deren Wortlaut unverändert übernommen habe. Daher stelle sich bei der Auslegung der nationalen Bestimmungen die Frage, ob die konkrete Auslegung einer an sich nationalen Bestimmung mit der Regelung der Marken-Richtlinie zu vereinbaren ist. Daher sei bei der Auslegung des §24 Abs.1 Markengesetz für den Streitfall die vom EuGH zu Art. 7 Marken-Richtlinie vorgenommene Auslegung zugrunde zu legen. Danach sei davon auszugehen, daß das Kennzeichnungsrecht aus der Marke erschöpft sein kann, sofern nicht die Klägerin sich der Benutzung der Klagemarke im Zusammenhang mit dem weiteren Vertrieb der Arzneimittel durch die Beklagte aus berechtigten Gründen im Sinne von §24 Abs.2 Markengesetz widersetzt. Hier habe die Beklagte die nach der Rechtsprechung für den Fall des weiteren Vertriebs umgepackter und wieder markierter Arzneimittel erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, unter denen sich der Markeninhaber dem weiteren Vertrieb nicht widersetzen kann. Deshalb könne hier von einer Erschöpfung des Markenrechts nicht ausgegangen werden, so daß der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zusteht.

132. Auf die Klage eines Parfümerie-Discounters auf Feststellung der Pflicht der beklagten Parfümherstellerin, mit der Klägerin einen Depot-Vertrag abzu-

⁹³ EuGH, NJW 1997, 1627 – *Bristol – Myers Squibb u. a./Paranova*.

schließen, stellte das OLG Frankfurt/M. in seinem Urteil vom 9.9.1997 (11 U [Kart] 58/96 – WuW 1998, 385) fest, daß das selektive Vertriebssystem, auf das sich die Beklagte beruft, mit Art. 85 Abs. 1 EGV vereinbar ist, da die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen, und da diese Voraussetzungen einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden. Von den Discount-Parfümerien der Klägerin werde hierbei das auf die sachliche Ausstattung bezogene Erfordernis des Depot-Vertrages nicht erfüllt, denn es fehle an einem dem Image der Marke der Beklagten entsprechenden Umfeld. Die weitere Voraussetzung für die Vereinbarkeit mit Art. 85 Abs. 1 EGV, daß ein selektives Vertriebssystem im konkreten Fall auch erforderlich ist, sei ebenfalls erfüllt. Die Erhaltung des Charakters von Luxusprodukten, wie sie den Erzeugnissen der Beklagten zukomme, setze insbesondere voraus, daß der Verkauf in einem Rahmen erfolge, der zu dem luxuriösen, exklusiven Produktimage paßt. Eine Unvereinbarkeit mit Art. 85 EGV könne danach allenfalls noch daraus folgen, daß die Zahl der selektiven Vertriebssysteme keinen Raum mehr für andere Vertriebsformen läßt oder aber zu einer Erstarrung der Preisstruktur führt. Hierfür lägen aber keine Anhaltspunkte vor. Vielmehr zeigten gerade die Discount-Angebote der von der Beklagten belieferten Vertragshändler, daß auch auf dem Markt der Luxusparfüms Preiswettbewerb stattfindet.

133. Der Bundesgerichtshof legte mit Beschluß vom 11.3.1997 (KZR 2/96 – EuZW 1997, 381) dem EuGH Fragen zur Vereinbarkeit von Gasversorgungsmonopolen mit Art. 85 EGV vor.⁹⁴ Die Stadt D hatte in einem Wegenutzungsvertrag mit einem Gasversorgungsunternehmen ein Verbot der Versorgung von Erdgasabnehmern im Stadtgebiet unmittelbar mittels Erdgasfernleitung vereinbart, wodurch der Wettbewerb zugunsten der Stadtwerke D beschränkt werden sollte. Diese Wettbewerbsbeschränkung ist nach Auffassung des BGH geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und könnte daher nach Art. 85 EGV nichtig sein. Sie reihe sich ein in die Abschottung des gesamten deutschen Erdgasmarktes zur Versorgung von Endabnehmern gegenüber Gasversorgern aus anderen Mitgliedstaaten. Jedenfalls sei die Abrede mit dem Drittunternehmen dann unzulässig gewesen, wenn es bereits gegen Art. 85 EGV verstößt, daß die Stadt ihren Stadtwerken das ausschließliche Recht eingeräumt hat, die öffentlichen Verkehrswege zur Verlegung von Erdgasleitungen zu nutzen. Der BGH bat daher um Entscheidung der Fragen, ob Art. 85 EGV der Gewährung des Versorgungsmonopols an die Stadtwerke entgegensteht, ob weiterhin mit Rücksicht auf dieses Monopol Art. 85 EGV der Wettbewerbsbeschränkung in dem Vertrag mit dem Versorgungsunternehmen entgegensteht und ob ggf. Umstände gegeben sind, die diese Vereinbarung im Hinblick auf Art. 90 Abs. 2 EGV als zulässig erscheinen lassen.

⁹⁴ Das Verfahren war zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Berichts als Rechtssache C-187/97 noch beim EuGH anhängig.

134. In einem Nichtannahmebeschluß vom 7.10.1997 (KZR 36/96 – WuW 1998, 55) führte der Bundesgerichtshof aus, daß das Berufungsgericht die Remailing-Tätigkeit der Bekl. zu Recht als rechtswidrig angesehen habe. Der Beförderungsvorbehalt zugunsten der Kl. in § 2 PostG sei mit Art. 90 Abs. 2 EGV vereinbar. Voraussetzung dafür sei nicht, daß andernfalls die wirtschaftliche Existenz des Universalpostdienstes gefährdet wäre, sondern es komme nach der Auslegung des Art. 90 Abs. 2 EGV durch den EuGH⁹⁵ darauf an, daß die Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist, um dem Inhaber des ausschließlichen Rechts zu ermöglichen, seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren, ausgewogenen Bedingungen zu erfüllen. Diese Voraussetzungen habe das Berufungsgericht fehlerfrei festgestellt.

135. Das OLG Frankfurt/Main war in seinem Vorlagebeschluß vom 25.3.1997 (11 U [Kart] 31/96 – WuW 1997, 916) der Auffassung, daß sich aus Art. 25 § 3 des Weltpostvertrages in Verbindung mit dem deutschen Zustimmungsgesetz ein Anspruch der Deutschen Post AG auf Zahlung des Inlandsportos für die Zustellung von im Ausland eingereichten Briefsendungen an in Deutschland ansässige Empfänger ergibt, wenn der Inhalt der Schreiben in Deutschland festgelegt und im Wege elektronischen Datentransfers zum Ausdruck und zur Einlieferung beim dortigen Postdienst an ein Unternehmen im Ausland übermittelt wird (Non-physical Remailing). Es legte dem EuGH mehrere Fragen dahin gehend vor, ob das Gemeinschaftsrecht (insbesondere Art. 90, 30 ff., 56 ff. EGV) der Inanspruchnahme des Absenders entgegensteht.⁹⁶ Nach Auffassung des Senates dürften die Grundsätze der *Corbeau*-Entscheidung des EuGH⁹⁷ nicht herangezogen werden können, da die Klägerin auf den Anspruch auf Zahlung der Inlandsgebühren zusätzlich zu den bereits vereinnahmten Endvergütungen zur Aufrechterhaltung eines Universaldienstes nicht angewiesen ist, weil sie auf diese Weise insgesamt höhere Einnahmen hätte als bei Beförderung regulärer Inlandspost.

9. Umweltpolitik

136. In seinem Beschluß vom 17.2.1997 (4 VP 17.96 – Natur und Recht 1998, 305) stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, daß § 2 Abs. 2 Satz 1 VerkPBG mit Art. 6 der Richtlinie des Rates über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 27.6.1985 (85/337/EWG) vereinbar ist. Bei der Planung von Bundesfernstraßen wird gemäß § 15 Abs. 1 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) für die Bestimmung der Linienführung die Umweltverträglichkeit grundsätzlich nach dem jeweiligen Planungsstand des Vorhabens geprüft, wobei gemäß § 15 Abs. 2 UVP die Linienbestimmung in diesem Falle eine Beteiligung der Öffentlichkeit erfordert. Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 VerkPBG ist § 15 UVP in den neuen Bundesländern indes mit der Maßgabe anzuwenden, daß die Einbezie-

⁹⁵ Slg. 1993, I-2563, 2569 Rn. 16f. – *Corbeau*.

⁹⁶ Zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Berichts war dieses Verfahren als Rechtssache C-147/97 noch beim EuGH anhängig.

⁹⁷ Slg. 1993, I-2563.

hung der Öffentlichkeit erst im nachfolgenden Planfeststellungsverfahren stattfindet. Dies stehe nicht im Widerspruch zu Art. 6 der UVP-Richtlinie. Nach Art. 6 Abs.2 der UVP-Richtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, daß der Öffentlichkeit jeder Genehmigungsantrag zugänglich gemacht wird und daß der betroffenen Öffentlichkeit Gelegenheit gegeben wird, sich vor Durchführung des Projekts zu äußern. Nach Art. 6 Abs.2 der UVP-Richtlinie bestimmen die Mitgliedstaaten u.a., in welcher Weise die Öffentlichkeit angehört werden solle. Mit diesen Vorgaben sei §2 Abs.2 Satz 1 VerKPBG verträglich. Das allgemeine Planfeststellungsrecht sehe eine Beteiligung der Öffentlichkeit vor. §2 Abs.2 Satz 1 VerKPBG schließe nämlich nicht die Beteiligung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Auslegung des Plans nach §73 Verwaltungsverfahrensgesetz aus. Mit der Möglichkeit der Erhebung von Einwendungen gegen den ausgelegten Plan gemäß §73 Abs.4 Verwaltungsverfahrensgesetz erfülle das deutsche Verwaltungsverfahrenrecht die Anforderungen des Art. 6 der UVP-Richtlinie. Soweit gegen die Regelung des deutschen Verfahrensrechts aus dem Gebot der Frühzeitigkeit der Öffentlichkeitsbeteiligung EG-rechtliche Bedenken hergeleitet würden, seien diese jedenfalls hinsichtlich eines Verfahrens der Planfeststellung nicht begründet. Das deutsche Verfahrensrecht ermögliche die Berücksichtigung eines substantiellen Vorbringens der betroffenen Öffentlichkeit in einer Phase der Planungsarbeiten, in der eine Änderung der bisherigen planerischen Überlegungen noch offen ist. Das Anhörungsverfahren sei auf diese Möglichkeit jedenfalls rechtlich ausgerichtet. In diesem Zeitpunkt möglicherweise bereits entstandene tatsächliche Bindungen seien erst dann als rechtlich erheblich anzusehen, wenn die Planfeststellungsbehörde sich von ihnen nicht mehr befreien kann. Dies sei indes eine Frage des Einzelfalles und stelle die Richtlinienkonformität der Öffentlichkeitsbeteiligung nach deutschem Verwaltungsverfahrenrecht nicht bereits als solche in Frage.

137. In seinem Urteil vom 23.4.1997 (11 A 7/97 – BVerwGE 104, 337 = NVwZ 1998, 847) stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, daß es nicht gegen Art. 6 der UVP-Richtlinie verstößt, wenn sich die Unterrichtung der Öffentlichkeit von einem Projekt auf die Bekanntmachung der Auslegung des Plans allein im amtlichen Anzeiger und die anschließende Auslegung beschränkt, sofern nach den Normen des Landesrechts die Bekanntmachung der Auslegung des Plans allein im amtlichen Anzeiger ortsüblich ist.

138. Mit umweltgefährdender Beseitigung PCB-belasteter Schredderrückstände hatte sich der Bundesgerichtshof in Strafsachen in seinem Urteil vom 6.6.1997 (2 StR 339/96 – BGHSt 43, 219 = Natur und Recht 1998, 389) zu befassen. Die Beschwerdeführer waren der Meinung, daß nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 91/689/EWG am 27.6.1995 in der Bundesrepublik Deutschland Abfälle, die nicht im europäischen Verzeichnis gefährlicher Abfälle aufgenommen sind, nicht mehr als besonders überwachungsbedürftige Abfälle im Sinne von §2 Abs.2 Abfallgesetz 1986 eingestuft werden dürften. Danach sei die Einstufung der Schredderrückstände als Sonderabfall rückwirkend rechtswidrig, weil sie nicht im europäischen Verzeichnis enthalten seien. Demgegenüber führte der Bundesge-

<http://www.zaoerv.de>

richtshof aus, daß es fern liege anzunehmen, daß die Abfallrichtlinien der Gemeinschaft polizeiliche Maßnahmen verbieten, die sich gegen akute Umweltgefahren richten, die von den Abfallrichtlinien nicht erfaßt werden. Zudem räumten sowohl die Richtlinie über gefährliche Abfälle (91/689/EWG) als auch Art. 130t EGV den Mitgliedstaaten die Befugnis ein, verstärkte Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Gemäß Art. 1 Abs.4 der genannten Richtlinie seien gefährliche Abfälle nicht nur die in dem europäischen Verzeichnis enthaltenen Abfälle, sondern auch sämtliche sonstige Abfälle, die nach Auffassung eines Mitgliedstaates eine der in Anhang 3 aufgezählten Eigenschaften aufwiesen, wobei hier insbesondere die Eigenschaft "öko-toxisch" einschlägig sei. Zudem seien die Mitgliedstaaten bis zu einer Entscheidung im Anpassungsverfahren nach Art. 18 der Abfall-Rahmenrichtlinie 75/442/EWG befugt, Stoffe, die sie ebenfalls als gefährlich ansehen, vorläufig als gefährlichen Abfall zu behandeln. Zumindest insoweit sei das europäische Verzeichnis gefährlicher Abfälle nicht abschließend. Zudem sei die Richtlinie über gefährliche Abfälle auf Art. 130s EGV gestützt, so daß Art. 130t EGV anwendbar sei. Danach hinderten Schutzmaßnahmen, die gemeinsam aufgrund des Art. 130s getroffen wurden, die einzelnen Mitgliedstaaten nicht, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen. Im Falle der Anordnung des Regierungspräsidiums zur Einordnung der Schredderrückstände als Sonderabfall handele es sich um eine solche verstärkte, nicht um eine andere Schutzmaßnahme. Ein Verstoß der Anordnung des Regierungspräsidiums gegen europäisches Recht scheidet danach aus. Somit sei die Entsorgung der Abfälle auf Hausmülldeponien nicht zulässig gewesen, weshalb die Schuldsprüche wegen umweltgefährdender Abfallbeseitigung aufrecht zu erhalten gewesen seien.

139. In einem Normenkontrollbeschuß vom 24.11.1997 (10 S 3287/96 – ESUGH 48, 98 = DVBl. 1998, 343 = VBlBW 1998, 263) befaßte sich der VGH Baden-Württemberg mit der in §§3, 4 Sonderabfallverordnung (SAbfVO) geregelten Andienungs- und Zuführungspflicht für Erzeuger besonders überwachungsbedürftiger Abfälle. Die Antragstellerin rügte, daß es sich bei den Regelungen der Sonderabfallverordnung um unzulässige Ausfuhrbeschränkungen handele, die gegen Art. 34 EGV, die europäische Abfallrahmenrichtlinie (75/442/EWG in der Fassung von 91/156/EWG) und die europäische Abfallverbringungsverordnung (259/93/EWG) verstießen. Der VGH verneinte einen Verstoß gegen Art. 34 EGV. Art. 34 EGV sei anwendbar, da auch Abfall unter den Begriff der Waren falle. Das partielle Ausfuhrverbot aus der Sonderabfallverordnung stelle auch einen tatbestandlichen Eingriff dar. Die Zulässigkeit dieses Eingriffes ergebe sich aber aus zwingenden Erfordernissen des Umweltschutzes als ungeschriebenem Rechtfertigungsgrund und aus dem Vorrang der Bestimmungen des EG-Vertrages über die Umweltpolitik gegenüber den Bestimmungen über den freien Warenverkehr. Gemeinschaftsrechtlicher Anknüpfungspunkt hierfür sei Art. 130r Abs.2 EGV, wonach die Umweltpolitik der Gemeinschaft auch auf dem Grundsatz beruhe, daß Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen seien, in Verbindung mit den Grundsätzen der Entsorgungsautarkie und Entsorgungsnähe, die sich aus dem Basler Übereinkommen

<http://www.zaoerv.de>

von 1989⁹⁸ ergäben, welches auch für die Gemeinschaft verbindlich sei⁹⁹. Im übrigen halte der Senat den Grundsatz der Entsorgungsnähe gegenüber demjenigen der Entsorgungsautarkie für untergeordnet. Der Grundsatz der Entsorgungsnähe habe dienende Funktion in bezug auf die Entsorgungsautarkie. Dem entspreche es, daß in dem gemeinschaftsrechtlich verbindlichen Basler Übereinkommen von 1989 ausdrücklich nur der Grundsatz der Inlandsentsorgung Aufnahme gefunden hat (Art. 4 Abs.2 *lit.* b). Daher könne nicht argumentiert werden, der Grundsatz der Entsorgungsnähe spreche für eine – möglicherweise im Ausland gelegene – Verbrennungsanlage, wenn diese nur näher am Ort des Ursprungs der Abfälle liege als die vorgesehene inländische Entsorgungsanlage. Bei dieser Sachlage sei der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit aus zwingenden Erfordernissen des Umweltschutzes der Gemeinschaft gerechtfertigt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei gewahrt. Die hier maßgeblichen Bestimmungen der Sonderabfallverordnung seien erforderlich, um das unbestritten hohe deutsche Schutzniveau sicherzustellen, denn ein vergleichbar hohes Niveau im Ausland könne nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden. Schließlich sei auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu bejahen, da die Regelung nur für ein bestimmtes Kontingent ein Ausfuhrverbot enthalte und zudem die Möglichkeit zur Erteilung von Ausnahmen von der Andienungspflicht vorgesehen sei. Die Sonderabfallverordnung stehe auch in Einklang mit der Rahmenrichtlinie, da diese entgegen der Annahme der Antragsgegnerin keinen Vorrang der Entsorgungsautarkie auf Gemeinschaftsebene vor derjenigen auf nationaler Ebene beinhalte. Schließlich stehe die Sonderabfallverordnung auch mit der Abfallverbringungsverordnung im Einklang, denn die Abfallverbringungsverordnung gestatte sogar ein allgemeines Verbringungsverbot auf nationaler Basis.

140. In seinem Beschluß vom 4.12.1997 (7 M 1155/97 – Natur und Recht 1998, 275) stellte das Niedersächsische OVG fest, daß der Bundesgesetzgeber aufgrund der EG-Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (UVP-Richtlinie) nicht verpflichtet war, im Rahmen eines Raumordnungsverfahrens eine Umweltverträglichkeitsprüfung vorzuschreiben. Gemäß Art. 2 der Richtlinie treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit vor der Erteilung der Genehmigung die Projekte, bei denen insbesondere aufgrund ihrer Art, ihrer Größe oder ihres Standorts mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt zu rechnen ist, einer Prüfung in bezug auf ihre Auswirkungen unterzogen werden. Die Umweltverträglichkeitsprüfung könne im Rahmen der bestehenden Verfahren zur Genehmigung der Projekte durchgeführt werden. Unter Genehmigung verstehe die Richtlinie die Entscheidung der zuständigen Behörde, aufgrund derer der Projektträger das Recht zur Durchführung des Projekts erhalte. Keineswegs sei der Richtlinie somit zu entnehmen, daß schon in einem dem Genehmigungsverfahren vorausgehenden Verfahren eine förmliche Umweltverträglichkeitsprüfung stattzufinden habe; jeden-

⁹⁸ ABl. EG 1993 Nr. L 39, 1, und ABl. EG 1994 Nr. L 74, 52.

⁹⁹ Vgl. EuGH, Slg. 1992, 4431.

falls sei dies dann nicht geboten, wenn die Umweltverträglichkeitsprüfung im Genehmigungsverfahren – wie hier – durchgeführt werde.

10. Steuerpolitik

141. Der Bundesfinanzhof hatte sich in seinem Beschluß vom 25.11.1997 (VII B 57/97 – Deutsches Steuerrecht 1998, 764 = HFR 1998, 489) mit einem Fall auseinanderzusetzen, in dem das HZA Zoll nacherhoben hatte, das daraufhin angeforderte FG aber entschieden hatte, daß das HZA den auf die Einfuhren entfallenden Zoll nicht hätte nacherheben dürfen, weil die Voraussetzungen des Art. 220 Abs.2 Buchst. B VO (EWG) Nr.2913/92 (Zollkodex-ZK) des Rates vom 12.10.1992¹⁰⁰ im Streitfall erfüllt seien. Mit der Nichtzulassungsbeschwerde rügte das HZA, daß das FG trotz seiner von der des HZA abweichenden Beurteilung hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 220 Abs.2 Buchst. b ZK dem Antrag des HZA nicht gefolgt sei, das Klageverfahren auszusetzen, um dem HZA Gelegenheit zu geben, im Rahmen des Art. 871 VO (EWG) Nr.2454/93 (ZKDVO) der Kommission vom 2.7.1993¹⁰¹ eine Entscheidung der Kommission über die Anwendbarkeit des Art. 220 Abs.2 Buchst. b ZK herbeizuführen. Der BFH wies die Nichtzulassungsbeschwerde als unbegründet zurück. Zur Vorgängervorschrift des Art. 871 ZKDVO habe der EuGH mehrfach entschieden, die Vorschrift sei dahin gehend auszulegen, daß die zuständigen Behörden des einführenden Mitgliedstaates die Kommission nicht um eine Entscheidung darüber, ob von der Nacherhebung abgesehen werden kann, ersuchen müssen, wenn nach ihrer Auffassung die Voraussetzungen der entsprechenden Vorschrift (jetzt Art. 220 Abs.2 Buchst. b ZK) nicht erfüllt sind. Diese Auslegung treffe in gleicher Weise für Art. 871 ZKDVO zu. Danach seien der Kommission nur solche Fälle zur Prüfung vorzulegen, in denen die nationale Zollbehörde der Auffassung ist, daß ein Absehen von der Nacherhebung in Betracht kommt. Anders als die Zollbehörden seien aber die Gerichte nicht verpflichtet, den Fall der Kommission zur Prüfung vorzulegen, wenn sie zu dem Ergebnis kommen, daß die Voraussetzungen des Art. 220 Abs.2 Buchst. b ZK vorliegen. Denn Art. 871 ZKDVO richte sich nur an die Zollbehörden, nicht aber an die Gerichte, die bereits nach Art. 177 EGV verpflichtet sind, den EuGH um eine Vorabentscheidung der sich bei Auslegung des Art. 220 Abs.2 Buchst. b ZK eventuell ergebenden Zweifelsfragen zu ersuchen. Daraus ergebe sich eine deutliche Trennung zwischen dem Verwaltungsverfahren einerseits und dem gerichtlichen Verfahren andererseits, die dazu führe, daß eine Vorlage des Falles an die Kommission nicht mehr in Betracht kommt, wenn die Sache gerichtshängig geworden ist, nachdem die Zollbehörde die Abgaben nacherhoben und damit ausdrücklich oder implizit das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 220 Abs.2 Buchst. b ZK für ein Absehen von der Nacherfassung verneint hat.

¹⁰⁰ ABL.EG Nr.L 302/1.

¹⁰¹ ABL.EG Nr.L 253/1.

142. In seinem Beschluß vom 17.12.1997 (I B 108/97 – DStR 1998, 598 = EuZW 1989, 383 = HFR 1998, 653 = BFHE Bd. 185, 30) entschied der Bundesfinanzhof, daß die Wegzugsbesteuerung gemäß § 6 Außensteuergesetz (AStG) nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Eine Vorlagepflicht wegen dieser Rechtsfrage gemäß Art. 177 EGV an den EuGH scheidet zum einen mit Rücksicht auf das summarische Verfahren gemäß § 69 Abs. 3 FGO aus, zum anderen sei sie in der Sache auch nicht geboten. Die vom EuGH in seinem Urteil vom 26.1.1993, Rs. C-112/91 – *Werner* –¹⁰² vertretene Auffassung, daß sich ein Deutscher nicht gegenüber Deutschland auf die Verletzung des Art. 52 EGV berufen kann, wenn seine einzige Auslandsberührung aus dem Wohnsitz in einem anderen EG-Mitgliedstaat besteht, habe der EuGH bisher nicht aufgegeben. Entscheidend sei deshalb, daß der Antragsteller ein Deutscher ist, der in Belgien seinen Wohnsitz genommen hat, jedoch weiterhin nur in Deutschland seine Berufstätigkeit ausübt. Sein belgischer Wohnsitz sei seine einzige Auslandsberührung. Damit könne er sich gegenüber Deutschland nicht auf eine Verletzung der Art. 48, 52, 59 und/oder 67 EGV berufen. Er nehme gegenüber Deutschland weder Rechte aus dem EGV wahr, noch befinde er sich in einer mit einem EU-Ausländer vergleichbaren Situation. Der Senat sehe im Streitfall auch weder Art. 6 EGV noch Art. 8 a EGV als verletzt an. Art. 6 EGV verbietet die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. § 6 Abs. 1 AStG knüpfe die Besteuerung jedoch nicht an die deutsche Staatsangehörigkeit. Art. 8 a EGV schütze nur die Freizügigkeit, d. h. das Recht auf freie Bewegung und freien Aufenthalt. Es sei schon fraglich, ob Art. 8 a EGV das Recht auf freie Wohnsitznahme einschließe. Selbst wenn man dies jedoch unterstelle, schütze Art. 8 a EGV nicht vor einer Besteuerung aus Anlaß des Wegzugs aus dem bisherigen Wohnsitzstaat. Art. 8 a EGV garantiere die Freizügigkeit nur unter gleichzeitiger Wahrung der finanziellen Interessen des bisherigen Ansässigkeitsstaates. Solange ein Mitgliedstaat der EU sein Besteuerungsrecht nur deshalb an den Wegzug anknüpfe, um es im Verhältnis zu den DBA durchsetzen zu können, handele er in Wahrung seiner berechtigten finanziellen Interessen. Der Senat habe weiter erwogen, ob der Antragsteller aus Gründen des Art. 3 Abs. 1 GG einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit einem anderen unbeschränkt Steuerpflichtigen habe, der zugleich Staatsangehöriger eines anderen EU-Mitgliedstaates sei und nach Belgien auswandere, um dort tätig zu werden. Der Senat müsse über die Existenz eines entsprechenden Gleichbehandlungsgebotes aber nicht entscheiden, weil die unterstellte Verletzung der Art. 48, 52 und/oder 59 EGV jedenfalls gerechtfertigt wäre. Die Steuersouveränität der Mitgliedstaaten erlaube diesen, ihr Steuersystem nach eigenem Ermessen auszugestalten. Dadurch bedingte Beschränkungen der Grundfreiheiten müßten hingenommen werden, wenn Sie unvermeidbar seien, um das Funktionieren des Steuersystems zu gewährleisten. Diese Voraussetzung sei im Streitfall schon deshalb erfüllt, weil angesichts der Regelung im DBA-Belgien der Zeitpunkt der Aufgabe der unbeschränkten Steuerpflicht der letzte ist, in dem die stillen Reserven innerhalb einer wesent-

¹⁰² EuGH, Slg. 1993, I-429.

lichen Beteiligung an einer inländischen Kapitalgesellschaft berechtigterweise noch besteuert werden können. Will Deutschland sein Besteuerungsrecht auf diese stillen Reserven nicht aufgeben, könne es dies im Falle eines Wegzugs nur mit der Beendigung der unbeschränkten Steuerpflicht nach Maßgabe des § 6 Abs.1 AStG durchsetzen.

143. Das FG Baden-Württemberg entschied in seinem Urteil vom 17.7.1997 (10 K 309/96 – EFG 1997, 1442), daß die Beteiligung einer inländischen Kapitalgesellschaft an einer irischen, niedrig besteuerten Wertpapierhandelsgesellschaft zwecks gewinnbringender Anlage liquider Mittel ein Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts ist, wenn die Abwicklung der Wertpapiergeschäfte durch eine Managementgesellschaft erfolgt (outsourcing). Der Tatbestand des § 42 AO sei somit erfüllt. Die Einkünfte der Klägerin aus Irland unterliegen nach Auffassung des FG damit der deutschen Körperschaftsteuer. Die Anwendung von § 42 AO im Streitfall verstoße nicht gegen das Recht der EG. § 42 AO werde nicht generell, sondern nur im Einzelfall auf gemeinschaftsrechtliche Rechtsbeziehungen angewandt. Das Gemeinschaftsrecht führe aber nicht dazu, daß § 42 AO auch im Einzelfall unanwendbar wäre. Der Mißbrauchsbegriff nach Gemeinschaftsrecht verdränge nicht den inländischen § 42 AO. Die Klägerin könne sich nicht auf Gemeinschaftsrecht berufen, um sich bei der inländischen Besteuerung einschränkenden nationalen Vorschriften zu entziehen. Die Genehmigung der steuerlichen Begünstigung der irischen Gesellschaft durch die EG-Kommission sei nicht berührt, wenn der Beklagte nach der deutschen, nationalen Besteuerung der Klägerin die Zwischenschaltung der Managementgesellschaften als rechtsmißbräuchlich behandle. Dadurch "hebele" der Beklagte die gemeinschaftsrechtliche Fördermaßnahme nicht aus. Zudem sei das wettbewerbsrechtliche Einverständnis der EG-Kommission nach Art. 93 EGV eine Entscheidung, die nach Art. 189 EGV nur verbindlich sei gegenüber dem Staat, der die Maßnahme getroffen hat. Im Streitfall sei dies allein Irland. Die Maßnahme des Beklagten verletze auch nicht die Niederlassungsfreiheit der Klägerin gemäß Art. 52, 58 EGV. Die faktische Behinderung der Klägerin durch den Herkunftsstaat (Deutschland) bei Zwischenschaltung von Managementgesellschaften sei nur eine Behinderung einer steuerlich unangemessenen Gestaltung der Klägerin, die durch Gemeinschaftsrecht auch nicht gedeckt sei, wenn die mißbräuchlichen Gestaltungen über irische Kapitalgesellschaften erfolgen. Trotz Lizenzvergabe durch die irischen Behörden habe der Beklagte ohne Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Instrumentariums durch eine einzelstaatliche Maßnahme die Besteuerung der Klägerin nach inländischem Recht überprüfen können. Auch Art. 5 Abs.2 EGV stehe dem nicht entgegen. Die Anwendung nationaler Vorschriften bei der inländischen Besteuerung stehe nicht im Widerspruch zu dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Gemeinschaftstreue.

144. Das Hessische FG gab mit Beschluß vom 18.7.1997 (3 V 1449/97 – EFG 1997, 1314) einem Antrag statt, der auf Aussetzung der Vollziehung des Einkommenssteuerbescheids hinsichtlich des Differenzbetrages gerichtet war, der sich daraus ergab, daß dem in Deutschland arbeitenden Antragsteller die Zusammen-

veranlagung mit seiner in Großbritannien lebenden Ehefrau verweigert und er statt dessen einzelveranlagt wurde. Der Senat sei im Rahmen der summarischen Prüfung der Auffassung, daß erhebliche Gründe dafür sprechen, daß die in §1a EStG getroffene Regelung nicht ausreicht, um den im Streitfall zu beurteilenden Sachverhalt ohne Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 48 EGV zu lösen. Nach §1a EStG kann die Zusammenveranlagung eines im Inland unbeschränkt steuerpflichtigen Arbeitnehmers mit seinem im EU-Ausland lebenden Ehegatten nur unter der Voraussetzung erfolgen, daß das Familieneinkommen zu mindestens 90 v. H. der deutschen Einkommenssteuer unterliegt oder aber daß die nicht der deutschen Einkommenssteuer unterliegenden Einkünfte nicht mehr als 24.000,- DM betragen. Der EuGH habe darauf hingewiesen, daß das Besteuerungsrecht des Wohnsitzstaates dort seine Grenzen finde, wo ihm eine familien-gerechte Besteuerung seiner Gebietsangehörigen deswegen nicht mehr gelinge, weil sie ihr wesentliches Arbeitseinkommen in einem anderen EU-Staat verdienen und im Wohnsitzstaat keine nennenswerten Einkünfte haben¹⁰³. Der Senat entnehme den Ausführungen des EuGH im zitierten Urteil weiter, daß den Bürgern von EU-Staaten aus grenzübergreifenden Tätigkeiten in der EU keine gravierenden steuerlichen Nachteile erwachsen dürfen. Durch die Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der direkten Besteuerung sei eine dynamische Rechtsentwicklung eingeleitet worden, die der nationale Gesetzgeber möglicherweise noch nicht in allen Einzelheiten nachvollzogen habe. Diese Erkenntnis wirke sich auch bei der rechtlichen Beurteilung des Streitfalles aus. Der Antragsteller habe im Streitjahr seinen ständigen Aufenthalt in der Bundesrepublik gehabt und müsse daher im Streitjahr sein Welteinkommen im Inland erklären und versteuern. Ihm sei damit die Möglichkeit genommen, sein Arbeitseinkommen in Großbritannien zu deklarieren und die darauf entfallenden dortigen steuerlichen Familienvergünstigungen in Anspruch zu nehmen. Unter diesen Umständen könnte die Bundesrepublik Deutschland im Wege der Gleichstellung verpflichtet sein, dem Antragsteller auch die Möglichkeit der Zusammenveranlagung mit seiner in Großbritannien lebenden Ehegattin einzuräumen und ihm alle familienbezogenen Steuervergünstigungen zu gewähren, die auch den gebietsansässigen, unbeschränkt steuerpflichtigen Bürgern zustehen. Der Senat teile insoweit die Auffassung des Antragstellers, daß in seiner gesetzlichen Beschränkung auf eine Einzelveranlagung im Inland ein möglicher Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 48 EGV liegen könne.

11. Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Art. 119 EG-Vertrag)

145. Das Bundesarbeitsgericht befaßte sich in seinem Urteil vom 3.6.1997 (3 AZR 910/95 – EuZW 1997, 702) mit Regelungen in Versorgungsverträgen, die für Männer und Frauen ein unterschiedliches Rentenzugangsalter vorsehen. Das

¹⁰³ EuGH, Urteil vom 14.2.1995, Rs. C-279/93; Slg. I 1995, 225.

unterschiedliche Rentenzugangsalter für Männer und Frauen hat Auswirkungen auf die Berechnung einer Invalidenrente und die Berechnung des Unverfallbarkeitsfaktors nach §2 Abs.1 BetrAVG. Die Regelungen der Versorgungsverordnung verstoßen nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts gegen Art. 119 EGV. Art. 119 EGV sei auf solche Systeme der betrieblichen Altersversorgung anzuwenden, bei denen es sich um eine die staatliche Alterssicherung ergänzende betriebliche Alterssicherung handelt. Das sei ständige Rechtsprechung des EuGH. Es verstoße gegen Art. 119 EGV, wenn die Invalidenrente bei vorzeitig ausscheidenden Arbeitnehmern für Frauen und Männer unterschiedlich berechnet werde. Der Grundsatz des gleichen Entgelts im Sinne des Art. 119 EGV müsse für jeden einzelnen Bestandteil des Entgelts gewährleistet sein. Das Gebot der Entgeltgleichheit für Männer und Frauen – bezogen auf betriebliche Rentenleistungen – könne jedoch nur für solche Leistungen in Anspruch genommen werden, die auf Beschäftigungszeiten nach dem 17.5.1990, dem Tag des Erlasses des *Barber-Urteils*¹⁰⁴, beruhen, in dem der EuGH die Anwendbarkeit von Art. 119 EGV auf die genannten Systeme der betrieblichen Altersversorgung bejaht hat. Für die Zeit vor dem 17.5.1990 bleibe es bei der deutschen Regelung.

146. In seinem Urteil vom 18.6.1997 (4 AZR 647/95 – NZA 1998, 267) entschied das Bundesarbeitsgericht, daß §23 a Nr.4 BAT, wonach Zeiten des Erziehungsurlaubs auf die fünfjährige Bewährungszeit für den Fallgruppenbewährungsaufstieg in die nächsthöhere Vergütungsgruppe nicht anzurechnen sind, nicht gegen Art. 119 EGV verstößt. Eine für Männer und Frauen in gleicher Weise geltende Rechtsnorm enthalte dann eine gegen diese Bestimmung verstößende mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, wenn sie erheblich mehr Angehörige des einen als des anderen Geschlechts nachteilig trifft und nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Insoweit habe die Klägerin geltend gemacht, daß die tarifliche Bestimmung des §23 a Nr.4 BAT hinsichtlich der Nichtanrechnung des Erziehungsurlaubs auf die Bewährungszeit zu einer mittelbaren Frauen-diskriminierung führe, da Erziehungsurlaub weit überwiegend von Frauen und nicht von Männern in Anspruch genommen werde. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts führt nicht die Nichtanrechnung des Erziehungsurlaubs an sich dazu, daß mehr Frauen als Männer von der Nichtanrechnung des Erziehungsurlaubs betroffen sind, sondern die Entscheidung der Eltern, die nach wie vor fast ausschließlich dazu führe, daß die Mutter des Kindes in den Erziehungsurlaub gehe. Ob eine privatautonome Entscheidung die mittelbare Diskriminierung ausschließe oder ob es wegen einer vorzunehmenden multifaktoriellen Betrachtungsweise lediglich darauf ankomme, daß im Ergebnis Frauen von der Nichtanrechnung des Erziehungsurlaubs stärker betroffen sind als Männer, sei vom EuGH bislang nicht entschieden. Eine abschließende Entscheidung des Senats in dieser Frage sei aber nicht erforderlich. Die Differenzierung zwischen anrechenbaren Zeiten und nicht anrechenbaren Zeiten beruhe nämlich auf objektiven Faktoren,

¹⁰⁴ EuGH, Slg. I 1990, 1889 = NJW 1991, 2204.

die nichts mit der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Nach § 23 a Nr. 4 BAT seien nur solche Zeiten auf die Bewährungszeit anzurechnen, in denen das Arbeitsverhältnis nicht ruhe. Demgegenüber seien Zeiten, in denen die gegenseitigen Hauptpflichten im Arbeitsverhältnis suspendiert sind, die Zeiten des Wehr- oder Zivildienstes und des Erziehungsurlaubs nicht anzurechnen. Im Anschluß an die Rechtsprechung des 10. Senats¹⁰⁵ seien Regelungen, die für die Begründung von Ansprüchen danach differenzieren, ob das Arbeitsverhältnis ruhe oder nicht, rechtlich zulässig. Das Ruhen des Arbeitsverhältnisses rechtfertige objektiv eine Anspruchsminderung. Diese habe mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nichts zu tun, auch wenn überwiegend Frauen davon betroffen seien.

147. Mit Urteil vom 15.5.1997 (6 AZR 26/96 – NJW 1998, 1012 = NZA 1998, 207 = FamRZ 1998, 545) entschied das Bundesarbeitsgericht, daß der Ortszuschlag für verheiratete Angestellte ledigen Angestellten, die in gleichgeschlechtlicher Partnerschaft leben, nicht zusteht. Ein Verstoß gegen Art. 119 EGV und die Entgelttrichtlinie liege nicht vor, da die genannten Bestimmungen nur eine unterschiedliche Entgeltbemessung allein aufgrund der Zugehörigkeit zu einer Geschlechtsgruppe verbieten, die zugrundeliegende Tarifnorm jedoch männlich und weibliche Angestellte, die unverheiratet sind, gleichermaßen von der Leistung ausschließt und somit nicht nach dem Geschlecht unterscheidet. Aus diesen Gründen sei auch Art. 26 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, der ebenfalls eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verbietet, nicht verletzt. Ob die genannten Bestimmungen auch eine Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung verbieten, könne dahinstehen, da der tarifliche Leistungsaus-schluß alle Unverheirateten ohne Rücksicht auf die sexuelle Orientierung erfaßt. Auch eine mittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung sei nicht gegeben. Selbst wenn man unterstelle, daß der Anteil der Homosexuellen an der Gruppe der Unverheirateten erheblich größer sei als der Anteil der Homosexuellen an der Gruppe der Verheirateten, trage die Unterscheidung in der Tarifnorm der Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG Rechnung und beruhe damit auf einem Gesichtspunkt, der mit einer Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung nichts zu tun habe.

12. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften – Türkei

148. Mit Fragen der ordnungsgemäßen Beschäftigung im Sinne von Art. 6 Assoziationsratsbeschuß 1/80 befaßte sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 29.4.1997 (1 C 3.95 – NVwZ 1998, 81 = InfAuslR 1997, 346). Das Gericht stellte fest, daß Art. 6 Abs. 2 ARB 1/80 zugunsten des türkischen Arbeitnehmers nur die Folgen einer Unterbrechung der Beschäftigung regelt, nicht dagegen die Folgen einer Unterbrechung der Rechtmäßigkeit einer nicht unterbrochenen Beschäftigung. Die Vorschrift lasse sich weder unmittelbar noch entsprechend auf

¹⁰⁵ Vgl. BAG NZA 1994, 423; NZA 1995, 176.

den Fall anwenden, daß eine nicht unterbrochene Beschäftigung zeitweise nicht ordnungsgemäß ist. Das zeitweilige Fehlen der nach deutschem Recht erforderlichen Arbeitserlaubnis berühre die Ordnungsmäßigkeit des Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des Art. 6 Abs. 1 erster Spiegelstrich ARB 1/80. Eine derartige nicht ordnungsgemäße Beschäftigung begründe keine Ansprüche nach Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80. Ein nach ursprünglich ordnungsgemäßer Beschäftigung bestehender assoziationsrechtlicher Anspruch nach Art. 6 Abs. 1 erster Spiegelstrich ARB 1/80 auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis und der Aufenthaltserlaubnis entfalle, wenn der Ausländer es versäumt, ihn rechtzeitig geltend zu machen. Auf ein Verschulden des Ausländers komme es dabei nicht an.

149. Der VGH Baden-Württemberg entschied in seinem Urteil vom 19.3.1997 (11 S 2990/96 – InfAuslR 1997, 286), daß für das Entstehen und die Geltendmachung der Rechte aus Art. 7 Abs. 1 ARB 1/80 Voraussetzung ist, daß der türkische Arbeitnehmer, dessen Familienangehörige ein Bewerbungs- oder Zugangsrecht zu einer Beschäftigung im Bundesgebiet erhalten können, dem regulären Arbeitsmarkt der Bundesrepublik Deutschland noch als Arbeitnehmer angehört.

150. Das OVG Rheinland-Pfalz entschied mit Beschluß vom 10.3.1997 (10 B 10011/97 OVG – InfAuslR 1997, 192), daß Art. 6 Abs. 1 und 2 ARB 1/80 dem arbeitslos gewordenen türkischen Arbeitnehmer für Bewerbungen auf andere Stellen lediglich ein in der Regel auf 6 Monate befristetes Aufenthaltsrecht vermittelt. Es habe sich in diesem Zusammenhang in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zur Dauer des den EU-Angehörigen selbst für eine Arbeitssuche einzuräumenden Aufenthaltsrechts¹⁰⁶ mittlerweile als allgemeine Richtschnur eine zeitliche Grenze von sechs Monaten herausgebildet, nach deren Verstreichen der türkische Arbeitnehmer bei fortdauernder Arbeitslosigkeit in der Regel als nicht mehr dem Arbeitsmarkt angehörend angesehen werden könne, es sei denn, er könnte gleichwohl den Nachweis erbringen, weiterhin und mit Aussicht auf Erfolg Arbeit zu suchen.

151. Das OVG Bremen entschied mit Beschluß vom 22.5.1997 (1 B 43/97 – NVwZ-RR 1998, 202), daß ein befristetes Arbeitsverhältnis als wissenschaftlicher Mitarbeiter, das nach Beendigung des Studiums Gelegenheit zur wissenschaftlichen Weiterbildung geben soll, keine aufenthaltsrechtlichen Ansprüche nach Art. 6 Abs. 1 Assoziationsratsbeschluß 1/80 begründen kann. Durch die Beschäftigung zur wissenschaftlichen Qualifizierung habe der Antragsteller nicht dem regulären Arbeitsmarkt i.S. von Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 angehört.

152. Mit Fragen des Aufenthaltsrechts für Familienangehörige nach Art. 7 Abs. 1 ARB 1/80 befaßte sich das OVG Nordrhein-Westfalen in seinem Beschluß vom 4.12.1997 (18 B 2490/96 – NVwZ-Beilage 1998, 57 = InfAuslR 1998, 179). Art. 7 Abs. 1 ARB 1/80 komme nur solchen Ausländern zugute, die noch Familienangehörige im Sinne dieser Regelung sind. Eine frühere Erfüllung dieser Anspruchsvoraussetzung reiche nicht. Die Frage, welche Person von dem Begriff der Familienangehörigen im Sinne des Art. 7 Abs. 1 ARB 1/80 erfaßt werden, bedürfe

¹⁰⁶ Vgl. Urteil vom 26.2.1991, Rs. C-292/89 – Slg. 1991, 773.

im vorliegenden Fall keiner endgültigen Klärung, denn die Rechtsstellung aufgrund des ARB 1/80 könne nicht günstiger sein als diejenige, die freizügigkeitsberechtigten Angehörigen der EU zustehen. Abkömmlinge, die wie der Antragsteller das 21. Lebensjahr vollendet haben, zählten nach §1 Abs.2 Aufenthaltsgesetz/EWG nur dann zu den Familienangehörigen, wenn ihnen von einer freizügigkeitsberechtigten Person, mit der sie in aufsteigender Linie verwandt sind, oder deren Ehegatten Unterhalt gewährt wird. Das sei hier nicht gegeben, weshalb sich der Antragsteller nicht auf Art. 7 Abs.1 ARB 1/80 berufen könne.

153. Das Bundesverwaltungsgericht befaßte sich in seinem Urteil vom 28.1.1997 (1 C 17.94 – InfAusR 1997, 296) mit einem Fall, in dem ein 25-jähriger türkischer Staatsangehöriger wegen mehrfacher Verstöße gegen das BtMG ausgewiesen und seine Abschiebung angeordnet wurde. Art. 8 Abs.1 EMRK stehe dem nicht entgegen, da der Eingriff von Art. 8 Abs.2 EMRK gedeckt sei. Die Ausweisung des Klägers bezwecke die Bekämpfung des illegalen Heroinhandels und sei damit für die nationale Sicherheit und zum Schutz der Gesundheit notwendig und auch verhältnismäßig. Die Ausweisung widerspreche auch nicht dem Europäischen Niederlassungsabkommen vom 13.12.1955¹⁰⁷ – ENA. Zwar halte sich der Kläger seit über 10 Jahren ordnungsgemäß in Deutschland auf und könne sich somit auf Art. 3 Abs.3 i.V.m. Art. 1 ENA berufen. Jedoch sei auch danach eine Ausweisung aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit möglich, so daß die Ausweisung aufgrund der Straftat Art. 3 Abs.3 ENA nicht verletze. Denkbar sei es dagegen, daß der Ausweisung ein Aufenthaltsrecht des Klägers aufgrund des Beschlusses Nr.1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei (ARB 1/80) entgegensteht. Falls Art. 14 Abs.1 ARB 1/80 denselben Ausweisungsschutz vermittelt, wie er freizügigkeitsberechtigten Angehörigen der EG-Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich zusteht, dürfe der Kläger nicht aus generalpräventiven Gründen ausgewiesen werden. Wenn der Kläger in den Anwendungsbereich des ARB 1/80 fällt, sei diese Frage der Auslegung des Art. 14 Abs.1 ARB 1/80 dem EuGH vorzulegen. Zuvor habe jedoch das Berufungsgericht zu prüfen, ob der Kläger die Voraussetzungen der Art. 6 Abs.1 und Art. 7 Abs.1 ARB 1/80 erfüllt.

154. Der Bayerische VGH stellte in seinem Beschluß vom 14.11.1997 (10 CS 97.559 – NVwZ-RR 1998, 332 = DÖV 1998, 253 = InfAusR 1998, 7) fest, daß die ermessensbindende Weisung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern über die Beschränkung der Höchstaufenthaltsdauer türkischer Spezialitätenköche auf 11 Monate nicht gegen Art. 6 Abs.1 ARB 1/80 verstößt. Der nach dieser Vorschrift gegebene Anspruch auf Erneuerung der Arbeitserlaubnis nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung hindere die Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH nicht daran, Vorschriften über die Voraussetzung für die erste Beschäftigung zu erlassen. Davon ist nach Auffassung des Bayerischen VGH auch diese Regelung gedeckt, die verhindern soll, daß die türkischen Spezialitätenköche die in Art. 6 Abs.1 ARB 1/80 vorgesehenen Rechte in Anspruch nehmen können. Allerdings seien die Ausländerbehörden trotzdem verpflichtet, eine Einzelfallprü-

¹⁰⁷ BGBl. 1955 II, 997.

fung vorzunehmen und etwaige besondere Umstände (wie z.B. das behauptete erhebliche Defizit an türkischen Spezialitätenköchen im Großraum Fürth) bei der von ihnen zu treffenden Ermessensentscheidung zu berücksichtigen.

13. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EG-Vertrag)

155. In einem Nichtannahmebeschluß vom 13.6.1997 (1 BvR 2102/95 – NJW 1997, 2512 = EuZW 1997, 575 = BB 1997, 2057 = NZA 1997, 931) führte die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus, daß das Urteil des LAG den Beschwerdeführer zwar in seinem Recht aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt. Das LAG habe als letztinstanzliches Fachgericht die Zuständigkeitsregel des Art. 177 Abs. 3 EGV in offensichtlich unhaltbarer Weise gehandhabt. Es habe sich ohne nachvollziehbare Gründe einer Auseinandersetzung mit der Auslegung der Richtlinie des Rates 77/187/EWG durch den EuGH entzogen und die Prüfung seiner Vorlagepflicht mit nicht haltbaren Gründen verweigert. Die Grundrechtsverletzung sei aber nicht so gewichtig, daß sie auf eine generelle Vernachlässigung von Grundrechten hindeute. Dem Beschwerdeführer entstehe durch die Versagung der Entscheidung auch kein besonders schwerer Nachteil, denn es sei deutlich abzusehen, daß der Beschwerdeführer auch im Falle einer Zurückweisung an das Ausgangsgericht im Ergebnis keinen Erfolg haben würde, denn der EuGH habe inzwischen seine Auslegung der Richtlinie des Rates 77/187/EWG präzisiert, so daß sich heute die Frage einer Vorlage an den EuGH nicht mehr stellen würde und ebensowenig Anlaß für eine andere Sachentscheidung bestünde.

156. In seinem Beschluß vom 16.4.1997 (P.St. 1202 – ESVGh Bd. 48, 1) entschied der Hessische Staatsgerichtshof, daß die Vorlagepflicht an den EuGH hinsichtlich der Auslegung von sekundärem Gemeinschaftsrecht auch für die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten gelte. Der Staatsgerichtshof hatte Zweifel, ob das hessische Gleichberechtigungsgesetz mit der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207 EWG vereinbar ist. Der Staatsgerichtshof führte aus, daß er sich an einer abschließenden Entscheidung durch die mit Art. 177 Abs. 3 EG-Vertrag begründete Verpflichtung gehindert sehe, eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs über die Auslegung einschlägigen Rechts der Europäischen Gemeinschaft einzuholen. Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, der heute seine Grundlage in Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG finde, beanspruche grundsätzlich auch für den Bereich des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts Geltung. Danach dürften deutsche Vorschriften nicht angewendet werden, soweit sie EG-Recht widersprächen. Dieser Vorrang sei dort zu beachten, wo das EG-Recht innerstaatlich unmittelbar Geltung beansprucht und daher mit innerstaatlichem Recht in Konflikt treten kann. Für die Richtlinie 76/207 EWG habe der Europäische Gerichtshof eine solche unmittelbare Geltung und damit den Anwendungsvorrang ersichtlich bejaht.