Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1998

*Kai Peter Ziegler**

Übersicht

(for an Englisch version of this Survey see p. 165) Seite

I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht 166
II. Staatensukzession 170
III. Völkerrechtliche Verträge 171
IV. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität 179
V. Staatsangehörigkeit 182
1. Erwerb 182
2. Verlust 184
3. Mehrfache Staatsangehörigkeit 185
4. Staatenlosigkeit 186
VI. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs 188
VII. Fremdenrecht 191
1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts 191
2. Ausweisung und Abschiebung 193
VIII. Asylrecht 199
1. Politische Verfolgung 199
2. Inländische Fluchtalternative 201
3. Anderweitiger Verfolgungsschutz, Drittstaaten-Regelung 203
4. Familienangehörige von Asylberechtigten 206
5. Rechtsstellung der Flüchtlinge 207
6. Verfahrensfragen 210

---

* Referendar am Institut.

Abkürzungen: ABlEG = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; Abs.= Absatz; AG = Amtsgericht; ApBetrO = Apothekenbetriebsordnung; ARB = Assoziationsratsbeschluß EWG-Türkei; Art. = Artikel; AS = Amtliche Sammlung von Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Rheinland-Pfalz und Saarland; AslbLG = Asylbewerberleistungsgesetz; AsylVfG = Asylverfahrensgesetz; AuslG = Ausländergesetz; BAFöG = Bundesausbildungsförderungsgesetz; BAG = Bundesarbeitsgericht; BayVBl. = Bayrische Verwaltungsblätter; BB = Betriebsberater; BBG = Bundesbeamtengesetz; BBesG = Bundesbesoldungsgesetz; BDO = Bundesdisziplinarordnung; BFH = Bundesfinanzhof; BFHE = Entscheidungen des Bundesfinanzhofes; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; BGH = Bundesgerichtshof; BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; BKiGeldG = Bundeskindergeldgesetz; BMJ = Bundesministerium der Justiz; BRRG = Beamtenrechtsrahmengesetz; BSG = Bundessozialgericht; BSGE = Entscheidungen des Bundessozialgerichts; BSHG = Bundessozialhilfegesetz; BVerfG = Bundesverfassungsgericht; BVerfGG = Bundesverfassungsgerichtsgesetz; BVerwG = Bundesverwaltungsgericht; DB = Der Betrieb; DBA = Doppelbesteuerungsabkommen; DDR = Deutsche Demokratische Republik; DÖV = Die öffentliche Verwaltung; DStR = Deutsches Steuerrecht; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; ECHR = European Convention on Human Rights; EG = Europäische Gemeinschaft; EGV = Vertrag über die Europäische Gemeinschaft; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EStG = Einkommensteuergesetz; ESVGH = Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg; EU = Europäische Union; EuGH = Europäischer Gerichtshof; EGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EuGVÜ = Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen; EuZW = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; EWS = Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht; EWU = Europäische Wirtschafts- und Währungsunion; FamRZ = Zeitschrift für das

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

IX. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe 212
X. Internationaler Menschenrechtsschutz 217
1. Europäische Menschenrechtskonvention 217
a) Art. 3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis 217
b) Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) 218
c) Das Recht des Angeklagten auf die Vermutung seiner Unschuld (Art. 6 Abs. 2 EMRK) 220
d) Die Verfahrensgarantien des Art. 6 Abs. 3 EMRK 221
e) Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) 223
f) Art. 9 EMRK als Abschiebungshindernis 226
g) Schutz der Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 10 und 11 EMRK) 227
2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Europäisches Minderheitenschutzabkommen 229
3. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 230
XI. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung 232
XII. Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen 242
XIII. Europäische Gemeinschaften 243
1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht 243
2. Allgemeines Diskriminierungsverbot 246
3. Unionsbürgerschaft 248
4. Freier Warenverkehr 249
5. Freizügigkeit 249
6. Niederlassungsfreiheit 251
7. Dienstleistungsfreiheit 253
8. Wettbewerbs- und Kartellrecht 257
9. Umweltpolitik 261
10. Steuerpolitik 264

---

gesamte Familienrecht; FG = Finanzgericht; GenTG = Gentechnikgesetz; GewArch = Gewerbearchiv; GewO = Gewerbeordnung; GewStG = Gewerbesteuergesetz; GFK = Genfer Flüchtlingskonvention; GG = Grundgesetz; GO= Gemeindeordnung; GVG = Gerichtsverfassungsgesetz; HFR = Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung; HGB = Handelsgesetzbuch; HRG = Hochschulrahmengesetz; HwO = Handwerkerordnung; HZA = Hauptzollamt; HZÜ = Haager Zivilprozeßübereinkommen; i.S.d. = im Sinne des; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; IPRax = Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts; i.V.m. = in Verbindung mit; IRG = Internationales Rechtshilfegesetz; 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; OEG = Opferentschädigungsgesetz; OFD = Oberfinanzdirektion; OLG = Oberlandesgericht; OVG = Oberverwaltungsgericht; OVGE = Entscheidungen 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; SG = Sozialgericht; StAZ = Das Standesamt; StBerG = Steuerberatungsgesetz; StGB = Strafgesetzbuch; UPR = Umwelt- und Planungsrecht; UVP = Umweltverträglichkeitsprüfung; UVPG = Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz; UVP-RL = Umweltverträglichkeitsprüfungsrichtlinie; UWG = Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; VBlBW = Verwaltungsblätter Baden-Württemberg;VereinsG = Vereinsgesetz; VerfGH = Verfassungsgerichtshof; VG = Verwaltungsgericht; VGH = Verwaltungsgerichtshof; VIZ = Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht; WPflG = Wehrpflichtgesetz; WRV = Weimarer Reichsverfassung; WuW = Wirtschaft und Wettbewerb; ZBR = Zeitschrift für Beamtenrecht.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

11. Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Art. 119 EG-Vertrag) 265
12. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften – Türkei 268
13. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EG-Vertrag) 272

Survey

I. International Law and Municipal Law 166
II. Succession of States 170
III. International Treaties 171
IV. Effects and Limits of State Sovereignty 179
V. Nationality 182
1. Acquisition of Nationality 182
2. Loss of Nationality 184
3. Multiple Nationality 185
4. Statelessness 186
VI. Agencies of Diplomatic and Consular Affairs 188
VII. Legal Status of Aliens 191
1. General Aspects of Entry and Residence 191
2. Expulsion and Deportation 193
VIII. Asylum Law 199
1. Political Persecution 199
2. Protection Found elsewhere in the State of Persecution 201
3. Protection by other States, Third-State-Rule 203
4. Family Members of Refugees 206
5. Legal Status of Refugees 207
6. Procedure 210
IX. Extradition and other Forms of International Legal Cooperation 212
X. International Protection of Human Rights 217
1. European Convention on Human Rights 217
a) Art. 3 ECHR as a Bar to Expulsion and Deportation 217
b) Right to Fair Trial (Art. 6 para. 1 sent. 1 ECHR) 218
c) The Accused's Right to be Presumed Innocent (Art. 6 para. 2 ECHR) 220
d) The procedural guarantees of Art. 6 para. 3 ECHR 221
e) Right to Family Life/Privacy (Art. 8 ECHR) 223
f) Art. 9 ECHR as a Bar to Deportation 226
g) Freedom of Speech, Assembly and Association (Art. 10 and 11 ECHR) 227
2. International Covenant on Civil and Political Rights and European Framework Convention on the Protection of Minority Rights 229
3. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 230
XI. Legal Status of Germany after 1945 and Reunification of Germany 232
XII. Transfer of Sovereign Powers to Inter-Governmental Institutions 242
XIII. European Communities 243
1. Community Law and Municipal Law 243
2. Rule of Non-Discrimination 246
3. Citizenship of the Union 248
4. Free Movement of Goods 249
5. Free Movement of Workers 249
6. Freedom of Establishment 251
7. Free Movement of Services 253
8. Competition/Antitrust Law 257
9. Environmental Policy 261
10. Fiscal Policy 264
11. Equal Rights for Men and Women (Art. 119 EC Treaty) 265
12. Association Agreement EEC-Turkey 268
13. Reference Procedure (Art. 177 EC Treaty) 272

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Vorbemerkung

Im nachfolgenden Bericht[1] wird die Darstellung der deutschen Rechtsprechung zu völkerrechtlichen, europarechtlichen und damit im Zusammenhang stehenden verfassungsrechtlichen Fragen fortgesetzt.[2] Auch in diesem Jahr wurde die Rechtsprechung 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 Gliederungspunkten berichtet wird, wird die fortlaufende Nummer der Entscheidung innerhalb des jeweiligen Berichtes in eckigen Klammern angegeben.

Besonders hingewiesen werden soll auf die Entscheidungen des BGH zur Anwendung der Strafvereitelung des StGB auf MfS Mitarbeiter, die RAF-Aussteigern den Aufenthalt in der DDR ermöglicht hatten [16], und zur Aufgabe des Verbotes der vergleichenden Werbung [115]. Bemerkenswert sind auch die Entscheidungen des OLG Düsseldorf [61], das die völkerrechtlichen Mindeststandards des *fair trial* in Italien verletzt sah und deshalb die Auslieferung eines Verfolgten für unzulässig erklärte, und des VG Frankfurt a.M. [38], das mit einer kritischen Analyse dem BVerwG in seiner Auslegung der GFK und der EMRK zur staatlichen Verfolgung als Voraussetzung für ein Abschiebungshindernis nicht folgte.

I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht

1. Das BVerfG entschied mit Beschluß vom 28.1.1998 (2 BvR 1981/97 – EuGRZ 1998, 408), daß der Klageausschluß nach Teil VI Art. 3 Abs. 1 und 3 ÜberleitungsV[3] weiterhin Gültigkeit besitze. Der Beschwerdeführer wandte sich gegen die Abweisung seiner Klage auf Herausgabe eines Bildes als unzulässig vor deutschen Gerichten nach Teil VI Art. 3 Abs. 3 ÜberleitungsV. Das Bild sei nach dem

---

[1] Der Bericht wurde im Februar 2000 abgeschlossen.

[2] Dieser Bericht schließt an L. Geburtig, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1997, ZaöRV 59 (1999), 241ff. an. Zu den Jahren davor vgl. K. Schillhorn, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1996, ZaöRV 58 (1998), 437ff.; V. Röben, – 1995, ZaöRV 57 (1997), 675ff.; H.-K. Ress, – 1994, ZaöRV 56 (1996), 466ff.; Ch. Philipp, – 1993, ZaöRV 55 (1995), 818ff. Eine Übersicht der Rechtsprechungsberichte der früheren Jahre findet sich bei P. Rädler, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992, ZaöRV 54 (1994), 475 Anm. 3.

[3] Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen in der gemäß Liste IV zu dem am 23.10.1954 in Paris unterzeichneten Protokoll über die Beendigung des Besatzungsregimes in der Bundesrepublik Deutschland; BGBl. 1955 II 405.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

zweiten Weltkrieg als Leihgabe vorübergehend nach Deutschland gelangt und unabhängig von seiner tatsächlichen Zugehörigkeit als deutsches Vermögen seines Vaters, des damaligen Staatsoberhauptes von Liechtenstein, von der Tschechoslowakei mit der Begründung enteignet worden, der Vater habe die deutsche Nationalität besessen. Nach Auffassung des Gerichtes genügte dies den Anforderungen des ÜberleitungsV. Der Beschwerdeführer machte demgegenüber vor dem BVerfG geltend, daß diese Entscheidung gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts i.S.d. Art. 25 GG verstoße, daß das Vermögen von Angehörigen neutraler Staaten von den Siegern eines Krieges nicht konfisziert werden dürfe, daß völkerrechtliche Verträge zu Lasten dritter Staaten verboten seien und daß sich die Staatsangehörigkeit einer natürlichen Person ausschließlich nach dem Recht des vermittelnden Staates richte. Nach Auffassung des BVerfG kam es jedoch für die zivilgerichtliche Entscheidung auf diese völkergewohnheitsrechtlichen Regeln nicht an. Das erste Vorbringen betreffe die Rechtmäßigkeit der Enteignung durch die Tschechoslowakei, zu der die Zivilgerichte nicht Stellung genommen hätten und wozu sie auch nicht verpflichtet seien. Auch hätten die Zivilgerichte keine eigenständige Bewertung der Staatsangehörigkeit des Vaters des Beschwerdeführers vorgenommen, sondern lediglich eine zweckorientierte Auslegung des ÜberleitungsV, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Die Klagesperre sei auch kein Vertrag zu Lasten Liechtensteins, da sie nur für die Gerichte der Bundesrepublik vertragliche Pflichten begründe, nicht aber für Liechtenstein. Der fragliche Artikel des ÜberleitungsV sei auch nicht durch den Zwei-plus-Vier-Vertrag[4] aufgehoben worden.

2. Das BVerfG dehnte mit Beschluß vom 7.4.1998 (2 BvR 2560/95 – NJW 1998, 2585) seine Grundsätze zum Rückwirkungsverbot bei der strafrechtlichen Ahndung von Tötungshandlungen durch DDR-Grenzsoldaten[5] auf die Anwendung von Rechtsvorschriften durch Richter und Staatsanwälte der DDR aus. Die Beschwerdeführerin war als Richterin eines erstinstanzlich zuständigen Strafsenats für politische Strafsachen tätig gewesen und wurde vom LG wegen Rechtsbeugung in acht Strafverfahren zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Der BGH bestätigte den Schuldspruch in drei Fällen wegen unerträglicher Mißverhältnisse zwischen den Taten und ihren Strafen. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an und führte dazu aus, daß die angegriffenen Entscheidungen Art. 103 Abs. 2 GG nicht verletzen würden, da das Vertrauen in eine bestimmte Interpretation von Strafgesetzen nicht mehr geschützt sei, wenn die Staatspraxis in der Völkergemeinschaft anerkannte Menschenrechte in schwerwiegender Weise mißachte. Zu diesen Menschenrechten zähle auch das Recht auf persönliche Freiheit und der Schutz vor grausamer und unmenschlicher Bestrafung, was sich aus Art. 7 S. 1; 9 Abs. 1 S. 1 IPbpR,[6] sowie aus Art. 3; 5

[4] Vertrag über die Abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland vom 12.9.1990, BGBl. 1990 II 1318.

[5] BVerfGE 95, 96.

[6] Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II 1533.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

AEMR[7] ergebe. Der BGH bejahe elementare Verstöße gegen die Rechtspflege in zwei Fallgruppen, der Überdehnung von Straftatbeständen und dem unerträglichen Mißverhältnis zwischen Strafe und Tat, nur bei offensichtlichen und unerträglichen Menschenrechtsverletzungen und orientiere sich dabei an Art. 15 Abs. 1 S. 1 und 2; 7 S. 1; 9 Abs. 1 S. 2 und 3 IPbpR. Diese Auslegung des BGH genüge den grundgesetzlichen Anforderungen. Weiter verletze der Schuldspruch auch nicht den Schuldgrundsatz aus Art. 1 Abs. 1; 2 Abs. 1 i.V.m. 20 Abs. 3 GG. Eine Strafe ohne Feststellung der individuellen Vorwerfbarkeit sei mit dem Rechtsstaatsprinzip zwar unvereinbar. Auch habe das BVerfG darauf hingewiesen, daß sich bei der Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze Bedenken gegen eine Erkennbarkeit des Strafrechtsverstoßes ergeben könnten, weil die Staatsführung der DDR einen Rechtfertigungsgrund mit staatlicher Autorität ausgeweitet habe, so daß im Einzelfall näher dargelegt werden müsse, warum ein Soldat angesichts der Umstände in der Lage gewesen sei, den Strafrechtsverstoß zweifelsfrei zu erkennen. Doch bestünden bei der Beschwerdeführerin keine solchen Bedenken, da sie als Berufsrichterin rechtskundig gewesen sei und für die Methodik der Auslegung in der DDR keine Besonderheiten gegolten hätten. Der BGH könne daher verfassungsrechtlich unbedenklich annehmen, daß DDR-Richter keinem den Vorsatz berührenden Irrtum unterlegen seien.

3. Das BVerfG war in seinem Beschluß vom 12.5.1998 (2 BvR 61/96 – NJ 1998, 417) der Auffassung, daß eine Rechtsbeugung durch DDR-Juristen durch grausames und überhöhtes Strafen eine unerträgliche Menschenrechtsverletzung sei. Dies gelte auch für die Zeit vor dem Beitritt der DDR zum IPbpR[8] und auch dann, wenn das geschriebene Recht der DDR zur Tatzeit keine Strafzumessungsregeln enthalten habe. Der Beschwerdeführer hatte ab 1954 als Beisitzer des Obersten Gerichts der DDR an Strafverfahren wegen "Verbrechen gemäß Art. 6 Abs. 2 Verf-DDR" mitgewirkt, die zu Todesurteilen geführt hatten. Das LG verurteilte ihn wegen Rechtsbeugung in Tateinheit mit Totschlag und versuchtem Totschlag zu einer Freiheitsstrafe. Der BGH verwarf seine Revision. Das BVerfG nahm seine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an und führte dazu u.a. aus, daß die Auslegung des §244 StGB-DDR durch den BGH nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoße, da das Vertrauen in den Fortbestand von Strafgesetzinterpretationen nicht geschützt sei, wenn die zugrundeliegende Staatspraxis die Menschenrechte in schwerwiegender Weise mißachtet habe. Extremes staatliches Unrecht könne sich nur so lange behaupten, wie die verantwortliche Staatsmacht bestehe. In der Auslegung des BGH werde die Tätigkeit von Richtern und Staatsanwälten nur dann als Rechtsbeugung bewertet, wenn im Einzelfall Menschenrechte in schwerwiegender Weise mißachtet worden seien. Grausames und überhöhtes Strafen sei eine solche unerträgliche Menschenrechtsverletzung, die auch für die Zeit vor dem Beitritt der DDR zum IPbpR nicht zweifelhaft sein könne,

[7] Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948.

[8] Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II 1533.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

da bereits Art. 5 AEMR[9] ein entsprechendes Verbot enthalte und der BGH ihr berechtigterweise große rechtliche Bedeutung beimesse. Auch habe bereits die "Proklamation Nr. 3 des Alliierten Kontrollrates vom 20.10.1945 für alle vier Besatzungszonen"[10] unter II. 4 S. 2 das Verbot enthalten, "Strafen, die gegen das gerechte Maß oder die Menschlichkeit verstoßen," zu verhängen. Es handele sich dabei um einen ungeschriebenen Grundsatz des deutschen Strafrechts, der bereits durch das MRG Nr. 1 Art. IV Nr. 8[11] ausgesprochen worden und auch in der DDR anerkannt gewesen sei.

4. Das VG München erklärte mit Beschluß vom 13.8.1998 (M 29 E 98.2804 – GRUR Int. 1999, 69), daß für dienstliche Streitigkeiten zwischen einer deutschen Beamtin des Europäischen Patentamtes (EPA) und der Europäischen Patentorganisation (EPO) der Rechtsweg zu den deutschen Gerichten nicht gegeben sei. Eine Beamtin des EPA begehrte die Verpflichtung der EPO im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO, ihre Dienstbezüge sowie die Beiträge zum System der sozialen Sicherheit und Versorgungsordnung weiter zu zahlen. Sie unterliege zwar der Sondergerichtsbarkeit des VG der Internationalen Arbeitsorganisationen (ILO) in Genf, doch sehe weder dessen Verfahrensordnung noch dessen Rechtsprechung einstweiligen Rechtsschutz vor. Nach der Rechtsprechung des BVerfG müsse einstweiliger Rechtsschutz auch dann gewährleistet werden, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Normierung fehle. Art. 19 Abs. 4 GG gewähre Rechtsschutz nicht nur gegen Akte deutscher öffentlicher Gewalt, sondern auch gegen Akte supranationaler Organisationen auf deutschem Gebiet. Nach Auffassung des VG ist der Antrag jedoch unzulässig, weil der Rechtsweg zu den deutschen Gerichten nicht gegeben sei. Das EPA sei ein Organ der EPO, der als zwischenstaatlicher Einrichtung i.S.d. Art. 24 Abs. 1 GG eigenständige Organisationsgewalt und Personalhoheit über ihre Bediensteten zustehe. Der Verwaltungsrat der EPO sei danach befugt, die Dienstverhältnisse der Beamten und sonstigen Beschäftigten des EPA in einem Statut zu regeln. Nach Art. 13 Abs. 1 EPÜ hätten die Bediensteten oder ehemaligen Bediensteten des EPA das Recht, in Streitigkeiten mit der EPO das VG der ILO nach Maßgabe des Statuts oder der Versorgungsordnung anzurufen. Dies entspreche der weit verbreiteten Staatenpraxis, internationalen Organisationen zur Gewährleistung einheitlicher Rechts- und Lebensverhältnisse im innerorganisatorischen Bereich autonome Regelungsbefugnisse über ihre Bediensteten einzuräumen, die auch ein Rechtsschutzsystem umfassen würden, das den nationalen Rechtsweg ausschließe. Der Erlaß dieser Vorschriften und ihre Anwendung im Einzelfall seien mithin nicht Ausfluß abgeleiteter deutscher öffentlicher Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 bzw. 20 Abs. 2 GG, sondern originäres Recht der internationalen Organisation, bezüglich dessen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auch dann keine Wirkung entfalte, wenn der Rechtsschutz gemessen an innerstaatlichen Anforderungen unzulänglich sein sollte.

[9] Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948.

[10] Official Gazette of the Control Council for Germany.

[11] ABlEG der Militärregierung Deutschland 1944, 12.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Art. 19 Abs. 4 GG gewährleiste keine "internationale Auffangzuständigkeit deutscher Gerichte," so daß die Antragstellerin bei dienstrechtlichen Streitigkeiten Rechtsschutz nicht auf dem innerstaatlichen Rechtsweg erlangen könne.

II. Staatensukzession

5. Das BSG urteilte am 29.9.1998 (B 4 RA 4/98 R – VIZ 1999, 372), daß das SozAbk DDR-UdSSR[12] mit Ablauf des 2.10.1990 völkerrechtlich erloschen sei. Seine bundesrechtlich angeordnete vorübergehende weitere Anwendung bis zum 31.12.1992[13] beschränke sich im Bereich der Rentenversicherung auf den Zeitraum der Weitergeltung des Rentenrechts der DDR als sekundäres Bundesrecht bis zum 31.12.1991.[14] Die Klägerin beantragte 1993 die Gewährung einer Altersrente bei der BfA, die u. a. mit der Begründung abgelehnt wurde, daß die Klägerin sich nicht auf das SozAbk DDR-UdSSR berufen könne, weil dessen Anwendbarkeit mit dem 31.12.1992 ausgelaufen sei und die Übergangsvorschriften nicht zur Anwendung gelangen könnten. Klage und Berufung hatten keinen Erfolg. Das BSG wies die Revision ab und führte dazu u. a. aus, daß das Sozialabkommen DDR-UdSSR mit Ablauf des 2.10.1990 jede Rechtswirkung verloren habe, da zu diesem Zeitpunkt die DDR als Staats- und Völkerrechtsobjekt vollständig und ersatzlos untergegangen sei. Die Bundesrepublik habe nicht im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge für die Verpflichtungen der DDR einzustehen, da nach dem Völkerrecht Verträge nur für die unmittelbar beteiligten Staaten Pflichten begründen würden und Verträge mit einem Vorgängerstaat für den Nachfolgestaat *res inter alius acta* seien. Auch aus den Grundsätzen der Staatensukzession folge nach einhelliger Auffassung nichts anderes. Die Wiener Konvention über Staatensukzession bei Verträgen von 1978 (WKSV) sei noch nicht in Kraft, erfasse aber ohnehin nicht den Fall der deutschen Wiedervereinigung, da weder Art. 15 noch Art. 31 WKSV den Fall behandeln würden, daß ein Staat unter- und in einem unverändert fortbestehenden anderen Staat aufgehe. Nach Völkergewohnheitsrecht würden Verträge in bezug auf abgegebenes Territorium erlöschen, sofern der andere Staat den Vertrag nicht übernehme. Deshalb sei von einem Erlöschen des Vertrages zwischen der DDR und der UdSSR mit Wirkung zum 3.10.1990 auszugehen. Im übrigen knüpfe dieses Abkommen an die Staatsbürgerschaft der DDR an, die mit dem Untergang der DDR als Völkerrechtssubjekt erloschen sei. Der EinigungsV[15] sei kein völkerrechtlicher Vertrag und könne daher weder etwas

---

[12] Vertrag zwischen der DDR und der UdSSR über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Sozialwesens vom 24.5.1960, GBlDDR 1960 I 454.

[13] Verordnung über die vorübergehende weitere Anwendung verschiedener völkerrechtlicher Verträge der DDR im Bereich der sozialen Sicherheit vom 3.4.1991, BGBl. 1991 II 614.

[14] Verordnung vom 18.12.1992, BGBl. 1992 II 1231, zur Änderung der Verordnung über die vorübergehende weitere Anwendung verschiedener völkerrechtlicher Verträge der DDR im Bereich der sozialen Sicherheit vom 3.4.1991, BGBl. 1991 II 614.

[15] Vertrag vom 31.8.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands und der Vereinbarung vom 18.9.1990, BGBl. 1990 II 885.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

am Erlöschen des SozAbk DDR-UdSSR ändern, noch die andere Vertragspartei binden.

III. Völkerrechtliche Verträge

6. Nach der Auffassung des BVerfG in dem Beschluß vom 29.10.1998 (2 BvR 1206/98 – FamRZ 1999, 85) gewährleisten Art. 13 und 20 HKiEntÜ[16] die Beachtung des Kindeswohls. Bei gegenläufigen Rückführungsanträgen sei eine nähere Prüfung des Kindeswohls anhand von Art. 13 HKiEntÜ verfassungsrechtlich geboten. Das Kindeswohl sei mit Blick auf Art. 6 Abs. 2; 2 Abs. 1 und 103 Abs. 1 GG verfahrensrechtlich durch Bestellung eines Pflegers im familiengerichtlichen Verfahren zu sichern, wenn die Interessen der Eltern in Konflikt zu denen der Kinder geraten könnten. Aus der Ehe des Beschwerdeführers mit seiner inzwischen getrennt lebenden französischen Gattin waren zwei Kinder hervorgegangen, die die Mutter während eines deutschen Sorgerechtsverfahrens entführte. Das FamG wies dem Vater das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder zu und gab der Mutter die Herausgabe der Kinder auf. Die französischen Gerichte nahmen jedoch einen Ausnahmetatbestand gem. Art. 13 Abs. 1 b) HKiEntÜ an, woraufhin der Vater die Kinder unter Anwendung von Gewalt gegen die Mutter zurückbringen ließ. Sie erreichte bei dem zuständigen OLG über das HKiEntÜ die Anordnung der Rückgabe der Kinder, wogegen der Vater Verfassungsbeschwerde einlegte. Grundrechtliche Maßstäbe bestimmen nach Auffassung des BVerfG die Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch nationale Gerichte, wobei dem Zweck der Verträge möglichst umfassende Geltung zu verschaffen sei. Aus der Präambel und Art. 13 und 20 HKiEntÜ ergebe sich, daß das HKiEntÜ dem Kindeswohl in gleicher Weise verpflichtet sei wie das deutsche Verfassungsrecht. Das Übereinkommen vermute widerleglich, daß eine sofortige Rückführung der Kinder an den bisherigen Aufenthaltsort dem Kindeswohl grundsätzlich am besten entspreche. Art. 13 und 20 HKiEntÜ würden Ausnahmen zulassen, wenn eine Rückgabe die Kinder in eine unzumutbare Lage bringen könnte, oder die Kinder sich der Rückgabe bei hinreichender Reife in beachtlicher Weise widersetzen würden. Eine restriktive Anwendung der Ausnahmeklauseln auf ungewöhnlich schwerwiegende Beeinträchtigungen des Kindeswohls sei nicht zu beanstanden. Härten für den entführenden Elternteil würden i.d.R. keinen solchen Nachteil begründen. Die Entscheidung des OLG sei mit dem Grundgesetz unvereinbar, da das Übereinkommen zwar auch auf gegenläufige Entführungen anwendbar sei, bei dem Sonderfall gegenläufiger Rückführungsanträge jedoch wegen des Schutzauftrags des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG und dem Grundrecht der Kinder aus Art. 2 I GG eine nähere Prüfung des Kindeswohls anhand von Art. 13 Abs. 1 b) und Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 HKiEntÜ verfassungsrechtlich geboten sei. So sei nicht auszuschließen gewesen, daß der französische Kassationshof im Anschluß an die

[16] Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen, BGBl. 1990 II 206.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Anordnung des OLG, die Kinder nach Frankreich zurückzubringen, eine erneute Rückführung nach Deutschland verfügen würde. Ein solches Hin- und Rückführen der Kinder würde aber dem Kindeswohl widersprechen und sei für sie unzumutbar. Weiter ergebe sich aus der verfassungsrechtlichen Verankerung des Kindeswohls in Art. 6 Abs. 2 und 2 Abs. 1 GG i.V.m. 103 Abs. 1 GG die Pflicht, das Kindeswohl verfahrensrechtlich dadurch zu sichern, daß den Kindern bereits im familiengerichtlichen Verfahren ein Pfleger zur Wahrung ihrer Interessen zur Seite gestellt werde, wenn die Eltern durch rechtswidrige Entführungen ihrer Kinder zu erkennen gegeben hätten, daß sie vornehmlich ihre eigenen Interessen durchsetzen wollten. Zwar sei nach dem HKiEntÜ nicht erforderlich, daß die Kinder in Sorgerechtsverfahren angehört würden, doch verlange dies Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG angesichts der gegenläufigen Rückführungsanträge, weil danach ermittelt werden müsse, wie die Kinder eine Rückführung und eine mögliche erneute Rückführung verkraften würden.

7. Der BFH urteilte am 6.8.1998 (IV R 75/97 – RIW 1999, 155), daß Vergütungen, die ein in Deutschland ansässiger Dolmetscher für seine tageweise Beschäftigung beim Europarat erhalte, nicht nach Art. 18 b) des Abkommens über die Vorrechte und Befreiungen des Europarates[17] steuerbefreit seien. Ein selbständiger Dolmetscher war in den Streitjahren für den Europarat in Straßburg tätig und erhielt hierfür Vergütungen, die er für steuerfrei hielt, weil er sich als Beamten i.S.d. Bestimmung sah. Das FG BW gab dem Kläger recht, wogegen das Finanzamt erfolgreich Revision einlegte. Die Steuerbefreiung kann sich nach der Ansicht des BFH nur aus Art. 17 und 18 b) des Abkommens ergeben, das als völkerrechtlicher Vertrag Bestandteil des Bundesrechts und daher der Auslegung durch die Finanzgerichte zugänglich sei. Aus Art. 33 WÜRV[18] ergebe sich, daß die Originalfassung des Abkommens in englischer und französischer Sprache maßgeblich für die Auslegung sei. Der französische Begriff "agent" sei zwar nicht ganz eindeutig, doch könne das englische Wort "official" nur dahin gehend verstanden werden, daß solche Personen ein öffentliches Amt innehabe müßten, das eine gewisse Dauer der Beschäftigung voraussetze. Nach Art. 33 Abs. 3 WÜRV sei ein mehrdeutiger Begriff in einer offiziellen Sprache i.S.d. eindeutigen Begriffs einer anderen offiziellen Sprache zu definieren. Tageweise beschäftigte Personen seien folglich nicht mitumfaßt. Auch andere internationale Verträge würden das Ergebnis bestätigen: Das Protokoll über die Vorrechte und Befreiung der EG[19] sehe Steuerbefreiungen nur für "Beamte und sonstige Bedienstete" ("fonctionnaires et autres agents," "officials and other servants") vor, und der EuGH habe entschieden,[20] daß tageweise beschäftigte Dolmetscher unter keine dieser Kategorien fallen würden. Die Verfügung Nr. 203 des Generalsekretärs des Europarates, wonach "les dispositions

[17] Allgemeines Abkommen über die Vorrechte und Befreiungen des Europarates vom 2.9.1949, BGBl. 1954 II 494.

[18] Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl. 1985 II 926.

[19] Protokoll über die Vorrechte und Befreiungen der europäischen Gemeinschaften, BGBl. 1965 II 1482.

[20] EuGH, Urteil vom 11.7.1985, Rs. 43/84, Slg. 1985, 2581.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

... s'appliquent à tous les agents permanents et à tous les agents temporaires du Conseil de l'Europe," unterliege den gleichen Auslegungsmaßstäben und führe damit zu keinem anderen Ergebnis. Art. 19 des Abkommens erkläre schließlich, daß die Vorrechte und Erleichterungen den Bediensteten nicht zu ihrem persönlichen Vorteil, sondern im Interesse des Rates gewährt würden, um den steuerberechtigten Staaten kein Druckmittel gegen die Betroffenen und die Organisation in die Hand zu geben und um unterschiedliche Nettolöhne zu vermeiden. Beide Aspekte seien bei tageweise beschäftigten Dolmetschern nicht stark ausgeprägt.

8. Das BVerwG entschied mit Beschluß vom 12.6.1998 (11 B 19.98 – UPR 1998, 359), daß §6 Abs.2 S.1 LuftVG[21] zum Schutz vor Fluglärm Nachtflugregelungen gestatte, die bestimmten Strahlflugzeugen mit Lärmzertifikation nach Anh. 16, Bd. 1, Teil II, Kap. 3 ICAO[22] Starts und Landungen verbieten würden. Genehmigungen an Luftverkehrsunternehmen gemäß Art. 3 Abs.1 VO 2408/92/EWG,[23] Verkehrsrechte auf Strecken in der Gemeinschaft auszuüben, würden keine Freistellung von innerstaatlichem Umweltschutzrecht enthalten. Luftverkehrsgesellschaften rügten die Entscheidung des Flughafen Nürnbergs, nächtliche Starts und Landungen von Strahlflugzeugen mit Lärmzertifikation nach Anh. 16, Bd. 1, Teil II, Kap. 3 ICAO zu verbieten, soweit diese Flugzeuge nicht zugleich in der sog. "Bonusliste" des Bundesministeriums für Verkehr aufgeführt sein dürften, obgleich andere, lautere Flugzeugtypen weiterhin eingesetzt werden dürfen. Das BVerwG hält die Regelung für vereinbar mit Art. 3 GG, weil die lauteren Flugzeuge bislang nicht eingesetzt worden seien, ihr Einsatz auch künftig nicht zu erwarten sei und sich die Ungleichbehandlung in der Praxis deshalb nicht auswirke. Die sog. Bonusliste selbst sei keine Rechtsnorm, sondern eine Sachverständigenbewertung, die nicht den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes genügen müsse, deren Plausibilität vielmehr eine Frage tatrichterlicher Würdigung sei. Die Nachtflugbeschränkungen würden zwar zwischen "Bonusflugzeugen" und "sonstigen Flugzeugen nach Kap. 3 ICAO" unterscheiden, doch begründe eine günstige Lärmprognose dies hinreichend. Der Ausschluß lauterer Flugzeugtypen sei selbst dann nicht zu beanstanden, wenn die Flugzeugmuster eine Lärmzulassung nach Kap. 3 ICAO besäßen, weil das ICAO einen teilweisen Ausschluß von Flugzeugtypen mit Genehmigung nach Kap. 3 ICAO nicht verbiete, so daß die Änderung der bisherigen Praxis auch unter Beachtung des Vertrauensschutzes zulässig sei. Schließlich verstoße das Nachtflugverbot mit Bezug zur Bonusliste weder gegen VO 2408/92/EWG, noch gegen Bestimmungen des freien Warenverkehrs (Art. 30ff. EGV) oder des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 59ff. EGV). Sei schon zweifelhaft, ob VO 2408/92/EWG überhaupt berührt werde, so stelle Art. 8 Abs.2 VO 2408/92/EWG jedenfalls klar, daß die Ausübung von Verkehrs-

[21] Luftverkehrsgesetz vom 1.8.1922, RGBl. 1922 I 681, n.F. vom 27.3.1999, BGBl. 1999 I 550, BGBl. III 96–1.

[22] Abkommen vom 7.12.1944 über die Internationale Zivilluftfahrt, BGBl. 1956 II 411.

[23] Verordnung (EWG) Nr.2408/92 des Rates vom 23.7.1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABlEG Nr.L 240 vom 24.8.1992, 8–14.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

rechten "den veröffentlichten gemeinschaftlichen, einzelstaatlichen, regionalen oder örtlichen Vorschriften in den Bereichen Sicherheit, Umweltschutz und Zuweisung von Start- und Landezeiten" unterliege. Ein Verstoß gegen Art. 30 EGV liege schon deswegen nicht vor, weil die Klägerinnen Dienstleistungsunternehmen seien. Für einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit fehle es an einer Schlechterbehandlung von EG-Ausländern.

9. Das OLG Hamburg hielt in seinem Urteil vom 6.2.1998 (12 U 16/96 – IPrax 1999, 168) Art. 16 EuGVÜ[24] auch dann für anwendbar, wenn außer den in der Norm selbst vorausgesetzten Verbindungen zu einem Vertragsstaat keine Verbindungen zu einem weiteren Vertragsstaat bestünden. Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ erfasse auch Vollstreckungsabwehrklagen nach §767 ZPO und die Vollstreckung aus Urkunden. Nach Art. 21 analog LugÜ[25] seien die deutschen Gerichte international nicht zuständig für die Entscheidung über zur Aufrechnung gestellte Forderungen, wenn in einem im Ausland anhängigen Verfahren die Aufrechnung mit bestimmten Forderungen bereits erklärt worden sei. Art. 22 LugÜ enthalte eine abschließende Regelung der Verfahrensaussetzung und verdränge die nationalen Aussetzungsregeln. Die Auslegung des LugÜ unterstehe nicht der Kompetenz des EuGH. Ein Hamburger Unternehmen wehrte sich gegen die Zwangsvollstreckung einer Stockholmer Bank aus einer Grundschuld u.a. mit Aufrechnungsforderungen, die das Unternehmen in einem Verfahren vor schwedischen Gerichten geltend gemacht hatte. Das LG wies die Klage ab, und das OLG hielt die Berufung für unbegründet. Nach Auffassung des OLG war das angerufene LG gem. Art. 16 Ziff. 5 EuGVÜ international zuständig für das Verfahren, da diese Vorschrift eine ausschließliche Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Verfahren begründe, die eine Zwangsvollstreckung in Deutschland zum Gegenstand hätten. Diese setze auch keinen weiteren Bezug zu einem anderen Vertragsstaat voraus. Das EuGVÜ werde insoweit nicht vom LugÜ verdrängt, da dessen Art. 54 b Abs. 1 ausdrücklich erkläre, daß es das EuGVÜ unberührt lasse. Unter Art. 16 Ziff. 5 EuGVÜ würden auch Vollstreckungsabwehrklagen nach §767 StPO zählen. Zu Recht sei die im schwedischen Verfahren erklärte Aufrechnung nicht berücksichtigt worden, da eine Aufrechnung zwar grundsätzlich als Einwendung i.S.d. §767 ZPO in Betracht komme, jedoch nicht mit Forderungen aufgerechnet werden könne, über die zu entscheiden die Richter im Vollstreckungsstaat international nicht zuständig seien. Über die Gegenforderungen hätten aber die schwedischen Gerichte zu entscheiden, wie sich aus Art. 21 Abs. 2 LugÜ ergebe, der hier jedenfalls analog anzuwenden sei und vorsehe, daß sich das später angerufene Gericht für unzuständig zu erklären habe und seine sonst gegebene internationale Zuständigkeit gesperrt sei. Das LugÜ werde hier nicht durch das EuGVÜ verdrängt, da Schweden nicht Vertragsstaat des EuGVÜ, wohl aber des LugÜ sei. Auch eine Ausset-

[24] Übereinkommen der Europäischen Gemeinschaft über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968, BGBl. 1972 II 773, i.d.F. des dritten Beitrittsübereinkommens vom 26.5.1989, BGBl. 1994 II 3707.

[25] Übereinkommen vom 16.9.1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BGBl. 1994 II 2658.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

zung des Verfahrens komme nach dem klaren Wortlaut des Art. 22 Abs. 1 LugÜ nicht in Betracht, da diese in der zweiten Instanz nicht mehr ausgesprochen werden könne. Art. 22 LugÜ sei insoweit eine abschließende Regelung, die einen Rückgriff auf § 148 ZPO sperre. Eine Zurückverweisung scheide ebenso aus, weil es keinen wesentlichen Mangel des Verfahrens darstelle, daß das LG das Verfahren nicht bis zur Entscheidung des in Schweden geführten Rechtsstreites ausgesetzt habe, da Art. 22 Abs. 1 LugÜ dem Gericht ein Ermessen einräume, welches das LG ordnungsgemäß ausgeübt habe. Schließlich sei auch eine Vorlage zur Vorabentscheidung an den EuGH nicht geboten, da das LugÜ nicht der Kompetenz des EuGH unterstehe.

10. Das OLG Bamberg führte in seinem Beschluß vom 30.9.1998 (2 UF 286/97 – FamRZ 1999, 951) aus, daß ein im Heimatland verbliebener Elternteil folgende Möglichkeiten habe, den Kontakt zu seinem minderjährigen Kind aufrecht zu erhalten, das von dem anderen Elternteil nach Deutschland verbracht worden sei: a) bei Sorgerechtsverletzungen könne die Rückgabe des Kindes nach dem HKiEntÜ[26] verlangt werden; b) es könne die Durchsetzung einer im Ausland ergangenen Umgangsregelung betrieben werden, die nach § 16a FGG bzw. vorrangiger staatsvertraglicher Regelungen anzuerkennen sei; c) es könne die Neuregelung des Umgangs durch die deutschen Gerichte gefordert werden, die nach Art. 21 HKiEntÜ international zuständig seien. Gerichtliche Verfahren bzgl. des Umgangsrechts seien im HKiEntÜbk und im SorgeRÜbkAG[27] nicht geregelt, so daß die §§ 621 ff. ZPO maßgeblich seien. § 8 Abs. 2 SorgeRÜbkAG finde auf Entscheidungen zur Regelung des Umgangsrechtes keine Anwendung. Ein chilenischer Staatsangehöriger lebte in Trennung von seiner deutschen Frau und verlangte Umgang mit seinen in Chile ehelich geborenen Kindern, die sich in elterlicher Sorge bei der Mutter befanden. Die Eltern hatten in Chile 1992 eine gerichtliche Vereinbarung über die Besuchsregelung des Antragstellers getroffen, die bis 1995 vollzogen wurde, als sich die Antragsgegnerin mit den Kindern ohne Kenntnis des Antragstellers nach Deutschland begab. 1997 stellte der Vater beim AG den Antrag, daß ihm der Umgang mit seinen Kindern entsprechend der früheren Vereinbarung gestattet werde. Das OLG führte aus, daß der Antragsteller von den aufgeführten Antragsmöglichkeiten nur Alternative c gewählt habe, für die das HKiEntÜ nur von nebensächlicher Bedeutung sei, da das Umgangsrecht dort nur am Rande erwähnt werde. Auch das SorgeRÜbkAG enthalte keine klaren Aussagen. Da das Umgangsrecht nach § 621 Abs. 1 Nr. 2 ZPO eine Familiensache

[26] Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen, BGBl. 1990 II 206.

[27] Gesetz zur Ausführung des Haager Übereinkommens vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung und des Europäischen Übereinkommens vom 20.5.1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses, Verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Ausführung von Sorgerechtsübereinkommen und zur Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie anderer Gesetze vom 5.4.1990, BGBl. 1990 I 701, BGBl. III 319–92, zuletzt geändert durch Gesetz zur Änderung von Zuständigkeiten nach dem Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetz vom 13.4.1999, BGBl 1999 I 702.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

sei, habe die Neuregelung des Umgangsrechts mangels ausdrücklich entgegenstehender Vorschriften daher gem. §§621ff. ZPO zu erfolgen. Gegen die Entscheidungen des Familiengerichtes sei die befristete Beschwerde nach §621e ZPO statthaft. §8 Abs.2 SorgeRÜbkAG verdränge §621e ZPO ebensowenig wie das HKiEntÜ, da beide in erster Linie den Entführungsfall regeln und das Umgangsrecht nur sehr lückenhaft behandeln würden. Dies sei auch sachgerecht, weil Fälle mit Auslandsbezug keine Besonderheiten gegenüber sonstigen Umgangsrechtsregelungen aufweisen würden. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ergebe sich aus Art. 21 HKiEntÜ. Daß materiell deutsches Recht anzuwenden sei, ergebe sich aus Art. 2 MSA,[28] da das HKiEntÜ keine Anknüpfung hinsichtlich des Umgangsrechtes enthalte und die Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hätten. Im Ergebnis sei der Antrag des Antragstellers wegen einer Gefährdung des Wohls der beiden Kinder durch den Umgang abzuweisen.

11. Das OLG Frankfurt a.M. hielt in seinem Beschluß vom 5.8.1998 (1 UF 195/98 – NJW 1998, 3206) das MSA nicht für anwendbar, wenn sich ein von einem Elternteil aus Japan entführtes Kind erst drei Monate in Deutschland aufhalte. Greife das MSA ein, so richte sich die Sorgerechtsentscheidung nach dem Ehewirkungsstatut. Der Antragsteller und die japanische Antragsgegnerin heirateten in Japan, wo auch der gemeinsame Sohn geboren wurde. Seit Geburt des Kindes lebten die Parteien nicht mehr zusammen. Die Antragsgegnerin gestattete dem Antragsteller anläßlich eines Besuches seiner Eltern, einige Stunden mit dem Kind im Park zu verbringen. Der Antragsteller nahm das Kind dabei nach Deutschland mit und stellte einen Sorgerechtsantrag mit der Begründung, daß die Antragsgegnerin ihn von dem Kind fernhalten wolle. Das AG übertrug die elterliche Sorge jedoch auf die Antragsgegnerin und ordnete die Herausgabe des Kindes an. Die Beschwerde des Antragstellers blieb erfolglos. Nach Auffassung des OLG ergab sich die internationale Zuständigkeit des AG aus §621 Abs.2 S.1 ZPO und richtete sich nicht nach den Vorschriften des MSA, weil dessen Anwendbarkeit gem. Art. 13 Abs.1 MSA an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes geknüpft sei. Das Kind halte sich aber erst seit drei Monaten in Deutschland auf, so daß es hier nicht bereits seinen Lebensmittelpunkt begründet habe. Sachlich müsse die Entscheidung sich nach japanischem bzw. hilfsweise nach deutschem Recht am Wohl des Kindes orientieren. Dem Wohl des Kindes entspreche es aber am besten, wenn es wieder zurück in die Obhut seiner Mutter nach Japan zurückkehre. Die inzwischen entstandenen engen Beziehungen zwischen dem Kind und seinem Vater seien in der künftigen Umgangsregelung zu berücksichtigen.

12. Das LG München entschied mit Beschluß vom 22.4.1998 (13 T 7027/98 – FamRZ 1998, 1323), daß die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nach Art. 4 S.1 MSA[29] zwingend eine vorherige Verständigung des Aufenthaltsstaates

[28] Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5.10.1961, BGBl. 1971 II 217.

[29] Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5.10.1961, BGBl. 1971 II 217.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

voraussetze und daß dieser Zuständigkeitsmangel in der Beschwerdeinstanz nicht gerügt werden könne. Der in der Türkei lebende Vater zweier Kinder schlug die Erbschaft seiner verstorbenen Frau aus, woraufhin die beiden Kinder Erben zu je einem Drittel wurden. Die Erbschaft bestand i.W. aus einem Hausgrundstück in München, das mit vormundschaftsgerichterlicher Genehmigung verkauft wurde. Der Erlös wurde an zwei dingliche Gläubiger ausgegeben. Der für die Kinder bestellte Ergänzungspfleger machte Regreßansprüche gegen den Vater geltend, da das Grundstück für dessen Verbindlichkeiten gehaftet habe. Der Vater rügte die örtliche Zuständigkeit des AG München. Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, weil nach Auffassung des LG die internationale Zuständigkeit des AG München nicht gegeben war. Die internationale Zuständigkeit richte sich nach Art. 1 ff. MSA, woran weder Art. 4 S. 1 noch Art. 9 MSA etwas ändern würden. Zwar besäßen die Kinder die deutsche Staatsangehörigkeit als effektive Staatsangehörigkeit, was für die Anwendung von Art. 4 MSA ausreiche, doch setze Art. 4 MSA weiter voraus, daß eine Verständigung des Aufenthaltsstaates vorab erfolge. Hier sei jedoch nicht an die türkischen Behörden herangetreten worden. Dies sei auch nicht lediglich ein Verfahrensfehler, der in der Beschwerdeinstanz nachgeholt werden könne, sondern ein Zuständigkeitserfordernis, das in zweiter Instanz nicht nachgeholt werden könne. Art. 9 MSA begründe eine Zuständigkeit nur für notwendige Eilmaßnahmen. Nach vollständiger Abwicklung des Grundstücksverkaufs stünde jetzt aber nur noch die Geltendmachung von Regreßansprüchen in Frage, die selbst kein dringender Fall sei.

13. Das FG Münster urteilte am 28.4.1998 (6 K 4223/97 Kg – EFG 1998, 1208), daß türkische Staatsangehörige keinen Kindergeldanspruch für ihre nicht im Inland lebenden Kinder auf Art. 33 SozSichAbk D-Türkei[30] stützen könnten. Auch Bezieher von Arbeitslosenhilfe würden nicht unter Art. 33 des Abkommens fallen. Das deutsche EStG sehe in §§62 und 63 das Territorialitätsprinzip sowohl für den Anspruchsberechtigten als auch für das Kind vor, und Art. 33 des Abkommens habe nur Ansprüche nach diesem Rechtssystem erweitert. Darüber hinaus habe das Abkommen keine unmittelbaren Auswirkungen auf das Steuerrecht, da es sich dabei nicht wie bei einem DBA um einen Vertrag über die Besteuerung handele und somit der Vorrang zwischenstaatlichen Rechts nicht zum Tragen komme. Auch beinhalte das Sozialabkommen kein universell geltendes Völkergewohnheitsrecht, das Ansprüche im Hinblick auf Art. 25 GG begründen könnte.

14. Das FG Schleswig-Holstein erklärte mit Urteil vom 24.3.1998 (III 994/95 – RIW 1999, 237) die rückwirkende Anwendung des am 27.12.1992 in Kraft getretenen DBA-Italien 1989[31] auf den Veranlagungszeitraum 1990 für zulässig. Ein Kraftfahrer mit Wohnsitz in Deutschland übte seine Tätigkeit im Jahre 1990 an 105 Tagen in Deutschland und an 178 Tagen in Italien aus. In einem ersten

[30] Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Türkei über Soziale Sicherheit vom 30.4.1964, BGBl. 1964 II 1965, 1170.

[31] Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland-Italien 1989, BGBl. 1990 II 743.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Steuerbescheid wurden die Einkünfte aus der Tätigkeit in Italien steuerfrei belassen, Änderungen des Steuerbescheides nach dem Inkrafttreten des neuen deutsch-italienischen DBA jedoch angekündigt. Ein zweiter Steuerbescheid vom 30.12.1993 berücksichtigte dann die italienischen Einkünfte des Klägers. Die Klage des Kraftfahrers blieb erfolglos. Das FG führte dazu aus, daß Art. 2 des Zustimmungsgesetzes vorsehe, daß die Protokollvorschriften Nr. 22b i.V.m. Nr. 16e zum DBA-Italien 1989 ab dem 1.1.1990 anzuwenden und bereits ergangene Steuerfestsetzungen aufzuheben bzw. zu ändern seien. Einkünfte aus nichtselbständigen Tätigkeiten in Italien unterlägen daher auch für den Veranlagungszeitraum 1990 der inländischen Besteuerung. Voraussetzung sei nach Nr. 16e des Protokolls lediglich, daß Einkünfte aus unselbständiger Arbeit i.S.d. Art. 15 Abs. 2 DBA-Italien von einer in der Bundesrepublik ansässigen Person erzielt worden seien. Der Kläger erfülle diese Voraussetzung. Unerheblich sei, daß das DBA im Streitjahr 1990 noch nicht in Kraft gewesen sei, da Nr. 16e des Protokolls die Einkünfte nur ihrer Art nach und unabhängig von dem Inkrafttreten des DBA erwähne. Der BFH habe entschieden,[32] daß die rückwirkende Anwendung des Zustimmungsgesetzes auf Veranlagungszeiträume ab dem 1.1.1990 verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.

15. Das VG Oldenburg hielt in seinem Urteil vom 29.5.1998 (6 A 3140/96 – InfAuslR 1998, 417) grundsätzlich jenes Land für die Durchführung eines Asylverfahrens für zuständig, das einem Asylbewerber einen Sichtvermerk erteilt habe. Zwischen den Art. 30 und 35 SDÜ[33] bestehe ein Regel-Ausnahme-Prinzip, wonach eine Familienzusammenführung nur in den Grenzen des Art. 35 SDÜ stattfinde. Sinn und Zweck dieser Zuständigkeitsregelung würden es nahelegen, für die Klärung der Zuständigkeit auch noch nicht unanfechtbare Anerkennungsentscheidungen als Zuerkennung des Flüchtlingsstatus i.S.d. Art. 35 Abs. 1 SDÜ anzusehen. Ein iranischer Staatsangehöriger und seine zwei Töchter reisten auf dem Luftweg von Teheran kommend mit einem durch die belgische Botschaft in Teheran ausgestellten Visum für die Schengenstaaten ins Bundesgebiet ein. Ihr Asylantrag wurde abgelehnt und die Abschiebung nach Belgien angedroht. Die Ehefrau und Mutter der Kläger befand sich mit einem weiteren Kind ebenfalls im Bundesgebiet. Nach Auffassung des VG war die Bundesrepublik nach Art. 35 Abs. 1 SDÜ zuständig für die Durchführung des Asylverfahrens. Zwar folge aus Art. 30 Abs. 1 *lit.* a SDÜ, daß grundsätzlich jenes Land für die Durchführung eines Asylverfahrens zuständig sei, das einem Asylbewerber einen Sichtvermerk erteilt habe. Doch seien die Ehefrau bzw. Mutter der Kläger und ihr gemeinsames Kind bereits ein Jahr vor Einreise der Kläger als Asylberechtigte anerkannt worden. Diese Anerkennung sei zwar noch nicht unanfechtbar, doch sei für die Auslegung auf Sinn und Zweck der Zuständigkeitsregelungen der Art. 30 und 35 SDÜ zurückzugreifen. Diese zielten u. a. auf eine schnelle Klärung der Zuständigkeiten

[32] BFH, BB 1994, 195; Az. I R 140/93 vom 16.3.1994, BStBl. 1994 II 508; Az. I R 31/94 und I R 33/94 vom 14.9.1994, BFH/NV 1995, 497; Az. I R 4/93 vom 29.6.1994, BFH/NV 1995, 189.

[33] Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19.7.1990, BGBl. 1993 II 1013.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

und Durchführung des Asylverfahrens. Auch noch nicht unanfechtbare Anerkennungsentscheidungen seien daher als Zuerkennung des Flüchtlingsstatus nach Art. 35 Abs. 1 SDÜ anzusehen. Ein anderes Verständnis würde bei endgültiger Erfolglosigkeit der gegen die Anerkennung der Mutter gerichteten Klage zu einer bleibenden Verletzung des Art. 35 SDÜ führen, weil sich dann herausstelle, daß eine Familienzusammenführung nach Art. 35 SDÜ hätte stattfinden müssen. Auch hätten der Kläger und seine Ehefrau ineinandergreifende Begründungen ihrer Asylanträge vorgetragen, so daß es dem Beschleunigungsgedanken zuwider laufen würde, das Asylverfahren in Belgien durchzuführen, wo nicht ohne weiteres auf bereits gewonnene Erkenntnisse zurückgegriffen werden könne.

IV. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität

16. Der BGH sah in seinem Urteil vom 5.5.1998 (5 StR 494/97 – NJ 1998, 326) den Anwendungsbereich des § 258 StGB nicht auf die Bundesrepublik beschränkt, so daß Strafvereitelungen auch durch Ausländer im Ausland begangen werden könnten. Jedoch unterliege die Strafbarkeit dann völkerrechtlichen Einschränkungen und dies besonders, wenn die Hilfeleistung im staatlichen Auftrag erfolgt sei. Mangels einer völkerrechtlichen Pflicht zur Auslieferung von Straftätern sei das Unterlassen der Auslieferung allein noch keine Strafvereitelung. Das LG Berlin hatte drei ehemalige MfS-Mitarbeiter der versuchten Strafvereitelung für schuldig befunden, weil sie auf Weisung des Ministers Mielke ehemaligen RAF-Mitgliedern den Aufenthalt in der DDR und den Erwerb ihrer Staatsangehörigkeit ermöglicht hatten. Die Revision führte zum Freispruch. Der BGH führte aus, daß die DDR Staat i.S.d. Völkerrechts und damit Völkerrechtssubjekt gewesen sei. Ihre Souveränität und Gleichberechtigung seien daher zu achten, wenn eine Handlung auf dem Gebiet der DDR nach dem Strafrecht der Bundesrepublik beurteilt werden solle. Das Ubiquitätsprinzip des § 9 Abs. 1 StGB widerspreche dem nicht, da bei einem Erfolgsdelikt wie § 258 StGB auch auf den Ort des Erfolgseintritts abgestellt werden könne. Jedoch sei die DDR völkerrechtlich auch aus dem Grundlagenvertrag[34] weder zur Auslieferung von RAF-Aussteigern an die Bundesrepublik noch zu einer Mitteilung verpflichtet gewesen. Auch das Angebot an im Ausland befindliche RAF-Mitglieder, in der DDR Schutz vor Strafverfolgung zu finden, könne angesichts der Übung einiger Staaten noch völkerrechtlich gedeckt sein. Die Angeklagten hätten daher zumindest in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum i.S.d. § 17 StGB gehandelt. Der BGH verneinte auch eine Verurteilung nach § 233 StGB-DDR aus übergangenem Strafanspruch, weil die Angeklagten auf Befehl des Ministers Mielke gehandelt hätten und sie als Militärpersonen gemäß § 258 Abs. 1 StGB-DDR für Handlungen aufgrund von Befehlen nur dann strafrechtlich verantwortlich seien, wenn die Ausführung des Befehls offensichtlich gegen die aner-

[34] Vertrag vom 21.12.1972 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik, BGBl. 1973 II 421.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

kannten Regeln des Völkerrechts oder Strafgesetze verstoßen hätte. Dies sei aber nicht der Fall, wenn der Verzicht auf Strafverfolgung das Ziel verfolge, terroristisches Potential ruhig zu stellen.

17. Nach Auffassung des BGH in dem Beschluß vom 11.12.1998 (2ARs 499/98 – NStZ 1999, 236) reicht das Weltrechtsprinzip der §§6 Nr.1; 9 StGB zur Begründung der deutschen Gerichtsbarkeit für die Verfolgung von Straftaten von Ausländern an Ausländern im Ausland nicht ohne einen legitimierenden inländischen Anknüpfungspunkt aus, wofür der inländische Aufenthalt des Tatopfers nicht genüge. Ein nach Deutschland eingereister Bosnier zeigte Mißhandlungen und Tötungsverbrechen einer serbischen Gruppe bei der Vertreibung muslimisch-bosnischer Zivilisten aus ihrem Dorf an. Die StA regte daraufhin die Bestimmung eines zuständigen Gerichtes gem. §13a StPO an, was der BGH ablehnte, weil die Taten nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterlägen. Zwar gelte dafür das deutsche Strafrecht nach dem Weltrechtsprinzip des §6 Nr.1 StGB (Völkermord) und des §6 Nr.9 StGB i.V.m. Art. 146 II 1, 147 GK-IV,[35] doch reiche dies zur Begründung der deutschen Gerichtsbarkeit für die Verfolgung von Straftaten von Ausländern an Ausländern im Ausland nicht ohne einen legitimierenden inländischen Anknüpfungspunkt aus, weil andernfalls die völkerrechtlich gebotene Beachtung der Souveränität anderer Staaten kaum zu gewährleisten sei und die inländische Strafjustiz mit der uneingeschränkten Verpflichtung zu "weltweiter" Verfolgung von Straftaten überfordert wäre. Als legitimierender inländischer Anknüpfungspunkt genüge der Aufenthalt des Tatopfers aber nicht, weil dessen Aufenthalt von zufälligen, tat- und täterunabhängigen Umständen abhänge und zu einer uferlosen, völkerrechtlich bedenklichen Ausdehnung der inländischen Strafverfolgung führen würde. Anders verhalte es sich mit dem inländischen Aufenthalt Beschuldigter, doch lägen dafür hier keine Anzeichen vor.

18. Aus Sicht des OLG Köln in seinem Urteil vom 3.12.1998 (7 U 222/97 – IPRax 1999, 251) bedingt die völkerrechtliche Staatensouveränität, daß sich die Voraussetzungen von Amtshaftungsansprüchen für Taten, die während der nationalsozialistischen Herrschaft begangen wurden, auch dann nach deutschem Recht richten, wenn die Amtshaftungsdelikte im Ausland begangen wurden. Einschlägig sei §839 BGB mit seiner damaligen staatsrechtlichen Verankerung in Art. 131 WRV. Die Bundesrepublik habe zwar für solche Reichsverbindlichkeiten des Deutschen Reiches einzustehen, doch stehe den Opfern der nationalsozialistischen Verfolgung aufgrund noch gültiger Gesetze ein Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch für Zwangsarbeit nicht zu. Die Kläger, ausländische Staatsangehörige, waren während des zweiten Weltkrieges wegen ihrer jüdischen Abstammung von Nationalsozialisten in besetzten Gebieten verfolgt, im Konzentrationslager Auschwitz inhaftiert und zur Zwangsarbeit in einer nahe Auschwitz gelegenen Waffenfabrik herangezogen worden, wofür sie kein Entgelt erhielten. Nach dem Krieg erhielten sie allerdings auf der Grundlage u.a. des

[35] IV. Genfer Abkommen vom 12.8.1949 zum Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten, BGBl. 1954 II 917.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

BEG[36] Kapitalentschädigungen und/oder Renten. Die Kläger nahmen nun die Bundesrepublik auf Schadensersatz bzw. Zahlung einer Entschädigung für die geleistete Zwangsarbeit in Anspruch. Nach Auffassung des OLG sind die Voraussetzungen von Amtshaftungsansprüchen zwar gegeben, da zur Tatzeit deutsches Recht auch auf im Ausland begangene Amtshaftungsdelikte Anwendung gefunden habe. Dies ergebe sich aus dem völkerrechtlichen Grundsatz der Souveränität, der die staatliche Immunität für hoheitliches Handeln festlege. Die Bundesrepublik habe daher in Funktionsnachfolge des deutschen Reiches für Ansprüche nach §839 BGB i.V.m. Art. 131 WRV einzustehen. Das Heranziehen der Kläger zur Zwangsarbeit sei auch keinesfalls durch Art. 52 HLKO[37] gedeckt. Jedoch sei die Durchsetzung von Amtshaftungsansprüchen wie auch von öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüchen nach §8 Abs.1 BEG ausgeschlossen, da dieser vorsehe, daß Ansprüche wegen nationalsozialistischer Verfolgungsmaßnahmen abschließend und ausschließlich nach dem BEG befriedigt und Schadensausgleich nach dem allgemeinen Delikts- und Entschädigungsrecht ausgeschlossen werden sollte. Davon nicht erfaßte wiedergutmachungsrechtliche Vorschriften seien hier nicht einschlägig. Das BEG habe wegen drohenden Staatsbankrotts nur einen begrenzten Ausgleich vorgesehen, der ganze Schadenstatbestände oder Personenkreise ausgenommen habe, aber von Art. 134 Abs.4, 135a GG so erlaubt worden sei und weder die Eigentumsgarantie noch den Gleichbehandlungsgrundsatz verletze. Der Gesetzgeber habe im BEG bewußt davon abgesehen, für materielle Schäden aus Zwangsarbeit einen Ausgleich zu gewähren, wie sich aus vorangegangenen Gesetzeskodifikationen und völkerrechtlichen Verträgen, die keine Regelung für Zwangsarbeit vorgesehen hätten, sowie aus §5 Abs.2 Nr.3 AKG[38] ergebe, der die positive wie negative Exklusivität des BEG bestätige. Weiter erscheine auch die Abgrenzung zur nicht erfaßten Wiedergutmachung sinnlos, wenn sie auf dem Wege über Haftungsansprüche nach allgemeinem Haftungsrecht umgangen werden könne. Ehemalige polnische Staatsangehörige erführen nach dem BEG eine Schlechterstellung gegenüber anderen Verfolgten, da sie Ansprüche nur unter besonders engen Voraussetzungen geltend machen könnten, doch sei auch dies durch die damalige Finanzschwäche der Bundesrepublik gerechtfertigt. Der Gesetzgeber habe im übrigen nach dem persönlichen Territorialitätsprinzip zwischen in der Bundesrepublik lebenden Verfolgten und außerhalb lebenden Verfolgten unterschieden: Im Ausland lebende Verfolgte sollten sich danach an ihre Heimat- bzw. Sitzstaaten wenden, die ihrerseits völkerrechtliche Verträge zur Entschädigung der ausländischen Verfolgten mit der Bundesrepublik abschließen sollten und in erheblichem Umfang abgeschlossen hätten. Schließlich lasse sich

[36] Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung vom 18.9.1953, BGBl 1953 I 1387.

[37] Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges vom 18.10.1907, RGBl. 1910, 107.

[38] Allgemeines Kriegsfolgengesetz vom 5.11.1957, BGBl. III 653-1, veröffentlichte bereinigte Fassung, zuletzt geändert durch Art. 67 des Gesetzes vom 5.10.1994, BGBl. 1994 I 1389.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

nicht aus Art. 5 Abs. 2 LondonerSchuldenAbk[39] folgern, daß Entschädigungsansprüche nach allgemeinem Haftungsrecht bestünden, da der Wortlaut solche Ansprüche weder voraussetze noch habe begründen wollen. Der Zwei-plus-Vier-Vertrag[40] habe deshalb auch keine Entschädigungsansprüche von Opfern nationalsozialistischer Verfolgung aufleben lassen können.

V. Staatsangehörigkeit

1. Erwerb

19. Das BVerwG hielt in seinem Beschluß vom 10.3.1998 (1 B 249.97 – InfAuslR 1998, 401) die staatsangehörigkeitsrechtliche Ungleichbehandlung von minderjährigen und volljährigen Adoptivkindern deutscher Staatsangehöriger nach §§6 und 8 RuStAG für gerechtfertigt und ließ offen, ob diese Differenzierung auch dann zulässig sei, wenn eine Erwachsenenadoption gem. §1772 Abs. 1 BGB der Annahme eines Minderjährigen gleichgestellt werde. Ein erwachsener türkischer Staatsangehöriger war von einem deutschen Staatsangehörigen adoptiert worden und strebte seine Einbürgerung an. Das BVerwG führte dazu aus, daß das BVerfG und das BVerwG dem Gesetzgeber im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG einen weiten Gestaltungsspielraum zuerkannt hätten, der es erlaube, mit einem plausiblen Grund unterschiedlichen Gegebenheiten differenzierend Rechnung zu tragen. Die Annahme des Gesetzgebers, daß die Gefahr eines Mißbrauchs der Adoption volljähriger Ausländer nach §6 RuStAG zu Umgehungszwecken bei erwachsenen Ausländern typischerweise größer sei als bei ausländischen Kindern, sei sachlich nicht zu beanstanden und rechtfertige bereits die Ungleichbehandlung. Ferner solle damit bei volljährigen Ausländern eine doppelte Staatsangehörigkeit vermieden werden. Schließlich sei die Differenzierung auch durch den Gedanken des Minderjährigenschutzes und der Familieneinheit im Hinblick auf die typischerweise andere Lebenssituation und Unselbständigkeit minderjähriger Adoptivkinder gerechtfertigt.

20. Nach der Auffassung des BVerwG in dem Beschluß vom 17.7.1998 (1 B 73.98 – InfAuslR 1998, 504) zielt der Antrag auf Registrierung als Aussiedler nicht auf den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit ab und hat im Regelfall keine einbürgerungsrechtliche Bedeutung i.S.d. Art. 3 RuStAG. Der Kläger hatte einen Antrag auf Registrierung als Aussiedler gestellt, ohne im Zusammenhang damit eine Erklärung gem. Art. 3 RuStAG abzugeben. Nach Auffassung des BVerwG kann eine Erklärung gegenüber dem Bundesverwaltungsamt oder der Ausländerbehörde aber wegen der großen Tragweite einer solchen Erklärung nur bei hinreichender Deutlichkeit als Erwerbserklärung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 S. 1 RuStAG angesehen werden. Dazu müsse der nach außen bekundete Wille erkennen lassen, daß

[39] Abkommen über deutsche Auslandsschulden vom 27.2.1953, BGBl. 1953 II 333.

[40] Vertrag über die Abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland vom 12.9.1990, BGBl. 1990 II 1318.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

die Erklärung auf den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit abziele, ihrem wesentlichen Inhalt nach einbürgerungsrechtliche Bedeutung habe, an die Einbürgerungsbehörde gerichtet sein und eine unzuständige Behörde folglich dazu veranlassen solle, die Erklärung an die Einbürgerungsbehörde weiterzuleiten. Die Bitte um Registrierung als Aussiedler ziele als solche aber nicht auf den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit ab, sondern in erster Linie auf die Einbeziehung in die Verteilung der Personen, die in den Erstaufnahmeeinrichtungen vorläufig untergebracht seien. Anträge auf Registrierung als Aussiedler seien daher staatsangehörigkeitsrechtlich neutral, so daß ihnen ohne besondere Umstände keine statusrechtliche Erklärung zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit entnommen werden könne.

21. Der VGH Baden-Württemberg urteilte am 23.7.1998 (13 S 2212/96 – ESVGH 49, 24), daß der Ehegatte einer Deutschen nach § 9 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 4 RuStAG nur in den deutschen Staatsverband eingebürgert werden könne, wenn er imstande sei, sich und seine Angehörigen am Orte seiner Niederlassung zu ernähren. Dieser zwingenden Einbürgerungsvoraussetzung stehe der Bezug von Arbeitslosenhilfe entgegen. Ein Palästinenser war mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet und beantragte erfolglos seine Einbürgerung. Seine Ehefrau hatte ein Monatseinkommen von 2100 DM, der Kläger bezog Arbeitslosenhilfe und die Eheleute erhielten monatlich DM 1.400 Kindergeld zuzüglich DM 217 Wohngeld. Das VG verpflichtete das Land, den Kläger nach § 9 RuStAG einzubürgern, da es annahm, er könne sich und seine Angehörigen ernähren. Auf die Berufung des Landes hob der VGH das Urteil auf und wies die Klage ab. Er führte aus, daß der Kläger nach § 9 Abs. 1 RuStAG als Ehegatte einer Deutschen einzubürgern sei, sofern die Voraussetzungen des § 8 RuStAG gegeben seien. Zwingende Voraussetzung sei nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 RuStAG jedoch, daß der Antragsteller sich und seine Angehörigen ernähren könne, was weder der Kläger noch seine Ehefrau aus eigenem Einkommen gewährleisten könnten. Die Arbeitslosenhilfe des Klägers sei eine der Sozialhilfe ähnlich Leistung, die u. a. von der Bedürftigkeit abhänge und das Familieneinkommen bleibe auch bei Berücksichtigung der Transferleistungen hinter den Regelsätzen der Sozialhilfe zurück. Diese müßten aber erreicht werden, weil andernfalls für ein menschenwürdiges Leben Sozialhilfe ergänzend bezogen werden müsse. Die zwingende Einbürgerungsvoraussetzung sei daher nicht erfüllt und die Einbürgerung zu versagen.

22. Aus Sicht des VG Stuttgart in seinem Urteil vom 14.1.1998 (7 K 1613/97 – InfAuslR 1998, 237) steht der Ausweisungsgrund des § 46 Nr. 1 AuslG einer Einbürgerung nur dann entgegen, wenn der Ausländer persönlich eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik darstellt. Die bloße Zugehörigkeit zu einer Vereinigung, die ihrerseits wegen Gefährdung der inneren Sicherheit nach Art. 9 Abs. 2 GG oder § 14 VereinsG verboten werden könne, reiche dagegen noch nicht aus. Der vereinsrechtliche Verbotsgrund müsse sich in der Person des Ausländers konkretisiert haben. Ein türkischer Staatsangehöriger lebte als anerkannter Asylberechtigter seit 1980 ununterbrochen in der Bundesrepublik, war ab 1985 in Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis und stellte 1992 einen Antrag auf Ein-

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

bürgerung, der trotz seiner Ausbürgerung aus der Türkei abgelehnt wurde. Er erhob erfolgreich Klage vor dem VG, das hierzu ausführt, daß der Kläger die Voraussetzungen des Einbürgerungsanspruchs nach § 86 Abs. 1 AuslG erfülle und § 86 Abs. 3 i.V.m. § 85 Abs. 2 S. 2 AuslG nicht entgegenstünden, da kein Ausweisungsgrund nach § 46 Nr. 1 AuslG vorliege. Zur Annahme dieses Ausweisungsgrundes müsse die Anwesenheit des Ausländers eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik darstellen, sich ein vereinsrechtlicher Verbotsgrund also in der Person des Ausländers konkretisiert haben. Dies könne dem Kläger aber nicht nachgewiesen werden, da er 1984 zwar Vorstandsmitglied eines kurdischen Kulturvereins gewesen sei, er aber seit 1981 an keiner Auseinandersetzung mit politischem Hintergrund mehr teilgenommen habe und 1985 ausgetreten sei. Damals habe weder der Verein etwas mit der PKK zu tun gehabt, noch sei die PKK verboten gewesen. An der Gründungsversammlung eines zweiten Freundschaftsvereins habe er zwar teilgenommen, doch sei dieser Verein erst 1996 verboten worden, wonach der Kläger keinerlei Aktivitäten mehr für den Verein entfaltet habe. Anders als bei §§ 8 und 9 RuStAG, die vom Einbürgerungsbewerber ein aktives Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung verlangten, habe der Gesetzgeber sich beim Einbürgerungsanspruch nach den §§ 85 und 86 AuslG für die Integration bestimmter Personengruppen entschieden und bewußt ein größeres Risiko für die Staatssicherheit in Kauf genommen.

2. Verlust

23. Der hessische VGH hielt in seinem Urteil vom 18.5.1998 (12 UE 1542/98 – InfAuslR 1998, 505) die allgemeinen Rücknahmevorschriften des § 48 hess. VwVfG zur Rücknahme einer Einbürgerung wegen Verschweigens einer Doppelehe für grundsätzlich anwendbar. Die Rücknahme einer durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Einbürgerung sei aber rechtswidrig, wenn die Einbürgerungsbehörde kein Ermessen ausübe. Der in Pakistan geborene Kläger hatte sich zeitweilig als Asylbewerber in Deutschland aufgehalten und die Ehe mit einer deutschen Staatsangehörigen geschlossen. Bei Beantragung seiner Einbürgerung beantwortete er die Fragen nach früheren Ehen und Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Personen, die nicht zur Haushaltsgemeinschaft gehörten, mit "Nein," woraufhin er eingebürgert wurde. Nach Scheidung seiner deutschen Ehe wurde bekannt, daß der Kläger noch vor seinem Antrag auf Einbürgerung die Ehe mit einer Pakistanerin geschlossen hatte. Die Einbürgerung wurde daraufhin zurückgenommen, obwohl der Kläger geltend machte, daß die Ehe in Pakistan nach islamischen Recht vollzogen worden und nach deutscher Rechtsprechung deshalb nicht mehr als eine Art freundschaftliche Beziehung sei. Widerspruch und Klage wurden abgewiesen. Die Berufung hatte jedoch Erfolg, da nach Auffassung des Senates die Einbürgerungsbehörde das ihr obliegende Ermessen nicht ausgeübt hatte. Die Anwendung des § 48 hess. VwVfG auf rechtswidrige Einbürgerungsentscheidungen nach §§ 8 und 9 RuStAG, die der Eingebürgerte durch falsche Angaben erschlichen habe, sei zwar zulässig. Auch das uneingeschränkte

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Verbot der Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit in Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG stehe dem nicht entgegen, da diese Vorschrift Personen mit deutscher Staatsangehörigkeit vor zwangsweiser Ausbürgerung schützen solle, nicht aber die Privilegierung krimineller Ausländer bezwecke: Sie verbiete nur Ausbürgerungen, wolle aber nicht rechtswidrige Einbürgerungen aufrecht erhalten. Eine erschlichene Staatsangehörigkeit werde daher nicht durch Art. 16 Abs. 1 GG geschützt. Wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sei die Rücknahme einer Einbürgerung daher selbst dann für zulässig zu erachten, wenn der Betroffene infolge der Rücknahme staatenlos werde. Im Ergebnis könne jedoch offenbleiben, ob die Voraussetzungen einer Rücknahme vorlagen, da die Rücknahme der Einbürgerung sich jedenfalls deshalb als rechtswidrig erweise, weil die Einbürgerungsbehörde das ihr obliegende Rücknahmeermessen nicht ausgeübt habe.

3. Mehrfache Staatsangehörigkeit

24. Das BVerwG urteilte am 29.9.1998 (1 C 20/96 – NJW 1999, 963), daß ein deutscher Staatsangehöriger, der durch ausdrückliche Willenserklärung die italienische Staatsangehörigkeit erwerbe, nicht nach Art. 1 Abs. 1 MSÜ[41] die deutsche Staatsangehörigkeit verliere, wenn er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik beibehalte. Die deutsche Klägerin strebte aufgrund ihrer Ehe mit einem italienischen Staatsangehörigen den Erwerb der italienischen Staatsbürgerschaft an, beabsichtigte aber, auf Dauer ihren Aufenthalt im Bundesgebiet beizubehalten. Sie begehrte nach Ablehnung eines entsprechenden Antrags die Feststellung, daß sie die deutsche Staatsangehörigkeit nicht verliere, wenn sie die italienische Staatsangehörigkeit erwerbe, solange sie sich gewöhnlich innerhalb der Bundesrepublik Deutschland aufhalte. Nach Auffassung des BVerwG tritt ein Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nach §25 Abs. 1 RuStAG nur für Deutsche ein, die im Inland nicht ihren dauernden Aufenthalt haben. Zwar verliere gem. Art. 1 Abs. 1 MSÜ ein volljähriger Deutscher seine Staatsangehörigkeit, wenn er infolge einer ausdrücklichen Willenserklärung die Staatsangehörigkeit eines anderen Vertragsstaates erwerbe, unabhängig davon, ob er seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland beibehalte. Italien habe aber in einem Vorbehalt zum MSÜ den Verlust der italienischen Staatsangehörigkeit davon abhängig gemacht und Art. 8 Abs. 1 MSÜ erlaube diese Art von Vorbehalt ausdrücklich. Die Bundesrepublik sei ihrerseits nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1 MSÜ nur im Rahmen des italienischen Vorbehalts zur Anwendung des Art. 1 Abs. 1 MSÜ völkerrechtlich verpflichtet. Art. 21 Abs. 1 WÜRV[42] führe nach dem Gegenseitigkeitsprinzip zum gleichen Ergebnis, da das MSÜ nicht in die Kategorie von Abkommen zähle, die dem Gegenseitigkeitsprinzip nicht zugänglich seien. Im übrigen sei der Grundsatz der Vermeidung der Mehrstaatigkeit kaum durchzuhalten und deutlichen Erosio-

[41] Übereinkommen über die Verringerung von Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern vom 6.5.1963, BGBl. 1969 II 1953.

[42] Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl. 1985 II 926.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

nen ausgesetzt. Nur soweit aber eine völkervertragliche Pflicht dazu bestehe, könne §25 Ab. 1 RuStAG durch das MSÜ modifiziert werden. Dies sei hier nicht der Fall.

25. Nach Ansicht des VG Berlin in seinem Urteil vom 25.8.1998 (23 A 170/98 – NVwZ-RR 1999, 452) hat ein Wehrpflichtiger seinen gewöhnlichen Aufenthalt i.S.d. Art. 6 MSÜ[43] dort, wo er sich tatsächlich nicht nur vorübergehend aufhält. Bei Studenten sei dies regelmäßig der Studienort. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts sei nicht identisch mit dem Begriff des ständigen Aufenthalts i.S.d. §1 WPflG. Der in Belgien geborene Kläger war Sohn eines deutsch-französischen Paares und besaß beide Staatsangehörigkeiten. Er optierte in Brüssel nach Art. 6 Abs. 2 MSÜ für die Ableistung des Wehrdienstes in Frankreich und nahm daraufhin ein Studium an der TU Berlin auf, wo er zum Wehrdienst einberufen wurde. Widerspruch und Klage blieben erfolglos. Nach Ansicht des VG sind die Voraussetzungen für die Einberufung nach §21 Abs. 1 S. 1 WPflG hier erfüllt. Zwar müsse der Kläger nach Art. 5 Abs. 1 MSÜ seine Wehrpflicht nur in einem Staat erfüllen und er habe gem. Art. 6 Abs. 2 MSÜ für die Ableistung seines Wehrdienstes in Frankreich optiert, doch könne er dies der Einberufung nicht gem. Art. 6 Abs. 3 MSÜ entgegenhalten, da hiernach das Heranziehen zum Wehrdienst in einem anderen Vertragsstaat nur dann ausgeschlossen sei, wenn der Wehrpflichtige seine Wehrpflicht bereits erfüllt habe, was hier aber nicht der Fall sei. Der Kläger habe zum Einberufungszeitpunkt auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt i.S.d. Art. 6 Abs. 1 MSÜ in der Bundesrepublik gehabt. Das MSÜ unterscheide zwischen dem dauerndem Aufenthalt von grundsätzlich unbeschränkter Dauer und dem gewöhnlichem Aufenthalt, an dem ein Wehrpflichtiger sich tatsächlich nicht nur vorübergehend aufhalte. Der Gesetzgeber habe damit bewußt einen anderen Begriff gewählt als im WPflG, so daß der Kläger seinen ständigen Aufenthalt i.S.d. §1 Abs. 2 WPflG im Ausland haben könne, während er zugleich seinen gewöhnlichen Aufenthalt nach dem MSÜ im Inland habe und folglich hier zur Ableistung des Wehrdienstes verpflichtet sei.

4. Staatenlosigkeit

26. Das BSG legte mit Beschluß vom 15.10.1998 (B14 KG 19/97 R – InfAuslR 1999, 223) dem EuGH zur Vorabentscheidung die Fragen vor, ob VO 1408/71/EWG[44] auf Staatenlose und deren Familienangehörige anwendbar sei, wenn diese nach dem EGV kein Recht auf Freizügigkeit hätten und ob VO 1408/71/EWG auch auf staatenlose Arbeitnehmer und deren Familienangehörige anwendbar sei, die unmittelbar aus einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat eingereist und innerhalb der Gemeinschaften nicht gewandert seien. Ein Palästinen-

[43] Übereinkommen über die Verringerung von Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern vom 6.5.1963, BGBl. 1969 II 1953.

[44] Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABlEG Nr. L 149 vom 5.7.1971, 2–50.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

ser aus dem Libanon reiste mit seiner Familie in die Bundesrepublik ein und stellte erfolglos einen Asylantrag. Sein Aufenthalt wurde jedoch zunächst geduldet und ihm später eine Aufenthaltsbefugnis erteilt. Infolge der Neuregelung des § 1 Abs. 3 BKiGeldG verlor er seinen Anspruch auf Kindergeld, das er zuvor 5 Jahre lang bezogen hatte. Widerspruch und Klage blieben erfolglos. Auch in der Berufung wurden die wesentlichen Anträge des Klägers abgewiesen. Das BSG führte aus, daß dem Kläger seit der Neuregelung des § 1 Abs. 3 BKiGeldG kein Anspruch auf Kindergeld mehr zustehe, da Ausländer nunmehr im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 15 AuslG bzw. einer Aufenthaltsberechtigung nach § 27 AuslG sein müßten, der Kläger jedoch nur eine Aufenthaltsbefugnis nach § 30 AuslG besitze. Er habe auch als Bürgerkriegsflüchtling keinen Anspruch, nach § 42 BKiGeldG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VO 1408/71/EWG wie ein Unionsbürger behandelt zu werden, da GFK-Flüchtlinge den Staatsangehörigen des Wohnstaates hinsichtlich des Anspruchs auf Familienleistungen zwar grundsätzlich gleich stünden soweit sie Arbeitnehmer oder Selbständige seien, die GFK aber nur die materiellen Voraussetzungen und damit die Rechtsstellung der Flüchtlinge festlege. Das Verfahren zur Verleihung des Flüchtlingsstatus werde hingegen den einzelnen Vertragsstaaten überlassen. Nach dem deutschen Ausländer- und Asylrecht fehle es dem Kläger aber an der formellen Anerkennung als Flüchtling durch unanfechtbare behördliche oder gerichtliche Entscheidung. Aus dem StlÜbk[45] würden sich ebensowenig Ansprüche herleiten lassen, da Art. 24 Abs. 1 *lit.* b (ii) StlÜbk vorsehe, daß die Gleichbehandlung Staatenloser mit Inländern nicht für Leistungen gelte, die wie das Kindergeld ausschließlich aus öffentlichen Mitteln bestritten würden. Jedoch könne der Kläger möglicherweise aus § 42 BKiGeldG i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 VO 1408/71/EWG Ansprüche herleiten, wenn die VO auch auf Staatenlose ohne Recht auf Freizügigkeit anwendbar wäre, weil das Gleichstellungsgebot der VO eine Schlechterstellung im Vergleich zu Unionsbürgern verbiete, deren Kindergeldanspruch aber nicht vom Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis abhänge. Die Einbeziehung der Staatenlosen und Flüchtlinge in den persönlichen Geltungsbereich der VO sei jedoch zweifelhaft, da sie die Koordinierung der nationalen Bestimmungen über soziale Sicherheit für einen Personenkreis anstrebe, dem das Recht auf Freizügigkeit zustehe, Staatenlose und Flüchtlinge dieses Recht aber nicht besäßen. Eine solche Auslegung der VO könne daher über ihre Ermächtigungsgrundlage in Art. 51 S. 1 EGV hinausgehen und allenfalls durch die Blankettermächtigung des Art. 235 EGV legitimiert werden. Entscheidungserheblich sei weiter, ob die Gleichstellungsregelung auch gelte, wenn der Flüchtling aus einem Drittstaat in einen EU-Mitgliedstaat eingereist sei, also kein EU-interner grenzüberschreitender Sachverhalt vorliege. Mangels Wanderung des Arbeitnehmers komme es dann nämlich im Grunde nur auf die Vorschriften eines Mitgliedstaates an, so daß es keiner Koordinierungsregel bedürfe, doch umfasse der Flüchtlingsbegriff der VO 1408/71/EWG nach Ansicht der

[45] Übereinkommen vom 28.9.1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen, BGBl. 1976 II 473.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Referatsleiterin der europäischen Kommission auch Personen, die nur Berührung mit dem Recht eines Mitgliedstaates hätten.

27. Das OVG Schleswig-Holstein urteilte am 18.11.1998 (2 L 9/96 – InfAuslR 1999, 285), daß es bei der Frage, ob ein Asylsuchender staatenlos sei, auf die Rechtsanwendung durch die Behörden und Gerichte im Land seines gewöhnlichen Aufenthalts ankomme, nicht jedoch auf die Auslegung des fremden Staatsangehörigkeitsrechts durch deutsche Gerichte. Eine palästinensische Familie wurde wegen Beteiligung an der Intifada-Bewegung aus Ost-Jerusalem ausgewiesen, reiste in die Bundesrepublik ein und beantragte ihre Anerkennung als Asylberechtigte. Das Bundesamt lehnte den Antrag ab und drohte die Abschiebung nach Jordanien oder in einen anderen Staat an, wogegen die Kläger vor dem VG erfolgreich Klage erhoben. Die Berufung der Beklagten wurde vom OVG abgewiesen. Es führte dazu aus, daß es zur Prüfung eines Asylanspruches zunächst der Feststellung bedürfe, welchem Staat ein Asylbewerber angehöre bzw. in welchem Land ein staatenloser Flüchtling seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt habe, da politische Verfolgung grundsätzlich staatliche Verfolgung sei. Die Kläger besäßen weder die israelische noch die jordanische Staatsangehörigkeit und müßten folglich als Staatenlose gelten. Damit sei für die Beurteilung der politischen Verfolgung Israel als Land des gewöhnlichen Aufenthalts maßgeblich. Die Ausweisung des Klägers müsse als ein politischer Akt der israelischen Regierung verstanden werden, der eine Abschwächung der Intifada-Bewegung anstrebe und keine völkerrechtlich legitime Strafmaßnahme sei. Der Kläger habe an gewalttätigen Protesten für die Schaffung eines eigenen Staates teilgenommen, sei festgenommen, inhaftiert und während der Haft mißhandelt worden. Abwehrmaßnahmen gegen separatistische Unternehmungen seien zwar nicht von vornherein politische Verfolgung, doch hätten die Abwehrmaßnahmen hier an asylrelevante Merkmale wie die Volkszugehörigkeit und die politische Überzeugung angeknüpft und die Teilnehmer solcher Aktionen durch Ausweisung aus dem Staat ausgegrenzt. Die Verfolgung durch den Staat Israel dauere auch an, da hinreichende Anhaltspunkte dafür bestünden, daß dem Kläger eine Rückkehr nach Ost-Jerusalem unter Hinweis auf seine Vergangenheit verweigert werden würde.

VI. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs

28. Das OVG NRW sah in seinem Beschluß vom 27.1.1998 (8 B 2164/97 – NVwZ-RR 1999, 252) die persönliche Mission eines Diplomaten auch durch die längere Handlungsunfähigkeit des Entsendestaates enden, weil damit der diplomatischen Tätigkeit die Grundlage entzogen werde. Nach Art. 39 WÜD[46] würden die Vorrechte und Immunitäten von Diplomaten dann mit Ablauf einer angemessenen Frist enden. Ehemalige, nunmehr ausreisepflichtige Diplomaten hätten des-

[46] Wiener Übereinkommen vom 18.4.1961 über diplomatische Beziehungen, BGBl. 1964 II 957, BGBl. III 182-1-1, zuletzt geändert durch Justizmitteilungsgesetz und Gesetz zur Änderung kostenrechtlicher Vorschriften und anderer Gesetze vom 18.6.1997, BGBl. 1997 I 1430, 1434.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

halb nur Anspruch auf Leistungen nach dem AsylbLG, nicht jedoch nach dem BSHG. Die Antragsteller begehrten Sozialhilfeleistungen, die ihnen von dem Sozialhilfeträger mit der Begründung versagt wurden, ihr ungeklärter Status als früheres Mitglied einer diplomatischen Mission im Bundesgebiet bzw. als deren Familienangehörige stehe dem entgegen. Während das VG Sozialhilfe gewährte, hielt das OVG die Beschwerde des Beklagten für begründet, da nach § 120 Abs. 2 BSHG Leistungsberechtigte nach § 1 AsylbLG keine Leistungen der Sozialhilfe erhalten könnten. Die Antragsteller seien Leistungsberechtigte i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG, da sie ohne Aufenthaltsgenehmigung vollziehbar ausreisepflichtig seien. Auf die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AuslG, die auf die §§ 18–20 GVG Bezug nehme, könnten sich die Antragsteller nicht berufen, da sie nicht mehr zu dem Personenkreis des § 18 Abs. 1 GVG gehörten: Art. 43 WÜD enthalte keine abschließende Regelung der Beendigung diplomatischer Missionen[47] und gewohnheitsrechtlich sei anerkannt, daß die diplomatische Mission u. a. ende, wenn ihr die Grundlage entzogen werde, weil der Entsendestaat zu bestehen aufgehört habe oder die Mission eingestellt worden sei.[48] Hier sei der Entsendestaat unstreitig seit Jahren handlungsunfähig, so daß die Antragsteller sich gemäß Art. 39 WÜD nicht mehr auf Diplomatenvorrechte und -immunitäten berufen könnten.

29. Das Kammergericht Berlin verurteilte am 10.4.1997 (2 SE 2/93 (19/93) – NV) im sog. *Mykonos* -Verfahren zwei Angeklagte wegen tateinheitlich begangenen Mordes in vier Fällen, zwei Tatbeteiligte wegen Beihilfe und sprach einen Angeklagten von dem Vorwurf der Beihilfe frei. Bei der Feststellung des Tatgeschehens erarbeitete der Senat den gesamten geschichtlichen Vorgang, um unmißverständlich aufzuzeigen, daß eine Rechtsgemeinschaft, die dem Recht auf Leben eines jeden Menschen aus Art. 2 EMRK verpflichtet sei, sich nicht daran hindern lasse, solche Taten mit allen rechtlichen Mitteln zu verfolgen, die Schuldigen zur Rechenschaft zu ziehen und Hintermänner und Drahtzieher zu benennen. Die politische Führung Irans habe beschlossen, die Führung einer nach Autonomie strebenden kurdischen Oppositionsgruppierung, der DPK-I, zu liquidieren. Die Tötung des damaligen Vorsitzenden der DPK-I und zweier Vertrauter am 13.7.1989 in Wien stehe daher in engem Zusammenhang mit den Geschehnissen von Berlin. Die Beschlußfassung über solche Liquidationsoperationen liege in den Händen des geheimen und außerhalb der Verfassung stehenden "Komitees für Sonderangelegenheiten," dem u. a. der Staatspräsident, der Minister des Geheimdienstes VEVAK, der Chef des Außenressorts, Vertreter des Sicherheitsapparates und der "religiöse Führer" angehörten. Verbindlichkeit entfalte ein Tötungsbefehl aber selbst für schiitische Muslime weder rechtlich noch tatsächlich und selbst i.V.m. einer "Fatwa" nicht, die ein Rechtsgutachten zu allgemeinen und religiösen Fragen sei. Das Komitee übertrage die Operation seinem am geeignetsten erscheinenden Mitglied, das einen sogenannten Teamführer mit der Durchführung des

[47] Dahm/Delbrück/Wolfrum, Bd. I/1, 2. Aufl. 1989, § 39, S. 292 ff.
[48] *Ibid.*, 294.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Anschlags beauftrage. Der Teamführer wähle das "Hit-Team" aus und habe die letzte Entscheidungsbefugnis über den Verlauf des Anschlags. Vorliegend habe der Minister für Information und Sicherheit, Fallahian, im Komitee Bericht erstattet, woraufhin er mit der Liquidierung der DPK-I Führung betraut worden sei. Fallahian habe die VEVAK eingeschaltet, deren "Rat für Sonderaufgaben" zwei Mitarbeiter in die Bundesrepublik entsandt habe, die hier Kontakt mit dem örtlichen Verbindungsmann und Angeklagten zu 2) (A2) aufgenommen hätten, der seit 1980 in Deutschland lebe und Verbindungen zu Anhängern der Hisbollah habe. Auftragsgemäß habe er eine Gruppe für den Anschlag zusammengestellt, für die er die Asylbewerber bzw. Asylanten und Angeklagten zu 1) (A1), zu 3) (A3), zu 4) (A4) und zu 5) (A5) gewinnen konnte. A5 sei im weiteren Verlauf von der Mitwirkung an der Tat wegen nicht näher zu ergründender Unzuverlässigkeit ausgeschlossen worden. Das Hit-Team habe in Berlin eine weitere Person als Fluchtfahrer hinzugewonnen und eine konspirative Wohnung bezogen, von der aus das weitere Vorgehen geplant und erprobt worden sei und in der sie auch die Tatwaffen, eine Maschinenpistole und eine Pistole, jeweils mit Schalldämpfern, mit sich geführt hätten. A4 habe den Paß seines Bruders für die mögliche Flucht von A1 entwendet. Am Vorabend der Tat habe das Team von einem Verräter Ort und Zeit des Treffens der DPK-I-Führung in Berlin erfahren und einen Probelauf unternommen. Am 17.9.1992 hätten sie gegen 21.00 Uhr das verabredete Signal erhalten und sich zum Tatort begeben, wo A1 und eine weitere Person das Lokal gegen 22:50 Uhr betreten und gemeinsam das Feuer auf ihre fünf Opfer eröffnet hätten, von denen vier verstorben seien und der fünfte schwer verletzt überlebt habe. A3 habe vor der Lokaltür Wache gehalten, A2 sich bereits einige Tage vor der Tat nach Hamburg begeben, um Spuren zu verwischen. Die Täter hätten mit dem bereitstehenden Fahrzeug vom Tatort fliehen, A1 und A3 aber aufgrund eines Hinweises des BND kurz vor ihrer Flucht aus Deutschland verhaftet werden können. Danach habe sich A1 des Mordes schuldig gemacht, weil er die Arg- und Wehrlosigkeit der Opfer bewußt für die Tat ausgenutzt und damit heimtückisch gehandelt habe. Er habe auch aus niedrigen Beweggründen gehandelt, da die Tat keinen religiösen Hintergrund gehabt habe, die Tötungen vielmehr allein aus Gründen der Machterhaltung staatlich angeordnet worden seien und damit dem politischen Gegner jeden Lebenswert absprechen würden. A1 habe die Tat aus freiem Willen und mit eigener Entscheidung ausgeführt, da auszuschließen sei, daß er sich für verpflichtet gehalten habe, dem Tötungsbefehl Folge zu leisten. Dieser Wertung stehe auch nicht entgegen, daß die eigentlichen Taturheber und Drahtzieher staatliche Funktionsträger des Irans gewesen seien, da jede andere Bewertung der Auffassung Vorschub leisten würde, daß Nachsicht gegenüber staatsterroristischen Umtrieben geübt werde. Auch A2 habe sein Denken und Handeln mit dem der eigentlichen Taturheber in Übereinstimmung gebracht und sich insofern von niedrigen Beweggründen leiten lassen. A3 sei lediglich als Gehilfe anzusehen, weil er nur halbherzig aus einem Gefühl der Verpflichtung A2 gegenüber und ohne eigenes Interesse am Tod der Opfer an der Operation teilgenommen, und die Übernahme der von ihm erwarteten Rolle eines Schützen abgelehnt habe. A4 sei wegen Beihilfe zu ver-

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

urteilen, weil er Fluchthilfe zugesagt, Flugzeiten erkundet, A1 nach der Tat innerhalb der Bundesrepublik verbracht und durch die Entwendung des Passes seines Bruders diesen dem Verdacht der Tatbeteiligung ausgesetzt habe. A5 sei schließlich freizusprechen, weil er vor Tatausführung aus der Gruppe ausgeschieden sei und seine Überlegungen zur Tatausführung möglicherweise keine Fortwirkungen mehr entfaltet hätten.

VII. Fremdenrecht

1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts

30. Das BVerwG erklärte in seinem Beschluß vom 3.3.1998 (1 B 27.98 – InfAuslR 1998, 284), daß Art. 3 GG keine erweiternde Auslegung der §§17ff. AuslG zugunsten der Partner einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft gebiete. Ein Ausländer, der seit Jahren in Deutschland in einer festverankerten gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft mit einem Deutschen lebte, beanspruchte eine Aufenthaltserlaubnis unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK. Das BVerwG führte aus, daß ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach §28 Abs. 3 S. 2 HS 2 AuslG nur gegeben sei, wenn das Gesetz die Behörde unmittelbar dazu verpflichte, nicht aber, wenn die Erteilung in das Ermessen der Ausländerbehörde gestellt sei, selbst bei einer Ermessensreduzierung auf Null. Weder Art. 6 Abs. 1 GG noch Art. 8 EMRK würden aber einen gesetzlichen Anspruch im Sinne von §28 AuslG vermitteln, selbst wenn sie im Einzelfall das Ermessen zu einem Rechtsanspruch verdichten könnten. Eine Ungleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, die Art. 3 Abs. 1 GG verletzen würde, sei in §28 Abs. 3 S. 2 AuslG nicht zu erkennen und Art. 3 GG gebiete auch keine erweiternde Auslegung der §§17ff. AuslG zugunsten gleichgeschlechtlicher Partnerschaften.

31. Nach der Auffassung des BayObLG in dem Beschluß vom 2.10.1998 (4 St RR 131/98 – DÖV 1999, 119) korrespondieren die Gebote unverzüglicher Meldung bei einer Aufnahmeeinrichtung und unverzüglichen Nachsuchens um Asyl in §13 Abs. 3 S. 2 AsylVfG mit dem Gebot der "unverzüglichen Meldung bei den Behörden" in Art. 31 Abs. 1 GFK. Der Angeklagte reiste dreimal über die "grüne Grenze" in die Bundesrepublik ein, wurde jeweils von der Polizei gefaßt und zweimal zurückgeschoben. Erst bei seinem zweiten Grenzübertritt suchte er um Asyl nach und stellte drei Wochen später einen formellen Asylantrag beim Bundesamt. Das AG verurteilte den Angeklagten wegen unerlaubter Einreise in Tateinheit mit unerlaubtem Aufenthalt. Die Sprungrevision des Angeklagten blieb ohne Erfolg. Das BayObLG führte dazu aus, daß sich der Angeklagte nach §92 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 AuslG wegen unerlaubter Einreise strafbar gemacht habe und weder Art. 16a Abs. 1 GG als Rechtfertigungsgrund eingreife, da der Angeklagte aus einem sicheren Drittstaat eingereist sei, noch der persönliche Strafausschließungsgrund des §92 Abs. 4 AuslG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 GFK vorliege. Auf Art. 31 Abs. 1 GFK könne sich nur berufen, wer sich als Flüchtling unverzüglich

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

bei der Behörde des Einreiselandes melde und Gründe darlege, welche die unrechtmäßige Einreise oder den unrechtmäßigen Aufenthalt rechtfertigen würden. Seit der Neufassung des Asylrechtes handle ein asylbegehrender Ausländer, der illegal die "grüne Grenze" überschreite, nicht mehr unverzüglich, wenn er nicht bereits dem festnehmenden Polizeibeamten gegenüber um Asyl nachsuche. Reise ein zurückgeschobener Ausländer erneut illegal ein, so habe er sich unbeschadet einer früheren Meldung beim Bundesamt und unbeschadet eines früheren Asylersuchens erneut unverzüglich zu melden bzw. erneut unverzüglich um Asyl nachzusuchen.

32. Das BayObLG sieht in seinem Beschluß vom 28.5.1998 (3 Z BR 141/98 – BayObLGZ 1998, 137) den Haftgrund der unerlaubten Einreise nicht entfallen, wenn ein Ausländer seinen Asylantrag aus der Untersuchungshaft heraus stellt. Nach §14 Abs.4 AsylVfG ende die Abschiebungshaft grundsätzlich vier Wochen nach Eingang des Asylantrags beim Bundesamt, so daß auch im Rechtsbeschwerdeverfahren über die Anordnung von Abschiebungshaft von Amts wegen zu ermitteln sei, ob sich die Hauptsache durch den Ablauf dieser Frist erledigt habe. Ein türkischer Staatsangehöriger wurde bei seiner Einreise in die Bundesrepublik auf Anordnung des AG zur Sicherung seiner Abschiebung im Anschluß an eine Untersuchungshaft in Abschiebungshaft genommen. Der Betroffene legte erfolglos sofortige Beschwerde zum LG und sofortige weitere Beschwerde an das BayObLG ein, wozu das BayObLG ausführt, daß der Betroffene den Haftgrund des §57 Abs.2 Satz 3 Nr.1 AuslG dadurch verwirklicht habe, daß er ohne gültigen Paß und ohne Aufenthaltsgenehmigung in die Bundesrepublik eingereist sei. Durch seinen Asylantrag habe er zwar gem. §55 AsylVfG eine Aufenthaltsgestattung erworben, doch stehe dies der Anordnung von Abschiebungshaft gem. §14 Abs.4 S.1 Nr.1 AsylVfG erst ab Zustellung der Entscheidung des Bundesamtes bzw. nach Ablauf von 4 Wochen ab Eingang des Asylantrages beim Bundesamt entgegen. Diese Frist sei inzwischen zwar abgelaufen, doch habe sich die Hauptsache nicht erledigt, weil das Bundesamt den Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt habe. Hinderungsgründe stünden der Anordnung der Abschiebungshaft demnach nicht entgegen und auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei gewahrt.

33. Nach Ansicht des VG Frankfurt a.M. in seinem Beschluß vom 3.4.1998 (5 G 50235/98.A (3) – NVwZ-Beilage 10/1998, 103) kann ein im Flughafenverfahren abgelehnter Asylbewerber sich nicht mit Erfolg auf §53 Abs.5 S.1 AuslG berufen, um seine Einreise ins Bundesgebiet durchzusetzen, weil §60 Abs.5 S.1 AuslG diese Regelung für das Zurückweisungsverfahren nicht für entsprechend anwendbar erklärt habe. Lägen aber die Voraussetzungen des §53 Abs.6 S.1 AuslG vor, so könne einer Einreiseverweigerung ein verfassungsunmittelbares Zurückweisungsverbot aus Art. 1 Abs.1 i.V.m. 2 Abs.2 S.1 GG entgegenstehen. Ein afghanischer Staatsangehöriger suchte bei der Grenzschutzstelle Frankfurt a.M. Flughafen um Asyl nach. Der Antrag wurde als offensichtlich unbegründet abgewiesen, woraufhin die Grenzschutzstelle dem Antragsteller die Einreise in das Bundesgebiet verweigerte. Sein Eilantrag vor dem VG hatte Erfolg. In Afghani-

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

stan mangelte es aus Sicht des VG derzeit an staatlichen Strukturen, so daß dem Antragsteller weder Schutz gem. Art. 16a Abs. 1 GG bzw. § 51 Abs. 1 AuslG gewährt, noch Abschiebungshindernisse i.S.d. § 53 Abs. 4 AuslG i.V.m. der EMRK festgestellt werden könnten. Jedoch sei die Einreise zu gestatten, weil dem Vollzug der Zurückweisung ein verfassungsunmittelbares Zurückweisungshindernis aus Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 S. 1 GG entgegenstehe, an dessen Voraussetzungen keine geringeren Anforderungen gestellt werden dürften als sie § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG für ein Abschiebungsverbot fordere. Eine Zurückweisung sei von Verfassungs wegen untersagt, wenn eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit bestehe.[49] Bewaffnete Auseinandersetzungen hätten für jeden nach Afghanistan Zurückgewiesenen eine extreme Gefahrenlage für Leib und Leben geschaffen, die mit Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht zu vereinbaren sei.

2. Ausweisung und Abschiebung

34. Das BVerfG lehnte mit Beschluß vom 12.11.1998 (2BvR 1828/98 – BayVBl 1999, 163) im sog. Fall *Mehmet*[50] den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gegen die Abschiebung des Beschwerdeführers in die Türkei ab, weil die Annahmevoraussetzungen des § 93a BVerfGG nicht gegeben seien. Der Beschwerdeführer hatte gegen die Durchsetzung seiner sofort vollziehbaren Ausreisepflicht vergebens die Fachgerichte angerufen und begehrte vom BVerfG die vorläufige Außervollzugsetzung seiner Ausreisepflicht mittels einstweiliger Anordnung. Das BVerfG lehnte dies ab und führte dazu aus, daß die Verfassungsbeschwerde nicht hinreichend darlege, inwieweit der angegriffene Beschluß des VGH gegen das Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verstoßen könne. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ergangene gerichtliche Entscheidungen, die allein über die sofortige Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht entschieden hätten. Das Hauptsacheverfahren biete ausreichend Möglichkeit, behaupteten Grundrechtsverletzungen abzuhelfen, so daß der Beschwerdeführer zunächst darauf zu verweisen sei. Soweit sich Grundrechtsrügen auf das Eilverfahren bezögen, gehe es nur um ein kurzfristiges Verlassen des Bundesgebietes bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptsache, nicht aber um die Frage, ob dem Beschwerdeführer ein grundrechtlicher Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zustehe. Grundrechtsverstöße auf Grund der Ablehnung des einstweiligen Rechtsschutzes habe der Beschwerdeführer erstmals in der Verfassungsbeschwerde gerügt, so daß der Zulässigkeit dieser Rügen die mangelnde Rechtswegerschöpfung entgegenstehe.

35. Nach der Auffassung des BVerfG in seinem Beschluß vom 26.2.1998 (2 BvR 185/98 – InfAuslR 1998, 241) ist die Suizidgefahr eines ausreisepflichtigen, abgelehnten Asylbewerbers asylrechtlich und als zielstaatsbezogenes Abschiebehindernis irrelevant. Eine Suizidgefahr sei ein nur vorübergehend abschiebehindernder

---

[49] BVerwGE 99, 324 (328); BVerfG, Beschluß vom 21.12.1994, NVwZ 1995, 781 (782).
[50] Siehe dazu auch unten Nr. [79].

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Umstand, der typischerweise mit dem Vollzug einer Abschiebung verbunden und daher dem Abschiebestaat zuzurechnen sei. Abzuschiebende müßten bis zur tatsächlichen Durchführung der Abschiebung derartige Gefahren geltend machen können. Die mit der Abschiebung betrauten Behörden hätten dem angemessen zu begegnen und die notwendigen Vorkehrungen gegebenenfalls durch ein vorübergehendes Absehen von der Abschiebung bzw. eine entsprechende Gestaltung der Abschiebung zu treffen. Aus der Suizidgefahr könnten sich insoweit tatsächliche Abschiebungshindernisse ergeben, die in jedem Stadium zu beachten seien.

36. Das BVerwG urteilte am 29.9.1998 (1 C 8/96 – NVwZ 1999, 303), daß die Ausländerbehörde bei der Ausweisung eines türkischen Staatsangehörigen nicht aufgrund Assoziationsrechtes verpflichtet sei, über das deutsche Recht hinaus die Gründe ihrer Entscheidung bekannt zu geben und eine Ausreisefrist zu setzen. Ein seit 1974 in der Bundesrepublik lebender türkischer Staatsangehöriger wurde wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren verurteilt und aus dem Bundesgebiet ausgewiesen. Seine Anfechtungsklage, Berufung und Revision blieben erfolglos. Das BVerwG führte dazu aus, daß der Kläger mit seiner Straftat die Voraussetzungen einer Regelausweisung gem. §§45 Abs. 1, 46 Nr. 2, 47 Abs. 1 Nr. 1, 48 Abs. 1 Nr. 1 AuslG erfülle und der Begründungspflicht des §39 Abs. 1 NRW-VwVfG genüge getan worden sei. Auch liege kein Ausnahmefall vor, da weder überdurchschnittliche Bindungen an Deutschland noch außergewöhnliche Umstände zu erkennen seien, die einer Rückkehr des Klägers und seiner Familie in die Türkei entgegenstünden. Auch im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG bestünden keine Bedenken, da sich der Grad des Schutzes dieses Grundrechtes wesentlich an dem Gewicht des öffentlichen Interesses an der Ausreise des Ausländers orientiere. Soweit sich der Anwendungsbereich mit dem des Art. 6 GG decke, vermittle auch Art. 8 EMRK keinen weitergehenden Schutz, da eine Verletzung des konventionsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zwar bei Ausländern in Betracht komme, die aufgrund ihrer gesamten Entwicklung faktisch zu Inländern geworden seien,[51] doch liege ein solcher Fall hier nicht vor. Weiter enthalte die Ausweisung keine Ausführungen zu Fragen des Assoziationsrechtes, verstoße damit aber nicht gegen den ARB 1/80,[52] weil sich dem Assoziationsrecht eine über das nationale Recht hinausgehende Begründungspflicht nicht entnehmen lasse. Zwar sehe Art. 6 RL 64/221/EWG[53] eine Begründungspflicht vor, doch ergänze diese an die Mitgliedstaaten gerichtete Richtlinie nicht zugleich das Assoziationsrecht. Auch Art. 48 EGV regele lediglich die materiell-rechtlichen Grundlagen und Grenzen der Arbeitnehmerfreizügig-

[51] EGMR, Urteil vom 26.3.1992, *Beldjoudi./. Frankreich*, EuGRZ 1993, 556 und Urteil vom 26.9.1997, *Mehemi./. Frankreich*, InfAuslR 1997, 430.

[52] Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19.9.1980, abgedruckt in: Assoziierungsabkommen und Protokolle EWG-Türkei sowie andere Basisdokument, 327 (Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 1992).

[53] Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25.2.1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABlEG Nr. 56 vom 4.4.1964, 850–857.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

keit, enthalte aber keine gemeinschaftsrechtlichen Regelungen des Verwaltungsverfahrens. Eine über nationales Recht hinausgehende Pflicht zur Bestimmung einer Ausreisefrist habe ebensowenig bestanden, weil dieses Gebot Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sei und der Gewährung effektiven Rechtsschutzes diene, das nationale Recht insoweit aber mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sei. Die Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit stehe in Einklang mit Art. 14 Abs. 1 ARB 1/80, so daß der Ausweisung auch kein Aufenthaltsrecht des Klägers gem. Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 entgegenstehe. Schließlich erlaube auch Art. 3 Abs. 3 ENA[54] eine Ausweisung von Personen, die gegen die öffentliche Ordnung besonders schwerwiegend verstoßen hätten, was den schwerwiegenden Gründen des § 48 Abs. 1 AuslG entspreche.

37. Aus der Sicht des BVerwG in seinem Urteil vom 27.4.1998 (9 C 13/97 – DÖV 1999, 118) kann die drohende Verschlimmerung einer Krankheit wegen ihrer nur unzureichenden medizinischen Behandlung im Zielstaat ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG sein. Bei weit verbreiteten Erkrankungen wie Aids könne allerdings eine allgemeine Gefahr i.S.d. § 53 Abs. 6 S. 2 AuslG vorliegen, die eine ausländerpolitische Leitentscheidung nach § 54 AuslG erfordere. Ein Staatsangehöriger der demokratischen Republik Kongo beantragte erfolglos in der Bundesrepublik Asyl, wurde zur Ausreise aufgefordert und ihm seine Abschiebung angedroht. In seiner Klage machte er Abschiebungsschutz nach § 53 AuslG wegen einer Krebserkrankung aus einer HIV-Infektion geltend, die nur in Deutschland und nicht in seinem Herkunftsland behandelt werden könne. Das VG und das OVG wiesen seine Klage ab. Das BVerwG hob das Urteil des OVG zu § 53 Abs. 6 AuslG auf und verwies die Sache zur Entscheidung zurück. Das OVG habe zwar zu Recht ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG i.V.m. Art. 3 EMRK abgelehnt, weil eine unmenschliche Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK nur ein vorsätzliches, auf eine bestimmte Person zielendes Handeln sei, dessen Urheber ein Staat bzw. eine staatsähnliche Gewalt sein müsse. Hier fehle es aber an der Zielgerichtetheit der Rechtsgutbeeinträchtigung und an deren staatlicher Urheberschaft, woran der Senat entgegen der Ansicht des EGMR weiter festhalte. Rechtsfehlerhaft sei indessen die Ablehnung des Abschiebungsschutzes nach § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG, da im Zielstaat drohende Gefahren ausschließlich von § 53 AuslG erfaßt würden und die drohende Verschlimmerung einer Krankheit wegen unzureichender medizinischer Behandlung im Zielstaat folglich nur ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG sein könne. Vorliegend könne die Anwendbarkeit des § 53 AuslG jedoch nach § 54 AuslG gesperrt sein, wenn eine allgemeine Gefahr vorliege. Die Immunschwäche Aids könne als eine in Afrika verbreitete Krankheit eine solche allgemeine Gefahr sein, so daß das OVG hätte prüfen müssen, ob dies auch für das Heimatland des Klägers zutreffe.

38. Das VG Frankfurt a. M. urteilte am 29.3.1999 (9 E 30919/97.A(2) – InfAuslR 1999, 300), daß die Gefahr einer zwangsweisen Genitalverstümmelung im Heimatland keine Asylberechtigung, aber Abschiebungsschutz nach § 51 Abs. 1

[54] Europäisches Niederlassungsabkommen vom 13.12.1955, BGBl. 1959 II 998.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

und §53 Abs. 4 und 6 AuslG begründe. Eine Angehörige eines Stammes der westlichen Elfenbeinküste beantragte erfolglos Asyl, weil sie bei Rückkehr in ihre Heimat mit einer Genitalverstümmelung zur rechnen habe. Das VG bestätigte diese Entscheidung und führte u.a. aus, daß Zwangsbeschneidungen keine ausgrenzende politische Verfolgung i.S.d. Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG seien, weil Beschneidungen gerade den Zweck verfolgen würden, betroffene Mädchen bzw. Frauen als vollwertiges Mitglied in den Kreis der Stammesfrauen aufzunehmen und der Familie gesellschaftliche Anerkennung zu verschaffen. Die Genitalverstümmelungen würden auch ausschließlich von den einzelnen Stämmen des Landes praktiziert und könnten nicht dem Staat zugerechnet werden. Jedoch sei der Klägerin nach §51 Abs. 1 AuslG Abschiebungsschutz zu gewähren. Das BVerwG leite zwar aus der Verwendung des Begriffs der politischen Verfolgung in §51 Abs. 2 S. 2 AuslG ab, daß auch bei §51 Abs. 1 AuslG eine staatliche Verfolgung vorliegen müsse und der Gesetzgeber Art. 33 Nr. 1 GFK authentisch in dieser Weise interpretiert habe.[55] Nach Ansicht des VG sind jedoch die sachlichen Voraussetzungen des Abschiebungsschutzes in §51 Abs. 1 AuslG, der den Begriff der politischen Verfolgung nicht enthalte, abschließend aufgezählt. Eine andere Auslegung würde die zusätzliche Anwendung von Art. 33 Nr. 1 GFK neben §51 Abs. 1 AuslG erfordern, weil eine beschränkende Auslegung der GFK aufgrund der völkerrechtlichen Regeln ausscheide. Damit müßte Abschiebungsschutz nach Art. 1 a) Nr. 2 GFK nicht nur im Rahmen des Asylverfahrens, sondern auch außerhalb davon geprüft werden, so daß das Ziel des Gesetzgebers verfehlt würde, Asylverfahren in einem einzigen Verfahren klären zu lassen. Abschiebungsschutz nach Art. 33 GFK unterscheide sich schon darin wesentlich von jenem aus Art. 16a Abs. 1 GG, da die Konvention keine politische Verfolgung verlange, sondern Art. 1 a) Nr. 2 GFK bewußt auf das Wort "Staat" verzichte und die begründete Furcht vor einer Verfolgung im Heimatland wegen eines Konventionsmerkmale ausreichen lasse. Das BVerwG habe sich insoweit unzureichend mit dem Wortlaut des Art. 1 a) Nr. 2 GFK auseinandergesetzt und sowohl die Auffassung des BGH, als auch die Zielsetzung des Abkommens in der Präambel der GFK unterschlagen. Auch der Gesetzgeber sei sich des Unterschiedes bewußt gewesen, wie die Regelungsgeschichte des §28 AuslG erkennen lasse. Die Maßgeblichkeit der GFK für die Auslegung des unterverfassungsrechtlichen Flüchtlingsrechts sei auch durch Art. K.2 MV,[56] Art. 28 SDÜ[57] und den gemeinsamen Standpunkt des Rates der EU vom 4.3.1996[58] bestätigt worden. Insbesondere werde aus Ziff. 5.2. GemStandPkt deutlich, daß auch nichtstaatliche Verfolgungen in den Anwendungsbereich der GFK fallen würden. Bei der Klägerin ergebe sich ein Abschiebungsverbot aus §51

[55] BVerwGE 95, 42 (44ff.).

[56] Vertrag vom 7.2.1992 über die Europäische Union, BGBl. 1992 II 1251.

[57] Übeinkommen "Schengen II" vom 19.6.1990, BGBl. 1993 II 1010.

[58] Gemeinsamer Standpunkt 96/196/JI des Rates vom 4.3.1996 aufgrund von Art. K.3 des Vertrags über die Europäische Union festgelegt – betreffend die harmonisierte Anwendung der Definition des Begriffs "Flüchtling" in Art. 1 des Genfer Abkommens vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, ABlEG Nr. L 63 vom 13.3.1996, 2–7.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Abs. 1 AuslG, weil ihr bei einer Rückkehr in ihr Heimatland mit einer Zwangsbeschneidung ein lebensbedrohender Eingriff in ihre konventionsgeschützte körperliche Unversehrtheit drohe. Auch aus § 53 Abs. 4 AuslG ergebe sich ein Abschiebungshindernis, weil der Klägerin mit einer Zwangsbeschneidung in ihrem Heimatland die reale Gefahr drohe, einer mit Art. 3 EMRK nicht zu vereinbarenden Behandlung ausgesetzt zu werden und Art. 3 EMRK es deutschen Stellen verbiete, Maßnahmen zu ergreifen, die einen Menschen der realen Gefahr einer unzulässigen unmenschlichen Behandlung aussetzen würden. Dem stehe auch nicht entgegen, daß diese Gefahr nicht unmittelbar durch den Staat verursacht werde, da der EGMR ausdrücklich anerkannt habe, daß auch von nichtstaatlichen Stellen verursachte reale Gefahren im Zielstaat eine Abschiebung entgegenstehen könnten.[59] Der anders lautenden Rechtsprechung des BVerwG sei nicht zu folgen, da der EGMR für die Auslegung der EMRK die letzte Entscheidungsbefugnis besitze.

39. Nach der Ansicht des BVerwG in seinem Urteil vom 24.11.1998 (1 C 8.98 – InfAuslR 1999, 106) hat ein Ausländer ein Ausreise- oder Abschiebungshindernis i.S.d. § 30 Abs. 3 AuslG grundsätzlich zu vertreten, wenn es auf der freiwilligen Aufgabe seiner Staatsangehörigkeit ohne Erwerb einer neuen Staatsangehörigkeit beruht. Zu den zumutbaren Anforderungen des § 30 Abs. 4 AuslG könne auch ein Wiedereinbürgerungsantrag an den Staat der früheren Staatsangehörigkeit gehören, wenn dieser nicht von vornherein aussichtslos erscheine. Rumänische Staatsangehörige stellten in der Bundesrepublik einen Asylantrag und bei der Rumänischen Botschaft einen Ausbürgerungsantrag. Die Aufenthaltsduldungen der Kläger sahen ein Erlöschen im Falle der Ausreise vor. Ohne Anzeige an die deutschen Behörden nahm der Kläger seinen Ausbürgerungsantrag zurück und reiste mehrfach mit seinem rumänischen Paß zwischen Rumänien und Deutschland hin und her. Nach erzwungener Ausreise beantragten die Kläger erneut die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen und verwiesen auf eine Bestätigung der rumänischen Botschaft über die antragsgemäße Entlassung aus der rumänischen Staatsangehörigkeit. Sie erhielten jedoch nur Duldungen. VG und OVG wiesen Verpflichtungsklagen für Aufenthaltsbefugnisse ab, und auch die Revision blieb erfolglos. Das BVerwG führte dazu u. a. aus, daß die Kläger ihr Begehren nicht auf § 30 Abs. 3 AuslG stützen könnten, weil dies voraussetze, daß einer freiwilligen Ausreise oder Abschiebung Hindernisse entgegenstünden, die sie nicht zu vertreten hätten. Ein objektives Hindernis liege aber nur in der freiwilligen Aufgabe der rumänischen Staatsangehörigkeit ohne Erwerb einer anderen Staatsangehörigkeit, was die Kläger aber zu vertreten hätten. Sie hätten ihre freiwillige Ausreise bzw. ihre Abschiebung damit zumindest wesentlich verzögert, weil sie mit Aufgabe ihrer Staatsangehörigkeit auch ihren Individualanspruch auf Rückkehr aufgegeben und den zwischenstaatlichen Anspruch des Aufnahmestaats gegenüber dem Heimatstaat auf Rücknahme vereitelt hätten. Der Ausnahmefall der Unzumutbarkeit einer weiteren Aufrechterhaltung der Staatsangehörigkeit ihres Heimatstaates, etwa aufgrund unheilbar zerstörter Bindungen zu dem Staat wegen schwerer

[59] EGMR, Urteil vom 17.12.1996, *Ahmed./. Österreich*, InfAuslR 1997, 279.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

staatlicher Verfolgung, sei hier nicht ersichtlich. Auch die Voraussetzungen des §30 Abs.4 AuslG seien nicht erfüllt, da hiernach ausnahmsweise eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden könne, soweit der ausreisepflichtige Ausländer zumutbare Anforderungen zur Beseitigung des Abschiebungshindernisses nicht verweigere. Nach dieser Obliegenheit habe er alles in seiner Kraft stehende und zumutbare dazu beizutragen, etwaige Abschiebungshindernisse zu überwinden. Die Kläger hätten aber einen nach Art. 8 und 9 rum. StAG möglichen, nicht von vornherein aussichtslosen und zumutbaren Antrag auf Wiedererwerb der rumänischen Staatsangehörigkeit nicht gestellt.

40. Aus Sicht des BayObLG in seinem Beschluß vom 9.1.1998 (3Z BR 4/98 – NVwZ-Beilage 5/1998, 54) steht Art. 31 Abs.1 GFK der Haftanordnung zur Sicherung der Abschiebung eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers nicht entgegen. Ein türkischer Staatsangehöriger kurdischer Volkszugehörigkeit, der wegen Ablehnung seines Asylantrags bereits aus der Bundesrepublik ausgereist war, reiste erneut ein und stellte einen Asylfolgeantrag, der ebenfalls abgelehnt wurde. Zur Sicherung seiner Abschiebung ordnete das AG Abschiebungshaft an. Die sofortige Beschwerde an das LG blieb ebenso erfolglos wie die sofortige weitere Beschwerde an das BayObLG. Der Haftgrund des §57 Abs.2 S.1 Nr.1 AuslG sei gegeben, und auch Art. 31 Abs.1 GFK stehe der Haft nicht entgegen, da diese Bestimmung nur Strafen gegen Flüchtlinge wegen unrechtmäßiger Einreise oder unrechtmäßigen Aufenthalts untersage, die Anordnung der Sicherungshaft zur Abschiebung als Präventivmaßnahme zur Durchsetzung der Ausreisepflicht jedoch keine Strafe i.d.S. sei.

41. Der hessische VGH war in seinem Beschluß vom 24.3.1998 (13 TZ 1048/98 – InfAuslR 1998, 338) der Auffassung, daß Art. II Nr.5 FHSV D-USA[60] keinen Ausweisungsschutz gewähre, der über die Regelungen des Ausländergesetzes hinausreiche. Der Antragsteller war zu einer einjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden, die nicht zur Bewährung ausgesetzt wurde. Er wurde deshalb auf der Grundlage des §47 Abs.2 Nr.1 AuslG in die USA ausgewiesen. Der Antragsteller klagte hiergegen erfolglos vor dem VG. Der VGH wies seine Beschwerde ab und führte dazu u.a. aus, daß Art. 2 Nr.5 FHSV D-USA den Vertragsparteien das Recht vorbehalte, Maßnahmen gegenüber Staatsangehörigen des anderen Vertragsteils zu ergreifen, die zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung notwendig seien und damit auch Ausweisungen zu verfügen. Ein einschränkender Wille der Vertragsparteien hätte in dem Vertragstext deutlich zum Ausdruck kommen müssen, was jedoch anders als in Art. 3 Abs.2 und 3 ENA[61] gerade nicht erfolgt sei. Der FHSV D-USA könne der Ausweisung daher nicht entgegengehalten werden.

42. Das VG Wiesbaden war demgegenüber in seinem Beschluß vom 23.3.1998 (4 G 1137/97 – InfAuslR 1998, 291) der Ansicht, daß die "Meistbegünstigungs-

---

[60] Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29.10.1954, BGBl. 1956 II 487.

[61] Europäisches Niederlassungsabkommen vom 13.12.1955, BGBl. 1959 II 998.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

klausel" des Art. 3 Abs. 3 S. 3 FHSV D-USA zur Nichtanwendung des § 72 Abs. 1 AuslG auf US-Staatsangehörige führe, da auch der Status von EU-Angehörigen zu berücksichtigen sei. Ein US-Amerikaner befand sich mit einer befristeten Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet, deren Verlängerung wegen mehrerer Straftaten des Antragstellers abgelehnt wurde. Sein Widerspruch blieb auch gegen seine Ausweisung erfolglos, die Klage vor dem VG war dagegen erfolgreich. Aus der Sicht des VG ist eine Abschiebung nicht zulässig, da der Antragsteller ohne Aufenthaltsgenehmigung zwar ausreisepflichtig sei, Art. 3 Abs. 3 S. 3 FHSV D-USA jedoch die Vollziehbarkeit sperre. Danach dürften die Staatsangehörigen eines Vertragsteils nicht weniger günstig behandelt werden, als es Staatsangehörigen eines dritten Landes zustehe. Sowohl nach § 12 Abs. 9 AufenthG/EWG[62], als auch nach § 4 Abs. 2 FreizügVO/EG[63] finde § 72 Abs. 1 AuslG aber auf EU-Staatsangehörige keine Anwendung. Der Widerspruch eines EU-Staatsangehörigen habe deshalb aufschiebende Wirkung, so daß es an der Vollziehbarkeit der Abschiebung i.S.d. § 42 Abs. 2 S. 2 AuslG fehle. Ob der Antragsteller dabei die tatbestandlichen Voraussetzungen erfülle, könne offenbleiben, da die aufschiebende Wirkung nicht davon abhängig sei, daß der Ausländer tatsächlich Freizügigkeit genieße, sondern schon die Staatsangehörigkeit eines EWG-Mitgliedstaates genüge. Über Art. 3 Abs. 3 S. 3 FHSV D-USA müsse deshalb auch der Widerspruch des Antragstellers aufschiebende Wirkung haben.

VIII. Asylrecht

1. Politische Verfolgung

43. Das BVerfG erklärte in seinem Beschluß vom 5.8.1998 (2 BvR 153/96 – InfAuslR 1999, 37), daß auch Maßnahmen der staatlichen Selbstverteidigung asylrechtsbegründend sein können. Ein libanesischer Staatsangehöriger beantragte vergeblich mit der Begründung in der Bundesrepublik Asyl, er sei wegen eines Wahlboykottaufrufs mittels Flugblättern inhaftiert und mißhandelt worden, habe jedoch vor seiner Verhandlung fliehen können. Das VG wies seine Asylklage ab, räumte jedoch ein Abschiebungshindernis gem. § 53 Abs. 4 AuslG ein. Gegen die Nichtzulassung der Berufung legte der Kläger Verfassungsbeschwerde ein, der das BVerfG stattgab. Das BVerfG führte dazu aus, daß auch Maßnahmen der staat-

[62] Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22.7.1969, BGBl. 1969 I 927, n.F. vom 31.1.1980, BGBl. 1980 I 116, BGBl. III 26–2, zuletzt geändert durch Viertes Änderungsgesetz vom 24.1.1997, BGBl. 1997 I 51.

[63] Verordnung über die allgemeine Freizügigkeit von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 17.7.1997, BGBl., 1997 I 1810, BGBl. III 26–2-1 (zur Umsetzung der Richtlinie 90/364/EWG des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht, ABlEG Nr. L 180 vom 13.7.1990, 26–27, der Richtlinie 90/365/EWG des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, ABlEG Nr. L 180 vom 13.7.1990, 28–29, und der Richtlinie 93/96/EWG des Rates vom 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABlEG Nr. L 317 vom 18.12.1993, 59–60).

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

lichen Selbstverteidigung als gezielte Rechtsverletzungen in Anknüpfung an asylerhebliche Merkmale politische Verfolgung sein könnten, da auch die betätigte politische Überzeugung im Schutzbereich des Asylgrundrechts liege. Es bedürfe einer besonderen Begründung, Taten, die eine Umsetzung politischer Überzeugung darstellen würden, aus dem Bereich politischer Verfolgung herausfallen zu lassen. Dafür komme der Rechtsgüterschutz in Betracht, sofern die staatlichen Maßnahmen einer zusätzlichen kriminellen Komponente gelten würden, die in den Taten zum Ausdruck gelange und über die Betätigung der politischen Überzeugung hinausgehe. Auch eine danach nicht asylerhebliche Strafverfolgung könne aber in politische Verfolgung umschlagen, wenn objektive Umstände darauf schließen lassen würden, daß der Betroffene wegen eines asylerheblichen Merkmals eine härtere als die sonst übliche Behandlung erleide. Unmenschliche Behandlung und insbesondere Folter könnten sich als asylrelevante Verfolgung darstellen, wenn sie wegen asylrelevanter Merkmale oder im Blick darauf in verschärfter Form eingesetzt würden. Aus dem Urteil des VG werde nicht deutlich, inwieweit das Vorgehen gegen den Beschwerdeführer einem anderen Ziel habe dienen können, als ihn an der Betätigung seiner politischen Überzeugung zu hindern. Die Staatsschutzvorschriften hätten nicht ersichtlich die Verteidigung von Rechtsgütern gegen eine kriminelle Komponente zum Ziel, die über die Betätigung der politischen Überzeugung des Beschwerdeführers hinausreiche. Habe das VG aber mit einem besonders harten Vorgehen der libanesischen Strafverfolgungsbehörden gegen "politische" Straftäter einen "Politmalus" festgestellt, der mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit schwere körperliche und seelische Mißhandlungen zur Folge haben werde – wenn nicht in Form der Folter, so doch zumindest in Form der erniedrigenden und unmenschlichen Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK – so sei unverständlich, warum das VG hieraus lediglich ein Abschiebungshindernis nach §53 Abs. 4 AuslG ableite, eine drohende politische Verfolgung i.S.d. Art. 16a Abs. 1 GG jedoch ablehne.

44. Das niedersächsische OVG folgte in seinem Urteil vom 23.1.1998 (1 L 525/97 – InfAuslR 1998, 197) der Rechtsprechung des BVerfG, daß die staatliche Verfolgung von separatistischen und politisch-revolutionären Taten grundsätzlich politische Verfolgung sein könne, selbst wenn der Staat hierdurch seinen eigenen Bestand oder seine politische Identität verteidige. Ein tunesischer Staatsangehöriger und Mitglied der Ennahdah-Bewegung reiste auf Umwegen in die Bundesrepublik ein, wo er erfolglos einen Asylantrag stellte und die Abschiebung nach Tunesien angedroht erhielt. Das VG wies seine Verpflichtungsklage auf Anerkennung als Asylberechtigter ab, bejahte jedoch ein Abschiebungshindernis gem. §53 Abs. 4 AuslG. Das OVG gab der Berufung statt und führte dazu u. a. aus, daß der umfassende Schutz des Art. 16a GG vor politischer Verfolgung sich nach Rechtsprechung des BVerfG auch auf die Bestrafung politischer Delikte erstrecke, da der Schutzbereich nicht nur die politische Gesinnung als solche und ihre Bekundung, sondern auch ihre Betätigung umfasse.[64] Liege die betätigte politische Über-

[64] BVerfGE 80, 315.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

zeugung im Schutzbereich des Asylrechts, so könne eine staatliche Verfolgung von Taten, die eine Umsetzung politischer Überzeugung selbst in Form separatistischer und politisch-revolutionärer Aktivitäten darstellen würden, grundsätzlich politische Verfolgung sein – und zwar auch dann, wenn der Staat hierdurch das Rechtsgut des eigenen Bestandes oder seiner politischen Identität verteidige. Diese Auslegung bedürfe allerdings eines Korrektivs, wobei wichtigstes Abgrenzungskriterium der Rechtsgüterschutz sei. Die staatliche Verfolgung von Straftaten gegen die Rechtsgüter anderer Bürger sei regelmäßig ebensowenig politische Verfolgung wie die Verfolgung einer Tat gegen ein politisches Rechtsgut, die nicht der politischen Überzeugung als solcher gelte, sondern einer in der Tat zum Ausdruck gelangten zusätzlichen kriminellen Komponente, deren Strafwürdigkeit der Staatenpraxis geläufig sei. Auch die staatliche Strafverfolgung mit Ziel der legitimen Terrorismusbekämpfung sei nicht asylbegründend. Nach diesen Grundsätzen sei der Kläger politisch verfolgt und asylberechtigt, weil er ohne konkrete Tatnachweise zu vier Jahren Gefängnis für die Mitgliedschaft in der islamistischen Ennahdah-Gruppierung verurteilt worden sei, die einen Gottesstaat fordere und zunehmend gewalttätig gegen den tunesischen Staat und seine Einrichtungen agiert habe. Der Kläger gehöre der gehobenen Parteihierarchie an, so daß eine asylrechtlich bedeutsame höhere Gefährdungslage zu bejahen sei. Das rigorose Vorgehen der tunesischen Behörden gegen Mitglieder der Ennahdah sei mit erheblichen Repressionen verbunden, die auch schwere körperliche Mißhandlungen bis hin zum Einsatz von Folterpraktiken erreichen und demnach eine Asylberechtigung begründen könnten.

45. Das VG Leipzig urteilte am 21.12.1998 (A 2 K 30357/95 – InfAuslR 1999, 309), daß in Nigeria homosexuell veranlagten Personen politische Verfolgung drohe, weil das Ausleben gleichgeschlechtlicher Neigungen mit hohen Gefängnisstrafen belegt sei und Homosexuelle nicht nur als Störer der öffentlichen Ordnung und Moral bestraft würden, sondern in ihrer homosexuellen Veranlagung als persönlicher Eigenschaft getroffen werden sollten. Ein Nigerianer hatte in der Bundesrepublik erfolglos seine Anerkennung als Asylberechtigter beantragt, hatte mit seiner Klage vor dem VG jedoch Erfolg. Das VG führte u.a. auch aus, daß die Voraussetzungen eines Abschiebungshindernisses nach §53 Abs.4 AuslG i.V.m. Art. 3 EMRK gegeben seien. Es sei damit zu rechnen, daß die schicksalhaften und stabilen homosexuellen Neigungen des Klägers den nigerianischen Strafverfolgungsbehörden bekannt und zu einer hohen Haftstrafe führen würden. Mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit drohe ihm daher aufgrund der Haftbedingungen in nigerianischen Gefängnissen eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung.

2. Inländische Fluchtalternative

46. Das BVerwG hielt in seinem Urteil vom 28.12.1998 (9 C 17/98 – NVwZ 1999, 544) die Grundsätze der inländischen Fluchtalternative auch dann für anwendbar, wenn der Verfolgerstaat in einer Region seine Gebietsgewalt vorübergehend faktisch verloren hat. Selbst dann könnten aber gegen einzelne Personen ge-

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

richtete Anschläge des Verfolgerstaates die Sicherheit der Fluchtalternative ausschließen. Eine irakische Staatsangehörige kurdischer Volkszugehörigkeit beantragte in der Bundesrepublik Asyl und machte geltend, im Nordirak für eine kurdische Widerstandsgruppe gearbeitet zu haben und nach der Festnahme ihres Vorsitzenden selbst gesucht zu werden. Das Bundesamt lehnte die Anerkennung der Klägerin als asylberechtigt ab, weil eine Gruppenverfolgung der Kurden allein wegen ihrer Ethnie im Irak nicht gegeben sei. VG und OVG nahmen eine Gruppenverfolgung an, die Revision der Beklagten hatte jedoch Erfolg. Das BVerwG führte u.a. aus, daß unklar sei, ob eine Vorverfolgung i.S.d. Asylrechts bestanden habe, weil nach den Grundsätzen der inländischen Fluchtalternative im Gebiet des Nordiraks möglicherweise eine verfolgungsfreie Zuflucht offengestanden habe. Die Grundsätze über die inländische Fluchtalternative seien auf die Verhältnisse im Nordirak anwendbar, obwohl der Irak seine Gebietsgewalt dort vorübergehend faktisch verloren habe. Erst wenn mögliche Zufluchtsorte nicht mehr zum Territorium des Verfolgerstaates zählten, seien die Grundsätze der inländischen Fluchtalternative nicht mehr anwendbar. Dies sei aber nicht der Fall, wenn in einem Teilgebiet des Verfolgerstaates seine Fähigkeit zu politischer Verfolgung wegen des Eingreifens fremder Mächte vorläufig und für ungewisse Zeit aufgehoben sei. Die Klägerin sei zwar tatsächlich im Nordirak nicht hinreichend sicher, wenn die "reale" Möglichkeit bestehe, daß sie dort Opfer eines gezielten Terroranschlages durch irakische Agenten würde, doch setze dies eine differenzierende Beweiswürdigung und Prognosebildung voraus, die das Urteil des OVG nicht geleistet habe.

47. Für den VGH Mannheim schied in seinem Urteil vom 18.3.1998 (A 13 S 3665/95 – ESVGH 48, 319) die Annahme einer inländischen Fluchtalternative aus, wenn die unmittelbare Einreise in mutmaßlich sichere Landesteile unmöglich sei und in anderen Landesteilen nach §53 AuslG beachtliche Gefahren drohen würden. Ein afghanischer Staatsangehöriger hatte erfolglos einen Asylantrag gestellt, war jedoch mit seiner Klage vor dem VG erfolgreich. Der VGH hob in der Berufung des Bundesbeauftragten das Urteil zwar auf, verpflichtete das Bundesamt aber die Voraussetzungen für ein Abschiebungshindernis i.S.d. §53 Abs.6 S.1 AuslG festzustellen. Der VGH führte dazu u.a. aus, daß der Kläger keinen Anspruch auf Anerkennung als Asylberechtigter habe und auch Abschiebungshindernisse nach §53 Abs.1–4 AuslG nicht vorlägen. Die Voraussetzungen des §53 Abs.6 S.1 AuslG seien jedoch hinsichtlich Afghanistan gegeben, weil dem Ausländer dort eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit drohe. Es komme nicht darauf an, ob diese Gefahr vom Staat ausgehe oder ihm zumindest zuzurechnen sei. Dem Kläger drohten jedenfalls im Machtbereich der Taliban zumindest die Gefahren eines längerfristigen Freiheitsentzuges und von Mißhandlungen, weil er als Beamter des früheren kommunistischen Regimes in maßgeblicher Stellung an der Verteilung von Grund und Boden mitgewirkt und sich dadurch den besonderen Haß der orthodox-islamischen Kräfte der Taliban zugezogen habe. §53 AuslG biete allerdings nur vor einer landesweiten Gefahrenlage Schutz, und der Kläger sei möglicherweise im Machtbereich der "Nordallianz"

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

vor Verfolgung sicher. Jedoch dürfe die Erreichbarkeit relativ sicherer Landesteile des Ziellandes nicht unzumutbar erscheinen, was aber hier ausnahmsweise der Fall sei, weil nur ganz bestimmte und unzumutbare Reisewege in Betracht kämen und damit eine inländische Fluchtalternative im Machtbereich der "Nordallianz" mangels Erreichbarkeit dieses Gebiets ausscheiden müsse.

3. Anderweitiger Verfolgungsschutz, Drittstaaten-Regelung

48. Das BVerfG gab mit Beschluß vom 16.10.1998 (2 BvR 1328/96 – DVBl. 1999, 165) einer Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung eines VG statt, das die Ablehnung einer Asylanerkennung trotz exilpolitischer Tätigkeiten des Beschwerdeführers gegen das politische Regime seines Herkunftslandes Iran bestätigt hatte. Ein iranischer Staatsangehöriger beantragte erfolglos Asyl und machte mit seiner Klage geltend, daß er sich in einem Fernsehinterview kritisch zum Regime des Iran, dessen Indexierung kritischer Bücher und zu dessen Religionsverständnis des Islam geäußert habe. Das VG wies die Klage wegen des zeitlichen Kontextes der exilpolitischen Aktivitäten zum Verfahren vor dem VG ab und führte aus, der Beschwerdeführer hebe sich nicht aus der Masse der iranischen Asylbewerber heraus, so daß ihm keine Gefahr für Leben und Freiheit drohe. Das OVG lehnte die Zulassung der Berufung ab, seine Verfassungsbeschwerde war jedoch erfolgreich. Das BVerfG führte aus, daß das angegriffene Urteil gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoße, weil das VG ohne Darlegung des rechtlichen Maßstabs und der abstrakten Abgrenzungskriterien eine Rückkehrgefährdung und ein daraus folgendes Abschiebungsverbot i.S.d. § 51 Abs. 1 AuslG verneint habe. Das Ergebnis der Entscheidung sei damit nicht in sich verständlich und nachvollziehbar. Der Beschwerdeführer sei im Fernsehen aufgetreten und habe in der besonderen Gesprächssituation eines Interviews öffentlich regime- und religionskritische Erklärungen abgegeben, die ihn aus der Anonymität der Masse herausgehoben und damit für Observationen leichter greifbar gemacht hätten. Die Kriterien des VG zur Abgrenzung zwischen unbedeutenden und bedeutenden exilpolitischen Aktivitäten seien nicht erkennbar. Ebensowenig werde deutlich, auf welche Tatsachengrundlage das VG seine Beurteilung stütze. Fehle es aber an jeglicher Darlegung und Präzisierung des anzuwendenden rechtlichen Maßstabes, so bleibe die Beurteilung des Fernsehinterviews als unbedeutende Aktivität willkürlich. Unmut darüber, daß erfolglose Asylbewerber aufgrund exilpolitischer Betätigung einen abschiebungsrechtlich relevanten Nachfluchtgrund schaffen würden, liege grundsätzlich neben der Sache. Auch die Annahme eines völligen Gleichlaufs von asylrechtlicher und ausländerrechtlicher Bewertung sei verfassungsrechtlich nicht tragfähig.

49. Nach Ansicht des VG München in seinem Urteil vom 1.12.1998 (M 24 K 96.51550 – InfAuslR 1999, 311) gewährt § 51 Abs. 1 AuslG weitergehenden Schutz als Art. 16a Abs. 1 GG, weil auch selbst geschaffene subjektive Nachfluchtgründe Abschiebungsschutz begründen könnten und ein Kausalzusammenhang zwischen Verfolgung, Flucht und Asylantrag nicht vorausgesetzt werde. Ein türkischer

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Staatsangehöriger kurdischer Volkszugehörigkeit beteiligte sich in Deutschland an einer Hausbesetzung zu Gunsten einer Ersatzorganisation der PKK und wurde wegen der dabei begangenen Straftaten zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Sein Asylantrag wurde abgelehnt, das VG gewährte dem Kläger jedoch Abschiebungsschutz nach §51 Abs. 1 AuslG und führte dazu aus, daß nach der Rechtsprechung des BVerfG ein Ausländer zwar i.d.R. nicht asylberechtigt sei, wenn die Gefahr politischer Verfolgung auf Umständen beruhe, die er nach Verlassen seines Heimatlandes aus eigenem Entschluß geschaffen habe, doch könnten Nachfluchtaktivitäten ein Abschiebungsverbot nach §51 Abs. 1 AuslG begründen, wenn sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung im Zielstaat bedroht seien.[65] Dem Kläger würden bei einer Rückkehr in die Türkei mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit gravierende Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit und Beeinträchtigungen der Freiheit drohen, weil mit einer Befragung durch die Sicherheitskräfte zu rechnen sei, in deren Verlauf er mißhandelt und mit nicht geringer Wahrscheinlichkeit gefoltert werden würde. Das Abschiebungsverbot werde auch nicht durch den Briefwechsel zwischen den Innenministern Deutschlands und der Türkei vom 10.3.1995[66] ausgeschlossen, der als völkerrechtlich verbindliche Absprache Abschiebungshindernisse im Zusammenhang mit PKK-Straftaten ausschließen solle, weil sich dieser Ausschluß allein auf §53 AuslG beziehe. Eine andere Auslegung sei weder mit der GFK, noch mit den innerstaatlichen Vorschriften des Asyl- und Flüchtlingsrechts vereinbar, da eine Asylberechtigung oder Flüchtlingsanerkennung dann bereits entfallen müßte, wenn der Verfolgerstaat das Nichtvorliegen einer politischen Verfolgung schriftlich bestätigen bzw. behaupten würde.

50. Das OVG Münster war in seinem Beschluß vom 13.1.1998 (25 A 5687/97.A – NVwZ-Beilage 1998, 86) der Auffassung, daß die Nachweiserleichterung für Vorgänge im Verfolgerland, die das BVerwG für den Asylprozeß entwickelt habe, nicht auf die Frage anzuwenden sei, ob der Asylantragsteller auf dem Luftweg oder durch einen sicheren Drittstaat i.S.d. Art. 16a Abs. 2 GG i.V.m. §26a Abs. 1 AsylVfG in das Bundesgebiet eingereist sei. Eine türkische Kurdin gab bei Stellung ihres Asylantrages an, auf dem Luftweg eingereist zu sein. Das VG wies die Asylverpflichtungsklage unter Berufung auf §26a AsylVfG ab. Das OVG wies den Antrag auf Zulassung der Berufung ab und führte dazu aus, daß in der Rechtsprechung des BVerwG zwar an den Nachweis der asylbegründenden Vorgänge im Verfolgerland wegen des sachtypischen Beweisnotstands des Asylbewerbers keine unerfüllbaren Anforderungen gestellt werden und keine unumstößliche Gewißheit verlangt werden dürften, sondern den Erklärungen des Asylsuchenden eine größere Bedeutung beizumessen sei als in der sonstigen Prozeßpraxis. Für Vorgänge im Gastland sei hingegen grundsätzlich der volle Nachweis zu fordern, so daß der Asylbewerber insbesondere die materielle Beweislast für die asyl-

[65] BVerfG, Urteil vom 26.5.1993, BayVBl. 1993, 623.
[66] Lagebericht Türkei des Auswärtigen Amtes vom 10.4.1997, 15.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

begründenden Umstände der tatsächlichen Voraussetzungen des Nichteingreifens der Drittstaatenregelung trage. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, daß die Drittstaatenregelung als Ausschlußgrund für das Asylgrundrecht des Art. 16a Abs. 1 GG formuliert sei, denn ihrem Sinn und Zweck nach solle sie nur das bereits in Art. 16a Abs. 2 GG a.F. vorgegebene einschränkende "Merkmal der Schutzlosigkeit" konkretisieren und damit den Kreis der Asylberechtigten auf diejenigen politischen Verfolgten beschränken, deren Bedarf an Schutz vor politischer Verfolgung bei der Einreise nach Deutschland noch nicht entfallen sei. Art. 16a Abs. 1 und Abs. 2 GG würden daher zusammen den Kreis der Anspruchsberechtigten umschreiben.

51. Der bayerische VGH faßte am 19.2.1998 (27 B 96.34202 – InfAuslR 1998, 248) den entsprechenden Beschluß, daß einem Asylbewerber die Einreise auf dem Landweg über ein bestimmtes sicheres Drittland nicht nachgewiesen werden müsse, sondern ihm ein Asylrecht nur zustehe, soweit er die Umstände der Einreise auf dem Luftwege darlegen und beweisen könne. Asylbewerber hätten bei in die eigene Sphäre fallenden Umständen in sich stimmige, glaubhafte und lückenlose Angaben zu machen und nachzuweisen, soweit sie außerhalb des eigentlichen Verfolgungsgeschehens lägen. Ein irakischer Staatsangehöriger kurdischer Volkszugehörigkeit reiste nach seinen Angaben mit Hilfe eines iranischen Schleppers auf dem Luftweg von Istanbul nach Düsseldorf in das Bundesgebiet ein und beantragte Asyl. Das Bundesamt erkannte ihn nach detaillierter Schilderung seiner Einreise und seines Verfolgungsschicksals als Asylberechtigten an und bejahte die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG. Der Bundesbeauftragte für Asylangelegenheiten erhob hiergegen Klage, die das VG abwies. Der VGH gab dem Bundesbeauftragten in seiner Berufung jedoch Recht und führte dazu aus, daß sich nach Art. 16a Abs. 2 S. 1 GG nicht auf das Asylrecht berufen könne, wer aus einem Drittstaat einreise, in dem die Anwendung der GFK und der EMRK sichergestellt sei. Da Deutschland von sog. sicheren Drittstaaten umgeben sei, werde die Einreise auf dem Luft- oder Seeweg zum ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal des Art. 16a Abs. 1 GG. Der Beigeladene habe seine von ihm behauptete Einreise auf dem Luftwege jedoch nicht bewiesen, da er weder Flugschein noch Bordkarte oder Gepäckschein habe vorlegen können. Insoweit träfen den Beigeladenen aber die Obliegenheiten zur Angabe des Reisewegs, sowie zur Vorlage der Identitätspapiere und der Flugunterlagen aus §§ 15 Abs. 1 S. 1; Abs. 2 Nr. 1, 4 und 5; Abs. 2 Nr. 3 und 4; 25 Abs. 1 S. 2 AsylVfG. Das Gericht müsse von der Wahrheit der Behauptungen des Ausländers über die in seine Sphäre fallenden Umstände gem. § 108 Abs. 1 VwGO die volle Überzeugungsgewißheit erlangen und dürfe nicht einen lediglich für wahrscheinlich gehaltenen Sachverhalt unter Art. 16a Abs. 1 GG subsumieren. Die Vorlage von Flugunterlagen sei dabei zwar nicht zwingend, doch komme ihr als Beweisanzeichen zentrale Bedeutung zu. Das Erschweren der Sachverhaltsaufklärung sowie beweisvereitelndes und -vernichtendes Verhalten des Asylbewerbers sei vom Tatrichter i.R.d. § 108 Abs. 1 VwGO zu würdigen und erlaube negative Schlußfolgerungen über die Wahrheit der rechtserheblichen Tatsachen. Könne das Gericht nicht die volle Überzeugung

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

von der Einreise auf dem Luftweg gewinnen, gehe dies zu Lasten des Asylbewerbers.

4. Familienangehörige von Asylberechtigten

52. Für das BVerfG ergibt sich laut Beschluß vom 24.7.1998 (2 BvR 99/97 – FamRZ 1998, 1497) aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG während des Asylverfahrens kein Anspruch auf Zusammenleben eines Asylbewerbers mit seinen Familienangehörigen, wenn aufgrund des SDÜ[67] verschiedene Länder für die Durchführung der Asylverfahren der einzelnen Familienmitglieder zuständig seien und der Asylbewerber selbst eine Aufspaltung der Zuständigkeiten herbeigeführt habe. Der Beschwerdeführer hatte in Spanien um politisches Asyl nachgesucht, während seine Familienangehörigen bereits zuvor in Deutschland ihre Anerkennung als Asylberechtigte erfolglos beantragt hatten. Der Beschwerdeführer war dann über die Türkei nach Deutschland eingereist und beantragte hier ebenfalls seine Anerkennung als Asylberechtigter, die als unbeachtlich abgelehnt wurde. Eilantrag und Klage des Beschwerdeführers wurden ebenso abgelehnt wie die Berufung an das OVG, so daß er nach Spanien überstellt wurde, wo sein Asylbegehren ebenfalls erfolglos blieb. Er kehrte dann illegal nach Deutschland zurück. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, weil aus Art. 6 GG i.d.R. kein Anspruch darauf erwachse, daß Asylverfahren in Abweichung von zwischenstaatlichen Zuständigkeitsregeln im Bundesgebiet zusammen mit anhängigen Asylverfahren von Familienangehörigen durchgeführt würden. Die Trennung der Familie sei nur vorübergehend und dem Asylbewerber zumutbar, zumal der Beschwerdeführer durch eine autonom getroffene Entscheidung die Familieneinheit zunächst selbst aufgegeben und damit die Aufspaltung der Zuständigkeiten herbeigeführt habe.

53. Das BVerwG urteilte am 29.9.1998 (9 C 31.97 – BVerwGE 107, 231), daß auch Kinder Familienasyl nach § 26 AsylVfG n.F. erst erhalten könnten, wenn der stammberechtigte Elternteil unanfechtbar als Asylbewerber anerkannt sei. Ein albanischer Volkszugehöriger aus dem Kosovo reiste 1992 in die Bundesrepublik ein und beantragte erfolglos Asyl. Ihm wurde die Abschiebung nach Serbien angedroht. Das VG verpflichtete das Bundesamt jedoch dazu, den Kläger als Asylberechtigten anzuerkennen und festzustellen, daß die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG vorlägen. Das OVG hielt die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG nicht für gegeben, wies im übrigen aber die Berufung ab, weil dem Kläger gem. § 26 Abs. 2 AsylVfG Familienasyl zu gewähren sei, wogegen die Beklagte erfolgreich Revision einlegte. Das BVerwG führte aus, daß der Kläger mangels eigener politischer Verfolgung bzw. einer staatlichen Gruppenverfolgung der ethnischen Albaner im Kosovo keinen Anspruch auf Anerkennung als Asylberechtigter nach Art. 16a Abs. 1 GG habe. Auch Familienasyl könne ihm nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 AsylVfG n.F. nicht gewährt werden, weil dies die unanfechtbare Anerkennung der

[67] Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19.7.1990, BGBl. 1993 II 1013.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Asylberechtigung des Ehegatten voraussetze und dies für minderjährige ledige Kinder entsprechend gelten müsse. Das Gesetz enthalte insoweit eine Regelungslücke, doch habe der Gesetzgeber nach den Gesetzesmaterialien nicht zwischen Ehegatten und minderjährigen ledigen Kindern differenzieren, sondern Familienasyl grundsätzlich nur bei unanfechtbarer Anerkennung des "Stammberechtigten" gewähren wollen.

54. Nach der Ansicht des BVerwG in dem Beschluß vom 30.9.1998 (1 B 92.98 – InfAuslR 1999, 73) können Fälle außergewöhnlicher Härte i.S.d. § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 2; Abs. 1 S. 2 AuslG insbesondere gegeben sein, wenn der ausländische Ehegatte wegen physischer oder psychischer Mißhandlung die eheliche Lebensgemeinschaft aufgegeben hat. Das BVerwG führte dazu weiter aus, daß nach § 23 Abs. 3 i.V.m. § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AuslG die Aufenthaltserlaubnis des Ehegatten im Falle der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft als eigenständiges Aufenthaltsrecht grundsätzlich nur verlängert werde, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft seit mindestens vier Jahren in Form einer häuslichen Gemeinschaft im Bundesgebiet bestanden habe. Eine Lebensgemeinschaft bestehe nicht mehr, wenn die Ehegatten auf Dauer getrennt leben würden. Ob aber physische oder psychische Mißhandlungen nur dann als außergewöhnliche Härte i.S.d. § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AuslG angesehen werden könnten, wenn sie zur Auflösung der ehelichen Gemeinschaft geführt hätten, ziele auf die Würdigung der tatsächlichen Umstände des konkreten Falles und könne nicht zu einer Grundsatzrevision führen. Der Gesetzgeber habe mit der Neuregelung des § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. S. 2 AuslG beabsichtigt, Härten zu begegnen, die sich für einen Ausländer und besonders für Frauen bei einer Rückkehr in das Heimatland gerade wegen der Beendigung der ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben könnten. Der Fall müsse dabei so gravierend sein, daß eine andere Entscheidung als die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis unvertretbar erscheine. Vorliegend habe das Berufungsgericht unter Berücksichtigung aller Umstände eine solche Härte aus den Körperverletzungen und den seelischen Belastungen einer sog. "Ehe zu Dritt" u. a. wegen der zeitlichen Zusammenhänge vertretbar verneint.

5. Rechtsstellung der Flüchtlinge

55. Das BVerwG kam am 28.4.1998 (5 C 5/97 – NVwZ-Beilage 1998, 89) zu dem Urteil, daß auch bei asylberechtigten Auszubildenden, die sich aus persönlichen Gründen gehindert sahen, den Ausbildungsabschnitt vor Vollendung des 30. Lebensjahres zu beginnen, die gesamte Zeit bis zum Erreichen der Altersgrenze in die Würdigung einzubeziehen sei, was auch den vor der Ausreise aus dem Herkunftsland liegenden Zeitraum einschließe. Asylberechtigten Auszubildenden sei förderungsrechtlich ein angemessener Zeitraum zuzubilligen, sich sprachlich und ggf. auch fachlich auf einen Hochschulbesuch und Zulassungsprüfungen vorzubereiten. Ein iranischer Staatsangehöriger hatte im Iran ein Reifezeugnis des Fachs "empirische bzw. experimentelle Wissenschaften" erworben und dann als Topograph und Schweißer gearbeitet. Er reiste später in die Bundesrepublik ein, be-

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

suchte hier Deutschkurse und bemühte sich wegen seines nur eingeschränkt anerkennungsfähigen fachgebundenen Reifezeugnisses erfolglos an Fachhochschulen um Zulassung zum Studium. Er ließ sich deshalb zum Kommunikationselektroniker umschulen, erwarb den Facharbeiterbrief und wurde daraufhin zum Studium der Elektrotechnik zugelassen. Er beantragte Ausbildungsförderung, die wegen Überschreitens der Altersgrenze abgelehnt wurde. Die Klage vor dem VG blieb erfolglos, das OVG verpflichtete den Beklagten jedoch in der Berufung zur Gewährung von Ausbildungsförderung. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Rückverweisung des Berufungsurteils an das OVG. Das BVerwG führte dazu aus, daß ein persönlicher Hinderungsgrund i.S.d. §10 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BAFöG vorliege, wenn der Auszubildende aus von ihm nicht zu vertretenden, in seinen persönlichen Lebensverhältnissen liegenden Gründen eine objektiv gegebene Chance, eine seiner Neigung und Eignung entsprechende Ausbildung zu beginnen, bis zum Erreichen der Altersgrenze nicht habe wahrnehmen können. Dabei sei auf den gesamten Zeitraum bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres einschließlich der Zeit vor der Ausreise aus dem Herkunftsland abzustellen. Das OVG habe daher feststellen müssen, warum der Kläger im Iran nicht studiert, sondern eine praktische Berufstätigkeit ausgeübt habe. Stehe dies im Zusammenhang mit der politischen Verfolgung, sei das Vorliegen eines persönlichen Hinderungsgrundes kaum zweifelhaft, sei es jedoch die Folge eines nicht ausreichenden Reifezeugnisses, des Nichtbestehens universitärer Aufnahmeprüfungen oder einer vom Kläger frei getroffenen beruflichen Entscheidung, so habe der Kläger derartige Umstände wie ein deutscher Auszubildender zu vertreten. Asylberechtigte, die erst in der Bundesrepublik ein Fachhochschulstudium aufnehmen würden und dafür noch Qualifikationen erwerben müßten, seien förderungsrechtlich gehalten, die Zulassungsvoraussetzungen alsbald und möglichst noch vor Erreichen der Altersgrenze zu erwerben. Bei mangelnden Sprachkenntnissen sei ein angemessener Zeitraum zum Erlernen der Sprache zuzubilligen, bei mangelhafter fachlicher Prüfungsleistung aufgrund fehlender fachlicher Qualifikation, die nicht mit dem Verfolgungsschicksal zusammenhänge, liege ein fachlicher Eignungsmangel vor, der kein persönlicher Hinderungsgrund für die Einhaltung der Altersgrenze sei, weil das BAföG nicht am Maßstab der individuellen Lern- und Leistungsfähigkeit, sondern an typisierten Regelanforderungen orientiert sei. Das OVG müsse seine Entscheidung nach diesen Maßgaben erneut überprüfen.

56. Für den VGH Baden-Württemberg war in seinem Beschluß vom 14.9.1998 (7 S 1874/98 – DÖV 1999, 123) die bloße Gestattung des Aufenthalts eines Ausländers nach §55 AsylVfG wegen eines noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Asylverfahrens auch dann noch keine hinreichende Begründung für einen rechtmäßigen bzw. erlaubten Aufenthalt i.S.d. Art. 23 GFK bzw. Art. 1 und 11 EFA,[68] wenn dem Ausländer unanfechtbar die Rechtsstellung als sonstiger politischer Verfolgter gem. §3 AsylVfG zuerkannt worden war. Eine Gestattung allein rechtfertige nicht die Zuerkennung eines Anspruchs auf Gleichbehandlung mit Inlän-

[68] Europäisches Fürsorgeabkommen vom 11.12.1953, BGBl. 1956 II 563.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

dern auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge nach Art. 23 GFK bzw. Art. 1 EFA. Ein türkischer Staatsangehöriger hatte in die Bundesrepublik einen Antrag auf Anerkennung als Asylberechtigter gestellt und begehrte Leistungen nach dem BSHG, die abgelehnt wurden. Das VG wies seine Klage, der VGH seinen Berufungsantrag ab. Der VGH führte dazu aus, daß nach dem AsylbLG[69] leistungsberechtigte Asylbewerber keine Leistungen mehr nach dem BSHG beanspruchen könnten. Darunter falle u.a. auch ein Ausländer wie der Antragsteller, der sich mit einer Aufenthaltsgestattung nach dem AsylVfG im Bundesgebiet aufhalte. Mithin stünden ihm nur die wertmäßig abgesenkten Leistungen nach §§ 3 ff. AsylBewLeistG zu. Ein Anspruch auf ungekürzte Leistungen nach dem BSHG ergebe sich auch nicht aus Art. 1 EFA, da hiernach zwar den Staatsangehörigen der Vertragsstaaten mit erlaubtem Aufenthalt in Deutschland die Inländerbehandlung auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge zugestanden werde, Art. 11 Abs. A S. 1 EFA dafür aber den Besitz einer gültigen Aufenthaltserlaubnis voraussetze. Aus Art. 19 EFA und dessen Anh. 3 ergebe sich, daß eine Aufenthaltserlaubnis i.S.d. EFA nur eine Aufenthaltserlaubnis nach § 5 AuslG sein könne, nicht aber eine Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylVfG. Gleiches gelte für die GFK, da Art. 23 GFK für eine Gleichbehandlung mit eigenen Staatsangehörigen auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge voraussetze, daß sich Flüchtlinge rechtmäßig im Gebiet des Vertragsstaates aufhalten. Die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts sei auch hierfür nach den nationalen Vorschriften über die Aufenthaltsnahme zu beurteilen. Die bloße Hinnahme der Anwesenheit des Flüchtlings genüge nach deutschem Recht aber nicht für einen rechtmäßigen Aufenthalt. Es bedürfe vielmehr eines behördlichen Einverständnisses mit der ständigen Niederlassung in Deutschland, die dem Antragsteller aber gerade nicht erteilt worden sei.

57. Das OVG Berlin war in seinem Beschluß vom 28.1.1998 (6 S 162/97 – NVwZ-Beilage 4/1998, 34) der Ansicht, daß GFK-Flüchtlinge auch nach dem Zusatzprotokoll (ZP) zum EFA[70] keine über § 120 Abs. 5 S. 2 BSHG hinausgehenden Rechte auf Sozialhilfe hätten. Eine irakische Familie erhielt in Bayern Aufenthaltsbefugnisse, verzog dann nach Berlin und beantragte dort erfolglos Sozialhilfe. Das VG Berlin bestätigte die Ablehnung, weil Bayern die Aufenthaltsbefugnisse ausgestellt habe und die Sozialhilfepflichten daher Bayern träfen. Der VGH München verwies die Antragsteller mit ihrem Begehren jedoch zurück nach Berlin, weil Berlin die Aufenthaltsbefugnisse verlängert habe. VG und OVG Berlin wiesen die Beschwerden der Antragsteller gegen die Ablehnung wiederholter Anträge jedoch erneut ab. Das OVG führte dazu u.a. aus, daß § 120 Abs. 5 S. 2 BSHG einem Sozialhilfeanspruch in Berlin nach wie vor entgegenstehe, da sich weder aus Art. 23 und 26 GFK, noch aus dem ZP zum EFA ein vorrangiger bundesweiter Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt ergebe. Das ZP habe keine weitergehenden Rechte als die GFK begründen, sondern lediglich die sozialen Rechte

[69] Asylbewerberleistungsgesetz vom 30.6.1993, BGBl. 1993 I 1074, n.F. vom 5.8.1997, BGBl. 1997 I 2023, BGBl. III 2178–1, geändert durch Zweites Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes vom 25.8.1998, BGBl. 1998 I 2505.

[70] Europäisches Fürsorgeabkommen vom 11.12.1953, BGBl. 1956 II 563.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

der Flüchtlinge nach Art. 23 GFK auf die Vertragsstaaten des EFA ausdehnen wollen. Geist und Sinn des EFA und des ZP, Flüchtlingen die gleichen Fürsorgeleistungen wie Vertragsstaatern zu gewähren und eine Binnenwanderung damit auszuschließen, blieben gewahrt. Anders als die GFK erlaube das EFA selbst die Rückschaffung von Vertragsstaatern in ihr Heimatland wegen Hilfsbedürftigkeit, so daß eine räumliche Beschränkung des Fürsorgerechtes innerhalb eines Vertragsstaates nach Sinn und Zweck des Abkommens unbedenklich sei.

58. Das SG Aachen urteilte am 16.4.1998 (S 15 Kg 43/95 – InfAuslR 1998, 325), daß der Ehegatte eines Arbeitnehmers aufgrund von Art. 73 VO 1408/71/EWG[71] Anspruch auf Erziehungsgeld habe, weil nach Art. 3 Abs. 1 VO 1408/71/EWG anerkannte Flüchtlinge, die zugleich Arbeitnehmer seien und in einem Mitgliedstaat wohnen würden, ohne weiteres und ohne daß sie zuvor von der Freizügigkeit eines Wanderarbeitnehmers Gebrauch gemacht haben müßten, dieselben Rechte wie ein Staatsangehöriger dieses Mitgliedstaates besäßen. Eine türkische Staatsangehörige beantragte vor und nach ihrer Anerkennung als Flüchtling i.S.d. GFK Erziehungsgeld für ihre neu geborenen Töchter, was ihr auch auf ihren Widerspruch hin versagt wurde. Das SG hielt ihre Klage nach Maßgabe der VO 1408/71/EWG für begründet und führte dazu u.a. aus, daß das Erziehungsgeld nach der Rechtsprechung des EuGH[72] einer Familienleistung i.S.d. Art. 4 Abs. 1 *lit.* h VO 1408/71/EWG gleichzustellen sei. Danach komme es bei den Familienleistungen i.S.d VO auf den Unterschied zwischen eigenen und abgeleiteten Rechten gerade nicht an, so daß die Klägerin unabhängig davon Anspruch auf Erziehungsgeld habe, ob sie selbst oder lediglich ihr Ehemann dem persönlichen Geltungsbereich der Verordnung unterfalle. Nach Art. 2 VO 1408/71/EWG gelte die VO u.a. für Arbeitnehmer und ihre Familienangehören, soweit sie als Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen würden. Als Arbeitnehmer gelte nach Art. 1 *lit.* a VO 1408/71/EWG i.V.m. Anh. I, Teil I, *lit.* C, wer für den Fall der Arbeitslosigkeit pflichtversichert sei oder im Anschluß an diese Versicherung Krankengeld oder entsprechende Leistungen erhalte. Der Ehemann der Klägerin sei Arbeitnehmer i.d.S. und die Familie Flüchtlinge i.S.d. Art. 1 GFK, so daß sie dem persönlichen Geltungsbereich der VO 1408/71/EWG unterfallen würden. Aus deren Art. 3 Abs. 1 ergebe sich, daß sie die gleichen Rechte und Pflichten wie Staatsangehörige der Bundesrepublik hätten und demnach Erziehungsgeld beanspruchen könnten.

6. Verfahrensfragen

59. Laut Urteil des BVerwG vom 24.11.1998 (9 C 53/97 – BVerwGE 108, 30) kann die Asylanerkennung eines Ausländers durch rechtskräftiges Verpflichtungsurteil nur aufgehoben werden, wenn die Rechtskraft nicht entgegensteht. Bei einer

[71] Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABlEG Nr. L 149 vom 5.7.1971, 2–50.

[72] EuGH, Urteil vom 10.10.1996, Rs. C-245/94 und C-312/94, Slg. 1996, 4895.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Rücknahme zu Unrecht habe das Gericht jedoch zu prüfen, ob sich der Aufhebungsbescheid wegen einer Änderung der Sach- oder Rechtslage nach der Anerkennung als Widerruf aufrecht erhalten lasse. Ein albanischer Volkszugehöriger aus dem Kosovo gab bei Stellung seines Asylantrags an, einem Einberufungsbefehl zur jugoslawischen Volksarmee nicht Folge geleistet zu haben, von der Polizei verhaftet und in eine kroatische Kaserne verbracht worden zu sein, von wo er habe fliehen können. Der Antrag wurde abgelehnt, das VG verpflichtete das Bundesamt aber mit rechtskräftigem Urteil zur Anerkennung. Als dem Bundesamt bekannt wurde, daß der Kläger zuvor bereits mit anderer Schreibweise seines Vornamens in Graz einen erfolglosen Asylantrag gestellt hatte, nahm es die Anerkennung zurück und drohte die Abschiebung an. Der Kläger erhob erfolgreich Klage, unterlag jedoch in der Berufung der Beklagten. In der Revision hatte er Erfolg. Das BVerwG führte dazu u.a. aus, daß die Rechtskraft des Verpflichtungsurteils aus §121 VwGO zur Asylanerkennung und zur Feststellung, daß die Voraussetzungen des §51 Abs.1 AuslG vorlägen, der Rücknahme der Asylanerkennung entgegenstünden. Die Rücknahme sowohl der Asylanerkennung gem. §73 Abs.2 AsylVfG als auch der Feststellung von Abschiebungsschutz nach §51 Abs.1 AuslG setze nämlich das Fehlen derartiger Ansprüche voraus, was die Beklagte aber wegen der Rechtskraft des Verpflichtungsurteils nicht mehr geltend machen könne. Die Rechtskraftwirkung bestehe unabhängig davon, ob die Sach- und Rechtslage erschöpfend und zutreffend gewürdigt worden sei. Bei der Zuerkennung und Aberkennung desselben Anspruchs sei auch zumindest von einer teilweisen Identität der Streitgegenstände auszugehen, so daß die Zweckbestimmung des §121 VwGO, bei unveränderter Sach- und Rechtslage ein erneutes Verfahren zu vermeiden, greifen müsse. Die Aufhebung einer gerichtlich angeordneten Asylanerkennung könne erst nach Beseitigung der rechtskräftigen Entscheidung gem. §153 VwGO erfolgen. Allerdings habe die Bundesrepublik Jugoslawien 1996 ein Amnestiegesetz in Kraft gesetzt, so daß im Falle der Rückkehr des Antragstellers nicht mehr mit einer Strafverfolgung wegen seiner Wehrdienstentziehung zu rechnen sei. Danach sei möglicherweise eine Rücknahme der Asylanerkennung nach §73 Abs.2 AsylVfG wegen Änderung der Sach- und Rechtslage denkbar, für die das Berufungsgericht aber noch weitere tatsächliche Feststellungen treffen müsse.

60. Das BayObLG entschied mit Beschluß vom 19.2.1998 (3Z BR 42/98 – BayObLGZ 1998, 47), daß unabhängig davon, aus welcher Haft der Asylantrag gestellt werde, die in §14 Abs.4 S.3 AsylVfG genannte Frist von 4 Wochen erst mit dem Eingang des Asylantrags beim Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge beginne. Das AG hatte gegen den Betroffenen Abschiebungshaft im Anschluß an eine Untersuchungshaft angeordnet, wogegen er sofortige Beschwerde zum LG einlegte, das die Haftanordnung aufhob. Die Ausländerbehörde legte sofortige weitere Beschwerde zum BayObLG ein, das den Antrag abwies. Es führte dazu aus, daß Sicherungshaft nach §57 Abs.2 S.1 Nr.1 AuslG grundsätzlich nicht angeordnet oder aufrecht erhalten werden dürfe, wenn der Ausländer bei oder nach seiner Einreise erstmals um Asyl nachsuche, weil ihm dann gem. §55 Abs.1 AsylVfG zur Durchführung des Asylverfahrens der Auf-

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

enthalt im Bundesgebiet gestattet sei. Dies gelte nicht nur für den Fall der unerlaubten Einreise, sondern für alle Haftgründe des § 57 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–5 AuslG, weil mit der Aufenthaltsgestattung die Ausreisepflicht des Ausländers entfalle, die allen Haftgründen zugrunde liege. Etwas andere gelte nur unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 AsylVfG, wonach die Asylantragstellung aus der Haft der Aufrechterhaltung von Abschiebungshaft nicht entgegenstehe. Auch in diesen Fällen führe die Gestattung des Aufenthalts nach § 55 Abs. 1 AsylVfG aber mit der Zustellung der Entscheidung des Bundesamtes zur Beendigung der Abschiebungshaft, spätestens jedoch mit Ablauf von vier Wochen nach Eingang des Asylantrages beim Bundesamt, soweit der Asylantrag nicht als unbeachtlich oder offensichtlich unbegründet abgelehnt worden sei. Dem Sinn und Zweck der Gesetzesänderung nach sei der Asylbewerber mit Ablauf der Frist aus der Sicherungshaft zu entlassen, weil das Bundesamt über den Asylantrag innerhalb von vier Wochen entscheiden solle und der Umstand, daß die Bearbeitung des Asylantrages längere Zeit in Anspruch nehme, dem Asylbewerber nicht angelastet werden könne. Die Frist sei hier bereits abgelaufen gewesen, so daß der Aufrechterhaltung von Abschiebungshaft inzwischen § 55 Abs. 1 AsylVfG entgegengestanden habe.

IX. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe

61. Das OLG Düsseldorf erklärte mit Beschluß vom 27.8.1998 (4 Ausl. (A) 201/98 – 249–250/98 III – Archiv VöR 1999, 623) die Auslieferung eines Verfolgten nach Italien für unzulässig, wenn er dort in einem rechtskräftig abgeschlossenen Abwesenheitsverfahren mit Wahl- bzw. Pflichtverteidiger verurteilt worden sei, weil das italienische Strafverfahrensrecht keinen rechtlich und tatsächlich wirksamen Rechtsbehelf zur erneuten Prüfung des Tat- und Schuldvorwurfs vorsehe. Der Verfolgte war aufgrund einer Interpolausschreibung festgenommen und seine Auslieferung nach Italien aufgrund einer rechtskräftigen Verurteilung im Abwesenheitsverfahren zu fünf Jahren Haft u. a. wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung beantragt worden. Nach Auffassung des OLG ist die Auslieferung zur Strafverfolgung jedoch unzulässig, weil das durchgeführte Abwesenheitsverfahren rechtsstaatlichen Grundsätzen widerspreche, die § 73 IRG fordere. Zwar hätten die deutschen Gerichte grundsätzlich davon auszugehen, daß Strafurteile in ersuchenden Staaten auf rechtmäßige Weise zustandegekommen seien, doch sei auch zu prüfen, ob die Verurteilung mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen der öffentlichen Ordnung der Bundesrepublik und dem völkerrechtlich verbindlichen Mindeststandard elementarer Verfassungsgerechtigkeit als Bestandteil des Bundesrechts aus Art. 25 GG vereinbar sei. Eine solche unverzichtbare Mindestanforderung sei der Grundsatz des *fair trial*, wonach ausreichendes rechtliches Gehör und die Wahrung der Mindestrechte einer angemessenen Verteidigung gewährleistet sein müßten. Dazu müsse ein Verfolgter in der praktischen Anwendung des ausländischen Rechts auf das Verfahren einwirken, sich persönlich zu den Vorwürfen äußern und entlastende Umstände zur Berück-

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

sichtigung bringen können. Dies sei nur gewährleistet, wenn er nachweislich durch amtliche Mitteilung von dem Strafverfahren Kenntnis erhalten habe und nicht schon, wenn nur die theoretische Möglichkeit der Kenntnisnahme bestanden habe. Nur wenn ein Verfolgter sich dem Strafverfahren in dessen Kenntnis durch Flucht entziehe, habe er keinen Anspruch auf weiteren Rechtsschutz im Auslieferungsverfahren. Zwar genüge grundsätzlich die Ersatzzustellung an einen Wahl- oder Pflichtverteidiger, doch müsse dieser die reale Möglichkeit der Kontaktaufnahme zur tatsächlichen Wahrnehmung der Verteidigungsrechte haben. Der Verfolgte habe aber weder eine direkte Ladung der italienischen Strafverfolgungsbehörden erhalten – obwohl sein Aufenthaltsort bekannt gewesen sei und eine Ladung im Wege der Rechtshilfe möglich gewesen wäre – noch habe er nachweislich über den beigeordneten Pflichtverteidiger oder seine Familie Kenntnis von dem Verfahren erlangt. Dieser Verstoß gegen unabdingbare Rechtsstaatsgrundsätze könne auch nicht geheilt werden, weil das italienische Strafverfahrensrecht keinen rechtlich und tatsächlich wirksamen einfachen Rechtsbehelf vorsehe, mit dem eine neue Sachprüfung des Tat- und Schuldvorwurfs erreicht werden könne.

62. Das OLG Karlsruhe erklärte in seinem Beschluß vom 30.11.1998 (1 AK 24/98 – NStZ 1999, 252), daß an die Zustimmung eines Verfolgten zur vereinfachten Auslieferung strenge Belehrungserfordernisse zu stellen seien und eine Einverständniserklärung ohne einen Hinweis nach Art. 18 AuslV D-USA[73] auf die vertragliche Verzichtsautomatik unwirksam sei. Bestehe das Risiko einer Todesstrafe, so sei nach Art. 12 AuslV D-USA eine vereinfachte Auslieferung nicht möglich, selbst wenn eine Zustimmung des Verfolgten zur Auslieferung vorliege. Die USA hatten einen Auslieferungsantrag zur Strafverfolgung eines Tötungsdeliktes gestellt. Die Auslieferungsunterlagen enthielten die Anmerkung, daß in der Sache keine Todesstrafe verhängt werde, da in Texas die Todesstrafe nur für Kapitalverbrechen verhängt werden dürfe, es sich hier jedoch um ein Verbrechen ersten Grades handele. Der Senat wertete dies als amtliche Zusicherung. Nach Belehrung auf der Rechtsgrundlage des §41 Abs.1 und 2 IRG hatte der Verfolgte sein Einverständnis mit einer vereinfachten Auslieferung erklärt. Aus Art. 18 S.2 AuslV D-USA ergebe sich, daß auf die Spezialitätsgewährleistung des Art. 22 AuslV D-USA in Fällen vereinfachter Auslieferung verzichtet werde, weshalb eine umfassende Belehrung auch über den Verlust dieser Schutzwirkung erforderlich sei. Diese strengen Anforderungen seien hier nicht gewahrt worden, doch habe eine nachgereichte ausdrückliche Verzichtserklärung den Mangel geheilt. Diese Zustimmung lasse das Erfordernis der amtliche Zusicherung, daß die Todesstrafe keine Anwendung finde, allerdings unberührt. Sie müsse auch dann Anwendung finden, wenn ein qualifizierter Sachverhalt festgestellt werde, der mit der Todesstrafe bedroht sei. Die vereinfachte Auslieferung stehe unter dem Vorbehalt des Art. 12 AuslV D-USA, da eine Auslieferung mit dem Risiko der

[73] Auslieferungsvertrag vom 20.6.1978 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, BGBl. 1980 II 646.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Todesstrafe nach deutschem Recht nicht zulässig sei. Mit diesen Maßgaben sei die Auslieferung weiterhin zulässig.

63. Nach Auffassung des OLG Karlsruhe in seinem Beschluß vom 10.7.1998 (1 AK 18/98 – Die Justiz 1999, 33) entspricht es der in Art. 12 EuAlÜbk[74] vorausgesetzten Zusicherung, wenn das Strafgesetzbuch eines ersuchenden Staates für eine Tat zwar die Todesstrafe vorsehe, für den Fall der Auslieferung aber bestimme, daß eine Todesstrafe nicht auferlegt oder vollzogen werde, wenn dies Bedingung der Auslieferung sei. Das bulgarische Justizministerium hatte zur Strafverfolgung die Auslieferung des Inhaftierten ersucht und eine Sachverhaltsschilderung sowie eine Liste der anwendbaren bulgarischen Strafbestimmungen beigefügt. Daraus ergab sich, daß dem Inhaftierten ein Mord bzw. Totschlag zur Last gelegt wurde, auf den die Todesstrafe stand. Aus Sicht des OLG ergibt sich aus § 15 Abs. 2 IRG, daß die Verhängung von Auslieferungshaft und die Auslieferung des Verfolgten nicht von vornherein unzulässig gewesen seien. Die verfolgte Tat erfülle die Vorschriften der §§ 211 und 212 StGB und sei damit eine rechtswidrige Tat i.S.d. § 3 IRG. Nach dem Recht beider Staaten sei sie mit einer Höchststrafe von mindestens einem Jahr bedroht und damit gem. Art. 2 Abs. 1 S. 1 EuAlÜbk auslieferungsfähig. Auslieferungshindernisse gem. Art. 3–11 EuAlÜbk bzw. § 73 IRG seien nicht ersichtlich, da Art. 116 bulg. StGB die Todesstrafe hier zwar fakultativ vorsehe, Art. 38 Abs. 3 bulg. StGB jedoch bestimme, daß eine Todesstrafe nicht auferlegt oder vollzogen werden dürfe, sofern eine ausgelieferte Person unter dieser Bedingung von einem fremden Staat überstellt worden sei. Eine Auslieferung habe daher mit der entsprechenden Maßgabe zu ergehen. Es bestehe folglich weiterhin die Gefahr, daß sich der Verfolgte ohne Verlängerung der Haft der Auslieferung entziehen würde. Dem Antrag auf Erlaß eines Auslieferungshaftbefehls nach § 17 IRG gegen den Verfolgten sei gem. § 15 Abs. 1 Nr. 1 IRG zu entsprechen gewesen.

64. Das OLG Hamburg hielt in seinem Beschluß vom 17.2.1998 (2 VAs 11/97 – NStZ 1999, 197) den Rechtsweg nach § 23 EGGVG gegen die Entscheidung der Vollstreckungsbehörde für eröffnet, die Überstellung eines ausländischen Verurteilten zur Vollstreckung der Freiheitsstrafe in seinem Heimatstaat nach dem ÜberstÜbk[75] nicht anzuregen. Bei der Ermessensentscheidung der Vollstreckungsbehörde über die Einleitung eines Vollstreckungshilfeverfahrens seien auch bei Anwendbarkeit des ÜberstÜbk das Interesse an der sozialen Wiedereingliederung des Verurteilten gegen das öffentliche Interesse des Urteilstaates an der Durchsetzung aller Strafzwecke unter Berücksichtigung von Vollstreckungsrecht und -praxis des Vollstreckungsstaates abzuwägen. Der Antragsteller war zu einer Freiheitsstrafe von 15 Jahren verurteilt worden, die er in einer Hamburger JVA verbüßte. Er bemühte sich erfolglos bei der Staatsanwaltschaft um Überstellung in die Türkei zur Vollstreckung der Freiheitsstrafe. Das OLG hielt die Ermessens-

---

[74] Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13.9.1957, BGBl. 1964 II 1371.

[75] Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen vom 21.3.1983, BGBl. 1991 II 1006.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

entscheidung der Vollstreckungsbehörde, bei der Bewilligungsbehörde kein Überstellungsersuchen nach §71 Abs.1 S.1 Nr.2 IRG anzuregen, für einen Rechtsakt mit unmittelbarer Außenwirkung, der nach Art. 19 Abs.4 GG gerichtlich überprüfbar sei. Der Rechtsweg sei in seiner Ausgestaltung nach §§23ff. EGGVG eröffnet und richte sich nicht nach §71 IV IRG analog, da nach §1 ÜAG[76] das IRG auf die Überstellung verurteilter Personen keine Anwendung finde. Im übrigen sei der Antrag unbegründet, da die Staatsanwaltschaft das ihr eingeräumte Ermessen fehlerfrei ausgeübt habe. Insbesondere lasse das ÜberstÜbk die Interessen der deutschen Strafrechtspflege nicht zurücktreten, da die Bundesregierung bei Ratifikation des Übereinkommens die Erklärung abgegeben habe, daß das Abkommen auch den Interessen der Rechtspflege dienen solle.

65. Aus der Sicht des OLG Nürnberg in dem Beschluß vom 10.3.1998 (Ws 51/98 – NStZ 1998, 534) ist bei eingeschränkter Bewilligung der Auslieferung zur Vollstreckung einer Gesamtfreiheitsstrafe in analoger Anwendung des §460 StPO eine neue Gesamtfreiheitsstrafe zu bilden. Der Beschwerdeführer war wegen Diebstahls, Fahrens ohne Fahrerlaubnis, Hehlerei und unerlaubten Entfernens vom Unfallort zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünfeinhalb Jahren verurteilt worden. Er entfloh mehrfach aus dem Maßregelvollzug und wurde zuletzt in Österreich festgenommen. Das dortige BMJ bewilligte die Auslieferung zur Vollstreckung des Urteils, mit Ausnahme der Verurteilungen wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis und unerlaubten Entfernens vom Unfallort. Mit diesen Vorgaben bildete das LG München eine neue Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren nach §458 StPO, wogegen der Verurteilte sofortige Beschwerde mit dem Ziel der Bildung einer niedrigeren Gesamtfreiheitsstrafe erhob. Das OLG hielt für umstritten, auf welche Weise dem Spezialitätsgrundsatz des §11 IRG bei eingeschränkter Auslieferungsbewilligung bzgl. der Vollstreckung einer Gesamtfreiheitsstrafe Rechnung zu tragen sei. Nach Auffassung des Senats habe die durch §72 IRG vorgeschriebene Beachtung des Spezialitätsgrundsatzes durch Bildung einer nachträglichen Gesamtfreiheitsstrafe in analoger Anwendung des §460 StPO zu erfolgen. Gegen eine Strafzeitberechnung nach §458 StPO spreche, daß durch die beantragte gerichtliche Entscheidung nicht Zweifel über die Auslegung des Urteils oder die Berechnung der Strafe beseitigt werden sollten. Auch könne gegen eine analoge Anwendung des §460 StPO nicht zwingend angeführt werden, daß seit Inkrafttreten des IRG in Strafsachen keine Regelungslücke mehr vorliege. Ebensogut sei denkbar, daß ein Regelungsbedarf wegen der damals praktizieren Rechtsprechung der OLG Stuttgart und Hamm nicht angenommen wurde.[77] Das LG München II sei als Gericht des ersten Rechtszuges gem. §462 a Abs.3 StPO für die Entscheidung zuständig, so daß die Sache dorthin zu verweisen gewesen sei.

66. Das OLG Karlsruhe stellte in seinem Beschluß vom 14.12.1998 (1 AK 36/98 – Die Justiz 1999, 344) an die Hafturkunde eines ersuchenden Staates die Anfor-

---

[76] Gesetz zur Ausführung des Übereinkommens vom 21.3.1983 über die Überstellung verurteilter Personen vom 26.9.1991, BGBl. 1991 I 1954.

[77] OLG Stuttgart, NJW 1980, 1240; OLG Hamm, NJW 1979, 2484.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

derung, eine inhaltlich hinreichende und zum Zeitpunkt der Zulässigkeits- bzw. Bewilligungsentscheidung im ersuchten Staat wirksame Rechtsgrundlage für die Festnahme des Verfolgten im ersuchenden Staat darzustellen. Zeitliche Begrenzungen der Untersuchungshaft würden jedoch i.d.R. nicht den Bestand des Haftbefehls befristen, sondern beträfen lediglich den Vollzug der Untersuchungshaft, ihre zulässige Dauer und Haftprüfungen im ersuchenden Staat; im übrigen würden sie erst ab der Überstellung des Verfolgten wirksam. Der Senat hatte nach vorläufiger Festnahme des Verfolgten die vorläufige Auslieferungshaft angeordnet. Nach fristgerechter Übermittlung eines Haftbefehls der Staatsanwaltschaft Bukarest gemäß Art. 16 Abs. 4 EuAlÜbk[78] wandelte der Senat sie in eine endgültige Auslieferungshaft um. Art. 12 Abs. 2 a EuAlÜbk setze einen Haftbefehl voraus, der eine Inhaftierung zur Verfolgung einer nach Zeit, Ort, Art und Weise der Begehung individualisierten Straftat enthalte und eine wirksame Rechtsgrundlage für die Festnahme des Verfolgten im ersuchenden Staat sein müsse. Die Haftentscheidung der rumänischen Staatsanwaltschaft entspreche diesen Anforderungen, obwohl sie für die Dauer von 30 Tagen befristet sei, da Fortbestand und Wirksamkeit des rumänischen Haftbefehls nach Klarstellung der rumänischen Justizbehörden gewährleistet sei: nicht der Bestand des Haftbefehls sei damit befristet, sondern nur der Vollzug der Untersuchungshaft, deren zulässige Dauer und notwendige Haftprüfungen für den Fall sachlich veranlaßter Verlängerungen. Die Auslieferung sei danach gemäß §§ 12, 29 und 32 IRG zulässig.

67. Das OLG Hamm erklärte in seinem Beschluß vom 28.4.1998 ((2) 4 Ausl. 156/95 (20/98) – NStZ 1998, 416), daß gemäß § 77 IRG i.V.m. § 304 StPO Beschwerde eingelegt werden könne, wenn der Erlaß einer Festhalteanordnung nach den §§ 4 und 5 ÜAG[79] abgelehnt werde. Das Gericht habe einen Ermessensspielraum sowohl bei der Entscheidung über den Erlaß einer Festhalteanordnung nach §§ 4 und 5 Abs. 1 S. 1 ÜAG selbst, als auch bei der Entscheidung über die Frage einer Anordnung schon vor der Übergabe des Verurteilten an den Vollstreckungsstaat. Der Verurteilte war u. a. wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt worden und beantragte, die Freiheitsstrafe in der Türkei weiter verbüßen zu dürfen. Im Überstellungsverfahren bestätigte ein Gericht in Ankara die lebenslange Freiheitsstrafe. Die Staatsanwaltschaft beantragte den Erlaß einer Festhalteanordnung, den die Strafvollzugskammer mangels Angaben über eine Mindestverbüßungsdauer ablehnte. Die Staatsanwaltschaft legte hiergegen erfolglos Beschwerde ein. Das OLG Hamm führte dazu aus, daß entscheidend für den Erlaß einer Festhalteanordnung sei, welche Reststrafzeit der Verurteilte in der Türkei mindestens noch verbüßen müsse. Durch den Beschluß des Gerichtes in Ankara sei eine Umwandlung des deutschen Urteils erfolgt, womit sich die weitere Vollstreckung nach türkischem Recht richte, das damit auch die Mindestverbüßungszeit bestimme. Ob die Strafvollzugskammer die Mindestverbüßungszeit

[78] Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13.9.1957, BGBl. 1964 II 1371.

[79] Gesetz zur Ausführung des Übereinkommens vom 21.3.1983 über die Überstellung verurteilter Personen vom 26.9.1991, BGBl. 1991 I 1954, ber. 1994 I 1425, BGBl. III 319–94.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

nach türkischem Recht noch hätte feststellen müssen, könne jedoch offen bleiben, da die Voraussetzungen für den Erlaß einer Festhalteanordnung gemäß den §§4 und 5 ÜAG nicht erfüllt seien. Der Wortlaut der §§4 und 5 Abs.1 S.1 ÜAG räume dem Gericht bei der Entscheidung über den Erlaß und bei der Frage, ob eine Festhalteanordnung schon vor der Übergabe des Verurteilten an den Vollstreckungsstaat getroffen werden solle, ein Ermessensspielraum ein, bei dessen Ausübung alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen seien. Die Festhalteanordnung stehe einem Haftbefehl gleich und solle einen etwa wieder aufgelebten Vollstreckungsanspruch der Bundesrepublik sichern. Entscheidend für den Erlaß sei demgemäß, ob damit zu rechnen sei, daß die verurteilte Person wieder in die Bundesrepublik einreise. Dies komme im vorliegenden Fall nicht in Betracht, so daß die Strafvollzugskammer den Erlaß einer Festhalteanordnung im Ergebnis zu Recht abgelehnt habe.

X. Internationaler Menschenrechtsschutz

1. Europäische Menschenrechtskonvention

a) Art. 3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis

68. Das VG Karlsruhe urteilte am 29.4.1998 (A10 K 1446/94 – InfAuslR 1998, 374), daß an Art. 3 EMRK nicht dieselben strengen Maßstäbe für die "Staatlichkeit" der befürchteten Behandlung anzulegen sei, wie sie das BVerwG zu Art. 16a Abs.1 GG und §51 Abs.1 AuslG entwickelt habe. Für eine verantwortliche Prognoseentscheidung darüber, ob eine gegen Art. 3 EMRK verstoßende Behandlung im Heimatstaat mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit drohe, genüge es vielmehr, wenn in Abwesenheit einer staatlichen Gebietsgewalt dauerhaft ein überlegener Machtapparat vorhanden sei, dem der Ausländer ausgesetzt werde. Eine afghanische Familie beantragte 1994 ihre Anerkennung als Asylberechtigte, die das Bundesamt mit der Begründung ablehnte, daß die Voraussetzungen der §§51 und 53 AuslG nicht gegeben seien. Es erging eine Abschiebungsandrohung nach Afghanistan, wogegen die Familie Klage erhob. Das VG führte aus, daß es der jüngeren Rechtsprechung des BVerwG zu §53 Abs.4 AuslG i.V.m. Art. 3 EMRK nicht folgen könne, sondern sich an der Rechtsprechung des EGMR orientiere,[80] wonach die Gefahr einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung nicht von der Staatsgewalt des Aufnahmelandes ausgehen müsse. Der Rechtsprechung des EGMR sei größeres Gewicht beizumessen, da die Auslegung der EMRK in ihrem Art. 45 ausdrücklich dem EGMR überantwortet worden sei und Art. 53 EMRK die Verpflichtung verfahrensbeteiligter Vertragsstaaten vorsehe, sich nach den Entscheidungen des Gerichtshofs zu richten. Diese Bindungswirkung erstrecke sich auch auf nachfolgende Parallelfälle zu EGMR-Entscheidungen.[81] Aufgrund der

[80] EGMR, Urteil vom 17.12.1996, *Ahmed./. Österreich*, InfAuslR 1997, 279.
[81] So Frowein, in: ders./Peukert, EMRK, 2. Aufl., Art. 3, Rndnr. 22.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

elementaren Bedeutung von Art. 3 EMRK habe der EGMR entschieden, daß die Art. 3 EMRK zuwiderlaufende Gefahr sich auch aus den Umständen, etwa eines Bürgerkrieges, ergeben und selbst von Privatpersonen ausgehen könne.[82] Das Argument des BVerwG, die Auslegung des EGMR schränke die ausländerpolitische Handlungsfreiheit der Vertragsstaaten nahezu vollständig ein, könne nicht gelten, wenn dem Handeln nichtstaatlicher gefestigter Kräfte von staatlicher Seite nicht Einhalt geboten werde. Dem deutschen Gesetzgeber sei bei der Neufassung des AuslG auch die Auffassung der EKMR bekannt gewesen, die seit langem eine unmenschliche Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK auch dann annehme, wenn sie nicht von staatlichen Behörden ausgehe.[83] Außer bei rein privaten Gefahren sei es daher nicht angebracht, die Stabilität eines durchsetzungsfähigen Machtapparates bei der Auslegung von Art. 3 EMRK den strengen Maßstäben zu unterwerfen, die das BVerwG für Art. 16a GG und §51 AuslG fordere. Die gegenwärtigen Umstände in Afghanistan müßten danach zur Aufhebung des Ablehnungsbescheides führen.

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

69. Laut Urteil des BGH vom 10.11.1998 (VI ZR 243/97 – NJW 1999, 1187) kann ein Versäumnisurteil, das nach schriftlichem Vorverfahren mit den erforderlichen Belehrungen ergangen ist, einem im Ausland wohnenden Beklagten ohne Prozeßbevollmächtigtem im Inland durch Aufgabe zur Post zugestellt werden. Eines vorherigen gerichtlichen Hinweises darauf, daß er einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen habe, bedürfe es nicht. Der Kläger verlangte von dem Beklagten Schadensersatz für Kreditzinsen, die wegen eines Grundstückserwerbs in einem Zeitraum aufgelaufen waren, in dem der Beklagte die mieterfreie Überlassung schuldete, die Räumung jedoch noch nicht vollzogen war. Der Beklagte ist alleinvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied einer nach ihm benannten AG dänischen Rechts mit Sitz in Aarhus. Das LG ordnete am 29.12.1994 das schriftliche Vorverfahren an. Die Klageschrift, die Verfügung des Gerichtes und eine Belehrung über die Folgen der Säumnis wurden dem Beklagten im Rechtshilfeweg am 26.6.1995 durch einfache Übergabe in Aarhus zugestellt. Nachdem der Beklagte hierauf nicht reagiert hatte, erließ das LG am 16.10.1995 ein Versäumnisurteil und setzte die Einspruchsfrist auf drei Wochen fest. Dieses Urteil wurde dem Beklagten am 19.10.1995 durch Aufgabe zur Post nach §175 Abs. 1 S. 2 ZPO an dieselbe Adresse in Aarhus ohne weitere Hinweise oder Belehrungen zugestellt. Der Beklagte erhob erst verspätet am 29.11.1995 Einspruch, den das LG wegen Fristversäumnis verwarf. Das OLG wies die Berufung ab, und auch die Revision bleibt erfolglos. Der BGH führte aus, daß die Klageschrift in wirksamer Weise förmlich

[82] Urteil vom 17.12.1996, *Ahmed./. Österreich*, InfAuslR 1997, 279; Urteil vom 29.4.1997, *H.L.R../. Frankreich*, NVwZ 1998, 163.

[83] EKMR, Entscheidung vom 3.5.1983, Nr. 10308/83, *Altun ./. Bundesrepublik Deutschland*, 36 EKMR Dec. & Rep. 236 (1983).

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

zugestellt worden sei, da nach Art. 5 Abs. 2 HZÜ[84] die einfache Übergabe des Schriftstückes an den Empfänger die Zustellung bewirken könne. Die Zustellung des Versäumnisurteils durch Aufgabe zur Post gem. § 175 Abs. 1 ZPO stelle keinen Fall der Auslandszustellung, sondern eine fingierte Form der Inlandszustellung dar. Da folglich kein Hoheitsakt auf fremden Staatsgebiet vorzunehmen sei, bestünden keine Bedenken gegen die Vereinbarkeit des § 175 ZPO mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG). Das HZÜ stehe dem nicht entgegen, weil es nur die Modalitäten der Auslandszustellung regele, die Frage, ob eine förmliche Zustellung im Ausland vorzunehmen sei aber dem nationalen Recht überlasse. Ein Versäumnisurteil sei auch kein verfahrenseinleitendes Schriftstück i.S.d Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ,[85] so daß auch diese Bestimmung der Anwendung des § 175 ZPO nicht entgegenstehe. Das europarechtliche Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art. 6 Abs. 1 EGV sei nicht verletzt: Der Beklagte sei als Ausländer zwar gem. § 174 Abs. 2 ZPO dazu verpflichtet gewesen, einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen, während dies für einen Deutschen gem. § 174 Abs. 1 ZPO nur auf Antrag gerichtlich angeordnet werden könne, doch sei diese Ungleichbehandlung dadurch gerechtfertigt, daß eine förmliche Auslandszustellung aller Schriftstücke Erschwernisse und Verzögerungen mit sich brächte, die den Justizgewährungsanspruch des Klägers beeinträchtigen würden. Schließlich gewähre auch Art. 6 Abs. 1 EMRK keine weitergehenden Rechte, da die EKMR es für Ausländer als zumutbar angesehen habe, sich über den Inhalt zugestellter amtlicher Schriftstücke Gewißheit zu verschaffen und für die Einhaltung der Einlegungs- oder Begründungsfristen zu sorgen. Auch das Erfordernis einer Zustelladresse im Verfahrensstaat habe die EKMR mit Blick auf Verfahrensverzögerungen entgegen Art. 6 Abs. 1 EMRK für gerechtfertigt gehalten. Die weiten Gestaltungsspielräume der Vertragsstaaten bei der Ausgestaltung des *fair trial* -Grundsatzes lassen diese Sonderregelung für Ausländer unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit vor der EMRK Bestand haben.

70. Der BGH machte in seinem Beschluß vom 21.12.1998 (3 StR 561/98 – NJW 1999, 1198) die Vorgabe, daß grundsätzlich drei Strafmilderungsgründe zu bedenken seien, wenn in einem Strafverfahren zwischen Tat und Urteil außergewöhnlich viel Zeit vergehe oder es zu einer sehr langen Verfahrensdauer komme: den langen zeitlichen Abstand zwischen Tat und Urteil, die Belastungen durch eine lange Verfahrensdauer und die Verletzung des Beschleunigungsgebotes aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK. Der Angeklagte war wegen sexuellen Mißbrauchs eines Kindes 1992 zum ersten Mal verurteilt worden. Dieses und ein folgendes Urteil wurden jedoch aufgehoben, so daß es erst 1998 zu der nun vorliegenden Entscheidung kam. Der BGH hob auch diese Entscheidung auf und verwies die Sache zurück, da es die Strafkammer trotz dazu drängender Umstände unterlassen habe festzustellen, ob entgegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK das Verfahren verzögert worden sei. Bei langen

[84] Haager Zustellungsübereinkommen, BGBl. 1977 II 1452.

[85] Übereinkommen der Europäischen Gemeinschaft über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968, BGBl. 1972 II 773, i.d.F. des dritten Beitrittsübereinkommens vom 26.5.1989, BGBl. 1994 II 3707.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Abständen zwischen Tat und Urteil oder einer sehr langen Verfahrensdauer sei zu prüfen, ob das Recht des Angeklagten auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Zeit verletzt worden sei. Der Richter habe sich die maßgeblichen Umstände im Wege des Freibeweises zu verschaffen, dann Art und Ausmaß der Verzögerung festzustellen und schließlich das Maß der Kompensation zu bestimmen. Im vorliegenden Fall sei nicht aufgeklärt worden, ob das Verfahren aus Gründen verzögert worden sei, die den Strafverfolgungsorganen anzulasten seien.

71. Der BGH unterstrich in seinem Beschluß vom 5.2.1998 (IX ZB 113/97 – NJW 1998, 2288), daß ausschließlich der EGMR, nicht aber die Gerichte eines Mitgliedstaates, darüber entscheiden könne, ob eine Entschädigung nach Art. 50 EMRK zuzubilligen sei, wenn die Pflicht aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, eine Sache innerhalb angemessener Frist zu hören, verletzt werde. Die Antragsteller waren Erben des früheren Inhabers einer Gerberei im polnischen Radom. Seit 1958 machten die Antragsteller Schadensersatzansprüche wegen ungerechtfertigter Entziehung von Rohhäuten und Leder geltend und erreichten 1995 einen gerichtlichen Vergleich mit der Bundesrepublik, der den Antragstellern eine Million DM zusprach und alle Ansprüche gegenüber dem Deutschen Reich abgelten sollte. Die OFD setzte den geschuldeten Betrag, verzinst seit dem 1.1.1968, auf insgesamt MDM 2.12 fest. Die Antragsteller machen einen Anspruch auf gerechte Entschädigung nach Art. 50 EMRK geltend, da das Rückerstattungsverfahren entgegen Art. 6 EMRK nicht innerhalb angemessener Frist abgewickelt worden sei. Bei Entschädigung zu einem angemessenen Zeitpunkt hätten die Antragsteller mindestens 8% Zinsen, statt der zugrunde gelegten 4%, erzielen können, was einen Gesamtbetrag von DM 3.456.935,23 ergebe. Das LG und das OLG wiesen die Anträge ab, und auch die sofortige Beschwerde zum BGH blieb aus den oben genannten Gründen erfolglos.

c) Das Recht des Angeklagten auf die Vermutung seiner Unschuld (Art. 6 Abs. 2 EMRK)

72. Das BVerwG urteilte am 17.6.1998 (1 C 27.96 – DVBl. 1998, 1028), daß eine Ausweisung nach §46 Nr. 2 AuslG nicht voraussetze, daß der Ausländer wegen des Gesetzesverstoßes, der eine Straftat darstelle, verurteilt worden sei. Die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK stehe dem nicht entgegen. Der Kläger hatte eine Aufenthaltserlaubnis beantragt, die ihm aufgrund einer Ehe mit einer deutschen Staatsangehörigen erteilt wurde. Nunmehr unstreitig hatte jedoch zu keiner Zeit zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau eine eheliche Lebensgemeinschaft bestanden. Der Kläger wurde ausgewiesen, weil er den Straftatbestand des §92 Abs. 1 Nr. 7 AuslG erfüllt habe, indem er die Ausländerbehörde mehrfach mit Erklärungen getäuscht habe, er lebe von seiner Ehefrau nicht getrennt. Dem Kläger sei die Ursächlichkeit seiner Erklärungen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis auch bewußt gewesen. Die Ausweisung wurde durch das OVG bestätigt und auch die Revision blieb erfolglos. Das BVerwG führte dazu aus, daß die auf §92 AuslG gestützte Ausweisung nicht deshalb rechtswidrig sei, weil der Kläger wegen der Straftat nicht verurteilt worden sei. Zum einen setzte §46 Nr. 2 AuslG

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

nicht voraus, daß der Ausländer wegen eines Gesetzesverstoßes, der eine Straftat darstellt, verurteilt worden sei, zum anderen stehe die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK einer Ausweisung nicht entgegen, weil die Ausweisung eine ordnungsrechtliche und keine strafrechtliche Maßnahme sei. Die Unschuldsvermutung beziehe sich aber nur auf den Schuldvorwurf in einem Strafverfahren und schütze nur den wegen einer strafbaren Handlung Angeklagten. Art. 8 EMRK böte ebensowenig Ausweisungsschutz, da die Vorschriften des AuslG mit ihrem differenzierten Regelungswerk grundsätzlich den Maßstäben und Anforderungen des Art. 8 EMRK entsprächen und Art. 8 EMRK angesichts der betroffenen Gemeinwohlinteressen keinen weitergehenden Schutz vermitteln könne. Auch Art. 3 Abs. 3 ENA[86] stehe der Ausweisung nicht entgegen, da Voraussetzung u. a. der ordnungsgemäße Aufenthalt seit mehr als zehn Jahren sei, woran es aber fehle, wenn dafür erforderliche Aufenthaltserlaubnisse lediglich aufgrund von Täuschungen erlangt worden seien. Schließlich habe der Kläger auch keine Ansprüche auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus Art. 6 und 8 ARB 1/80.[87] Art. 6 ARB 1/80 vermittle einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, wenn ein türkischer Arbeitnehmer mindestens ein Jahr in ordnungsgemäßer Beschäftigung bei einem Arbeitgeber gestanden habe. Der Kläger habe aber während seines Studiums nur jeweils bis zu drei Monate tätig sein dürfen und dadurch die erforderliche Beschäftigungszeit nicht erreicht. Solche unfreiwilligen Unterbrechungen würden auch nicht als unschädliche Unterbrechungen i.S.d. Art. 6 Abs. 2 ARB 1/80 zählen. Art. 8 Abs. 2 ARB 1/80 richte sich seinem Wortlaut nach an die Arbeitsverwaltungen der Mitgliedstaaten und gebe ihnen auf, sich unter bestimmten Voraussetzungen bei der Arbeitsvermittlung zugunsten türkischer Staatsangehöriger "zu bemühen." Subjektive Rechte türkischer Arbeitnehmer seien aus diesem Wortlaut nicht abzuleiten.

d) Die Verfahrensgarantien des Art. 6 Abs. 3 EMRK

73. Der BGH untersagte in seinem Urteil vom 25.2.1998 (3 StR 490/97 – BGHSt 44, 46) die Beschlagnahme und die Verwertung von Unterlagen, die sich ein Beschuldigter erkennbar zu seiner Verteidigung in einem laufenden Strafverfahren angefertigt habe, gegen seinen Widerspruch. Der Angeklagte war vom LG wegen Mordes und versuchten Totschlags verurteilt worden. Laut Urteil hatte er seinem Opfer in Tötungsabsicht schwere, aber nicht tödliche Verletzungen beigebracht und es erst ca. 15 Minuten später getötet, als es aus seiner Bewußtlosigkeit erwacht sei, um wegen der vorherigen Tat nicht verfolgt zu werden. Der Angeklagte brachte hingegen vor, daß er seinem Opfer die tödlichen Verletzungen zusammen mit den übrigen Verletzungen beigebracht habe. Das LG begründete seine Über-

[86] Europäisches Niederlassungsabkommen vom 13.12.1955, BGBl. 1959 II 998.

[87] Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19.9.1980, abgedruckt in: Assoziierungsabkommen und Protokolle EWG-Türkei sowie andere Basisdokument, 327 (Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 1992).

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

zeugung u.a. mit handschriftlichen Unterlagen, die der Angeklagte in seiner Zelle angefertigt hatte und die Darstellungen des Sachverhalts, Äußerungen zur Tat und Überlegungen zu Strafvorschriften und Möglichkeiten der Strafmilderung enthielten. Die Unterlagen waren beschlagnahmt und verwertet worden, obwohl der Angeklagte geltend gemacht hatte, daß die Unterlagen für seinen Verteidiger bestimmt gewesen seien. Das LG wies diesen Antrag ab, was nach Ansicht des BGH gegen Art. 6 Abs. 3 EMRK verstieß. Aus analoger Anwendung des § 97 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 3 EMRK ergebe sich, daß Unterlagen, die sich ein Beschuldigter erkennbar zu seiner Verteidigung in einem gegen ihn laufenden Strafverfahren anfertige, weder beschlagnahmt noch gegen seinen Widerspruch verwertet werden dürften. Dem rechtsstaatlichen Gebot, dem Beschuldigten jederzeit die Möglichkeit einer geordneten und effektiven Verteidigung zu geben, gebühre bei der Abwägung mit dem Interesse an einer funktionierenden Strafrechtspflege der Vorrang, da das Verteidigungsrecht in erheblichem Maße beeinträchtigt würde, wenn Verteidigungsunterlagen beschlagnahmt und zu Lasten des Beschuldigten verwertet werden könnten. Die Vorbereitung und Durchführung einer Verteidigung sei ohne Aufzeichnungen häufig unmöglich, so daß die Gefahr der Beschlagnahme und Verwertung von Unterlagen eine sachgerechte Verteidigung hindern würde. Fertige ein Beschuldigter aber Unterlagen erkennbar zu Zwecken seiner Verteidigung an, so mache es keinen Unterschied, ob sie für ihn selbst oder für seinen Verteidiger bestimmt seien.

74. Das LG Mainz erklärte in seinem Beschluß vom 22.10.1998 (1 Qs 225/98 – NJW 1999, 1271), daß sich aus Art. 25 GG keine Bindungswirkung deutscher Gerichte an Entscheidungen des EGMR herleiten lasse. Bis zu einer Regelung des Akteneinsichtsrechts von Beschuldigten durch den deutschen Gesetzgeber gelte der Grundsatz des § 174 Abs. 1 StPO fort, wonach nur dem Verteidiger ein Akteneinsichtsrecht zustehe. Der sich selbst verteidigende Antragsteller legte gegen den Beschluß des AG, seinen Antrag auf Akteneinsicht zu verwerfen, Beschwerde zum LG ein, der nicht abgeholfen wurde. Das LG führte aus, daß Beschuldigte, die sich zulässigerweise selbst verteidigten, kein Recht auf Akteneinsicht hätten, da gem. § 147 Abs. 1 StPO nur der Verteidiger das Recht auf Akteneinsicht besitze und das BVerfG dies bestätigt habe. Es sei daher Sache des Gesetzgebers, eine entsprechende Norm zu erlassen. Daran habe auch die Entscheidung des EGMR in einem französischen Fall nichts geändert,[88] worin der EGMR dem Beschuldigten zur Vorbereitung auf eine sachgerechte Verteidigung ein Akteneinsichtsrecht aufgrund von Art. 6 Abs. 3 und 1 EMRK gegen die Entscheidung eines französischen Gerichts gewährt habe. Es ergebe sich nämlich weder aus Völkerrecht, noch aus nationalem Recht eine unmittelbare Bindung der deutschen Gerichte an die Entscheidungen des EGMR. Die EMRK begründe keine Bindungswirkung, da sie lediglich Pflichten für die Vertragsstaaten schaffe, deren Umsetzung jedoch der jeweiligen Rechtsordnung überlasse. Aus Art. 25

[88] EGMR, Urteil vom 18.3.1997, *Foucher./. Frankreich*, ECHR Yearbook 40 (1997), 234.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

GG lasse sich ebensowenig eine Bindungswirkung herleiten, da hiernach die deutschen Gerichte die Urteile internationaler Gerichte nur insoweit zu beachten hätten, als deren Rechtskraft reiche; diese beziehe sich aber nur auf die Vertragsstaaten, die an dem konkreten Verfahren vor dem Gerichtshof beteiligt seien.

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

75. Nach der Auffassung des BVerwG in dem Urteil vom 27.1.1998 (1 C 28.96 – InfAuslR 1998, 279) kann eine außergewöhnliche Härte i.S.d. §19 Abs. 1 S. 2 AuslG auch in der Auflösung einer familiären Lebensgemeinschaft liegen, die nicht unbedingt eine häusliche Gemeinschaft erfordere, dann jedoch zusätzlicher Anhaltspunkte bedürfe. Zwischen einem Vater und seinem nichtehelichen Kind könnten dies intensive Kontakte sein, die das Fehlen eines gemeinsamen Lebensmittelpunktes weitgehend ausgleichen würden. Ein bosnischer Staatsangehöriger heiratete in Jugoslawien eine deutsche Staatsangehörige, reiste im Besitz eines Sichtvermerks nach Deutschland ein und erhielt eine befristete Aufenthaltserlaubnis. Seine Ehe wurde 1994 durch Urteil geschieden, wogegen er Berufung einlegte. Noch vor der Entscheidung verstarb die Ehefrau im Jahre 1995. Im gleichen Jahr wurde ein nichteheliches Kind des Klägers geboren. Seine Klage auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis hatte ebensowenig Erfolg wie seine Revision. Das BVerwG führte u.a. aus, daß die Entscheidung des Gesetzgebers in §17 Abs. 1 AuslG, familiäre Beziehungen erst dann zur Grundlage eines Aufenthaltsrechtes zu machen, wenn diese Beziehungen die Qualität einer familiären Lebensgemeinschaft erreichen würden, mit Art. 8 EMRK vereinbar sei. Zwar umschreibe Art. 8 Abs. 1 EMRK mit dem Begriff des Familienlebens einen umfassenderen Schutzbereich als Art. 6 GG, da er insbesondere auch das Verhältnis zu nahen Verwandten umfasse. Soweit sich aber der Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK mit dem des Art. 6 GG decke, vermittle Art. 8 EMRK keinen weitergehenden Schutz. Aus dem Ziel des Art. 8 EMRK, den einzelnen vor willkürlicher Einmischung der öffentlichen Gewalt in sein Privat- und Familienleben zu schützen, folge grundsätzlich kein Einreise- und Aufenthaltsrecht für Ausländer. Die Ausweisung aus der Bundesrepublik, in der ein nichteheliches Kind des Antragstellers mit deutscher Staatsangehörigkeit lebe, könne allerdings seine Rechte aus Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzen. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung des EGMR, der eine Ausweisung für konventionswidrig erachtet habe, weil eine sehr enge Bindung zwischen Vater und Tochter bestanden habe.[89] Die Reichweite der Verpflichtung zur Achtung des Familienlebens hänge danach aber von der Lage der Betroffenen ab und räume den Vertragsstaaten einen weiten Ermessensspielraum ein.[90] Es sei deshalb mit Art. 8 EMRK vereinbar, über den Zuzug selbst in Härtefällen nach Ermessen zu entscheiden, solange in einer Abwägung nach den Grundsätzen der

[89] EGMR, Urteil vom 21.7.1988, *Berrehab./. Niederlande*, EuGRZ 1993, 547.

[90] EGMR, Urteil vom 28.5.1985, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali./. Vereinigtes Königreich*, EuGRZ 1985, 567 (569).

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Verhältnismäßigkeit die familiären Belange angemessen berücksichtigt würden. Hier könne in der Versagung einer Aufenthaltserlaubnis ein Eingriff in das Familienleben gesehen werden, doch sei er durch den Schutz der öffentlichen Ordnung und das wirtschaftliche Wohl des Landes gerechtfertigt. Dem Kläger fehle es an einer engen Bindung zu seinem Sohn, so daß die konkreten familiären Beziehungen eine geringere Schutzwürdigkeit hätten als die in den Vorschriften der §17ff. AuslG verfolgten Gemeinwohlziele.

76. Das OLG Frankfurt wollte in seinem Beschluß vom 30.1.1998 (2 W 281/97 – NJW-RR 1998, 937) Großeltern nur dann einen Anspruch auf persönlichen Kontakt mit ihrem Enkel gewähren, wenn dies dem Wohl des Kindes entspreche. Ein Umgangsrecht der Großeltern ergebe sich nicht aus Art. 8 Abs. 1 EMRK, da dieser zwar auch die Beziehung zwischen drei Generationen schütze, der Schutz jedoch nach der Rechtsprechung des EGMR nicht unabhängig von intensiven Kontakten zwischen Großeltern und Enkelkind bestehe. Staatliche Organe seien aus Sicht der EKMR auch nicht verpflichtet, ein Familienleben wiederherzustellen, das aufgrund des Verhaltens der Beteiligten gestört sei.[91] Werde eine Lösung von den aus Art. 8 Abs. 1 EMRK Berechtigten selbst verhindert und fehle es an schützenswerten Beziehungen zwischen den Großeltern und ihrem Enkel, so könne ein Umgangsrecht nicht allein wegen der Verwandtschaft der Beteiligten anerkannt werden. Auch im Hinblick auf die Rechte der Eltern und des Kindes, die nach Art. 8 Abs. 2 EMRK zu schützen seien, könne der Ausschluß der Großeltern vom Umgang mit ihrem Enkel nicht als konventionswidrig bezeichnet werden. Die Großeltern des Kindes hatten vor dem LG einen Antrag auf Umgang mit ihrem Enkel gestellt, den die Eltern verweigerten, weil erhebliche Spannungen zwischen den Eltern und Großeltern bestanden. Das LG lehnte den Antrag mit der Begründung ab, daß die Großeltern keine Bezugspersonen für ihren Enkel sein könnten, weil seit Jahren keine Kontakte bestanden hätten. Die Eltern seien bestrebt gewesen, das Kind aus den Streitigkeiten herauszuhalten und der 9-jährige Enkel habe erklärt, keinen Kontakt mit den Großeltern zu wollen. Das OLG wies die Beschwerde der Großeltern daher ab.

77. Für das OVG Rheinland-Pfalz in seinem Beschluß vom 22.9.1998 (10 B 11661/98.OVG – InfAuslR 1998, 496) fordert Art. 8 EMRK Einzelfallentscheidungen über die Verhältnismäßigkeit von Ausweisungen, die eine angemessene Gewichtung der persönlichen und öffentlichen Interessen aufweisen müssen. Das AuslG gewährleiste dies jedoch regelmäßig mit seinen Abstufungen nach Ist-, Regel- und Kann-Ausweisung, sowie seinen Härteregelungen. Der Antragsteller, ein 26-jähriger Marokkaner, der sich seit 22 Jahren in der Bundesrepublik aufhielt und dessen Eltern und Geschwister ebenfalls hier lebten, wurde auf Grundlage von §47 Abs. 1 Nr. 2 AuslG ausgewiesen. Seine Begehren vorläufigen Rechtsschutzes blieben ohne Erfolg. Das OVG führte aus, daß nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK eine Ausweisung nur verhältnismäßig sei, wenn der Ausländer noch Bindungen zu seinem Herkunftsland habe und seine Straftaten so

[91] So Frowein (Anm. 81), Rndnr. 20, 21.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

schwer wögen, daß seine Ausweisung zum Schutz der öffentlichen Ordnung notwendig sei.[92] Diese Einzelfallentscheidungen forderten eine angemessene Gewichtung der Rechte des Ausländers auf Achtung seines Privat- und Familienlebens und der Verteidigung der Ordnung, die ein legitimes Ziel des Art. 8 Abs. 2 EMRK sei. Die abgestuften und Härtefall-Regelungen des AuslG trügen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedoch hinlänglich Rechnung, so daß Ist-Ausweisungen nur höchst selten dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprächen.[93] Dies sei hier nicht ersichtlich, da der Antragsteller sich nie in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik integriert habe, die Lebensverhältnisse in Marokko kenne, die Sprache beherrsche und dort mit Hilfe seiner Familie Fuß fassen könne. Eine positive Sozialprognose könne nicht länger gestellt werden, weil weder seine zehn strafrechtlichen Verurteilungen, noch die Warnungen der Ausländerbehörde ihn zu einer Reorientierung bewegt hätten.

78. Nach Auffassung des VGH BW in seinem Urteil vom 23.4.1998 (A 6 S 1121/96 – VBlBW 1998, 388) verweist § 53 Abs. 4 AuslG lediglich insoweit auf die EMRK, als sich aus ihr Abschiebungshindernisse wegen Gefahren im Zielstaat der Abschiebung ergeben. Drohe die Abschiebung geschützte Rechtsgüter im Bundesgebiet zu verletzen, so seien daraus folgende Hindernisse nicht unter § 53 Abs. 4 AuslG im Asylverfahren, sondern im Vollzugsverfahren der Abschiebung zu berücksichtigen. Vietnamesische Staatsangehörige beantragten im Bundesgebiet ihre Anerkennung als Asylberechtigte. Der Ehemann, bzw. Vater der Kläger erhielt eine Aufenthaltsbefugnis, die Anträge der Kläger wurden jedoch abgelehnt und ihnen die Abschiebung angedroht. Die Klage vor dem VG und die Berufung vor dem VGH blieben erfolglos. Der VGH führte aus, daß er an seiner bisherigen Rechtsauffassung, daß § 53 Abs. 4 AuslG auch Abschiebungshindernisse aus Art. 8 EMRK umfasse, auf Grund der zwischenzeitlichen Rechtsprechung des BVerwG[94] nicht mehr festhalten könne. Danach verweise § 53 Abs. 4 AuslG nur bei zielstaatbezogenen Abschiebungshindernissen auf die EMRK, nicht jedoch in bezug auf geschützte Rechtsgüter im Bundesgebiet. Derartige Vollstreckungshindernisse seien nicht vom Bundesamt im Asylverfahren, sondern von der Ausländerbehörde im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen.

79. Das VG München erklärte mit Beschluß vom 27.7.1998 (M 17 S 98.2640 – NVwZ-Beilage 10/1998, 99) die Verfügung der sofort vollziehbaren Ausweisung des türkischen Jugendlichen Mehmet[95] für rechtmäßig. Der Antragsteller, ein türkischer Staatsangehöriger, wurde in München geboren. Seine Eltern und Brüder lebten alle in Deutschland und waren im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis. Ab seinem 10. Lebensjahr trat der Antragsteller strafrechtlich in Erscheinung, z.T. mit schweren Straftaten. Zahlreichen und intensiven Betreuungsmaßnahmen, sowie Androhungen der Aufenthaltsbeendigung hatten den Antragsteller nicht von der

---

92 EGMR, Urteil vom 21.10.1997, *Boujlifa./. Frankreich*, InfAuslR 1998, 1.

93 So das BVerwG mit Urteil vom 10.12.1993, Az. 1 B 160.93, InfAuslR 1994, 101.

94 BVerwG, Urteil vom 11.11.1997, Az. 9 C 13.96, VBlBW 1998, 216.

95 Siehe dazu auch oben, Nr. [34].

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Begehung von Straftaten abbringen können, so daß er schließlich mit Bescheid vom 22.5.1998 nach §§45, 46 Nr.2 AuslG ausgewiesen wurde. Das VG erachtete die Ausweisung für rechtmäßig und führte aus, daß der lange Aufenthalt des Antragstellers und seine sozialen Bindungen im Rahmen seiner Rechte aus Art. 8 EMRK bei der Güterabwägung nicht vorrangig zu bewerten seien. Zum einen sei es mit Art. 8 EMRK vereinbar, auch minderjährige Ausländer auszuweisen und abzuschieben, zum anderen stelle sich eine Reintegration in das türkische Heimatland nicht als unüberwindbar dar. Die Eltern planten die Rückkehr in die Heimat nach Eintritt in den Ruhestand des bereits 60-jährigen Vaters, die Familie besitze ein Haus in der Türkei, es bestünden verwandtschaftliche Bindungen zu einem Onkel, der Antragsteller sei zweisprachig aufgewachsen, und der Mutter sei es zumutbar, sich zumindest vorübergehend in der Türkei beim Antragsteller aufzuhalten. Wegen der äußerst aggressiven und brutalen Vorgehensweise des Antragstellers stelle sein weiterer Verbleib im Bundesgebiet eine erhebliche Gefährdung der Allgemeinheit dar. Wegen der hohen Zahl von Gewalttaten und der offensichtlichen Wiederholungsgefahr bestehe auch kein Ausweisungsschutz nach Art. 3 Abs.3 ENA.[96]

f) Art. 9 EMRK als Abschiebungshindernis

80. Der VGH Kassel verlangte in seinem Beschluß vom 19.5.1998 (10 UE 1974/97.A – NVwZ-RR 1999, 340) die Berücksichtigung der Rechtsgüter des Art. 9 Abs.1 EMRK bei der Prüfung konventionsrechtlichen Abschiebungsschutzes nach §53 Abs.4 AuslG. Abschiebungsschutz komme jedoch nur in Betracht, wenn im Zielstaat das religiöse Existenzminimum nicht entsprechend der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG zu Art. 16a GG gewährleistet werde. Nach erfolglosem Asylantrag wurde für einen pakistanischen Staatsangehörigen festgestellt, daß die Voraussetzungen des §51 Abs.1 AuslG und Abschiebungshindernisse nach §53 AuslG nicht vorlägen. Klage und Berufung des Antragstellers hatten keinen Erfolg. Für den VGH folgt aus dem Wortlaut des §53 Abs.4 AuslG, daß sich Abschiebungshindernisse aus sämtlichen Menschenrechten der EMRK, einschließlich Art. 9 EMRK, ergeben können. In der Rechtsprechung der EKMR und des EGMR seien Abschiebungsverbote bislang allerdings in erster Linie aus Art. 3 EMRK abgeleitet worden, der von dem absoluten Schutzgebot des Art. 15 Abs.2 EMRK erfaßt werde. Selbst bei den absolut geschützten Rechtsgütern des Art. 3 EMRK müsse die verbotene Behandlung einen bestimmten Schweregrad erreichen, bevor sie als Verstoß gewertet werden könne. Nicht von dem absoluten Schutzgebot erfaßte Rechtsgüter wie jene des Art. 9 EMRK seien daher nicht als subjektive Rechte zwingend über §53 Abs.4 AuslG zu gewährleisten und könnten erst bei einer nachhaltigen und gravierenden Unterschreitung der Schutzstandards zu Abschiebungsschutz führen. Dies stehe im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG zu Art. 16 a GG, wonach

[96] Europäisches Niederlassungsabkommen vom 13.12.1955, BGBl. 1959 II 998.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

lediglich das "religiöse Existenzminimum" asylrelevant geschützt sei und wahre so das Rangverhältnis zwischen Grundgesetz und dem einfachgesetzlichen Geltungsanspruch der Konvention. Schließlich habe die EKMR den Antrag eines anderen Angehörigen der Ahmadiya-Glaubensgemeinschaft wegen Abschiebungsschutzes unter Art. 9 Abs. 1 EMRK als offensichtlich unbegründet abgewiesen.

81. Das OVG Hamburg lehnte mit Beschluß vom 2.9.1998 (5 Bf 418/98.A – NVwZ-RR 1999, 342) einen Berufungsantrag mit der Begründung ab, daß Art. 9 EMRK nicht das Recht auf Kriegsdienstverweigerung umfasse. Nach Auffassung des Gerichtes stellt es keinen Verstoß gegen Art. 9 EMRK dar, wenn kurdische Wehrpflichtige entgegen ihrem Gewissen gezwungen würden, ihren Wehrdienst in den kurdischen Regionen abzuleisten und dort gegen ihre Landsleute zu kämpfen, weil Art. 9 EMRK das Recht auf Kriegsdienstverweigerung nicht umfasse. Dies belegten wiederholte und bislang erfolglose Versuche sowohl der parlamentarischen Versammlung des Europarats[97] als auch des Europäischen Parlaments,[98] dieses Recht in der EMRK zu verankern. So habe etwa die Bundesregierung 1985 auf eine kleine Anfrage im Bundestag geantwortet, daß die Aufnahme eines Rechts auf Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen in die EMRK bislang keine ausreichenden Mehrheiten im Europarat habe finden können. [99] 1993 habe auch das Europäische Parlament seine Auffassung zum Ausdruck gebracht, daß dieses Recht in keinem internationalen Text über den Schutz der Menschenrechte verankert sei und somit in die souveräne Zuständigkeit der Staaten falle.[100] Art. 9 EMRK könne deshalb nicht verletzt werden, wenn kurdische Wehrpflichtige entgegen ihrem Gewissen ihren Wehrdienst in kurdischen Regionen abzuleisten hätten.

g) Schutz der Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 10 und 11 EMRK)

82. Nach Ansicht des BVerwG in dem Beschluß vom 4.6.1998 (2 DW 3/97 – NJW 1999, 1649) rechtfertigt eine Entscheidung des EGMR, die einen Konventionsverstoß feststellt, in einem Fall ähnlicher Art nicht die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Disziplinarverfahrens. Der Antragsteller war wegen Verletzung seiner politischen Treuepflicht i.S.d. §52 Abs. 2 BBG durch Aktivitäten für die DKP aus dem Dienst entfernt worden. Kraft Gnadenentscheids des Bundespräsidenten wurde der frühere Beamte wieder in seine Rechte ein- und später in den Ruhestand versetzt. Er beantragte nun die Wiederaufnahme des Verfahrens mit dem Ziel des Freispruchs. Nach Auffassung des BVerwG kommt eine Wiederaufnahme aber weder unmittelbar noch analog §97 Abs. 2 Nr. 1 BDO in Betracht, weil ein Urteil des EGMR, das bei einem ähnlichen Sachverhalt einen

[97] Empfehlung 816/77, EuGRZ 1977, 481; Feststellung vom 10.1.1987, EuGRZ 1987, 134.
[98] Empfehlung vom 7.2.1983, EuGRZ 1983, 141; Entschließung vom 13.10.1989, EuGRZ 1989, 460; Entschließung vom 11.3.1993, EuGRZ 1993, 313.
[99] BT-Drs. 10/3014.
[100] Entschließung vom 19.1.1994, EuGRZ 1994, 194.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Verstoß gegen Art. 10 und 11 EMRK festgestellt habe,[101] keine neue Tatsache i.S.d. §97 Abs. 2 Nr. 1 BDO darstelle. Nur die Erschütterung der für die rechtliche Subsumtion maßgeblichen tatsächlichen Urteilsgrundlagen, nicht aber ihre rechtliche Bewertung, könne eine Wiederaufnahme rechtfertigen. Weiter komme §97 Abs. 1 BVerfGG analog nicht in Betracht, weil eine Konventionswidrigkeit mit der Verfassungswidrigkeit einer Norm wegen des Rangunterschiedes der Referenznormen nicht gleichzusetzen sei. Aus der EMRK ergebe sich nichts anderes, da die Vertragsstaaten nach Art. 53 EMRK zwar zur Beachtung der Urteile des EGMR verpflichtet seien, der EGMR aber Hoheitsakte der Vertragsstaaten nicht aufheben könne und seine Urteile nicht kassatorische, sondern nur feststellende Wirkung hätten. Auch lasse sich aus Art. 50 EMRK folgern, daß die Fortgeltung konventionswidriger Maßnahmen sich nach innerstaatlichem Recht richte und rechtskräftige Entscheidungen folglich nicht angetastet werden müßten, da andere Formen der Wiedergutmachung gewählt werden könnten. Auch das BVerfG habe verfassungsrechtlich und völkerrechtlich gebilligt, daß den Entscheidungen des EGMR keine unmittelbar gestaltende Wirkung in der innerstaatlichen Rechtsordnung zukomme.[102] Der Beschwerdeführer sei durch Gnadenentscheid des Bundespräsidenten von den belastenden Folgen der Entfernung aus dem Dienst hinreichend befreit worden. Schließlich lasse sich auch aus Art. 13 EMRK keine Pflicht zur Wiederaufnahme ableiten, da diese Vorschrift lediglich eine wirksame Beschwerdemöglichkeit vor einer nationalen Instanz garantiere, die der Beamte gehabt habe.

83. Der VGH Kassel urteilte am 7.5.1998 (24 DH 2498/96 – NVwZ 1999, 904), daß die politische Treuepflicht es mit Rücksicht auf Art. 5 und 9 GG sowie Art. 10 und 11 EMRK nicht gebiete, eine politische Partei bereits beim Auftreten erheblicher verfassungsfeindlicher Tendenzen zu verlassen. Ein Beamter war nach §83 hess. DiszO vorläufig des Dienstes enthoben worden, weil er durch die Übernahme von Ämtern für die Partei "Die Republikaner" schuldhaft gegen die politische Treuepflicht nach §67 Abs. 2 hess. BG verstoßen habe. Der VGH war hingegen der Auffassung, daß der Sachverhalt die Maßnahmen nicht rechtfertige und führte dazu u. a. aus, daß die politische Treuepflicht des Beamten in einem Spannungsverhältnis zu den Rechten auf freie Meinungsäußerung aus Art. 10 EMRK und der Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 EMRK stehe. Nach Rechtsprechung des EGMR könne die aktive Mitarbeit eines Beamten in einer verfassungsfeindlichen Partei zwar seine Entlassung rechtfertigen, doch müsse das Dienstvergehen im Licht der Art. 10 und 11 EMRK so erheblich sein, daß die vorgesehene disziplinarische Ahndung in einer demokratischen Gesellschaft unentbehrlich sei.[103] Setze sich ein Beamter aber dafür ein, die verfassungsfeindlichen Tendenzen einer Partei auf Dauer nachhaltig zu unterbinden, so sei sein Verbleiben in der Partei kein Verstoß gegen die Treuepflicht, wenn seine Bemühungen noch Aussicht auf

[101] EGMR, Urteil vom 29.9.1995, *Vogt./. Bundesrepublik Deutschland*, EuGRZ 1995, 590.
[102] BVerfG, Beschluß vom 11.10.1985, NJW 1986, 1425.
[103] EGMR, Urteil vom 29.9.1995, *Vogt./. Bundesrepublik Deutschland*, EuGRZ 1995, 590.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Erfolg hätten und der verfassungstreue Parteiflügel nicht lediglich als Tarnung für überwiegend verfassungsfeindliche Parteitendenzen diene. Aufgrund der grundgesetzlich und konventionsrechtlich geschützten Meinungsäußerungs- und Vereinigungsfreiheit gebiete die politische Treuepflicht es dem Beamten nicht, eine politische Partei bereits beim Auftreten erheblicher verfassungsfeindlicher Tendenzen zu verlassen. Er habe vielmehr das Recht, für den Erhalt der freiheitlich demokratischen Grundordnung innerhalb der Partei zu kämpfen, solange Aussicht auf Erfolg bestehe. Erst das bewußte Verbleiben in einer Partei, die höchstrichterlich als überwiegend verfassungsfeindlich bezeichnet worden sei, stelle i.d.R. einen Verstoß gegen die politische Treuepflicht dar, die nicht durch wenig aussichtsreiches Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung in der Partei gerechtfertigt werden könne. Ein solcher diziplinarrechtlich zu ahnender Fall liege hier aber nicht vor.

84. Laut Urteil des VG Sigmaringen vom 19.3.1998 (8 K 1034/96 – NVwZ 1998, 1104) erfaßt die EMRK nicht das Recht auf Einstellung in den öffentlichen Dienst, so daß eine Entscheidung des EGMR über die Rechtswidrigkeit der Entlassung einer Beamtin wegen Mitgliedschaft in der DKP für ein erneutes Einstellungsbegehren in anderer Sache ohne rechtliche Bedeutung sei. Der Kläger stellte nach Ablegen der Prüfung für das Lehramt an Gymnasien einen Antrag auf Einstellung als Studienassessor, der abgelehnt wurde, da der Kläger aufgrund seiner Mitgliedschaft und Funktionen in der DKP nicht die erforderliche Gewähr dafür biete, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Unter Berufung auf das Urteil des EGMR *Vogt./. Deutschland*[104] beantragte der Kläger erneut erfolglos seine Einstellung. Auch seine Klage wurde abgewiesen. Das VG führte dazu u.a. aus, daß in der Entscheidung des EGMR kein Wiederaufgreifungsgrund zu sehen sei, da sie keine bedeutsame Änderung der Rechtslage mit sich bringe. Richterliche Rechtsanwendung ändere schon grundsätzlich nicht das zugrundeliegende materielle Recht. Im übrigen sei die Entscheidung nicht einschlägig, da der EGMR ausdrücklich klargestellt habe, daß das Recht auf Einstellung in den öffentlichen Dienst bewußt nicht in die Konvention aufgenommen worden und folglich ein Konventionsverstoß ausgeschlossen sei. Die Würdigung des EGMR, daß eine Entlassung einer Beamtin auf Lebenszeit wegen ihrer Mitgliedschaft in der DKP unverhältnismäßig sei, lasse sich daher ungeachtet des Bezuges zu Art. 10 und 11 EMRK nicht auf die Entscheidung über die Einstellung eines Beamten übertragen.

2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Europäisches Minderheitenschutzabkommen

85. Nach Auffassung des brandenburgischen VerfG in seinem Urteil vom 18.6.1998 (VfGBbg 27/97 – LKV 1998, 395) gewährleistet Art. 25 Abs. 1 S. 1 BbgVerf zwar das Recht des sorbischen Volkes auf Schutz, Erhaltung und Pflege

[104] *Ibid.*

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

seines angestammten Siedlungsgebietes, bietet jedoch keinen absoluten Schutz vor der Inanspruchnahme einer sorbisch geprägten Siedlung durch den Braunkohlentagebau. Eine Abgeordnetengruppe des Landtags Bbg stellte einen Normenkontrollantrag vor dem BbgVerfG zur Überprüfung von Art. 2 §1 des Bbg Braunkohlengrundlagengesetzes (BbgBkGG), der i.V.m. Art. 1 des Gesetzes die Auflösung der Gemeinde Horno vorsah. Art. 1 BbgBkGG seien die Grundsatzentscheidung für den Braunkohlentagebau in der Region, sowie Regelungen für die Inanspruchnahme von Siedlungen, einschließlich solcher mit sorbischer Tradition, zu entnehmen. Art. 2 §1 BbgBkGG konkretisiere diese Grundsätze für die Gemeinde Horno und bestimme ihre Auflösung. Nach Ansicht des BbgVerfG begründet Art. 25 Abs. 1 S. 1 BbgVerf kein absolutes Eingriffsverbot, sondern gewährt nur einen der Abwägung zugänglichen Schutz. Die Verfassungsnorm sei solange als Staatszielbestimmung und nicht als Grundrecht i.S. eines Abwehrrechtes zu verstehen, als kein gezielt gegen das Sorbentum gerichteter Eingriff in Frage stehe. Eine Anknüpfung an Differenzierungskriterien, die unter Art. 3 Abs. 3 GG fielen, sei bei einer solchen kompensierenden Staatszielbestimmung zulässig, da ein wirksamer Minderheitenschutz die identitätsstiftenden Charakteristika schützen und fördern müsse, um dem Assimilierungsdruck durch die Mehrheit entgegenzuwirken. Dies bestätige das Rahmenübereinkommen des Europarates vom 1.2.1995 zum Schutz nationaler Minderheiten,[105] in dem sich die Bundesrepublik verpflichtet habe, in allen Bereichen die Gleichheit zwischen einer nationalen Minderheit und der Mehrheit zu fördern. Zwar handele es sich dabei um Handlungsaufträge an die Signatarstaaten und keine unmittelbar geltenden Rechtssätze, doch schließe danach der Minderheitenschutz ausgleichende und fördernde Maßnahmen ein. Art. 25 BbgVerf stelle die prägenden Elemente der sorbischen Minderheit unter den besonderen Schutz des Landes und verpflichte das Land zu Erhaltung, Bewahrung und Förderung. Ein allein den Sorben zustehendes subjektives Abwehrrecht könne darin aber wegen Art. 3 Abs. 3 GG nicht gesehen werden, so daß der Normenkontrollantrag erfolglos bleiben müsse.

3. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

86. Das VG Frankfurt a.M. urteilte am 9.11.1998 (9 E 1570/98 (V) – NVwZ-RR 1999, 325), daß eine Teilzeitbeschäftigung auf dem Grundsatz der Freiwilligkeit beruhe und Einstellungen, die generell in Teilzeitform erfolgen würden, unzulässig die allgemeine Chancengleichheit im Arbeitsmarkt verkürzen würden. Der Kläger hatte sich um eine Lehrstelle als Studienrat an einem hessischen Gymnasium beworben und ein Einstellungsangebot im Beamtenverhältnis auf Probe im Umfang von 80 % der regelmäßigen Arbeitszeit erhalten, die sich nach Ablauf von fünf Jahren auf 90 % erhöhen sollte. Der Kläger nahm dieses Angebot an, erhob aber nach Erhalt der Ernennungsurkunde Widerspruch. Die Beschäftigung als

[105] BGBl. 1997 II 1406.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Teilzeitkraft habe nicht seinem Wunsch und seinem Interesse entsprochen, doch sei ihm keine andere Wahl geblieben, als das Angebot zu den genannten Bedingungen anzunehmen, um sich die Chance zum Eintritt und die Arbeit im öffentlichen Schuldienst des Landes nicht zu verbauen. Er beantragte eine Beschäftigung im Umfang einer Vollzeitstelle sowie Zahlung bzw. Nachzahlung der Vergütungsdifferenz. Die Klage hatte Erfolg. Nach Auffassung des Gerichtes verstößt § 85c Abs. 1 S. HessBG, auf den sich die einseitige, antragslos verfügte Teilzeitbeschäftigung stütze, u. a. gegen das Recht auf Arbeit und das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen der ESC[106] und des IPwskR[107] und sei daher nach Art. 67 S. 2 HessVerf. ungültig. Art. 6 Abs. 1 IPwskR garantiere das Recht auf Arbeit und Art. 7 IPwskR erkenne die Rechte jedes einzelnen auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an. Darüber hinaus erklärten die Vertragsstaaten in Teil I ESC, geeignete Voraussetzungen dafür schaffen zu wollen, daß jedermann seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit unter gerechten Arbeitsbedingungen verdienen könne. Das Recht auf Arbeit enthalte auch eine soziale Ausrichtung in Gestalt einer qualifizierten Chancengleichheit für alle Menschen. Von einer Erfüllung dieses Rechtes auf Arbeit könne nur ausgegangen werden, wenn dem jeweiligen Anspruchsteller ein Vollzeitarbeitsplatz zur Verfügung stehe. Werde die allgemein geltende regelmäßige Wochen- oder Jahresarbeitszeit unterschritten, so sei das Recht allenfalls teilweise erfüllt, da der Grundsatz gleicher Arbeit für alle gelte. Die vorliegende Regelung sei mit dem Prinzip der allgemeinen Chancengleichheit unvereinbar, weil Arbeitsuchende auf Dauer verbindlich davon abgehalten würden, eine Vollzeitbeschäftigung erreichen zu können. Es werde eine absolute Sperre errichtet, deren Überwindung allein vom Dienstherrn zugelassen werden könne, ohne daß der Betroffene irgendeine rechtlich begründete Aussicht besäße. Da die Regelung nur für nach ihrem Inkrafttreten neu eingestellte Beamte gelte, sei sie zugleich eine Unterscheidung nach dem Status der Betroffenen, die mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 IPwskR unzulässig sei: Die Vertragsstaaten würden sich darin nämlich verpflichten, die im Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung zu gewährleisten. Auch das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen aus Art. 7 IPwskR und Teil I Nr. 2 ESC sei verletzt, da die Neueingestellten keine Möglichkeit hätten, ihren Arbeitsstatus beim Beklagten zu verlassen und sich entsprechend zu verbessern. Ihnen werde ein Sonderopfer aufgebürdet, ohne daß gerade ihnen die Entstehung der dafür ursächlichen Arbeitsmarktklage einseitig zugerechnet werden könne. Weiter falle die Hauptlast des finanziellen Minderverdienstes typischerweise in die ersten fünf Berufsjahre, in denen altersbedingt die Gründung einer Familie, Lebensgemeinschaft, die Geburt von Kindern falle, weshalb auch die Pflichten aus Art. 10 IPwskR und Teil II Art. 16 ESC zum Schutz von Ehe und Familie ins Gewicht fielen. Die

[106] Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, BGBl. 1965 II 1122.

[107] Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II 1569, in Kraft getreten am 3.1.1976, BGBl. 1975 II 428.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Kammer sieht sich in ihrer Auffassung durch die RL 97/81/EG[108] bestätigt, da ihr der Grundsatz zu entnehmen sei, daß Teilzeitarbeit nur freiwillig ausgeübt werden solle. Aus Art. 8 IPwskR ergebe sich seine Anwendbarkeit unabhängig vom Status oder von der Zuordnung des Beschäftigungsverhältnisses zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht. Gleiches gelte für den Anwendungsbereich der Europäischen Sozialcharta, wie sich aus der Rechtsprechung des EuGH[109] und aus einem Vorbehalt in Teil II Art. 5 S. 2, 3 ESC ergebe. Die Rechte aus beiden Dokumenten seien entgegen zweier Denkschriften der Bundesregierung[110] auch einklagbar, da den Zustimmungsgesetzen Transformationswirkung beigemessen werden müsse. Die Rechte seien ihrem Inhalt und Zweck nach geeignet, innerstaatliche Wirkungen wie ein entsprechendes nationales Gesetz auszulösen, da die Anerkennung jener Rechte keine weiteren Schritte zur Umsetzung mehr erfordere. Sie könnten u.a. gestützt auf Art. 67 S. 2 hess. Verf. Vorrang vor dem hess. BG beanspruchen, da dieser den unbedingten Vorrang eines jeden Staatsvertrags für die Dauer seiner Verbindlichkeit vor jedem Landesgesetz anordne. § 85 c Abs. 1 hess. BG sei deshalb gem. Art. 67 S. 2 hess. Verf. ungültig und könne somit die verfügte Teilzeitbeschäftigung nicht tragen. Im Wege der Gleichbehandlung sei der Kläger daher ohne Rücksicht auf § 85c hess. BG wie jeder andere Beamte zu behandeln und von der einseitig angeordneten Belastung zu verschonen.

XI. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung

87. Das BVerfG bestätigte mit Beschluß vom 21.10.1998 (1 BvR 179/94 – EuGRZ 1998, 389) den Investitionsvorrang auf dem Gebiet der ehemaligen DDR auch gegenüber Restitutionsansprüchen von NS-Verfolgten. Die Erben jüdischer Aktionäre eines Unternehmens, das 1936 arisiert und nach 1949 in einen VEB überführt worden war, meldeten Ansprüche nach dem VermG[111] auf Aktien der Gesellschaft an, die aus dem VEB hervorgegangen war. Die Treuhandanstalt erließ jedoch einen Investitionsvorrangbescheid, der die Veräußerung der Aktienrechte an zwei Investoren für investive Zwecke vorsah. Die Beschwerdeführer beantragten mit Klageerhebung aufschiebende Wirkung, die das VG ablehnte. Hiergegen legten die Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde ein. Das BVerfG hielt weder Art. 14 noch Art. 3 GG für verletzt und nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an. Die Annahme des VG, daß Rückerstattungsansprüche für die nationalsozialistische Entziehung von Vermögenswerten erst durch das VermG geschaffen worden seien, betreffe die Auslegung einfachen Rechts, sei

---

[108] Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinigung über Teilzeitarbeit – Anhang: Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABlEG Nr. L 014 vom 20.1.1998, 9–14.

[109] EuGH, Urteil vom 19.3.1964, Rs. 75/63, Slg. 1964, 347; Urteil vom 23.3.1982, Rs. 53/81, Slg. 1982, 1035.

[110] BT-Drs. IV/2117, 28; BT-Drs. 7/685, 18.

[111] Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen vom 23.9.1990, BGBl. 1990 II 885, 1159, n.F. vom 21.12.1998, BGBl. 1998 I 4026, BGBl. III-19.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

nachvollziehbar begründet, vertretbar und entspreche den Ansichten des BVerwG wie jenen des Schrifttums. Ein Verstoß gegen Art. 14 GG lasse sich damit nicht begründen. Auch die Einschränkung von Rückübertragungsansprüchen nach §1 Abs. 6 VermG durch das InVorG[112] sei unbedenklich, da das InVorG zwar in die Eigentumspositionen der Beschwerdeführer eingreife, es sich dabei jedoch um zulässige Inhalts- und Schrankenregelung nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG handele. Investitionsvorrangbescheide führten nicht unmittelbar zur Entziehung von Rechtspositionen, sondern bewirkten nur die Freistellung Verfügungsberechtigter von der Verfügungssperre des §3 Abs. 3 VermG. Erst eine rechtsgeschäftliche Veräußerung führe zum Eigentumsverlust. Die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Bundesrepublik, Unternehmen zu erhalten und Investitionen zu fördern, rechtfertigten die Inhalts- und Schrankenbestimmung des InVorG. Die Regelung sei auch verhältnismäßig, da sie zur Erreichung dieser Ziele geeignet und erforderlich sei, Restitutionsberechtigte bevorzugt investive Maßnahmen durchführen könnten, andernfalls Anspruch auf Erlösauskehr hätten und ihre Ansprüche erfüllt würden, wenn Erwerber zugesagte Maßnahmen nicht innerhalb von zwei Jahren durchführten. Auch verletze §22 InVorG nicht Art. 3 GG. Diese Vorschrift nehme Grundstücke des ehemaligen Reichs-, preußischen, Wehrmachts-, Landes-, Kreis- und Gemeindevermögens, sowie Synagogen und Friedhöfe jüdischer Gemeinden von den Regelungen des InVorG aus. Die unterschiedliche Behandlung sei durch die besondere Widmung dieser Vermögenswerte und den besonderen Unrechtsgehalt ihrer Entziehung gerechtfertigt. Der Gesetzgeber habe bei der Wiedergutmachung von Unrecht einer dem GG nicht verpflichteten Staatsgewalt einen besonders weiten Gestaltungsspielraum, der das Generalisieren, Typisieren und Pauschalieren zur Ordnung von Massenerscheinungen erlaube. §22 InVorG solle Vermögenswerte, die in Zufügung besonders krassen NS-Unrechts weggenommen worden seien, vom Investitionsvorrang freistellen, ohne Restitutionen nach dem VermG und unaufschiebbare Investitionen mehr als unabweisbar zu behindern. Unterfielen danach Vermögenswerte trotz vergleichbarem NS-Unrecht dem Investitionsvorrang, so liege darin eine zulässige Typisierung und Generalisierung, die keine erhebliche Abweichung vom Gleichheitssatz sei.

88. Der BGH erklärte in seinem Urteil vom 3.7.1998 (V ZR 34/97 – NjW 1999, 489) den Anspruch auf Herausgabe eines Grundstücks in den neuen Bundesländern für erloschen, wenn die frühere Wehrmacht oder die Deutsche Reichsbahn es in Besitz genommen hatten. Eine entsprechende Anwendung des in den alten Bundesländern geltenden §19 AKG[113] sei ausgeschlossen. Die Klägerin war Eigentümerin eines Grundstücks, das 1944 vom Deutschen Reich für den kriegswichtigen Zweck der Errichtung von Warnanlagen in Anspruch genommen wurde. Es wird heute von der Deutschen Bahn AG genutzt. Entschädigungs- und Erwerbsverhandlungen scheiterten sowohl mit der Deutschen Reichsbahn, als

[112] Investitionsvorranggesetz vom 14.7.1992, BGBl. 1992 I 1268.

[113] Allgemeines Kriegsfolgengesetz vom 5.11.1957, BGBl. III 653-1, veröffentlichte bereinigte Fassung, zuletzt geändert durch Art. 67 des Gesetzes vom 5.10.1994, BGBl. 1994 I 1389.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

auch mit der Deutschen Bahn AG, von der die Klägerin nun u.a. die Herausgabe des Grundstücks verlangte. Das LG und das OLG hatten diesem Antrag entsprochen, wogegen die Beklagte erfolgreich Revision einlegte. Der BGH führte aus, daß die Regelungen des Allgemeinen Kriegsfolgen Gesetzes nach §1 Abs.1 Nr.1 und 2 Nr.2 AKG hier eingreifen würden, so daß der Herausgabeanspruch der Klägerin nach §1 Abs.1 Nr.1 AKG erloschen sei. Aus Art. 8 i.V.m. Anl. 1 Kap. 4 Sachgeb. A Abschn. 1 Nr.12 und Abschn. 2 Nr.2 EinigungsV[114] ergebe sich weiter, daß die Ausnahmebestimmung des §19 AKG, wonach Ansprüche auf Herausgabe von Sachen zu erfüllen seien, auf Grundstücke im Beitrittsgebiet keine Anwendung finde. Eine analoge Anwendung sei mangels Regelungslücke nicht möglich, da die Ungleichbehandlung der Eigentümer nach der Belegenheit ihrer Grundstücke eindeutig gewollt sei und vor Art. 3 und 14 GG Bestand habe. Der vorliegende Herausgabeanspruch sei gemäß Art. 135a Abs.2 GG, der durch Art. 4 Nr.4 EinigungsV eingefügt wurde, nicht unter den Schutz des Art. 14 GG gestellt worden. Bei der Überwindung der deutschen Teilung seien in vermögensrechtlicher Hinsicht ähnliche Fragen aufgetreten wie bei der Errichtung der Bundesrepublik, so daß die Grundsätze der damaligen Regelungen auf die beitrittsbedingten Probleme übertragbar seien. Zur Bereinigung des Staatsbankrotts habe damals die Erfüllung von Reichsverbindlichkeiten über die Maßgabe des Möglichen hinaus ohne Verstoß gegen Art. 14 GG verweigert werden dürfen. Art. 135 a Abs.2 GG erlaube nun dem Gesetzgeber, entsprechende Regelungen für die Verbindlichkeiten des Bundes aus dem Übergang von Vermögenswerten der DDR zu treffen, ohne gegen Art. 14 GG zu verstoßen. Auch Art. 3 Abs.1 GG sei nicht verletzt, da dem Gesetzgeber bei der Beseitigung von Kriegsfolgen besonders weite Gestaltungsfreiheit zustehe. Dingliche Herausgabeansprüche im Beitrittsgebiet würden gegenüber solchen in den alten Bundesländern Unterschiede in wesentlichen Punkten aufweisen: die Eigentumsposition bei öffentlich genutzten Grundstücken sei in der DDR wesentlich geschmälert gewesen, und der 30-jährige Zeitraum zwischen dem Erlaß des AKG und der Kriegsfolgenregelung im Beitrittsgebiet habe zu rechtlichen und tatsächlichen Veränderungen geführt, die eine Differenzierung rechtfertigen würden.

89. Der BGH hielt in seinem Beschluß vom 28.10.1998 (5 StR 176 /98 – NStZ 1999, 238) Körperverletzungen durch den Einsatz von Minensperren an der innerdeutschen Grenze für offensichtlich rechtswidrig. Werde bei einem Tötungsbefehl innerhalb eines organisierten Systems angeordnet, daß Opfer nach Möglichkeit zu retten seien, so komme dies den Anordnenden als mittelbaren Tätern, den Tatmittlern und den Gehilfen als Rücktritt vom Versuch zugute. Die Angeklagten wirkten als Generäle am Erlaß von Jahresbefehlen des Verteidigungsministers der DDR mit, welche die Sicherung der innerdeutschen Grenze durch Schußwaffeneinsatz und Minensperren betrafen. In einem Fall rettete ein Grenz-

[114] Vertrag vom 31.8.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands und der Vereinbarung vom 18.9.1990, BGBl. 1990 II 885.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

soldat das Leben eines Flüchtlings, der durch Splitterminen schwer verletzt worden war. Für den Fall einer minenbedingten Verletzung oder Tötung eines Menschen war dessen Bergung im einzelnen geregelt. Das LG hatte die Angeklagten wegen versuchten Totschlags verurteilt. Der BGH führte demgegenüber aus, daß ein zurechenbarer Rücktritt vom Totschlagsversuch vorliege. Die für den Jahresbefehl Verantwortlichen seien mittelbare Täter der darauf zurückgehenden vollendeten und versuchten Tötungen, die Soldaten, die befehlsgemäß Minensperren errichteten oder instand gehalten hätten, seien Tatmittler. Die Zurechnung eines Rücktritts erfolge, wenn das Werkzeug nach den Weisungen des mittelbaren Täters zurückgetreten sei und so in bewußter Willensvertretung des mittelbaren Täters gehandelt habe. Dies sei hier der Fall. Jedoch komme eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung in Betracht, da der Einsatz von Splitterminen auch bei bloßem Verletzungsvorsatz als rechtswidrig qualifiziert werden müsse. Rechtfertigungsgründe seien auch von Organen der DDR nach völkerrechtlichen Grundsätzen menschenrechtskonform auszulegen gewesen, so daß hier ein Rechtfertigungsgrund nicht in Betracht komme, da der unkontrollierbare Einsatz blinder Tötungsautomaten eklatant menschenrechtswidrig sei.[115] Wegen der Offensichtlichkeit dieser Rechtswidrigkeit scheide eine Schuldminderung auch bei Handeln auf Befehl aus.

90. Das BVerfG urteilte am 20.7.1998 (2 BvE 2/98 – BVerfGE 99, 19) in einem Organstreitverfahren, daß die Beschlüsse des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung des 13. Deutschen Bundestages, mit denen die Überprüfung des Antragstellers und Abgeordneten Dr. Gregor Gysi auf eine Tätigkeit für den Staatssicherheitsdienst der DDR abgeschlossen worden war,[116] den verfassungsrechtlichen Status des Antragstellers nicht verletzten. Gegen den Abgeordneten Gysi wurde nach §44b Abs. 2 AbgG[117] ohne seine Zustimmung eine Untersuchung vor dem Wahlprüfungsausschuß auf eine hauptamtliche oder inoffizielle Tätigkeit für das MfS durchgeführt, die zu der abschließenden Feststellung einer inoffizielle Tätigkeit für das MfS führte. Der Bericht enthielt die Wertungen, daß Gysi die politische Ordnung der DDR gegen seine oppositionellen Mandaten zu schützen suchte, sich zielgerichtet in die Strategien des MfS einbinden ließ und für Zersetzungsstrategien Erkenntnisse an das MfS weitergegeben habe, um eine Unterdrückung der demokratischen Opposition zu gewährleisten. Das BVerfG hielt den Antrag für zulässig, aber unbegründet. Der Abgeordnetenstatus des Art. 38 Abs. 1 GG sei betroffen, stehe aber in einem Spannungsverhältnis mit der Repräsentations- und Funktionsfähigkeit des Parlaments. Der Abgeordnete habe Anspruch darauf, daß der Ausschuß im Verfahren die Belange des Abgeordneten durch Beteiligungsrechte berücksichtige; daß er sich von der Verstrickung des Abgeordneten eine so sichere Überzeugung bilde, daß vernünftige

[115] BGHSt 40, 218 (232).

[116] BT-Drs. 13/10893.

[117] Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Deutschen Bundestages vom 18.2.1977, BGBl. 1977 I 297, n.F. vom 21.2.1996, BGBl. 1996 I 326, BGBl. III 1101–8, zuletzt geändert durch Rentenreformgesetz 1999 vom 16.12.1997, BGBl. 1997 I 2998, geändert 1998 I 3843.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Zweifel ausgeschlossen seien; daß er die Beweise würdige und die Beweisergebnisse begründe; daß er schließlich den Rahmen des Feststellungsauftrags einhalte. Über eine Prüfung der Einhaltung von Verfahrensstandards und der Überschreitung des Untersuchungsauftrags hinaus folge aus Art. 38 Abs. 1 GG wegen der Parlamentsautonomie kein Recht auf eine inhaltliche Überprüfung der Richtigkeit der Feststellungen durch das BVerfG. Dem Begründungserfordernis sei entsprochen worden, und der Antragsteller habe hinreichende Gelegenheit gehabt mitzuwirken. Daß er die Mehrheit des Ausschusses in ihrer Überzeugung nicht zu erschüttern vermochte, bedeute keinen Verfahrensfehler. Wegen Stimmengleichheit im Senat lasse sich auch nicht feststellen, daß der Ausschuß mit seinem Bericht den Prüfungsauftrag überschritten habe. Der Untersuchungsauftrag umfasse die Feststellung aller Tatsachen, die der Öffentlichkeit ein Urteil über die Verstrickung des Abgeordneten und eine politische Bewertung erlauben könnten, selbst die Bewertung vorzunehmen sei dem Ausschuß aber versagt. Festzustellen sei damit zunächst der Tatbestand einer wissentlichen Zusammenarbeit mit dem MfS. Darüber hinaus sei aber auch eine Wertung erforderlich, weil eine Zusammenarbeit mit dem MfS gerade bei politischen Strafverfahren notwendig gewesen sei, um das Vertrauen jener Stellen zu gewinnen und die Belange des Mandanten verfolgen zu können. Die Legitimität des Mandats eines Abgeordneten könne aber nur in Frage gestellt werden, wenn er Bürger hintergangen und verraten habe. Eine wertende Zusammenfassung dahin, ob die Zusammenarbeit mit dem MfS mandantenschützend gewesen sei oder Dritte belastet bzw. benachteiligt habe, sei daher von dem Untersuchungsauftrag des Ausschusses gedeckt. Die Wertung des Berichts, daß der Antragsteller bewußt im Interesse des MfS tätig geworden sei, sei insofern nicht zu beanstanden. Für die vier dissentierenden Richter war demgegenüber Inhalt des Überprüfungsauftrages nur die Schaffung einer Tatsachengrundlage für eine spätere politische Bewertung der Würdigkeit des Abgeordneten zur weiteren Mandatsausübung. Eine darüber hinausgehende Deutung und Bewertung des Tatsachenmaterials sei dem Ausschuß verwehrt. Die zusammenfassenden Würdigung des Ausschusses gehe aber über nachweisliche und widerlegbare Feststellungen hinaus, was von dem Zweck der Kollegialenquete nicht mehr gedeckt und eine Überschreitung des Prüfungsauftrages sei, die den Abgeordnetenstatus des Antragstellers verletzte.

91. Der BGH gestand mit Urteil vom 15.12.1998 (VI ZR 368/ 97 – NJW 1999, 1475) einem früheren DDR-Bürger wegen einer rechtsstaatswidrigen Inhaftierung keine Schadensersatzansprüche gegen die PDS auf der Grundlage des Delikts- und des Staatshaftungsrechts zu. Der Kläger nahm die PDS als Rechtsnachfolgerin der SED auf Zahlung von Schadensersatz wegen Verdienstausfalls in der Zeit seiner Inhaftierung in Anspruch. Er strebte aus politischen Gründen aktiv das Verlassen der DDR an, woraufhin das MfS eine "operative Personenkontrolle" einleitete, die zur Verhaftung des Klägers führte. Er wurde wegen "Zusammenschlusses zur Verfolgung gesetzwidriger Ziele" und "ungesetzlicher Verbindungsaufnahme" zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt, die er bis zu seinem "Freikauf" durch die Bundesregierung teilweise verbüßte. Weder die Klage, noch seine Berufung hatten

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Erfolg. Der BGH wies die Revision ab und führte dazu aus, daß das materielle Recht der ehemaligen DDR heranzuziehen sei. Danach komme eine deliktsrechtliche Verantwortlichkeit der SED auf der Grundlage der §§330, 331 ZGB/DDR in Betracht, doch seien deren Voraussetzungen nicht gegeben. Danach habe auch die SED grundsätzlich als "gesellschaftliche Organisation" deliktsrechtlich für die Freiheitsentziehung haften können, doch seien urteilende Richter nicht als Mitarbeiter der SED tätig geworden, sondern als Angehörige des staatlichen Justizorgans. Damit fehle es aber an "zivilrechtlichen Beziehungen" i.S.d. §11 Abs.3 ZGB/DDR, selbst wenn die SED Lenkungsmaßnahmen gegenüber den Justizeinrichtungen ergriffen habe. Auch nach dem StHG/DDR habe der Kläger keinen Ersatzanspruch, da es der SED als politischer Partei an der Eigenschaft der Staatlichkeit fehle. Trotz ihres Führungsanspruchs sei die SED nach dem staatsrechtlichen Verständnis der ehemaligen DDR weder ein Staatsorgan noch mit der Staatsmacht gleichzusetzen gewesen, da die ideologischen Prinzipien des Marxismus-Leninismus eine strikte Unterscheidung zwischen den Organen von Staat und Partei gefordert hätten. Daß die SED "faktisch" die Staatsmacht innegehabt habe, ändere daran nichts. Auch an einer Regelungslücke mangele es, da der Gesetzgeber sich auf die SED-Unrechtsbereinigungsgesetze von 1992 und 1994 beschränkt und damit davon abgesehen habe, eine Rechtsnachfolge für die Verantwortlichkeiten staatlicher Organe und Einrichtungen der DDR aufgrund des Staatshaftungsgesetzes anzuordnen.

92. Der BGH hob mit Urteil vom 10.12.1998 (5 StR 322/98 – NJW 1999, 3347) die Freisprüche von vier Angeklagten wegen Rechtsbeugung in der DDR durch willkürliche Verfahrensgestaltung im Fall *Havemann* auf. In zwei Gerichtsverfahren wurde der Regimekritiker Prof. Havemann zu einer Aufenthaltsbeschränkung auf seinem Grundstück und zu einer Geldstrafe wegen Devisenvergehens verurteilt. Die Berufungen blieben erfolglos. Das MfS hatte zusammen mit Justizbeamten detaillierte "operative Pläne" für den Ablauf der Verfahren und mögliche Berufungsszenarien entwickelt, wobei alle denkbaren Verhaltensalternativen Havemanns durchgespielt und entsprechende Reaktionen vorherbestimmt wurden. Der erste Rechtsanwalt Havemanns wurde sofort aus dem Anwaltskollegium ausgeschlossen, als er Verfahrensschritte vornahm, die dem MfS mißfielen. Die Aufenthaltsbeschränkung wurde wegen eines regimekritischen Artikels in der westdeutschen Zeitschrift "Der Spiegel" verhängt. Das Devisenverfahren wurde durchgeführt, weil Havemann entgegen den Bestimmungen des DDR-Devisengesetzes Ansprüche und Guthaben aus Veröffentlichungen im Westen nicht angemeldet hatte. Dabei wurden in Durchsuchungen der Räume Havemanns über 800 Gegenstände beschlagnahmt, darunter auch sein Briefverkehr und seine Schreibmaschine. In beiden Verfahren gab es nur minimale Abweichungen von den operativen Plänen des MfS, und die Urteile spiegelten in Tenor wie Begründung nahezu vollständig die Entwürfe des MfS wider. Das LG hatte die angeklagten Richter und Staatsanwälte der Verfahren von den Vorwürfen der Rechtsbeugung freigesprochen, weil es an den subjektiven Elementen der Rechtsbeugung gefehlt habe. Der BGH führte demgegenüber aus, daß sowohl der objektive als auch der

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

subjektive Tatbestand der Rechtsbeugung bei allen Angeklagten erfüllt seien. Für Richter und Staatsanwälte der DDR habe der BGH drei Fallgruppen möglicher Rechtsbeugung aufgezeigt: (1.) wenn Straftatbestände unter Überschreitung des Gesetzeswortlauts oder Ausnutzung ihrer Unbestimmtheit derart überdehnt worden seien, daß eine Bestrafung als offensichtliches Unrecht anzusehen sei, (2.) wenn die Strafe in einem unerträglichen Mißverhältnis zur abgeurteilten Handlung stehe, so daß sie als grob ungerecht und als schwerer Verstoß gegen die Menschenrechte erscheinen müsse und (3.) wenn Menschenrechte durch die Art und Weise der Durchführung von Strafverfahren verletzt worden seien, weil die Verfahren nicht die Verwirklichung von Gerechtigkeit, sondern die Ausschaltung des politischen Gegners bezweckt hätten. Im Aufenthaltsbeschränkungsverfahren sei der Wortlaut der §§2, 3 Aufenthaltsbeschränkungsverordnung (ABVO) offensichtlich rechtswidrig überdehnt und dadurch die Menschenrechte Havemanns schwerwiegend verletzt worden. Die Gerichte hätten die ABVO entgegen ihrem eindeutigen Wortlaut und Sinn erweiternd in dem Sinne der Anordnung eines Hausarrestes ausgelegt, was eine willkürliche Freiheitsentziehung darstelle. Die ABVO sei eine in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen bereits sehr unbestimmte Regelung gewesen, die die Gerichte zweifach erweiternd und damit überdehnend ausgelegt hätten: Zum einen habe sie die Aufenthaltsbeschränkung erweitert und so ausgelegt, daß sie praktisch zu einer Aufenthaltsverpflichtung wurde, zum anderen habe sie die Aufenthaltsverpflichtung erweiternd auf ein Grundstück beschränkt. Beide Gerichtsverfahren seien zudem rechtsbeugerisch durch die konkrete Form der Einflußnahme gewesen, weil in solchen "Drehbuchfällen" von vornherein keine justizförmige Entscheidungsfindung vorgelegen, sondern vielmehr das Ergebnis bis hin zu detaillierten Vorgaben für den Weg von Anfang an festgestanden habe. Rechtsbeugung liege danach bei den justizangehörigen Akteuren solcher Drehbücher auch dann vor, wenn die Ergebnisse der Verfahren für sich betrachtet noch keine willkürliche Rechtsanwendung darstellen würden, weil es sich dabei um Fälle einer "Scheinjustiz" handle, die nur dem äußeren Anschein nach Gesetzesanwendung leisten sollten, tatsächlich jedoch die Durchführung eines "operativen Vorgangs" des MfS zur Ausschaltung Havemanns gewesen seien. Zusätzlich lägen schwere Verfahrensverstöße in den Einschränkungen der Öffentlichkeit und der Verteidigungsmöglichkeiten Havemanns u.a. durch ein beschleunigtes Verfahren vor, so daß ein ausreichendes rechtliches Gehör nicht mehr vorgelegen habe. Subjektiv müßten die Staatsanwälte und Richter gewußt und gewollt haben, daß die Normen überdehnt und die Verfahren willkürlich gestaltet worden seien. Die Kenntnis von den schweren Verfahrensverstößen sei dabei ein bedeutendes Indiz für den Rechtsbeugungsvorsatz. Daß die Richter und Staatsanwälte die Operativpläne des MfS in Einzelheiten gekannt hatten sei nicht erforderlich. Vielmehr genüge für die Feststellung wissentlichen Handelns das Bewußtsein, daß "von oben" die Ausschaltung des politischen Gegners gewollt und die Justizorgane notwendiger Teil der Umsetzung gewesen seien. Hätten die Richter aber von ihrer Einbindung gewußt, so hätten sie grundsätzlich auch den verfahrensfremden Zweck willentlich verfolgt. Hätten sie gleichwohl

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Recht sprechen wollen, so hätten sie nach außen deutlich machen müssen, daß sie von einer Außensteuerung nicht beeinflußt gewesen seien. Auch die Staatsanwälte seien an die Gesetze der DDR gebunden gewesen und hätten das Recht anzuwenden gehabt. Hier würden die Rahmenbedingungen den Schluß nahelegen, daß die Richter und Staatsanwälte den eigentlichen Zweck der Verfahren gekannt hätten. Der BGH hob deshalb die Urteile des LG auf und verwies die Sache an ein anderes LG zurück.

93. Der BGH war in dem Beschluß vom 22.4.1998 (5 StR 5/98 – ZFIS 1999, 37) der Ansicht, daß nicht wegen Erpressung oder Nötigung strafbar sei, wer in der DDR als Vermittler seine wirksame Hilfeleistung zum Erlangen einer Ausreisegenehmigung von der staatlich vorgegebenen üblichen Bedingung abhängig gemacht habe, daß der Ausreisewillige sein Grundstück an eine vom Staat begünstigte Person oder Institution veräußere. Dies gelte auch dann, wenn der Vermittler das Grundstück selbst erworben habe. Der Angeklagte war in der Kanzlei Vogel mit dem Ausreiseanliegen eines Ehepaares befaßt, das Eigentümer von Grundstücken war. Für eine chancenreiche Bearbeitung der Anträge verlangte er die Veräußerung der Grundstücke an sich, woraufhin ein Kauf- und ein Schenkungsvertrag beurkundet wurden. Eine zentrale Gruppe des MfS traf alle Entscheidungen in Ausreise- und Übersiedlungsfragen. Sie gestand es der Kanzlei Vogel zu, eine Vorschlagsliste einzureichen, die regelmäßig zu schneller und wohlwollender Prüfung der Ausreiseanträge führte. Nach internen Vorschriften des DDR-Innenministeriums mußten Grundstückseigentümer vor Verlassen der DDR ihre Grundstücke verkaufen. Das LG hatte den Angeklagten wegen Erpressung zu einer Geldstrafe verurteilt; die Revision des Angeklagten führte zum Freispruch. Der BGH führte dazu u.a. aus, daß das Menschenrecht auf Ausreisefreiheit in Art. 12 des IPbürgR[118] normiert sei, die DDR jedoch trotz ihrer Verpflichtungen aus dem Pakt ihren Bürgern die Ausreise in die Bundesrepublik weitestgehend versagt habe. Die Gestattung der Ausreise unter der Bedingung der Veräußerung von Grundstücken an einflußreiche DDR-Bürger sei eine menschenrechtswidrige Nötigung. Diese Wertung sei jedoch für die strafrechtliche Beurteilung mitwirkender DDR-Bürger nur maßgeblich, wenn die Grenze schwersten kriminellen Unrechts überschritten sei, da im übrigen der Vertrauensschutz die Beachtung des zur Tatzeit geltenden DDR-Rechts verlange.[119] Die Schwelle zur Strafbarkeit werde daher erst überschritten, wenn das Recht auf körperliche Unversehrtheit berührt sei. Die Versagung der Ausreise allein sei noch kein extremes staatliches Unrecht, so daß die massiven Beschränkungen des Ausreiserechts beachtet werden müßten. Der Angeklagte habe sich nicht gem. §127 Abs. 1 StGB/DDR strafbar gemacht, weil die offenen Tatbestände der Erpressung und Nötigung bei Prüfung der Rechtswidrigkeit eine besondere Verwerflichkeit der Mittel-Zweck-Relation verlangen würden, die hier nicht vorgelegen habe. Die Kanzlei Vogel habe ihren

[118] Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II 1533.

[119] BVerfGE 95, 96.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Einfluß als Vermittler für Ausreisewillige nur dann behalten können, wenn die von der DDR-Führung vorgegebenen Bedingungen eingehalten wurden. Die Ankündigung, Ausreisewünsche nur bei Grundstücksveräußerungen mit Aussicht auf Erfolg vertreten zu können, sei daher nicht als verwerfliche Androhung zu werten. Auch eigennütziges Handeln führe zu keinem anderen Ergebnis, da eine Ausreisegenehmigung zu aus der Position der Opfer günstigeren Konditionen ohnehin nicht durchsetzbar gewesen wäre.

94. Das BVerfG sah in seinem Beschluß vom 20.5.1998 (2 BvR 1385/95 – DÖD 1999, 61) in der Strafbarkeit des Anstellungsbetrugs wegen Verleugnung einer inoffiziellen Mitarbeit für das MfS keinen Verfassungverstoß. Der Beschwerdeführer wandte sich gegen seine Verurteilung wegen Betruges gem. §263 Abs. 1 StGB. Bei der Befragung zur Klärung seiner Weiterverwendung im öffentlichen Dienst nach Art. 20 i.V.m. Anl. 1 Kap. 19 Sachgeb. A Abschn. 3 Nr. 1 und 2 EinigungsV[120] verleugnete der Beschwerdeführer eine langjährige inoffizielle Mitarbeit für das MfS. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an und führte aus, daß die Auffassung, das Verhalten des Beschwerdeführers erfülle den objektiven Betrugstatbestand des §263 Abs. 1 StGB, nicht die Grenzen des möglichen Wortsinnes überschreite. Ein konstitutiver Vermögensschaden könne nach der Rechtsprechung der Strafgerichte schon bei Vertragsabschluß in der konkreten Gefährdung vermögenswerter Positionen liegen. Erweise sich der Täter persönlich der Stellung unwürdig, so liege eine konkrete Vermögensgefährdung vor, da die Beamtenposition eine besondere Vertrauenswürdigkeit erfordere. Diese Rechtsprechung sei vertretbar und deshalb von Verfassungs wegen hinzunehmen.

95. Nach der Auffassung des BVerwG in dem Beschluß vom 28.1.1998 (6 P 2.97 – ZBR 164), verlangt der Sonderkündigungstatbestand der Anl. 1 Kap. 11 Sachgeb. A Abschn. 3 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 2 EinigungsV eine einzelfallbezogene Würdigung, bei der neben der konkreten Belastung für den Arbeitgeber auch das Maß der Verstrickung des für das MfS Tätigen zu berücksichtigen sei. Bei inoffiziellen Mitarbeitern ergebe sich der Verstrickungsgrad vor allem aus Art, Dauer und Intensität, dem Grund der Aufnahme und dem der Beendigung der Tätigkeit für das MfS. Zur Beantwortung der Frage, ob die Weiterbeschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers zumutbar erscheine, sei eine inhaltliche Auswertung der Berichtstätigkeit erforderlich. Je bedeutender die von dem ehemaligen Mitarbeiter des MfS derzeit wahrgenommene dienstliche Stellung oder Funktion sei, desto eher könne dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden. Das "Erscheinungsbild" der Verwaltung, das für die Rechtfertigung der Sonderkündigung maßgeblich sei, werde nicht nur von der Dauer und Zeit, die seit der Beendigung der Tätigkeit bis zur Wiedervereinigung verstrichen war, sondern auch von der Zeitdauer, in der frühere MfS-Mitarbeiter anschließend im öffentlichen Dienst

[120] Vertrag vom 31.8.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands und der Vereinbarung vom 18.9.1990, BGBl. 1990 II 885.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

unbeanstandet tätig gewesen seien, geprägt. Ein beanstandungsfreies Verhalten in diesem Sinne liege jedoch nicht vor, wenn der Arbeitnehmer auf Fragen seines Dienstherrn nach einer Tätigkeit für das MfS in wesentlicher Beziehung unrichtige Angaben gemacht habe. Der Angestellte stand in einem zivilen Arbeitsverhältnis zur NVA, das nach der Vereinigung durch die Bundesrepublik übernommen wurde. Nach Aufnahme dieser Tätigkeit kreuzte der Angestellte auf der Anlage zu einem Personalbogen die Antwort "nein" auf die Frage an, ob er in der früheren DDR Mitarbeiter des MfS gewesen sei, vermerkte jedoch ergänzend eine Zusammenarbeit in nicht mehr als zwei Fällen 1975/76 und 1980/81. Den Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes seien demgegenüber umfangreiche Berichte über einen längeren Zeitraum zu entnehmen. Der Angestellte bestätigte die Mitarbeit, woraufhin ihm außerordentlich gekündigt wurde. Durch verwaltungsgerichtlichen Beschluß wurde die Zustimmung des Personalrates ersetzt und das Arbeitsverhältnis aufgelöst. Die Beschwerde des Angestellten und des Personalrats vor dem OVG hatte Erfolg. Das BVerwG hob den Beschluß auf, weil das OVG das Maß der individuellen Verstrickung des Angestellten nicht konkret erfaßt und damit keine hinreichende Würdigung der Umstände des Einzelfalles vorgenommen habe.

96. Laut Urteil des BVerwG vom 19.3.1998 (2 C 2.97 – DVBl. 1998, 1071) enthält Art. 37 Abs. 1 S. 2 EinigungsV die umfassende materiellrechtliche Grundnorm für die Anerkennung von Bildungsabschlüssen aus der ehemaligen DDR. Eine Diplomlehrerin der Politechnischen Oberschule in der DDR wurde auf ihre Neubewerbung in den Schuldienst des Landes Sachsen-Anhalt an einer Realschule übernommen. Sie begehrte nun die Anerkennung ihrer DDR-Lehrbefähigung für die Sekundarstufe I. Ihre Klage blieb in allen Instanzen erfolglos. Das BVerwG führte dazu u. a. aus, daß gemäß Art. 37 Abs. 1 S. 2 EinigungsV Befähigungsnachweise des Beitrittsgebietes und der anderen Länder der Bundesrepublik die gleichen Berechtigungen verleihen würden, wenn sie gleichwertig seien. Nach Art. 37 Abs. 2 EinigungsV gelte für Lehramtsprüfungen das übliche Anerkennungsverfahren der Kultusministerkonferenz, doch hätten gem. Art. 37 Abs. 1 S. 4 EinigungsV Bundes- und EG-rechtliche Regelungen und solche des EinigungsV Vorrang. Dagegen bestünden auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken, da der Bund für die Anerkennung von Lehramtsprüfungen die Rahmenkompetenz besitze und der Bundesgesetzgeber für die unaufschiebbaren gesetzgeberischen Aufgaben zur Schaffung der Voraussetzungen für den Beitritt gem. Art. 23 Abs. 2 GG der ehemaligen DDR eine Gesetzgebungskompetenz aus der Natur der Sache gehabt habe. Eine Gleichwertigkeit liege danach gem. Art. 37 Abs. 1 S. 2 EinigungsV vor, wenn die erworbene Lehrbefähigung nach Struktur, Zielsetzung und Inhalt der zugrundeliegenden Vor- und Ausbildung unter Einschluß der sich anschließenden fachbezogenen Berufstätigkeit den Bewerber befähige, sich auf einem Dienstposten dieser Laufbahn dauerhaft zu bewähren. Der DDR-Abschluß der Klägerin sei danach nicht gleichwertig mit der Lehrbefähigung für die Sekundarstufe I in NRW. Zwar erleichtere Art. 37 Abs. 1 S. 2 EinigungsV die Anerkennung einer in der ehemaligen DDR abgelegten Lehramtsprüfung in den alten Ländern gegen-

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

über dem strengeren Maßstab des §122 Abs.2 BRRG, doch sei eine äußere Grenze dort zu ziehen, wo in einem nicht mehr gerechtfertigten Maße von den durch Art. 33 Abs.5 GG gebotenen beamtenrechtlichen Strukturen des Laufbahnrechts abgewichen würde. Beschäftigte der öffentlichen Verwaltung im Beitrittsgebiet könnten nach Art. 20 EinigungsV i.V.m. Anl. I, Kap. XIX, Sachgeb. A, Abschn. III, Nr.3 *lit.* b zu Beamten auf Probe gem. §4 BBG ernannt werden, wobei die Laufbahnbefähigung durch eine Bewährung auf einem gleichwertigen Dienstposten ersetzt werden könne, die von der jeweils zuständigen obersten Dienstbehörde festzustellen sei. Eine solche Bewährungsfeststellung liege für die Klägerin jedoch nicht vor. Auch könne die Klägerin ihren Anspruch nicht auf RL 89/48/EWG[121] zur Anerkennung der Hochschuldiplome stützen, da sie den Abbau von Hindernissen für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten regle, hier aber das grenzüberschreitende Element fehle.

XII. Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen

97. Das BVerfG erklärte in seinem Beschluß vom 31.3.1998 (2 BvR 1877/97 und 50/98 – DVBl. 1998, 582), daß die Mitwirkung Deutschlands an der Währungsunion im MV[122] vorgesehen sei und von Art. 23 und 88 S.2 GG grundsätzlich gestattet werde. Der Vertrag zeichne den Maßstab und das Verfahren zum Eintritt in die dritte Stufe der Währungsunion vor und eröffne der Bundesregierung und dem Parlament Einschätzungs- und Prognoseräume, mit der Verantwortung für die Sicherung des Geldeigentums. Der Geldeigentümer könne diese parlamentarisch mitzuverantwortende Entscheidung jedoch nicht mit einer Verfassungsbeschwerde inhaltlich überprüfen lassen. Das BVerfG hält die Verfassungsbeschwerden gegen die Teilnahme Deutschlands an der Europäischen Währungsunion (EWU) für offensichtlich unbegründet und führte dazu aus, daß der Eintritt in die dritte Stufe der EWU und die Entscheidung über die konkrete Gestalt der Währungsunion auf der Grundlage des MV hinreichend demokratisch legitimiert sei und Art. 38 Abs.1 GG folglich nicht berührt werde, weil die Mitwirkung in den europäischen Organen durch die Beteiligungsrechte des Bundestages parlamentarisch mit verantwortet werde. Die Entscheidung über die Einführung der EWU unter zu bestimmenden Teilnehmerstaaten begründe weder eine politische Union, die einer Vertragsänderung mit Zustimmung der nationalen staatlichen Organe bedürfen würde, noch nehme sie dem Bundestag weitere Kompetenzen, da diese Hoheitsrechte bereits durch den MV übertragen worden seien. In bezug auf Geldeigentumsrechte sei das Zustimmungsgesetz zum MV als Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 Abs.1 S.2 GG zu werten, da der Geldwert in besonderer Weise gemeinschaftsbezogen und gemeinschaftsabhängig sei und

[121] Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABlEG Nr. L 019 vom 24.1.1989, 16–23.

[122] Vertrag vom 7.2.1992 über die Europäische Union, BGBl. 1992 II 1251.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

der Staat den Geldwert folglich nicht grundrechtlich garantieren, sondern nur die institutionelle Grundlage und die individuelle Zuordnung gewährleisten könne. Werde die D-Mark durch eine andere Währung ersetzt, so finde dies in Art. 88 S. 2 GG, in der Zustimmung des Gesetzgebers zum MV gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2, 3 GG und in dessen Mitwirkung an Rechtsetzungsakten zu seinem Vollzug gemäß Art. 23 Abs. 2 ff. GG eine ausreichende verfassungsrechtliche Grundlage. Art. 109 j i.V.m. Art. 104 c EGV fordere für die Entscheidung über den Beginn der EWU eine Beurteilung ihrer dauerhaften Stabilität, was Einschätzungs-, Bewertungs- und Prognoseräume eröffne, die Art. 23 Abs. 2 ff. GG Regierung und Parlament zuweise. Diese Prognoseentscheidungen könnten nicht nach dem individualisierenden Maßstab eines Grundrechts beurteilt werden, sondern seien von den politischen Organen zu verantworten. Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat würden mit Erfüllung ihres Auftrages in Art. 88 S. 2 GG, die EWU als Stabilitätsgemeinschaft mitzugestalten, auch zur objektiv-rechtlichen Sicherung des Geldeigentums des Art. 14 Abs. 1 GG beitragen.

XIII. Europäische Gemeinschaften

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

98. Das BVerfG präzisierte in seinem Beschluß vom 22.6.1998 (2 BvR 532/98 – NJW 1998, 3187), daß sich aus der Begründung seines Beschlusses vom 31.3.1998 ergebe,[123] daß das Abstimmungsverhalten der Bundesregierung im Rat der EG zum Teilnehmerkreis der dritten Stufe der EWU das Integrationsprogramm des MV[124] nicht verletze. Der Beschwerdeführer rügte eine Verletzung seiner grundrechtsgleichen Gewährleistung aus Art. 38 Abs. 1 GG durch den Kabinettsbeschluß vom 27.3.1998, demzufolge die Bundesregierung der Empfehlung zu Art. 109 j Abs. 2 EGV der EG-Kommission vom 25.3.1998 zum Teilnehmerkreis der dritten Stufe der EWU bei ihrem Abstimmungsverhalten im Rat zu folgen beabsichtige. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, weil das BVerfG die Fragen bereits in dem Beschluß des 2. Senats vom 31.3.1998 entschieden habe. Zu Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG könne auf die Begründung des Senatsbeschlusses verwiesen werden. Auch die Rüge einer Verletzung der grundrechtsgleichen Gewährleistung aus Art. 38 Abs. 1 GG habe keine Aussicht auf Erfolg, da der Senat entschieden habe, daß Maßstab und Ablauf des Eintritts in die dritte Stufe der EWU im Vertrag geregelt seien und im Zustimmungsgesetz in der Verantwortung des Gesetzgebers Rechtsverbindlichkeit gewinnen würden. Die Entscheidung über den Beginn der EWU mit bestimmten Teilnehmerstaaten könne auch den Eintritt in ihre dritte Stufe hinreichend demokratisch legitimieren.

---

[123] Siehe oben Nr. 97.

[124] Vertrag vom 7.2.1992 über die Europäische Union, BGBl. 1992 II 1251.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

99. Das BVerwG bestätigte mit Urteil vom 23.4.1998 (3 C 15/97 – EuZW 1998, 730), daß der EuGH seine Kompetenzen nicht überschreite, wenn er die nationalen Gesetzgeber bei der Regelung von Ausschlußfristen und Vertrauensschutz für die Rückabwicklung gemeinschaftswidrig gewährter Subventionen beschränke. Die Rechtsprechung des EuGH[125] zur Unbeachtlichkeit der Ausschlußfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG verletze keine rechtsstaatlich unverzichtbaren Grundrechtsgewährleistungen. Die Betreiberin einer Aluminiumhütte beschloß deren Stillegung, was das beklagte Land mit einer Überbrückungshilfe von DM 8 Mio. für fünf Jahre abwenden konnte. Die Beihilfen wurden der Kommission zunächst nicht gemeldet und dann entgegen ausdrücklicher Hinweise der EG-Kommission auf die Unzulässigkeit der Zahlungen vor abschließender Stellungnahme der Kommission ausgezahlt. Die Kommission stellte fest, daß die Beihilfe gegen Art. 93 Abs. 3 EGV verstoße, mit Art. 92 EGV unvereinbar sei und daher zurückgefordert werden müsse. Die Betreiberin berief sich auf Vertrauensschutz, doch erkannte der EuGH in einer Klage der Bundesrepublik auf eine Vertragsverletzung wegen Nichtumsetzung der Kommissionsentscheidung. Das beklagte Land nahm daraufhin die Bewilligungsbescheide zurück und forderte die Klägerin zur Rückzahlung der Beihilfe auf. Das VG gab der Anfechtungsklage statt, das OVG wies die Berufung des Beklagten ab. In der Revision setzte das BVerwG das Verfahren für eine Vorlage an den EuGH aus. Nach Entscheidung des EuGH gab das BVerwG der Revision des Beklagten statt und führte aus, daß das angefochtene Urteil mit Art. 93 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 EGV in der verbindlichen Auslegung des EuGH nicht vereinbar sei, weil die Verpflichtung zur Rücknahme einer Beihilfebewilligung trotz Verstreichens der Ausschlußfrist des § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG weiter bestehe, wenn die Kommission eine rechtswidrig gewährte Beihilfe durch bestandskräftige Entscheidung für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt und ihre Rückforderung angeordnet habe. Nach der Rechtsprechung des BVerfG[126] sei die Kompetenz des EuGH aus Art. 177 EGV zwar nicht schrankenlos, doch habe der EuGH die Grenzen des EGV hier nicht überschritten. Die Art. 92, 93 EGV über die Zulässigkeit staatlicher Beihilfen und das Kontrollrecht der Kommission seien unmittelbar anwendbares Recht, dessen Auslegung nach Art. 177 Abs. 1 *lit.* a EGV eine originäre Aufgabe des EuGH sei. Dazu gehöre auch die Feststellung der Einschränkungen nationaler Rückabwicklungsvorschriften. Das Urteil des EuGH setze keine unverzichtbaren Grundrechtsgewährleistungen außer Kraft, da der EuGH nationalen Vertrauensschutz bei der Rückabwicklung von Subventionen für vereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht erklärt habe. Die Überwachung der staatlichen Beihilfen durch die Kommission sei in Art. 93 EGV aber zwingend vorgeschrieben, so daß Unternehmen auf die Ordnungsmäßigkeit von Beihilfen nur bei Einhaltung des Verfahrens vertrauen dürften. Darüber hinaus könne ein Betroffener schutzwürdiges Vertrauen mit einer Klage gegen die Kommissionsentscheidung nach Art. 173 EGV geltend machen.

---

[125] EuGH, Urteil vom 20.3.1997, Rs. C-24/95, Slg. 1997, 1591.
[126] BVerfG, NJW 1988, 1459 (1460).

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

100. Der BGH urteilte am 12.5.1998 (KZR 23/96 – NJW-RR 1999, 189), daß einem Wiederverkäufer, dem ein Warenhersteller die Aufnahme in ein selektives Vertriebssystem verweigere, obgleich er die nach europäischem Kartellrecht zulässigen, qualitativen Voraussetzungen für die Aufnahme in das Vertriebssystem erfülle, aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 85 Abs. 1 EGV kein unmittelbar auf Kontrahierung oder Belieferung gerichteter Anspruch zustehe. Eine Parfümeriebetreiberin wurde nach einem Rundschreiben einer Konkurrentin über ihre Rabatt- und Niedrigpreispolitik von ihren Lieferanten hochwertiger Kosmetikartikel nicht mehr beliefert. Während andere Vertriebsfirmen die Klägerin inzwischen überwiegend wieder belieferten, weigerte sich die Beklagte, mit der Klägerin einen Depotvertrag abzuschließen. Klage und Berufung blieben erfolglos, doch hielt das Berufungsgericht einen Kontrahierungsanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 85 Abs. 1 EGV für grundsätzlich möglich. Die Revision der Klägerin führte zur Aufhebung des Urteils in diesem Punkt. Der BGH führte dazu u. a. aus, daß Art. 85 EGV Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB sei und sich daher Schadensersatzansprüche ergeben könnten, zumal die Klägerin zu dem Personenkreis gehöre, den Art. 85 EGV vor Wettbewerbsbeschränkungen durch verbotene selektive Vertriebssysteme schützen wolle. Ein Anspruch auf Belieferung sei vom Schutzzweck des Art. 85 EGV jedoch nicht erfaßt. Art. 85 EGV bewirke über Schadensersatzansprüche einen mittelbaren Zwang zur Gleichbehandlung, führe jedoch nicht zur Einschränkung der Freiheit, sich seinen Vertragspartner frei wählen zu können. Vielmehr stehe es dem Hersteller frei, einen Verstoß gegen Art. 85 Abs. 1 EGV entweder durch eine diskriminierende Belieferung von Außenseitern oder durch eine Aufgabe oder Änderung seines Vertriebssystems zu beenden.

101. Nach Ansicht des VGH Baden-Württemberg in seinem Beschluß vom 7.4.1998 (10 S 878/97 – DÖV 1998, 888) können Unternehmer des Güterkraftverkehrs aus unterschiedlichen Durchführungsbestimmungen der Mitgliedstaaten zu VO 3820/85/EWG[127] und 3821/85/EWG[128] keine gemeinschaftsrechtswidrigen Wettbewerbsnachteile herleiten, da der Vollzug des Gemeinschaftsrechts in die eigenverantwortliche Kompetenz der Mitgliedstaaten falle. Ein Transportunternehmer wandte sich gegen Bestimmungen des FPersG,[129] die den Einsatz von EG-Kontrollgeräten im Straßenverkehr vorsahen und den Unternehmer für die vollständige Abgabe der ordnungsgemäß durch die Fahrer ausgeführten Schaublätter verantwortlich machten. Die Bestimmungen waren zur Durchführung der VO 3820/85/EWG und 3821/85/EWG ergangenen und aus Sicht des Klägers ebensowenig mit Art. 76 und 78 EGV vereinbar wie die Verordnungen selbst. Klage und Berufung blieb erfolglos. Der VGH führte dazu aus, daß die

[127] Verordnung (EWG) Nr. 3820/85 des Rates vom 20.12.1985 über die Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Straßenverkehr, ABlEG Nr. L 370 vom 31.12.1985, 1–7.

[128] Verordnung (EWG) Nr. 3821/85 des Rates vom 20.12.1985 über das Kontrollgerät im Straßenverkehr, ABlEG Nr. L 370 vom 31.12.1985, 8–21.

[129] Gesetz über das Fahrpersonal von Kraftfahrzeugen und Straßenbahnen vom 30.3.1971, BGBl. 1971 I 277, n.F. vom 19.2.1987, BGBl. 1987 I 640, BGBl. III 9231–8, zuletzt geändert durch Gesetz zur Reform des Güterkraftverkehrsrechts vom 23.6.1998, BGBl. 1998 I 1485.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Vereinbarkeit der auf Art. 75 EGV gestützten VO 3820/85/EWG und 3821/85/EWG mit den Bestimmungen über die gemeinsame Verkehrspolitik der Art. 74ff. EGV außer Frage stehe. Auch die zur Durchführung dieser Verordnungen ergangenen innerstaatlichen Bestimmungen des FPersG würden nicht gegen europäisches Recht verstoßen, weil der Kläger wesentliche Zusammenhänge des Verhältnisses von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht verkenne, wenn er in einer nicht identischen Ausgestaltung der Durchführungsbestimmungen eine ungerechtfertigte Wettbewerbsverzerrung sehe. Die EG verfüge nur über die ihr im EGV übertragenen Regelungskompetenzen und selbst soweit sie Rechtsetzungskompetenzen besitze, falle der Vollzug des Gemeinschaftsrechts und insbesondere die Regelung des Verwaltungsverfahrens in die eigenverantwortliche Kompetenz der einzelnen Mitgliedstaaten. Dem trage Art. 19 Abs. 1 VO 3821/85/EWG Rechnung, wenn er zur Durchführung der Verordnung die Mitgliedstaaten zum Erlaß von Rechts- und Verwaltungsvorschriften ermächtige. Würden die Mitgliedstaaten aber beim Vollzug des Gemeinschaftsrechts ihnen eingeräumte Gestaltungsspielräume nutzen, so seien daraus resultierende unterschiedliche Durchführungsbestimmungen als Folge der Kompetenzaufteilung zwischen der EG und den Mitgliedstaaten hinzunehmen.

2. Allgemeines Diskriminierungsverbot

102. Für das BVerfG verstößt laut Beschluß vom 5.8.1998 (1 BvR 264/98 – EuZW 1998, 728), ein unterlassenes Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH durch ein letztinstanzliches Hauptsachegericht nur dann gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, wenn das Gericht seine Vorlagepflicht grundsätzlich verkennt, wenn es bewußt von der Rechtsprechung des EuGH abweicht ohne vorzulegen, oder wenn es, soweit zu den entscheidungserheblichen Fragen noch keine oder keine erschöpfende Rechtsprechung des EuGH vorliegt, seinen Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschreitet. Eine ehemalige Arbeiterin verklagte ein Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost auf einen Versorgungsanspruch aus dessen Betriebsrentensystem, an das sie wegen ihrer Teilzeitbeschäftigung über Jahre hinweg nicht angeschlossen gewesen war. Das BAG bejahte den Anspruch unter Rückgriff auf Art. 3 GG,[130] ohne eine Vorabentscheidung des EuGH über die Auswirkungen des Rückwirkungsverbotes des "Barber-Protokolls"[131] auf den Klageanspruch einzuholen. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde der Beklagten nicht zur Entscheidung an und bestätigte seine Rechtsprechung vom 4.6.1998 zu Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.[132] Das BAG habe seine Vorlageverpflichtung mit der zumindest vertretbaren Begründung verneint, daß der vorliegende Fall des Ausschlusses teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer von der

[130] BAG, Urteil vom 7.3.1995, Az. 3 AZR 321/94, EuroAS (Informationsdienst europäisches Arbeits- und Sozialrecht) 1998, 123.

[131] Protokoll zu Art. 119 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 7.2.1992, BGBl. 1992 II 1253, 1296 und ABlEG 1994 Nr. C 224, 104.

[132] Siehe unten, Nr. [132].

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

betrieblichen Altersversorgung nicht von der *Barber* -Rechtsprechung[133] und dem Rückwirkungsverbot des Barber-Protokolls erfaßt werde. Der EuGH habe entschieden,[134] daß die zeitlichen Wirkungen des Urteils *Barber* nur Diskriminierungen betreffen würden, die Arbeitgeber und Rentensysteme aufgrund der vorübergehenden Ausnahmeregelung des Art. 9 RL 86/378/EWG[135] als zulässig ansehen konnten. Damit sei ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden, der eine zeitliche Beschränkung der Wirkungen des Urteils *Barber* erfordere und sich nur mit der Festsetzung des Rentenalters und der Hinterbliebenenrente, nicht dagegen mit dem Ausschluß Teilzeitbeschäftigter aus der betrieblichen Altersversorgung befasse. Diesbezüglich gelte daher keine zeitliche Beschränkung der Wirkungen des Urteils *Barber*, zumal es auch keine Anhaltspunkte dafür gebe, daß sich die betroffenen Verkehrskreise über die Anwendbarkeit von Art. 119 EGV hätten irren können. Das Barber-Protokoll diene der Begrenzung der Reichweite des *Barber* -Urteils und enthalte keine weitergehenden Festlegungen. Eine eindeutig vorzuziehende Gegenauffassung zu jener des BAG gebe es deshalb nicht.

103. Der BGH urteilte am 23.4.1998 (I ZR 205/95 – NJW 1999, 139), daß ausübende Künstler, die Befugnisse aus ihren Leistungsschutzrechten an Dritte abgetreten hätten, gleichwohl berechtigt seien, Verletzter dieser Schutzrechte auf Unterlassung und ggf. auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Die Inländerbehandlung der ausübenden Künstler nach Art. 4 *lit.* c. RomAbk[136] beziehe sich insofern auch auf die Weiterverwendung einer Darbietung, die in einer nach Art. 6 RomAbk geschützten Sendung ausgestrahlt worden sei. Während einer Welttournee gab Bruce Springsteen 1992 in Los Angeles ein Konzert, das "live" von einer Reihe von Hörfunksendern übertragen wurde. Die Beklagte brachte im November 1992 eine CD mit dem Titel "Bruce Springsteen live – Los Angeles June 5, 1992" auf den Markt, die während des Konzerts mitgeschnittene Aufnahmen enthielt. Der britische Lead-guitarrist der Begleitband und eine deutsche Gesellschaft, die behauptete, daß die entsprechenden Leistungsschutzrechte an sie abgetreten worden seien, verklagten die Beklagte wegen der Verletzung der Leistungsschutzrechte des britischen Lead-guitarristen. Sie beantragten u.a. Schadensersatz. Das LG gab der Klage in vollem Umfang statt, das Berufungsgericht verneinte jedoch Schadensersatzansprüche der Kläger mangels eines Verschuldens. Die Revision führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung in die Berufungsinstanz. Der BGH führte aus, daß nach dem RomAbk ausübende Künstler dann in den Genuß der Inländerbehandlung gelangen wür-

---

[133] EuGH, Urteil vom 17.5.1990, Rs. 262/88, Slg. 1990, 1889; Urteil vom 28.9.1994, Rs. C-200/91, Slg. 1994, 4389.

[134] EuGH, Urteil vom 28.9.1994, Rs. C-57/93, Slg. 1994, 4541; Urteil vom 24.10.1996, Rs. C-435/93, Slg. 1996, 5223; Urteil vom 11.12.1997, Rs. C-246/96, Slg. 1997, 7153.

[135] Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24.7.1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit ABlEG Nr. L 225 vom 12.8.1986, 40–42.

[136] Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26.10.1961, BGBl. 1965 II 1243, BGBl. III 440–14.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

den, wenn ihre Darbietung in einem Vertragsstaat stattgefunden habe oder wenn die Darbietung auf dem Tonträger festgelegt oder durch eine Sendung ausgestrahlt worden sei, für die der Tonträgerhersteller bzw. das Sendeunternehmen nach Art. 5 bzw. 6 RomAbk Schutz beanspruchen könne. Zweck der Regelung sei es, auf Tonträgern festgelegte Darbietungen immer zu schützen, wenn der Hersteller der Tonträger Schutz genieße und ausgestrahlte Darbietungen immer zu schützen, wenn das Sendeunternehmen Schutz genieße. Mit dieser Regelung werde erreicht, daß Tonträgerhersteller oder Sendeunternehmen nicht besser gestellt würden als die ausübenden Künstler, deren Darbietungen auf den geschützten Tonträgern festgehalten oder durch die geschützten Sendungen ausgestrahlt worden seien. Art. 4 *lit.* c RomAbk vermittle eine Inländerbehandlung daher nur dann, wenn die Darbietung von einer nach Art. 6 RomAbk geschützten Sendung mitgeschnitten worden sei. Dies sei hier nicht der Fall, da die Darbietung zwar in Vertragsstaaten ausgestrahlt worden sei, aber in einem Nichtvertragsstaat gegeben worden sei. Der britische Lead-guitarrist könne jedoch nach Art. 7 Abs. 1 EWGV, jetzt Art. 6 Abs. 1 EGV, als Angehöriger eines Mitgliedstaates der EU Inländerbehandlung beanspruchen. Dies ergebe sich aus der *Phil Collins* -Entscheidung des EuGH,[137] derzufolge es einen Verstoß gegen das EG-rechtliche Diskriminierungsverbot darstelle, wenn ein Mitgliedstaat einen Urheber oder ausübenden Künstler eines anderen Mitgliedstaates von einem "Verbietungsrecht" ausschließe, das er inländischen Urhebern oder ausübenden Künstlern gewähre. Die Beklagten hätten auch schuldhaft gehandelt, da sie spätestens seit Bekanntwerden des Vorlagebeschlusses des BGH an den EuGH über die Inländerbehandlung nicht mehr auf ihren Rechtsstandpunkt hätten vertrauen dürfen.

3. Unionsbürgerschaft

104. Das BVerfG sah in seinem Beschluß vom 14.10.1998 (2 BvR 588/98 – NVwZ 1999, 293) in dem Ausschluß eines Unionsbürgers von der Kandidatur zur Wahl eines Bürgermeisters weder einen Verstoß gegen Art. 8 b EGV, noch Zweifel an dessen Vereinbarkeit mit RL 94/80/EG, die eine Vorlage an den EuGH gebieten würden. Ein spanischer Staatsangehöriger focht die Oberbürgermeisterwahl Nürnbergs an, weil er als Spanier zur Kandidatur nicht zugelassen wurde. Die Klage vor dem VG blieb erfolglos, die Berufung wurde nicht zugelassen. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an und führte dazu u. a. aus, daß in Fällen, in denen zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts noch keine EuGH-Rechtsprechung vorliege, nur dann ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vorliege, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm in solchen Fällen zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten habe. Dies sei hier nicht der Fall, da es vernünftige Zweifel an der Richtigkeit der fachgerichtlichen Auslegung der Richtlinie 94/80/EG weder dahin gebe, daß die Wahl eines Unionsbürgers zum Bürger-

[137] EuGH, Urteil vom 20.10.1993, Rs. C-92/92 und C-326/92, Slg. 1993, 5145.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

meister ausgeschlossen werden könne, noch dafür, daß die so verstandene Richtlinie von Art. 8 b EGV gedeckt sei.

4. Freier Warenverkehr

105. Nach Auffassung des OVG des Saarlandes in seinem Beschluß vom 13.1.1998 (1 Q 151/97 – GewArch 1998, 169) verletzt § 17 Abs. 1 und 2 ApBetrO,[138] wonach Apotheker Arzneimittel nur im begründeten Einzelfall versenden dürfen, weder Individualrechte noch das Verbot mengenmäßiger Handelsbeschränkungen zwischen EG-Staaten. Ein Apotheker betrieb einen Versandhandel mit medizinischen Präparaten, was die Beklagte ihm mit der Begründung untersagte, daß er Arzneimittel grundsätzlich nur in seinen Betriebsräumen abgeben dürfe. Der Kläger hielt zumindest den Versand an Therapeuten für zulässig, seine Klage und sein Berufungsantrag wurden jedoch abgewiesen. Das OVG führte dazu aus, daß gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 ApBetrO Arzneimittel und die apothekenüblichen Waren des § 25 ApBetrO nur in den Apothekenbetriebsräumen in den Verkehr gebracht werden dürften und § 17 Abs. 2 S. 1 ApBetrO die Versendung nur im begründeten Einzelfall zulasse. Auch an Therapeuten sei danach der Arzneimittelversand aus der Apotheke grundsätzlich nicht erlaubt. Der Rechtsprechung des EuGH[139] lasse sich klar entnehmen, daß das Verbot des Arzneimittelversandhandels keine verbotene mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 30 EGV darstelle. Art. 34 EGV verbiete ebenfalls nur nationale Maßnahmen, die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken bzw. bewirken würden und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel eines Mitgliedstaates oder für seinen Außenhandel schaffen würden, so daß die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates einen besonderen Vorteil erlangen würden. Das Verbot des Arzneimittelversandhandels in § 17 ApBetrO sei auch mit Blick auf das Verbot der Inländerdiskriminierung, die der Kläger auf Art. 6 EGV stütze, unproblematisch, weil es für alle im Inland tätigen Apotheker unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit gelte.

5. Freizügigkeit

106. Der BFH hatte in seinem Beschluß vom 24.3.1998 (I B 100/97 – DStR 1998, 1046) ernstliche Zweifel an der Vereinbarkeit der 90%-Grenze der §§ 1 a Abs. 1 Nr. 2; 1 Abs. 3 S. 2 EStG mit Art. 48 EGV. Ein berechtigtes Interesse an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer geordneten Haushaltsführung sei nicht zu verlangen, wenn die Verletzung des EGV ernstlich in Betracht komme. Ein britischer Pilot mit Hauptwohnsitz in Großbritannien, wo auch seine Frau und Tochter lebten, hatte einen zweiten

[138] Verordnung über den Betrieb von Apotheken vom 9.2.1987, BGBl. 1987 I 547, n.F. vom 26.9.1995, BGBl. 1995 I 1195, BGBl. III 2121-2-2, zuletzt geändert durch Transfusionsgesetz vom 1.7.1998, BGBl. 1998 I 1752.

[139] EuGH, Urteil vom 15.12.1993, Rs. C-292/92, Slg. 1993, 6787.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Wohnsitz bei Frankfurt. Im Streitjahr hielt er sich in Großbritannien nur geringfügig auf und wurde nach britischem Steuerrecht als *non resident* behandelt. Er verdiente in Frankfurt ca. TDM 188 brutto, während seine Ehefrau in Großbritannien ca. TDM 38 erzielte. Er beantragte vergeblich die gemeinsame Veranlagung mit seiner Ehefrau. Das FA erließ einen Bescheid nur gegenüber dem Beschwerdegegner, weil das Familieneinkommen nicht zu mindestens 90% aus Deutschland bezogen worden sei. Der Pilot legte Einspruch ein und beantragte vor dem FG erfolgreich die Aussetzung der Vollziehung. Das Finanzamt legte erfolglos Beschwerde zum BFH ein. Der BFH führte dazu aus, daß das FG Köln in einer anderen Rechtssache[140] dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt habe, ob die §§1 Abs.3 S.2 i.V.m. 1 a Abs.1 Nr.2 EStG gegen Art. 48 EGV verstoßen würden, wenn ein niederländisches Ehepaar ohne Wohnsitz in Deutschland Einkünfte im In- und Ausland erziele und sie i.R.d. §26 Abs.1 S.1 EStG nicht als unbeschränkt steuerpflichtig behandelt würden, weil die gemeinsamen Einkünfte nicht mindestens zu 90% der deutschen Einkommensteuer unterlägen. Der Senat könne nicht ausschließen, daß der EuGH eine Verletzung von Art. 48 EGV bejahen werde. Der vorliegende Streitfall sei zwar etwas anders gelagert, da hier nur die Anwendung des Splittingtarifs streitig sei. Für die Zwecke des Aussetzungsverfahrens sei jedoch davon auszugehen, daß eine Familienbesteuerung in Großbritannien nicht in Betracht komme, weil der Antragsteller dort als *non resident* eingestuft worden sei und daher im Streitjahr dort nicht als ansässig i.S.d. Art. II Abs.1 *lit.* h (i) DBA-GB gegolten habe. Sei Art. 48 EGV aber verletzt, so könne der Beschwerdegegner Anspruch auf Anwendung des Splittingtarifs auf sein in Deutschland zu versteuerndes Einkommen unter Berücksichtigung des Progressionsvorbehaltes haben, so daß die beim EuGH anhängige Entscheidung unmittelbaren Einfluß auf den Streitfall haben könne. Die Rechtsprechung des BFH zur Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden wegen der Verfassungswidrigkeit zugrundeliegender Vorschriften sei nicht auf Verletzungen des EGV zu übertragen. Der BFH verlange für die Aussetzung nämlich ein berechtigtes Interesse des Antragstellers an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen den Geltungsanspruch des verfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetzes und das öffentliche Interesse an einer geordneten Haushaltsführung. Während die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Gesetzesnorm aber ausschließlich dem BVerfG obliege, sei Art. 48 Abs.2 EGV als unmittelbar geltendes Recht von jedem Gericht zu beachten. Schon die Anhängigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens beim EuGH, mit der Möglichkeit einer streiterheblichen Verletzung von Art. 48 EGV, müsse daher zu ernstlichen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides führen, die eine Aussetzung der Vollziehung durch das FG rechtfertigen würden. Bei der unterschiedlichen Berechnung ergebe sich hier zudem ein Differenzbetrag von über TDM 21, so daß die verfügte Aussetzung der Abwendung wesentlicher Nachteile von dem Beschwerdegegner diene.

---

[140] FG Köln, Beschluß vom 27.10.1997, *Frans Gschwind./. FA Aachen-Außenstadt*, Az. 1 K 422/97, IStR 1997, 755.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

107. Der bayerische VGH erklärte mit Urteil vom 9.11.1998 (3 B 96.34 – BayVBl. 1999, 245), daß die Tätigkeit im öffentlichen Dienst eines anderen EG-Mitgliedstaates nach §28 Abs.2 BBesG bei der Festlegung des Beginns des Verwaltungsdienstalters zwar nicht berücksichtigungsfähig sei, sich ein solcher Anspruch für einen Hochschullehrer jedoch aus Art. 48 Abs.2 EGV i.V.m. Art. 7 Abs.1 VO 1612/68/EWG[141] ergebe. Eine Universität setzte das Besoldungsdienstalter eines wissenschaftlichen Assistenten im Beamtenverhältnis auf Zeit so fest, daß eine Gastprofessur an der Universität Salamanca nicht berücksichtigt wurde. Seine Klage hatte Erfolg. Der VGH bestätigte die Entscheidung und führte dazu u.a. aus, daß eine Berücksichtigung der Tätigkeit des Klägers im spanischen Staatsdienst nach §28 Abs.2 S.1 und 4 BBesG nicht möglich sei, sich jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH[142] ein Anspruch des Klägers aus Art. 48 Abs.2 EGV bzw. aus Art. 7 Abs.1 VO 1612/68/EWG ergebe. Der Kläger habe Leistungen auf Weisung gegen Vergütung erbracht und sei damit Arbeitnehmer i.S.d. Art. 48 Abs.2 EGV gewesen. Seine Tätigkeit unterfalle auch nicht dem Vorbehalt des Art. 48 Abs.4 EGV, weil er keine verbindlichen Anordnungen über Belastungen oder Begünstigungen zu treffen und keine Leitungsfunktionen innehabe. Das Besoldungsdienstalter diene der Feststellung der Grundgehaltsstufe für Beamten, so daß die Nichtberücksichtigung der Dienstzeit in einem anderen Mitgliedstaat zu einer unterschiedlichen Entlohnung führe, die Art. 48 Abs.2 EGV i.V.m. Art. 7 Abs.1 VO 1612/68/EWG untersage und die sich nach der Rechtsprechung des EuGH[143] auch mit der Beamteneigenschaft des Klägers nicht rechtfertigen lasse.

6. Niederlassungsfreiheit

108. Das BayObLG erklärte mit Beschluß vom 9.12.1998 (3Z BR 245/98 – NJW 1999, 654), daß die Eintragung der inländischen Zweigniederlassung einer amerikanischen AG registerrechtlich wie kostenrechtlich als Eintragung einer Hauptniederlassung zu behandeln sei. Der FHSV D-USA[144] zwinge nicht zur Anwendung der Wertbegünstigungsvorschrift des §26 Abs.6 KostO,[145] doch dürften für die Eintragung nach Art. 12 Abs.1 *lit.* e RL 69/335/EWG[146] nur Gebühren in

---

[141] Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABlEG Nr. L 257 vom 19.10.1968, 2–12.

[142] EuGH, Urteil vom 28.6.1984, Rs. 180/83, Slg. 1984, 2539; Urteil vom 23.2.1994, Rs. C-419/92, Slg. 1994, 505.

[143] EuGH, Urteil vom 15.1.1998, Rs. C-15/96, Slg. 1998, 47.

[144] Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29.10.1954, BGBl. 1956 II 487.

[145] Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 25.11.1935, RGBl. 1935 I 1371, n.F. vom 26.7.1957, BGBl. 1957 I 861, BGBl III 361–1, zuletzt geändert durch Drittes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31.8.1998, BGBl. 1998 I 2585.

[146] Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (GesellschaftssteuerRL), ABlEG Nr. L 249 vom 3.10.1969, 25–29.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Ansatz gebracht werden, die dem tatsächlichen Sach- und Personalaufwand entsprächen. Eine AG des US-Staates Connecticut meldete die Errichtung einer Zweigniederlassung in München zur Eintragung in das Handelsregister an. Unter Zugrundelegen des Geschäftswertes stellte der Kostenbeamte des AG nach §26 Abs. 6; 79 KostenO als Eintragungsgebühr ca. TDM 38 fest, wogegen die Gesellschaft erfolglos Erinnerung und Beschwerde einlegte. Die weitere Beschwerde an das BayObLG hatte jedoch Erfolg. Das BayObLG führte dazu u.a. aus, daß die Eintragung der Zweigniederlassung einer amerikanischen AG sich nach §13 d, e und f HGB und kostenrechtlich nach §26 KostenO richte. Art. VII Nr. 1 FHSV D-USA gewähre u.a. Gesellschaften jeden Vertragsteils eine Inländerbehandlung für geschäftliche Tätigkeiten im Gebiet des anderen Vertragsteils, sofern nach Art. XXV Nr. 1 FHSV D-USA "gleichartige Voraussetzungen" vorlägen. Daran fehle es für die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft aber, da eine Zweigniederlassung eine Hauptniederlassung im Inland voraussetze. Registerrechtlich sei die inländische Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens daher wie die Hauptniederlassung eines inländischen Unternehmens zu behandeln, so daß dem Grundsatz nach §26 Abs. 1–5 KostenO anzuwenden seien. Allerdings finde nach dem FHSV D-USA auf die inländische Zweigniederlassung eines US-Unternehmens die EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie Anwendung, nach deren Art. 10 *lit.* c die Mitgliedstaaten außer der Gesellschaftssteuer von Kapitalgesellschaften keine anderen Steuern oder Abgaben auf die Eintragung oder sonstige Formalitäten erheben dürften, die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehen würden. Art. 12 Abs. 1 *lit.* e RL 69/335/EWG gestatte jedoch für Eintragungen die Erhebung von Abgaben mit Gebührencharakter, worunter die Handelsregistergebühren fallen würden. Nach Rechtsprechung des EuGH müßten die Abgaben allerdings, um Gebührencharakter zu haben, allein auf der Grundlage der Kosten der Eintragung berechnet werden. Die Bundesrepublik habe die Richtlinie bis heute zwar in bezug auf Gebühren nicht umgesetzt, doch seien die Bestimmungen inhaltlich unbedingt und hinreichend genau abgefaßt, so daß Art. 10 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 *lit.* e RL 69/335/EWG Anwendungsvorrang vor dem nationalen Kostenrecht genießen würden, das die Kosten nach einem Geschäftswert bemesse, der in erster Linie nach der Höhe des eingetragenen Geldbetrages ermittelt werde. Die Bemessung der Eintragungsgebühren nach §26 KostenO sei daher als nicht aufwandsbezogen gemeinschaftsrechtswidrig und müsse richtlinienkonform ausgelegt werden. Die Gebühren dürften danach nicht höher sein als die tatsächlich entstandenen Aufwendungen, wobei jedoch berücksichtigt werden dürfe, daß dieser Aufwand bei der Eintragung einer ausländischen Kapitalgesellschaft höher sein könne als bei der einer deutschen Kapitalgesellschaft.

109. Das VG Stade wandte in seinem Urteil vom 5.6.1998 (6 A 1511/97 – GewArch 1998, 387) die materiellen Anforderungen des §7 Abs. 4 S. 1 HwO auf eine inländische Zweigniederlassung einer ausländischen GmbH analog an. Eine ins Handelsregister eingetragene GmbH war Zweigniederlassung einer britischen Non-Resident Limited Company und hatte ihren wirtschaftlichen Mittel- und

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Schwerpunkt in Deutschland, wo sie auch ausschließlich steuerlich veranlagt wurde. Sie war in den Bereichen Bedachung und Bauklempnerei tätig, wofür ihr Geschäftsführer die Meisterprüfung besaß. Er beantragte vergeblich die Eintragung der GmbH in die Handwerksrolle. Widerspruch und Klage der GmbH blieben erfolglos. Das VG führte dazu u.a. aus, daß die Zweigniederlassung einer GmbH weder eine eigene Rechtspersönlichkeit noch eine eigene Rechtsfähigkeit habe. §7 Abs.4 HwO, wonach eine juristische Person in die Handwerksrolle eingetragen werden könne, wenn der Betriebsleiter die Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle erfülle, sei damit nicht direkt anwendbar. Jedoch müßten die materiellen Anforderungen des §7 Abs.4 S.1 HwO analog gelten, wenn die klagende GmbH, von der die Zweigniederlassung in Deutschland ihr Bestehen ableite, nach deutschem IPR in der Bundesrepublik rechtsfähig sei. Nach der sog. "Sitztheorie" bestimme sich die Rechtsfähigkeit nach der Rechtsordnung des Staates, in dem die juristische Person ihren tatsächlichen Verwaltungssitz habe. Bei Auseinanderfallen von Gründungsrecht und Sitzstaat werde die Gesellschaft folglich nicht wirksam gegründet und erlange keine Rechtsfähigkeit. So liege es bei der Klägerin. Die fehlende Eintragungsfähigkeit der Zweigniederlassung verletze nicht die Niederlassungsfreiheit der Art. 52 und 58 EGV, da im vorliegenden Fall die Frage entscheidend sei, nach welcher Rechtsordnung sich die Rechtsfähigkeit des Betriebes mit eingetragenem Sitz im Ausland bemesse. Diese Frage sei jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH nicht im EGV geregelt. Vielmehr fehle es an einer europäischen Existenzgrundlage für juristische Personen des Privatrechts, so daß Gesellschaften nur nach den nationalen Rechtsordnungen gegründet werden könnten. Habe die Klägerin danach aber keine Rechtspersönlichkeit, so könne sie auch die Rechte aus Art. 52 und 58 EGV nicht geltend machen.

7. Dienstleistungsfreiheit

110. Das BAG urteilte am 25.2.1998 (7 AZR 31/97 – EuZW 1998, 733), daß die Befristung des Arbeitsvertrags eines Fremdsprachenlektors aus der EU nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes wirksam sei, wobei die Sicherung eines aktualitätsbezogenen Unterrichts die Befristung nicht rechtfertigen könne. Eine spanische Staatsangehörige war mit befristetem Arbeitsvertrag als Fremdsprachenlektorin an einer Universität angestellt worden und klagte gegen die Befristung. Das ArbG gab der Klage, das LAG gab der Berufung der Beklagten statt. Die Revision der Klägerin war erfolgreich. Das BAG führte aus, daß die Wirksamkeit der Befristung sich nicht aus §57 b Abs.3 HRG ergebe, da in der Rechtsprechung des EuGH[147] und des Senats[148] Art. 48 Abs.2 EGV einer Auslegung von §57 b Abs.3 HRG entgegenstehe, die in der Beschäftigung von Fremdsprachenlektoren stets einen sachlichen Grund für die Befristung des Arbeitsvertrages sehe. Vielmehr

[147] EuGH, Urteil vom 20.10.1993, Rs. C-272/92, Slg. 1993, 5185; Urteil vom 2.8.1993, Rs. C-259/91, Slg. 1993, 4309.
[148] BAGE 79, 275; BAG, NZA 1996, 696.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

müsse im Einzelfall ein sachlicher Grund vorliegen, der nicht in der Sicherung eines aktualitätsbezogenen Unterrichts gefunden werden könne. Der Beschluß des BVerfG[149] vom 24.4.1996 zur Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG hindere den Senat nicht an diesen Feststellungen, weil die abweichenden Bemerkungen des BVerfG die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG betroffen hätten und keine Ausführungen zu ungerechtfertigten Eingriffen des EuGH und des BAG in die Wissenschaftsfreiheit enthalten würden. In der Abwägung zwischen Wissenschaftsfreiheit und gemeinschaftsrechtlichem Diskriminierungsverbot habe der Senat zu prüfen, ob die gemeinschaftsrechtliche Diskriminierung wegen der überragenden Bedeutung des nationalen Grundrechts gerechtfertigt sei, was jedenfalls hinsichtlich der Einschränkung befristeter Beschäftigungsverträge für Lektoren nicht der Fall sei. Land und Universität könnten Befristungen auf statthafte Sachgründe stützen und müßten zur Nutzung der Wissenschaftsfreiheit nicht allein auf den gemeinschaftsrechtswidrigen § 57 b Abs. 3 HRG zurückgreifen.

111. Der BGH hielt in seinem Urteil vom 17.9.1998 (I ZR 117/96 – NJW 1999, 1398) ein "Bonus-Meilen"-System eines Kreditkartenunternehmens für unvereinbar mit den Grundsätzen der Wettbewerbsordnung und sah es als nicht handelsüblich i.S.d. § 1 II *lit.* d ZugabeVO[150] an. Ein Kreditkartenunternehmen warb mit einem Programm zum Erwerb von "Bonus-Meilen," die ab einer Ansammlung von 750 Meilen in 500 Meilen-Einheiten oder mehr bei Vertragspartnern des Unternehmens in Flüge und Übernachtungen umgewandelt werden könnten. Bei Belastungen des Kreditkartenkontos mit je DM 10 werde dem Meilen-Konto je eine Bonus-Meile gutgeschrieben. Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs sah darin eine unzulässige Zugabe und klagte erfolgreich. Die Revision der Beklagten blieb erfolglos. Der BGH führte dazu u. a. aus, daß das Verbot des Bonus-Meilen-Systems mit Art. 59 EGV vereinbar sei und es einer Vorlage an den EuGH nicht bedürfe. Fraglich sei schon, ob die Beklagte sich überhaupt auf Art. 59 EGV berufen könne, weil auf ihre Kreditkartenleistung abzustellen sei und ihr Unternehmen mit Sitz in den USA keinem Mitgliedstaat der Gemeinschaft angehöre. Jedenfalls stehe aber das Verbot im Einklang mit Art. 59 EGV. Offenbleiben könne dabei, ob das Verbot eine Verkaufsmodalität i.S.d. *Keck* -Doktrin des EuGH[151] oder das Produkt selbst betreffe, weil eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach ständiger Rechtsprechung des EuGH[152] auch durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden könne, worunter insbesondere der Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Verbraucherschutz zählen würden. Die ZugabeVO würde danach jedenfalls im Streitfall die Dienstleistungsfreiheit nicht zu stark beschränken, weil die konkrete Ausgestaltung des Bonus-Meilen-Systems den Verbraucher im unklaren darüber lasse, welche Vorteile im einzelnen mit einer Teilnahme an dem System verbunden seien

[149] BVerfGE 94, 268.

[150] Zugabeverordnung vom 9.3.1932, RGBl. 1932 I 121, BGBl. III 43-4-1, zuletzt geändert durch Änderungsgesetz vom 25.7.1998, BGBl. 1998 I 1688.

[151] EuGH, Urteil vom 24.11.1993, Rs. C-267/91, Slg. 1993, 6097.

[152] EuGH, Urteil vom 9.7.1997, Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, 3843.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

und welche Kartenumsätze er dafür erzielen müsse. Dies bedinge eine irreführende Preisverschleierung, so daß das System nicht als Weiterentwicklung bekannter handelsüblicher Nebenleistungen angesehen werden und zum Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Verbraucher verboten werden könne.

112. Das BVerwG nahm in seinem Beschluß vom 27.5.1998 (1 B 51.98 – GewArch 1998, 470) keinen Verstoß gegen den Gleichheitssatz an, wenn § 9 HwO i.V.m. § 1 EWG/EWR-HwVO[153] EG-Ausländern mit einer bestimmten Berufserfahrung im Ausland die Eintragung in die Handwerksrolle zugestehe, nicht aber Deutschen mit vergleichbarer Berufserfahrung im Inland, die am Erwerb eines Meistertitels nicht interessiert seien. Einem Elektroinstallateur wurde eine Ausnahmegenehmigung zur Eintragung in die Handwerksrolle ohne Ablegen der Meisterprüfung versagt, wogegen er mit Verweis auf eine Ungleichbehandlung gegenüber EG-Ausländern Klage erhob. Das BVerwG führte dazu aus, daß in seiner Rechtsprechung geklärt sei, daß die EWG/EWR-HwVO mit Art. 3 GG vereinbar sei. Auch deutsche Staatsangehörige könnten sich auf § 1 Abs. 1 EWG/EWR-HwVO berufen, wenn sie "in einem anderen Mitgliedstaat" tätig würden, was hier aber nicht vorliege. Das Beschwerdevorbringen, die Möglichkeit des Erwerbs der Meisterprüfung für deutsche Staatsangehörige könne eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen, weiche von der Rechtsprechung des Senats ab, ohne neue Gesichtspunkte aufzuzeigen. Der Beschluß des BVerfG,[154] der §§ 1 und 7 HwO für verfassungsgemäß erachtet habe, sei entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht deswegen überholt, weil über Art. 23 GG n.F. die Dienstleistungsfreiheit des EGV in den Abwägungsvorgang eingestellt werden müsse, was vorgeblich dazu führe, daß bei subjektiven Zulassungsbeschränkungen die Rechtsordnungen der anderen EG-Staaten beachtet werden müßten, die mit einer Ausnahme keinen Befähigungsnachweis verlangen würden. Diese Frage sei jedenfalls nicht entscheidungserheblich, da der Kläger eine Ausnahmegenehmigung und nicht die Feststellung beantragt habe, das Handwerk des Elektroinstallateurs ohne Eintragung in die Handwerksrolle betreiben zu dürfen. Im übrigen halte der Senat an der Verfassungsmäßigkeit des großen Befähigungsnachweises fest.

113. Das BVerwG bestätigte diese Entscheidung mit Beschluß vom 22.12.1998 (1 B 81/98 – NVwZ-RR 1999, 498) erweiternd dahin, daß die Meisterprüfung als großer Befähigungsnachweis für das Führen eines Handwerksbetriebes mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sei und nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstoße. Ein Friseur machte geltend, daß § 13 HwO ihn entgegen der Verbote des Art. 6 EGV bzw. Art. 3 Abs. 1 GG diskriminiere, weil die Meisterqualifikation den einzelnen Handwerker daran hindere, selbständig ein Gewerbe auszuüben und damit massiv in seine individuellen Freiheitsrechte in einer Weise eingreife, die nicht mit dem europäischen Recht bzw. den Zielen der europäischen Einigung vereinbar sei. Das BVerwG führte dazu aus, daß nach der Rechtsprechung des EuGH das Gemein-

[153] Verordnung über die Voraussetzung für die Erteilung von Ausnahmebewilligungen zur Eintragung in die Handwerksrolle für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft vom 4.8.1966, BGBl. 1966 I 469.

[154] BVerfGE 13, 97.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

schaftsrecht einer nationalen Regelung nicht entgegenstehe, die für den Betrieb eines Friseursalons von Angehörigen des Mitgliedstaates ein Diplom verlange, während sie Friseuren anderer Mitgliedstaaten den Betrieb eines Friseursalons ohne solches Diplom und ohne die Verpflichtung erlaube, eine diplomierte Person als Geschäftsführer mit dem Betrieb des Friseursalons zu betrauen. Die Freizügigkeitsbestimmungen seien nicht auf Betätigungen anwendbar, die nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinaus weisen würden. Das Problem der "Inländerdiskriminierung" habe der Senat für das Handwerksrecht in früheren Beschlüssen behandelt und bedürfe keiner weiteren Klärung.

114. Für das OLG Hamm lag in seinem Urteil vom 24.11.1998 (4 U 128/98 – NJW-RR 1999, 1367) ein Verstoß gegen §5 Abs.1 S.1 StBerG auch dann vor, wenn der Betroffene im Ausland den Titel eines "Belasting Adviseur" führen dürfe und vorgebe, seine Dienstleistungen im Ausland zu erbringen, weil die Beschränkung der Hilfeleistung in Steuersachen auf die in §3 StBerG genannten Personen nicht gegen Art. 59 EGV verstoße, sondern im allgemeinen Interesse liege. Die berufliche Interessenvertretung der Steuerberater verklagte einen deutschen Staatsangehörigen, der ein Kontierungsbüro betrieb und in den Niederlanden die berufliche Qualifikation eines "Belasting Adviseurs" erreicht hatte, weil er in Deutschland für eine Firma die Bilanz erstellt und mit dem Titel Steuerberater unterschrieben hatte. Das LG gab dem Antrag statt. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Das OLG führte dazu u.a. aus, daß es sich bei der Bilanzerstellung für eine deutsche Firma in Deutschland nicht um einen grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr handle, so daß sich der Beklagte nicht auf die Dienstleistungsfreiheit des Art. 59 EGV berufen könne. Die Einrichtung eines Büros in den Niederlanden habe erkennbar nur dem Zweck gedient, formal eine grenzüberschreitende Tätigkeit darstellen zu können, während in der Sache eine bloße Inlandstätigkeit vorliege. Selbst wenn die Bilanzerstellung aber als von den Niederlanden aus erbracht anzusehen wäre, sei die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 60 Abs.3 EGV nur unter den Voraussetzungen gewährt, die der Empfängerstaat seinen eigenen Angehörigen vorschreibe. Der EuGH habe mehrfach betont,[155] daß Inländer Art. 59ff. EGV nicht dazu mißbrauchen dürften, sich den nationalen Vorschriften über die Berufsausbildung und Berufsausübung zu entziehen. Ein solcher Mißbrauch liege aber im Anschluß des Beklagten an eine Büroorganisation in den Niederlanden, obwohl das Schwergewicht seiner Tätigkeit in Deutschland liege. Letztlich könne er sich nicht auf Art. 59 EGV berufen, weil er nicht die Qualifikationen besitze, die in der Bundesrepublik für Hilfeleistungen in Steuersachen nach dem StBerG erforderlich seien. Nach Art. 60 Abs.2 EGV sei die Dienstleistungsfreiheit durch die allgemeinen Berufsausübungsregeln beschränkbar, soweit sie sachlich geboten seien. Die Beschränkung der Hilfeleistungen in Steuersachen in §3 StBerG auf bestimmte Berufsgruppen liege im Allgemeininteresse.

---

[155] EuGH, Urteil vom 7.2.1979, Rs. 115/78, Slg. 1979, 399; Urteil vom 3.12.1974, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

8. Wettbewerbs- und Kartellrecht

115. Nach Ansicht des BGH in seinem Urteil vom 5.2.1998 (I ZR 211/95 – EuZW 1998, 474), ist die Generalklausel des § 1 UWG bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist richtlinienkonform auszulegen. Vergleichende Werbung sei danach grundsätzlich zulässig, sofern die Voraussetzungen des Art. 3a Abs. 1 *lit.* a-h RL 97/55/EG[156] erfüllt seien. Eine Konkurrentin nahm die Beklagte u. a. auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch, weil die Beklagte für ihren Vertrieb von Tennisschlägern mit dem Slogan "Billige Composite Rackets muten wir Ihnen nicht zu" warb. Das Berufungsgericht untersagte der Beklagten die Verwendung der Werbeaussage und gab dem Antrag auf Schadensersatzfeststellung statt, wies den Zahlungsantrag in der Anschlußberufung des Beklagten jedoch ab. Der BGH sah in der Werbeaussage eine nach § 1 UWG unzulässige vergleichende Werbung und führte dazu aus, daß er nach Erlaß der RL 97/55/EG nunmehr seine Rechtsprechung mit Blick auf eine richtlinienkonforme Auslegung des § 1 UWG ändere. Der Begriff der vergleichenden Werbung bedürfe dabei keiner Änderung, doch sei an ihrem bisherigen grundsätzlichen Verbot nicht mehr festzuhalten. Vergleichende Werbung sei nun vielmehr als grundsätzlich zulässig anzusehen, sofern die Voraussetzungen des Art. 3a Abs. 1 *lit.* a-h RL 97/55/EG erfüllt seien. Es sei geboten, die Richtlinie bei der Auslegung des § 1 UWG schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist zu berücksichtigen. Dabei ermögliche die Generalklausel die Änderung des deutschen (Richter-) Rechts: Solange sich die Konformität mittels Auslegung im nationalen Recht herstellen lasse und soweit dem Gesetzgeber kein Spielraum bei der Umsetzung bleibe, seien die Bedenken unbegründet, daß eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Gesetze durch die Gerichte vor Ablauf der Umsetzungsfrist in die Kompetenz des Gesetzgebers eingreife. Im übrigen wirke sich die Richtlinie unmittelbar auf das Merkmal der Sittenwidrigkeit in § 1 UWG aus, weil in einem Verhalten, das der europäische Gesetzgeber als grundsätzlich zulässig erachtet habe, kein Verstoß gegen die guten Sitten gesehen werden könne, der einen Wettbewerbsverstoß begründe. Die beanstandete Werbeaussage sei allerdings auch bei richtlinienkonformem Verständnis wettbewerbswidrig i.S.d. § 1 UWG, weil sie entgegen Art. 3a Abs. 1 *lit.* e RL 97/55/EG die Waren der betroffenen Mitbewerber herabsetze.

116. Der BGH erklärte mit Urteil vom 15.10.1998 (I ZR 69/96 – GRUR Int. 1999, 453) Werbevergleiche auch bei nicht identischen Produkten für zulässig, sofern sie nur funktionsidentisch seien und aus Sicht der Verbraucher als Substitutionsprodukte in Betracht kämen. Vergleichende Werbung sei nur herabsetzend oder verunglimpfend i.S.d. Art. 3a Abs. 1 *lit.* e RL 97/55/EG,[157] wenn über die normalen Wirkungen eines Werbevergleichs hinaus besondere Umstände den Ver-

[156] Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABlEG 1997 Nr. L 290, 18.

[157] Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABlEG 1997 Nr. L 290, 18.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

gleich in unangemessener Weise abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen lassen würden. Auch eine unlautere Rufausnutzung i.S.d. Art. 3 a Abs. 1 *lit.* g RL 97/55/EG setze besondere wettbewerbswidrige Umstände voraus, die über die bloße Nennung der Marke, des Handelsnamens oder anderer Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers hinausgehen würden. Ein Vertriebsbeauftragter der Modeschmuck vertreibenden Beklagten schrieb an eine mögliche Vertriebsinteressentin: "Es handelt sich dabei um hochwertigen Designer-Modeschmuck zu akzeptablen Preisen. Vergleichen Sie einmal mit dem Katalog von P... L...!" Die Klägerin beanstandete dies als unzulässige vergleichende Werbung und beantragte, die Beklagte zur Unterlassung bei voller Haftung zu verurteilen. LG und OLG verurteilten die Beklagte antragsgemäß, ihre Revision hatte hingegen Erfolg. Der BGH führte dazu aus, daß es bereits an einem Verstoß gegen § 1 UWG fehle, weil nach der inzwischen geänderten Rechtsprechung des BGH die vergleichende Werbung grundsätzlich zulässig sei, sofern die Voraussetzungen des Art. 3a Abs. 1 *lit.* a-h RL 97/55/EG, wie hier, erfüllt seien. Bei der angegriffenen Werbeaussage handele es sich um einen Vergleich, der eine Gleichwertigkeit der Produkte geltend mache und die eigenen Produkte als preisgünstiger im Vergleich zu denen der Klägerin darstelle. Die vergleichende Werbung erfülle die Voraussetzungen des Art. 3a Abs. 1 *lit.* a-h RL 97/55/EG, weil die Angaben zum Preis-Leistungs-Verhältnis nicht irreführend i.S.d. *lit.* a seien, weil Waren für den gleichen Bedarf bzw. für dieselbe Zweckbestimmung i.S.d. *lit.* b verglichen würden, weil die Richtigkeit der Behauptungen über verglichene Eigenschaften für am Vertrieb Interessierte entsprechend *lit.* c mit zumutbarem Aufwand im Wege eines Selbstvergleiches der Kataloge nachgeprüft werden könne, weil der Preisvergleich auch nicht als pauschal herabsetzend im Sinne von *lit.* e gewertet werden könne und weil es letztlich auch an einer Rufausnutzung in unlauterer Weise nach *lit.* g fehle. Zu *lit.* b merkte der BGH an, daß es lediglich auf den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung ankomme und das Informationsinteresse der Verbraucher für einen Werbevergleich auch nicht identischer Produkte spreche, sofern diese nur funktionsidentisch seien und aus Sicht der angesprochenen Verbraucher als Substitutionsprodukte in Betracht kämen. Weiter mache die Gleichstellung von Herabsetzung und Verunglimpfung in *lit.* e deutlich, daß nicht jede herabsetzende Wirkung, die einem kritischen Werbevergleich immanent sei, ausreiche, sondern über die mit jedem Werbevergleich verbundenen negativen Wirkungen hinaus besondere Umstände hinzutreten müßten, die den Vergleich in unangemessener Weise abfällig, wertend oder unsachlich erscheinen lassen würden. Schließlich reiche allein die namentliche Nennung der Klägerin, verbunden mit einer Aufforderung zu einem Eigenvergleich, nicht für eine Rufausnutzung in unlauterer Weise i.S.v. *lit.* g aus, da andernfalls jede vergleichende Werbung unzulässig wäre.

117. Das OLG Düsseldorf urteilte am 28.8.1998 (U (Kart) 19/98 – NZS 1998, 567), daß für Hersteller ein kartellrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen Festbetragsregelungen aus europäischem Kartellrecht i.V.m. den nationalen Transmissionsvorschriften bestehe. Die Antragstellerin vertrieb u. a. Inkontinenzhilfen und verlangte von den Verbänden der gesetzlichen Kranken- und Ersatzkassen die

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Unterlassung der Festsetzung von Festbeträgen nach einem 1993 verabschiedeten Festbetragsgruppensystem für ärztlich verordnete Inkontinenzartikel. Das OLG gab dem Antrag statt und führte u.a. aus, daß die beanstandete Festbetragsfestsetzung gegen Art. 85 Abs. 1 EGV verstoße und der Antragstellerin daher Abwehransprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 BGB analog zustünden. Die Mitgliedskassen der Antragsgegner seien "Unternehmen" i.S.d. Art. 85 Abs. 1 EGV, da nach der Rechtsprechung des EuGH[158] allein die "wirtschaftliche Tätigkeit" konstitutiv für diesen im weitesten Sinne zu verstehenden gemeinschaftsrechtlichen Begriff sei, der angesichts Art. 90 Abs. 1 EGV uneingeschränkt auch für öffentliche Unternehmen gelte. Die Festbetragsfestsetzung stelle ihrem Zweck und ihren Auswirkungen am Markt nach zumindest eine "mittelbare Festsetzung" der Ankaufspreise dar und sei deshalb als zielgerichtete Beeinflussung der Preise für wirtschaftliche Leistungen der Marktgegenseite selbst eine wirtschaftliche Tätigkeit. Daß die Zahlungen der Krankenkassen auf versicherungspflichtige Sozialversicherungsbeiträge zurückgehen würden, sich ihre Tätigkeit an dem Grundsatz der nationalen Solidarität ausrichte und die Leistungen von Gesetzes wegen und unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht würden, mache sie weder zu "Einrichtungen," die nicht Unternehmen i.S.d. Art. 85 EGV seien, noch nehme dies ihren Tätigkeiten den Charakter des Wirtschaftlichen. Der EuGH habe im Fall *CCMSA* [159] zu deren Qualifizierung als "Unternehmen" ausdrücklich an ihre Tätigkeit angeknüpft, weil sie "zu Verhaltensweisen führen könne," die die Wettbewerbsregeln unterbinden sollten. Danach seien die Antragsgegnerinnen nur dann keine Unternehmen i.S.d. Art. 85 EGV, wenn deutsche Rechtsvorschriften ihnen das beanstandete wettbewerbswidrige Verhalten strikt vorschreiben würden. Indessen hätten die Krankenkassen mit den Festbetragsfestsetzungen Raum für eigenständige unternehmerische Entscheidungen, die neben massiver Einflußnahme auf die Abgabepreise der Erbringer medizinischer Sach- und Dienstleistungen auch in erheblicher Weise Einfluß auf den Leistungsumfang gegenüber den Versicherten und auf die Verwendung der Mittel hätten. Die Festbetragsfestsetzung sei auch geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, da diese Voraussetzung nach der Rechtsprechung des EuGH immer schon dann erfüllt sei, wenn die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstrecke.[160] *De facto* führe die Festbetragsfestsetzung, selbst wenn sie jeweils nur für ein Land der Bundesrepublik gelte, in ihrer Gesamtheit zu einem System von Wettbewerbsbeschränkungen mit preisregulierender Zielrichtung.

118. Das OLG Düsseldorf war in seinem Urteil vom 16.6.1998 (U (Kart) 15/97 – WuW 1998, 713) der Auffassung, daß ein nach Art. 85 Abs. 1 EGV verbotenes Kartell, das die Kommission unter einer aufschiebenden Bedingung freigestellt habe, bis zum Eintritt der Bedingung verboten bleibe und die zugrundeliegenden

---

158 EuGH, Urteil vom 23.4.1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, 1979.
159 EuGH, Urteil vom 16.11.1995, Rs. C-244/94, Slg. 1995, 4013.
160 EuGH, Urteil vom 18.6.1998, Rs. C-35/96, Slg. 1998, 3851.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Verträge solange nichtig seien. Ein früheres Praktizierten des Kartells geschehe auf eigene Gefahr und könne nach § 823 Abs. 2 BGB zu Schadensersatzansprüchen von unmittelbar betroffenen Marktteilnehmern führen. Ein Hauptkonkurrent der Deutschen Telekom machte Schadensersatz geltend, weil ihm durch die Vermarktung von *Global-One* -Produkten vor der Freistellung des Zusammenschlusses der Telekom mit ihren ausländischen Partnern Vertragsabschlüsse entgangen seien. Das OLG führte dazu aus, daß unstreitig der Zusammenschluß von *Global One* nach Art. 85 Abs. 1 EGV verboten gewesen sei und der Freistellung gemäß Art. 85 Abs. 3 EGV bedurft habe. Aus der bedingten Freistellung folge auch, daß die Kooperation vor der Freistellung verboten gewesen sei. Eine Freistellungsablehnung habe nach h.M. rückwirkende Kraft und mache den vorläufig vollziehbaren Vertrag endgültig nichtig. Nach Art. 85 Abs. 1 EGV verbotene geschäftliche Aktivitäten würden anerkanntermaßen eine Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB zumindest gegenüber betroffenen Wettbewerbern begründen. Für schützenswertes Vertrauen bestünden keine Anhaltspunkte, da Bedingungen und Auflagen in Art. 8 Abs. 1 KartellVO[161] ausdrücklich vorgesehen und es folglich allein das Risiko der Beklagten gewesen sei, eine rückwirkende Freistellung ihres Kartells ohne Bedingungen zu erwarten.

119. Laut Urteil des OVG Magdeburg vom 7.4.1998 (A 1/4 S 221/97 – LKV 1999, 31) verbietet Art. 1 Abs. 3 VO 1191/69/EWG[162] i.d.F. der VO 1839/91EWG[163] die Zahlung von Subventionen im ÖPNV, wenn sie nicht auf der Auferlegung oder Vereinbarung eines Verkehrsdienstes zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung beruhen. Ein Unternehmen, das von drei ehemaligen Landkreisen mit dem Zweck gegründet worden war, regionale private Busunternehmen mit der Durchführung des ÖPNV zu beauftragen, klagte gegen eine Stadt in einem der Landkreise, die ihre Aufträge an eine Konkurrentin der Klägerin vergeben hatte. Widerspruch und Klage blieben erfolglos, die Berufung hatte jedoch teilweise Erfolg. Das OVG führte dazu u. a. aus, daß die Verlängerung der Genehmigung der Konkurrentin der Klägerin rechtswidrig gewesen sei, weil die Leistungsfähigkeit der Konkurrentin nicht mehr gewährleistet gewesen sei. Eine Bezuschussung der Konkurrentin durch den Landkreis sei deshalb mit dem Gemeinschaftsrecht nicht mehr vereinbar gewesen. Der Rat der EG habe, ermächtigt durch Art. 75 Abs. 1; 94 EGV, die VO 1191/69/EWG, geändert durch VO 1893/91/EWG, erlassen, deren Art. 1 Abs. 3 grundsätzlich die Zahlung von Subventionen und Zuschüssen der öffentlichen Hand an Verpflichtete öffentlicher Dienste in den Bereichen des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs verbiete. Gem. Art. 2 Abs. 1 VO 1191/69/EWG seien Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes diejenigen Verpflichtungen, die Verkehrsunternehmen im eigenen

---

[161] Verordnung (EWG) Nr. 17 des Rates: Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 des Vertrages, ABlEG Nr. 13 vom 21.2.1962, 204–211.

[162] Verordnung des Rates der Europäischen Gemeinschaften Nr. 1191/69/EWG vom 26.6.1969, ABlEG 1969 Nr. 156/1.

[163] Verordnung des Rates der Europäischen Gemeinschaften Nr. 1893/91/EWG vom 20.6.1991, ABlEG 1991 Nr. 169/1.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

wirtschaftlichen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würden, worunter gem. Art. 2 Abs. 2 VO 1191/69/EWG auch die Betriebspflicht, die Beförderungspflicht und die Tarifpflicht zählen würden. Die Ausnahmeregelungen würden Subventionen nur erlauben, wenn sie auf der Auferlegung oder Vereinbarung eines Verkehrsdienstes zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung beruhten. Solange der beklagte Landkreis die Bedienung der streitigen Linien mit der Konkurrentin der Klägerin aber weder vertraglich vereinbart noch per Verwaltungsakt auferlegt habe, dürfe er die Konkurrentin der Klägerin danach nicht mehr finanziell unterstützen.

9. Umweltpolitik

120. Laut Urteil des BVerwG vom 19.5.1998 (4 A 9.97 – DVBl. 1998, 900) können der Verwirklichung einer straßenrechtlichen Planung auch die Vogelschutz-RL[164] und die FFH-RL[165] entgegenstehen. Ein Naturschutzverband klagte gegen den Planfeststellungsbeschluß für einen ersten Streckenabschnitt der sog. Ostseeautobahn "A 20." Das BVerwG verfügte zunächst die aufschiebende Wirkung der Klage, wies sie nun jedoch in der Hauptsache ab und führte dazu u. a. aus, daß der Planfeststellungsbeschluß sich mit dem Vogelschutzgebiet i.S.d. Art. 4 Abs. 1 Vogelschutz-RL "Schalsee" befaßt habe, die projektierte Trasse das Gebiet nicht durchschneide und auch keine erheblichen Auswirkungen auf das Schutzgebiet habe, weil die Trassenführung 400–500m von der Grenze des Schutzgebietes entfernt sei und dies sowohl Art. 4 Abs. 4 Vogelschutz-RL als auch Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL genüge. Streitig sei weiter, ob die "Wakenitzniederung" als faktisches Vogelschutzgebiet bzw. als potentielles Schutzgebiet i.S.d. Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 2 FFH-RL zu beurteilen sei, doch sei die Entscheidung der Planfeststellungsbehörde im Ergebnis rechtsfehlerfrei. Werde angenommen, die Wakenitzniederung sei ein faktisches Vogelschutzgebiet, so begründe die Vogelschutz-RL unmittelbare rechtliche Verpflichtungen für die staatlichen Behörden, weil der EuGH im Vertragsverletzungsverfahren einen Verstoß der Bundesrepublik gegen Art. 23 Abs. 1 FFH-RL wegen Nichtumsetzung der RL festgestellt habe. Es sei daher zweifelhaft, ob das Schutzregime der Vogelschutz-RL greife oder durch jenes der FFH-RL ersetzt worden sei, doch könne die Frage hier offengelassen werden, da der Planfeststellungsbeschluß keinesfalls vor einem "unüberwindlichen Hindernis" stehe. Art. 4 Abs. 4 Vogelschutz-RL verbiete das Durchbrechen des Schutzregimes mit wirtschaftlichen Gemeinwohlerfordernissen und lasse Einschränkung nur hinsichtlich der menschlichen Gesundheit, der öffentlichen Sicherheit oder des Natur- bzw. Umweltschutzes zu. Solche Zielsetzungen würden mit dem Bau der A 20 zwar nicht verfolgt, doch hindere dies den Bau dann nicht, wenn gem.

[164] Richtlinie des Rates vom 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten 79/409/EWG, ABlEG 1979 Nr. L 103/1.

[165] Richtlinie des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen 92/43/EWG, ABlEG 1992 Nr. L 206/7.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Art. 4 Abs. 4 Vogelschutz-RL erhebliche Auswirkungen auf das faktische Vogelschutzgebiet vermieden werden könnten, was hier mittels Untertunnelung mehrfach erwogen worden sei. Daß derartige Lösungen für einen effektiven Vogelschutz nicht ausgeschlossen seien, genüge den Anforderungen, selbst wenn sie wegen des abwägungserheblichen Belangs bedeutender Kostenmehrung nicht befürwortet worden seien. Sei die Wakenitzniederung ein potentielles FFH-Gebiet ohne prioritäre Arten oder Lebensraumtypen, so folge aus der Rechtsprechung des EuGH,[166] daß von einem potentiellen Schutzgebiet i.S.d. Art. 4 Abs. 1 FFH-RL auszugehen sei, weil die Mitgliedstaaten bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist von Richtlinien dazu verpflichtet seien, die Ziele der Richtlinie nicht zu unterlaufen, diese Pflicht aber erst recht bestehen müsse, wenn ein Mitgliedstaat Richtlinien vertragswidrig nicht fristgerecht umgesetzt habe. Im Verfahren der Planaufstellung habe daher bereits ermittelt werden müssen, ob potentielle FFH-Gebiete berührt würden und ggf. das Schutzregime des Art. 6 Abs. 2–4 FFH-RL eingehalten würde, zumal den Mitgliedstaaten bei der Auswahl der Schutzgebiete kein politisches Ermessen zustehe. Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 FFH-RL lasse jedoch aus "zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses" – einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art – die Durchführung von Projekten zu, wenn Alternativlösungen nicht vorhanden seien. Dies sei aber ein schwächeres Schutzregime als jenes des Art. 4 Abs. 4 Vogelschutz-RL, so daß jedenfalls kein unüberwindbares Hindernis vorliegen könne. Gleiches gelte, wenn die Wakenitzniederung ein potentielles FFH-Gebiet mit prioritären Arten oder Lebensraumtypen sei, da Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 FFH-Richtlinie es u. a. zulasse, das beabsichtigte Projekt nach Stellungnahme der EU-Kommission aus "anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses" zu verwirklichen.

121. Das OVG Berlin erklärte in seinem Beschluß vom 9.7.1998 (2 S 9.97 – UPR 1999, 31), daß die Entscheidung der Kommission 94/730/EG[167] entgegen der Bekanntmachung des Bundesministeriums für Gesundheit[168] das Robert-Koch-Institut nicht dazu berechtige, von dem Verfahren des GenTG abzuweichen. Der Antragsteller bewirtschaftete Feldpflanzen nach ökologischen Prinzipien in einem Abstand von 4–5 km Luftlinie von den Versuchsflächen des beigeladenen Robert-Koch-Instituts und wandte sich gegen dessen Praxis, gentechnische Freisetzungsversuche für bestimmte Standorte zu genehmigen und zugleich die Nachmeldung weiterer Standorte für zulässig zu erklären. Nach Auffassung des OVG mußte das Rechtsmittel des Antragstellers trotz erheblicher Zweifel der Rechtsgültigkeit der Entscheidung 94/730/EG im Ergebnis ohne Erfolg bleiben. Es führte dazu aus,

---

[166] EuGH, Urteil vom 11.7.1996, Rs. C-44/95, Slg. 1996, 3805.

[167] 94/730/EG: Entscheidung der Kommission vom 4.11.1994 zur Festlegung von vereinfachten Verfahren für die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Pflanzen nach Art. 6 Abs. 5 der Richtlinie 90/220/EWG des Rates (nur der spanische, dänische, deutsche, englische, französische, italienische, niederländische, und portugiesische Text ist verbindlich), ABlEG Nr. L 292 vom 12.11.1994, 31–34.

[168] Bekanntmachung des Bundesministeriums für Gesundheit vom 23.3.1995, BAnz. 1995, 4241.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

daß sich die Entscheidung 94/730/EG als Rechtsgrundlage für die Zulassung der Nachmeldung weiterer Standorte für Freisetzungsversuche mit gentechnisch veränderten Pflanzen im vereinfachten Verfahren auf Art. 6 Abs. 5 RL 90/220/EWG[169] stütze. § 14 Abs. 4 GenTG erwähne das vereinfachte Verfahren unter Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 5 RL 90/220/EWG zwar, doch sei die RL nicht ins deutsche Recht umgesetzt worden. Die Bundesrepublik habe sich lediglich einem Antrag auf Entscheidung der Kommission über die Anwendung des vereinfachten Verfahrens angeschlossen und gehe davon aus, daß die annehmende Entscheidung 94/730/EG durch Bekanntgabe gegenüber der Bundesrepublik unmittelbar geltendes Recht geworden sei. Der Bundesrat habe dieser Auffassung widersprochen[170] und die Bundesregierung aufgefordert, eine Rechtsverordnung nach § 14 Abs. 4 GenTG vorzulegen. Der Senat zweifle an der unmittelbaren Rechtsverbindlichkeit der Entscheidung, weil Kommissionsentscheidungen, anders als Rechtsakte nach Art. 189 EGV, keine formalrechtliche Normqualität besäßen, sondern als Einzelfallentscheidungen individuellen Charakter hätten und nur *inter partes* verbindlich seien. Bei Annahme einer abstrakt-generellen Wirkung könnten die umfangreichen Mitwirkungsrechte auf nationaler Ebene gem. Art. 23 Abs. 7 GG i.V.m. § 4 und 5 Abs. 2 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union[171] mit einer Kommissionsentscheidung überwunden werden. Auch § 14 Abs. 4 GenTG gehe von der Notwendigkeit einer Umsetzung der Entscheidungen der Kommission oder des Rates nach Art. 6 Abs. 5 RL 90/220/EWG in Form einer Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates aus, so daß der Verzicht auf eine Umsetzung der Entscheidungen zum vereinfachten Verfahren gegen höherrangiges Recht verstoße. Gegen eine unmittelbare Verbindlichkeit der Entscheidung 94/730/EG spreche auch, daß gem. Art. 6 Abs. 5 RL 90/220/EWG die Kommission über Anträge auf Zulassung konkreter Verfahrensvereinfachungen entscheiden und hierfür zunächst geeignete Kriterien festlegen sollte, was in der Entscheidung 93/584/EWG[172] auch erfolgt sei. Die Kommission habe dann jedoch ihre Entscheidungsbefugnis mit der Entscheidung 94/730/EG entgegen Art. 6 Abs. 5 RL 90/220/EWG an die Behörden der Mitgliedstaaten delegiert. Der Senat habe Bedenken, ob die Zuständigkeitsverlagerung von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt sei und ob der damit verbundene Erlaß von Verfahrensregelungen durch die Kommission für die mitgliedstaatlichen Behörden überhaupt mit der Kompetenzverteilung zwischen der EG und den Mitgliedstaaten vereinbar sei, da für den Verwaltungsvollzug und dessen Regelung nach Art. 5 EGV die Mit-

---

[169] Richtlinie 90/220/EWG des Rates vom 23.4.1990 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt, ABlEG Nr. L 117 vom 8.5.1990, 15–27.

[170] BR-Drs. 124/96.

[171] Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12.3.1993, BGBl. 1993 I 311.

[172] Entscheidung der Kommission vom 22.10.1993 zur Festlegung der Kriterien für vereinfachte Verfahren für die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Pflanzen gemäß Art. 6 Abs. 5 der Richtlinie 90/220/EWG des Rates, ABlEG Nr. L 279 vom 12.11.1993, 42–43.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

gliedstaaten zuständig seien. Lege man die Entscheidung aber als RL aus, so fehle es für eine innerstaatliche Verbindlichkeit an der Umsetzung durch hinreichend bestimmte, verbindliche und veröffentlichte Vorschriften. Das Rechtsmittel des Antragstellers müsse dennoch scheitern, da das Verfahrensrecht Drittschutz nur zur Verwirklichung materiellrechtlicher Positionen gewähre, die Einwände des Antragstellers jedoch standortspezifisch seien und Risiko- bzw. Sicherheitsbewertung beträfen. Bei weiteren Freisetzungen von bereits im Standardgenehmigungsverfahren geprüften und genehmigten gentechnisch veränderten Pflanzenarten finde aber sowohl im vereinfachten Verfahren, als auch in einem erneuten Standardgenehmigungsverfahren nur ein Abgleich der Pflanzenarten und ihrer gentechnisch veränderten Eigenschaften statt. Daher könne sich weder die unterlassene Öffentlichkeitsbeteiligung vor der Zulassung der nachgemeldeten Freisetzungsversuche, noch die Durchführung der Freisetzungsversuche selbst auf drittgeschützte Rechtsgüter des Antragstellers ausgewirkt haben.

10. Steuerpolitik

122. Nach Ansicht des BFH in seinem Urteil vom 19.3.1998 (VII R 24/97 – DStRE 1998, 730) widerspricht die unterschiedliche Regelung des Art. 2 VO 611/93/EWG[173] über die endgültige Vereinnahmung vorläufiger Anti-Dumping-Zölle auf DRAMS aus Korea nicht dem gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatz. Die Klägerin führte sog. DRAMS aus Singapur ein, die jedoch, wie das HZA feststellte, von einem koreanischen Hersteller gefertigt worden waren. Das HZA erhob gemäß VO 2686/92/EWG und 611/93/EWG vorläufige Anti-Dumping-Zölle, die später endgültig vereinnahmt wurden. Klage und Revision blieben ohne Erfolg. Der BFH führte u. a. aus, daß eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit von Gemeinschaftsrechtsakten spreche und nur der EuGH über ihre Gültigkeit entscheiden könne. Der Senat sei zur Vorlage an den EuGH nur verpflichtet, wenn er selbst Zweifel an der Gültigkeit des Rechtsaktes habe, was hier jedoch nicht der Fall sei. Art. 2 VO 611/93/EWG verstoße nicht gegen den gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatz, weil er für die endgültige Vereinnahmung von Sicherheiten danach differenziere, in welchem Zeitraum sie geleistet worden seien. Der Umstand, daß für beide Zeiträume jeweils eigenständige Rechtsakte[174] vorliegen würden, rechtfertige diese Differenzierung. Der Rat habe die unterschiedliche Behandlung nach Zeiträumen auch mit dem Hinweise auf besondere Umstände begründet, wegen derer eine Vereinnahmung der vorläufigen Anti-Dumping-Zölle für den zweiten Zeitraum nicht erfolgt sei. Diese zwar sehr allgemein gehaltene Begründung sei als wirtschaftspolitische Bewertung des Gemeinschaftsgesetz-

[173] Verordnung (EWG) Nr. 611/93 des Rates vom 15.3.1993 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf DRAMS aus Korea, ABlEG Nr. L 66/1.

[174] Verordnung (EWG) Nr. 2686/92 der Kommission vom 16.9.1992 zur Einführung eines vorläufigen Antidumpingzolls auf DRAMS aus Korea, ABlEG Nr. L 272/13 und Verordnung (EWG) Nr. 53/93 des Rates vom 8.1.1993 zur Verlängerung der Geltungsdauer des vorläufigen Antidumpingzolls auf DRAMS aus Korea, ABlEG Nr. L 9/1.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

gebers nach Art. 12 Abs. 2 *lit.* b VO 2423/88/EWG[175] nur sehr beschränkt gerichtlich überprüfbar. Fehler in der Ausübung des weiten Beurteilungsermessens oder willkürliches Handeln ließen sich nicht daraus ableiten, daß in anderen Fällen Entscheidungen eingehender begründet worden seien. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH müsse die nach Art. 190 EGV vorgeschriebene Begründung die Überlegungen des Gemeinschaftsgesetzgebers so klar zum Ausdruck bringen, daß die Betroffenen ihr die Gründe entnehmen und der EuGH seine Kontrolle ausüben könne. Nr. 46 der Erwägungsgründe zu der VO 611/93/EWG werde diesen Anforderungen gerecht.

123. Der BFH urteilte am 12.3.1998 (V R 17/93 – DStRE 1998, 451), daß bei einer grenzüberschreitenden Personenbeförderung zur Ermittlung des steuerbaren Teils der Beförderung in den Mitgliedstaaten nach richtlinienkonformer Auslegung des § 3a Abs. 2 Nr. 2 S. 2 UStG das Gesamtentgeld nach dem Verhältnis der jeweils zurückgelegten Strecken aufzuteilen sei. Eine Veranstalterin von Busreisen zu Pauschalpreisen erbrachte ihre grenzüberschreitenden Beförderungsleistungen mit eigenen Reisebussen und teilte bei der Umsatzsteueranmeldung das auf die Beförderung entfallende Gesamtentgeld auf die steuerbare Beförderung im Inland und die nicht steuerbare Beförderung im Ausland nach Maßgabe der Streckenlängen und der Nutzungsdauer der Busse im In- und Ausland auf. Das Finanzamt teilte das Entgelt jedoch allein nach Maßgabe der Streckenlängen im Erhebungsgebiet bzw. im Außengebiet auf und setzte die Umsatzsteuer entsprechend herauf. Klage und Revision blieben erfolglos. Der BFH führte aus, daß nach § 3a Abs. 2 Nr. 2 UStG eine Beförderungsleistung dort ausgeführt werde, wo die Beförderung bewirkt werde und Art. 9 Abs. 2 (b) RL 77/388/EWG[176] als Ort einer Beförderungsleistung den Ort festlege, an dem die Beförderung nach Maßgabe der zurückgelegten Beförderungsstrecke jeweils stattfinde. Nach dem Vorlage-Entscheid des EuGH wirke sich diese Regelung bei pauschaler Ermittlung der Besteuerungsgrundlage zwangsläufig auf die Aufteilung unter den Mitgliedstaaten aus, in denen die Leistung stattgefunden habe.[177] Das deutsche Umsatzsteuergesetz sei an die Richtlinie angepaßt worden und müsse in entsprechender Weise ausgelegt und angewendet werden.

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

124. Das BAG erklärte in seinem Urteil vom 12.11.1998 (8 AZR 365/97 – NZA 1999, 371) eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechtes gemäß § 611 a Abs. 1 BGB nur für zulässig, wenn ein bestimmtes Geschlecht "unverzichtbare

[175] Verordnung (EWG) Nr. 2423/88 des Rates vom 11.7.1988 über den Schutz gegen gedumpte oder subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Wirtschaftgemeinschaft gehörenden Ländern, ABlEG Nr. L 209/1.

[176] Sechste Richtlinie des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern 77/380/EWG.

[177] EuGH, Urteil vom 6.11.1997, Rs. C-116/96, Slg. 1997, 6103.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Voraussetzung" für die auszuübende Tätigkeit sei. Ein sachlicher Grund könne eine geschlechtsbezogene Differenzierung dagegen nicht rechtfertigen. Das weibliche Geschlecht sei keine unverzichtbare Voraussetzung der Bestellung zur Gleichstellungsbeauftragten. Der Kläger bewarb sich erfolglos auf die Stelle eines kommunalen Frauenbeauftragten nach §5 GO/NRW, weil nach Ansicht der Beklagten aus §5 Abs.3 GO/NRW hervorgehe, daß die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten nur von Frauen wahrgenommen werden könne. Der Kläger beanspruchte in allen Instanzen erfolglos Schadensersatz gem. §611 a Abs.2 S.1 BGB. Das BAG führte dazu u.a. aus, daß der Wortlaut des §611 a Abs.1 S.2 BGB sich an Art. 2 Abs.2 RL 76/207/EWG[178] orientiere und eine geschlechtsbezogene Unterscheidung danach nur erlaube, wenn ein bestimmtes Geschlecht "unverzichtbare Voraussetzung" für die auszuübende Tätigkeit sei. Dies stelle erheblich höhere Anforderungen an das Gewicht des rechtfertigenden Umstandes als ein sachlicher Grund, weil das Geschlecht nur unverzichtbar sei, wenn Angehörige des anderen Geschlechts die vertragsgemäße Leistung nicht erbringen könnten und dieses Unvermögen auf Gründen beruhe, die ihrerseits der gesetzlichen Wertentscheidung der Gleichberechtigung beider Geschlechter genügten. Spreche §611 a Abs.1 S.3 BGB i.R.d. Darlegungs- und Beweislast auch sachliche Gründe als Rechtfertigung an, so betreffe dies nicht die unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts, sondern die gleichfalls nach der Richtlinie 76/207/EWG verbotene mittelbare Diskriminierung, deren Umsetzung §611 a Abs.1 S.1 BGB diene. Solle die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten aber ausschließlich an weibliche Personen vergeben werden, so knüpfe dies unmittelbar an das Geschlecht an und könne nicht schon durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden. Die Unverzichtbarkeit des weiblichen Geschlechts für die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten sei aber nicht dargetan worden. Der Kläger erfülle allerdings die weiteren Anspruchsvoraussetzungen des §611 a Abs.2 S.1 BGB nicht, weil er sich nicht subjektiv ernsthaft um die Stelle beworben, sondern von vornherein eine Entschädigung angestrebt habe und er objektiv kein geeigneter Bewerber gewesen sei.

125. Das OVG Schleswig-Holstein hielt in seinem Beschluß vom 6.3.1998 (3 M 34/97 – DÖV 1998, 554) die §§5 und 6 GleichstellungsG Schleswig-Holstein für möglicherweise unvereinbar mit Art. 2 Abs.1, 4 RL 76/207/EWG.[179] Einem Beamten wurde mitgeteilt, daß die Beförderung zweier Kolleginnen beabsichtigt, für ihn aber nicht vorgesehen sei. Der Antragsteller legte Widerspruch ein und erreichte beim VG, daß dem Antragsgegner vorläufig die Beförderung der bei-

[178] Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABlEG Nr. L 039 vom 14.2.1976, 40–42.

[179] Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichstellung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zuganges zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABlEG 1976 Nr. L 38, 40.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

geladenen Kolleginnen ohne gleichzeitige Beförderung des Antragstellers bis zum Abschluß eines neuen Auswahlverfahrens untersagt wurde. Das OVG bestätigte diese Entscheidung und führte dazu aus, daß bei summarischer Prüfung die bisherige Rechtsprechung des EuGH für eine Unvereinbarkeit von §5 Abs. 1 S. 1 i.V.m. §6 GleichstellungsG mit Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG spreche. §5 Abs. 1 S. 1 GleichstellungsG sehe bei faktischer Unterrepräsentierung in einzelnen Geschäftsbereichen die vorrangige Beförderung von Frauen bei gleicher Qualifikation gegenüber männlichen Mitbewerbern vor und §6 GleichstellungsG lasse Ausnahmen nur zu, wenn eine Nichtberücksichtigung männlicher Bewerber eine unzumutbare Härte bedeuten würde. Der EuGH habe entschieden,[180] daß Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG nationalen Regelungen entgegenstehe, die weiblichen Bewerbern automatischen Vorrang einräumen würden. Bevorzugungen seien danach nur dann zulässig, wenn eine objektive Beurteilung aller Bewerbungen gewährleistet sei, dabei auch alle Hilfskriterien leistungsferner bzw. leistungsfremder Natur berücksichtigt würden und der Vorrang weiblicher Bewerber entfalle, wenn eines oder mehrere Kriterien zugunsten männlicher Bewerber überwögen. Die Regelung des GleichstellungsG enthalte aber keine hinreichende "Öffnungsklausel" i.d.S., weil die Härteklausel nach dem Willen des Gesetzgebers eine Ausnahmeregelung mit äußerst eng begrenztem Anwendungsbereich sein solle, die eine Berücksichtigung traditionell anerkannter Hilfskriterien gerade nicht gebiete. Auch eine richtlinienkonforme Auslegung komme nicht in Betracht, da der Gesetzeswortlaut und der Wille des Landesgesetzgebers einer Auslegung der Härteklausel als Öffnungsklausel widerspreche. Restzweifel seien im Hauptsacheverfahren möglicherweise unter Anrufung des EuGH zu klären.

126. Für das OVG Niedersachsen verstößt laut Urteil vom 10.6.1998 (2 L 7973/95 – DÖD 1999, 212) §3 Abs. 2 Nr. 3 DienstJubVO, wonach nur hauptberuflich im öffentlichen Dienst zurückgelegte Zeiten bei Berechnung der Jubiläumsdienstzeit berücksichtigt würden, nicht gegen Art. 3 Abs. 1 und 2 GG; 119 EGV und Art. 5 RL 76/207/EWG.[181] Eine Lehrerin beantragte vergeblich, den Tag ihres 25-jährigen Dienstjubiläums neu festzusetzen und ihr die Jubiläumszuwendung zu zahlen, weil die bisherige Berechnung ihre frühere Tätigkeit als sog. "nebenberufliche" Lehrkraft im Angestelltenverhältnis nicht berücksichtige und dies gegen das Verbot der Frauendiskriminierung verstoße: weit mehr Frauen als Männer hätten solche nebenberuflichen Tätigkeiten aufzuweisen. Widerspruch, Klage und Berufung blieben erfolglos. Das OVG führte dazu u. a. aus, daß die Nichtberücksichtigung von Zeiten einer unterhälftigen Teilzeitbeschäftigung weder gegen Art. 119 EGV, noch gegen dessen Konkretisierung in RL 76/207/EWG verstoße. Art. 119 EGV verpflichte jeden Mitgliedstaat, den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anzuwen-

[180] EuGH, Urteil vom 17.10.1995, Rs. C-450/93, Slg. 1995, 3051.

[181] Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABlEG Nr. L 039 vom 14.2.1976, 40–42.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

den. Darunter seien alle Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer mittelbar oder unmittelbar in bar oder als Sachleistung zahle. Die Jubiläumszuwendung sei jedoch keine Gegenleistung für erbrachte Arbeit i.d.S.; vielmehr wolle der Dienstherr damit die Treue und Aufopferung der für ihn tätigen Beamten würdigen und ehren. Selbst wenn die Jubiläumszuwendung aber Entgelt i.S.d. Art. 119 EGV wäre, liege weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Diskriminierung vor, da kein unterschiedliches Entgelt zwischen Männern und Frauen ausdrücklich mit dem Geschlechtsunterschied begründet werde und eine mögliche mittelbare Diskriminierung durch objektive Gründe gerechtfertigt sei. Bei mittelbaren Diskriminierungen sei das unterschiedliche Entgelt Ergebnis der Anwendung eines scheinbar neutralen Kriteriums, das gleichwohl aufgrund der faktischen Sachlage eine Gruppe benachteilige, die sich ganz oder überwiegend aus Angehörigen eines Geschlechtes zusammensetze. Zwar habe die Beklagte eingeräumt, daß überwiegend Frauen mit weniger als der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit beschäftigt seien, doch beruhe die Nichtberücksichtigung der nebenberuflichen Tätigkeiten bei der Berechnung des Jubiläumsdienstalters auf objektiv gerechtfertigten Faktoren, weil sie die Anerkennung der Berufsleistung eines Beamten bezwecke und privatrechtliche Beschäftigungszeiten im öffentlichen Dienst daher nur insoweit Berücksichtigung finden könnten, als ein Bediensteter überwiegend Tätigkeiten erbringe, die mit denen eines Beamten vergleichbar seien. Dies sei jedoch nur bei Tätigkeiten anzunehmen, die mindestens die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit beanspruchen würden, weil Beamten eine Reduzierung ihrer Arbeitszeit nur in diesem Rahmen möglich sei. Auch Art. 5 RL 76/207/EWG fordere lediglich gleiche Arbeitsbedingungen einschließlich gleicher Leistungsbedingungen. Die Jubiläumszuwendung sei jedoch eine einmalige Geldleistung ohne nennenswerte Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen der vorangegangenen 25 Jahre. Im übrigen rechtfertige auch hier der sachliche Grund der Vergleichbarkeit privatrechtlicher und beamtenrechtlicher Zeiten eine differenzierende Berücksichtigung von haupt- und nebenberuflichen Zeiten.

12. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften – Türkei

127. Nach Ansicht des OVG NRW in seinem Beschluß vom 19.1.1998 (17 B 1327/96 – InfAuslR 1998, 156) entspricht der Begriff "Arbeitnehmer" in Art. 6 Abs. 1, Spiegelstr. 3 ARB 1/80[182] jenem der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsvorschriften, insbesondere des Art. 48 EGV. Einem türkischen Staatsangehörigen war nach Abschluß des Medizinstudiums die Tätigkeit als Arzt im Praktikum gestattet, ein Antrag auf Erteilung einer nicht an den Zweck des Studi-

[182] Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19.9.1980, abgedruckt in: Assoziierungsabkommen und Protokolle EWG-Türkei sowie andere Basisdokument, 327 (Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 1992).

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

ums gebundenen Aufenthaltserlaubnis jedoch abgelehnt worden. Der Antragsteller beantragte die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs, die das OVG in zweiter Instanz anordnete, weil dem Antragsteller möglicherweise nach Art. 6 Abs. 1, Spiegelstr. 3 ARB 1/80 eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen sei. Danach habe ein türkischer Arbeitnehmer nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung auf dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates freien Zugang zu jeder Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis. Nach der Rechtsprechung des EuGH müßten die Grundsätze der Art. 48, 49 und 50 EGV soweit wie möglich als Leitlinien für die Behandlung türkischer Arbeitnehmer herangezogen werden. Der Begriff "Arbeitnehmer" im ARB sei folglich nach jenen Grundsätzen zu verstehen, damit weit auszulegen und nach objektiven Kriterien zu definieren.[183] Das Arbeitsverhältnis kennzeichne sich demnach durch weisungsgebundene Leistungserbringung für einen anderen in einem bestimmten Zeitraum gegen eine Vergütung. Habe ein türkischer Arbeitnehmer danach eine Rechtsposition aus Art. 6 Abs. 1, Spiegelstr. 1 ARB 1/80 erworben, so sei ohne Belang, daß im Aufnahme-Mitgliedstaat nur befristete oder mit Bedingungen versehene nationale Aufenthalts- und/oder Arbeitserlaubnisse erteilt worden seien, weil die nach dem ARB verliehenen Rechte türkischen Arbeitnehmern unabhängig davon zustünden. Der Antragsteller habe durch eine frühere Tätigkeit als Pflegehelfer eine solche Rechtsposition erworben und vermutlich noch heute inne, weil er auch danach immer dem regulären Arbeitsmarkt angehört habe. Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit würden kein endgültiges Verlassen des Arbeitsmarktes bedeuten und auch die Tätigkeit als Arzt im Praktikum sei, wie sich aus der Rechtsprechung des EuGH zur vergleichbaren Situation von Studienreferendaren ergebe, nach den genannten Kriterien eine Arbeitnehmertätigkeit i.S.d. ARB.[184]

128. Für das FG München verstößt laut Urteil vom 30.9.1998 (1 K 3801/97 – EFG 1999, 167) die Verweigerung des Splitting-Tarifs für in der Bundesrepublik tätige türkische Arbeitnehmer, deren Ehegatten in der Türkei leben, nicht gegen Gemeinschaftsrecht. Der Kläger beantragte unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH[185] und das Diskriminierungsverbot des AssoziationsAbk EWG-Türkei[186] die Zusammenveranlagung mit seiner in der Türkei lebenden Ehefrau, was das Finanzamt verweigerte. Das FG wies die Klage ab und führte dazu u. a. aus, daß die Ehefrau des Klägers im Inland weder einen Wohnsitz noch einen gewöhnlichen Aufenthaltsort nach § 1 Abs. 1 EStG habe und auch nicht auf Antrag nach § 1 a Abs. 1 Nr. 2 EStG als unbeschränkt steuerpflichtig behandelt werden könne. Die Anwendung des § 1 a Abs. 1 EStG sei beschränkt auf Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der EU und des EWR, wozu türkische Staatsangehörige nicht zählten. Dies verstoße auch nicht gegen Gemeinschaftsrecht, da § 1 a EStG der

[183] EuGH, Urteil vom 30.9.1997, Rs. C-98/96, Slg. 1997, 5179; Urteil vom 30.9.1997, Rs. C-36/96, Slg. 1997, 5143; Urteil vom 6.6.1995, Rs. C-434/93, Slg. 1995, 1475.

[184] EuGH, Urteil vom 3.7.1986, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121.

[185] EuGH, Urteil vom 27.6.1996, Rs. C-107/94, Slg. 1996, 3089.

[186] Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei, ABlEG Nr. 217 vom 29.12.1964, 3687–3700.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Rechtsprechung des EuGH zur Besteuerung von Gemeinschaftsbürgern Rechnung trage. Der EuGH habe die Möglichkeit einer versteckten Diskriminierung von EU-Staatsbürgern durch das nationale Einkommenssteuerrecht bejaht und ein entsprechendes Verbot aus Art. 48 EGV abgeleitet, weil andernfalls der Grundsatz der gleichen Entlohnung seiner Wirkung beraubt werden könne.[187] Das AssoziationsAbk EWG-Türkei gewähre jedoch keine entsprechenden Rechte, da türkische Staatsangehörige nach ständiger Rechtsprechung des EuGH beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts keine Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft genießen würden.[188] Sie hätten bei rechtmäßiger Einreise i.V.m. einer ordnungsgemäßen Beschäftigung über einen bestimmten Zeitraum nur bestimmte Rechte in dem Aufnahme-Mitgliedstaat, die eine Zusammenveranlagung mit einem in der Türkei lebenden Ehegatten nicht vorsehen würden. Das Assoziationsrecht sehe keine entsprechende unbedingte und hinreichend genaue Verpflichtung der Gemeinschaft vor,[189] noch sei eine anderweitige Gemeinschaftsrechtswidrigkeit ersichtlich.

129. Das FG Bremen verneinte mit Beschluß vom 22.1.1998 (4 97131 S 1 – EFG 1998, 1069) Ansprüche auf Kindergeld für türkische Staatsangehörige ohne Aufenthaltsberechtigung oder -erlaubnis. Ein türkischer Staatsangehöriger mit Aufenthaltsbefugnis beantragte erfolglos Kindergeld für seine vier Kinder, die mit ihm und seiner Ehefrau in einem gemeinsamen Haushalt in der Bundesrepublik lebten. Das FG wies einen Antrag auf Prozeßkostenhilfe mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg ab und führte dazu aus, daß der Antragsteller keinen Anspruch auf Kindergeld habe, da nach §62 Abs. 2 EStG ein Ausländer nur Anspruch auf Kindergeld habe, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung nach §27 AuslG oder einer Aufenthaltserlaubnis nach §15 AuslG sei. Der Antragsteller halte sich jedoch auf der Grundlage einer Aufenthaltsbefugnis nach §30 AuslG in der Bundesrepublik auf. Er könne auch aus ARB 3/80[190] keine Ansprüche ableiten, da sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebe, daß die Bestimmungen von Abkommen der Gemeinschaft mit Drittländern nur dann unmittelbar anwendbar seien, wenn sie ihrem Wortlaut und dem Sinn und Zweck des Abkommens nach eine klare und eindeutige Verpflichtung enthalten würden, deren Erfüllung oder Wirkungen nicht vom Erlaß weiterer Rechtsakte abhänge.[191] Der ARB 3/80 genüge diesen Anforderungen nicht, so daß er von den nationalen Gerichten ohne

---

[187] EuGH, Urteil vom 8.5.1990, Rs. C-175/88, Slg. 1990, 779; Urteil vom 14.2.1995, Rs. C-279/93, Slg. 1995, 225.

[188] EuGH, Urteil vom 30.9.1997, Rs. C-98/96, EuZW 1998, 533; Urteil vom 30.9.1997, Rs. C-36/96, EuZW 1998, 538.

[189] EuGH, Urteil vom 30.9.1987, Rs. 12/86, Slg. 1987, 3719; Urteil vom 10.9.1996, Rs. C-277/94, Slg. 1996, 4085.

[190] Beschluß Nr. 3/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der EG auf die türkischen Arbeitnehmer und deren Familienangehörige vom 19.9.1980, abgedruckt in: Assoziierungsabkommen und Protokolle EWG-Türkei sowie andere Basisdokument, 349 (Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 1992).

[191] EuGH, Urteil vom 30.9.1987, Rs. 12/86, NJW 1988, 1442.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

ergänzende Durchführungsmaßnahmen des Rates nicht angewandt werden könne.[192]

130. Nach Ansicht des bayerischen VGH in dem Urteil vom 4.2.1998 (M 8 K 96.2610 – InfAuslR 1998, 154) setzt Art. 7 S. 1 ARB 1/80[193] eine Nachzugsgenehmigung zur Herstellung der Familieneinheit voraus, so daß ein tatsächlicher rechtmäßiger Aufenthalt zu anderen Zwecken nicht ausreicht. Ein türkischer Staatsangehöriger reiste zu seinen Eltern ins Bundesgebiet ein und erhielt zunächst eine Aufenthaltserlaubnis zur Teilnahme an Deutschkursen, später für ein Elektrotechnikstudium an einer Fachhochschule. Die Verlängerung der Aufenthaltsgenehmigung wurde abgelehnt, als er einen Wechsel an eine Universität ankündigte, ohne Prüfungen an der Fachhochschule abgelegt zu haben. Das VG wies seine Klage ab, und auch die Berufung blieb erfolglos. Der VGH führte dazu aus, daß in der Rechtsprechung des EuGH[194] Art. 7 S. 1 ARB 1/80 voraussetze, daß ein Familienangehöriger die Genehmigung erhalten habe, zum Zweck der Familienzusammenführung zu einem türkischen Arbeitnehmer zu ziehen, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehöre. Art. 7 S. 1 ARB 1/80 enthalte damit kein Recht auf Familiennachzug, sondern setze eine Nachzugsgenehmigung zur Herstellung einer Familieneinheit voraus. Ein tatsächlicher rechtmäßiger Aufenthalt zu anderen Zwecken reiche danach nicht aus.

131. Das VG München war in seinem Urteil vom 25.5.1998 (M 8 K 98.1457 – NVwZ-Beilage 4/1999, 37) der Auffassung, daß der Begriff der "außergewöhnlichen Härte" in § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AuslG n.F. nicht so eng ausgelegt werden dürfe, daß nur Fälle einer völlig unzumutbaren Rückkehr erfaßt würden. Eine türkische Staatsangehörige war im Wege des Ehegattennachzugs ins Bundesgebiet eingereist und gründete knapp zwei Jahre später, nach einem fünfmonatigen Zwischenaufenthalt in der Türkei, einen selbständigen Haushalt. Die Ausländerbehörde verfügte daraufhin die nachträgliche Verkürzung der Aufenthaltserlaubnis und drohte die Abschiebung an, weil keine eheliche Lebensgemeinschaft mehr gegeben sei. Die Klägerin erhob Anfechtungsklage, beantragte erfolglos die Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis und stellte daraufhin ihr Rechtsschutzbegehren auf eine Verpflichtungsklage um. Das VG legte deshalb dem EuGH die Fragen vor, ob die Anwendbarkeit des Art. 7 S. 1 ARB 1/80[195] voraussetze, daß die familiäre Lebensgemeinschaft im Zeitpunkt der Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen noch bestehe, ob dies einen ununterbrochenen dreijährigen ordnungsgemäßen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft voraussetze und ob

---

192 EuGH, Urteil vom 10.9.1996, Rs. C-277/94, EuZW 1997, 179.

193 Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19.9.1980, abgedruckt in: Assoziierungsabkommen und Protokolle EWG-Türkei sowie andere Basisdokument, 327 (Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 1992).

194 EuGH, Urteil vom 17.4.1997, Rs. C-351/95, Slg. 1997, 2133.

195 Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19.9.1980, abgedruckt in: Assoziierungsabkommen und Protokolle EWG-Türkei sowie andere Basisdokument, 327 (Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 1992).

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

auf den Zeitpunkt der dreijährigen ordnungsgemäßen Wohnsitznahme ein freiwilliger oder erzwungener fünfmonatiger Zwischenaufenthalt in der Türkei anzurechnen sei. Der EuGH habe geantwortet,[196] daß Ansprüche von Familienangehörigen grundsätzlich von einem dreijährigen gemeinsamen Wohnen mit dem Arbeitnehmer abhängig gemacht werden könnten, jedoch objektive Gründe ein Getrenntleben rechtfertigen könnten. Grundsätzlich müsse der Familienangehörige auch einen ununterbrochenen dreijährigen Wohnsitz im Aufnahmemitgliedstaat haben, jedoch sei ein unfreiwilliger Heimataufenthalt von weniger als sechs Monaten zu berücksichtigen. Das VG gab der Klage daraufhin nach § 19 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 AuslG n.F. mit der Begründung statt, daß die Aufenthaltserlaubnis des Ehegatten bei Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft als eigenständiges Aufenthaltsrecht zu verlängern sei, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft rechtmäßig im Bundesgebiet bestanden habe und es zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich sei, dem Ehegatten den weiteren Aufenthalt zu ermöglichen – es sei denn, für den Ausländer sei die Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis ausgeschlossen. Eine außergewöhnliche Härte liege vor, wenn die Rückkehrverpflichtung dem Ehegatten nach Art und Schwere so erhebliche Schwierigkeiten bereiten würde, daß die Versagung der Aufenthaltserlaubnis als nicht vertretbar erscheinen müsse. Eine außergewöhnliche Härte dürfe nicht erst dann angenommen werden, wenn eine Rückkehr schlechthin unzumutbar sei, weil man sich andernfalls den Abschiebungshindernissen des § 53 Abs. 6 AuslG annähern würde.

13. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EG-Vertrag)

132. Das BVerfG entschied mit Beschluß vom 4.6.1998 (1 BvR 2652/95 – GewArch 1998, 333), daß letztinstanzliche Hauptsachegerichte bei der Beurteilung entscheidungserheblicher Fragen des Gemeinschaftsrechts, zu denen noch keine hinreichende EuGH-Rechtsprechung vorliege bzw. zu denen eine Fortentwicklung der EuGH-Rechtsprechung möglich erscheine, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nur dann verletzen würden, wenn sie ihren Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hätten. Die Betreiber eines Selbstbedienungsmarkts der "Metro-Gruppe" wurden von einem Verein zur Förderung der Interessen des Einzelhandels darauf verklagt es zu unterlassen, in ihrem Markt Waren für den Eigenverbrauch der Kunden zu verkaufen, auf Werbeblättern eine doppelte Preisauszeichnung ohne grafische Differenzierung vorzunehmen und ihre Kassen noch nach den gesetzlichen Ladenschlußzeiten offenzuhalten. Gestützt auf eine frühere Entscheidung des BGH verurteilte das LG die Beschwerdeführer. Ihre Berufung wurde abgewiesen, die Revision nicht angenommen. Auch das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, weil die Fragen zu Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG geklärt seien. Die Nichteinleitung eines Vorlageverfahrens an den EuGH als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2

[196] EuGH, Urteil vom 17.4.1997, Rs. C-351/95, Slg. 1997, 2133.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

GG könne das Grundrecht zwar verletzen, doch prüfe das BVerfG nur, ob die Fachgerichte die Voraussetzungen des Art. 177 Abs. 3 EGV in offensichtlich unhaltbarer Weise beurteilt hätten. Dies sei der Fall, wenn die Gerichte eine Vorlage an den EuGH trotz Zweifeln an der richtigen Auslegung entscheidungserheblicher gemeinschaftsrechtlicher Fragen nicht in Erwägung gezogen hätten oder bewußt von der Rechtsprechung des EuGH abgewichen seien ohne vorzulegen. Liege eine einschlägige EuGH-Rechtsprechung noch nicht vor, sei eine Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet, oder erscheine eine Fortentwicklung der EuGH-Rechtsprechung möglich, so sei Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nur dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht seinen Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten habe, weil etwa eine Gegenauffassung der des Gerichtes eindeutig vorzuziehen sei. Das OLG habe sich aber ausdrücklich mit der Frage einer Vorlage an den EuGH auseinandergesetzt, die Gerichte seien nicht bewußt von der Rechtsprechung des EuGH abgewichen und die europarechtlichen Fragen zur Rechtsprechung des EuGH in den Fällen *Yves Rocher* und *Keck* würden keine solchen Zweifel aufdrängen, daß die Nichtvorlage unvertretbar erscheine.[197]

133. Der 1. Sen. des BFH legte mit Beschluß vom 9.9.1998 (I R 6/96 – DStR 1999, 151) dem Großen Senat die Frage vor, ob der BFH verpflichtet sei, dem EuGH Fragen nach dem Inhalt von Vorschriften der RL 78/660/EWG[198] vorzulegen. Eine GmbH wies in ihrer Bilanz eine Rückstellung für die rückständige Entsorgung von Abfallprodukten aus, deren Beseitigung von einer Drittfirma übernommen worden war, von der die GmbH auch Abfallbehälter gemietet hatte. Einen konkreten Auftrag zum Abtransport der von der Rückstellung betroffenen Abfälle hatte die Klägerin zum Bilanzstichtag noch nicht erteilt. Das FA erkannte die Rückstellung mangels hinreichender Konkretisierung der Entsorgungsverpflichtung als steuerlich unzulässige Aufwandsrückstellung nicht an. Das FG wies die Klage ab, wogegen die Klägerin Revision einlegte. Der Senat führte dazu aus, daß der BFH bislang nicht zu erkennen gegeben habe, ob er i.R.d. Steuerbilanzrechts eine Vorlagepflicht bejahe. Zur Beantwortung dieser Frage sei nicht der EuGH zuständig, da nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 177 Abs. 2 EGV allein die nationalen Gericht über die Notwendigkeit der Vorlage entscheiden würden und der EuGH ihnen nach ständiger Rechtsprechung sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung als auch die Erheblichkeit der Fragen zur Beurteilung überlasse. Der 1. Senat sei der Auffassung, daß Fragen nach dem Inhalt der Bilanzrichtlinie dem EuGH nicht zur Vorabentscheidung vorzulegen seien. Ausgangspunkt für eine mögliche mittelbare Geltung der Bilanzrichtlinie bei der steuerlichen Gewinnermittlung sei § 5 Abs. 1 S. 1 EStG, der auf die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung verweise. Daß der

[197] EuGH, Urteil vom 18.5.1993, Rs. C-126/91, Slg. 1993, 2361; Urteil vom 24.11.1993, Rs. C-267/91, Slg. 1993, 6097.

[198] Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25.7.1978 aufgrund von Art. 54 Abs. 3 *lit.* g) des Vertrages über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABlEG Nr. L 222 vom 14.8.1978, 11–31.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Gesetzgeber damit aber einen Bezug zu den gemeinschaftsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften hergestellt habe, stehe weder mit der Gesetzesgeschichte des Maßgeblichkeitsgrundsatzes, noch der Systematik des dritten Buches des HGB, noch den Gesetzesmaterialien zum Erlaß des Bilanzrichtliniengesetzes in Einklang. Der Maßgeblichkeitsgrundsatz habe bereits 1934, also ohne Bezug zum Gemeinschaftsrecht, Eingang in das EStG gefunden und der Rechtsausschuß des Bundestages habe die Vorschriften des Regierungsentwurfes zum Bilanzrichtliniengesetz umgruppiert, um zu verhindern, daß die ausschließlich für Kapitalgesellschaften einzuführenden Regelungen der Bilanzrichtlinie auch auf Personenhandelsgesellschaften und Kaufleute übertragen würden.[199] Die Übernahme der Vorschriften der Bilanzrichtlinie im ersten Abschnitt des dritten Buches des HGB sei damit systematisch abgelehnt worden. Werde danach für Personengesellschaften und Einzelunternehmer weder handels- noch steuerrechtlich Bezug zum Gemeinschaftsrecht hergestellt, so gelte dies auch für die steuerliche Gewinnermittlung bei Kapitalgesellschaften, da unterschiedliche Gewinnermittlungsgrundsätze je nach Rechtsform eines Unternehmens dem deutschen Steuerrecht fremd seien und dem steuerlichen Prinzip der gleichmäßigen steuerlichen Belastung zuwiderlaufen würden. Dies ermögliche zwar abweichende Bilanzierungsregeln für die Handelsbilanz und für die Steuerbilanz von Kapitalgesellschaften, doch sei mit dem Gesetzgeber und von Verfassungs wegen (Art. 3 GG) gleichen Bilanzierungsgrundsätzen für die steuerliche Gewinnermittlung – unabhängig von der Rechtsform – Vorrang zu geben.

134. Das BPatG legte mit Beschluß vom 29.1.1998 (4 W (pat) 40/97 – GRUR Int. 1998, 614) dem EuGH nach Art. 177 *lit.* a EGV die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob es mit den Grundsätzen der Art. 30 und 36 EGV vereinbar sei, daß die Wirkungen eines für einen Mitgliedstaat erteilten europäischen Patents als von Anfang an nicht eingetreten gelten würden, wenn der Patentinhaber dem Patentamt des Mitgliedstaats nicht binnen drei Monaten nach der Veröffentlichung des Hinweises auf die Erteilung eine Übersetzung der Patentschrift in der Amtssprache des Mitgliedstaates einreiche. Das deutsche Patentamt stellte fest, daß die Wirkungen des europäischen Patents der Beschwerdeführerin für die Bundesrepublik als von Anfang an nicht eingetreten gelten würden, weil die Patentinhaberin beim deutschen Patentamt nicht gem. Art. II §3 Abs. 2, 3 IntPatÜG[200] innerhalb von drei Monaten nach der Veröffentlichung des Hinweises auf die Erteilung des Europäischen Patents im Europäischen Patentblatt eine deutsche Übersetzung der Patentschrift eingereicht hatte. Das BPatG hegte Zweifel an der Vereinbarkeit der in Art. II §3 Abs. 2 IntPatÜG vorgesehenen Sanktionen mit dem Gemeinschaftsrecht und führte dazu aus, daß europäische Patente zwar nach dem EPÜ[201] nur in Deutsch, Englisch oder Französisch einzureichen seien, inzwischen aber nahezu alle Mitgliedstaaten von Art. 65 EPÜ Gebrauch gemacht hätten. Art. 65 EPÜ

[199] BT-Drs. 10/4268, 88, 89.
[200] Gesetz über internationale Patentübereinkommen vom 21.6.1976, BGBl. 1976 II 649.
[201] Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente vom 5.10.1973.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

erlaube es, die Einreichung einer Übersetzung der Patentschrift zu verlangen. Ein bedeutender Teil der Industrie sei aber finanziell nicht in der Lage, für alle Vertragsstaaten des europäischen Patentsystems die Übersetzungskosten aufzubringen. Das Übersetzungserfordernis wirke sich damit auf den Zugang zum Europäischen Patentsystem als Hindernis aus, könne daher eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 30 und 36 EGV sein und sei insbesondere in der Verhältnismäßigkeit der Sanktion zu dem mit ihr verfolgten Zweck zweifelhaft. Nach Art. 36 EGV seien Einfuhrbeschränkungen auch nur zum Schutz des gewerblichen Eigentums gerechtfertigt, das Übersetzungserfordernis beeinträchtige und erschwere jedoch den Zugang zum Patentschutz nachhaltig.

135. Das LG Kiel faßte am 1.9.1998 den Beschluß (15 O 134/98 – EuZW 1999, 29), dem EuGH zur Vorabentscheidung die Fragen vorzulegen, (1) ob die Vergütungen und Erstattungen der §§2–4 StromeinspeisungsG[202] eine staatliche Beihilfe i.S.d. Art. 92 EGV seien, (2) ob der Beihilfebegriff des Art. 92 EGV auch Regelungen erfasse, die den Unternehmen einer Branche die Förderung des Zahlungsempfängers mittels gesetzlicher Abnahmepflichten zu Mindestpreisen auferlegen würden, (3) ob der Beihilfebegriff des Art. 92 EGV auch Regelungen zur Verteilung zwischen Unternehmen von Aufwendungen erfasse, die durch Abnahmepflichten und Mindestvergütungen entstanden seien, wenn die gesetzliche Konzeption faktisch eine dauerhafte Lastenverteilung ohne Gegenleistung für belastete Unternehmen vorsehe, (4) ob, sofern Frage 2 verneint werde, sich die Sperrwirkung des Art. 93 Abs. 3 EGV nicht nur auf die Förderung an sich, sondern auch auf Ausführungsregelungen wie §4 StromeinspeisungsG erstrecke und (5) ob, sofern alle bisherigen Fragen verneint würden, mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen bzw. Maßnahmen gleicher Wirkung i.S.d. Art. 30 EGV vorliegen würden, wenn eine Regelung Unternehmen verpflichte, Strom aus regenerativen Energiequellen zu Mindestpreisen abzunehmen und Netzbetreiber ohne Gegenleistung zur Finanzierung heranziehe. Die Klägerin betrieb konventionelle Kraftwerke und Stromverteilungsnetze. Sie lieferte der Beklagten Strom, mit dem die Beklagte Schleswig-Holstein versorgte. Das StromeinspeisungsG verpflichtete die Beklagte, Strom aus regenerativen Energiequellen abzunehmen und zu vergüten. Einen Teil der Mehrbelastungen aus der Abnahmepflicht hatte sie gem. §4 StromeinspeisungsG gegenüber der Klägerin geltend gemacht, die unter Vorbehalt Abschlagszahlungen geleistet hatte und nunmehr einen Teilbetrag zurückforderte. Das LG Kiel setzte den Rechtsstreit aus und ersuchte den EuGH um Vorabentscheidung der genannten Fragen, weil bei entsprechender Auslegung des Beihilfebegriffs in Art. 92 EGV ein Vorprüfungsverfahren gemäß Art. 93 Abs. 3 EGV vorgeschrieben sei, das der nationale Gesetzgeber nicht eingehalten habe. Die Beihilferegelung wäre dann unanwendbar und die bisher geleisteten Zahlungen wären abzuwickeln. Sei diese Form der Beihilfeleistung keine Beihilfe i.S.d. Art. 92 EGV,

[202] Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz vom 7.12.1990, BGBl. 1990 I 26, i.d.F. des Art. 3 Nr.2 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.4.1998, BGBl. 1998 I 730 (734–736).

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

so könne der nationale Gesetzgeber den Schutz des einzelnen durch das Prüfungsverfahren des Art. 93 EGV unterlaufen und die gesamten Beihilfevorschriften umgehen, indem er die Finanzierung Unternehmen zwangsweise und ohne Gegenleistung auferlege. Sei eine Beihilfe anzunehmen, so sei weiter fraglich, ob die Kostenverteilungsregelung des §4 StromeinspeisungsG als eigenständige Beihilferegelung von Art. 92 EGV erfaßt werde, weil diese sog. Härteklausel aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten zu einer dauerhaften Inanspruchnahme Dritter führe. Könne §4 StromeinspeisungsG nicht als eigenständige Beihilferegelung qualifiziert werden, so sei aus dem gleichen Grund zu fragen, ob die Sperrwirkung des Art. 93 Abs. 3 EGV neben §§2 und 3 StromeinspeisungsG auch §4 StromeinspeisungsG erfasse. Seien schließlich die Regelungen des StromeinspeisungsG nicht als Beihilfen einzuordnen, so könne die Abnahmepflicht der Unternehmen zu festgeschriebenen Mindestpreisen eine unzulässige "Maßnahme gleicher Wirkung" i.S.d. Art. 30 EGV sein, weil zumindest die Möglichkeit eines Nachfragerückgangs gegenüber Erzeugern aus anderen Mitgliedstaaten nicht auszuschließen sei.

http://www.zaoerv.de
© 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht