

BERICHTE UND URKUNDEN

Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1987

*Juliane Kokott**

Übersicht

(for an English Version of this Survey see p. 718)

* Dr.iur., LL.M. wissenschaftliche Referentin am Institut. Zur Zeit Harvard Law School.

Abkürzungen: ABLEG = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; AO = Abgabenordnung; AsylVfG = Asylverfahrensgesetz; AufenthaltsG = Aufenthaltsgesetz; AuslG = Ausländergesetz; BayVBl. = Bayerische Verwaltungsblätter; BB = Der Betriebsberater; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; BSHG = Bundessozialhilfegesetz; BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerfGG = Gesetz über das Bundesverfassungsgericht; BVerwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); DBA = Doppelbesteuerungsabkommen; DÖV = Die Öffentliche Verwaltung; DStR = Deutsches Steuerrecht; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; ECHR = European Convention on Human Rights; EFG = Entscheidungen der Finanzgerichte; EG = Europäische Gemeinschaften; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; ESVGH = Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg; EuAIÜ = Europäisches Auslieferungsübereinkommen; EuGRZ = Europäische Grundrechtezeitschrift; EWG(V) = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (Vertrag); FG = Finanzgericht; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; GG = Grundgesetz; HFR = Höchststrichterliche Finanzrechtsprechung; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; IPRax = Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; IRG = Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen; JR = Juristische Rundschau; JZ = Juristen Zeitung; MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht; NATO = North Atlantic Treaty Organization; n.F. = neue Fassung; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; NVwZ = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht; OLG = Oberlandesgericht; OVG = Oberverwaltungsgericht; RIW = Recht der Internationalen Wirtschaft; ROW = Recht in Ost und West; Rs. = Rechtssache; RuStAG = Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz; Slg. = Entscheidungssammlung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften; StAZ = Das Ständesamt; StPO = Strafprozeßordnung; VBlBW = Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg; VGH = Verwaltungsgerichtshof; VwGO = Verwaltungsgerichtsordnung.

*I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht (1–6)**II. Völkerrechtliche Verträge (7)**III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität (8–15)*

1. Territorialitätsgrundsatz – 2. Anerkennung fremder Hoheitsakte

IV. Staatsangehörigkeit (16–25)

1. Deutsche Staatsangehörigkeit im Sinne des Grundgesetzes und Staatsbürgerschaft der DDR – 2. Staatsangehörigkeit im übrigen: a) Erwerb; b) Staatenlosigkeit

*V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs (26)**VI. Fremdenrecht (27–41)*

1. Einreise und Aufenthalt: a) Schutz von Ehe und Familie; b) Politische und soziale Rechte – 2. Ausweisung – 3. Abschiebung

VII. Asylrecht (42–60)

1. Politische Verfolgung: a) Begriff; b) Inländische Fluchalternative; c) Anderweitiger Verfolgungsschutz – 2. Nachfluchtgründe – 3. Aufenthalt – 4. Aufenthaltsbeendende Maßnahmen und Verfahren

VIII. Auslieferungsrecht (61–66)

1. Auslieferungshindernisse – 2. Spezialitätsgrundsatz

IX. Europäische Menschenrechtskonvention (67–72)

1. Gerichtsverfahren, Art.6 EMRK: a) Verfahrensdauer, Art.6 Abs.1 EMRK; b) Unschuldsvermutung, Art.6 Abs.2 EMRK; c) Verteidigung, Art.6 Abs.3 EMRK – 2. Familienleben, Art.8 EMRK

X. Europäische Gemeinschaften (73–89)

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht – 2. Diskriminierungsverbot – 3. Freizügigkeit – 4. Assoziationsabkommen mit der Türkei – 5. Vorabentscheidungsverfahren: a) Auslegung des Assoziationsabkommens; b) Garantie des gesetzlichen Richters; c) Revisionszulassung; d) Auslegung des innerstaatlichen Rechts

XI. Bundesrepublik Deutschland und DDR (90)

Survey

*I. International Law and Municipal Law (1–6)**II. Treaties (7)**III. Effects and Limits of State Sovereignty (8–15)*

1. Territoriality – 2. Recognition of foreign acts

IV. Nationality (16–25)

1. German nationality according to the basic law and citizenship of the German Democratic Republic – 2. Other problems relating to nationality: a) Acquisition; b) Statelessness

V. *Agencies of Diplomatic and Consular Affairs* (26)VI. *Legal Status of Aliens* (27–41)

1. Entry and residence: a) Protection of marriage and family; b) Political and social rights
- 2. Expulsion – 3. Deportation

VII. *Asylum* (42–60)

1. Political persecution: a) Notion; b) Protection found elsewhere in the state of persecution; c) Protection by other states – 2. *Réfugiés sur place* – 3. Residence – 4. Termination of permission to stay of persons seeking asylum and procedure

VIII. *Extradition* (61–66)

1. Legal obstacles for extradition – 2. Speciality rule

IX. *European Convention on Human Rights* (67–72)

1. Judicial procedure (Art.6 ECHR): Length of procedure (Art.6 para.1 ECHR); b) Presumption of innocence (Art.6 para.2 ECHR); c) Defense (Art.6 para.3 ECHR) – 2. Family life (Art.8 ECHR)

X. *European Communities* (73–89)

1. Community law and municipal law – 2. Prohibition of discrimination – 3. Freedom of movement – 4. Association agreement with Turkey – 5. Preliminary rulings (Art.177 EEC [European Economic Community] Treaty): a) Interpretation of the association agreement: b) Lawful judge; c) Procedure for revision; d) Interpretation of municipal law

XI. *Federal Republic of Germany and GDR* (90)*Vorbemerkung*

Der folgende Bericht über die bundesdeutsche Judikatur zu völkerrechtlichen Fragen¹ schließt an die Darstellung für das Jahr 1986 an². Die

¹ Der Bericht wurde im Juli 1988 abgeschlossen. Später veröffentlichte Entscheidungen werden in den folgenden Jahresberichten Berücksichtigung finden. Vgl. auch die jeweils fünf Jahre Rechtsprechung zusammenfassenden Bände der Reihe *Fontes Iuris Gentium, Series A, Sectio II* (nächster Band: Tomus 9 [1981–1985]).

² M. Hartwig, *Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen* 1986, *ZaöRV* 48 (1988), S.35ff.; vgl. auch H. J. Hahn, *Deutsche Rechtsprechung 1945–1950*, *ZaöRV* 14 (1951), S.252ff.; F. Münch, – 1951–1957 (Teil A) *ZaöRV* 20 (1959), S.186ff., (Teil B) *ZaöRV* 21 (1961), S.511ff., (Teil C) *ZaöRV* 22 (1962), S.729ff.; C. Tomuschat, – 1958–1965 (Teil A) *ZaöRV* 28 (1968), S.48ff., (Teil B), *ibid.*, S.646ff.; A. Bleckmann, – 1966–1968, *ZaöRV* 31 (1971), S.271ff., – 1969–1970, *ZaöRV* 32 (1972), S.71ff., – 1971, *ibid.*, S.583ff., – 1972, *ZaöRV* 33 (1973), S.757ff., – 1973, *ZaöRV* 34 (1974), S.737ff., – 1974, *ZaöRV* 36 (1976), S.856ff., – 1975, *ZaöRV* 37 (1977), S.306ff.; W. D. Kischlat, – 1976, *ZaöRV* 37 (1977), S.790ff.; H. Krück, – 1977, *ZaöRV* 39 (1979), S.83f., – 1978, *ZaöRV* 40 (1980), S.122ff.; M. Vierheilig, – 1979, *ZaöRV* 41 (1981), S.149ff., – 1980, *ZaöRV* 42 (1982), S.121ff., – 1981, *ZaöRV* 43 (1983), S.118ff.; U. Wölker, – 1982, *ZaöRV* 44 (1984), S.103ff.; C. Haverland, – 1983, *ZaöRV* 45 (1985), S.62ff.; R. Küh-

Rechtsprechung zu einzelnen Verträgen ist wie bisher nur insoweit einbezogen, als sie zugleich allgemeines Völkerrecht oder allgemein bedeutsame Fragen westeuropäischer Verträge (EMRK, Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften usw.) betrifft. Wie in den vorausgegangenen Berichten wurden im Bereich von Fremden- und Asylrecht nur Entscheidungen von grundsätzlichem Interesse erfaßt.

Soweit auf Grund der systematischen Gliederung eine Entscheidung an mehreren Stellen behandelt wird, finden sich Querverweisungen auf die anderen Passagen in eckigen Klammern.

1. Völkerrecht und innerstaatliches Recht

1. Das Bundesverfassungsgericht griff im Beschluß vom 26.3.1987 (– 2 BvR 589/79 u. a. – BVerfGE 74, 358 = EuGRZ 1987, 203) [69] zur Definition der verfassungsmäßig verbürgten Unschuldsvermutung auf Art.6 Abs.2 EMRK zurück. Zwar habe Art.6 Abs.2 EMRK im innerstaatlichen Recht nur den Rang eines Bundesgesetzes; jedoch ergebe sich aus »der rechtlichen Wirkung, die das Inkrafttreten der Konvention auf das Verhältnis zwischen den Grundrechten des Grundgesetzes und ihnen verwandten Menschenrechten der Konvention hat«, daß bei »der Auslegung des Grundgesetzes auch Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen (seien), sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt ...« Deshalb diene »insoweit auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes«. Ferner sind nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch »Gesetze – hier die Strafprozeßordnung – ... im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen und anzuwenden, selbst wenn sie zeitlich später erlassen worden sind als ein geltender völkerrechtlicher Vertrag; denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will«.

2. Am 29. Oktober 1987 wies das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde gegen die Stationierung amerikanischer chemischer Waf-

ner, – 1984, ZaöRV 46 (1986), S.89ff.; M. Herdegen, – 1985, ZaöRV 46 (1986), S.774ff.

fen auf dem Territorium der Bundesrepublik zurück (Beschluß vom 29.10.1987 – 2 BvR 624/83 u. a. – DÖV 1988, 435 = EuGRZ 1987, 565 = NJW 1988, 1651). Soweit die Verfassungsbeschwerden gegen die Lagerung der Waffen gerichtet seien, gingen sie ins Leere, da die fremden Streitkräfte insoweit »nach einer allgemeinen Regel des Völkerrechts« der Hoheitsgewalt der Bundesrepublik entzogen seien. Die Beschwerdeführer könnten sich auch nicht erfolgreich gegen die Mitwirkung der Bundesregierung beim Abschluß des Vertrages über den Aufenthalt ausländischer Streitkräfte in der Bundesrepublik und des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut wenden. Denn dabei handele es sich um ein »Verhalten (der Bundesregierung) auf völkerrechtlicher Ebene, das noch keine innerstaatlichen Rechtswirkungen auszulösen vermochte. Diese werden erst durch die Zustimmungsgesetze zu den Verträgen bewirkt; sie erteilen den innerstaatlichen Anwendungsbefehl«. Auch hinsichtlich der Lagerung und Beförderung der Waffen lägen keine der Bundesregierung zurechenbare Akte vor. Sofern die Beschwerdeführer geltend machen, der Gesetzgeber habe der Stationierung der chemischen Waffen entgegen Art.59 Abs.2 GG nicht gesondert zugestimmt, seien ihre Anträge unbegründet. Art.59 Abs.2 GG fordere nicht, daß der Gesetzgeber einzelnen Modalitäten der Vertragsdurchführung zustimme. Vielmehr hielten sich die Stationierung chemischer Waffen in der Bundesrepublik Deutschland und ein etwaiger völkerrechtsgemäßer Zweiteinsatz dieser Waffen im Rahmen des dem NATO-Vertrag zugrundeliegenden Bündnisprogramms. Deshalb reiche die vorhandene Zustimmung des Gesetzgebers zu den entsprechenden Bestimmungen des Vertrages über den Aufenthalt fremder Truppen in der Bundesrepublik Deutschland und zum Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut aus. Die Stationierung der chemischen Waffen verstoße auch nicht gegen Art.25 GG. Denn jedenfalls lasse sich die These der Beschwerdeführer, die Wirkungen eines (Zweit)einsatzes von C-Waffen im Konfliktfall ließen sich nicht – wie es nach Auffassung der Beschwerdeführer das Völkerrecht gebietet – auf militärische Ziele begrenzen, nicht auf methodisch nachvollziehbare Weise sicher feststellen.

3. Der Anspruch eines der jeweiligen Gerichtssprache nicht hinreichend mächtigen Angeklagten auf Beiziehung eines Dolmetschers, jedenfalls für die mündliche Verhandlung, zähle zum vom Völkerrecht umfaßten menschenrechtlichen Mindeststandard und sei als allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art.25 GG anzusehen, stellte das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluß vom 21.5.1987 fest (– 2 BvR 1170/83 – NJW 1988, 1462).

4. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragung von Hoheits-

rechten nach Art.24 GG war Gegenstand eines Urteils des Bundesgerichtshofs vom 3.11.1987 (– X ZR 27/86 – Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 102, 118 = RIW 1988, 218). Die Bundesrepublik Deutschland hat der Sprachenregelung für europäische Patente, wonach die Beschreibungen europäischer Patente nicht in deutscher Sprache abgefaßt sein müssen, zugestimmt, ohne von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, eine deutsche Übersetzung vorzuschreiben³. Der Bundesgerichtshof legte dar, daß die Bundesrepublik das Hoheitsrecht, europäische Patente mit Wirkung für die Bundesrepublik zu erteilen, im Sinne von Art.24 Abs.1 GG der europäischen Patentorganisation übertragen habe. Bei einer solchen Übertragung von Hoheitsrechten dürften zwar die das Grundgesetz konstituierenden wesentlichen Strukturen nicht aufgegeben oder ausgehöhlt und die Grundrechte nicht in ihrem Wesensgehalt angetastet werden⁴. Diese in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verankerten Grundsätze müßten aber im Kontext des Bekenntnisses des Grundgesetzes zu einem vereinten Europa und der besonderen Formen supranationaler Zusammenarbeit ausgelegt werden⁵. Der in Art.24 Abs.1 GG zum Ausdruck kommenden Verfassungsentscheidung für eine internationale Zusammenarbeit entspreche es, eine vermehrte Mühewaltung der Gewerbetreibenden und vermehrte Kosten bei der Ermittlung ihres gewerblichen Handlungsspielraums allein nicht als Einbruch in das Grundgefüge der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland zu werten.

5. Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich zwei Mal mit den Auswirkungen von Verfahren vor der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) auf das deutsche Beamtenrecht zu befassen. Am 20.1.1987 entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß ein disziplinarrechtliches Verfahren nicht auf Grund eines gleichzeitig laufenden Verfahrens vor der Internationalen Arbeitsorganisation ausgesetzt werden müsse (Urteil vom 20.1.1987 – 1 D 114.85 – VBIBW 1988, 81).

6. In der Entscheidung vom 16.9.1987 führte der Senat unter Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung aus, daß der Bericht eines Untersuchungsausschusses der Internationalen Arbeitsorganisation nicht die verbindliche Festlegung völkerrechtlicher Pflichten der Bundesrepublik

³ Vgl. Art.I Nr.3 IntPatÜG [Gesetz zum Internationalen Patentübereinkommen]; Art.65 und 70 Abs.3 und 4 EPÜ [Übereinkommen über die Erteilung Europäischer Patente].

⁴ Vgl. BVerfGE 73, 339, 375 f.

⁵ Vgl. BVerfGE 73, 339, 386.

Deutschland enthalten könne, die bei Anwendung und Auslegung innerstaatlichen Rechts zu beachten wären (Urteil vom 16.9.1987 – 1 D 122.86 – – DVBl. 1988, 363). Die Empfehlungen des Untersuchungsausschusses hätte keine das innerstaatliche Recht unmittelbar ändernde Wirkung.

II. Völkerrechtliche Verträge

7. Das Finanzgericht Hamburg (Beschuß vom 15.1.1987 – V 124/86 – RIW 1987, 482) entschied, Verträge mit fremden Staaten, die, wie das Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) mit den USA, unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden seien, gingen zwar laut § 2 AO den Steuergesetzen vor. Diese Vorschrift könne aber nicht so verstanden werden, daß sie dem Steuergesetzgeber jegliche Verfügungsmacht über den Regelungsgehalt eines DBA entziehe. Das wäre nicht vereinbar mit dem Grundgesetz, das eine Vorrangigkeit nur für die allgemeinen Regeln des Völkerrechts (§ 25 GG), nicht aber für völkerrechtliche Verträge (§ 59 Abs.2 Satz 1 GG) vorsehe. Das Grundgesetz schreibe eine Bindung der Gesetzgebung an das Vertragsrecht nicht vor, sondern überlasse die Erfüllung der bestehenden völkerrechtlichen Vertragspflichten der Verantwortung des zuständigen Gesetzgebers; die Verpflichtung des Staates als Völkerrechtssubjekt zur Vertragstreue im Rahmen des völkerrechtlichen Außenverhältnisses bleibe hiervon unberührt. Deshalb sei § 2 AO – verfassungskonform – dahin auszulegen, daß ein späteres Steuergesetz einem DBA im Kollisionsfall nach allgemeinen Kollisionsregeln jedenfalls dann vorgehe, wenn es die speziellere Regelung enthalte.

III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität

1. Territorialitätsgrundsatz

8. Der Bundesgerichtshof erklärte die Anwendung des (strafrechtlichen) Weltrechtsprinzips in einem Falle für zulässig, in dem ein Niederländer wegen eines in den Niederlanden begangenen Betäubungsmittelhandels auf deutsches Ersuchen von Spanien zur Strafverfolgung an die Bundesrepublik ausgeliefert wurde (Urteil vom 8.4.1987 – 3 StR 11/87 – BGHSt 84, 334 = JR 1988, 160 = MDR 1987, 684 = NJW 1987, 2168 mit Anm. von C. F. Rüter/T. Vogler = JR 1988, 136). Dahinstehen könne, ob es auch bei Betäubungsmitteldelikten über die Festnahme des Täters nach seiner Einreise hinaus einer besonderen Anknüpfung an den deutschen Jurisdiktionsbereich bedürfe. Jedenfalls biete das im Völkerrecht aner-

kannte Schutzprinzip den deutschen Strafverfolgungsbehörden im vorliegenden Fall hinreichenden Anlaß, gegen den Angeklagten einzuschreiten. Seine Tat habe deutsche Interessen nicht nur – wegen der allgemeinen Gefährlichkeit jeden unerlaubten Betäubungsmittelhandels – abstrakt gefährdet. Schutzwürdige Inlandsbelange seien vielmehr nachhaltig dadurch verletzt worden, daß der Angeklagte jahrelang unweit der niederländisch-deutschen Grenze größere Haschischmengen an deutsche Staatsangehörige und an ausländische Betäubungsmittelhändler veräußerte und das Rauschgift anschließend zum größten Teil in die Bundesrepublik eingeführt wurde.

9. Gemäß Urteil des Finanzgerichts Hamburg (Urteil vom 14.8.1987 – II 306/85 – EFG 1988, 39 = RIW 1988, 239) gibt es keine allgemeine Regel des Völkerrechts, die es einem Staat als Ausprägung des Territorialitätsprinzips verbietet, ein An- und Verkaufsgeschäft über Wertpapiere zu besteuern, welches ein in diesem Staat Ansässiger im Ausland abschließt. Bei Vorliegen hinreichend sachgerechter Anknüpfungspunkte, wie hier der Beteiligung eines Inländers, stelle eine solche Regelung keine völkerrechtswidrige Einmischung in den Hoheitsbereich des ausländischen Staates dar.

10. Das Hessische Finanzgericht stellte in einer nicht rechtskräftigen Entscheidung fest, daß nach völlig herrschender Auffassung zum Staatsgebiet auch der Luftraum über dem Territorium eines Staates gehört, und daß Flugzeuge nicht als »fliegende Gebietsteile« ihres Heimatstaates anzusehen sind (Urteil vom 14.8.1987 – 10 K 458/86 EFG 1988, 61 – RIW 1988, 239). Dementsprechend greife nach dem DBA mit Italien grundsätzlich das Besteuerungsrecht des italienischen Staates für Arbeitseinkünfte eines in der Bundesrepublik wohnenden Piloten ein, sobald dieser mit seinem Verkehrsflugzeug die italienische Grenze überfliege, und gelte bis zum Verlassen des italienischen Luftraumes. Folglich entfalle das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik für den auf diese Zeiten entfallenden Arbeitslohn nach dem Doppelbesteuerungsabkommen auch dann, wenn Italien von seinem Besteuerungsrecht keinen Gebrauch mache.

11. Das Amtsgericht Bonn befaßte sich mit einer Schadensersatzklage gegen die UdSSR wegen des Kernreaktorunfalls in Tschernobyl (Beschluß vom 29.9.1987 – 9 C 362/86 – NJW 1988, 1393). Die sowjetische Energiewirtschaft sei entsprechend der Regelung im deutschen Recht dem nicht-hoheitlichen Bereich zuzuordnen. Deshalb unterlägen deliktische Ansprüche, die sich im Rahmen der russischen Energiewirtschaft ergeben, grundsätzlich der deutschen Gerichtsbarkeit. Der Grundsatz der Staatenimmunität könne insoweit nicht geltend gemacht werden. Die

Nichtbeachtung völkerrechtlich begründeter Aufklärungs-, Warn- und Informationspflichten im Zusammenhang mit dem Reaktorunfall verwirklichte unter Umständen einen völkerrechtlichen Unrechtstatbestand, der den »Wirkungsstaat« Bundesrepublik Deutschland in seinen eigenen Rechten auf und aus staatlicher Integrität verletze. Nur der Staat, nicht das (hier klagende) Individuum sei aber berechtigt, derartige Ersatzansprüche geltend zu machen. Die zivilrechtliche Zurechnung von schädigenden Handlungen im Rahmen des § 823 BGB wiederum könne nur in Bezug auf die »AES Tschernobyl« (Atomstation Tschernobyl) erfolgen, nicht aber auf die UdSSR. Die »AES Tschernobyl« sei eine selbständige juristische Person, die mit eigenem Vermögen ausgestattet sei und mit diesem für verursachte Schäden hafte. Die Entscheidung erörtert schließlich die Möglichkeit eines Haftungsdurchgriffs auf den Staat in Anlehnung an das deutsche Konzernrecht. Insoweit habe der Kläger weder die Voraussetzungen eines Durchgriffs unter dem Gesichtspunkt der Beherrschung noch der Unterkapitalisierung hinreichend substantiiert dargetan.

2. Anerkennung fremder Hoheitsakte

12. Zum Verhältnis der Regelungen in völkerrechtlichen Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen und dem autonomen Anerkennungsrecht der Bundesrepublik Deutschland äußerte sich der BGH in einem Urteil vom 18.3.1987 (– IVb ZR 24/86 – MDR 1987, 747). In erster Linie seien die Abkommen maßgeblich. Aber ein Staat sei nicht gehindert, die Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen über den in einem Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen vorgesehenen Rahmen hinaus innerstaatlich zuzulassen. Denn Sinn und Zweck der entsprechenden Staatsverträge sei durchweg die Erleichterung, nicht aber, gemessen an der Rechtslage ohne Vertrag, die Erschwerung der Anerkennung und Vollstreckung der Gerichtsentscheidungen des jeweils anderen Staates.

13. Nur eine eingeschränkte Überprüfung bezüglich der in das Bundeszentralregister einzutragenden Urteile ausländischer Gerichte steht den Registerbehörden laut Beschluß des Oberlandesgerichts Hamm vom 6.8.1987 zu (– 1 V As.43/87 – MDR 1988, 168 = NStZ 1988, 136). Lediglich im Einzelfall könne die Eintragung einer ausländischen Verurteilung in das Bundeszentralregister unzulässig sein, wenn die vom Betroffenen als unrichtig bekämpfte Verurteilung offensichtlich fehlerhaft sei, oder auf Grund einer Verfahrensordnung oder jedenfalls in Anwendung von einzelnen Verfahrensvorschriften ergangen sei, die dem völkerrechtlichen Mindeststandard elementarer Verfahrensgerechtigkeit (*fair trial*) und den ver-

fassungsrechtlichen Grundsätzen der deutschen öffentlichen Ordnung nicht genügen.

14. Das Bundessozialgericht entschied, daß die Anerkennung und Vollstreckung titulierter österreichischer Beitragsforderungen (Rückstandsausweisen) durch eine deutsche Krankenkasse auf Grund des Art.36 des deutsch-österreichischen Sozialversicherungsabkommens nicht gegen Art.19 Abs.4 GG verstößt (Urteil vom 21.1.1987 – 1 RS 3/85 – Entscheidungen des Bundessozialgerichts 1987, 131). Um den Anforderungen des Art.19 Abs.4 GG zu genügen, darf die Vollstreckbarkeit ausländischer Titel zwar nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von Verfassungs wegen (auch) über den Abschluß von internationalen Verträgen grundsätzlich nur dann eröffnet werden, wenn in bezug auf die im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland zu vollstreckenden Titel ein Maß an Rechtsschutz im Ausland tatsächlich eröffnet war, das gewissen Mindestanforderungen an Rechtsstaatlichkeit genügt. In Österreich bestand aber objektiv die Möglichkeit der Anrufung des Verwaltungsgerichtshofs und unter Umständen des Verfassungsgerichtshofs. Daß der beanstandete Bescheid hier beim Kläger den Eindruck erwecken konnte, ein Rechtsweg vor unabhängige Gerichte sei nicht eröffnet, habe angesichts dieser objektiv gegebenen Möglichkeit unter dem Gesichtspunkt des Art.19 Abs.4 GG kein entscheidendes Gewicht.

15. Zum Vorbehalt des *ordre public* hinsichtlich in der DDR vorgenommener Enteignungen äußerte sich das Kammergericht in einem nicht rechtskräftigen Beschluß vom 29.9.1987 (17 U 492/87 – NJW 1988, 341). Das Kammergericht bejahte eine faktische Enteignung im Sinne des internationalen Privatrechts auf Grund des Vermögensverlustes, den der Kläger durch die Nachbesteuerung für einen neunjährigen Zeitraum in Verbindung mit der rechtskräftigen Verurteilung zur Zahlung einer Geldstrafe von 100 000 DM erlitten habe. Das Einkommenssteuerrecht der DDR verstoße ganz offensichtlich schon als solches gegen den Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit und gegen das Rechtsstaatsprinzip. Im konkreten Fall gehe es um eine Art.14 Abs.1 Satz 3 GG verletzende Erdrosselungssteuer. Der Steuerpflichtige könne sie nicht ohne wiederkehrende Eingriffe in die Substanz konkreter Eigentumsobjekte aufbringen, wodurch sein Betrieb zum Erliegen komme. Die Anwendung des Rechts der DDR, soweit nach diesem insbesondere von einer wirksamen Beschlagnahme durch das Finanzamt auszugehen sei, stehe im Sinne des Art.30 EGBGB a. F. [Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch alte Fassung] zu den tragenden Grundgedanken der entspre-

chenden inländischen Regelungen und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch, daß seine Anwendbarkeit untragbar erscheine.

IV. Staatsangehörigkeit

1. Deutsche Staatsangehörigkeit im Sinne des Grundgesetzes und Staatsbürgerschaft der DDR

16. Der Erwerb der Staatsbürgerschaft der Deutschen Demokratischen Republik habe für die Bundesrepublik Deutschland in den Grenzen des *ordre public* die Wirkung des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit im Sinne des Grundgesetzes. Diese Rechtsfolge leitet das Bundesverfassungsgericht aus dem Wiedervereinigungsgebot des Grundgesetzes ab (Beschluß vom 21.10.1987 – 2 BvR 373/83 – BayVBl. 1988, 80 = DÖV 1988, 434 = DVBl. 1988, 279 = EuGRZ 1987, 483 = JZ 1988, 144 = MDR 1988, 199 = ROW 1988, 193 = StAZ 1988, 78)⁶. Die im Wiedervereinigungsgebot enthaltene »Wahrungspflicht« gebiete es auch, die Einheit des deutschen Volkes als des Trägers des völkerrechtlichen Selbstbestimmungsrechts nach Möglichkeit zukunftsgerichtet auf Dauer zu bewahren. Die Verknüpfung des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit im Sinne des Grundgesetzes mit dem Erwerb der Staatsbürgerschaft der DDR sei auch völkerrechtlich zulässig. Die bestehende Rechtslage Deutschlands, insbesondere der Umstand, daß dem deutschen Volk seit der Niederlage des deutschen Staates im Zweiten Weltkrieg versagt geblieben sei, in freier Selbstbestimmung über seine politische Form zu entscheiden, stellten hinreichende sachliche Anknüpfungspunkte für die Zuerkennung der deutschen Staatsangehörigkeit gegenüber Bürgern der DDR dar.

17. Zuvor hatte der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in einem Urteil vom 13.7.1987 festgestellt: Entläßt die Deutsche Demokratische Republik einen Bürger aus ihrer Staatsbürgerschaft, so verliert er dadurch nicht die deutsche Staatsangehörigkeit im Sinne des Grundgesetzes und des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes (– 1 S 771/87 – ESVG 37, 285 = VBIBW 188, 66). Nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts könne ein dritter Staat eine durch ihn nicht vermittelte Staatsangehörigkeit nicht beenden; hierzu wäre nur die Bundesrepublik Deutschland als der die deutsche Staatsangehörigkeit vermittelnde Staat befugt.

⁶ Zu dem Beschluß wurden bereits zahlreiche Anmerkungen verfaßt, siehe L. Gussek, NJW 1988, 1302; J. Kokott, NVwZ 1988, 799; M. Silagi, StAZ 1988, 64 und, ders., ROW 1988, 151; D. Wyduckel, DVBl. 1988, 284.

2. Staatsangehörigkeit im übrigen

a) Erwerb

18. Zwei Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts behandeln Einbürgerungsbegehren von Antragstellern, denen Stipendien zum Studium an deutschen Hochschulen mit einer entwicklungspolitischen Zwecksetzung gewährt worden waren. Nach der Entscheidung vom 22.12.1987 (Beschluß vom 22.12.1987 – 1 B 147.87 – BayVBl. 1988, 310 = InfAuslR 1988, 109) kann es eine rechtmäßige Ermessensausübung sein, die Einbürgerung nach § 8 RuStAG davon abhängig zu machen, daß sich der Bewerber zur Zurückzahlung der ihm gewährten Mittel zur Ausbildungsförderung verpflichtet. Das gelte auch dann, wenn das Herkunftsland des Bewerbers nur »bedingt als Entwicklungsland« anzusehen sei.

19. Entwicklungspolitische Interessen seien bei Einbürgerungsbewerbern aus Entwicklungsländern, die im Bundesgebiet eine mit einem Stipendium aus öffentlichen Mitteln geförderte Ausbildung erhalten haben, hingegen regelmäßig nicht in dem genannten Sinne vorrangig, wenn sich die Lebensverhältnisse des mit einem deutschen Staatsangehörigen verheirateten Ausländers so verfestigt haben, daß eine Rückkehr in seine Heimat oder ein anderes Entwicklungsland gänzlich unwahrscheinlich geworden sei (Urteil vom 31.3.1987 – 1 C 29.84 – BVerwGE 77, 164 = DÖV 1987, 918 = DVBl. 1987, 793 = InfAuslR 1987, 288 = NJW 1987, 2174). In diesen Fällen setze das öffentliche Interesse für die Einbürgerung regelmäßig nicht voraus, daß der Bewerber sich zuvor verpflichte, das ihm gewährte Stipendium zurückzuzahlen.

20. Ein mit einem deutschen Staatsangehörigen verheirateter Einbürgerungsbewerber hat Anspruch auf Erteilung einer Einbürgerungszusicherung, wenn ein grundsätzlich gegebener Einbürgerungsanspruch nach § 9 RuStAG allein von der Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit des Bewerbers abhängt und der Bewerber bei Vorlage einer deutschen Einbürgerungszusicherung auf seine Staatsangehörigkeit verzichten kann und verzichten will (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 31.3.1987 – 1 C 26/86 – NJW 1987, 2180). Diese Rechtsfolge entspreche Sinn und Zweck des § 9 RuStAG: dem auf Art. 6 GG beruhenden Schutzzweck sowie dem Zweck, Doppelstaatsangehörigkeit auszuschließen.

21. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof entschied, daß der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit nicht daran scheitern dürfe, daß ein ausländischer Staat auf Dauer die Entlassung aus seiner Staatsangehörigkeit verweigere, wenn auf Grund der Umstände des Einzelfalls die Voraussetzungen für die Einbürgerung nach der allgemeinen Staatenpraxis eindeutig

erfüllt seien (Urteil vom 6.3.1987 – 7 UE 575/86 – InfAuslR 1987, 295). In einem solchen Falle verbiete Art.6 GG als höherrangige Verfassungsnorm die Anwendung eines entgegenstehenden Niederlassungsabkommens.

b) Staatenlosigkeit

22. Mehrere Entscheidungen betreffen die Staatenlosigkeit. Nach dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 26.5.1987 (– 18 A 2811/84 – InfAuslR 1988, 70) vermittelt das Übereinkommen vom 28.9.1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen kein vom Ausländergesetz unabhängiges Bleiberecht. Das Abkommen regelt das Entstehen von Aufenthaltsrechten in den Vertragsstaaten nicht. Art.28 Abs.2 des Staatenlosen-Übereinkommens begründet unmittelbar das Recht des Einzelnen auf Ausstellung eines Reisepasses, welcher allerdings nicht den Aufenthalt in einem Vertragsstaat sichere.

23. Weitere Entscheidungen zur Staatenlosigkeit setzen die Rechtsprechung der deutschen Gerichte zur Palästinenserfrage fort. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Nichtzulassungsbeschwerde (§ 132 VwGO) gegen eine Entscheidung zurück, derzufolge es keinen Staat Palästina gebe und demgemäß Palästinensern Reiseausweise auf Grund des Art.28 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen ausgestellt werden können (Beschluss vom 17.7.1987 – 1 B 23.87 – InfAuslR 1987, 278)⁷.

24. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen bekräftigte im Beschluss vom 7.7.1987 (– 18 A 2810/84 – InfAuslR 1988, 68), daß keine palästinensische Staatsangehörigkeit bestehe. Auch von den arabischen Staaten werde anerkannt, daß eine effektive staatliche Ordnung durch die Einwohner Palästinas nicht geschaffen worden sei. Die Palästinensische Befreiungsorganisation (PLO) sei in der Staatenpraxis nicht als Träger staatlicher Gewalt eines Staates Palästina anerkannt. Vielmehr werde sie von zahlreichen Staaten nur als Vertreter des palästinensischen Volkes angesehen, verbunden allenfalls mit der Anerkennung des Rechts auf einen eigenen Staat.

25. Das Verwaltungsgericht Oldenburg führte aus, daß auch bei einem – staatenlosen – Palästinenser entwicklungspolitische Belange gegen die Einbürgerung sprechen könnten (Urteil vom 24.7.1987 – 23/636/86 K/a – InfAuslR 1988, 80). Bei mit Deutschen verheirateten Palästinensern hätten

⁷ Vgl. allgemein M. Hilf, Die Staatsangehörigkeit der Palästina-Flüchtlinge, StAZ 1973, 84.

allerdings die entwicklungspolitischen Belange gegenüber dem Einbürgerungsanspruch aus § 9 RuStAG grundsätzlich zurückzutreten.

V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs

26. Das Landgericht Bonn lehnte die Zustellung einer Klageschrift gegen die UdSSR wegen Schadensersatz auf Grund des Reaktorunfalls von Tschernobyl an den sowjetischen Botschafter in der Bundesrepublik ab (Beschuß vom 11.2.1987 – 5 T 151/86 – IPRax 1987, 231). Das Oberlandesgericht Köln verneinte bezüglich desselben Sachverhalts die Möglichkeit einer öffentlichen Zustellung solange zweifelhaft sei, ob die Weiterleitung des Zustellungsersuchens durch das Auswärtige Amt erfolgen werde (Beschuß vom 23.3.1987 – 1 W 14/87 – IPRax 1987, 233).

VI. Fremdenrecht

1. Einreise und Aufenthalt

a) Schutz von Ehe und Familie

27. Das Bundesverfassungsgericht entschied am 12.5.1987, daß Art.6 GG keinen Anspruch ausländischer Ehegatten auf Nachzug zu ihren berechtigter Weise in der Bundesrepublik Deutschland lebenden ausländischen Ehegatten oder Familienangehörigen begründe (Beschuß vom 12.5.1987 – 2 BvR 1226/83 u.a. – BayVBl. 1988, 141 = BVerfGE 76, 1 = DVBl. 1988, 98 = EuGRZ 1987, 449 = FamRZ 1988, 363 = InfAuslR 1988, 33 mit Anm. von H. Rittstieg = JZ 1988, 347 mit Anm. von O. Kimminich = MDR 1988, 202 = NJW 1988, 626) [71]. Die Beeinträchtigung der Belange von Ehe und Familie durch das Erfordernis einer dreijährigen Ehebestandszeit als Nachzugsvoraussetzung übersteige jedoch auch im Hinblick auf entgegenstehende öffentliche Interessen das von den Betroffenen hinzunehmende Maß.

28. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg war noch im Urteil vom 10.12.1986 im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁸ davon ausgegangen, es verstoße weder gegen Art.6 Abs.1 GG noch gegen Art.8 Abs.1 EMRK, den Nachzug ausländischer

⁸ Vgl. Urteile des BVerwG vom 18.9.1984, BVerwGE 70, 127 und VBIBW 1984, 411 = InfAuslR 1984, 304; Beschuß des BVerwG vom 7.3.1987, InfAuslR 1986, 133 = Rechtsprechungsbericht 1986 von M. Hartwig, ZaöRV 48 (1988), 35–88.

Ehegatten zu im Bundesgebiet lebenden Ausländern von dem Ablauf einer dreijährigen Wartefrist abhängig zu machen (– 11 S 644/86 – Die Justiz 1988, 34) [72]. In der gleichen Entscheidung trug der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg unter Aufgabe seiner bisherigen Spruchpraxis der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Rechnung, wonach

29. die sog. Negativschränke des § 2 Abs.2 Satz 2 AuslG (entgegenstehende Belange der Bundesrepublik Deutschland) nicht eingreift, wenn ein Ausländer bei seiner Einreise einen Aufenthalt anstrebt, dessen Zweck entweder sichtvermerksfrei oder durch den eingeholten Sichtvermerk gedeckt war, aber nach seiner Einreise den Entschluß faßt, den Aufenthalt zu einem anderen – an sich sichtvermerkspflichtigen – Zweck fortzusetzen (Urteil vom 4.9.1986 – 1 C 19.86 – BVerwGE 75, 20 = VBilBW 1986, 456).

30. Das Bayerische Verwaltungsgericht Ansbach hatte im Beschluß vom 11.2.1987 die Frage, ob die dreijährige Wartezeit für den Familiennachzug im übrigen mit Art.6 Abs.1 GG vereinbar sei, im Hinblick auf das anhängige Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht offengelassen [27] und nach Beweislast entschieden (– AN 5 S 85 A.130 – InfAuslR 1987, 221). Die Exekutive habe jedenfalls den ihr obliegenden Nachweis nicht erbracht, daß die Nachzugsvoraussetzung einer dreijährigen Ehebestandszeit geeignet sei, die Eheleute zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft im Heimatstaat zu veranlassen.

31. Nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.3.1987 sind Ausländer, die Leistungen nach dem Gesetz zur Förderung der Rückkehrbereitschaft von Ausländern in Anspruch genommen und demgemäß das Bundesgebiet erklärtermaßen auf Dauer verlassen haben, mit Rücksicht auf Art.6 Abs.1 GG dennoch nicht grundsätzlich von einem Daueraufenthalt im Bundesgebiet ausgeschlossen, wenn sie später einen im Bundesgebiet erwerbstätigen Landsmann geheiratet haben (Beschluß vom 27.3.1987 – 1 A 21/87 – NVwZ 1987, 700).

32. Die Voraussetzung des »Sich-Einfügens in das soziale Leben« für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis war Gegenstand des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.4.1987 (– 1 C 36.85 – BayVBl. 1987, 727 = BVerwGE 77, 188 = InfAuslR 1987, 320 = VBilBW 1988, 93). Ein solches Sich-Einfügen sei nicht deswegen zu verneinen, weil nachzugsberechtigzte Angehörige des Ausländers nicht mit ihm im Bundesgebiet, sondern im Heimatland leben. Ein »Sich-Einfügen in das soziale Leben« setze ausreichende Deutschkenntnisse im Verstehen und Reden derart voraus, daß mit dem Ausländer ein – seinem Bildungsstand gemäßes – »vertiefendes« Gespräch geführt werden könne.

b) Politische und soziale Rechte

33. Nach dem Beschluß des Oberlandesgerichts Celle vom 4.8.1987 hat ein Ausländer, der sich wegen mangelhafter Sprachkenntnisse ersichtlich nicht selbst verteidigen kann, Anspruch auf Beiordnung eines Verteidigers (Art.6 Abs.3 EMRK) (– 3 Ws 309/87 – NStZ 1987, 521) [70].

34. Das gleiche gilt für einen Ausländer, der aus einem völlig anderen Kulturkreis stammt und sprachunkundig ist, und zwar auch bei einfacher Sach- und Rechtslage (Beschluß des OLG Karlsruhe vom 9.3.1987 – 1 Ws 60/87 – NStZ 1987, 522).

35. Einem Ausländer, der sich in die Bundesrepublik begeben hat, um Sozialhilfe zu erlangen, und der deshalb keinen Anspruch auf Sozialhilfe hat, kann Sozialhilfe dennoch nach Ermessen gewährt werden, führte das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 10.12.1987 aus (– 5 C 32.85 DÖV 1988, 351 = NVwZ 1988, 444). Daß der Aufenthalt des Ausländers nach dem Ausländergesetz rechtmäßig sei, bewirke dabei allerdings keine Ermessensreduzierung auf Null.

2. Ausweisung

36. Das Bundesverwaltungsgericht entschied, der Ausweisungstatbestand des § 10 Abs.1 Nr.2 AuslG (Verurteilung wegen einer Straftat) setze keine rechtskräftige Verurteilung des Ausländers voraus (Urteil vom 1.12.1987 – 1 C 29.85 – DÖV 1988, 514 = DVBl. 1988, 295 = InfAuslR 1988, 34 = NJW 1988, 660) [69]. Die Unschuldsvermutung nach Art.6 Abs.2 EMRK beziehe sich auf das Strafverfahren und gelte nicht für das Ausweisungsverfahren gemäß § 10 Abs.1 AuslG. Bei der Abwägung im Rahmen der Ermessensentscheidung über die Anordnung der Ausweisung müsse die Ausländerbehörde dann jedoch auch eine zusätzliche Bestrafung des Ausländers in seinem Heimatstaat bis hin zur Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe berücksichtigen, wenn dafür konkrete und ernsthafte Anhaltspunkte bestehen.

37. Zwei weitere Entscheidungen betreffen die Ausweisung von EG-Ausländern. Wegen des Grundsatzes der Freizügigkeit sei die Ausweisung nur dann zulässig, wenn diese Maßnahme zur Wahrung der Belange der Bundesrepublik Deutschland unvermeidbar erscheine, stellte der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in einem Urteil vom 15.6.1987 fest (– 13 S 597/87 – InfAuslR 1987, 328). Der Ausländerbehörde sei bei EG-Ausländern verwehrt, sich bei ihrer Ermessensausübung von generalpräventiven Erwägungen leiten zu lassen. Es sei vielmehr eine Zukunftspro-

gnose anzustellen, bei der berücksichtigt werden müsse, ob von dem Ausländer nicht bloß unter dem Blickwinkel des Tatgewichts, sondern auch unter dem Aspekt der Wiederholungsgefahr schwerwiegende Gefahren drohen.

38. Auch wenn für freizügigkeitsberechtigte Angehörige von EG-Mitgliedstaaten die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit neuer Verfehlungen nicht gering anzusetzen seien, bedeutet das nach dem Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.9.1987 allerdings nicht, daß eine hinreichend begründete Besorgnis neuer Verfehlungen regelmäßig dann zu verneinen sei, wenn der Ausländer erstmals eine Freiheitsstrafe verbüßt habe (Beschluß vom 23.9.1987 – 1 B 97/87 – InfAuslR 1988, 1).

3. Abschiebung

39. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg entschied, daß ein rechtskräftig ausgewiesener Ausländer Anspruch darauf habe, nicht in einen Staat abgeschoben zu werden, in dem ihm die Vollstreckung der Todesstrafe droht (Beschluß vom 19.10.1987 – 13 S 715/87 – Die Justiz 1988, 220 = VBlBW 1988, 149). Dabei könne offenbleiben, ob Art.102 GG schlechthin die Auslieferung bzw. Abschiebung in einen Staat verbiete, in dem dem Betroffenen die Todesstrafe drohe⁹. Die Abschiebung sei jedenfalls zulässig, wenn das zuständige Staatsorgan verbindlich zusichere, daß eine etwa zu verhängende Todesstrafe nicht vollstreckt werde.

40. Mehrere Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg betreffen den Abschiebungsschutz für Asylberechtigte. § 14 Abs.1 Satz 2 AuslG, der zur zwangsweisen Abschiebung eines Asylberechtigten auch in einen Verfolgerstaat ermächtige, sei angesichts der verfassungsrechtlichen Asylgewährung restriktiv anzuwenden (Urteil vom 26.5.1987 – 11 S 2447/85 – VBlBW 1988, 14). Eine Gefahr für die Allgemeinheit im Sinne dieser Vorschrift könne nicht allein deshalb angenommen werden, weil der Asylberechtigte wegen eines besonders schweren Verbrechens rechtskräftig verurteilt worden sei. Hinzukommen müsse eine schwerwiegende Wiederholungsgefahr.

41. Im Urteil vom 24.8.1987 schließt sich der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg der herrschenden Meinung an, wonach § 14 Abs.1 Satz 1 AuslG, der die Abschiebung in einen Verfolgerstaat grundsätzlich verbietet, unabhängig davon anwendbar ist, ob ein Ausländer einen Asyl-

⁹ Diese Frage hatte das BVerfG in einer Entscheidung aus 1964 (BVerfGE 18, 112) verneint und in einer Entscheidung aus 1982 (BVerfGE 60, 348, 354) offengelassen.

antrag gestellt, dies bewußt unterlassen hat oder ob sein Asylantrag rechtskräftig abgelehnt worden ist (Urteil vom 24.8.1987 – 1 S 2796/86 – InfAuslR 1987, 335). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Anfechtungsklage gegen eine Abschiebungsandrohung sei der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, da die Abschiebungsandrohung weder Dauerwirkung aufweise, noch ein noch nicht vollzogenes Gebot beinhalte. Die Ausreisepflicht ergebe sich unmittelbar aus § 12 Abs.1 AuslG, die Abschiebungsandrohung weise lediglich auf die Folgen hin, falls der Ausländer nicht freiwillig ausreise. Nachträglich geltend gemachte Abschiebungshindernisse müsse die Ausländerbehörde aber vor der beabsichtigten Abschiebung berücksichtigen und gegebenenfalls eine neue Abschiebungsandrohung erlassen. Im konkreten Fall wies der Verwaltungsgerichtshof die Anfechtungsklage gegen die Abschiebungsandrohung zurück, da der Kläger tatsächliche Umstände für eine behauptete politische Verfolgung nicht substantiiert vorgetragen und glaubhaft gemacht habe.

VII. Asylrecht

1. Politische Verfolgung

a) Begriff

42. Die Frage, ob und inwiefern auch religiöse oder religiös motivierte Verfolgung »politische Verfolgung« im Sinne des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG sein könne, ist Gegenstand des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 1.7.1987 (– 2 BvR 478, 963/86 – BayVBl. 1988, 45 = BVerfGE 76, 143 = InfAuslR 1988, 87 [mit Anm. von H. Rittstieg] = NVwZ 1988, 237). Art.16 Abs.2 Satz 2 GG knüpfe an das völkerrechtliche Institut des Asylrechts an. Dementsprechend habe die Rechtsprechung – auch in der Erkenntnis, daß das Adjektiv »politisch« nicht einen abgegrenzten Gegenstandsbereich von Politik, sondern eher eine Eigenschaft bezeichnen solle, die alle Sachbereiche unter bestimmten Umständen jederzeit annehmen könnten – die nähere inhaltliche Bestimmung und Abgrenzung des Begriffs politisch Verfolgter wiederholt in Anlehnung an den Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention vom 28.7.1951¹⁰ vorgenommen, welcher sich auf die begründete Furcht vor Verfolgung wegen Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder wegen politischer Überzeugung beziehe. Auch religiöse oder religiös motivierte Ver-

¹⁰ BGBl. 1953 II, 559.

folgung könne demnach politische Verfolgung im Sinne des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG sein. Voraussetzung sei aber, daß die staatlichen Maßnahmen in den von der Menschenwürde geforderten Mindeststandard der Religionsfreiheit eingriffen und bestimmte religiöse Gruppen oder ihre Anschauungen diskriminierten. Die Religionsausübung im häuslich-privaten Bereich, dort, wo man sich nach Treu und Glauben unter sich wissen dürfe, gehörten unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde wie nach internationalem Standard zu dem elementaren Bereich, den der Mensch als »religiöses Existenzminimum« zu seinem Leben und Bestehenkönnen als sittliche Person benötige.

43. Das Bundesverwaltungsgericht stellte fest, daß die Pflicht zur Teilnahme am islamischen Religionsunterricht in staatlichen Schulen (der Türkei) für Angehörige anderer Religionsgemeinschaften für sich allein keine erhebliche Beeinträchtigung der Religionsausübung darstelle (Beschluß vom 14.5.1987 – 9 B 149.87 – DVBl. 1987, 1113 = NVwZ 1988, 263).

44. In einem Urteil vom 20.10.1987 bekräftigte das Bundesverwaltungsgericht seine Auffassung, wonach allein aus der Tatsache der Erneuerung oder Verlängerung von Ausweispapieren durch den Heimatstaat nicht auf fehlende Verfolgungsgefahr geschlossen werden könne (Urteil vom 20.10.1987 – 9 C 277.86 – BVerwGE 78, 152 = InfAuslR 1988, 19 = DÖV 1988, 171 = DVBl. 1988, 288). Im gleichen Urteil äußerte sich das Bundesverwaltungsgericht zu der Frage der politischen Verfolgung durch Anwendung des Staatsschutzrechts. Unter Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung führte das Gericht aus, daß es entscheidend darauf ankomme, ob ein Staat mit der Bestrafung lediglich Angriffe auf seinen Bestand und seine Sicherheit abwehren oder aber die politische Überzeugung der Straftäter treffen wolle.

45. Das Bundesverwaltungsgericht bejahte in einem Urteil vom 19.5.1987 die Möglichkeit einer asylrechtsbegründenden Wirkung der drohenden Bestrafung gemäß den staatsschutzrechtlichen Vorschriften der Art.141 und 142 des türkischen Strafgesetzbuches (Urteil vom 19.5.1987 – 9 C 184/86 – BVerwGE 77, 258 = InfAuslR 1987, 228 [mit Anm. von R. Bell auf S.184] = DÖV 1987, 969 = DVBl. 1987, 1115 [mit Anm. von H. Quaritsch] = NVwZ 1987, 895) [52]. Der Zugriff eines Staats auf seine Bürger, wenn er allein schon wegen des bloßen Innehabens einer politischen Überzeugung erfolge, indiziere in aller Regel eine politische Verfolgungsabsicht. Das Innehaben einer politischen Überzeugung dürfe dabei nicht im Sinne der Beschränkung auf den Bereich des *forum internum* verstanden werden, sondern müsse ein Mindestmaß an Ausdrucks- und Betätigungsmöglichkeiten umfassen. Die politische Überzeugung werde in

asylrechtserheblicher Weise unterdrückt, wenn ein Staat mit den Mitteln des Strafrechts auf Leib, Leben oder die persönliche Freiheit des einzelnen schon deshalb zugreife, weil dieser seine – mit der Staatsräson nicht übereinstimmende – politische Meinung nicht für sich behalte, sondern sie nach außen bekunde und sich mit ihr Dritten gegenüber hören lasse und damit notwendigerweise eine geistige Wirkung auf die Umwelt ausübe und Meinungsbildend auf andere einwirke. Von wesentlicher Bedeutung sei, ob eine geistige Auseinandersetzung zwischen den Prinzipien der jeweiligen staatlichen Ordnung und den ihnen nicht entsprechenden Ideen möglich sei. Die praktische Handhabung des Art.142 des türkischen Strafgesetzbuches ergebe, daß jedenfalls im konkreten Fall mit der vorgesehenen, nach dem Strafraum unverhältnismäßig schweren Bestrafung auch die abweichende politische Überzeugung getroffen werden solle.

46. Die drohende Bestrafung gemäß den staatsschutzrechtlichen Vorschriften der Art.141 und 142 des türkischen Strafgesetzbuches stelle keine politische Verfolgung dar, entschied dagegen zuvor der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in seinem Urteil vom 24.2.1987 (– A 13 S 502/84 – InfAuslR 1987, 255). Auch die Wahrscheinlichkeit, daß ein Asylbewerber damit rechnen müsse, im Zuge von Ermittlungen festgenommen und während der Haft durch unrechtmäßig handelnde Ermittlungsbeamte gefoltert und körperlich mißhandelt zu werden, begründe ungeachtet der Menschenrechtswidrigkeit derartiger Praktiken nicht schlechthin einen Anspruch auf Asyl. Art.16 Abs.2 Satz 2 GG schütze nicht vor jeder Mißachtung der Menschenwürde und vor jedem staatlichen Exzeß, sondern nur dann, wenn der Staat aus politischen Motiven seine Macht mißbrauche. Die im türkischen Polizeigewahrsam weit verbreiteten und gegenüber politischen wie unpolitischen Straftätern angewandten Übergriffe zur Erzwungung von Geständnissen hätten jedoch keinen politischen Charakter, weil bei nahezu allen persönlichen Beziehungen, die durch das Verhältnis von Über- und Unterordnung gekennzeichnet seien, die Gewalt Merkmal und besonderer Ausdruck der Autorität sei und weil die Betroffenen gerade nicht nach asylrechtserheblichen Kriterien ausgewählt und nicht wegen dieser Kriterien mißhandelt würden. Daß potentielle politische Straftäter körperlichen Mißhandlungen in besonderem Maße ausgesetzt seien, ändere hieran nichts, da dies seine Ursache alleine in der weit geringeren Anpassungs- und Kooperationsbereitschaft derartiger Beschuldigter in der Polizeihaft finde.

47. Die drohende Bestrafung wegen Nichterfüllung der Wehrpflicht erkannte das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen in einem Urteil vom 30.3.1987 als Asylgrund an (– 16 A 10805/82 – DVBl. 1987, 1127 =

InfAuslR 1987, 258). Der Bestrafung der Wehrdienstentziehung könne eine Verfolgungstendenz innewohnen, wenn neben der Durchsetzung der generellen Verpflichtung zur Ableistung des Wehrdienstes zugleich eine politische Disziplinierung und Einschüchterung von politischen Gegnern in den eigenen Reihen, eine Umerziehung von Andersdenkenden oder einer Zwangsassimilisation von Minderheiten bezweckt würden. Der politische Charakter der Bestrafung könne dabei z.B. daraus deutlich werden, daß Verweigerer oder Deserteure als Verräter an der gemeinsamen Sache angesehen und deswegen übermäßig hart bestraft, zu besonders gefährlichen Einsätzen kommandiert oder allgemein geächtet würden.

b) Inländische Fluchtalternative

48. Das Bundesverwaltungsgericht führte unter Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung¹¹ und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹² aus, daß kein Asylanspruch bestehe, wenn der Asylsuchende Schutz vor politischer Verfolgung in einzelnen Regionen des eigenen Landes finden könne (Urteil vom 6.1.1987 – 9 C 13.86 – InfAuslR 1988, 57). Die Prognose, ob politische Verfolgung drohe, sei landesweit, d.h. für den gesamten Heimatstaat des Asylbewerbers aufzustellen, und nicht etwa auf die ursprüngliche Heimatregion begrenzt. Danach sei es einem Asylbewerber zumutbar, aus der Bundesrepublik in solche Orte seines Heimatstaates zurückzukehren, in denen er vor Verfolgung hinreichend geschützt sei. Der Senat wies auch auf seine Rechtsprechung hin, wonach eventuelle politisch motivierte Übergriffe Dritter vom Verfolgerstaat dann nicht zu verantworten seien, wenn er der Gefahr solcher Übergriffe im großen und ganzen erfolgreich begegne, selbst wenn der Asylbewerber vor Diskriminierungen und Straftaten auch künftig nicht völlig sicher sein könne.

¹¹ Vgl. Urteile vom 2.8.1983 – 9 C 599.81 – BVerwGE 67, 314, 316 und vom 2.7.1985 – 9 C 58.84 – Buchholz 402. 25 § 1 AsylVfG Nr.35.

¹² Vgl. BVerfGE 54, 341, 359 ff.

c) *Anderweitiger Verfolgungsschutz*

Zahlreiche Judikate beschäftigen sich im Berichtszeitraum mit der Auslegung des durch Gesetz vom 6.1.1987¹³ neugefaßten § 2 AsylVfG. Danach wird ein Ausländer, der bereits in einem anderen Staat vor politischer Verfolgung sicher war, nicht als Asylberechtigter anerkannt. Genannt seien nur die Folgenden:

49. Das Bundesverwaltungsgericht legte den § 2 AsylVfG erstmals im Urteil vom 24.3.1987 aus (– 9 C 47.85 – BVerwGE 77, 150 = InfAuslR 1987, 223 [mit Anm. von A. Ventzke] = DÖV 1987, 785 = DVBl. 1987, 788 [mit Anm. von J. Rühmann] = NVwZ 1987, 812). Danach setzt die Sicherheit vor Verfolgung in einem anderen Staat nicht mehr wie bisher ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken zwischen Flüchtling und Aufnahmestaat voraus¹⁴. Nunmehr genüge, daß der Flüchtling in dem anderen Staat objektiv vor politischer Verfolgung sicher war. Der freiwillige Verzicht auf anderweitigen Verfolgungsschutz schließe die Asylanerkennung auch für solche Nachfluchtgründe aus, die mit den Vorfluchtgründen im Sinne eines einheitlichen Verfolgungsgrundes gleichartig seien.

50. Nach dem Beschluß des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 12.10.1987 konkretisiert § 2 AsylVfG nur eine ohnedies bestehende Grenze des Schutzbereichs des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG (– A 12 S 1010/87 – DÖV 1988, 227 = VBlBW 1988, 266 = ESVGH 38, 35). Ein Ausländer, der bereits in einem anderen Staat vor politischer Verfolgung (objektiv) sicher war, befinde sich nicht mehr in jener Lage der Ausweglosigkeit, die Art.16 Abs.2 Satz 2 GG typischerweise voraussetze. Auch die Vermutungs- und Beweislastregelung des § 2 Abs.2 AsylVfG n.F. genüge den verfassungsrechtlichen Anforderungen. In der Regel müsse nämlich der Asylbewerber die tatbestandlichen Voraussetzungen seines Asylan-spruchs glaubhaft machen. § 2 Abs.2 Satz 1, AsylVfG n.F. stelle mit seiner Vermutung zu Lasten des Asylbewerbers lediglich abweichend von § 2 Abs.1 AsylVfG diese Grundregel unter bestimmten Umständen auch hinsichtlich des anderweitigen Verfolgungsschutzes wieder her.

51. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof führte aus, für die Anwendung des § 2 Abs.1 AsylVfG sei nur Raum, wenn die Flucht mit dem Aufenthalt in dem anderen Staat ihren Abschluß gefunden habe (Beschluß

¹³ Art.1 des Gesetzes zur Änderung asylverfahrensrechtlicher, arbeitserlaubnisrechtlicher und ausländerrechtlicher Vorschriften vom 6.1.1987, BGBl.I, 89, welches am 15.1.1987 in Kraft getreten ist.

¹⁴ Vgl. den Rechtsprechungsbericht 1984 von R. Kühner, ZaöRV 46 (1986), 89–139, 119.

vom 4.6.1987 – 25 CZ 87.30484 InfAuslR 1987, 249). Die Flucht sei noch nicht abgeschlossen, wenn zwischen dem Verlassen des Heimatlandes, den (vorübergehenden) Aufenthalten in Durchreiseländern und der Ankunft in Deutschland nach objektiver Zweckrichtung und in zeitlicher Hinsicht ein Zusammenhang bestehe.

2. Nachfluchtgründe

Am 26.11.1986 hatte sich das Bundesverfassungsgericht ausführlich zu den Voraussetzungen der asylrechtlichen Relevanz von Nachfluchtgründen geäußert¹⁵. Hieran knüpfen mehrere verwaltungsgerichtliche Entscheidungen aus dem Jahre 1987 an.

52. In seinem Urteil vom 19.5.1987 distanzierte sich das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich von seiner früheren, großzügigeren Rechtsprechung zu den sogenannten subjektiven Nachfluchtgründen (Urteil vom 19.5.1987 – IX X 184/86 – BVerwGE 77, 258 = InfAuslR 1987, 228 [mit Anm. von R. Bell = DÖV 1987, 969 = DVBl. 1987, 1115 [mit Anm. von H. Quaritsch = NVwZ 1987, 895]] [45]¹⁶. Zum Verhältnis der nach § 31 BVerfGG bindenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 1a AsylVfG n.F. («... zum Zwecke der Anerkennung herbeigeführte Umstände ...») führte das Bundesverwaltungsgericht aus, die Vorschrift laufe für solche Nachfluchtgründe leer, die nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.11.1986 von vornherein vom Anwendungsbereich des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG ausgeschlossen seien. Für die nach dieser Entscheidung grundsätzlich beachtlichen Nachfluchtgründe regelte § 1a AsylVfG n. F. darüber hinaus, daß bestimmte, ihre Herbeiführung betreffende Umstände bei der Asylentscheidung außer Betracht zu bleiben hätten. Eine exilpolitische Tätigkeit könne demnach nur dann als asylbegründend gewertet werden, wenn sie sich als Ausdruck und Fortführung einer schon während des Aufenthaltes im Heimatstaat vorhandenen und erkennbar betätigten festen Überzeugung darstelle (siehe auch die Entscheidung vom selben Tage, 9 C 200.86, InfAuslR 1987, 233).

53. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg wich in seinem Urteil vom 23.7.1987 ausdrücklich von dieser Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts zur Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 1a AsylVfG n.F. ab (Urteil vom 23.7.1987 – A 12 S

¹⁵ Beschluß vom 26.11.1986 – 2 BvR 1058/85 – BVerfGE 75, 51. Vgl. Rechtsprechungsbericht 1986 von M. Hartwig, ZaöRV 48 (1988), 35–88, 65.

¹⁶ Vgl. zuletzt Urteil vom 21.10.1986 – 9 C 28.85 – BVerwGE 75, 99.

636/86 – InfAuslR 1988, 93 = VBIBW 1988, 230). Der Gesetzgeber sei weder von Verfassungs wegen noch nach § 31 Abs.1 BVerfGG gehindert gewesen, Asylgewährung in Fällen »selbstgeschaffener Nachfluchtattbestände« kraft einfachen Rechts großzügiger zu regeln, als dies – in der Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht – nach Art.16 Abs.2 Satz 2 GG der Fall wäre. Dem entspreche, daß § 1a AsylVfG n.F. solche Nachfluchtattbestände in der Tat unter weniger strengen Voraussetzungen als asylrechtlich erheblich behandle. Der Weg des Bundesverfassungsgerichts, den Schutzbereich des Art.16 Abs.2 Satz 2 zu begrenzen, bedürfe vorsichtiger Reduzierung. Das Bundesverfassungsgericht lege einen zu strengen Maßstab an, soweit es verlange, daß »selbstgeschaffene Nachfluchtattbestände« nur dann einen Asylanspruch begründen könnten, wenn sie sich als Ausdruck und Fortführung einer schon im Heimatstaat vorhandenen und betätigten Überzeugung darstellten. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg kann dementsprechend der »selbstgeschaffene Nachfluchtgrund«, der in der Stellung eines Asylantrages liegen könne – wiewohl nicht Ausdruck und Fortführung einer schon im Heimatstaat betätigten Überzeugung – einen Asylanspruch begründen, wenn ihm ernstliche Furcht vor politischer Verfolgung entspricht.

54. Eher auf der Linie der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts liegt ein Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 13.4.1987 (– A 13 S 1/87 – ESVGH 37, 198). Der Verwaltungsgerichtshof verneinte seinen Asylanspruch auf Grund selbstgeschaffener Nachfluchtgründe, da die vom Kläger in der Bundesrepublik durch Beitritt zu einer Emigrantenorganisation zur Schau getragene Ablehnung der Verhältnisse im Heimatstaat von der Motivation der Asylerschleichung getragen und ersichtlich die Reaktion auf die wenige Tage zuvor erfolgte Ablehnung seines Asylantrages sei. Das stehe gemäß § 1a AsylVfG n.F. einem Asylanspruch entgegen.

55. Ebenfalls unter Anknüpfung an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.1.1986 führte das Bundesverwaltungsgericht in zwei Urteilen vom 20.10.1987 aus, das Asylgrundrecht des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG setze von seinem Tatbestand her grundsätzlich einen kausalen Zusammenhang zwischen Verfolgung und Flucht voraus (Urteile vom 20.10.1987 – 9 C 147.84 – InfAuslR 1988, 55; – 9 C 42.87 – InfAuslR 1988, 22). Fehle er, komme eine Asylberechtigung regelmäßig nur in Betracht, wenn die Verfolgungssituation ohne eigenes neues Zutun des aus anderen Gründen im Gastland befindlichen Betroffenen, etwa in Anknüpfung an eine frühere politische Betätigung im Heimatland oder an Gruppenmerk-

male bestehe (sog. objektive Nachfluchtgründe). Handele es sich um Nachfluchtatbestände, die der Asylsuchende wie hier erst nach dem Verlassen des Heimatstaates aus eigenem Entschluß geschaffen habe, gelte als allgemeine – nicht notwendig abschließende – Leitlinie, daß eine Asylberechtigung in aller Regel nur in Betracht gezogen werden könne, wenn die selbstgeschaffenen Nachfluchtatbestände sich als Ausdruck und Fortführung einer schon während des Aufenthalts im Heimatstaat vorhandenen und erkennbar betätigten festen Überzeugung darstellten. Das Bundesverwaltungsgericht verneinte das Vorliegen dieser Voraussetzung in beiden Fällen.

56. Dabei wird die neuerlich restriktive Tendenz des Bundesverwaltungsgerichts im zweiten Urteil (9 C 42.87), noch deutlicher: das Merkmal der Fortführung einer politischen Überzeugung sei nicht schon dann erfüllt, wenn der Asylbewerber in der Bundesrepublik Deutschland an irgendeine äußerlich mit einer politischen Gruppierung in Verbindung stehende, unter Umständen gefährliche Hilfstätigkeit im Heimatstaat anknüpfe, sondern erst dann, wenn es sich um die Betätigung einer eigenen, die Identität des Asylsuchenden prägenden politischen Einstellung gehandelt habe. Die politische Persönlichkeit der Klägerin habe sich erst nach ihrer Flucht entwickelt und gefestigt. Deshalb könne ihr in der Bundesrepublik an den Tag gelegtes Engagement keine zwangsläufige Konsequenz einer sie schon vor der Ausreise im Innersten verpflichtenden Lebenshaltung sein.

3. Aufenthalt

57. Das Oberlandesgericht Celle führte in einem Urteil vom 13.1.1987 zur Frage der Bestrafung wegen illegalen Grenzübertritts eines türkischen Flüchtlings aus, daß der Eintritt der Straffreiheit gemäß Art.31 Abs.1 Genfer Konvention¹⁷ wegen »unmittelbarer Einreise aus einem Gebiet, in dem Leben und Freiheit des Flüchtlings bedroht« waren, nicht voraussetze, daß zwischen dem Herkunftsland und der Bundesrepublik Deutschland kein anderes Territorium berührt worden sei (Urteil vom 13.1.1987 – 1 Ss 545/86 – InfAuslR 1987, 198 = NvWZ 1987, 533). Die Straffreiheit sei auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die illegale Einreise ohne zwingende Notwendigkeit über ein Drittland (hier Belgien) erfolgte.

58. Daß der aufenthaltsrechtliche Schutz für einen Ausländer, der mit einem rechtmäßig im Bundesgebiet ansässigen Asylberechtigten verheiratet

¹⁷ Genfer Flüchtlingskonvention vom 28.7.1951, BGBl. 1953 II, 559.

ist, mit Rücksicht auf Art.6 Abs.1 Satz 1, 16 Abs.2 Satz 2 GG grundsätzlich ebenso weit reichen müsse, wie der eines mit einem Deutschen verheirateten Ausländers, bekräftigte das Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung im Beschluß vom 5.1.1987 (– 1 ER 315/86 – InfAuslR 1987, 74 = NVwZ 1987, 331)¹⁸.

59. Das Verwaltungsgericht Hamburg äußerte sich in einem Beschluß vom 19.12.1986 zum Verhältnis von Sozialhilfe- und Ausländerrecht (– 5 VG 3801/86 – NVwZ 1988, 280). Die »Neutralität« des an den tatsächlichen Aufenthalt anknüpfenden Sozialhilferechts (§ 120 Abs.1 BSHG) gegenüber dem Ausländerrecht bedeute, daß die Gewährung von Sozialhilfe nicht zu Lasten des Ausländers von dessen aufenthaltsrechtlichem Status abhängig gemacht werden dürfe. Umgekehrt aber müsse ein günstiger aufenthaltsrechtlicher Status berücksichtigt werden. Demgemäß habe ein Ausländer, der im Besitz einer Duldung sei, die ihm auf Grund des Beschlusses der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 26.8.1966 (in der Fassung des Beschlusses vom 26.4.1985) zur ausländerrechtlichen Behandlung von Ostblockflüchtlings¹⁹ erteilt worden sei, regelmäßig Anspruch auf Sozialhilfeleistungen nach § 120 Abs.1 Satz 1 HS. 1 BSHG, auch wenn er sich ins Bundesgebiet begeben habe, um Sozialhilfe zu erlangen.

4. Aufenthaltsbeendende Maßnahmen und Verfahren

60. Im Anfechtungsstreit gegen die mit dem ablehnenden Asylbescheid zugestellte Ausreisepflicht und Abschiebungsandrohung nach § 28 Abs.1 AsylVfG sei für die gerichtliche Beurteilung der Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung auch dann maßgebend, wenn die Klage gegen die Ausreisepflicht und die Klage auf Asylanerkennung im Klageverbund nach § 30 AsylVfG geführt werden (Urteil vom 3.11.1987 – 9 C 254.86 – DÖV 1988, 168). Das gebietet nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.11.1987 der Koordinierungs- und Beschleunigungszweck der genannten Regelungen. Allerdings habe die Ausländerbehörde bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gemäß § 28 Abs.1 Satz 2 Nr.2 AsylVfG unter der Fragestellung, ob dem Ausländer der Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes »ermöglicht werde«, auch und gerade zu prüfen, ob eine Ausreisepflicht und Abschiebungsandrohung im

¹⁸ Siehe auch BVerwGE 65, 244, 247; InfAuslR 1982, 245.

¹⁹ Der Beschluß zur ausländerrechtlichen Behandlung von Ostblockflüchtlings in der Fassung vom 26.4.1985 ist abgedruckt in: InfAuslR 1985, 215.

Einzelfall mit der Menschenwürde vereinbar seien. Unvereinbar mit der Menschenwürde sei nach ständiger Rechtsprechung die zwangsweise Überstellung des Ausländers in ein Land, in dem ihm menschenrechtswidrige Behandlung drohe. Daraus ergebe sich aber nicht, daß maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Ausreiseraufforderung und Abschiebungsandrohung jedenfalls aus Rechtsschutzgesichtspunkten der Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Tatsacheninstanz sein müsse. Denn dem Ausländer sei möglich und obliege es, eine erst nach Erlaß der Ausreiseraufforderung und Abschiebungsandrohung eintretende Änderung der Sachlage zunächst bei der Asylbehörde geltend zu machen und erforderlichenfalls anschließend in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren weiter zu verfolgen.

VIII. Auslieferungsrecht

1. Auslieferungshindernisse

61. Das Bundesverfassungsgericht beschäftigte sich im Beschluß vom 31.3.1987 ausführlich mit der Frage einer Geltung des Grundsatzes *ne bis in idem* im allgemeinen Völkerrecht (Beschluß vom 31.3.1987 – 2 BvM 2/86 – BVerfGE 75, 1 = NJW 1987, 2155). Die Voraussetzungen einer Auslieferungsverpflichtung der Bundesrepublik aus Völkervertragsrecht (EuAIÜ) waren erfüllt. Der Beschwerdeführer hatte geltend gemacht, seine wegen der Straftat bereits erfolgte Verurteilung und Bestrafung in einem Drittstaat stünden seiner Auslieferung als zwingende und die Bundesrepublik gemäß Art.25 GG bindende allgemeine Regel des Völkerrechts entgegen. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts besteht jedoch derzeit noch keine allgemeine Regel des Völkerrechts des Inhalts, daß eine Person wegen desselben Lebenssachverhalts, dessentwegen sie bereits in einem dritten Staat zu einer Freiheitsentziehung verurteilt wurde und diese Strafe auch verbüßt hat, in einem anderen Staat nicht neuerlich angeklagt oder verurteilt werden darf, oder derzufolge jedenfalls die Zeit der im dritten Staat erlittenen Freiheitsentziehung im Falle einer neuerlichen Verurteilung angerechnet oder berücksichtigt werden muß. Desgleichen bestehe derzeit noch nicht eine allgemeine Regel des Völkerrechts, die der in einem Auslieferungsvertrag bestimmten Zulässigkeit einer Auslieferung entgegenstehe, wenn der Verfolgte wegen desselben Lebenssachverhalts, der Gegenstand des Auslieferungsersuchens sei, bereits in einem dritten Staat eine Freiheitsentziehung erlitten habe und deren Zeit bei einer neuerlichen Verurteilung im ersuchenden Staat nicht angerechnet oder berück-

sichtigt werde. Die Untersuchung der Frage, ob eine entsprechende Norm zum menschenrechtlichen Mindeststandard im Völkerrecht oder zum völkerrechtlichen *ius cogens* gehören würde, erübrige sich deshalb.

62. Im Beschluß vom 13.1.1987 entschied der Bundesgerichtshof, Sinn und Zweck des nicht nur im vertragslosen, sondern mangels entgegenstehender vertraglicher Regelungen auch im Auslieferungsverkehr mit den Vertragsstaaten des Europäischen Auslieferungsübereinkommens anwendbaren § 8 IRG geböten es, daß das Vorliegen einer ausreichenden Zusicherung, die Todesstrafe werde nicht vollstreckt, nicht nur als Ermessensfaktor im Rahmen der Entscheidung über die Auslieferungsbewilligung der Regierung zu berücksichtigen, sondern vom Oberlandesgericht im Zulässigkeitsverfahren zu prüfen sei (Beschluß vom 13.1.1987 – 4 ARs 22/86 – BGHSt 34, 256 = NJW 1988, 655 = NStZ 1987, 414 [mit Anm. von J. Meyer]). Die Frage, wer für die Beurteilung der Zusicherung zuständig sei, sei allein nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen. § 8 IRG verfolge den Zweck, die Wertvorstellungen des Grundgesetzes, wie sie in Art.102, durch den die Todesstrafe abgeschafft worden ist, ihren Niederschlag gefunden haben, im Auslieferungsverkehr zur Geltung zu bringen und die zunehmenden internationalen Bemühungen um eine Zurückdrängung der Todesstrafe auch in diesem Bereich zu unterstützen. Nur wenn alle politischen Erwägungen, wie sie sich für die Regierung aus den Beziehungen zum ersuchenden Staat ergeben könnten, entfielen, sei der von § 8 IRG beabsichtigte bestmögliche Schutz des Verfolgten vor dem Vollzug der Todesstrafe gewährleistet.

63. Unter Hinweis darauf, daß die Frage, ob und unter welchen Umständen eine Auslieferung zur Vollstreckung eines ausländischen Abwesenheitsurteils zulässig ist, im Anschluß an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im 59. Band, S.280 und im 63. Band, S.332 immer einschränkender entschieden worden sei, lehnte das Oberlandesgericht Düsseldorf durch Beschluß vom 26.1.1987 die Auslieferung des Verfolgten in die Niederlande ab (Beschluß vom 26.1.1987 – 4 Ausl (A) 5/80-47/87 III – Archiv des Völkerrechts 1987, 484 = NStZ 1987, 466). Die Auslieferung zur Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe, die in Abwesenheit des Verfolgten verhängt worden ist, sei jedenfalls dann unzulässig, wenn der Verfolgte von der Einleitung und Durchführung des Verfahrens keine Kenntnis hatte, insbesondere davon nicht durch amtliche Mitteilung benachrichtigt und in jenem Verfahren nicht verteidigt worden sei. Das ergebe sich aus dem übergeordneten Rechtsgrundsatz des *fair trial* als Bestandteil des deutschen *ordre public*.

64. Art.IV Abs.1 des Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutsch-

land und der schweizerischen Eidgenossenschaft über die Ergänzung des Europäischen Auslieferungsübereinkommens und die Erleichterung seiner Anwendung, wonach für die Verjährungsunterbrechung allein das Recht des ersuchenden Staates maßgeblich ist, erstrecke sich nicht auch auf die Frage unterschiedlich langer Verjährungsfristen in beiden Vertragsstaaten, hier für die Vollstreckungsverjährung, führte der Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 30.9.1987 aus (– 4 ARs 7/87 – BGHSt 35, 67 = MDR 1988, 158). Zwar würde ein Abstellen auf das Recht des ersuchenden Staates in Fällen unterschiedlichen Verjährungsablaufs einer – auch außerhalb des Auslieferungsverkehrs nach dem EuAIÜ erkennbaren – Tendenz in der Bewertung von Verjährungsvorschriften im Auslieferungsrecht entsprechen. Dies berechtige jedoch nicht, in so weitgehender Weise von eindeutig festgelegtem Vertragsrecht abzuweichen. Demnach bleibe es dabei, daß dann, wenn – wie hier – im ersuchten Staat wegen der dort geltenden kürzeren Verjährungsfristen bereits Verjährung eingetreten sei, Art.10 EuAIÜ der Auslieferung entgegenstehe.

65. Zur Verfahrenseinstellung in einem Drittstaat als Auslieferungshindernis äußerte sich das Oberlandesgericht Karlsruhe in einem Beschluß vom 21.12.1987 (– 1 Ak 31/87 – MDR 1988, 520 NStZ 1988, 135). Die Staaten können nach dem Europäischen Auslieferungsübereinkommen die Auslieferung eigener Staatsangehöriger ablehnen. Auf entsprechendes Begehren des ersuchenden Staates hat jedoch der ersuchte Staat die Verfolgung des strafrechtlich relevanten Sachverhaltes zu übernehmen. Mit dem Strafverfolgungsersuchen begeben sich nun der ersuchende Staat seiner eigenen Verfolgungskompetenz. Im Anschluß an Art.21 EuRHÜ [Europäisches Rechtshilfeübereinkommen] habe sich im internationalen Rechtshilfeverkehr der allgemeine Rechtsgrundsatz entwickelt, daß mit der Übernahme und der Einleitung einer Strafverfolgung durch den ersuchten Staat im ersuchenden Staat ein Betreibungshindernis entstehe, d.h. der Durch- bzw. Weiterführung eines Strafverfahrens wegen derselben Tat ein zwingendes Verfahrenshindernis entgegenstehe. In diesem Strafverfolgungshindernis im ersuchenden Staat konkretisiere sich das Prinzip *ne bis in idem*²⁰. Ein endgültiges Verfahrenshindernis bestehe jedenfalls dann, wenn die Strafverfolgungsbehörden des ersuchten Staates eine verfahrensabschließende Sachentscheidung treffen, worunter auch die Verfahrenseinstellung aus materiell-rechtlichen Gründen falle. Da im Auslieferungsgesetz der Grundsatz der beiderseitigen Verfolgbarkeit gelte, wirke sich das mit dem

²⁰ Zum Prinzip *ne bis in idem* bei Verurteilung und Bestrafung in einem Drittstaat, siehe auch Nr.61.

Strafverfolgungsersuchen Italiens und der Verfahrensübernahme durch die Schweiz für Italien begründete Verfahrenshindernis als Auslieferungshindernis in bezug auf ein gegenüber der Bundesrepublik gestelltes Auslieferungsersuchen aus.

2. Spezialitätsgrundsatz

66. Art.14 des EuAIÜ vom 13.12.1957²¹ verbietet sowohl die Aburteilung als auch die Verfolgung des Ausgelieferten wegen einer anderen Straftat als derjenigen, für welche die Auslieferung bewilligt worden ist. In diesem Zusammenhang führte der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 15.4.1987 aus, daß von der »Verfolgung« einer Tat nur bei einem Verfahren gesprochen werden könne, das diese Tat zum Gegenstand habe und mit dem Ziel ihrer Ahndung oder der Verhängung einer wegen ihr gebotenen Maßnahme durchgeführt werde (Urteil vom 15.4.1987 – 2 StR 697/86 – BGHSt 34, 352 = MDR 1987, 779 = NStZ 1987, 417). Gegenstand eines solchen eigenständigen Verfahrens werde eine Tat nicht schon dadurch, daß die Beweisaufnahme in einem eine andere Tat betreffenden Prozeß auf sie erstreckt werde, weil sie als Indiz zum Nachweis dieser anderen Tat in Betracht komme. Die Erstreckung der Untersuchung auf einen Sachverhalt, der nicht zu der Auslieferungstat (im Sinne des § 264 StPO) gehöre, sei jedoch nur insoweit zulässig, als sie darauf beschränkt werde, den Angeklagten der Begehung der Auslieferungstat zu überführen. Diese Begrenzung bedeute, daß ein derartiger Sachverhalt nicht bei der Bestimmung der Strafhöhe für die Auslieferungstat zum Nachteil des Angeklagten Verwendung finden dürfe. Denn dem Sinngehalt des Spezialitätsgrundsatzes würde es widersprechen, wenn wegen eines Geschehens, das nicht den Gegenstand des Verfahrens bilde, die Strafe für die Auslieferungstat erhöht werden könnte.

IX. Europäische Menschenrechtskonvention

1. Gerichtsverfahren, Art.6 EMRK

a) Verfahrensdauer, Art.6 Abs.1 EMRK

67. Der Bundesgerichtshof bekräftigte seine ständige Rechtsprechung, wonach im Rahmen der Strafzumessung eine der Vorschrift des Art.6

²¹ BGBl. 1964 II, 1369; 1976 II, 1778.

Abs.1 Satz 1 EMRK zuwiderlaufende Verfahrensverzögerung zugunsten des Angeklagten berücksichtigt werden muß (Beschuß vom 20.1.1987 – 1 StR 687/86 – JZ 1987, 528)²².

b) Unschuldsvermutung, Art.6 Abs.2 EMRK

68. Auf den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 26.3.1987, wonach das Grundgesetz im Lichte der EMRK und der Rechtsprechung der Konventionsorgane auszulegen ist, wurde bereits hingewiesen (Beschuß vom 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 u. a. – BVerfGE 74, 358 = EuGRZ 1987, 203) [1]. Mit der in diesem Sinne unter Rückgriff auf Art.6 Abs.2 EMRK interpretierten, im Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes wurzelnden Unschuldsvermutung sei es nicht vereinbar, wenn das Gericht das Privatklageverfahren nach § 383 Abs.2 StPO einstelle und in den Gründen des Einstellungsbeschlusses von der Schuld des Beschuldigten oder Angeklagten ausgehe, ohne zuvor die Hauptverhandlung bis zur Schuldspruchreife durchgeführt zu haben. Gleiches gelte, wenn es die Entscheidung über die Kosten und Auslagen auf die Annahme gründe, der Beschuldigte sei einer strafbaren Handlung schuldig.

69. Wie bereits erwähnt entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß die Unschuldsvermutung nach Art.6 Abs.2 EMRK sich auf den subjektiven Schuldvorwurf im Rahmen eines Strafverfahrens beziehe (Urteil vom 1.12.1987 – 1 C 29.85 – DÖV 1988, 514 = DVBl. 1988, 295 = InfAuslR 1988, 34 = NJW 1988, 660) [36]. Sie habe keine Auswirkung auf die Ausweisungstatbestände des § 10 Abs.1 AuslG.

c) Verteidigung, Art.6 Abs.3 EMRK

70. Ein Ausländer, der sich wegen mangelhafter Sprachkenntnisse nicht selbst verteidigen kann, hat gemäß Art.6 Abs.3 EMRK Anspruch auf Beordnung eines Verteidigers, beschloß das Oberlandesgericht Celle am 4.8.1987 (Beschuß vom 4.8.1987 – 3 Ws 309/87 – NStZ 1987, 521) [33]; siehe auch [34].

²² Vgl. bereits BGH, Urteil vom 3.2.1982 – 2 StR 374/81 – NStZ 1982, 291 und Beschluß vom 30.11.1982 – 5 StR 749/82 – NStZ 1983, 167. Siehe auch G. Ulsamer, Art.6 Menschenrechtskonvention und die Dauer des Strafverfahrens mit Nachweisen, in: Festschrift Hans Joachim Faller (1984), S.373–384.

2. Familienleben, Art.8 EMRK

71. Im Beschluß über Wartefristen als Voraussetzung für den Ehegatten-Nachzug von Ausländern verwies das Bundesverfassungsgericht auf die Rechtsprechung der Europäischen Menschenrechtskommission (Beschluß vom 12.5.1987 – 2 BvR 1226/83 u.a. – BayVBl. 1988, 141 = BVerfGE 76, 1 = DVBl. 1988, 98 = EuGRZ 1987, 449 = FamRZ 1988, 363 = InfAuslR 1988, 33 [mit Anm. von H. Rittstieg] = JZ 1988, 347 [mit Anm. von O. Kimminich] = MDR 1988, 202 = NJW 1988, 626) [27]. Die Mitgliedstaaten hätten einen weiten Gestaltungsspielraum hinsichtlich eventuell aus Art.8 fließender positiver Verpflichtungen, zumal wenn es um einen Nachzug zu eingewanderten Personen gehe. Es komme jeweils im Einzelfall auf die Lage der Betroffenen an. Aus Art.8 EMRK folge nicht grundsätzlich die Pflicht eines Konventionsstaates, die von einem Ehepaar getroffene Wahl des gemeinsamen Wohnsitzes zu achten und fremden Ehegatten den Aufenthalt zu ermöglichen.

72. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg führte im Urteil vom 10.12.1986 zu den Wartefristen aus, daß Art.8 EMRK dem Kläger insoweit keine über Art.6 Abs.1 GG hinausgehenden Rechte gewähre (Urteil vom 10.12.1986 – 11 S 644/86 – Die Justiz 1988, 34) [28].

X. Europäische Gemeinschaften

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

73. In seiner Grundsatzentscheidung vom 22.10.1986 hatte das Bundesverfassungsgericht festgestellt, daß die Europäischen Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisteten, und daß es, solange dieser Befund zuträfe, seine Gerichtsbarkeit insoweit nicht mehr ausüben würde²³. Hieran anknüpfend bekräftigte das Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 10.4.1987, daß die generelle Gewährleistung der Grundrechte durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Folge habe, daß der Bundesminister der Justiz bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel gemäß Art.192 Abs.2 Satz 2 EWGV für Urteile des Europäischen Gerichtshofes nicht auf Grund des Art.20 Abs.3 GG in Verbindung mit Art.24 Abs.1 GG zu der Nachprüfung verpflichtet sei, ob das in Frage

²³ BVerfGE 73, 339. Siehe Rechtsprechungsbericht 1986 von M. Hartwig, ZaöRV 48 (1988), 35–88, 77f.

stehende Urteil des Europäischen Gerichtshofs den Wesensgehalt deutscher Grundrechtsverbürgungen verletze (Beschluß vom 10.4.1987 – 2 BvR 1236/86 – EuGRZ 1987, 386 = HFR 1988, 118 = NJW 1987, 3077 = RIW 1987, 545). Aus dem genannten Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 22.10.1986 folge auch, daß Fachgerichte oder Behörden der Bundesrepublik Deutschland nicht befugt oder verpflichtet seien, Akte der Organe der Europäischen Gemeinschaften auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten zu überprüfen. Daher müsse dahingestellt bleiben, ob der Vorwurf der Beschwerdeführer zutreffe, die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, für welche der Bundesminister der Justiz die Vollstreckungsklausel erteilt habe, habe sie in ihren Grundrechten verletzt.

74. Die Frage, ob und inwiefern EG-Richtlinien innerstaatlich unmittelbar wirksam sein können, behandelte das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 8.4.1987 (– 2 BvR 687/85 – BB 1987, 2111 = BVerfGE 75, 223 = DVBl. 1988, 38 = EuGRZ 1988, 113 = HFR 1988, 77 = JZ 1988, 191 [mit Anm. von H. H. Rupp] = MDR 1988, 204 = NJW 1988, 1459 = RIW 1987, 878; = DStR 1988, 105 [nur Leitsätze und Anm. von H. Friedel] [84]. Zur Beantwortung verwies das Bundesverfassungsgericht auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hin, dem Art.177 EWG-Vertrag die abschließende Entscheidungsbefugnis über die Auslegung des Vertrages sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der dort genannten abgeleiteten gemeinschaftsrechtlichen Akte zuzusprechen. Die durch eine gewisse Rechtsfortbildung gewonnene Auffassung des Europäischen Gerichtshofs, wonach Einzelne sich unter bestimmten Umständen über den ausdrücklichen Wortlaut des Art.189 EWG-Vertrag hinaus auf insofern unmittelbar anwendbare Richtlinien berufen können²⁴, sei auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Der Gemeinschaft sei zwar durch den EWG-Vertrag nicht eine Rechtsprechungsgewalt zur unbegrenzten Kompetenzerweiterung übertragen worden und ihr komme keine Kompetenz-Kompetenz über innere Angelegenheiten zu. Zulässig und von den Auslegungsregeln für die Gemeinschaftsverträge nachgerade geboten sei es indessen, vorhandene Kompetenzen der Gemeinschaft im Lichte und im Einklang mit den Vertragszielen auszulegen und zu konkretisieren. Die vorliegende Rechtsprechung des Gerichtshofs

²⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.1.1982, Rs.8/81, Slg. 1982, 53 = RIW 1982, 186 mit Anm. von H. J. Herrmann, 566; Urteil vom 10.6.1986, Rs.255/81, Slg. 1982, 2301 = RIW 1984, 310. Siehe auch U. Everling, Zur direkten innerstaatlichen Wirkung der EG-Richtlinie: Ein Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung auf der Basis gemeinsamer Rechtsgrundsätze, in: Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift für Karl Carstens, Bd.I (1984), 95–114.

zur Möglichkeit des Marktbürgers, sich auf Richtlinien bestimmter Art unmittelbar zu berufen, halte sich auf jeden Fall in dem so abgesteckten Rahmen. Auch gegen die Methode richterlicher Rechtsfortbildung, deren sich der Gerichtshof bedient habe, sei weder unter dem Maßstab des Zustimmungsgesetzes zum EWG-Vertrag noch dem des Art.24 Abs.1 GG etwas zu bewenden. Der Richter sei in Europa niemals lediglich «la bouche qui prononce les paroles de la loi» gewesen. Die Gemeinschaftsverträge seien auch im Lichte gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur zu verstehen. Zu meinen, dem Gerichtshof der Gemeinschaften wäre die Methode der Rechtsfortbildung verwehrt, sei angesichts dessen verfehlt.

75. In seinem Vorlagebeschluß vom 22.12.1987 führte das Finanzgericht Hamburg aus, daß bei der Auslegung nationalen Rechts die Auslegung von Gemeinschaftsrecht ausschlaggebende Bedeutung habe, wenn der innerstaatliche Gesetzgeber Gemeinschaftsrecht getreulich in nationales Recht umsetzen wollte (Vorlagebeschluß vom 22.12.1987 – VI 305/85 – EFG 1988, 389) [89]. Sofern unter dieser Voraussetzung die Auslegung von Gemeinschaftsrecht zweifelhaft sei, könne gemäß Art.177 Abs.1 *lit. b* und Abs.2 eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs eingeholt werden.

2. Diskriminierungsverbot

76. Nach einem Beschluß des Verwaltungsgerichts Frankfurt vom 3.7.1987 stellt die Verweisung von EG-Ausländern, die bei ihren im Inland als Arbeitnehmer beschäftigten Eltern wohnen, auf die Ausländerquote beim Hochschulzugang eine Art.7 EWG-Vertrag verletzende Diskriminierung dar (Beschluß vom 3.7.1987 – Fa 71 G 464/87 u. a. – InfAuslR 1987, 246). Das von dem Antragsteller angestrebte Studium bilde eine Vorstufe für den Erwerb eines berufsqualifizierenden Abschlusses und gehöre daher zur Berufsausbildung²⁵. Das Gericht teile nicht die Auffassung, daß nur die Ausübung des Studiums selbst und nicht bereits der Zugang zum Studium zur Berufsausbildung im Sinne des Art.12 der Verordnung (EWG) Nr.1612/68 des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft²⁶ gehöre. Denn für die Integration sei maßgebend, daß Kinder ausländischer Arbeitnehmer nicht erst im Laufe ihrer Ausbildung wie Deutsche behan-

²⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.2.1985 – Rs.293/83 *Gravier* = NJW 1985, 2085.

²⁶ ABl.EG Nr. L 257/2.

delt werden, sondern auch schon zu den gleichen Bedingungen ihre Ausbildung aufnehmen können, jedenfalls soweit sie zu einem berufsbildenden Abschluß führe.

3. Freizügigkeit

77. Auf zwei Entscheidungen, die die Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit im Sinne eines erhöhten Ausweisungsschutzes für EG-Ausländer betreffen, wurde bereits hingewiesen (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 15.6.1987 – 13 S 597/87 – InfAuslR 1987, 328; BVerwG, Beschluß vom 23.9.1987 – 1 B 97.87 – InfAuslR 1988, 1) [37, 38].

78. Mehrere Entscheidungen behandeln Voraussetzungen und Umfang der Freizügigkeit von EG-Ausländern, die im Bundesgebiet »eine Beschäftigung ... ausüben wollen ...« (§ 1 Aufenthaltsg/EWG²⁷). (Am ausführlichsten: VGH Baden-Württemberg, Beschluß vom 19.8.1987 – 13 S 1696/87 – Baden-Württembergische Verwaltungspraxis 1987, 281 = NVwZ 1988, 185 = VBIBW 1988, 96; siehe auch OVG Rheinland-Pfalz, Beschluß vom 6.8.1987 – 11 B 59/87 – InfAuslR 1988, 67; Hamburgisches OVG, Beschluß vom 22.10.1987 – Bs V.143/87 – InfAuslR 1988, 104). Zur Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft in diesem Sinne reiche nicht die bloße Absicht der Beschäftigungsaufnahme unabhängig davon aus, ob sich dieses Anliegen in absehbarer Zeit verwirklichen lasse. Der Wille, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, sei nur dann rechtlich erheblich, wenn die Voraussetzungen für seine Verwirklichung vorhanden, zumindest aber nicht auszuschließen seien. Wenn ersichtlich sei, daß der Verwirklichung der vorgegebenen Absicht Hindernisse entgegenstehen, zu deren Beseitigung der Betroffene nicht in der Lage sei, genüge die bloße Äußerung eines bestimmten Willens nicht, um die Freizügigkeitsbestimmungen des Aufenthaltsgesetzes/EWG zur Anwendung zu bringen. Dies werde bestätigt durch die Regelung, wonach EG-Ausländer auf Arbeitssuche für die Dauer der ersten drei Monate nach der Einreise keiner Aufenthaltserlaubnis bedürfen. Hieraus folge im Umkehrschluß, daß die Aufenthaltserlaubnispflicht eingreife und die Freizügigkeitsregelungen nicht mehr anwendbar seien, wenn der Versuch, eine Beschäftigung aufzunehmen, nach dreimonatiger erfolg-

²⁷ Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Aufenthaltsg/EWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.1.1980, zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.9.1981, BGBl. 1980 I, 116; 1981 I, 949.

loser Arbeitssuche als fehlgeschlagen anzusehen sei. Die EG-Freizügigkeit bei Einreise zum Zwecke der Arbeitsaufnahme könne anders als beispielsweise im Falle späterer Arbeitslosigkeit nicht ohne Rücksicht auf tatsächliche Beschäftigungsmöglichkeiten beansprucht werden.

79. Das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz erläuterte darüber hinaus, daß die Inanspruchnahme von Sozialhilfe grundsätzlich die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsregelungen ausschließe, und zwar nicht erst nach Ablauf der Dreimonatsfrist, sondern schon vorher (Beschluß vom 6.8.1987 – 11 B 59/87 – InfAuslR 1988, 67). Die Mitgliedstaaten wollten offenbar die mit der Freizügigkeitsregelung des Art.48 EWG-Vertrag bezweckte weitgehende Förderung der Arbeitnehmermobilität nicht so weit ausdehnen, daß eine arbeitssuchende Person schon vor der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses in dem anderen Mitgliedstaat dessen Sozialhilfesystem zur Last falle. EG-Ausländer könnten also nicht ohne das Erfordernis einer Aufenthaltserlaubnis für die Dauer der ersten drei Monate einreisen, um hier unter Inanspruchnahme von Sozialhilfe Arbeit zu suchen. In einem derartigen Fall kämen, erklärte das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, die gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsbestimmungen von vornherein nicht zur Anwendung mit der Folge, daß die nach Ausländergesetz erforderliche Aufenthaltserlaubnis von vornherein versagt werden könnte und im Regelfall auch versagt werden müsse.

4. Assoziationsabkommen mit der Türkei

Art.12 des am 1.12.1964 in Kraft getretenen Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12. September 1963²⁸ bestimmt, daß sich die Vertragsparteien von den Art.48ff. EWG-Vertrag leiten lassen, um untereinander die Freizügigkeit der Arbeitnehmer herzustellen. In Art.36 des zu diesem Abkommen am 23.11.1970 geschlossenen Zusatzprotokolls²⁹ ist vorgesehen, daß die Freizügigkeit bis zum Ende des 22. Jahres nach dem Inkrafttreten des Abkommens auf Grund von Regelungen des – durch Art.6 des Abkommens eingesetzten – Assoziationsrates herbeigeführt wird³⁰.

²⁸ ABl. EG 1964, L, 3685, 3702 = BGBl. 1964 II, 509.

²⁹ ABl. EG 1972, L, 293 = BGBl. 1972 II, 385.

³⁰ Vgl. hierzu u. a. G. Nolte, Freizügigkeit nach dem Assoziationsvertrag EWG–Türkei: Auslegungskompetenz, unmittelbare Anwendbarkeit und Familiennachzug, Anmerkungen zum Urteil des EuGH in der Rechtssache 12/86, Demirel gegen Stadt Schwäbisch Gmünd, ZaöRV 47 (1987), 755–773.

80. In seinem bereits mehrfach erwähnten Beschluß zum Ehegatten-Nachzug von Ausländern wies das Bundesverfassungsgericht darauf hin, daß der Assoziationsrat keine Beschlüsse gefaßt habe, die das Aufenthaltsrecht im engeren Sinne betreffen (Beschluß vom 12.5.1987 – 2 BvR 1226/83 u. a. – BayVBl. 1988, 141 = BVerfGE 76, 1 = DVBl. 1988, 98 = EuGRZ 1987, 449 = FamRZ 1988, 363 = InfAuslR 1988, 33 [mit Anm. von H. Rittstieg] = JZ 1988, 347 [mit Anm. von O. Kimminich] = MDR 1988, 202) [27, 71]. Eine auf dem Abkommen und dem Zusatzprotokoll beruhende Pflicht der in den Ausgangsverfahren tätiggewordenen Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte, den Aufenthaltsbegehren der Beschwerdeführer zu entsprechen, hätte demnach nicht bestanden³¹. Eine solche Pflicht hätte auch nicht deshalb bestanden, weil es die Vertragsparteien in Art. 7 des Abkommens übernommen hätten, alle Maßnahmen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Abkommen zu ergreifen, und jegliche Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des Abkommens gefährden könnten. Aus dieser Bestimmung ergebe sich kein Verschlechterungsverbot des Inhalts, daß der beim Inkrafttreten der Vereinbarungen in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Aufenthaltsrechts bestehende Rechtszustand auch ohne das Vorliegen entsprechender Beschlüsse des Assoziationsrates nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer und ihrer Ehegatten und Familienangehörigen geändert werden dürfe. Assoziationsabkommen und Zusatzprotokoll hinderten eine Änderung geltenden Aufenthaltsrechts nur insoweit, als hierdurch eine vertraglich gebotene Herstellung der Freizügigkeit zu einem späteren Zeitpunkt ausgeschlossen oder in Frage gestellt werde. Dies sei bei der Änderung der Regelungen über den Familiennachzug im Zusammenhang mit den Beschlüssen der Bundesregierung vom 2.12.1981³² nicht der Fall.

81. Auf der gleichen Linie liegen entsprechende Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluß vom 20.2.1987 – 1 A 94.86 – BayVBl. 1987, 344 = DVBl. 1987, 786 = InfAuslR 1987, 142 = NJW 1987, 3093; Urteil vom 27.10.1987 – 1 C 19.85 – InfAuslR 1988, 38). Nach den Vorschriften des Assoziierungsabkommens³³ trete die angestrebte Arbeitnehmerfreizügigkeit für türkische Staatsangehörige nicht automatisch ein. Erforderlich sei die vorherige Festlegung von Regeln, mit denen der

³¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 30.9.1987 – Rs.12/86, ZaöRV 47 (1987), S.774 mit Anm. von G. Nolte, 755–774.

³² InfAuslR 1981, 306.

³³ BGBl. 1964 II, 509, 1959.

Assoziationsrat die Freizügigkeit inhaltlich konkretisiere³⁴. Daß der für die Herstellung der Freizügigkeit vorgesehene Zeitraum inzwischen abgelaufen sei, ändere an dieser Beurteilung nichts. Aus dem Ablauf der Frist folge nicht, daß der einzelne Arbeitnehmer nunmehr unmittelbar auf Grund des Assoziationsabkommens nebst Zusatzprotokoll³⁵ Freizügigkeit beanspruchen könne und folglich berechtigt sei, zur Arbeitsaufnahme in das Bundesgebiet einzureisen und sich darin aufzuhalten. Das gelte unabhängig davon, in welcher Weise und mit welchem Rang die vertraglichen Pflichten aus dem Abkommen einschließlich des Zusatzprotokolls innerstaatlich Wirkung entfalteten. Handele es sich um innerstaatlich vorrangiges Gemeinschaftsrecht, so könnten die genannten Vertragsvorschriften nach Ablauf der Frist für die Herstellung der Freizügigkeit allenfalls dann zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers unmittelbar einen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt begründen, wenn ihre Auslegung ergebe, daß sie in diesem Sinne unbedingt und hinreichend klar seien. Diese Voraussetzungen liegen nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht beruft sich für diese Ansicht insbesondere auf Art.12 des Assoziationsabkommens, wonach die Vertragsstaaten vereinbart haben, sich von den Bestimmungen über die Freizügigkeit der Art.48 ff. EWG-Vertrag lediglich »leiten zu lassen« und auf Art.36 des Zusatzprotokolls, wo die übernommenen Verpflichtungen inhaltlich als »Grundsätze« gekennzeichnet werden. Der den Staaten demnach zustehende Gestaltungsspielraum beziehe sich nicht nur auf das Verfahren der schrittweisen Herstellung der Freizügigkeit, sondern in erster Linie auf den angestrebten Endzustand. Eine in diesem Sinne zwar offene aber an einem bestimmten Leitbild ausgerichtete Vertragsregelung sei nicht etwa sinnlos und sei trotz ihres Mangels an völliger Eindeutigkeit für die Vertragsparteien bindend.

82. Das Verwaltungsgericht Kassel hingegen listet in seinem Vorlagebeschluß vom 6.7.1987 auch einige Argumente für eine unmittelbare Anwendbarkeit des Art.36 des Zusatzprotokolls zum Assoziationsabkommen auf (Vorlagebeschluß vom 6.7.1987 – 4/3 H 519/87 – InfAuslR 1987, 241). Dafür, daß diese Vorschrift unmittelbar anwendbar sei, spreche der konkret genannte Zeitraum, innerhalb dessen die Freizügigkeit erreicht werden solle. Die Fristsetzung bekomme nur dann einen Sinn, wenn die Vertragsparteien damit verdeutlichen wollten, daß – unabhängig von der Frage

³⁴ Vgl. dazu auch den Rechtsprechungsbericht 1986 von M. Hartwig, ZaöRV 48 (1988), 35–88, 81–83.

³⁵ Zusatzprotokoll vom 23.11.1970, BGBl. 1972 II, 385; 1973 II, 113.

der detaillierten Ausgestaltung des Freizügigkeitsrechts – die Freizügigkeit unbedingt eintrete³⁶. Wäre dies nicht gewollt, so hätte man – wie dies bei anderen Vorschriften des Zusatzprotokolls der Fall sei – die Zeitfolge und Einzelheiten dem Assoziationsrat überlassen können. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Norm zumindest in einem Kernbereich durch Behörden und Gerichte erscheine auch durchaus ohne weitere Konkretisierung möglich.

5. Vorabentscheidungsverfahren

a) Auslegung des Assoziationsabkommens

83. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs Kassel in der soeben erwähnten Entscheidung [82] kann die erforderliche verbindliche Auslegung der Art.12 des Assoziationsabkommens und Art.36 des Zusatzprotokolls nur vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vorgenommen werden. Das steht aber in Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. In dem Beschluß vom 20.2.1987 führte das Bundesverwaltungsgericht aus, für die Einholung einer Vorabentscheidung bestehe schon deshalb kein Anlaß, weil nach den Maßstäben, die der Europäische Gerichtshof für die unmittelbare Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht entwickelt habe, an dem Auslegungsergebnis, das diese Anwendbarkeit verneine, ein ernsthafter Zweifel hier nicht gegeben sei [81]. Eine Vorlagepflicht nach Art.177 Abs.3 EWG-Vertrag trete auch keinesfalls im Rahmen einer prozessualen Zwischenentscheidung gemäß § 150 Abs.2 VwGO ein, die lediglich bezüglich der Zuständigkeit für das weitere Verfahren bindend sei. Im Urteil vom 27.10.1987 verneinte das Bundesverwaltungsgericht eine Vorlagepflicht noch entschiedener [81]. Eine Pflicht zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofs scheide aus, weil das – aufenthaltsrechtliche Folgen zugunsten des Klägers ausschließende – Ergebnis der Auslegung derart offenkundig sei, daß kein Raum für einen vernünftigen Zweifel bleibe³⁷.

³⁶ Vgl. G. Strate, Zur Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer, InfAuslR 1987, 137.

³⁷ Vgl. EuGHE [Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften] 1982, 3415, 3430.

b) Garantie des gesetzlichen Richters

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Grundsatzentscheidung vom 22.10.1986 auch entschieden, daß der Europäische Gerichtshof gesetzlicher Richter im Sinne des Art.101 Abs.1 Satz 2 GG sei³⁸. Hieran knüpfen mehrere Beschlüsse aus dem Jahre 1987 an.

84. Durch Beschluß vom 8.4.1987 hob das Bundesverfassungsgericht ein Urteil des Bundesfinanzgerichtshofs wegen Verstoßes gegen die Garantie des gesetzlichen Richters aus Art.101 Abs.1 Satz 2 GG auf (– 2 BvR 687/85 – BB 1987, 2111 = BVerfGE 75, 223 = DVBl. 1988, 38 = EuGRZ 1988, 113 = HFR 1988, 77 = JZ 1988, 191 mit Anm. von H. H. Rupp = MDR 1988, 204 = NJW 1988, 1459 = RIW 1987, 878 = DStR 1988, 105 [nur Leitsätze und Anm. von H. Friedel]) [74]. Die Rechtswirkung der Sechsten Umsatzsteuerrichtlinie sei für den Bundesfinanzhof eine entscheidungserhebliche Frage im Sinne des Art.177 Abs.3 EWG-Vertrag und nach Gemeinschaftsrecht zu bewerten gewesen. Es handle sich hierbei um Vertragsauslegung und nicht lediglich um die Auslegung und Anwendung von Recht aus deutscher Rechtsquelle. Habe der Bundesfinanzhof unter Verneinung der Bindungswirkung der im selben Ausgangsverfahren über die nämliche Frage ergangenen Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs, der eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie bejahte, nicht folgen wollen, so sei er verpflichtet gewesen, diese Frage dem Gerichtshof neuerlich gemäß Art.177 Abs.3 EWG Vertrag vorzulegen. Dieser Vorlagepflicht sei der Bundesfinanzhof in objektiv willkürlicher Weise nicht nachgekommen.

85. Am 4.11.1987 hob das Bundesverfassungsgericht ein weiteres Urteil des Bundesfinanzhofes auf (Beschluß vom 4.9.1987 – 2 BvR 876/85 – EuGRZ 1988, 120). Erneut war der Bundesfinanzhof bewußt von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Anwendungsvorrang der Sechsten Umsatzsteuerrichtlinie abgewichen, nur war – im Unterschied zur vorgenannten Entscheidung – eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs nicht im selben Ausgangsverfahren ergangen.

86. Zwei Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 9. und vom 13.11.1987 legen dar, daß ein Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters nur bei willkürlicher Verletzung der Vorlagepflicht an den Europäischen Gerichtshof gegeben sei (Beschlüsse vom 9.11.1987 – 2 BvR 808/82 – EuGRZ 1988, 109 = NJW 1988, 1456 = RIW 1988, 487 und vom

³⁸ BVerfGE 73, 339. Siehe Rechtsprechungsbericht 1986 von M. Hartwig, ZaöRV 48 (1988), 35–88, 77f. Siehe auch [73].

13.11.1987 – 2 BvR 709/82 – HFR 1988, 119). Das Bundesverfassungsgericht verweist auf seine ständige Rechtsprechung, wonach die fachgerichtliche Anwendung und Auslegung der einfachrechtlichen Vorschriften, nach denen sich im Einzelfall der gesetzliche Richter bestimmt, immer nur auf Willkür überprüft worden sei³⁹. Art.101 Abs.1 Satz 2 GG werde nur durch solche gerichtlichen Entscheidungen verletzt, die bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar seien. An diesem grundsätzlichen Erfordernis der willkürlichen Unterlassung der Erfüllung der Vorlagepflicht sei auch im Fall des Art.177 EWG-Vertrag festzuhalten. Die Frage nach dem gesetzlichen Richter sei auch hier eine Frage des innerstaatlichen Rechts, die in allen Fällen der Vorlageverpflichtung unter gleichen Maßstäben geprüft werden müsse. Auffassungen im europarechtlichen Schrifttum, die für eine mehr oder weniger umfassende Durchprüfung der Vorlageverpflichtung aus Art.177 EWG-Vertrag und ihrer Nichtbeachtung im Einzelfall eintreten⁴⁰, könne nicht gefolgt werden. Das schließe aber nicht aus, den Willkürmaßstab auch an den Besonderheiten des Art.177 EWG-Vertrag und des Gemeinschaftsrechts im übrigen auszurichten. Als Falltypen einer in diesem Sinne willkürlichen Verkennung der Vorlagepflicht nennt das Bundesverfassungsgericht: (1.) Fälle, in denen ein Gericht eine Vorlage trotz der – seiner Auffassung nach bestehenden – Entscheidungserheblichkeit der gemeinschaftsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hat; (2.) Fälle, in denen das Gericht in seiner Entscheidung bewußt von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht und gleichwohl nicht neuerlich vorlegt [vgl. 84, 85]. Die erste Gruppe impliziere eine grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht; die zweite sei als *per se*-Willkürtatbestand zu qualifizieren. Eine weitere im Rahmen der Prüfung unter Art.101 Abs.1 Satz 2 GG erhebliche, willkürliche Verkennung der Vorlagepflicht könne schließlich in Fällen bestehen, in denen entweder zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht vorläge oder solche Rechtsprechung zwar ergangen sei, aber möglicherweise die entscheidungserhebliche Frage noch nicht erschöpfend beantwortet habe oder eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht nur als entfernt möglich erscheine. Bei dieser letztgenannten Fallgruppe sei

³⁹ Vgl. BVerfGE 19, 38, 43; 29, 198, 207; 31, 145, 169.

⁴⁰ Vgl. z. B. M. Hilf, Solange II: Wie lange noch Solange?, EuGRZ 1987, 1–7, 5 f.

eine willkürliche Verkennung der Vorlagepflicht und somit eine Verletzung der Art.101 Abs.1 Satz 2 GG aber nur dann gegeben, wenn das Gericht den ihm in solchen Fällen zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten habe. Dies treffe zu, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der vom Gericht vertretenen Meinung zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts dieser eindeutig vorzuziehen seien. Das Bundesverfassungsgericht verneinte das Vorliegen dieser Voraussetzungen in beiden Beschlüssen.

c) Revisionszulassung

87. Der Bundesfinanzhof entschied, das Finanzgericht sei, auch wenn die Revision gegen sein Urteil nur kraft Zulassung stattfinde, im Falle von Fragen zur Auslegung oder Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht nicht zur Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften verpflichtet (Beschuß vom 3.2.1987 – VII B 129/86 – HFR 1987, 255 = NJW 1987, 3096 = RIW 1987, 398). Seine Entscheidung sei wegen der Möglichkeit der Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde nicht unanfechtbar im Sinne des Art.177 Abs.3 EWG-Vertrag. Ein Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters komme deshalb nicht in Betracht.

88. Nach einem Beschuß des Bundesverwaltungsgerichts vom 22.10.1986 ist die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsache zuzulassen, wenn dargelegt ist, daß in einem zukünftigen Revisionsverfahren zur Auslegung einer entscheidungsrelevanten gemeinschaftsrechtlichen Regelung voraussichtlich gemäß Art.177 Abs.3 EWG-Vertrag eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs einzuholen sein wird (Beschuß vom 22.10.1986 – 3 B 43/86 – NJW 1988, 664).

d) Auslegung des innerstaatlichen Rechts

89. Auch wenn die Auslegung des Gemeinschaftsrechts nur Vorfrage für die Auslegung des innerstaatlichen Rechts ist, kann eine Vorabentscheidung gemäß Art.177 Abs.1 *lit. b* EWG-Vertrag eingeholt werden, entschied das Finanzgericht Hamburg in dem bereits erwähnten Vorlagebeschluß vom 22.12.1987 (– VI 305/85 – EFG 1988, 389) [75].

XI. Bundesrepublik und DDR

90. Im bereits erwähnten Beschluß zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit im Sinne des Grundgesetzes durch Einbürgerung in die DDR betonte das Bundesverfassungsgericht erneut den rechtlichen, nicht nur politischen Charakter des Wiedervereinigungsgebots (Beschluß vom 21.10.1987 – 2 BvR 373/83 – BayVBl 1988, 80 = DÖV 1988, 434 = DVBl. 1988, 279 mit Anm. von F. Wyduckel = EuGRZ 1987, 483 = JZ 1988, 144 = MDR 1988, 199 = ROW 1988, 193 mit Anm. von W. Wengler, 145 und M. Silagi, 151 = Das Standesamt 1988, 78 mit Anm. von M. Silagi, 64; Anm. von J. Kokott = NVwZ 1988, 799) [16]. Zwar könne das Bundesverfassungsgericht der Beurteilung durch die zuständigen Staatsorgane der Bundesrepublik Deutschland nur entgegentreten, wenn sie offensichtlich völkerrechtswidrig wäre. Dennoch leitet das Bundesverfassungsgericht aus dem Wiedervereinigungsgebot des Grundgesetzes die konkrete Verpflichtung der zuständigen Organe der Bundesrepublik zur Anerkennung von Staatsangehörigkeitsakten der DDR ab. Das Bundesverfassungsgericht nähert sich in dem Beschluß trotz Betonung der »Subjektsidentität« zwischen der Bundesrepublik und dem Deutschen Reich der sogenannten Dachtheorie an, mit der die Identitätstheorie doch wohl bisher als nicht vereinbar angesehen wurde. Das Gericht führt aus, erst wenn eine Trennung der Deutschen Demokratischen Republik von Deutschland durch eine freie Ausübung des Selbstbestimmungsrechts besiegelt wäre, ließe sich die in der Deutschen Demokratischen Republik ausgeübte Hoheitsgewalt aus der Sicht des Grundgesetzes als eine von Deutschland abgelöste fremdstaatliche Gewalt qualifizieren. Eine Annäherung an die Dachtheorie liegt auch darin, daß das Recht der DDR im Ergebnis nun für die Definition des deutschen Staatsvolkes als relevant angesehen wird. Das Bundesverfassungsgericht begründet ausführlich, daß eine solche Inanspruchnahme von Staatsbürgern der DDR, die sich immer erst dann aktualisiere, wenn diese in den Hoheitsbereich der Bundesrepublik gelangen und die Aktualisierung hinnehmen oder begehren, wegen der besonderen Lage Deutschlands völkerrechtsgemäß sei.