

Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1991

Andreas Zimmermann¹

¹ Assessor, LL.M. (Harvard), wissenschaftlicher Referent am Institut.

Abkürzungen: AEMR = Allgemeine Erklärung der Menschenrechte; a.F. = alte Fassung; AG = Amtsgericht; AsylVfG = Asylverfahrensgesetz; AufenthG/EWG = Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft; AuslG = Ausländergesetz; AVR = Archiv des Völkerrechts; BAföG = Bundesausbildungsförderungsgesetz; BAG = Bundesarbeitsgericht; BayVBl. = Bayerische Verwaltungsblätter; BayVerfGH(E) = Bayerischer Verfassungsgerichtshof (Entscheidungen); BB = Betriebsberater; BFHE = Entscheidungen des Bundesfinanzhofs; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH(St)(Z) = Bundesgerichtshof (Entscheidungen in Strafsachen) (Entscheidungen in Zivilsachen); Buchholz = Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (hrsg. von K. Buchholz); BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); BWVPr. = Baden-Württembergische Verwaltungspraxis; DJ = Die Justiz; DÖV = Die Öffentliche Verwaltung; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; EG = Europäische Gemeinschaften; EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EStG = Einkommensteuergesetz; ESVGH = Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; EuGVÜ = Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen; EuR = Europarecht; EuZW = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; EWG = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; GewArch = Gewerbearchiv; GG = Grundgesetz; GK = Genfer Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge; GVG = Gerichtsverfassungsgesetz; HFR = Höchststrichterliche Finanzrechtsprechung; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; ILM = International Legal Materials; IPRAx = Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; i.V.m. = in Verbindung mit; JR = Juristische Rundschau; JZ = Juristen Zeitung; LAG = Landesarbeitsgericht; LG = Landgericht; Ls. = Leitsatz; MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht; NJ = Neue Justiz; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NSTz = Neue Zeitschrift für Strafrecht; NuR = Natur und Recht; NVwZ(-RR) = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (-Rechtsprechungsreport); NZWehr = Neue Zeitschrift für Wehrrecht; OLG = Oberlandesgericht; OWiG = Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; PStG = Personenstandsgesetz; RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; RIW = Recht der Internationalen Wirtschaft; ROW = Recht in Ost und West; Rs. = Rechtssache; RuStAG = Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz; StaRegG = Staatsangehörigkeitsregelungsgesetz; StaZ = Zeitschrift für Standesamtswesen; StGB = Strafgesetzbuch; StPO = Strafprozeßordnung; StrVert = Strafverteidiger; UNHCR = Hoher Kommissar der Vereinten Nationen für Flüchtlingsfragen; VBIBW = Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg; VG = Verwaltungsgericht; VGH = Verwaltungsgerichtshof; VwGO = Verwaltungsgerichtsordnung; VwVfG = Verwaltungsverfahrensgesetz; WÜD = Wiener Übereinkommen über diploma-

Übersicht

(for an English version of this Survey see p. 362)

I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht (1–8)

II. Völkerrechtliche Verträge (9–14)

III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität (15–26)

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

IV. Staatsangehörigkeit (27–36)

1. Erwerb – 2. Verlust – 3. Mehrfache Staatsangehörigkeit – 4. Staatenlosigkeit

V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs (37–38)

VI. Fremdenrecht (39–49)

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

VII. Asylrecht (50–75)

1. Politische Verfolgung: a) Begriff; b) Verlust der Verfolgteigenschaft; c) Gruppenverfolgung; d) Religiöses Existenzminimum; e) Übergriffe Privater (mittelbare staatliche Verfolgung); – 2. Nachfluchtgründe – 3. Inländische Fluchtalternative – 4. Anderweitiger Verfolgungsschutz – 5. Familienangehörige von Asylberechtigten – 6. Rechtsstellung der Flüchtlinge

VIII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe (76–82)

IX. Internationaler Menschenrechtsschutz (83–105)

1. Europäische Menschenrechtskonvention: a) Art. 3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis; b) Beschleunigungsgebot (Art. 5 Abs. 3 EMRK); c) Schadensersatz wegen zu Unrecht erlittener Haft (Art. 5 Abs. 5 EMRK); d) Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 und 3 Buchst. d EMRK); e) Verfahrensdauer (Art. 6 Abs. 1 EMRK); f) Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK); g) Kosten für Dolmetscher und Verteidiger (Art. 6 Abs. 3 Buchst. c und e EMRK); h) Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK); i) Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK); – 2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte – 3. Konvention über die Beseitigung aller Formen von Diskriminierung gegenüber Frauen vom 18. Dezember 1979

X. Europäische Gemeinschaften (106–130)

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

XI. Stationierungsstreitkräfte (131–132)

XII. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung (133–139)

1. Rechtsstatus Berlins – 2. Deutsche Wiedervereinigung und Regelung der Eigentumsfrage – 3. Sonstige Fragen

tische Beziehungen; WVK = Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge; ZAR = Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik; ZPO = Zivilprozeßordnung.

Survey

I. International Law and Municipal Law (1–8)

II. Treaties (9–14)

III. Effects and Limits of State Sovereignty (15–26)

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

IV. Nationality (27–36)

1. Acquisition – 2. Loss – 3. Multiple nationality – 4. Statelessness

V. Agencies of Diplomatic and Consular Affairs (37–38)

VI. Legal Status of Aliens (39–49)

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

VII. Asylum (50–75)

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

VIII. Extradition and other Forms of International Legal Cooperation (76–82)

IX. International Protection of Human Rights (83–105)

1. European Convention on Human Rights: a) Art. 3 ECHR as a bar to expulsion and deportation; b) Promptness of proceedings (Art. 5 para. 5 ECHR); c) Compensation for unlawful detention (Art. 5 para. 5 ECHR); d) Right to fair trial (Art. 6 paras. 1 and 3 *lit.* d ECHR); e) Length of procedure (Art. 6 para. 1 ECHR); f) Presumption of innocence (Art. 6 para. 2 ECHR); g) Costs of interpreter and defense counsel (Art. 6 para. 3 *lit.* c and e ECHR); h) Protection of private and family life (Art. 8 ECHR); i) Freedom of religion (Art. 9 ECHR) – 2. International Covenant on Civil and Political Rights – 3. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 18 December 1979

X. European Communities (106–130)

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

XI. Allied Armed Forces Stationed in the Federal Republic of Germany (131–132)

XII. Legal Status of Germany after 1945 and German Reunification (133–139)

1. Legal Status of Berlin – 2. Reunification of Germany and the question of property claims – 3. Other issues

Vorbemerkung

Nachfolgender Bericht setzt die Darstellung der deutschen Rechtsprechung zu völkerrechtlichen, europarechtlichen und damit im Zusammenhang stehenden verfassungsrechtlichen Fragen fort². Wie in früheren Jahren konnte die Rechtsprechung zu einzelnen Verträgen nur insoweit einbezogen werden, als sie zugleich Fragen des allgemeinen Völkerrechts oder wesentliche westeuropäische Verträge wie etwa die EMRK oder die Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften betraf. Entscheidungen im Bereich des Fremden- und Asylrechts fanden nur insoweit Berücksichtigung, als sie grundlegende Fragen des materiellen Rechts zum Gegenstand hatten.

Soweit aufgrund der systematischen Gliederung eine Entscheidung an mehreren Stellen behandelt wird, werden Querverweise durch eckig eingeklammerte laufende Nummern der jeweiligen anderen Stelle kenntlich gemacht.

Besonders hingewiesen werden soll auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zu den in den Jahren 1945 bis 1949 in der damaligen Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands vorgenommenen Enteignungen [26] [134] sowie auf die Entscheidungen zur Strafbarkeit der Spionage zugunsten der früheren DDR [3-4] [136].

² Vorliegender Bericht wurde im Februar 1993 abgeschlossen; fehlende Entscheidungen aus dem Berichtszeitraum werden ggf. in den nachfolgenden Jahresberichten Berücksichtigung finden. Vgl. auch die jeweils fünf Jahre Rechtsprechung zusammenfassenden Bände der Reihe *Fontes Iuris Gentium*, Series A, Sectio II (zuletzt erschienen: Tomus 9 [1981-1985]).

Vgl. für das Jahr 1990 T. Giegerich, *Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen* 1990, ZaöRV 52 (1992), 355ff.; vgl. ferner auch H.J. Hahn, *Deutsche Rechtsprechung 1945-1950*, ZaöRV 14 (1951), 252ff.; F. Münch, - 1951-1957 (Teil A), ZaöRV 20 (1959), 186ff., (Teil B), ZaöRV 21 (1961), 511ff., (Teil C), ZaöRV 22 (1962), 729ff.; C. Tomuschat, - 1958-1965 (Teil A), ZaöRV 28 (1968), 48ff., (Teil B), *ibid.*, 646ff.; A. Bleckmann, - 1966-1968, ZaöRV 31 (1971), 271ff., - 1969-1970, ZaöRV 32 (1972), 71ff., - 1971, *ibid.*, 583ff., - 1972, ZaöRV 33 (1973), 757ff., - 1973, ZaöRV 34 (1974), 737ff., - 1974, ZaöRV 36 (1976), 856ff., - 1975, ZaöRV 37 (1977), 306ff.; W.D. Kischlat, - 1976, ZaöRV 37 (1977), 790ff.; H. Krück, - 1977, ZaöRV 39 (1979), 83ff., - 1978, ZaöRV 40 (1980), 122ff.; M. Vierheilig, - 1979, ZaöRV 41 (1981), 149ff., - 1980, ZaöRV 42 (1982), 121ff., - 1981, ZaöRV 43 (1983), 118ff.; U. Wölker, - 1982, ZaöRV 44 (1984), 103ff.; C. Haverland, - 1983, ZaöRV 45 (1985), 62ff.; R. Kühner, 1984, ZaöRV 46 (1986), 89ff.; M. Herdegen, - 1985, ZaöRV 46 (1986), 774ff.; M. Hartwig, - 1986, ZaöRV 48 (1988), 35ff.; J. Kokott, - 1987, ZaöRV 48 (1988), 717ff.; J. Polakiewicz, - 1988, ZaöRV 50 (1990), 72ff.; S. Richter, - 1989, ZaöRV 51 (1991), 177ff.

I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht

1. Das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 28.5.1991 – BVerwG 1 C 20.89 – NVwZ 1992, 177 = BayVBl 1991, 631 = ZAR 1991, 143 [nur Ls.] = InfAuslR 1991, 268)³ hatte sich mit dem Übereinkommen Nr. 97 der internationalen Arbeitsorganisation vom 1.7.1949 zu befassen [40]. Der völkerrechtliche Charakter des Übereinkommens Nr. 97 der internationalen Arbeitsorganisation vom 1.7.1949⁴ schließe es nicht aus, daß ein Ausländer aus dem Übereinkommen unmittelbar Rechte herleite. In Übereinstimmung mit seiner früheren Rechtsprechung⁵ betont der Senat, daß die Transformation eines völkerrechtlichen Vertrages durch ein innerstaatliches Zustimmungsgesetz zur unmittelbaren Anwendbarkeit einer Vertragsnorm führe, wenn diese nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet und hinreichend bestimmt ist, wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung zu entfalten, also hierfür keiner weiteren normativen Ausfüllung bedarf. Diese Voraussetzungen seien für Art. 8 Abs. 1 des hier in Frage stehenden Übereinkommens über die Zurückbeförderung dauernd zugelassener Wanderarbeitnehmer⁶ erfüllt.

2. Auf der gleichen Linie liegt das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4.6.1991 (1 C 42.88 – BVerwGE 88, 254 = AVR 1991, 409 = DVBl. 1992, 290 = InfAuslR 1991, 305 = NVwZ 1992, 180)⁷, in dem das Gericht davon ausgeht, daß auch die Bestimmungen der GK in der Bundesrepublik Deutschland unmittelbar anwendbar sind und daß sich der einzelne hierauf berufen kann [73]⁸.

3. In mehreren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Kam-

³ Vgl. dazu die Anmerkung von H. Rittstieg, InfAuslR 1991, 272. Die Entscheidung der Vorinstanz VGH Baden-Württemberg vom 1.2.1989 findet sich in InfAuslR 1989, 234ff.

⁴ BGBl. 1959 II, 87; 1960 II, 2204.

⁵ Vgl. zuletzt das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.10.1990 (BVerwG 1 C 15.88 – Buchholz 402.27 Art. 28 StlÜbK Nr. 1).

⁶ Die Norm lautet in ihrer deutschen Übersetzung: "Der dauernd zugelassene Wanderarbeitnehmer und seine Familienmitglieder, die befugt sind, ihn zu begleiten oder ihm nachzufolgen, dürfen im Fall der Berufsunfähigkeit des Wanderarbeiters infolge einer nach seiner Ankunft eingetretenen Erkrankung oder eines nach seiner Ankunft erlittenen Unfalls in ihr Heimatland oder in das Land, aus dem sie ausgewandert sind, nur zurückbefördert werden, wenn sie es wünschen oder wenn für das beteiligte Mitglied geltende internationale Verträge eine solche Zurückbeförderung vorsehen".

⁷ Urteil der Vorinstanz OVG Nordrhein-Westfalen vom 9.2.88, veröffentlicht in InfAuslR 1988, 236 mit Anmerkung H. Odenahl.

⁸ Vgl. dazu auch das Urteil des Verwaltungsgerichts Aachen vom 5.3.1991 (5 K 72/90 – InfAuslR 1992, 24).

mergerichts war es um die Frage gegangen, ob Art. 31 der HLKO⁹ entsprechend auf Friedensvölkerrecht anzuwenden sei, mit der Folge, daß frühere Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit der ehemaligen DDR nach deren Beitritt zur Bundesrepublik Deutschland nicht mehr wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit bestraft werden könnten [136] (BGH: Beschluß vom 30.1.1991 – 2 BGS 38/91 – BGH(St) 37, 305 = NJW 1991, 929 = NStZ 1991, 231 = JZ 1991, 713 = MDR 1991, 458 = NZWehrr 1992, 121 = NJ 1992, 26; BGH: Beschluß vom 29.5.1991 – 3 StE 4/91 – StB 11/91 – NJW 1991, 2498 = NStZ 1991, 429 = MDR 1991, 882 = NZWehrr 1991, 257).

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes verstößt die Bestrafung von Spionen, welche im Auftrag der DDR tätig geworden waren, nicht gegen Völkerrecht. Zwar sei die in Art. 31 der HLKO enthaltene Regelung für die Bundesrepublik Deutschland auch als Völkergewohnheitsrecht rechtlich verbindlich. Es handele sich insoweit jedoch um eine Sonderregelung des Kriegsvölkerrechts, die nur für den Fall der Vornahme von Kriegshandlungen gelte. Zwar stelle die Spionage sowohl im Kriege als auch in Friedenszeiten eine völkerrechtlich legale Handlung dar, doch sei es zugleich den einzelnen Staaten völkerrechtlich nicht untersagt, die Spionagetätigkeit durch nationale Regelungen mit Strafe zu bewehren.

Auch komme eine entsprechende Anwendung der Norm in Friedenszeiten nicht in Betracht. Denn für das Friedensvölkerrecht habe sich kein Gewohnheitsrecht herausgebildet, wonach Spione, die auf dem Gebiet ihres Staates ergriffen werden, für den sie eine an sich vom Völkerrecht gebilligte Tätigkeit ausgeübt haben, nicht bestraft werden dürfen.

Schließlich lasse sich auch aus den völkerrechtlichen Regelungen für das Innenverhältnis im Falle einer Staatennachfolge nicht ableiten, daß die Bestrafung von Spionen auf dem Gebiet des beitretenden Staates verboten sei. Die Regelung des Innenverhältnisses, des Ausgleichs der Interessen des beitretenden und des aufnehmenden Staates, sei bilateralen Verträgen zwischen den Beteiligten überlassen, ohne daß es bislang zur Herausbildung völkergewohnheitsrechtlicher Normen gekommen sei¹⁰.

⁹ Art. 31 HLKO lautet: "Ein Spion, welcher zu dem Heere, dem er angehört zurückgekehrt ist und später vom Feinde gefangengenommen wird, ist als Kriegsgefangener zu behandeln und kann für früher begangene Spionage nicht verantwortlich gemacht werden".

¹⁰ Zum ganzen vgl. G. Schuster, Verfassungs- und völkerrechtliche Fragen der Bestrafung von DDR-Spionen nach der Wiedervereinigung Deutschlands, ZaöRV 1991, 651; B. Simma/A. Volk, Der Spion, der in die Kälte kam, NJW 1991, 871ff.; G. Widmaier, Strafbarkeit der DDR-Spionage gegen die Bundesrepublik – auch noch nach der Wiedervereinigung?, NJW 1990, 3169ff.

4. Anders als der BGH in seinen beiden Beschlüssen ging das Kammergericht (Vorlagebeschluß vom 22.7.1991 – (1) 3 StE 9/91 – 4 – (13/91) – NJW 1991, 2501 = JR 1991, 426) davon aus, daß sich Art. 31 der HLKO der übergeordnete Gedanke entnehmen läßt, daß der Spion, der sich ohne sein Zutun in einem anderen staatlichen Hoheitsverhältnis wiederfindet, auf dessen Entwicklung er keinen Einfluß gehabt hat, und nunmehr dem Zugriff dieses anderen Staates ausgesetzt ist, straflos bleiben muß. In eben einer solchen Situation befänden sich die Angeschuldigten durch den Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland und durch die Ausdehnung des Hoheitsgebiets der Bundesrepublik Deutschland auf das Gebiet der ehemaligen DDR. Daher legte das Kammergericht dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 2 GG die Frage vor, ob die für den Kriegsfall geltende allgemeine Regel des Völkerrechts, wie sie sich in Art. 31 der HLKO widerspiegele, auch auf den Fall des Beitritts der DDR zur Bundesrepublik Deutschland entsprechend anwendbar sei.

5. In einem Verfahren vor dem VGH Baden-Württemberg (Urteil vom 17.12.1991 – 9 S 2163/90 – nicht veröffentlicht) hatte der Kläger, – ein nicht sorgeberechtigter Vater zweier schulpflichtiger Kinder – geltend gemacht, daß sich aus dem UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979¹¹ eine Verpflichtung der Behörden ergebe, ihn über schulische Ereignisse seine Kinder betreffend zu informieren. Das Gericht führt insoweit aus, daß der Vertrag keine unmittelbar anwendbaren Bestimmungen enthalte; auf sie könne sich der einzelne Bürger daher auch nicht berufen. Vielmehr enthalte das Übereinkommen lediglich Verpflichtungen der Vertragsstaaten, die in der Konvention festgelegten Grundsätze innerstaatlich durch entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen umzusetzen. Dies gelte namentlich für die vom Kläger herangezogene Vorschrift des Art. 16 des Übereinkommens¹². Auch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966 enthalte, wie es sich aus seinem Art. 2 ergebe, nur Programmsätze, die zu ihrer Durchführung weiterer staatlicher Rechtsakte bedürfen [104–105].

6. In einem Verfahren, welches die Anbringung von Kreuzen in Unterrichtsräumen betraf, ließ es das Verwaltungsgericht Regensburg (Beschluß

¹¹ BGBl. 1985 II, 647.

¹² Art. 16 Abs. 1 *lit. d* lautet: "Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau in Ehe- und Familienfragen und gewährleisten auf der Grundlage der Gleichberechtigung von Mann und Frau insbesondere folgende Rechte: (...) Volle Rechte und Pflichten als Eltern, ungeachtet ihres Familienstands, in allen ihre Kinder betreffenden Fragen (...)".

vom 1.3.1991 – RO 1 E 91.0167 – BayVBl. 1991, 345) offen, ob es sich bei Art. 9 EMRK um eine Norm handelt, die innerstaatlich unmittelbar anwendbar ist¹³ [103].

7. Anlage I, Kap. XIX, A, Abschnitt III, Abs. 5, Ziff. 1 EinigungsV ermöglicht es Arbeitgebern der öffentlichen Hand, im Beitrittsgebiet eine außerordentliche Kündigung auszusprechen, wenn der Arbeitnehmer die in der AEMR enthaltenen Grundsätze verletzt hat und deshalb ein Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar erscheint. In einem nicht rechtskräftigen Urteil vom 22.10.1991 (86 A Ca 15622/91 – NJ 1992, 133) geht das Arbeitsgericht Berlin davon aus, daß die Klägerin, welche zuletzt Abteilungsleiterin für Innere Angelegenheiten beim Rat des Stadtbezirks Berlin gewesen war, dadurch gegen Art. 13 und 30 der AEMR verstoßen hat¹⁴, daß sie Ausreiseanträge von Bürgern zurückgewiesen hatte. Sie sei ferner für die als Folge des Ausreiseantrags vorgenommenen Repressalien verantwortlich gewesen. Die Klägerin habe dadurch das Recht auf Auswanderungsfreiheit der jeweiligen Antragsteller nach Art. 13 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte verletzt. Sie könne sich nicht darauf berufen, daß sie sich formal entsprechend den DDR-Bestimmungen verhalten habe, da diese Vorschriften gegen Art. 30 der AEMR verstoßen und somit im Ergebnis das in Art. 13 geregelte Recht auf Auswanderungsfreiheit *de facto* beseitigt hätten.

8. Nach einem Urteil des Finanzgerichts Baden-Württemberg (Urteil vom 30.10.1991 – 2 K 141/86 – EFG 1992, 271) sind Zahlungen, welche erbracht worden sind, um eine Ausreise aus Rumänien zu ermöglichen, als "zwangsläufige Aufwendungen" im Sinne von § 33 Abs. 2 EStG zu werten. Nach Ansicht des Gerichts muß diese Norm in Übereinstimmung mit Art. 13 Abs. 2 der AEMR dahin gehend ausgelegt werden, daß es bei der Anwendung innerstaatlichen Rechts nicht zum Nachteil des Betroffenen berücksichtigt werden dürfe, daß er in einem anderen Land das grundlegende Menschenrecht der Ausreisefreiheit für sich in Anspruch genommen hat.

¹³ Vgl. dazu die Anmerkung von L. Renck, BayVBl. 1991, 346f.

¹⁴ Art. 13 Ziff. 2 der AEMR lautet: "Jeder Mensch hat das Recht, jedes Land einschließlich seines eigenen, zu verlassen sowie in sein Land zurückzukehren".

Art. 30 lautet: "Auslegungsvorschrift: Keine Bestimmung der vorliegenden Erklärung darf so ausgelegt werden, daß sich daraus für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person irgendein Recht ergibt, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, welche auf die Vernichtung der in dieser Erklärung angeführten Rechte und Freiheiten abzielen".

II. Völkerrechtliche Verträge

9. Auch im Jahre 1991 hatten sich deutsche Gerichte mit den zivilprozessualen Folgewirkungen eines Verstoßes gegen Devisenkontrollrechtsbestimmungen im Sinne von Art. VIII Abschnitt 2 Buchst. b des Bretton-Woods-Abkommens¹⁵ zu befassen¹⁶. Die Klägerin hatte von dem Beklagten die Leistung aus einer Bürgschaft verlangt, welche dieser für Verbindlichkeiten einer griechischen Aktiengesellschaft übernommen hatte. Nach griechischem Devisenrecht bedarf die Aufnahme solcher Kredite der Genehmigung. Zwischen den Parteien des Vertrages war hierfür ein Zinssatz von 6% vereinbart worden. Die erteilte Genehmigung gestattete demgegenüber nur einen Zinssatz von 5,75%. Nach Art. VIII Abschnitt 2 Buchst. b des Bretton-Woods-Abkommens kann aus Devisenkontrakten, welche die Währung eines Mitglieds berühren und den von diesem Mitglied in Übereinstimmung mit jenem Übereinkommen aufrecht erhaltenen oder eingeführten Devisenkontrollbestimmungen zuwider laufen, in den Hoheitsgebieten der Mitglieder nicht geklagt werden¹⁷. Nach Ansicht des BGH entspricht es Sinn und Zweck der völkerrechtlichen Norm, daß jedenfalls für die Fälle, in denen die Vertragsparteien lediglich einen geringfügig höheren als den genehmigten Zinssatz vereinbart haben, es zum Schutz des Devisenbestandes eines Mitgliedstaates nicht erforderlich ist, dem Geschäft insgesamt seine zivilrechtliche Wirksamkeit zu nehmen. Daher sei nur die Vereinbarung eines 5,75% übersteigenden Zinssatzes verbotswidrig. Im übrigen bleibe der Vertrag bestehen¹⁸ (Urteil vom 14.11.1991 – IX ZR 250/90 – IPRax 1992, 377 = MDR 1992, 180 = EuZW 1992, 123).

10. Das OVG Hamburg hatte sich in einem Beschluß vom 17.4.1991 (2 b Ss 40/91 OWi – NuR 1991, 388) mit der Auslegung der International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL)¹⁹ zu beschäftigen. Der türkische Kapitän eines unter türkischer Flagge fahrenden Schiffes war wegen nicht ordnungsgemäßer Führung des Öltagebuches in erster Instanz zu einer Geldbuße verurteilt worden. Auf Rechts-

¹⁵ Übereinkommen über den internationalen Währungsfond vom 1./22.7.1944 i.d.F. vom 30.4.1976, BGBl. 1978 II, 13 ff., 34 f.

¹⁶ Zu einer ähnlich gelagerten Entscheidung des OLG München vom 25.1.1989, dargestellt bei Giegerich (Anm.2), 361.

¹⁷ Im englischen Original heißt es, daß solche Verträge "shall be unenforceable in the territories of any member".

¹⁸ Dazu kritisch A. Fuchs, Die teilweise Klagbarkeit als Rechtsfolge von Artikel VIII Abschnitt 2 (b) S.1 des Abkommens von Bretton Woods, IPRax 1992, 361 f.

¹⁹ ILM 1973, 1319 ff.

beschwerde des Betroffenen wurde das erstinstanzliche Urteil aufgehoben, da im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland keine tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen worden sei. Nur Betriebsvorgänge, welche im Hoheitsgebiet eines der Vertragsstaaten vorgenommen werden, könnten eine Eintragungspflicht in das Öltagebuch auslösen. Dies ergebe sich aus Wortlaut und Systematik der Norm. Demgegenüber könne der Wille der Vertragsparteien bei der Auslegung dahinstehen, da diesem nach Art. 32 der WVK nur eine ergänzende Funktion zukomme. Im übrigen dehne das Übereinkommen die Überwachungskompetenz der Vertragsstaaten zwar auch auf Schiffe von Nichtvertragsparteien aus, doch geschehe dies nur im systematischen Zusammenhang mit Hafen- und Küstenkontrollen. Pflichten für Schiffe einer Nichtvertragspartei außerhalb des Hoheitsgebietes eines Vertragsstaates könnten nach Art. 34 und 35 der WVK im Hinblick auf den Grundsatz, daß völkerrechtliche Verträge keine Pflichten zu Lasten von Drittstaaten begründen können, nicht geschaffen werden. Im übrigen bestehe auch keine völkergewohnheitsrechtliche Pflicht zur Führung von Öltagebüchern [18].

11. Mit einem Urteil vom 5.9.1991 (– 12 Sa 672/91 – BB 1992, 143) setzt sich das Landesarbeitsgericht Düsseldorf in Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts²⁰. Nach Ansicht des LAG steht das Erlöschen des Urlaubsanspruchs nach § 1 und § 7 Abs. 3 Bundesurlaubsgesetz zum 31.12. des Kalenderjahres bzw. zum 31.3. des Folgejahres im Widerspruch zu Art. 9 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 24.6.1970 über den bezahlten Jahresurlaub²¹. Dieses Abkommen sei auch unmittelbar geltendes Gesetzesrecht.

12. Art. 2 Nr. 2 c des ILO-Abkommens Nr. 29 vom 28.6.1930²² war Gegenstand einer Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichtes Hamburg (Beschuß vom 23.9.1991 – VollZ [Ws] 11/91 – NStZ 1992, 53²³). Ein in der Justizvollzugsanstalt Hamburg inhaftierter Gefangener weigerte sich, in der Anstalt an Arbeiten teilzunehmen, welche im Auftrag eines privaten Unternehmers vorgenommen werden. Daraufhin waren Disziplinarmaßnahmen gegen ihn erlassen worden. Dies verstößt nach Ansicht des Gerichts nicht gegen Art. 2 Nr. 2 c des Abkommens²⁴.

²⁰ Zu entgegenstehenden Entscheidungen des BAG vgl. Giegerich (Anm. 2), 365f.

²¹ BGBl. 1975 II, 746.

²² BGBl. 1956 II, 640.

²³ Dazu die kritische Anmerkung von D. Kleszczewski, NStZ 1992, 351.

²⁴ Die einschlägigen Normen lauten: "Art. 1: Jedes Mitglied der ILO, das dieses Übereinkommen ratifiziert, verpflichtet sich, den Gebrauch der Zwangs- oder Pflichtarbeit in allen ihren Formen möglichst bald zu beseitigen".

Der Gefangene werde nämlich im Unternehmerbetrieb weder dem Unternehmer noch dem Werkbeamten zu deren freien Verfügung unterworfen. Es könne dahinstehen, ob die Untätigkeit des Gesetzgebers die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland aus dem Übereinkommen Nr. 29 verletze. Denn es sei jedenfalls ausreichend, wenn die Vollzugsbehörde ihr Ermessen unter Berücksichtigung der Ziele des ILO-Abkommens ausübe.

13. Zur Auslegung des deutsch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommens nahm der Bundesfinanzhof in einem Urteil vom 31.7.1991 Stellung (I R 47/90 – BFHE 165, 392 = RIW 1992, 85). Angesichts des Umstandes, daß die im Jahr 1965 erfolgte Neufassung des Abkommens in ihrer Zielsetzung dem herkömmlichen System der Doppelbesteuerungsabkommen, wie es in dem OECD-Musterabkommen aus dem Jahre 1963 seine Ausprägung gefunden hatte, entspricht, muß dieses Musterabkommen zu Auslegungszwecken mit herangezogen werden, soweit die Vertragsstaaten die Absicht einer hiervon abweichenden Regelung nicht eindeutig zu erkennen gegeben haben. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn mit Hilfe von Verhandlungsunterlagen der Nachweis geführt werden könnte, daß davon abweichende Regelungen beabsichtigt waren.

14. In einem Verfahren vor dem Bundesfinanzhof (Urteil vom 6.2.1991 – I R 125/90 – BFHE 164, 29 = DStR 1991, 838) war im Zusammenhang mit dem Doppelbesteuerungsabkommen vom 22.8.1971 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz²⁵ die Grenzgängereigenschaft des Klägers streitig. Sowohl die Wohnung des Klägers in der Bundesrepublik Deutschland als auch seine Arbeitsstätte in der Schweiz lagen jeweils weniger als 30 km von der Grenze entfernt. Demgegenüber befand sich der Ortsmittelpunkt seiner Wohnsitzgemeinde mehr als 30 km von der Grenze entfernt. Fraglich war daher, ob der Kläger gemäß Art. 15 Abs. 4 des Doppelbesteuerungsabkommens "in der Nähe der Grenze ansässig ist". Nach Art. 15 Abs. 4 Satz 2 des Doppelbesteuerungsabkommens ist vorgesehen, daß sich die zuständigen Behörden der beiden Vertragsstaaten über die Einzelheiten der Anwendung dieser Bestimmung verständigen. Dementsprechend war es am 18.6.1971 zu einer entspre-

Art. 2 Nr. 2 c: "Als 'Zwangs- oder Pflichtarbeit' im Sinne dieses Übereinkommens gelten jedoch nicht jede Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person aufgrund einer gerichtlichen Verurteilung verlangt wird, jedoch unter der Bedingung, daß diese Arbeit zur Dienstleistung unter Überwachung und Aufsicht der öffentlichen Behörden ausgeführt wird und daß der Verurteilte nicht an Einzelpersonen oder private Gesellschaften und Vereinigungen verdingt oder ihnen sonst zur Verfügung gestellt wird (...)"

²⁵ BGBl. 1972 II, 1021.

chenden Verständigung in einem Verhandlungsprotokoll gekommen. Der BFH hatte nunmehr zu entscheiden, welche Bedeutung diesem Verhandlungsprotokoll zukommt. In einer früheren Entscheidung vom 11.4.1990²⁶ war er davon ausgegangen, daß solche Verständigungsvereinbarungen weder selbständige Besteuerungstatbestände schaffen noch gesetzliche Regelungen zu Lasten eines Steuerpflichtigen ändern könnten. Auch im vorliegenden Fall hielt der BFH im Grundsatz daran fest. Eine solche Vereinbarung könne das Abkommen nicht abändern, welches mit dem Zustimmungsgesetz innerstaatliches Recht geworden sei. Im übrigen sei das Verhandlungsprotokoll von den deutschen Gesetzgebungskörperschaften nicht ratifiziert worden. Im konkreten Fall habe das Verhandlungsprotokoll jedoch bereits bei der Ratifizierung des Abkommens vorgelegen. Somit habe der deutsche Gesetzgeber gewußt, in welcher Weise die zuständigen Behörden die Norm auszulegen beabsichtigten. Wenn aber der Gesetzgeber gegenüber der vorgesehenen Auslegung keine Vorbehalte geäußert habe, spreche dies dafür, daß er der Verständigung in dem Protokoll zugestimmt habe. Deshalb könnte vorliegend das Verhandlungsprotokoll zur Auslegung des Art. 15 Abs. 4 des Abkommens herangezogen werden.

III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität

1. Grenzen der Ausübung eigener Staatsgewalt

15. Die bereits oben dargestellten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs [3 und 136] sowie des Kammergerichts [4] bejahen auch die Frage, ob die in § 5 Nr. 4 StGB enthaltene Erstreckung des Geltungsbereiches des deutschen Strafrechtes unabhängig vom Recht des Tatortes auf Ausländer für Delikte des Landesverrates und der Gefährdung der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland völkerrechtsgemäß sind. Völkerrechtliche Grundsätze, die über Art. 25 GG einer Anwendung entgegenstehen würden, seien nicht ersichtlich. In seinem Beschluß vom 29.5.1991 führt der BGH aus, daß sich im Hinblick auf die Strafbarkeit nach § 94 StGB die völkerrechtliche Zulässigkeit bereits aus dem Territorialitätsgrundsatz ergebe. Denn insoweit habe sich das pönalisierte Verhalten in Ausübung und Wirkung keineswegs auf das Gebiet der ehemaligen DDR beschränkt. Deshalb werde durch eine solche Strafbarkeit auch nicht die staatliche Souveränität der ehemaligen DDR mißachtet.

²⁶ Dargestellt bei Giegerich (Anm. 2), 364f.

16. In einem – teilweise nicht rechtskräftigen – Urteil vom 5.11.1991 (NStZ 92, 281 = NJ 92, 265) kommt das Bayerische Oberste Landesgericht zu dem Ergebnis, daß die geheimdienstliche Nachrichtenbeschaffung ungeachtet der Frage, ob Friedensspionage im Ausland völkerrechtlich erlaubt sei oder nicht, gleichwohl einen Eingriff in die Gebietshoheit des betroffenen Staates darstellt und diesem durch das Völkerrecht zugestanden wird, sich dagegen mit den Mitteln des innerstaatlichen Strafrechts zur Wehr zu setzen. Werde der betroffene Staat eines Spions habhaft, könne sich dieser nicht darauf berufen, daß das Völkerrecht die Friedensspionage nicht verbiete, da der betroffene Staat völkerrechtlich nicht verpflichtet sei, gegen ihn gerichtete nachrichtendienstliche Aktivitäten zu dulden.

17. In einem grundlegenden Urteil vom 2.7.1991 schränkt der BGH den Anwendungsbereich von § 23 ZPO im Hinblick auf die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ein (XI ZR 206/90 – BGHZ 115, 90 = IPRax 92, 160)²⁷. Kläger waren zypriotische Staatsangehörige. Beklagte war eine türkische Großbank, die in Deutschland eine Niederlassung besaß. Die Beklagte hatte eine Garantie für eine Forderung übernommen, welche im Zusammenhang mit der Errichtung von Hafenanlagen in Libyen stand. Neben der deutschen Niederlassung der Beklagten bestanden keine weiteren Verknüpfungen zur Bundesrepublik Deutschland. Der BGH hält die Klage wegen Fehlens der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte für unzulässig. Zur Begründung der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte war allein § 23 Satz 1, 1. Alt. ZPO in Betracht gekommen. Bislang hatten sich die deutschen Gerichte im Hinblick auf den Vermögensgerichtsstand lediglich am Wortlaut von § 23 ZPO orientiert. Danach hatte bereits das Vorhandensein von Vermögen in Deutschland die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte begründet. Nach Ansicht des BGH ist eine solche allein am Wortlaut orientierte Auslegung des § 23 ZPO nach wie vor zwar nicht völkerrechtswidrig²⁸, doch bedürfe die Norm einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung durch die Gerichte. Dementsprechend geht der BGH nunmehr davon aus, daß der Vermögensgerichtsstand nur dann gegeben sein kann, wenn der Rechtsstreit einen hinreichenden Bezug zum Inland hat. Die Vermögensbelegenheit allein reiche dafür nicht aus. Eine solche Aus-

²⁷ Hierzu P. Schlosser, Einschränkung des Vermögensgerichtsstandes, IPRax 1992, 140.

²⁸ Unter Bezugnahme auf BVerfGE 64, 1 (20); BGH, Urteil vom 24.11.1988 (III ZR 150/87 – WM 1989, 355 [357]).

legung des § 23 ZPO sei auch im Hinblick auf die völkerrechtliche Vertragspraxis geboten. Insoweit verweist das Urteil auf mehrere bilaterale Anerkennungs- und Vollstreckungsverträge und auf Art. 3 Abs. 2 EuGVÜ. Angesichts dieser völkerrechtlichen Tendenzen sei eine teleologische Reduktion des § 23 ZPO notwendig. Nur eine auf den hinreichenden Inlandsbezug abstellende Auslegung des § 23 ZPO begrenze in völkerrechtskonformer Weise die mit dem Vermögensgerichtsstand verbundene Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten des ausländischen Beklagten.

18. In der bereits oben erwähnten Entscheidung des OVG Hamburg zum MARPOL-Übereinkommen [10] führt das Gericht aus, daß ein Schiff auf Hoher See ausschließlich der Hoheitsgewalt des Flaggenstaates unterliege. Auch aus dem MARPOL-Übereinkommen ergebe sich keine Eintragungspflicht für Betriebsvorgänge auf unter der Flagge von Nichtvertragsstaaten fahrenden Schiffen außerhalb des Hoheitsgebiets von Vertragsstaaten.

19. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (Beschuß der 3. Kammer des 1. Senats vom 22.7.1991 – 1 BvR 829/89 – RIW 1991, 963) ist der Begriff des "Inlands" in § 1 Abs. 1 Satz 1 EStG dahin gehend zu verstehen, daß damit das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in ihren Hoheitsgrenzen gemeint ist. Auch deutsche Hoheitsgebiete, die als sogenannte Zollausschlußgebiete nach § 2 Abs. 2 Satz 2 ZollG einem ausländischen Zollgebiet angeschlossen sind, gehören damit zum Inland. *In concreto* bedeutet dies, daß die deutsche Exklave Büsingen auch steuerrechtlich als Inland anzusehen ist und damit die dort lebenden Personen als grundsätzlich unbeschränkt steuerpflichtig behandelt werden können.

20. In einer Entscheidung vom 19.12.1991 (3. Kammer des 2. Senats – 2 BvR 836/85 – NVwZ-RR 1992, 521) bestätigt das Bundesverfassungsgericht eine Bußgeldentscheidung betreffend die Ausübung der Fischerei in der deutschen 12-Seemeilen-Zone. Das Gericht sieht es als zulässig an, daß die Bundesrepublik Deutschland an der Nordseeküste gerade Basislinien gezogen hat. Der Begriff der Basislinie und ihre Bestimmung würden durch Normen des Völkergewohnheitsrechts bestimmt, die auch allgemeine Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG seien. Für die stark gegliederte deutsche Nordseeküste mit ihren vorgelagerten Inseln sei es zulässig, ein System gerader Basislinien anzuwenden.

21. Vor dem Hintergrund des deutsch-niederländischen Abkommens über die Zusammenlegung der Grenzabfertigungsstellen vom 30.5.1958²⁹

²⁹ BGBl. 1960 II, 2813.

mußte das OLG Oldenburg (Beschuß vom 31.10.1991 – Ss 418/91 – NZV 1992, 165) entscheiden, ob die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr eine Überprüfung von Fahrzeugen auch dann vornehmen darf, wenn die gemeinsame Grenzabfertigungsstelle auf niederländischem Hoheitsgebiet errichtet worden ist. Nach Art. 4 des Abkommens gelten in dem außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes liegenden Bereich zwar die deutschen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die sich auf die Grenzabfertigung beziehen, doch gehört nach Ansicht des Gerichts dazu nicht die Gewichtskontrolle von Fahrzeugen zur Feststellung von Verkehrsverstößen. Nach Wortlaut und Sinn der Bestimmung würden dieser Regelung nur Vorgänge unterfallen, die in einem sachlichen Bezug zum eigentlichen Grenzübergang stehen. Dieser Bezug liege hier aber nicht vor, da es sich lediglich um die Durchsetzung allgemeiner Verkehrs- und Beförderungsvorschriften gehandelt habe.

22. Daß sich auch der Bundesfinanzhof mit Fragen des völkerrechtlichen Status der Antarktis zu beschäftigen hat, zeigt sein Urteil vom 14.6.1991 (– VI R 185/87 – RIW 1991, 966). Der Kläger im vorliegenden Verfahren war über mehrere Monate hinweg von seiner Arbeitgeberin in der Antarktis eingesetzt worden. Streitig war nunmehr, ob das dabei erzielte Einkommen als Einkünfte aus einer Tätigkeit anzusehen ist, die in einem ausländischen Staat ausgeübt wird. Der Bundesfinanzhof sieht diese Voraussetzung bei einer Tätigkeit in der Antarktis als nicht gegeben an, da die Antarktis zu keinem staatlichen Hoheitsgebiet gehöre.

23. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf (Beschuß vom 29.5.1991 – 2 Ds 148/91 – MDR 1992, 178) darf gegen im Inland lebende Ausländer, die von einem deutschen Gericht als Zeugen in einem Strafverfahren geladen werden, dann keine Maßregel nach § 51 StPO angeordnet werden, wenn sie sich zum fraglichen Zeitpunkt nicht im Inland aufgehalten haben. Zwar seien auch Ausländer, die im Inland ihren ständigen Aufenthalt haben, verpflichtet, als Zeuge vor deutschen Gerichten zu erscheinen. Diese Verpflichtung bestehe aber nur in dem Umfang, in dem sie sich tatsächlich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Das Gericht läßt es offen, ob gegenüber einem Ausländer mit Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland ein Ordnungsgeld auferlegt werden dürfe, wenn der Betroffene das Inland verlassen hatte, um sich der Aussagepflicht zu entziehen.

24. Fragen der Gegenseitigkeitsverbürgung im Staatshaftungsrecht bildeten den Gegenstand eines Beschlusses der 3. Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 17.1.1991 (– 2 BvR 595/87 – NJW 91, 2757 [nur Ls.] = NVwZ 1991, 661). Die Beschwerdeführer hatten gel-

tend gemacht, die im Lande Hessen bis zum 31.12.1984 geltende Vorschrift des § 7 des Preußischen Gesetzes über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtsverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt vom 1.8.1909³⁰ sei deshalb mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, weil nach dieser Vorschrift der Staat für Amtspflichtsverletzung seiner Beamten gegenüber Ausländern dann nicht haftet, wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist. Nach Ansicht des Gerichts ist es sachlich vertretbar, die Entschädigung bei Ausländern davon abhängig zu machen, daß im Verhältnis zu ihrem Heimatstaat die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Die Gegenseitigkeitsverbürgung sei eine Erscheinungsform des völkerrechtlichen Gegenseitigkeitsprinzips. Ziel einer solchen Norm sei es, die Rechtsstellung deutscher Staatsangehöriger im Ausland zu verbessern oder zu festigen. Dies entspreche dem legitimen Anliegen des Staates, auch außerhalb seiner Grenzen den Schutz der eigenen Staatsbürger nach Möglichkeit zu gewährleisten. Der Beschluß läßt es jedoch ausdrücklich offen, ob dieses Erfordernis der Gegenseitigkeitsverbürgung auch gegenüber Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften anwendbar sein könne.

25. Das Gebäude der früheren estnischen Botschaft in Berlin stand bis zum 23.09.1991 unter Pflegschaft für unbekannte Beteiligte nach § 1910 BGB³¹. Das AG Berlin Tiergarten führt in einem Beschluß vom gleichen Tage (- 50 VIII 3940 – unveröffentlicht –) aus, daß nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit durch den estnischen Staat und dessen Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen sowie der Anerkennung seitens der Bundesrepublik Deutschland kein Zweifel mehr daran bestehe, daß Estland durch seine Regierung rechtmäßig vertreten werde.

2. Anerkennung fremder Hoheitsakte

26. In einem grundlegenden Urteil vom 23.4.1991 (- 1 BvR 1170/90, 1 BvR 1174/90, 1 BvR 1175/90 – BVerfGE 84, 90 = NJW 1991, 1597 = BVBl. 1991, 575 = DÖV 1991, 600 = ROW 1991, 212 = BayVBl. 1991, 398 = EuGRZ 1991, 121 = BB [Beilage 10 zu Heft 13/91], 2)³² hatte sich

³⁰ Preußische Gesetzessammlung, 691.

³¹ § 1910 BGB (nunmehr § 1913 Satz 1 BGB) lautet: "Ist unbekannt oder ungewiß, wer bei einer Angelegenheit der Beteiligte ist, so kann dem Beteiligten für diese Angelegenheit, soweit eine Fürsorge erforderlich ist, ein Pfleger bestellt werden".

³² Vgl. dazu statt aller W. Graf Vitzthum, Das Bodenreform-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Analyse und Kritik, in: K. Stern, Zur Wiederherstellung der inneren Einheit, Bd. II (1992), 3 ff.

das Bundesverfassungsgericht mit den in der damaligen Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands (SBZ) in den Jahren 1945–1949 durchgeführten Enteignungen zu befassen. Nach Art. 41 des am 31.8.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands geschlossenen Abkommens (Einigungsvertrag) i.V.m. Anlage III zu diesem Vertrag sind Enteignungen, welche auf besatzungsrechtlicher, bzw. besatzungshoheitlicher Grundlage in den Jahren 1945–1949 in der früheren SBZ vorgenommen worden sind, nicht mehr rückgängig zu machen³³. Das Bundesverfassungsgericht führt zunächst aus, daß Enteignungen, die in der Folge einer Sequestrierung von Grundstücken nach dem Befehl Nr. 124 der Sowjetischen Militäradministration für Deutschland (SMAD) erfolgt sind³⁴, zwar nur teilweise auf besatzungsrechtlicher Grundlage beruhten, da die Enteignungen in diesen Fällen unmittelbar durch Vorschriften deutscher Rechtssetzungsorgane festgelegt worden seien. Gleichwohl seien sie auf besatzungshoheitlicher Grundlage erfolgt, da sie in diesen Fällen durch Akte der sowjetischen Besatzungsmacht gezielt ermöglicht worden waren und maßgeblich auf deren Entscheidung beruht hätten. Damit sei auch die Bodenreform als Maßnahme auf besatzungshoheitlicher Grundlage einzuordnen, denn der Ablauf ergebe, daß sie von der sowjetischen Besatzungsmacht nicht nur hingenommen worden sei, sondern ihrem erklärten Willen entsprochen habe. Dies ergebe sich insbesondere dadurch, daß die SMAD mit Befehl vom 22.10.1945³⁵ die bis dahin erlassenen Vorschriften der von ihr eingesetzten Landes- und Provinzialverwaltungen, denen sie förmlich noch keine Rechtsetzungsbefugnis eingeräumt hatte, für "gesetzeskräftig" erklärt und damit die Vorschriften über die Bodenreform ausdrücklich bestätigt hatte. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, die mündliche Verhandlung habe ergeben, daß insbesondere auch die Aufrechterhaltung der durch die Bodenreform geschaffenen Eigentumsverhältnisse einer zentralen Forderung sowohl der DDR als auch der UdSSR entsprochen

³³ Zur Entstehungsgeschichte dieser Norm vgl. im einzelnen G. Schuster, Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1990, ZaöRV 1992, 828ff. (998ff., 1011ff.).

³⁴ Befehl Nr. 124 betreffend die Auferlegung der Sequestration und Übernahme in zeitweilige Verwaltung einiger Vermögenskategorien des Chefs der Verwaltung der SMAD vom 30.10.1945, Text in G. Fieberg/H. Reichenbach, Enteignung und Offene Vermögensfragen in der ehemaligen DDR, Bd. I (1991), 2.4.4.

³⁵ Befehl vom 22.10.1945 über die Einräumung des Rechts in die Provinzialverwaltungen und Verwaltungen der föderalen Länder in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands, Gesetze und Verordnungen zu erlassen, die Gesetzeskraft haben, Text in Fieberg/Reichenbach (Anm. 34), 2.4.3.

habe. Dies bedeute, daß nicht nur die Enteignungen, die unmittelbar durch die sowjetische Besatzungsmacht eingeleitet worden sind, nicht mehr rückgängig gemacht werden sollen, sondern auch die Enteignungen im Zuge der Bodenreform. Dies gelte selbst für Enteignungsmaßnahmen, bei denen die einschlägigen Rechtsgrundlagen exzessiv ausgelegt oder nach rechtsstaatlichen Maßstäben willkürlich angewendet worden sind. Auch diese beruhten letztlich auf besatzungshoheitlicher Grundlage, weil der Besatzungsmacht, also der UdSSR, in dieser Zeit noch die oberste Hoheitsgewalt zukam.

Es verstoße nicht gegen die in Art. 79 Abs. 3 GG enthaltenen Schranken für eine Verfassungsänderung, daß der verfassungsändernde Gesetzgeber die Regelungen der Enteignungen für bestandskräftig erklärt habe. Die Enteignungen im Gebiet der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands könnten nicht dem Verantwortungsbereich der dem Grundgesetz verpflichteten Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland zugerechnet werden. Die Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland habe sich nicht nur *de facto*, sondern auch staatsrechtlich auf das damalige Gebiet der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 23 Satz 1 GG a.F. beschränkt. Im übrigen könnten die Enteignungsmaßnahmen auch schon deshalb nicht am Maßstab des Grundgesetzes gemessen werden, weil es zum Zeitpunkt dieser Maßnahmen noch nicht in Kraft gewesen war.

Nach der Durchführung der Enteignungen sei den Geschädigten keine vermögenswerte, durchsetzbare Rechtsposition verblieben. Das Bundesverfassungsgericht betont insoweit, daß nach deutschem internationalem Enteignungsrecht Enteignungen eines fremden Staates einschließlich der entschädigungslosen "Konfiskation" grundsätzlich als wirksam anzusehen sind, soweit dieser Staat innerhalb der Grenzen seiner Macht geblieben ist³⁶. Die Hinnahme fremder Enteignungen werde nur durch den Vorbehalt zugunsten des deutschen *ordre public* eingeschränkt, der aber nur dann eingreife, wenn insoweit eine hinreichende Inlands- und Gegenwartsbeziehung bestehe. Diese einfachrechtliche Lage sei auch verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Geltung des Territorialitätsprinzips beruhe auf dem Interesse an internationaler Ordnung und sei auch international anerkannt.

Das Urteil läßt es ausdrücklich offen, ob nach völkerrechtlichen Grundsätzen Ansprüche der einzelnen Betroffenen gegen die Besatzungsmacht bestanden hätten und ob sie sich gegebenenfalls auf eine Rückgabe

³⁶ Vgl. zu dieser Problematik zuletzt die bei Polakiewicz (Anm. 2), 72ff., dargestellten Entscheidungen des BGH.

richten würden. Solche Ansprüche seien jedenfalls nicht durchsetzbar und damit praktisch wertlos gewesen [134].

IV. Staatsangehörigkeit

1. Erwerb

27. Nach einem Urteil des VG München vom 4.12.1991 (– M 7 K 91.1030 – StAZ 1992, 351) vermittelt eine schwache brasilianische Auslandsadoption nicht die deutsche Staatsangehörigkeit nach § 6 RuStAG³⁷. Eine nach § 6 RuStAG wirksame Adoption liege nur dann vor, wenn die Adoption nach den Grundsätzen des (deutschen) internationalen Privatrechts oder aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarungen unmittelbar gilt oder anerkannt werden kann. Dies ergebe sich neben dem Wortlaut auch aus der Regierungsbegründung zu § 6 RuStAG. Eine Adoption eines Kindes nach brasilianischem Recht stelle aber keine "Annahme als Kind" im Sinne von § 6 RuStAG dar. Zwar sei es insoweit nicht erforderlich, daß eine Auslandsadoption in allen Einzelheiten mit der deutschen übereinstimme, doch müßten die wesentlichen Merkmale einer Adoption nach deutschem Recht erfüllt sein. Hierzu gehörten insbesondere die Begründung eines Kindschaftsverhältnisses zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen, die Übertragung des elterlichen Sorgerechts auf die Adoptierenden, gegenseitige Unterhaltungspflichten, Erbrechte sowie Rechtsfolgen im Bereich des Namensrechts. Ob eine der deutschen im wesentlichen vergleichbare ausländische Adoption vorliege, sei nach einer Gesamtschau der Wirkungen des ausländischen Rechts zu entscheiden³⁸. Nach den Vorschriften des brasilianischen Zivilgesetzbuches kann ein bei der Adoption Minderjähriger das Adoptionsverhältnis in dem auf die Beendigung der Minderjährigkeit unmittelbar folgenden Jahr auflösen. Auch könnte das Band der Adoption aufgelöst werden, wenn beide Teile darüber einig sind. Schließlich erlöschen die aus der natürlichen Verwandtschaft hervorgehenden Rechte und Pflichten mit Ausnahme der väterlichen Gewalt, die auf den Adoptivvater übergeht, durch die Adoption

³⁷ § 6 RuStAG lautet: "Mit der nach den deutschen Gesetzen wirksamen Annahme als Kind durch einen Deutschen erwirbt das Kind, das im Zeitpunkt des Annahmeantrags das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, die Staatsangehörigkeit. Der Erwerb der Staatsangehörigkeit erstreckt sich auf die Abkömmlinge des Kindes".

³⁸ Unter Bezugnahme auf den Bayr. VGH, Urteil vom 9.11.1988, StAZ 1989, 287; vgl. auch die Entscheidung des Bayr. VGH vom 30.11.1988, dargestellt bei Polakiewicz (Anm. 2), 86.

nicht. Daher sei die einfache Adoption nach brasilianischem Recht keine "nach den deutschen Gesetzen wirksame Annahme als Kind" im Sinne von § 6 RuStAG mit der Folge, daß sie nicht die deutsche Staatsangehörigkeit vermittele.

2. Verlust der Staatsangehörigkeit

28. Das OVG Berlin (Urteil vom 22.8.1991 – OVG 5 B 46.90 – StAZ 1992, 177) hatte sich mit Problemen der Staatsangehörigkeit von Personen des früheren britischen Mandatsgebietes Palästina zu beschäftigen. Die Kläger waren Enkel eines deutschen Staatsangehörigen jüdischen Glaubens, welcher 1935 zusammen mit dem Vater der Kläger nach Palästina emigriert war. Dort hatte der Großvater auf seinen Antrag im Jahre 1938 die palästinensische Mandatszugehörigkeit erworben. In der Einbürgerungsurkunde war auch der Vater der Kläger vermerkt. Im September 1975 war der Vater der Kläger auf Antrag nach § 12 1. StARegG wieder eingebürgert worden. Das OVG hat den Klagen auf Wiedereinbürgerung aufgrund von Art. 116 Abs. 2 GG stattgegeben.

Zum einen habe der Vater der Kläger durch den Erwerb der palästinensischen Mandatszugehörigkeit durch den Großvater der Kläger seine deutsche Staatsangehörigkeit nach § 25 RuStAG nicht verloren. Zwar entfalte § 25 Abs. 1 RuStAG auch bei einem Erstreckungserwerb Wirkung, doch setze dies eine Willensbetätigung des gesetzlichen Vertreters voraus, die erkennen lasse, daß er mit seiner eigenen Einbürgerung auch diejenige seiner Kinder herbeiführen wolle. Ein bloßes Hinnehmen der Erstreckungswirkung reiche nicht aus, um auch im Hinblick auf das Kind einen Staatsangehörigkeitsverlust nach § 25 RuStAG herbeizuführen. Damit habe der Vater der Kläger durch den Erwerb der palästinensischen Mandatszugehörigkeit seitens des Großvaters die deutsche Staatsangehörigkeit nicht verloren. Vielmehr zähle er zu dem unter § 2 der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25.11.1941 fallenden Personenkreis der jüdischen Emigranten, denen die deutsche Staatsangehörigkeit entzogen worden sei. Der Ausgleich des dadurch geschaffenen Unrechts solle aber gerade durch Art. 116 Abs. 2 GG ermöglicht werden.

Im übrigen könne generell der Erwerb der palästinensischen Mandatszugehörigkeit nicht den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 25 Abs. 1 RuStAG herbeiführen. Denn zum Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nach dieser Vorschrift führe nur der Erwerb einer im wesentlichen uneingeschränkten ausländischen Staatsangehörigkeit. Dazu gehöre insbesondere die Möglichkeit der Ausübung diplomatischen

Schutzes. Diese Voraussetzung sei im Hinblick auf die palästinensische Mandatszugehörigkeit aber gerade nicht gegeben gewesen. Die auswärtigen Beziehungen Palästinas waren in der fraglichen Zeit ausschließlich vom Mandatar, also Großbritannien, wahrgenommen worden, so daß die palästinensische Staatsangehörigkeit keine unmittelbaren eigenen völkerrechtlichen Wirkungen entfalten konnte. Auch aus diesem Grund habe der Vater der Kläger durch die Einbürgerung in Palästina seine deutsche Staatsangehörigkeit nicht verlieren können. Nach alledem stand den Klägern ein Anspruch auf Einbürgerung nach Art. 116 Abs. 2 GG zu³⁹.

29. Die gleiche Frage der Rechtswirkungen des Erwerbs der palästinensischen Mandatszugehörigkeit war auch im Zusammenhang mit einem Urteil des Hessischen VGH vom 11.11.1991 (12 UE 3389/90 – InfAuslR 1992, 104) von Relevanz. In seinem Urteil läßt es das Gericht offen, ob der Erwerb der palästinensischen Mandatszugehörigkeit im Jahre 1936 den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 25 RuStAG herbeiführen konnte. Dies war für das Gericht deshalb nicht entscheidungserheblich, weil die Kläger selbst dann, wenn ihre Mutter durch den Erwerb der palästinensischen Mandatszugehörigkeit nicht die deutsche Staatsangehörigkeit verloren haben sollte, gleichwohl nicht die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hätten. Denn zum Zeitpunkt der Geburt der Kläger galt § 4 RuStAG in einer Fassung, die den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit kraft Abstammung und Geburt nur für das eheliche Kind eines deutschen Mannes vorsah. Da im Falle der Kläger aber nur die Mutter die deutsche Staatsangehörigkeit besessen haben konnte, war schon aus diesem Grund davon auszugehen, daß sie mit der Geburt keinesfalls die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben konnten, selbst dann, wenn ihre Mutter durch den Erwerb der palästinensischen Mandatszugehörigkeit ihre deutsche Staatsangehörigkeit nicht verloren haben sollte. Dieses Ergebnis stehe auch nicht im Widerspruch zu Art. 116 Abs. 2 GG, da die dort vorgesehene Wiedergutmachung durch Wiedereinbürgerung nämlich gerade vorangegangene Nachteile durch Vorenthalten des Erwerbs der Staatsangehörigkeit voraussetze.

3. Mehrfache Staatsangehörigkeit

30. Der VGH Baden-Württemberg hatte sich in einem Urteil vom 7.11.1991 (– 13 S 1627/90 – InfAuslR 1992, 98) mit dem Einbürgerungsbegehren einer Iranerin zu befassen. Die nach § 87 AuslG mögliche Ein-

³⁹ Vgl. dazu die Anmerkung von M. Silagi, StAZ 1992, 181 ff.

bürgerung unter Hinnahme von Mehrstaatlichkeit kommt nach Ansicht des VGH zugunsten der Klägerin nicht in Betracht. Zum einen kenne das iranische Recht das Rechtsinstitut des Ausscheidens aus der iranischen Staatsangehörigkeit. Zum zweiten habe die Klägerin keinen Gebrauch von der in § 87 Abs. 1 Nr. 2 vorgesehenen Möglichkeit gemacht, der Einbürgerungsbehörde einen Entlassungsantrag zur amtlichen Weiterleitung an den Iran zu übergeben. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, daß der Iran die Entlassung eigener Staatsangehöriger aus der Staatsangehörigkeit regelmäßig verweigere. Dies lasse sich durch den Umstand belegen, daß die iranische Botschaft durchaus auf den Antrag der Klägerin reagiert habe. Sie habe auch Entlassungsformulare übersandt. Auch habe die Klägerin ihren Entlassungsantrag nicht vollständig bei den iranischen Behörden eingereicht. Im übrigen habe die Klägerin ihre Entlassung auch nicht formgerecht beantragt. Dazu habe es nämlich eines persönlichen Erscheinens der Klägerin bei der iranischen Auslandsvertretung bedurft.

Im übrigen treffe die Forderung nach einer Entlassung aus der iranischen Staatsangehörigkeit die Klägerin auch nicht im Sinne von § 87 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AuslG unzumutbar hart. Sie selbst habe eine Gefährdung ihrer eigenen Person infolge von Entlassungsbemühungen nicht geltend gemacht. Auch die befürchteten Repressalien gegenüber im Iran verbliebenen Angehörigen seien nicht plausibel vorgetragen worden. Nach alledem stehe der Klägerin kein Anspruch auf Einbürgerung nach § 87 AuslG zu.

Schließlich komme auch eine Einbürgerung nach § 8 RuStAG nicht in Betracht. Die Vorinstanz habe bei der Überprüfung des behördlichen Ermessens zutreffend darauf hingewiesen, daß das Zustimmungserfordernis nach Nr. II des Schlußprotokolls des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens⁴⁰ nur dann einer Einbürgerung nicht entgegenstünde, wenn das Ermessen ausnahmsweise auf Null reduziert sei. Dies sei aber nicht der Fall, weil sich die Klägerin nicht hinreichend nachhaltig um die Entlassung aus der iranischen Staatsangehörigkeit bemüht habe⁴¹.

31. Demgegenüber ging der VGH Baden-Württemberg im Falle eines iranischen Arztes, der sich seit 35 Jahren im Inland aufgehalten hatte, davon aus, daß diesem ein Einbürgerungsanspruch nach den §§ 86 Abs. 1 i.V.m. 87 Abs. 1 Nr. 4 AuslG zustehe (Beschuß vom 16.10.1991 – 13 S

⁴⁰ Vgl. dazu Polakiewicz (Anm. 2), 85

⁴¹ Vgl. zu dieser Entscheidung die kritische Anmerkung von H. Rittstieg, InfAuslR 1992, 101.

2510/89 – nicht veröffentlicht –). Die Nichtentlassung aus der iranischen Staatsangehörigkeit bilde insoweit keine Sperre, da die iranische Botschaft mitgeteilt habe, daß sie Personen nicht aus der iranischen Staatsangehörigkeit entlasse, wenn diese – wie im vorliegenden Fall – bei einem fremden Staat einen Asylantrag gestellt haben. Hierin sei in Übereinstimmung mit dem Bundesministerium des Innern eine unzumutbare Härte im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 4 AuslG zu sehen.

32. Die Frage der Vermeidung von Mehrstaatlichkeit im Rahmen der Ermessenseinbürgerung nach § 8 RuStAG bildete den Hintergrund eines Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.2.1991 (- 1 B 17/91 – NJW 91, 2226 = InfAuslR 1991, 169 = StAZ 1992, 75). Die Klägerin, eine iranische Staatsangehörige, hatte durch ihre Geburt im Jahre 1942 zunächst die deutsche Staatsangehörigkeit erworben und diese im Jahre 1945 aufgrund Legitimation nach § 17 Nr. 5 RuStAG a.F. wieder verloren. Im vorliegenden Verfahren erstrebte sie ihre Einbürgerung, ohne ihre iranische Staatsangehörigkeit aufgeben zu wollen. Das Gericht führt aus, daß es zwar für die Einbürgerung spreche, wenn der Bewerber von einer Deutschen abstamme, in Deutschland geboren sei und ständig hier gelebt habe. Gleichwohl dürfe die Behörde eine Einbürgerung ablehnen, wenn sie aus sachgerechten Gründen zu dem Ergebnis kommt, die Einbürgerung liege nicht im staatlichen Interesse. Insbesondere könne sich die Behörde bei der Ermessensausübung von dem Ziel leiten lassen, Mehrstaatlichkeit möglichst zu vermeiden⁴².

33. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts (Beschuß vom 15.4.1991 – 1 B 175/90 – NJW 1991, 227 = BayVBl. 1992, 26 = ZAR 1991, 144 [nur Ls.] = StAZ 1992, 43) besteht das staatliche Interesse an der Vermeidung von Mehrstaatlichkeit auch gegenüber Bewerbern, welche zugleich die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen und sich weigern, diese Staatsangehörigkeit aufzugeben, selbst wenn sie mit einem deutschen Staatsangehörigen verheiratet sind. Das Gericht führt insoweit aus, daß zwar der Gefahr der Rechtsunsicherheit vor allem im Internationalen Privatrecht heute weniger Gewicht zukomme und daß die Gefahr erheblicher Pflichten- oder Loyalitätskonflikte innerhalb der EG-Mitgliedstaaten gering zu bewerten sei, doch werde die Staatsangehörigkeit immer noch als Ausdruck der Zuordnung des Ausländers zum jeweiligen Staatsverband verstanden. Auch das neue Ausländergesetz zeige, daß der deutsche Gesetzgeber nach

⁴² Dazu der Beschuß des Bundesverfassungsgerichts vom 16.9.1990, dargestellt bei Giegerich (Anm. 2), 380f.

wie vor an seinem grundsätzlichen Ziel der Vermeidung mehrfacher Staatsangehörigkeit festhalten wolle.

4. Staatenlosigkeit

34. Auch im Zusammenhang mit der Frage der Staatenlosigkeit beschäftigte die Staatsangehörigkeit der Palästinaflüchtlinge die deutschen Gerichte⁴³. In dem einem Urteil des OVG Berlin vom 12.6.1991 (– OVG 5 B 44.90 – OVGE 19, 171) zugrundeliegenden Sachverhalt hatte eine 1980 in Berlin geborene Klägerin palästinensischer Volkszugehörigkeit die Verleihung der deutschen Staatsangehörigkeit beantragt. Ihre beiden Eltern sind Inhaber libanesischer Reiseausweise für Palästinaflüchtlinge, in denen ihre Staatsangehörigkeit mit “Palästinenser” angegeben war. Als Anspruchsgrundlage für eine Einbürgerung kam insoweit Art. 2 des Ausführungsgesetzes zu dem Übereinkommen vom 30.8.1961 zur Verminde- rung der Staatenlosigkeit und zu dem Übereinkommen vom 13.9.1973 zur Verringerung der Fälle von Staatenlosigkeit vom 29.6.1977⁴⁴ in Betracht. Nach Ansicht des OVG ist die Klägerin staatenlos im Sinne der Norm. Unter Bezugnahme auf seine eigene frühere Rechtsprechung geht das Gericht davon aus, daß die ursprünglich durch die “Palestinian Citizenship Order” aus dem Jahre 1925 begründete palästinensische Mandatszugehörigkeit durch die Mandatsrückgabe im Mai 1948 untergegangen sei. Es sei irrelevant, daß der Gazastreifen im Jahre 1948 lediglich unter ägyptische Verwaltung gekommen, nicht aber von anderen Staaten annektiert worden war. Dieses Gebiet sei in die Treuhandschaft der Vereinten Nationen als Nachfolgeorganisation des Völkerbundes zurückgefallen. Dies bedeute aber nicht, daß für die Einwohner dieser Gebiete das palästinensische Bürgerrecht erhalten geblieben sei. Die Mandatszugehörigkeit sei allein von Großbritannien vermittelt worden. Weder der Völkerbund noch die Vereinten Nationen hätten in der Folgezeit den Einwohnern des Gazastreifens jemals eine Staatsangehörigkeit vermittelt. Im übrigen fehle es auch an einer im Gazastreifen wirksam ausgeübten Staatsgewalt des Staates Palästina⁴⁵. Schließlich sei es auch unerheblich, ob dritte Staaten das Vorliegen einer palästinensischen Staatsangehörigkeit aner-

⁴³ Vgl. für frühere Jahre Richter (Anm. 2), 191f., und Polakiewicz (Anm. 2), 86f.

⁴⁴ BGBl. I, 1101.

⁴⁵ Zur möglichen Existenz eines palästinensischen Staates vgl. die bei Richter (Anm. 2), 191f., berichtete Entscheidung des OVG Münster.

kennen, da es allein darauf ankomme, ob ein Staat aufgrund seines Rechts die jeweilige Person als eigenen Staatsangehörigen ansieht.

Die Klägerin sei auch nicht libanesische Staatsangehörige. Dies ergebe sich aus dem Umstand, daß die libanesischen Behörden ihrerseits von einer palästinensischen Staatsangehörigkeit der Klägerin ausgehen und sie nicht als eigene Staatsangehörige in Anspruch nehmen. Anders als das Verwaltungsgericht Berlin in einem Urteil vom 22.1.1991 [35] geht das OVG Berlin davon aus, daß es für die Beurteilung einer staatsangehörigkeitsrechtlichen Frage auf die jeweilige Anwendung durch die Behörden und Gerichte des in Frage stehenden Staates ankomme und nicht auf das von den deutschen Gerichten aufgrund eigener Kompetenz festzustellende Staatsangehörigkeitsrecht des potentiellen Heimatstaates. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens von 1954 über den Rechtsstatus staatenloser Personen⁴⁶, wonach es allein darauf ankommt, ob ein Staat aufgrund seines Rechts den Betreffenden als Staatsangehörigen "ansieht". Die Klägerin habe aber deshalb keinen Einbürgerungsanspruch, weil sie nicht seit fünf Jahren rechtmäßig ihren dauernden Aufenthalt im Geltungsbereich des Gesetzes gehabt habe. Ein Aufenthalt in diesem Sinne sei nur dann "dauernd", wenn er grundsätzlich zeitlich unbeschränkt angelegt ist, sich also zu einer voraussichtlich ständigen Niederlassung verfestigt hat. Insoweit müsse auch der Aufnahmestaat billigen, daß der rechtmäßige Aufenthalt auf Dauer angelegt ist und nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck⁴⁷. In bezug auf den Aufenthalt von minderjährigen Kindern, die im Familienverband leben, sei davon auszugehen, daß der Aufenthaltsstatus der Eltern für die Frage der Dauerhaftigkeit maßgeblich ist. Dafür sprächen auch die Ausführungen in der Denkschrift der Bundesregierung zu dem Übereinkommen vom 30.8.1961. Außerdem zieht das OVG die deutsche Übersetzung des Übereinkommens vom 30.8.1961 heran, aus dem sich ergebe, daß sich der "dauernde Aufenthalt" nicht allein auf den Zeitraum beziehen könne⁴⁸.

35. Das Verwaltungsgericht Berlin bestätigte durch ein Urteil vom 22.1.1991 (VG 18 A 62/89 – InfAuslR 1991, 238) seine bisherige Rechtsprechung zum Anspruch eines Staatenlosen auf Erteilung eines Reiseaus-

⁴⁶ U.N.T.S. 360, 117.

⁴⁷ Dazu die bei Giegerich (Anm. 2), 375ff., ausführlich dargestellte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts.

⁴⁸ Vgl. auch die Parallelentscheidung vom gleichen Tag (OVG 5 B 41.90 – InfAuslR 1991, 228 = ZAR 1991, 191 [nur Ls.]).

weises nach Art. 28 des Übereinkommens vom 28.9.1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen^{49, 50}. Wie auch das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 16.10.1990⁵¹ geht das Gericht davon aus, daß nur *de iure* Staatenlose von Art. 28 des Staatenlosenübereinkommens erfaßt werden. Bei der Staatsangehörigkeit handele es sich um einen bloßen Bereitschaftsstatus. Auch würden *de facto* Staatenlose von der praktisch zeitgleich entstandenen GK geschützt. Weiterhin sprechen die im Zusammenhang mit der Konvention angenommenen Empfehlungen, die Gleichbehandlung von *de facto* mit *de iure* Staatenlosen zu ermöglichen, für die Beschränkung der Anwendung auf *de iure* Staatenlose. Im übrigen könne sich ein lediglich faktisch Staatenloser jederzeit wieder auf die Staatsangehörigkeit seines Herkunftslandes berufen und sich dessen Schutz unterstellen. Selbst wenn ein völkergewohnheitsrechtlicher Anspruch des einzelnen auf Gewährung diplomatischen Schutzes oder auf Aufnahme in sein Staatsgebiet nicht bestehe, sei der jeweilige Heimatstaat zumindest verpflichtet, die eigenen Staatsangehörigen aufzunehmen. Die Einbeziehung *de facto* Staatenloser in den Geltungsbereich des Abkommens würde jedoch diese Verantwortung des Heimatstaates beseitigen.

Im konkreten Fall sei die im Jahre 1967 im Libanon geborene Klägerin auch lediglich *de facto* staatenlos. Zwar hätten ihre Eltern ihre im Jahr 1938 bzw. 1939 erworbene palästinensische Mandatszugehörigkeit im Jahre 1948 verloren, doch habe die Klägerin durch ihre Geburt die libanesische Staatsangehörigkeit erlangt. Zur Beurteilung der Staatsangehörigkeit der Klägerin sei nicht auf das konkrete Verhalten der libanesischen Behörden abzustellen, sondern ausschließlich auf das libanesische Staatsangehörigkeitsrecht. Für die Auslegung des in innerstaatliches deutsches Recht transformierten Staatenlosenübereinkommens ist nach Ansicht des VG Berlin nicht die Auslegung der Behörden und Gerichte des anderen Staates maßgebend, sondern die von den deutschen Gerichten vorzunehmende Auslegung des libanesischen Staatsangehörigkeitsrechts. Denn es gehe insoweit nicht um eine für den Libanon verbindliche statusrechtliche Feststellung, sondern vielmehr um das Vorliegen der Voraussetzung eines nach deutschem Recht geltend gemachten Anspruchs. Der Praxis der Behörden des anderen Staates komme lediglich eine gewisse Indizwirkung zu.

36. In einem Verfahren vor dem VGH Baden-Württemberg (Urteil

⁴⁹ BGBl. 1976 II, 473; 1977 II, 235.

⁵⁰ Zur früheren Parallelentscheidung vgl. Giegerich (Anm. 2), 378 ff.

⁵¹ Dazu Giegerich, *ibid.*, 375 ff.

vom 20.3.1991 – 11 S 2183/90 – InfAuslR 1991, 226) mußte das Gericht prüfen, wie das Ermessen, welches den Staaten durch Art. 28 Satz 2 Staatenlosenübereinkommen eingeräumt ist, auszuüben ist. Das Gericht stellt zunächst fest, daß sich der Staatenlose für die Zwecke des Art. 28 Satz 2 des Abkommens nicht rechtmäßig im Hoheitsgebiet des Vertragsstaates aufhalten muß und daß die Frage der Erteilung eines Reiseausweises für Staatenlose unabhängig davon zu prüfen ist, ob eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen oder zu versagen ist. Jedenfalls dann, wenn der Betroffene über Jahre hinweg vergeblich versucht hat, die Ausstellung eines Reiseausweises von dem Land seines rechtmäßigen Aufenthaltes zu erlangen, verpflichtet die Wohlwollens-Klausel des Abkommens den Staat des faktischen Aufenthaltes, ihm einen solchen auszustellen. Insoweit sei es nicht erforderlich, daß die zuständigen Behörden des Landes des rechtmäßigen Aufenthaltes eindeutig zu erkennen geben, daß sie ein das Reisen ermöglichendes Ausweispapier nicht ausstellen; vielmehr reiche es, wenn sie den Staatenlosen über Jahre hinweg im Unklaren lassen.

V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs

37. Das OLG Köln (Beschuß vom 4.11.1991 – 16 Bx 46/91 – IPRax 92, 249 = StAZ 1992, 12)⁵² hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob der Familienname von Kindern eines Botschafters im Familienbuch nach §§ 47, 48 PStG berichtigt werden kann, ohne daß die Betroffenen zustimmen. Im Jahr 1983 hatte der spanische Botschafter mit einer deutschen Staatsangehörigen die Ehe geschlossen. Die Eheleute hatten keinen gemeinsamen Ehenamen gewählt. Auf Wunsch der Eltern trug der Standesbeamte bei der Geburt ihrer Kinder als Familiennamen jeweils einen Namen ein, der sich aus einer Zusammensetzung der Familiennamen der beiden Elternteile ergab. Im Jahr 1990 beantragte das Standesamt eine Berichtigung des Geburtenbuches. Zur Begründung wurde ausgeführt, daß die Mutter auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitze mit der Folge, daß die Kinder mit ihrer Geburt diese ebenfalls erworben hätten. Damit sei die Namensgebung für die Kinder nach deutschem Recht zu beurteilen. Somit sei lediglich der Ehe name des Vaters einzutragen gewe-

⁵² Die Entscheidung der Vorinstanz LG Bonn, Beschluß vom 7.3.1991 (5 T 147/90), die zu einem entgegengesetzten Ergebnis gekommen war, findet sich in StAZ 91, 167 = FamRZ 91, 1329 mit Anmerkung O. Kimminich, *ibid.*, 1331; vgl. ferner die Anmerkung von W. Wengler, Diplomatenkinder mit mehrfacher Staatsangehörigkeit und ihr Familienname in Deutschland, IPRax 1992, 223ff.

sen. Das AG hatte daraufhin die beantragte Berichtigung des Eintrags angeordnet. Auf die sofortige Beschwerde des spanischen Botschafters und seiner Frau hatte das LG Bonn der Beschwerde stattgegeben, weil das amtsgerichtliche Verfahren gegenüber dem Diplomaten nach § 18 Satz 1 GVG i.V.m. § 31 Abs. 1 WÜD⁵³ nicht hätte durchgeführt werden dürfen. Das OLG Köln gelangte im Beschwerdeverfahren zu dem Ergebnis, daß die Immunität eines ausländischen Diplomaten der Berichtigung einer Eintragung im Geburtenbuch im Verfahren nach § 47, 48 PStG nicht entgegenstehe. Zwar erstrecke sich die Immunität des Diplomaten grundsätzlich auch auf die Angelegenheiten seines privaten Lebensbereiches. Auch betreffe Art. 31 Abs. 1 Satz 2 1. Halbsatz des WÜD die gesamte ordentliche Gerichtsbarkeit, einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ferner gehöre das Berichtigungsverfahren nach §§ 47, 48 PStG nicht zu den in Art. 31 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 WÜD aufgeführten Ausnahmefällen, in denen sich der Diplomat nicht auf seine Immunität berufen könne. Jedoch weise das Berichtigungsverfahren gegenüber gewöhnlichen streitigen Antragsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Reihe von Besonderheiten auf. Der erstrebte Beschluß beschränke sich allein darauf, den Standesbeamten zur Beischreibung eines Randvermerkes im Geburtenbuch zu ermächtigen oder zu verpflichten. Die Beteiligung dritter Personen, hier also des Botschafters, beschränke sich lediglich auf die Verpflichtung des Gerichts, rechtliches Gehör nach § 47 Abs. 2 Satz 2 PStG zu gewähren. Die Wahrnehmung dieser Möglichkeit sei in das Belieben des Betroffenen gestellt und verletze dessen Immunität genauso wenig wie die spätere Bekanntgabe des gefaßten Beschlusses. Im übrigen sei die Rechtsordnung des Empfangsstaates auch für die Diplomaten rechtsverbindlich, so wie sich dies aus Art. 41 Abs. 1 WÜD ergebe. Nach einem Rundschreiben des Bundesministeriums des Inneren vom 14.3.1975⁵⁴ seien Diplomaten auch verpflichtet, Geburten und Sterbefälle nach Maßgabe der §§ 16 und 32 des PStG – allerdings unter Befreiung von Gebühren – anzuzeigen. Dies verpflichte den Diplomaten, wenn er sich rechtmäßig verhalten will, sogar zu einer aktiven Handlung. Darin komme die besondere Bedeutung, die der inhaltlichen Richtigkeit der Geburten- und Sterbebücher zukomme, zum Ausdruck. Daher sei es nur schwer verständlich, eine Eintragung nur deshalb nicht berichtigen zu können, weil § 47 Abs. 2 Satz 2 PStG eine Anhörung vorschreibt, zumal weniger gravierende Fehler stets ohne Anhörung korrigiert werden könn-

⁵³ BGBl. 1964 II, 959.

⁵⁴ GMBI. 1975, 337–347, Abschn. I 1, 337.

ten, auch wenn Diplomaten beteiligt seien. Nach alledem stehe die Immunität des Botschafters einer Berichtigung nicht im Wege.

38. Gegen einen in der Bundesrepublik Deutschland akkreditierten Konsul war ein Bußgeldbescheid ergangen. Der hiergegen eingelegte Einspruch war vom AG verworfen worden, nachdem dieses das persönliche Erscheinen des Betroffenen angeordnet hatte, er aber nicht erschienen war. Hiergegen richtet sich der Rechtsmittelführer. Er machte geltend, daß das Gericht nicht sein persönliches Erscheinen hätte anordnen dürfen, weil er als Angehöriger des konsularischen Korps nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterliege und keine gerichtliche Tätigkeit gegen ihn entfaltet werden dürfe. Das Bayerische Oberste Landesgericht (Beschluß vom 5.11.1991 – 1 Ob Wi 345/91– NJW 1992, 641) als Beschwerdegericht führt aus, daß die Nachprüfung des angefochtenen Urteils nach § 80 OwiG nur dann geboten sei, wenn der Tatrichter die völkerrechtlich begründete Immunität nicht ausreichend geprüft hat. Es könne dahinstehen, ob der Betreffende tatsächlich Mitglied einer ausländischen konsularischen Vertretung sei. Insoweit könnten die vom Auswärtigen Amt des Entsendestaates ausgestellten Dienstpässe in der Bundesrepublik Deutschland keine unmittelbare Bedeutung haben. Sie seien für den Tatrichter lediglich Anlaß, bei vorliegenden weiteren Anzeichen zu prüfen, ob der Inhaber in den Kreis der geschützten Personengruppe fällt. Dies könne aber im vorliegenden Fall letztendlich offen bleiben, da die rechtliche Stellung der Konsuln als reine Amtsimmunität ausgestaltet ist, die nur wegen Handlungen, die in Wahrnehmung konsularischer Aufgaben vorgenommen werden, nicht der Gerichtsbarkeit des Empfängerstaates unterliegen. Das angefochtene Urteil habe zu Recht ausgeführt, daß die Teilnahme am Straßenverkehr keine Wahrnehmung konsularischer Aufgaben darstelle. Zur Entscheidung der Frage, ob im Einzelfall tatsächlich eine Amtshandlung vorgelegen habe oder nicht, könnten deutsche Gerichte im übrigen auch das persönliche Erscheinen des Betroffenen anordnen.

VI. Fremdenrecht

Die Rechtsprechung zum aufenthaltsrechtlichen Status von EG-Ausländern wird unter X. dargestellt. Auf die Entscheidung des AG Hildesheim [98] sei hingewiesen.

1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts

39. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts (Beschuß vom 4.11.1991 – BVerwG 1 B 132.91 – DVBl. 92, 295 = DÖV 1992, 932 [nur Ls.] = InfAuslR 1992, 4) dürfen auch nach dem neuen Ausländergesetz bei der Entscheidung über die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung gegenläufige entwicklungs- und einwanderungspolitische Interessen der Bundesrepublik Deutschland berücksichtigt werden. Die Behörde handle danach nicht ermessensfehlerhaft, wenn sie in Deutschland ausgebildeten Fach- und Führungskräften aus Entwicklungsländern grundsätzlich nur vorübergehend den Aufenthalt im Inland gestattet und allgemein einer Zuwanderung dieses Personenkreises entgegenwirkt.

40. In der bereits oben erwähnten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.5.1991 [1] war es um die Frage gegangen, ob die nachträgliche Befristung einer Aufenthaltserlaubnis wegen Bezugs von Sozialhilfe möglicherweise gegen Art. 8 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 97 der ILO vom 1.7.1949 über Wanderarbeitnehmer⁵⁵ verstoßen könne⁵⁶. Dem Kläger war im Jahre 1968 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt und in der Folge regelmäßig verlängert worden. 1980 hatte er zunächst eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis erhalten. Bis 1984 war er im Besitz einer Arbeitserlaubnis. 1981 wurde er arbeitslos und bezog seitdem Leistungen vom Arbeitsamt bzw. Sozialhilfe. Im Jahre 1986 wurde die unbefristete Aufenthaltserlaubnis nachträglich befristet. Hiergegen wandte er sich mit seiner Klage.

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts steht das Abkommen der nachträglichen Befristung einer Aufenthaltserlaubnis vorliegend nicht entgegen. Der Kläger falle nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des Abkommens. Nach Art. 11 des Abkommens gilt im Sinne dieses Übereinkommens als "Wanderarbeitnehmer" eine Person, die aus einem Land in ein anderes Land auswandert, um sich dort anders als für eigene Rechnung zu betätigen. Der Begriff der dauernden Zulassung sei dahin gehend zu verstehen, daß sowohl der Aufenthalt als auch die Beschäftigung des Wanderarbeiters auf Dauer zugelassen sein muß. Dies ergebe sich aus Art. 11 Abs. 1 2. Halbsatz, wonach der Betroffene als Wanderarbeiter ordnungsgemäß zugelassen sein muß. Bei einer allein aufenthaltsrechtlich zu verstehenden Regelung hätte es nahegelegen, die in Art. 6

⁵⁵ BGBl. 1959 II, 87, und 1960 II, 2204.

⁵⁶ Vgl. auch die Entscheidung der Vorinstanz VGH Baden-Württemberg vom 1.2.1989, InfAuslR 1989, 234ff.

Abs. 1 verwendete Formulierung “die zum Aufenthalt in seinen Gebietsgrenzen befugten Einwanderer” zu verwenden. Auch spreche für diese Auslegung, daß das Übereinkommen von der ILO ausgearbeitet worden sei, daß es in erster Linie Vergünstigungen in bezug auf ein Arbeitsverhältnis gewährt und daß aus dem Übereinkommen die Arbeitsmarktverwaltung und andere für Wanderungsfragen zuständige Stellen der Signatar-Staaten verpflichtet werden. Im übrigen bestimme sich die dauernde Zulassung eines Wanderarbeiters nach dem jeweiligen innerstaatlichen Recht des einzelnen Vertragsstaates. In Deutschland fehle es jedenfalls dann an einer dauernden Zulassung, wenn der Aufenthalt des Wanderarbeiters lediglich befristet gestattet sei. Aufenthaltsrechtlich sei zur dauernden Zulassung des Wanderarbeiters der Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis erforderlich. Dies ergebe sich auch aus der Denkschrift der Bundesregierung zum Übereinkommen. Nach alledem sei der Kläger kein dauernd zugelassener Wanderarbeitnehmer.

Im übrigen stehe der nachträglichen Befristung der Aufenthaltserlaubnis auch nicht das Rückschaffungsverbot in Art. 6 Abs. a des Europäischen Fürsorgeabkommens vom 11.12.1953⁵⁷ entgegen. Denn dieses Rückschaffungsverbot begünstige lediglich Staatsangehörige der Vertragsstaaten, zu denen der Heimatstaat des Klägers, Jugoslawien, nicht gehöre⁵⁸.

41. Nach § 26 AuslG sind minderjährigen Ausländern unbefristete Aufenthaltserlaubnisse zu erteilen, wenn die Betroffenen seit mehr als 8 Jahren im Besitz der Aufenthaltserlaubnis sind. Nach § 26 Abs. 3 AuslG darf die unbefristete Aufenthaltserlaubnis nur dann versagt werden, wenn entweder ein auf dem persönlichen Verhalten des Ausländers beruhender Ausweisungsgrund vorliegt (Nr. 1) oder wenn der Ausländer in den letzten drei Jahren zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt worden ist (Nr. 2). Nach Ansicht des VG Hannover (Urteil vom 24.6.1991 – 10 A 784/91 = InfAuslR 1991, 349) dürfen im Rahmen von § 26 Abs. 3 Nr. 1 Straftaten des Ausländers keine Berücksichtigung finden. Der Gesetzgeber habe in Nr. 2 eine grundsätzliche und abschließende Entscheidung dahin gehend getroffen, auf welche Straftaten überhaupt bei einer Versagung der unbefristeten Aufenthaltserlaubnis zurückgegriffen werden dürfe. Im übrigen müsse die Norm auch im Zusammenhang mit den Einbürgerungsvorschriften der §§ 85 ff. AuslG gesehen werden. Wenn nach

⁵⁷ BGBl. 1956 II, 563, und 1958 II, 18.

⁵⁸ Vgl. dazu die Anmerkung von Rittstieg (Anm. 3), 272.

§ 88 i.V.m. mit § 85 AuslG nur Straftaten von einem gewissen Gewicht einer Regeleinbürgerung entgegenstehen, ohne daß die Verhängung geringerer Straftaten zu berücksichtigen ist, sei kein Grund ersichtlich, warum bestimmte Bestrafungen unterhalb der Grenze des § 26 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AuslG der Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis entgegenstehen sollten⁵⁹.

2. Ausweisung und Abschiebung

42. In zwei Entscheidungen hatten sich der VGH Baden-Württemberg (Urteil vom 6.5.1991 – 1 S 2891/90 – DÖV 1991, 851 = BWVP 1991, 209 = ZAR 1991, 143 [nur Ls.] = JZ 1992, 362) und das OVG Hamburg mit der Einschränkung der Möglichkeit der Ausweisung von türkischen Staatsangehörigen zu befassen, welche sich aus Art. 3 Abs. 3 des Europäischen Niederlassungsabkommens vom 13.12.1955⁶⁰ ergibt. Danach dürfen die Staatsangehörigen eines Vertragsstaates, die seit mehr als zehn Jahren ihren ordnungsgemäßen Aufenthalt im Gebiet eines anderen Vertragsstaates haben, nur aus Gründen der Sicherheit des Staates oder aus besonders schwerwiegenden Verstößen gegen die öffentliche Ordnung ausgewiesen werden. Nach Ansicht des VGH bedeutet dies, daß eine Ausweisung nur dann in Betracht kommt, wenn die Anwesenheit des Ausländers auch bei Anlegung strenger Maßstäbe nicht länger hingenommen werden kann. Allein zwei Delikte der Trunkenheit im Verkehr und der gefährlichen Körperverletzung seien nicht ausreichend, um eine solche Maßnahme zu rechtfertigen.

43. Das OVG Hamburg (Beschluß vom 27.5.1991 – OVG Bs V 95/91 – InfAuslR 1991, 339) geht insoweit davon aus, daß eine Verurteilung eines Ausländers zu einer hohen Freiheitsstrafe wegen des Handels mit Betäubungsmitteln ausreichend sei, um einen schwerwiegenden Verstoß gegen die öffentliche Ordnung im Sinne dieser Norm anzunehmen.

44. Der Einfluß der politischen Entwicklung in Polen auf die Stellung polnischer Staatsangehöriger in der Bundesrepublik Deutschland war Gegenstand eines Beschlusses des VGH Baden-Württemberg vom 27.6.1991 (– 11 S 1455/91 – BWVP 1992, 64). Die Antragsteller hatten die Anerken-

⁵⁹ Vgl. auch die Parallelentscheidung des gleichen Gerichts vom 4.11.1991 (10 A 819/91 – InfAuslR 1992, 11).

⁶⁰ BGBl. II, 997; BGBl. 1965 II, 1099; für die Türkei in Kraft seit 20.3.1990, vgl. die Bekanntmachung über den Geltungsbereich des Abkommens vom 21.12.1990, BGBl. 1991 II, 397.

nung als Vertriebene beantragt. Ihre Anträge waren abgelehnt worden. Hiergegen hatten sie Widerspruch eingelegt. Gegenstand vorliegender Entscheidung war die Frage, ob ihnen bis zur Entscheidung im Rechtsbehelfsverfahren ein Aufenthaltsrecht oder ein vorläufiges Bleiberecht zukommt. Der VGH Baden-Württemberg verneint, daß sich ein solches Aufenthaltsrecht aus einer Vorwirkung des Art. 116 I GG ergeben könne. Es sei Antragstellern zuzumuten, das von ihnen betriebene Verfahren auf Ausstellung eines Vertriebenenausweises vom Ausland her fortzuführen. Anders als im Asylverfahren, wo ein solches Bleiberecht existiere, gehe es bei der Anerkennung als Vertriebener auch nicht um ihren Schutz vor möglicherweise drohenden Maßnahmen eines anderen Staates. Ferner habe der Gesetzgeber durch das ab 1.7.1990 geltende Aussiedleraufnahmegesetz⁶¹ bestimmt, daß Aussiedler vor ihrer Einreise in das Bundesgebiet ein Aufnahmeverfahren durchzuführen haben. Darin komme die generelle Entscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck, daß es Vertriebenen deutscher Volkszugehörigkeit grundsätzlich zumutbar sei, ihr Aufnahmeverfahren vom Ausland her zu betreiben⁶².

45. In einem Beschluß vom 23.8.1991 (OVG Bs V 100/91 – InfAuslR 1992, 96) bestätigte das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung, daß allein der Umstand, daß ein Ausländer mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet ist, für sich genommen noch kein Abschiebehindernis darstelle⁶³. Art. 6 GG werde nicht schon dadurch verletzt, daß sich der Antragsteller vorübergehend von seiner Ehefrau trennen müsse, um die Bescheidung seines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Ausland abzuwarten. Dies gelte selbst dann, wenn aus der Ehe des Antragstellers ein Kind hervorgegangen sei.

46. Auch der Bayerische VGH (Beschluß der 7. Kammer vom 2.12.1991 – M 7 E 91.4601 – FamRZ 1992, 311) hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, inwieweit sich aus Art. 6 GG ein Anspruch eines Ausländers auf Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland ergeben könne. Der Antragsteller, dessen Antrag auf Anerkennung als Asylberechtigter rechtskräftig abgelehnt worden war und für den eine rechtskräftige Ausreiseverpflichtung bestand, hatte beantragt, seinen Aufenthalt im Bundesgebiet zu dulden, da seine Lebensgefährtin ein Kind von ihm

⁶¹ BGBl. I, 1247.

⁶² Dazu auch der in seinen Aussagen identische Beschluß des VGH Baden-Württemberg vom 15.4.1991 (1 S 931/91 – VBIBW 1991, 383 = ESVG 1991, 225).

⁶³ Unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschluß vom 7.11.1984, NVwZ 1985, 260.

erwarte. Nach Ansicht des entscheidenden Gerichts folgt aus dem Schutzgebot des Art. 6 I und II GG ein Anspruch auf Duldung des Aufenthalts im Bundesgebiet. Unter Bezugnahme auf einen Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 7.5.1991⁶⁴ führt das Gericht aus, daß auch die familiäre Lebensgemeinschaft nicht miteinander Verheirateter mit ihrem gemeinsamen Kind den besonderen Schutz des Art. 6 GG genieße. Zwar sei das gemeinsame Kind zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht geboren, doch sei es mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar, den Antragsteller jetzt in sein Heimatland abzuschieben, obwohl er nach der Geburt gemäß Art. 6 GG i.V.m. § 23 Abs. 1 Nr. 3 AuslG ein Bleiberecht im Bundesgebiet beanspruchen könne.

47. Dasselbe Gericht (Beschluß vom 24.10.1991 – 10 CS 91.2662 – InfAuslR 1992, 45) hatte sich auch mit einer Ausweisungsverfügung zu Lasten eines türkischen Staatsangehörigen zu befassen. Der Betroffene war wegen wiederholter Straftaten in den Jahren 1989 und 1990 mehrmals zu Jugendfreiheitsstrafen verurteilt worden. Der VGH geht davon aus, daß Freiheitsstrafe im Sinne von § 47 Abs. 2 Nr. 1 AuslG auch eine Jugendstrafe sein könne⁶⁵. Unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts⁶⁶ wird ausgeführt, daß ein erhebliches öffentliches Interesse an präventiven Maßnahmen bestehe, um Personen, die wegen Rauschgiftdelikten verurteilt worden sind, auszuweisen. Das Gericht setzt sich sodann mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK auseinander. Art. 8 EMRK bilde kein Hindernis für die Ausweisung des Betroffenen. Die Integration des Antragstellers in der Bundesrepublik Deutschland sei noch nicht weitgehend vollzogen, da er sich zumindest etwa neun Jahre in seinem Heimatland aufgehalten habe und dort auch die Schule besucht habe. Mithin sei ihm eine Integration in die dortige Gesellschaft ohne größere Schwierigkeiten möglich. Im übrigen unterhalte er seit geraumer Zeit keine familiären Beziehungen in der Bundesrepublik Deutschland mehr, da er von seiner Familie getrennt lebe⁶⁷.

⁶⁴ FamRZ 1991, 913.

⁶⁵ Nach dieser Norm wird ein Ausländer in der Regel ausgewiesen, wenn er wegen einer oder mehrerer Straftaten rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und die Vollstreckung nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Vgl. auch die Entscheidung des OVG Nordrhein-Westfalen vom 12.2.1991, InfAuslR 1991, 187; anders dagegen OVG Rheinland-Pfalz, Entscheidung vom 16.1.1991, InfAuslR 1991, 158.

⁶⁶ BVerwGE 81, 356.

⁶⁷ Vgl. dazu auch die Entscheidung des Hessischen VGH vom 22.11.1991 [103].

48. Wiederholt hatten sich deutsche Gerichte im Berichtszeitraum mit der Frage der Verhängung von Abschiebehaft gegenüber zur Ausreise verpflichteten Ausländern zu befassen. Das Bayerische Oberste Landesgericht kommt in einem Beschluß vom 1.7.1991 (BReg.3 Z 105/91 – BayObLGZ 1991, 258 = BayVBl. 1991, 601 = InfAuslR 1992, 12) zu dem Ergebnis, daß Abschiebehaft dann nicht angeordnet werden dürfe, wenn der Ausländer sich längere Zeit in Strafhaft befunden habe und es die Ausländerbehörde versäumt habe, während dieser Zeit die Abschiebung so vorzubereiten, daß sie unmittelbar nach Verbüßung der Strafhaft durchgeführt werden könne.

49. Das OLG Frankfurt/Main (Beschluß vom 10.7.1991 – 20 W 203/91 – InfAuslR 1992, 13) geht davon aus, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht stets dann verletzt sei, wenn ein Betroffener sich neun Monate in Abschiebehaft befunden habe. Dies gelte zumindest dann, wenn die Dauer der Haft lediglich darauf beruhe, daß die Botschaft des Herkunftsstaates für den Abzuschiebenden keine Heimreisepapiere ausgestellt habe. § 57 Abs. 3 AuslG, welcher für solche Fälle die Höchstdauer der Abschiebehaft auf 18 Monate festsetze, bringe die gesetzliche Wertung zum Ausdruck, daß eine Abschiebehaft bis zur Dauer von 18 Monaten grundsätzlich als verhältnismäßig anzusehen sei.

VII. Asylrecht

1. Politische Verfolgung

a) Begriff

50. Das Bundesverfassungsgericht (1. Kammer des 2. Senats) kommt in einem Beschluß vom 15.5.1991 (2 BvR 1716/90 = NVWZ 1991, 979 = NJW 1992, 617 [nur Ls.] = InfAuslR 1992, 26) zu dem Ergebnis, daß einer Person, welche aus ihrem Heimatstaat in einen Drittstaat flieht, dann Asyl zu gewähren sein kann, wenn der Heimatstaat seinen Machtbereich auf den Zufluchtsstaat erstreckt. Im konkreten Fall handelte es sich um einen syrischen Staatsangehörigen, welcher in den Libanon ausgewandert war. 1985 hatte er den Libanon verlassen und in der Bundesrepublik Deutschland um Asyl nachgesucht. Er hatte sich darauf berufen, daß er aus religiösen Gründen den Kriegsdienst ablehne, er sich daher nicht zur Ableistung des syrischen Militärdienstes nach Syrien zurückbegeben habe und nunmehr auch im Libanon vor Übergriffen syrischer Stellen nicht mehr sicher sei. Das Bundesverfassungsgericht führt in sei-

nem Beschluß aus, daß das Asylrecht des Art. 16 II Satz 2 GG zwar grundsätzlich auf dem Kausalzusammenhang Verfolgung – Flucht beruhe. Typischerweise seien von Art. 16 daher nur diejenigen Personen geschützt, welche aufgrund politischer Verfolgung gezwungen sind, ihr Land zu verlassen. Eine solche Situation liege hier zwar nicht vor, da der Beschwerdeführer Syrien ohne diese Motivation verlassen habe. Gleichwohl komme auch in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem ein in einem Drittstaat lebender Ausländer aus diesem flieht, weil sein Heimatstaat nunmehr in der Lage ist, ihn auch in diesem Drittstaat zu verfolgen, der Anspruch auf Asylgewährung in Betracht.

51. Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird in einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5.11.1991 (BVerwG 9 C 41.91 – BVerwGE 89, 171 = DVBl. 92, 830 = NVwZ 92, 382) näher ausgeführt und konkretisiert. Soweit der Verfolgerstaat auch auf Territorien außerhalb seines Staatsgebietes die effektive Gebietsgewalt ausübe, gelange der asylsuchende Ausländer erst durch Ausreise aus dem besetzten Territorium aus der Gebietsgewalt des ihn verfolgenden Heimatstaates hinaus. Daher habe eine Verfolgung, die der Heimatstaat auf dem Territorium des Drittstaates gegen den Asylbewerber betreibt, den Charakter einer (Vor-)Verfolgung, so daß die Beschränkungen, wie sie für Nachfluchtgründe [62-64] bestehen, insoweit irrelevant wären. Soweit demgegenüber der Verfolgerstaat im Drittland nicht die effektive Gebietshoheit ausübe, stelle bereits die Ausreise aus dem Heimatstaat die – möglicherweise dort allerdings noch nicht beendete – Flucht dar. Soweit der Verfolgerstaat auf dem Territorium des Drittstaates gegen seine dorthin geflüchteten Staatsbürger Übergriffe vornehme, ohne im Besitz der effektiven Gebietsgewalt zu sein, hätte dies nur für die Frage Bedeutung, ob der Flüchtling im Sinne des § 2 AsylVfG im Drittland vor Verfolgung sicher war.

52. Das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 25.6.1991 – 9 C 131.90 – InfAuslR 1991, 310 = DÖV 1992, 125 = ZAR 1992, 35 [nur Ls.] = NVwZ 1992, 274) führte seine Rechtsprechung zur Asylerheblichkeit staatlicher Maßnahmen wegen Wehrdienstentziehung fort⁶⁸. Eine Bestrafung wegen Kriegsdienstverweigerung sei nur dann asylrelevant, wenn sie zielgerichtet gegenüber bestimmten Personen oder Personengruppen eingesetzt werde. Die außergewöhnliche Härte einer drohenden Strafe – ins-

⁶⁸ Vgl. schon BVerwG, Urteil vom 25.10.1988 (9 C 50.87 – DVBl. 1989, 714), dargestellt bei Polakiewicz (Anm. 2), 97, und Urteil vom 19.8.1986 (9 C 322.84 – DVBl. 1987, 47), dargestellt bei Hartwig (Anm. 2), 61.

besondere die Verhängung und Ausführung der Todesstrafe – gebe allerdings regelmäßig dann Anlaß zur Prüfung ihrer Asylrelevanz, wenn in einem totalitären Staat ein geordnetes Gerichtsverfahren fehle und Strafen willkürlich verhängt würden.

53. Die während des Wehrdienstes durchgeführte Zwangsbeschneidung christlicher Wehrpflichtiger stellt nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 5.11.1991 – 9 C 118.90 – BVerwGE 89, 162 = DVBl. 92, 828 = NVwZ 1992, 582) politische Verfolgung im Sinne von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG dar, da hierin ein asylrechtserheblicher Eingriff in die physische und psychische Integrität des Betroffenen zu sehen sei. Solche Handlungen, welche während der Grundausbildung in den jeweiligen Militärkrankenhäusern vorgenommen worden sind, seien auch dem türkischen Staat zurechenbar. Der türkische Staat habe gegenüber Angehörigen einer christlichen Minderheit asylrechtlich eine Garantenstellung, kraft derer er für Vorkommnisse in der Armee verantwortlich sei. Er müsse politisch bedingten Übergriffen auf Wehrpflichtige entgegenwirken, den Opfern Schutz gewähren oder gegen pflichtwidrig Handelnde Sanktionen verhängen.

54. Das Verwaltungsgericht Koblenz geht in einem Urteil vom 29.8.1991 (1 K 86/90. KO – NVwZ 1992, 295) davon aus, daß die Benachteiligung von Frauen, insbesondere durch religiöse Bekleidungsvorschriften im Iran, keinen hinreichenden Grund für die Gewährung politischen Asyls in der Bundesrepublik Deutschland darstelle.

55. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof (Urteil vom 25.2.1991 – 12 UE 2106/87 – NVwZ-RR 1991, 516) geht auf die Asylrechtsrelevanz der Staatsschutzvorschriften des türkischen Strafgesetzbuches ein. Eine danach drohende Bestrafung stelle regelmäßig politische Verfolgung im Sinne von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG dar⁶⁹. Im übrigen stelle die Inhaftierung wegen des Besitzes und Lesens eines kurdischen Buches in der Türkei politische Verfolgung dar, da mit der Anknüpfung allein an die Sprache die strafrechtliche Verfolgung gezielt auf asylrechtsrelevante Merkmale gerichtet sei.

Auch schließe das bloße Verteilen von Schriften und die Beteiligung an der Durchführung von Veranstaltungen einer mit gewaltsamen Mitteln

⁶⁹ Vgl. dazu aus früheren Jahren Polakiewicz, *ibid.*, 96f.; Richter (Anm. 2), 203.

kämpfenden Organisation (hier der kurdischen PKK) in Deutschland nicht *per se* die Anerkennung als politisch Verfolgter aus⁷⁰.

b) Verlust der Verfolgteigenschaft

56. Das Erlöschen der Anerkennung als Asylberechtigter nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 AsylVfG war Gegenstand einer Entscheidung des 9. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vom 2.12.1991 (9 C 126.90 – BVerwGE 89, 231 = NVwZ 92, 679 = DVBl. 1992, 832⁷¹). Nach dieser Vorschrift erlöscht die Anerkennung als Asylberechtigter, wenn der Ausländer sich freiwillig oder durch Annahme oder Erneuerung eines Nationalpasses erneut dem Schutz des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, unterstellt. Der Kläger, den die Bundesrepublik Deutschland 1983 als Asylberechtigten anerkannt hatte und dem ein internationaler Reiseausweis ausgestellt worden war, hatte im Juni 1984 seinen türkischen Paß von der Ausländerbehörde zurückerhalten, um damit zum Zwecke der Eheschließung beim türkischen Konsulat die erforderlichen Formalitäten durchzuführen. Dieser Paß war im Herbst 1984 vom türkischen Generalkonsulat verlängert worden. Unter Vorlage des Passes hatte der Kläger sodann am 28.12.1984 vor dem türkischen Generalkonsulat die Ehe mit einer türkischen Staatsangehörigen geschlossen. Streitig war nunmehr, ob durch diese Handlungen die Asylberechtigung weggefallen war.

Nach Ansicht des erkennenden Gerichts führt nicht jeder Kontakt des anerkannten Asylberechtigten zu Behörden seines Heimatstaates zum Erlöschen seiner Asylanerkennung. Vielmehr müßten die Handlungen, welche einen solchen Wegfall herbeiführen könnten, von ähnlichem Gewicht sein wie die im Gesetz ausdrücklich benannten Verhaltensweisen. Es seien durchaus Fallgruppen denkbar, in denen die Annahme oder Verlängerung eines Nationalpasses nicht zum Erlöschen der Asylberechtigung führe, etwa dann, wenn der Ausländer seinen Paß verlängern läßt, um zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht kurzfristig in das Verfolgerland zurückzukehren oder um dort Verwandten bei deren Flucht zu helfen. Derartigen Fallkonstellationen trage auch die GK dadurch Geltung, daß die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 1 Abschn. C Nr. 4 GK erst dann entfalle, wenn der Flüchtling in das Herkunftsland "zurückgekehrt ist und

⁷⁰ Fortführung der Entscheidung des BVerwG vom 13.9.1990 (9 B 97/90 – NVwZ 1991, 385), dazu Giegerich (Anm. 2), 397. Diese Haltung wurde durch ein Urteil des VGH Kassel vom 13.5.1991 (12 UE 2213/84 – InfAuslR 1991, 332) bestätigt.

⁷¹ Die Entscheidung der Vorinstanz ist dargestellt bei Giegerich, *ibid.*, 405.

sich dort niedergelassen hat". Demgegenüber würden nur vorübergehende Kontakte zu Amtsstellen des Verfolgerstaates nichts an der fortbestehenden Schutzbedürftigkeit eines Ausländers, der sich in Wahrheit dem Heimatstaat nicht wieder zugewandt hat, ändern. Entscheidend komme es darauf an, ob aus dem Verhalten des Asylberechtigten auf eine veränderte Einstellung zu seinem Heimatstaat geschlossen werden könne.

Zur Interpretation von § 15 AsylVfG könne auch vergleichend Art. 1 Abschn. C Nr. 1 der GK herangezogen werden. Danach fallen solche Flüchtlinge nicht mehr unter die Konvention, welche sich freiwillig erneut dem Schutz des Landes unterstellen, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen. Unter Bezugnahme auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8.10.1965⁷² führt das Bundesverwaltungsgericht aus, daß Art. 1 Abschn. C Nr. 4 der GK vor allem die Inanspruchnahme der Auslandsvertretung des Landes ihrer Staatsangehörigkeit im Auge gehabt habe. Diese Bezugnahme auf die entsprechende Vorschrift der GK könne sich auch auf die Begründung des Gesetzentwurfs zum Asylverfahrensgesetz stützen. Das Gericht zieht sodann zur Auslegung von Art. 1 Abschn. C der GK das vom UNHCR herausgegebene Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft über die Rechtsstellung der Flüchtlinge heran. Es liege nahe, daß die bei der Schaffung des Asylverfahrensgesetzes bekannte Rechtsauffassung des Flüchtlingskommissars in die Regelung des § 15 AsylVfG miteingeflossen sei. Der UNHCR gehe aber davon aus, daß zwischen tatsächlicher erneuter Inanspruchnahme des Schutzes auf der einen und gelegentlichen, eher beiläufigen Kontakten mit den Behörden des Heimatstaates auf der anderen Seite zu unterscheiden sei.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen und der Tatsache, daß eine Heirat vor einem deutschen Standesamt weitere Formalitäten und Zeitverzögerungen mit sich gebracht hätte, sei nicht davon auszugehen, daß die Vornahme einer Trauung vor dem türkischen Generalkonsulat zum Erlöschen der Eigenschaft als Asylberechtigter hätte führen können.

c) Gruppenverfolgung

57. Der Beschluß des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23.1.1991 (2 BvR 902/85 und 515, 1827/89 – BVerfGE 83, 216 = NVwZ 1991, 768 = DVBl. 1991, 531 = EuGRZ 1991, 109 = InfAuslR 1991, 200) nimmt ausführlich zu der Frage Stellung, unter welchen Vorausset-

⁷² IV ZR 255/64 – DVBl. 1966, 113.

zungen eine Gruppenverfolgung vorliegt. Gegenstand des Verfahrens waren drei Verfassungsbeschwerden von Jeziden aus der Osttürkei⁷³. Das Bundesverfassungsgericht betont zunächst, daß das Grundrecht aus Art. 16 II Satz 2 GG ein Individualrecht sei. Nur derjenige könne es in Anspruch nehmen, der selbst politische Verfolgung erlitten habe oder dem eine solche unmittelbar drohe⁷⁴. Dabei könne sich jedoch die Gefahr einer eigenen politischen Verfolgung eines Asylbewerbers auch durch gegen Dritte gerichtete Maßnahmen ergeben, wenn diese wegen eines asyl-erheblichen Merkmals verfolgt werden, welches er mit ihnen teile und wenn er sich mit ihnen in einer nach Ort, Zeit und Wiederholungsträchtigkeit vergleichbaren Lage befinde. Eine solche Gefahr eigener politischer Verfolgung wachse, je weniger der Staat selbst oder private Dritte in einer dem Staat zuzurechnenden Weise bei ihren Verfolgungsmaßnahmen an ein bestimmtes Verhalten des Individuums, sondern stattdessen an kollektive, dem einzelnen unverfügbare Merkmale anknüpfen. Sobald der Verfolger von individuellen Merkmalen gänzlich absehe, weil seine Verfolgung der Gruppe als solche gelte, müsse jedes Mitglied der Gruppe im Verfolgerstaat eigener Verfolgung gewärtig sein. Selbst dann, wenn noch nicht vom Typus einer gruppengerichteten Verfolgung ausgegangen werden könne, sei es gleichwohl möglich, die gegenwärtige Gefahr politischer Verfolgung für einen Gruppenangehörigen aus dem Schicksal anderer Gruppenmitglieder abzuleiten. Dafür sei es entscheidend, ob in der Vergangenheit ein vergleichbares Verfolgungsgeschehen vorgelegen habe, sowie ferner, ob die Gruppenangehörigen als Minderheit in einem Klima allgemeiner Verachtung leben müßten [61] [65].

58. Die soeben dargestellte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurde vom Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 23.7.1991 (9 C 154.90 – BVerwGE 88, 367 = DVBl. 1991, 1089 = DÖV 1992, 125 = InfAuslR 1991, 363) nachvollzogen und konkretisiert. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts bedeuten die vom Bundesverfassungsgericht angeführten Kriterien, daß auch auf Vergleichsfälle von anderen Mitgliedern der betroffenen Gruppe und das allgemeine Klima gegenüber der verfolgten Gruppe abzuheben sei, nicht, daß dies für sich allein genommen die Annahme politischer Verfolgung begründen könne. Sie könnten lediglich als gewichtige Indizien für eine gegenwärtige

⁷³ Zur bisherigen Haltung des Bundesverwaltungsgerichts vgl. das Urteil vom 15.5.1990 (9 C 17.89 – BVerwGE 85, 139 = DVBl. 1990, 1064), dargestellt bei Giegerich (Anm. 2), 401 f.

⁷⁴ Unter Bezugnahme auf BVerfGE 80, 315 (334 f.).

Gefahr politischer Verfolgung von Bedeutung sein. Dies ergebe sich auch aus der Überlegung, daß nahezu jeder Angehörige einer Minderheit in den betroffenen Staaten auf Referenzfälle politischer Verfolgung sowie auf ein diese Verfolgung begünstigendes Klima allgemeiner gesellschaftlicher Verachtung verweisen könne. Würde man allein auf diese Umstände abheben, würde das Asylgrundrecht des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG den Charakter eines Individualrechts verlieren und sich zu einem allgemeinen Recht zum Schutz von Minderheiten wandeln. Auch im Übergangsbereich zwischen Einzel- und Gruppenverfolgung komme es darauf an, ob es den Betroffenen bei Würdigung der gesamten Umstände zuzumuten sei, in ihrem Heimatstaat zu verbleiben oder dorthin zurückzukehren⁷⁵.

59. Ein Urteil des Verwaltungsgerichts Stade vom 21.6.1991 (4 A 343/89 – InfAuslR 1991, 316) [69] bejaht das Bestehen einer Gruppenverfolgungssituation für Kurden in der Südosttürkei. Das Gericht läßt es zunächst dahingestellt, ob die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Beschluß vom 23.1.1991, die sich unmittelbar nur mit der sogenannten mittelbaren staatlichen Verfolgung auseinanderzusetzen hatten, auch auf unmittelbare staatliche Verfolgung Anwendung finden können. Es führt aus, daß eine asylrechtlich relevante Gruppenverfolgung in Form der unmittelbar staatlichen Verfolgung dann anzunehmen sei, wenn die Mitglieder der betroffenen Gruppe im Verfolgerstaat aufgrund staatlicher Maßnahmen sich im Unterschied zur Bevölkerungsmehrheit derart schwerwiegend diskriminiert sehen, daß sie bei einem weiteren Verbleib im Heimatland unter Berücksichtigung von Intensität und Grad der ihnen drohenden Repressalien und Verfolgungsgefahren auch unter Einbeziehung der allgemeinen Verhältnisse im Heimatstaat ein menschenwürdiges Dasein nicht mehr führen könnten. Diese Voraussetzungen seien bei den nicht assimilierten Kurden in den angestammten kurdischen Siedlungsgebieten im Osten der Türkei gegeben. Dies ergebe sich zum einen aus dem Umstand eines weitreichenden und mit schweren Strafen bewehrten Verbotes des Gebrauchs der kurdischen Sprache und der Pflege des kurdischen Volkstums. Zum anderen sei auch die kurdische Zivilbevölkerung schwerwiegenden Beeinträchtigungen durch die Maßnahmen der türkischen Sicherheitskräfte im Zuge der Bekämpfung terroristischer Aktivitäten betroffen.

⁷⁵ Vgl. auch das ausführlich begründete Urteil des Hessischen VGH vom 2.12.1991 (12 UE 3485/88 – InfAuslR 1991, 179).

d) Religiöses Existenzminimum

60. Ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.12.1991 (– 9 C 35.90 – VwBIBW 1992, 250) [66] bestätigt die bisherige Haltung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Frage, wann ein Eingriff in die Religionsfreiheit als politische Verfolgung betrachtet werden kann⁷⁶. Eine politische Verfolgung liege demnach nur dann vor, wenn die staatlichen Maßnahmen auch in den internen Bereich der religiösen Gemeinschaft eindringen, mit anderen Worten, wenn durch die staatlichen Vorgehensweisen das religiöse Existenzminimum, der unverzichtbare Kern der Religionsfreiheit, nicht mehr gewährleistet sei. Dieser Kern umfasse insbesondere die Religionsausübung im häuslich-privaten Bereich, sowie das Gebet abseits von der Öffentlichkeit in persönlicher Gemeinschaft mit anderen Gläubigen entsprechend den tragenden Glaubensinhalten.

e) Übergriffe Privater (mittelbare staatliche Verfolgung)

61. In seinem bereits erwähnten Beschluß vom 23.1.1991 [57] [65] äußerte sich das Bundesverfassungsgericht auch zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen Verfolgungen durch Dritte dem jeweiligen Staat zuzurechnen sind. Dies sei dann der Fall, wenn der Heimatstaat nicht mit den ihm an sich zur Verfügung stehenden Kräften Schutz gewähre, wobei sich die Intensität dieses Schutzes nach dem Grad der Bedrängnis richten müsse, in dem sich die jeweilige Gruppe befinde. Bei der Beurteilung staatlicher Schutzmaßnahmen sei auch zu berücksichtigen, ob und in welchem Ausmaße die betroffene Gruppe schon in der Vergangenheit politischer Verfolgung ausgesetzt war. Dabei lasse sich die Schutzbereitschaft nicht schon mit dem bloßen Hinweis auf bestehendes Verfassungs- oder Gesetzesrecht als gegeben unterstellen. Erforderlich sei vielmehr, daß solche Schutzmaßnahmen konkret belegbar seien. Dabei könne es auf eine staatliche Schutzunwilligkeit hindeuten, wenn der Staat landesweit oder in der betreffenden Region zum Schutz anderer Gruppen oder zur Wahrung seiner eigenen Interessen deutlich effektivere Mittel einsetze.

⁷⁶ Ausführlich dazu bereits Giegerich (Anm. 2), 395.

2. Nachfluchtgründe

62. Die Abgrenzung zwischen subjektiven und objektiven Nachfluchtgründen war Gegenstand eines Verfahrens, in welchem ein iranischer Staatsangehöriger seine Anerkennung als politisch Verfolgter im Sinne von Art. 16 GG beantragt hatte. Der Kläger war 1983 gemeinsam mit seiner Mutter nach Deutschland eingereist. Diese war mittlerweile als Asylberechtigte anerkannt worden. Der Kläger machte nunmehr geltend, aufgrund des erfolgreich betriebenen Asylverfahrens seiner Mutter drohe ihm bei seiner Rückkehr in den Iran politische Verfolgung. Das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 9.4.1991 – 9 C 100.90 – DÖV 1991, 844 = BVerwGE 88, 92 = DVBl. 1991, 1077⁷⁷ = NVwZ 1992, 272) sieht hierin keinen selbstgeschaffenen, sondern vielmehr einen objektiven Nachfluchtgrund. Subjektive Nachfluchtgründe könnten nur solche politische Verfolgung auslösende Umstände sein, die von demjenigen Ausländer geschaffen worden sind, der unter Berufung auf sie Asyl begehrt. Die somit erforderliche Personengleichheit zwischen der Person, die den Nachfluchttatbestand setzt und dem wegen dieses Verfolgungsgrundes von Verfolgung Bedrohten liege hier aber nicht vor.

63. Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁷⁸ kann bei dem selbstgeschaffenen Nachfluchtgrund der exilpolitischen Tätigkeit eine Asylberechtigung dann in Betracht kommen, wenn sie Ausdruck und Fortführung einer schon im Heimatland erkennbar betätigten festen Überzeugung ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Aufnahme dieser Betätigung bereits im Heimatstaat, etwa wegen jugendlichen Alters, objektiv unmöglich war. Selbst für einen solchen Fall geht aber der Bayerische VGH in einem Urteil vom 7.3.1991 (11 B 90.32006 – DÖV 1992, 125) davon aus, daß der Asylbewerber mit seiner exilpolitischen Betätigung für Ziele eintreten müsse, die in engem Zusammenhang mit seiner Stellung als Staatsbürger seines Heimatlandes oder seiner Herkunft stehen. Dies sei dann der Fall, wenn er nur deshalb exilpolitisch tätig wird, weil er diese Tätigkeit in seinem Heimatland ohne unzumutbare Verfolgung nicht durchführen könnte.

64. Ein Wandel in der politischen Einstellung des Heimatstaates gegenüber einer regimekritischen Organisation mit der Folge, daß der im Ausland befindliche Asylbewerber als Mitglied einer solchen Organisation

⁷⁷ Mit Anmerkung J. Kraft, DVBl. 1991, 1079.

⁷⁸ Zuletzt Urteil vom 4.12.1990 (9 C 93.90), dargestellt bei Giegerich (Anm. 2), 393f. und 402f.

nunmehr politische Verfolgung zu befürchten hat, begründet für diesen einen objektiven Nachfluchtgrund. Damit gab das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 5.11.1991 – 9 C 20/91 – NVwZ-RR 1992, 274) der Klage eines iranischen Asylbewerbers statt, welcher im Jahre 1979 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist war und hier Mitglied einer Organisation iranischer Studenten geworden war, welche zunächst von der Regierung des Irans als Verbündete angesehen worden war. Dies hatte sich im Verlaufe des Jahres 1981 geändert. In dieser veränderten Haltung der iranischen Regierung sei im Verhältnis zu dem Kläger ein objektiver Nachfluchtgrund zu sehen. Das Unterlassen verfolgungshindernder Verhaltensweisen durch den Asylbewerber, etwa durch einen Austritt aus der fraglichen Organisation, könne nicht als selbstgeschaffener Nachfluchtgrund angesehen werden.

3. Inländische Fluchtalternative

65. Der bereits oben erwähnte *Jeziden*-Beschuß des Bundesverfassungsgerichts [57] [61] nimmt auch zur Frage der inländischen Fluchtalternative Stellung. Jedenfalls bei gruppengerichteten Verfolgungen durch nichtstaatliche Kräfte sei regelmäßig von der Möglichkeit auszugehen, daß solche Verfolgungen regional oder lokal begrenzt sind, mit der Folge, daß sich die verfolgungsfreien Räume als inländische Fluchtalternative darstellen könnten. Allerdings bedürfe es jeweils näherer Ermittlung, ob eine bestehende Schutzunwilligkeit des Staates die Gefahr einer Ausweitung der Verfolgung in bisher verfolgungsfreie Räume begründen könne.

66. Das Bundesverwaltungsgericht [60] führt wiederum im Hinblick auf die Gruppe der *Jeziden* aus, daß eine inländische Fluchtalternative nur dann vorliege, wenn der Staat sie am Ort der in Betracht kommenden Fluchtalternative nicht durch eigene Maßnahmen daran hindere, das religiöse Existenzminimum zu wahren, oder wenn die dort ansässige Bevölkerung die Wahrung des religiösen Existenzminimums durch aktives, mit dem für alle geltenden Recht unvereinbares Handeln unmöglich mache, ohne daß der Staat Gegenmaßnahmen ergreife.

67. In diesem Zusammenhang muß nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts auch gewürdigt werden, welche Bedeutung dem Zusammenhalt der *Jeziden* untereinander und mit ihrer Priesterfamilie für die Religionsbewahrung zukommt, ob der jeweilige Asylsuchende nach seiner eigenen Religiosität hierauf angewiesen ist und ob der hierfür gegebenenfalls notwendige staatliche Schutz gegenüber rechtswidrigen Übergrif-

fen in hinreichend verlässlicher Weise gewährleistet erscheint (Beschuß vom 27.6.1991 – 2 BvR 352/88 – InfAuslR 1991, 280)⁷⁹.

68. Nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.4.1991 (9 C 105/90 – DÖV 1992, 540 [nur Ls.] = NVwZ-RR 1992, 109) ist eine inländische Fluchtalternative auch dann zumutbar, wenn der Verfolungsbedrohte am Alternativort durch eine andere als die früher ausgeübte Erwerbstätigkeit das zum Lebensunterhalt erforderliche erwirtschaften kann, ohne daß die Art und Weise der ihm dabei abverlangten Arbeit seine personale Würde verletze.

69. Das bereits angeführte Urteil des Verwaltungsgerichts Stade [59] geht davon aus, daß Kurden aus der Osttürkei auch im Westen der Türkei über keine inländische Fluchtalternative verfügen, da ihnen dort eine existentielle Gefährdung drohe. Es gebe in der Türkei so gut wie keine staatlichen Sozialhilfeleistungen. Die Kurden würden in den in Frage kommenden Gebieten über keinerlei wirtschaftliche Existenzgrundlage verfügen. Selbst eine Ansiedlung in den Elendsvierteln der Großstädte sei nur für diejenigen Kurden möglich, die noch über einige finanzielle Mittel verfügten.

4. Anderweitiger Verfolgungsschutz

70. Negative Tatbestandsvoraussetzung für die Asylgewährung ist nach § 2 AsylVfG auch das Fehlen anderweitigen Verfolgungsschutzes in einem Drittstaat. Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 AsylVfG ist dem asylbegehrenden Ausländer grundsätzlich die Einreise zu verweigern, wenn offensichtlich ist, daß er sich vor seiner Einreise in die Bundesrepublik Deutschland länger als drei Monate in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften, in Österreich, der Schweiz, Schweden oder Norwegen aufgehalten hat. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 28.5.1991 – C 6.91 – DVBl. 1991, 1081 = DÖV 91, 982 = BVerwGE 88, 266 = ZAR 1992, 33 [nur Ls.] = NVwZ 92, 380)⁸⁰ kommt in § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AsylVfG die Grundwertung des Gesetzgebers zum Ausdruck, daß ein an den Außengrenzen der Bundesrepublik erscheinender Ausländer, der die dort aufgestellten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, im Regelfall nicht in den Genuß der Gewährung politischen Asyls gelan-

⁷⁹ Vgl. auch die Beschlüsse vom 6.6. und 28.6.1991 (2 BvR 748/89 – InfAuslR 1991, 283, und 2 BvR 583/84 – InfAuslR 1992, 53), und zuletzt Beschuß vom 30.12.1991 (2 BvR 406/91, 463/91, 488/91, 500/91, 501/91, 502/91, 503/91 und 504/91 – InfAuslR 1992, 219).

⁸⁰ Vgl. dazu die Anmerkung von F. Bethäuser, ZAR 1992, 33.

gen soll. Dieser Grundwertung sei auch bei der Auslegung des § 2 Abs. 1 AsylVfG Rechnung zu tragen, und zwar durch eine Reduzierung des dieser Norm unterfallenden Personenkreises um die von § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AsylVfG erfaßten Asylbewerber. Dies bedeute, daß statt der effektiv erlangten Sicherheit lediglich der Voraufenthalt in einem der in § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 genannten Staaten zu prüfen sei, der drei Monate übersteigt.

Im übrigen führt das Bundesverwaltungsgericht aus, daß zur Sicherheit vor existentieller Not als notwendigem Merkmal einer ausländischen Fluchtalternative nicht gehöre, daß der Flüchtling Ansprüche oder Anwartschaften auf Rentenleistungen für künftige Zeiten einer Invalidität, einer Krankheit und des Alters zu erwerben vermöge. Ferner sei auch nicht erforderlich, daß dem Ausländer die Integration in den Drittstaat und damit ein Leben auf Dauer in diesem Land ermöglicht werde⁸¹.

5. Familienangehörige von Asylberechtigten

71. Nach § 7a Abs. 3 AsylVfG wird Ehegatten und minderjährigen ledigen Kindern von Asylberechtigten ebenfalls die Rechtsstellung eines Asylberechtigten gewährt. In einem Beschluß vom 3.6.1991 (2 BvR 720/91 – NJW 1992, 617 (nur Ls.) = NVwZ 1991, 978) führt die 1. Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts aus, daß der Ausschluß volljähriger bzw. verheirateter Kinder von der Begünstigung des § 7a Abs. 3 AsylVfG weder gegen Art. 3 I GG noch gegen Art. 6 I GG oder gegen Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG verstößt. Dies ergebe sich aus dem Umstand, daß das Grundrecht des Art. 16 Abs. 2 GG ein Individualgrundrecht sei. Nur derjenige könne es in Anspruch nehmen, der selbst in seiner Person politische Verfolgung erlitten hat oder dem politische Verfolgung droht. Auch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleiste weder allein noch im Zusammenhang mit Art. 16 Abs. 2 Satz 2 ein Asylrecht von Familienangehörigen politisch Verfolgter⁸².

72. Das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 25.6.1991 – 9 C 48.91 – BVerwGE 88, 326 = DVBl. 1991, 1087 = DÖV 1992, 112 = NVwZ 1992, 269 = InfAuslR 1991, 313 = BayVBl. 1992, 89)⁸³ führt in diesem Zusammenhang aus, daß aufgrund der Vorschrift des § 7a Abs. 3 AsylVfG eine uneingeschränkte Asylberechtigung im Sinne von Art. 16

⁸¹ Unter Bezugnahme auf das Urteil vom 15.12.1987 (9 C 285.86 – BVerwGE 78, 332).

⁸² Unter Bezugnahme auf BVerfG, NVwZ 1985, 62.

⁸³ Vgl. dazu die Anmerkung von G. Renner in ZAR 1992, 35.

Abs. 2 Satz 2 erlangt werde. Die betreffenden Personen seien in vollem Umfang mit Asylberechtigten gleichzustellen.

6. Rechtsstellung der Flüchtlinge

73. Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich in seinem Urteil vom 4.6.1991 [2] mit der Frage auseinanderzusetzen, unter welchen Voraussetzungen palästinensische Flüchtlinge einen Anspruch auf einen Flüchtlingsausweis nach der GK haben. Der aus dem Gazastreifen stammende Kläger war von der United Nations Relief and Work Agency for Palestine Refugees (UNRWA) als palästinensischer Flüchtling registriert worden. Nach einem mehrjährigen Aufenthalt in Ägypten war er 1971 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Sein Asylantrag war rechtskräftig abgelehnt worden. Ihm war ein Fremdenpaß ausgestellt und wiederholt eine befristete Aufenthaltserlaubnis erteilt worden. In dem hier zu berichtenden Verfahren hatte er die Ausstellung eines Reiseausweises nach der GK beantragt. Das Bundesverwaltungsgericht gibt der Klage im Ergebnis statt.

Der Kläger habe ein Rechtsschutzbedürfnis an der Erteilung des Reiseausweises, da er dadurch besser gestellt werde. Insbesondere seien Inhaber eines Reiseausweises nach der GK nach Art. 1 des europäischen Übereinkommens über die Aufhebung des Sichtvermerkszwangs für Flüchtlinge⁸⁴ vom Sichtvermerkszwang befreit. Im übrigen könne sich der Kläger auch unmittelbar auf die Bestimmungen der GK berufen, da die entsprechenden Vertragsnormen nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet und hinreichend bestimmt sind, wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung zu entfalten. Im übrigen schließe auch das Asylverfahrensgesetz die Geltendmachung von unmittelbar aus der GK hergeleiteten Ansprüche nicht aus. Jedenfalls für solche Personen, die ohne Nachweis einer politischen Verfolgung im Einzelfall Flüchtlinge im Sinne der Konvention sind, bestünden diese Rechte unabhängig von der Durchführung des Anerkennungsverfahrens nach dem AsylVfG⁸⁵. Angesichts des Umstandes, daß sich die Flüchtlingseigenschaft des Klägers im vorliegenden Fall aus Art. 1 D der GK ergibt, läßt es das Gericht dahingestellt, ob ein Ausländer sich ohne vorangegangene Anerkennung als Asylbe-

⁸⁴ Abkommen vom 20.4.1959, BGBl. 1961 II, 1098 i.V.m. BGBl. 1962 II, 48, dargestellt bei Polakiewicz (Anm. 2), 95.

⁸⁵ Unter Bezugnahme auf das Urteil des BVerwG vom 25.10.1988 (9 C 50.87 – Buchholz 402.25 § 1 AsylVfG Nr. 95), dargestellt bei Polakiewicz, *ibid.*, 96.

berechtigter auf Art. 1 A Nr. 2 der GK berufen könne und welche Wirkung der rechtskräftigen Ablehnung eines Asylantrags für einen aus der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 1 A Nr. 2 GK hergeleiteten Anspruch auf einen Reiseausweis zukomme. Dies ergebe sich aus dem Umstand, daß Art. 1 D Abs. 1 der GK keineswegs die Erfüllung der allgemeinen Flüchtlingsmerkmale des Art. 1 A der Konvention voraussetze. Die Konvention lege insoweit selbständig und originär die Flüchtlingseigenschaft bestimmter Personen fest. Dies ergebe sich aus Wortlaut und Sinn und Zweck der Norm. Auch werde die Souveränität der Vertragsstaaten, selbst über die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft im Einzelfall zu befinden, dadurch nicht in Frage gestellt, da die Vertragsparteien nach wie vor die einzelnen Tatbestandsmerkmale von Art. 1 D Abs. 2 der GK zu prüfen hätten.

Die Formulierung “zur Zeit” in Art. 1 D Abs. 1 der GK schließe nicht aus, daß Personen, welche erst nach Verabschiedung der GK am 28.7.1951 in den Genuß des Schutzes oder Beistandes einer Organisation oder Institution der Vereinten Nationen gekommen seien, in den Anwendungsbereich der Norm fallen. Bei der in Art. 1 D Abs. 1 der GK in Bezug genommenen Organisation handele es sich insbesondere auch um die UNRWA. Die Zugehörigkeit zu dem genannten Personenkreis setze jedoch nicht notwendig voraus, daß dem Betroffenen im relevanten Zeitpunkt tatsächlich Hilfsleistungen erbracht werden. Entscheidend komme es vielmehr darauf an, ob die Organisation die Betreuung der Person übernommen habe. Dies sei jedenfalls bei den registrierten Palästina-Flüchtlingsen der Fall.

Dieser Schutz sei im Fall des Klägers auch weggefallen. Die in Art. 1 D Abs. 2 der GK benutzte Formulierung “aus irgendeinem Grunde weggefallen” schließe eine Beschränkung auf bestimmte Gründe für den Wegfall des Schutzes aus. Auch sei es nicht erforderlich, daß der Schutz oder Beistand für die gesamte Personengruppe, für welche die UNWRA tätig ist, weggefallen sei. Allerdings sei der Schutz oder Beistand der Organisation nicht schon dann weggefallen, wenn der Betroffene ihn von sich aus aufgegeben habe. Denn der Zweck der getroffenen Regelung würde verfehlt, wenn die Betroffenen wählen könnten, ob sie speziell den Schutz nach Abs. 1 oder allgemein die Vergünstigungen der GK nach Abs. 2 in Anspruch nehmen könnten. Dies gelte jedenfalls für die Fälle, in denen der Betroffene in das Gebiet, in dem die UNWRA tätig ist, zurückkehren könne. Anders sei dagegen die Situation zu beurteilen, wenn dem Betroffenen unvorhergesehen die UNWRA-Betreuung entzogen werde oder ihm die Rückkehr in deren Schutzbereich unmöglich sei.

Auch die übrigen Voraussetzungen von Art. 28 Nr. 1 Satz 1 der GK zur Erteilung eines Reiseausweises lägen vor. Ungeachtet der Frage, ob der Besitz einer befristeten Aufenthaltserlaubnis allgemein geeignet sei, einen rechtmäßigen Aufenthalt im Sinne der Norm zu begründen, reiche eine solche jedenfalls dann aus, wenn deren Erteilung wie vorliegend auf die Erwägung gestützt werde, daß der Daueraufenthalt des Ausländers im Bundesgebiet hingenommen werden müsse.

74. Nach Ansicht des Hessischen VGH (Urteil vom 9.9.1991 – 13 UE 3486/90 – ZAR 1992, 40 = EZAR 230 Nr. 1) kann nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 1 A Nr. 2 der GK nur vom Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge im Rahmen eines Asylverfahrens festgestellt werden. Ohne eine solche Feststellung könne ein Ausländer nicht unmittelbar bei der Ausländerbehörde eine Duldung nach Art. 33 GK oder die Ausstellung eines Reiseausweises nach Art. 28 der GK beantragen⁸⁶.

75. Bereits am 14.1.1991 hatte sich auch das Verwaltungsgericht Sigmaringen mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen ein Reiseausweis nach Art. 28 der GK auszustellen ist (1 K 47/91 – InfAuslR 1991, 212). Der Asylantrag des äthiopischen Klägers war rechtskräftig abgelehnt worden. Er hatte nunmehr die Ausstellung eines internationalen Reiseausweises beantragt. Die gegen den ablehnenden Bescheid gerichtete Klage wurde vom erkennenden Gericht zugunsten des Klägers beschieden. Allerdings geht das Gericht davon aus, daß lediglich die Voraussetzung des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der GK erfüllt seien, so daß die Ausstellung des Reiseausweises im Ermessen der Behörde gelegen habe. Die Anwendung von Satz 1 dieser Norm scheitere daran, daß sich der Kläger nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten habe. Sein Aufenthalt werde lediglich im Bundesgebiet geduldet. Zugleich sei sein Aufenthalt auf den Bereich des Landes Baden-Württemberg beschränkt. Art. 26 GK gewähre aber nur den sich im Gebiet eines Vertragsstaates rechtmäßig aufhaltenden Flüchtlingen die Freizügigkeit. Dies bedeute, daß sich nur solche Ausländer im Sinne von Art. 28 Abs. 1 Satz 1 der GK rechtmäßig im Gebiet aufhielten, die im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung ohne Aufenthaltsbeschränkung sind.

Angesichts des Umstandes, daß der Asylantrag des Klägers nur daran gescheitert war, weil er schon im Sudan Verfolgungsschutz in Anspruch hätte nehmen können mit der Folge, daß seine Anerkennung an der Vorschrift des § 2 AsylVfG scheiterte, sei davon auszugehen, daß der Kläger

⁸⁶ Zur Situation nach altem Recht vgl. zuletzt Giegerich (Anm. 2), 406–408.

die Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 1 GK erfülle. Dies bedeute, daß sich insoweit der Anwendungsbereich von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG mit dem der GK nicht decke. Nach alledem hätte es im Ermessen der Behörde gestanden, dem Kläger einen Reiseausweis nach der Konvention zu erteilen. Dieses Ermessen habe sie nicht ausgeübt, so daß der Kläger einen Anspruch auf Neubescheidung seines Antrags habe.

VIII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe

76. Ein französischer Staatsangehöriger sollte in die Schweiz zum Zwecke der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe ausgeliefert werden, zu welcher er in seiner Abwesenheit verurteilt worden war. Das Bundesverfassungsgericht (Beschuß der 3. Kammer des 2. Senats vom 24.1.1991 – 2 BvR 1704/90 – NJW 1991, 1411 = MDR 1991, 404 = NStZ 1991, 294 = BayVBl. 1991, 335) kommt insoweit zu dem Ergebnis, es sei der völkerrechtlichen Praxis nicht zu entnehmen, daß die Durchführung strafrechtlicher Abwesenheitsverfahren auch in den Fällen gegen den völkerrechtlichen Mindeststandard verstoße, in denen der Betroffene von dem gegen ihn anhängigen Verfahren in Kenntnis gesetzt worden sei, sich ihm jedoch durch Flucht entzogen habe und im Verfahren von einem ordnungsgemäß zugestellten Pflichtverteidiger unter Beachtung rechtsstaatlicher Mindestanforderungen verteidigt worden sei⁸⁷. Eine Auslieferung zur Vollstreckung eines ausländischen, in Abwesenheit ergangenen, Urteils sei nur dann unzulässig, wenn der Verfolgte weder über die Tatsache der Durchführung und des Abschlusses des Verfahrens in irgendeiner Weise unterrichtet war noch ihm eine tatsächlich wirksame Möglichkeit eröffnet war, sich nach Erlangung dieser Kenntnis rechtliches Gehör zu schaffen und sich wirksam zu verteidigen. Angesichts des Umstandes, daß der Beschwerdeführer aufgrund eines Rechtshilfeersuchens des Schweizer Gerichts in Frankreich angehört und ordnungsgemäß geladen worden war und an der mündlichen Verhandlung drei Wahlverteidiger des Beschwerdeführers teilgenommen hätten, würden vorliegend gegen eine Auslieferung keine über Art. 25 GG wirksamen völkerrechtlichen Bedenken bestehen.

77. Das OLG Karlsruhe (Beschuß vom 27.2.1991 – 1 AK 33/90 – MDR 1991, 1191) hatte sich mit der Reichweite des Spezialitätsgrundsatz-

⁸⁷ Unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen vom 25.3.1983 im Fall *Mbenge gegen Zaire*, EuGRZ 1983, 406, und ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 1985, 631.

zes im Auslieferungsrecht zu beschäftigen. Nach Ansicht des Gerichts dürfen die von der Auslieferungsbewilligung nicht umfaßten Taten weder als Indiz für die Täterschaft hinsichtlich einer anderen Straftat gewertet werden noch dürfen sie strafverschärfend Berücksichtigung finden.

78. Ebenfalls mit der Frage der Spezialität und der Auslegung von Art. 14 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens hatte sich das OLG Zweibrücken in einem Beschluß vom 25.2.1991 (1 Ws 641-642/90 – MDR 1992, 71) näher zu beschäftigen. Der Täter war zum Zwecke der Strafverfolgung wegen bestimmter Taten aus Österreich in die Bundesrepublik Deutschland ausgeliefert worden. Nach seiner Auslieferung wurde die Strafaussetzung zur Bewährung in einer anderen Sache widerrufen. Das OLG Zweibrücken geht davon aus, daß dies nicht in Widerspruch zu Art. 14 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens steht. Dies ergebe sich aus Art. 14 Abs. 2 des Abkommens, wonach dem ersuchenden Staat ohne Verstoß gegen den Spezialitätsgrundsatz "Abwesenheitsverfahren" erlaubt sind. Aus der Denkschrift zu dem Zustimmungsgesetz betreffend das Übereinkommen ergebe sich, daß danach alle Maßnahmen des ersuchenden Staates, die auch in Abwesenheit des Ausgelieferten hätten getroffen werden können, ohne Zustimmung des ersuchten Staates zulässig seien. Dies gelte auch für eine Strafaussetzungsentscheidung nach § 56 f StGB. Jedoch dürften die von dem Widerruf betroffenen Strafen nicht ohne Zustimmung des ersuchten Staates bzw. erst nach Entlassung des Verurteilten aus der derzeit vollstreckten Straftat und freiwilligem Verbleiben in der Bundesrepublik Deutschland für die Dauer von mindestens 45 Tagen (vgl. Art. 14 I des Abkommens) vollstreckt werden.

79. Das OLG Düsseldorf geht in einem Beschluß vom 13.5.1991 (4 Ausl (A) 326/90 – 14/91 III – AVR 1991, 227 = NJW 1991, 3105) davon aus, daß im Rahmen der Vollstreckung von Auslieferungshaft stets der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben müsse. In einem Fall, in welchem Jugoslawien über mehrere Monate hinweg keine ergänzenden Unterlagen über ein Auslieferungsersuchen beigebracht habe, müsse der Auslieferungshaftbefehl aufgehoben werden.

80. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf (Beschluß vom 25.7.1991 – 4 Ausl (A) 231/89 – 26/91 III – NJW 92, 646) [86] hat eine Person, welche aufgrund eines Auslieferungsersuchens eines anderen Staates zu Unrecht in Auslieferungshaft genommen worden ist, keinen Anspruch auf Entschädigung nach den Vorschriften des Strafverfolgungsmaßnahmenentschädigungsgesetzes. Ansprüche aus Art. 5 Abs. 5 der EMRK blieben hiervon jedoch unberührt.

81. Auch ausländische Verurteilungen in Strafsachen werden nach § 54

Bundeszentralregistergesetz in das deutsche Bundeszentralregister eingetragen. In einem solchen Fall richten sich dann aber die Tilgungsfristen nach den deutschen Normen, so daß es nicht entscheidend darauf ankommt, zu welchem Zeitpunkt die entsprechende Eintragung in dem ausländischen Register getilgt worden ist. Dies ergibt sich nach Ansicht des OLG Karlsruhe (Beschuß vom 11.9.1991 – 2 V As 2/91 – NStZ 1992, 40) aus dem Umstand, daß die Bestimmung des jeweiligen ausländischen Tilgungsgesetzes keine rechtlichen Auswirkungen innerhalb des Hoheitsgebiets der Bundesrepublik Deutschland entfalten könne. Eine solche Vorgehensweise stehe auch in Übereinstimmung mit Art. 13 und 22 des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.4.1959⁸⁸.

82. Eine im Rahmen des europäischen Rechtshilfeübereinkommens durchzuführende kommissarische Vernehmung in der Türkei im Wege der Rechtshilfe ist nach Ansicht des OLG Stuttgart (Beschuß vom 25.3.1991 – 3 Ws 68/91 – NJW 1991, 2222) möglich, ohne daß die Mitangeklagten und sämtliche Verteidiger hierzu geladen werden müßten. Dies ergebe sich aus Art. 4 Satz 2 des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens vom 20.4.1959⁸⁹. Die Durchführung der Vernehmung ohne die Möglichkeit der Teilnahme aller Verfahrensbeteiligter verstoße auch nicht gegen den völkerrechtlich verbindlichen Mindeststandard an elementarer Verfahrensgerechtigkeit, der über Art. 25 GG einen Bestandteil des in der Bundesrepublik Deutschland innerstaatlich geltenden Rechts bilde.

⁸⁸ BGBl. 1964 II, 1386.

⁸⁹ Im Verhältnis zur Türkei in Kraft seit 1.1.1977, BGBl. 1964 II, 1369, 1386; BGBl. 1976 II, 1799.

IX. Internationaler Menschenrechtsschutz

1. Europäische Menschenrechtskonvention

a) Art. 3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis

83. In dem Umstand, daß jüngeren Tamilen bei ihrer Rückkehr nach Sri Lanka Prügel durch Sicherheitskräfte droht, sieht das VG Neustadt (Urteil vom 5.7.1991 – 7 K 1789/89 – NJW 1992, 1783 [nur Ls.] = NVwZ 1992, 296) eine erniedrigende Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK⁹⁰. Es komme nicht darauf an, ob in einer solchen Behandlung auch Folter im Sinne von Art. 3 der UN-Konvention vom 10.12.1984⁹¹ zu sehen sei. Jedenfalls sei aber der in Art. 1 dieser Konvention niedergelegte Folterbegriff auch für die Auslegung des § 53 I AuslG mit heranzuziehen. Zur Qualifizierung einer auf die Zufügung von körperlichen Schmerzen gerichteten Handlung als Folter sei eine besondere Intensität des Eingriffs erforderlich.

84. Art. 3 EMRK spielte auch eine wesentliche Rolle bei der Entscheidung der Frage, ob eine Person in die von Israel besetzten Gebiete abgeschoben werden kann. Das Verwaltungsgericht Stuttgart (Beschuß vom 27.5.1991 – 11 K 132/91 – InfAuslR 1991, 298) geht davon aus, daß Personen palästinensischer Abstammung in den von Israel besetzten Gebieten die Gefahr drohe, einer Gefährdungssituation im Sinne von Art. 3 EMRK ausgesetzt zu werden. Jenseits von Maßnahmen zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung komme es auch zu Übergriffen der israelischen Militärs gegen palästinensische Volkszugehörige in der Westbank. Auch fänden Verhaftungen in großem Umfange statt. Daher könne eine Abschiebung in die fraglichen Gebiete vor dem Hintergrund von Art. 3 EMRK nicht in Betracht kommen.

b) Beschleunigungsgebot (Art. 5 Abs. 3 EMRK)

85. Wird gegen einen Angeklagten, der sich bereits in anderer Sache in Straftat befindet, erneut ein Haftbefehl erlassen (sogenannte Überhaft), gilt auch für dieses zweite Verfahren das aus Art. 5 Abs. 3 Satz 2 und 6 Abs. 1 EMRK abzuleitende Beschleunigungsgebot, da mit der Anord-

⁹⁰ Vgl. dazu auch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Vikrajah* gegen das *Vereinigte Königreich* vom 30.10.1991, Ser. A, Vol. 215.

⁹¹ In Kraft für die Bundesrepublik Deutschland seit 6.4.1990, BGBl. II, 246.

nung der Überhaft für den Angeklagten zusätzliche Nachteile verbunden sein können (Beschuß des OLG Düsseldorf vom 3.5.1991 – 2 Ws 191/91 – NJW 1991, 2302).

c) Schadensersatz wegen zu Unrecht erlittener Haft (Art. 5 Abs. 5 EMRK)

86. Auf die oben erwähnte Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 25.7.1991 [80] wird hingewiesen.

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

87. Das Bundesverfassungsgericht (Beschuß der 2. Kammer des 2. Senats vom 11.4.1991 – 2 BvR 196/91 – BayVBl. 1992, 111) bestätigte ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.11.1990⁹². Nach Ansicht des Gerichts begegnet die Verwertung von Aussagen polizeilicher Verhörspersonen über das, was diesen von anonym gebliebenen verdeckten polizeilichen Ermittlern berichtet worden war, die ihrerseits in unmittelbarem Kontakt mit dem Angeklagten gestanden hatten, auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des EGMR im Falle *Kostovski*⁹³ keinen rechtsstaatlichen Bedenken.

88. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs gebieten das in Art. 6 Abs. 3 *lit. c* EMRK enthaltene Recht auf wirksame Verteidigung und der Grundsatz des fairen Verfahrens, daß ein mit einem Strafverfahren befaßtes Gericht verpflichtet ist, sich um einen mit dem Pflichtverteidiger abgestimmten Termin zur Fortsetzung der Hauptverhandlung ernsthaft zu bemühen, bevor es einen anderen Anwalt als zusätzlichen Pflichtverteidiger bestellt (Beschuß vom 6.11.1991 – 4 StR 515/91 – NJ 1992, 232 [nur Ls.] = NStZ 1992, 247).

89. Aus Art. 6 Abs. 3 *lit. a* EMRK ergibt sich nach Ansicht des OLG Karlsruhe (Beschuß vom 23.5.1991 – 3 Ss 65/91 – DJ 1992, 131) die Verpflichtung, einem mittellosen Asylbewerber aus Ghana, der nicht der deutschen Sprache mächtig ist, die Anklageschrift in einer ihm verständlichen Sprache mitzuteilen. Wird er erstmals in der Hauptverhandlung durch einen Dolmetscher mit den gegen ihn erhobenen Vorwürfen in einer für ihn verständlichen Sprache konfrontiert, sei davon auszugehen, daß er sich nur unzureichend auf seine Verteidigung vorbereiten konnte, so daß ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 *lit. b* EMRK anzunehmen sei.

⁹² 1 StR 562/90, dargestellt bei Giegerich (Anm. 2), 412 ff.

⁹³ StrVert 1990, 481.

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

90. Der Bundesgerichtshof hat im Berichtszeitraum seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, daß eine Verletzung des Anspruchs des Angeklagten auf eine gerichtliche Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist, wie er in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK normiert ist, dazu führt, daß im Rahmen der Strafzumessung eine Strafmilderung vorzunehmen ist (Beschuß vom 24.7.1991 – 5 StR 286/91 – NStZ 1992, 78 = HFR 1992, 571)⁹⁴. Der BGH führt daneben aber aus, daß der Strafmilderungsgrund der Verfahrensverzögerung neben den strafmildernden Gesichtspunkt der Belastung des Angeklagten durch den Zeitablauf zwischen Tat und Aburteilung trete.

91. In einem steuerrechtlichen Verfahren führte der Bundesfinanzhof (Beschuß vom 13.9.1991 – IV B 105/90 – BFHE 165, 469 = BB 1992, 124) aus, daß sich aus Art. 6 Abs. 1 EMRK – dessen Anwendbarkeit in steuerrechtlichen Verfahren unterstellt⁹⁵ – keinesfalls die Rechtsfolge ableiten lasse, ein Steuerbescheid sei rechtswidrig und müsse ersatzlos aufgehoben werden, wenn über die gegen ihn eingelegte Klage nicht binnen angemessener Zeit entschieden werde. Die Verletzung des Beschleunigungsgebots habe konventionsrechtlich lediglich zur Folge, daß der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nach Art. 50 EMRK der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zubilligen könne.

f) Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK)

92. Die Frage, welche Reichweite die Unschuldsvermutung im strafprozessualen Kostenrecht bei einer Verfahrenseinstellung nach § 206 a StPO hat, war Gegenstand eines Beschlusses der 2. Kammer des 2. Senates des Bundesverfassungsgerichtes vom 16.12.1991 (2 BvR 1590/89 – EuGRZ 1992, 120). Gegen den Beschwerdeführer war ein Strafverfahren durchgeführt worden, welches durch das AG aufgrund von § 206 a StPO wegen eines Verfahrenshindernisses auf Kosten der Landeskasse eingestellt worden war, da der auslieferungsrechtliche Spezialitätsgrundsatz der weiteren Durchführung des in Frage stehenden Strafverfahrens entgegenstand. Die notwendigen Auslagen des Beschwerdeführers wurden nicht der Landeskasse auferlegt, weil dies – so das AG – nach dem derzeitigen

⁹⁴ Mit Anmerkung U. Scheffler, NStZ 1992, 79; dort auch Nachweise für frühere Entscheidungen, *ibid.*, Anm. 2.

⁹⁵ Offen gelassen in dem Urteil des Bundesfinanzhofes vom 21.2.1991 (V R 105/84 – BFHE 163, 313).

Stand des Verfahrens der Billigkeit entspreche (§ 467 Abs. 3 StPO). Die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde wurde vom LG Wuppertal verworfen, da "nach Aktenlage die Verurteilung des Angeklagten nicht zweifelhaft gewesen" sei. Ohne *expressis verbis* auf Art. 6 Abs. 2 EMRK einzugehen, führt das Bundesverfassungsgericht unter Bezugnahme auf seine frühere eigene Rechtsprechung⁹⁶ aus, daß es die Unschuldsvermutung nicht ausschließe, in einer das Strafverfahren ohne förmlichen Schuldspruch beendenden Entscheidung einen verbleibenden Tatverdacht festzustellen und zu bewerten und dies bei der Entscheidung über die kostenrechtlichen Folgen zu berücksichtigen. Es müsse aus der Begründung jedoch deutlich hervorgehen, daß es sich nicht um eine gerichtliche Schuldfeststellung oder -zuweisung handele, sondern nur um die Beschreibung und Bewertung einer Verdachtslage. Diese Grundsätze seien auch im Rahmen der Auslagenentscheidung zu beachten, wenn das Strafverfahren nach § 206 a StPO eingestellt wird. Demgegenüber habe die Strafkammer festgestellt, es sei nicht zweifelhaft, daß der Beschwerdeführer verurteilt worden wäre. Damit habe es strafrechtliche Schuld festgestellt, obwohl das Strafverfahren noch nicht bis zur Schuldspruchreife durchgeführt worden war. Hierin sei ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung zu sehen.

93. Die Frage, welchen Einfluß die Unschuldsvermutung auf einen Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung hat, war Gegenstand einer intensiven Auseinandersetzung zwischen mehreren Oberlandesgerichten. Gegenstand des Streites ist die Frage, ob der Widerruf der Strafaussetzung nach § 56 f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB zwingend voraussetzt, daß eine rechtskräftige Verurteilung der Nachtat vorliegt oder ob es vielmehr ausreichend ist, wenn insoweit ein überwiegender Tatverdacht vorliegt. Nach der bisherigen überwiegenden Ansicht war der Widerruf bereits vor rechtskräftiger Verurteilung möglich, wobei freilich hohe Anforderungen an die Überzeugungsbildung in bezug auf die Begehung einer neuen Straftat gestellt wurden⁹⁷. Vor dem Hintergrund einer gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Individualbeschwerde nach Art. 25 EMRK, welche nach Zulässigerklärung durch die Kommission im Wege einer gütlichen Regelung nach Art. 28 Buchst. b EMRK erledigt worden

⁹⁶ Beschluß vom 29.5.1990, BVerfGE 82, 106, dargestellt bei Giegerich (Anm. 2), 416ff.

⁹⁷ Vgl. die Nachweise bei Giegerich, *ibid.*, 419ff.

war⁹⁸, melden sich nunmehr in der Rechtsprechung vermehrt Gegenstimmen. So geht das OLG Schleswig (Beschuß vom 22.1.1991 – 1 Ws 2/91 – NJW 1991, 2303) davon aus, daß ein Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung erst nach rechtskräftiger Aburteilung einer Nachtat gestattet ist. Da die Unschuldsvermutung vorbehaltlos und unbedingt gelte, dürfe dem Verurteilten auch ein nach Auffassung des Widerrufsgerichts glaubhaftes, selbst vor dem Richter abgelegtes Geständnis nicht im Widerrufsverfahren mit belastender Wirkung vorgehalten werden, solange es an einer rechtskräftigen Verurteilung der neuen Tat fehle.

94. Differenzierter führt das OLG Koblenz (Beschuß vom 9.1.1991 – 1 Bs 609/90 – NStZ 1991, 253 = MDR 1991, 659) unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung aus, daß ein Widerruf der Strafaussetzung jedenfalls in aller Regel nicht vor rechtskräftiger neuer Verurteilung ergehen dürfe. Dies ergebe sich insbesondere aus der Überlegung, daß der Freiheitsverlust des Betroffenen irreparabel auch dann eintrete, wenn im nachhinein festgestellt werde, daß er die Anlaßtat nicht begangen hatte oder Schuldausschließungsgründe vorgelegen hatten. Schon aus dem Gesichtspunkt der Effektivität des Rechtsschutzes spreche vieles für die Anwendung des Art. 6 Abs. 2 EMRK im Widerrufsverfahren⁹⁹.

95. Demgegenüber hält das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg in einem Beschuß vom 15.10.1991 (2 Ws 296/91 – NStZ 1992, 130) daran fest, die feste Überzeugung des Gerichts genüge, daß der Verurteilte die neue Tat schuldhaft begangen hat, um den Widerruf der Strafaussetzung zu ermöglichen. Die gegenteilige Ansicht könne sich nicht auf den Wortlaut des § 56 f Abs. 1 Nr. 1 StGB stützen. Die Vorläufernorm, § 25 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F., habe nämlich einen Widerruf nur für den Fall vorgesehen, daß der Verurteilte während der Bewährungszeit zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Diese Einschränkung wurde mit der Neufassung im Jahre 1969 aufgehoben. Nach Ansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichts ist diese Regelung auch vor dem Hintergrund der EMRK getroffen worden. Im übrigen stehe dem auch nicht die Formulierung "gesetzlicher" Nachweis der Schuld in Art. 6 Abs. 2 EMRK entgegen. Denn auch für den vergleichbaren Fall der Voraussetzungen für Eingriffe in die Privatsphäre nach Art. 8 Abs. 2 EMRK sei entschieden, daß der Begriff "gesetzlich" nicht formell, sondern materiell verstanden werden müsse.

⁹⁸ Beschwerde Nr. 12748/87, vgl. dazu H. Ostendorf, Unschuldsvermutung und Bewertungswiderruf, StrVert 1990, 230.

⁹⁹ Vgl. auch die Entscheidung des OLG Bamberg in StrVert 1991, 174, sowie die Entscheidung des OLG Koblenz, NStZ 91, 253 = StrVert 1991, 172.

Er erfasse sowohl geschriebene Normen als auch Grundsätze der Rechtsprechung¹⁰⁰.

Die Ergebnisse der Individualbeschwerde Nr. 12748/87 seien ohne rechtliche Bedeutung. Sofern die Landesjustizverwaltungen entsprechend der Nr. 2 der gütlichen Einigung Hinweise der Bundesregierung an die Gerichte weitergeben, daß "bei der künftigen Anwendung des § 56 f Abs. 1 Nr. 1 StGB die Unschuldsvermutung gemäß Art. 6 Abs. 2 der Konvention zu beachten" sei, seien diese gegenstandslos und nach dem verfassungsrechtlichen Grundverständnis der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Gerichte auch nicht unproblematisch¹⁰¹.

96. Auch das OLG Stuttgart (Beschuß vom 6.5.1991 – 1 Ws 63/91 – DJ 1991, 402 = MDR 1991, 982) teilt diese Auffassung. Es weist darauf hin, daß der Unschuldsvermutung bereits dadurch Genüge getan werde, daß der Strafvollstreckung in der Sache, in der die Bewährung widerrufen wird, ein rechtskräftiges Urteil zugrundeliegt.

97. Das LG Köln geht in einem Beschuß vom 21.11.1991 (– 151 – 190/91 – MDR 1992, 598) davon aus, daß die Versagung einer Auslagererstattung nach dem Tod des Angeklagten, der in der ersten Instanz (nicht rechtskräftig) verurteilt worden und danach verstorben war, nicht gegen die Unschuldsvermutung verstößt.

98. Das AG Hildesheim (Beschuß vom 23.12.1991 – 14 Ds 11 Js 7977/90 – InfAuslR 1992, 51) sieht in der Übersendung von Strafakten in einem nicht abgeschlossenen Strafverfahren an die Ausländerbehörde zur Vorbereitung eines Aufenthaltsbeendigungsverfahrens einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK, so daß aus diesem Grunde der Anforderung der Ausländerbehörde nicht zu entsprechen sei.

¹⁰⁰ Vgl. auch die übereinstimmenden Entscheidungen des OLG Düsseldorf, MDR 1991, 787, und MDR 1991, 982.

¹⁰¹ Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschuß vom 13.6.1991 (3 Ws 323–325/91 – NStZ 1992, 131), welches jedenfalls bei Vorliegen eines Geständnisses davon ausgeht, daß an der Zulässigkeit eines Bewährungswiderrufs vor Rechtskraft des neuen Urteils keine Bedenken bestehen.

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

99. Nach Ansicht des OLG Köln (Beschluß vom 5.2.1991 – 2 Ws 580/90 – MDR 1992, 72) ergibt sich aus der EMRK kein uneingeschränktes Recht auf eine unentgeltliche Beiordnung eines Pflichtverteidigers. Der *ratio legis* der Norm lasse sich nicht entnehmen, daß der im Zeitpunkt der Beiordnung mittellose Angeklagte nicht später mit den dadurch entstandenen Kosten belastet werden dürfe. Unter Bezugnahme auf zwei Entscheidungen der EKMR¹⁰² kommt das Urteil daher zu dem Ergebnis, daß die Vorschrift nur eine vorübergehende Kostenentlastung vorsehe, die lediglich so lange andauern müsse, bis das Verfahren beendet sei.

100. Mit der Frage der Dolmetscherkosten in einem Sonderfall hatte sich das Oberlandesgericht Düsseldorf zu beschäftigen (Beschluß vom 12.3.1991 – 3 Ws 26/91 – MDR 1991, 1079). Ein Ausländer hatte sich in Auslieferungshaft befunden. Zur Überwachung seines Besuchsverkehrs war es notwendig, einen Dolmetscher hinzuzuziehen. Fraglich war nunmehr, ob der Betroffene hierfür finanziell eintreten müsse. Nach Ansicht des erkennenden Gerichts beinhaltet Art. 6 Abs. 3 *lit. e* EMRK einen weitgehenden Ausgleich für diejenigen Nachteile, welche ein Ausländer infolge der Sprachhindernisse im deutschen Strafverfahren erleide. Daher gebiete die Norm auch die Freistellung eines Ausländers von den Kosten, die durch die Hinzuziehung eines Dolmetschers zur Überwachung seines Besuchsverkehrs während der Untersuchungs- oder Auslieferungshaft entstehen.

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

101. Eine länger andauernde polizeiliche Videoüberwachung der Wohnungstür eines Tatverdächtigen stellt nach Ansicht des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 14.5.1991 – 1 StR 699/90 – DÖV 1991, 849 = NJW 1991, 2651 = NStZ 1992, 44)¹⁰³ einen Eingriff in die Privatsphäre dar, welcher nach Art. 8 EMRK einer gesetzlichen Eingriffsnorm bedürfe. Bei der Würdigung dessen, was "gesetzlich vorgesehen" im Sinne von Art. 8 EMRK sei, müsse jedoch der gesamte Rechtszustand in dem betreffenden Staat gewürdigt werden. Daher sei bei einer Überwachung, welche sich auf die polizeiliche Generalklausel¹⁰⁴ in Verbindung mit der konkretisie-

¹⁰² Nr. 9365/81 und 9394/81, EuGRZ 1983, 422f.

¹⁰³ Vgl. dazu die Anmerkung von K. Rogall, NStZ 1992, 45 ff.

¹⁰⁴ Im konkreten Fall hatte es sich um Art. 2 Abs. 1 des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes gehandelt.

renden Rechtsprechung stützte, kein Verstoß gegen Art. 8 EMRK festzustellen.

102. Der Hessische VGH (Beschuß vom 21.11.1991 – 13 TH 667/91 – FamRZ 1992, 435) geht davon aus, daß die Ausweisung eines Volljährigen, der bereits als Jugendlicher wegen mehrerer erheblicher Straftaten bestraft worden war, grundsätzlich nicht in unzulässiger Weise in dessen Anspruch auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreift¹⁰⁵.

i) Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK)

103. Nach Ansicht des Bayerischen VGH (Beschuß vom 3.6.1991 – 7 C E 91.1014 – BayVBl. 1991, 751)¹⁰⁶ können sich Eltern nicht auf Art. 9 Abs. 1 der EMRK berufen, um zu erreichen, daß in staatlichen Schulen, welche von ihren Kindern im Rahmen der Schulpflicht besucht werden, keine Kruzifixe angebracht werden. Das Gericht führt insoweit aus, daß Art. 9 Abs. 1 EMRK nur ein Verbot der Indoktrinierung und Werbung für eine bestimmte Konfession enthalte. Der Bestimmung lasse sich aber keine Pflicht des Staates entnehmen, bei der Festlegung der für alle geltenden Regeln weitergehende Rücksicht auf die negative Religionsfreiheit einzelner zu nehmen.

2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

104. Das bereits oben erwähnte Urteil des VGH Baden-Württemberg, vom 10.12.1991 [5] [105] geht davon aus¹⁰⁷, daß den Entscheidungen des Ausschusses für Menschenrechte nach Art. 28 des Paktes keine rechtliche Verbindlichkeit zukommt.

¹⁰⁵ Vgl. dazu auch die Entscheidung des Bayerischen VGH [47] vom 24.10.1991.

¹⁰⁶ Vgl. auch die Entscheidung des VG Regensburg als Vorinstanz [6].

¹⁰⁷ Unter Bezugnahme auf die Entscheidung der Vorinstanz VG Freiburg 2 K 240/89 (unveröffentlicht).

3. Konvention über die Beseitigung aller Formen von Diskriminierung gegenüber Frauen vom 18. Dezember 1979

105. Das gleiche Urteil [5] [104] läßt es offen, ob das Abkommen jede geschlechtsbezogene unsachliche Differenzierung untersagt. Neben der mangelnden unmittelbaren Anwendbarkeit des insoweit allenfalls einschlägigen Art. 16 des Abkommens liege eine Verletzung auch schon deshalb nicht vor, weil die im Streite stehende Sorgerechtsentscheidung dem Kindeswohl diene.

X. Europäische Gemeinschaften

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

106. Von einem Landwirt war teilweise eine Prämie zurückgefordert worden, die ihm für die Umstellung von bestimmten Viehbeständen gewährt worden war. In diesem Zusammenhang macht das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 6.6.1991 – 3 C 46/86 – NVwZ 1982, 473) unter Berufung auf seine frühere Rechtsprechung¹⁰⁸ Ausführungen zur Rücknahme von Verwaltungsakten, die auf Gemeinschaftsrecht beruhen. Nach Ansicht des Senats sind bei dem derzeitigen Stand der Entwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts auch die Rücknahme von auf Gemeinschaftsrecht beruhenden Verwaltungsakten und die Rückforderung aufgrund von Gemeinschaftsrecht gewährter Prämien und Beihilfen wegen des Fehlens entsprechender genereller und umfassender gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften im Grundsatz nach nationalem Verfahrensrecht zu beurteilen¹⁰⁹.

107. Das OVG Münster (Urteil vom 26.11.1991 – 4 A 1346/88 – JZ 1992, 1080 = RIW 1992, 326 = NVwZ 1993, 79 = EuZW 1992, 286 – nicht rechtskräftig –)¹¹⁰ hatte sich mit der Frage des Vertrauensschutzes bei Rücknahme gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Beihilfen zu befassen. Ein Unternehmen hatte in erheblichem Maße von nationalen Stellen Zuschüsse erhalten. Nachdem die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hiervon Kenntnis erlangt hatte, leitete sie ein Verfahren nach Art. 93 Abs. 2 EWGV ein und stellte durch Entscheidung vom

¹⁰⁸ Urteil vom 14.8.1986 (BVerwGE 74, 357 = NVwZ 1987, 44, und Urteil vom 22.10.1987, Buchholz 451.511 § 6 Nr. 2 = NVwZ 1988, 349).

¹⁰⁹ Unter Bezugnahme auf EuGH, Slg. 1980, 617, und EuGH, Slg. 1980, 1863 = NJW 1981, 510.

¹¹⁰ Dazu die Anmerkung von U. Fastenrath, JZ 1992, 1082.

10.7.1985 die Illegalität der gewährten Beihilfen und ihre Unvereinbarkeit mit Art. 92 EWGV fest. Die gewährten Beihilfen seien zurückzuzahlen. Die gegen die Entscheidung der Kommission erhobene Klage hatte der EuGH mit Urteil vom 24.2.1987 abgewiesen. Bereits mit Bescheid vom 27.3.1986 war der am 14.1.1983 ergangene Beihilfebescheid zurückgenommen worden.

Das OVG prüft im einzelnen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 VwVfG erfüllt sind. Nach Ansicht des Gerichts ist das Vertrauen der Begünstigten in den Bestand der Beihilfe nach § 48 Abs. 2 Satz 1 VwVfG bei einer Abwägung des Vertrauensschutzes mit dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme nicht schutzwürdig gewesen. Zwar habe die Klägerin die ihr zugewandten Mittel bereits verwandt, so daß an sich nach § 48 Abs. 2 Satz 2 VwVfG der Verwaltungsakt "in der Regel" nicht mehr zurückgenommen werden könne. Diese Regelwertung werde indes im vorliegenden Fall durch Gemeinschaftsrecht überlagert. Insoweit überwiege das vom Gemeinschaftsrecht beeinflusste Rücknahmeinteresse. Im Konfliktfall zwischen nationalem Verwaltungsverfahrenrecht auf der einen und allgemein geltendem Gemeinschaftsrecht auf der anderen Seite müsse ersteres zurücktreten. Insbesondere dürfe die Anwendung des nationalen Rechts die Tragweite und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigen. Bei einer uneingeschränkten Anwendung der Regelwertung des § 58 Abs. 2 Satz 2 VwVfG wäre eine Rückgängigmachung bereits geleisteter Zahlungen ohne Bösgläubigkeit des Empfängers nicht mehr möglich. Dies würde aber dem in Art. 92 und 93 EWGV zum Ausdruck gebrachten Grundsatz widersprechen, daß gemeinschaftsrechtswidrige Förderungsleistungen grundsätzlich zurückzuerstatten sind.

Gleichwohl sei ein Vertrauensschutz des Empfängers gemeinschaftsrechtswidriger Förderungsleistungen nicht generell ausgeschlossen. Denn dies wäre sowohl mit deutschem Verfassungsrecht wie auch mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar¹¹¹. Insoweit müsse daher eine Abwägung zwischen dem Vertrauensschutzinteresse einerseits und dem gemeinschaftsrechtlichen Rückforderungsinteresse andererseits stattfinden. Im Hinblick auf das Vertrauensschutzinteresse müsse jedoch § 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG gemeinschaftsrechtskonform modifiziert werden. Insbesondere müsse dabei das in Art. 93 Abs. 3 EWGV vorgeschriebene Notifizierungs- und Überwachungsverfahren Berücksichtigung finden. Nach Art. 93 Abs. 3 EWGV seien nationale Beihilfen formell illegal, wenn sie der EG-Kommission nicht vorab notifiziert worden sind. Dieses förmliche

¹¹¹ Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EuGH, NVwZ 1990, 1161.

Überwachungsverfahren schränke den Vertrauensschutz der Subventionsempfänger ein. Auf den Bestand einer Beihilfe dürfe ein beihilfebegünstigtes Unternehmen nur dann vertrauen, wenn dieses Verfahren eingehalten worden sei. Ansonsten sei das Vertrauen des Beihilfeempfängers nicht schutzwürdig.

Im übrigen könne im konkreten Fall die Rücknahmeentscheidung auch nicht deshalb als rechtswidrig angesehen werden, weil es an einer Ermessensausübung mangle. Zwar eröffne § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG auch dann, wenn kein schützenswertes Interesse vorliege, der Behörde Ermessen. Eine solche Ermessensausübung scheide jedoch von vorneherein dann aus, wenn das Gemeinschaftsrecht seinerseits vorschreibe, daß die Beihilfe zurückzuzahlen sei. Dies gelte auch für die Rückforderung rein nationaler Beihilfen. Insoweit sei es auch irrelevant, ob sich die Pflicht zur Rückzahlung unmittelbar aus einer Gemeinschaftsrechtsnorm ergebe oder aber aus einer Entscheidung der Kommission, die den Mitgliedstaat zur Rückforderung verpflichte. Auch eine solche Entscheidung sei Ausdruck der in Art. 92 und 93 EWGV enthaltenen generellen Verpflichtung und binde, wenn sie bestandskräftig geworden sei, den Mitgliedstaat wie eine Gemeinschaftsrechtsnorm.

Schließlich sei auch die Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG eingehalten. Auch Abs. 4 müsse wie alles andere nationale Recht so angewendet werden, daß die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht praktisch unmöglich werde¹¹². Diese Frist beginne aber in einem Fall wie hier erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem die Behörde Kenntnis auch von der materiellen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit erlange. Diese materielle Gemeinschaftsrechtswidrigkeit sei aber erst durch die Entscheidung der Kommission vom 10.7.1985 bewirkt worden. Dagegen bringe die Kenntnis von der formellen Illegalität der Beihilfe wegen Nichteinhaltung des Notifizierungsverfahrens die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG noch nicht zum Laufen, denn diese formelle Illegalität sei noch kein ausreichender Rechtsgrund für ihre Rücknehmbarkeit.

108. In einem Urteil vom gleichen Tag (6 A 11676/90 – JZ 1992, 1084 = DVBl. 1992, 1318 [nur Ls.] = NVwZ 1993, 82 = EuZW 1992, 349 – nicht rechtskräftig –)¹¹³ hatte sich das OVG Koblenz mit einem ähnlich gelagerten Sachverhalt zu beschäftigen. Einem Unternehmen war im Jahr 1983 durch zwei Bescheide eine Beihilfe gewährt worden. Mit Entschei-

¹¹² Unter Bezugnahme auf den EuGH, NVwZ 1990, *ibid*.

¹¹³ Mit Anmerkung von R. Stober, JZ 1992, 1087; das erstinstanzliche Urteil des VG Mainz ist veröffentlicht in EuZW 1990, 389.

dung vom 14.12.1985¹¹⁴ hatte die Kommission der Europäischen Gemeinschaft festgestellt, daß die Beihilfe wegen Verstoßes gegen Art. 92 und Art. 93 Abs. 3 EWGV unzulässig gewesen sei. Sie müsse daher zurückgefordert werden. Daraufhin hatte die Bundesrepublik Deutschland die Kommission mit Schreiben vom 6.11.1986 informiert, daß die Rückforderung nach deutschem Recht nicht durchsetzbar sei. Die von der Kommission daraufhin gegen die Bundesrepublik Deutschland erhobene Klage vor dem EuGH führte zur Feststellung, daß die Bundesrepublik gegen ihre Verpflichtungen aus dem EWGV verstoßen habe¹¹⁵. Daraufhin waren die Beihilfen mit Bescheid vom 26.9.1989 zurückgenommen worden.

Das OVG Koblenz geht davon aus, daß sich die Rückforderung nach nationalem Verfahrensrecht beurteile, zumal sich die Regelungen des § 48 Abs. 2-4 VwVfG auch mit Gemeinschaftsrecht in Übereinstimmung befänden. Das Gericht läßt es sodann offen, ob die Beihilfegewährung durch den Beklagten auch materiell-rechtlich gegen Art. 92 EWGV verstoßen hat und ob insoweit die bestandskräftige Entscheidung der Kommission dem begünstigten Unternehmen entgegengehalten werden kann – woran das Gericht Zweifel äußert –, denn jedenfalls sei die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG nicht eingehalten worden.

Der Anwendung dieser Norm kann aus Sicht des Gerichts nicht entgegengehalten werden, ihr stehe vorrangiges Recht, so wie es durch die Kommissionsentscheidung konkretisiert worden sei, entgegen. Denn eine solche Entscheidung besitze keinen Rechtssatzcharakter, sondern sei gemäß Art. 189 Abs. 4 EWGV lediglich für diejenigen verbindlich, an die sie gerichtet sei, hier also die Bundesrepublik Deutschland. Eine solche Entscheidung könne daher nicht die Funktion einer unmittelbar gegenüber den betroffenen Individuen wirkenden Ermächtigungsgrundlage haben. Die Frist des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG sei auch abgelaufen. Denn spätestens ab dem Zeitpunkt, ab welchem die Entscheidung der Kommission gegenüber der Bundesrepublik Deutschland in Bestandskraft erwachsen sei, mußte sich die Bundesrepublik Deutschland über die Rechtswidrigkeit der Beihilfegewährung klar sein und wußte damit auch, daß entsprechend der Aufforderung der Kommission eine Entscheidung hinsichtlich der Rückforderung der Beihilfe getroffen werden mußte. Zu diesem Zeitpunkt kannte die rücknehmende Behörde auch alle Umstände, die im Rahmen der Interessenabwägung und der Ermessensausübung nach § 48

¹¹⁴ ABl. Nr. L 72 vom 15.3.1986, 30.

¹¹⁵ Urteil vom 2.2.1989 in der Rs. 94/87.

VwVfG zu berücksichtigen sind. Nach alledem war nach Ansicht des Gerichts die in § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG normierte Jahresfrist zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheides am 26.9.1989 bereits abgelaufen, so daß der Rücknahmebescheid keinen Bestand haben konnte.

Auch wenn dies zur Folge habe, daß damit die Durchführung der Entscheidung der Kommission vom 14.12.1985 unmöglich werde, führe dies im vorliegenden Falle nicht zu einem Verbot der Anwendung des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG. Denn auch aus der Rechtsprechung des EuGH ergebe sich, daß dieser grundsätzlich die Möglichkeit eines Ausschlusses der Rückforderung anerkannt habe. Soweit der EuGH in seinem Urteil vom 20.9.1990 ausgeführt habe, daß eine Bestimmung, welche die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes nur binnen einer bestimmten Frist zulasse, wie alles andere nationale Recht so angewandt werden müsse, daß die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht praktisch unmöglich werde, sei diese Feststellung lediglich gegenüber der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat ergangen. Für den nationalen Richter könne entsprechendes jedenfalls so lange nicht gelten, wie das Normengefüge aus nationalem und Gemeinschaftsrecht so ausgestaltet sei, daß § 48 VwVfG durch keine allgemeingültige gemeinschaftsrechtliche Norm verdrängt werde.

109. In einem Urteil vom 24.8.1990 hatte es der Bayerische Verwaltungsgerichtshof noch offen gelassen, ob der Richtlinie des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (85/337/EWG)¹¹⁶ vor deren – verspäteter – Umsetzung¹¹⁷ direkte Wirkungen zukommen könne¹¹⁸. Diese Frage hat nunmehr der Hessische VGH in einem Urteil vom 29.10.1991 (14 A 2767/90 – ESVGH 42, 81) dahin gehend entschieden, daß eine entsprechende unmittelbare Anwendung der UVP-Richtlinie mangels deren hinreichender Bestimmtheit ausscheide. Ähnlich wie bereits der Bayerische VGH läßt es auch der VGH Kassel offen, ob die UVP-Richtlinie überhaupt Rechte festlegt, die vom einzelnen dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können.

Darüber hinaus macht das Urteil Ausführungen zu den Folgen, welche sich aus dem Urteil des EuGH vom 30.5.1991 zur mangelhaften Umset-

¹¹⁶ ABl. Nr. L 175/40.

¹¹⁷ Vgl. nunmehr auch das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 12.2.1990, Sartorius I, Nr. 295.

¹¹⁸ 8 A 89.40037 u.a. – NVwZ 1991, 490, dazu Giegerich (Anm. 2), 435f.

zung der Luftreinhaltungsrichtlinien betreffend SO²¹¹⁹ bzw. betreffend Blei¹²⁰ ergeben. Mit dem vom EuGH gerügten Fehlen einer verbindlichen Durchführung der Grenzwerte für bestimmte Schadstoffe werde weder die Tauglichkeit noch die Anwendbarkeit der TA Luft als Konkretisierung nationalgesetzlich unbestimmter Rechtsbegriffe im Einzelfall in Frage gestellt. Die Urteile des EuGH hätten lediglich auf den Erlaß einer der Rechtssicherheit dienenden Rechtsnorm mit einem der TA Luft entsprechenden Inhalt abgezielt, nicht dagegen auf eine inhaltliche Veränderung des Regelwerks. Demnach könnten auch weiterhin im Rahmen emissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren die Vorgaben der TA Luft in vollem Umfange Berücksichtigung finden.

110. Mit den Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Gesetzesrechts beschäftigte sich der Bundesfinanzhof in einer Entscheidung vom 18.4.1991. Nach Ansicht des Gerichts findet jede richtlinienkonforme Auslegung ihre Grenze an dem Wortlaut und dem gesetzgeberischen Zweck der Norm. Andernfalls würden die Gerichte Kompetenzen überschreiten, welche ihnen nach nationalem Verfassungsrecht zugeordnet sind. Soweit eine Richtlinie, die sich nach Art. 189 EWGV an den Mitgliedstaat richte, von dessen Gesetzgeber nicht zutreffend umgesetzt worden sei, könne ein solcher Mangel nicht durch Auslegung des eindeutig entgegenstehenden Gesetzeswortlauts korrigiert werden.

2. Diskriminierungsverbot

111. Den Einfluß des in Art. 7 EWGV enthaltenen Diskriminierungsverbots auf das deutsche Zivilverfahrensrecht verdeutlichen mehrere Entscheidungen. Nach § 917 Abs. 2 ZPO bedarf es keiner zusätzlichen konkreten Vermögensgefährdung, um im Inland einen dinglichen Arrest zu verhängen, wenn das Urteil im Ausland vollstreckt werden müßte. Nach Ansicht des LG München I (Urteil vom 11.10.1991 – 23 O 5250/91 – IPRax 1992, 321) [129] kommt aber eine Anwendung der Norm gegenüber Beklagten, die ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft haben, nicht in Betracht. Art. 7 EWGV verbiete alle Formen der versteckten Diskriminierung, soweit von den Unterscheidungsmerkmalen typischerweise immer nur Ausländer oder Inländer be-

¹¹⁹ Rs. C – 361/88 – NVwZ 1991, 866.

¹²⁰ Rs. C – 59/89 – NVwZ 1991, 868; zu beiden Urteilen vgl. C. Langenfeld/S. Schlemmer-Schulte, Die TA Luft – kein geeignetes Instrument zur Umsetzung von EG-Richtlinien, EuZW 1991, 622 ff.

troffen seien. Da regelmäßig von dem Arrestgrund des § 917 Abs. 2 ZPO Ausländer betroffen seien, welche in Deutschland Geschäfte tätigen, erfordere eine gemeinschaftskonforme Auslegung von § 917 Abs. 2 ZPO dessen Nichtanwendbarkeit im räumlichen Anwendungsbereich des EuGVÜ¹²¹. Art. 7 EWGV entfalte auch unmittelbare Wirkung, so daß § 917 Abs. 2 ZPO im Falle einer Klage gegen eine englische Beklagte nicht zur Anwendung gelangen könne.

112. In einem Vorlagebeschluß vom 11.12.1991 (305 O 230/91 – RIW 1992, 767)¹²² richtet das LG Hamburg an den EuGH die Frage, ob die Anwendung der Vorschrift des § 110 ZPO, der vorsieht, daß Ausländer für die Prozeßkosten Sicherheit zu leisten haben, im Verhältnis zu Staatsangehörigen anderer EG-Mitgliedstaaten einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit oder das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 7 EWGV enthalte¹²³.

113. Das Bundessozialgericht gelangt in einem Urteil vom 28.8.1991 (13/5 RJ 16/90 – InfAuslR 1992, 197) zu dem Ergebnis, daß in der Nichtanrechnung von Kindererziehungszeiten ausländischer Mütter aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft, welche ihre Kinder in diesen anderen Mitgliedstaaten zur Welt bringen, keine gegen Art. 7 EWGV verstoßende Diskriminierung zu sehen ist. Die Klägerin, eine griechische Staatsangehörige, hatte ab dem Jahre 1963 in der Bundesrepublik Deutschland gelebt. Als sie schwanger wurde, reiste sie 1967 nach Griechenland aus und kehrte erst im Jahr 1969 in die Bundesrepublik Deutschland zurück. Sie beantragte nunmehr, daß ihr diese Zeiten als Kindererziehungszeiten anzurechnen seien. Das Gericht führt unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaften aus, daß im Grundsatz jeder Staat frei sei, diejenigen Tatbestände zu bestimmen, die eine versicherungsrechtliche Folge auslösen. Auch die EG-Kommission halte eine uneingeschränkte Anerkennung von Kindererziehungszeiten ausländischer Versicherter für nicht von Art. 7 EWGV geboten. Im übrigen sei es auch fraglich, ob der vorliegende Fall überhaupt vom Gemeinschaftsrecht erfaßt werde, da Griechenland erst zum 1.1.1981 der Gemeinschaft beigetreten sei.

114. Vor dem Finanzgericht Köln wandte sich ein Kläger, der seinen

¹²¹ Dazu P. Mankowski, Zum Arrestgrund der Auslandsvollstreckung in § 917 Abs. 2 ZPO, RIW 1991, 181.

¹²² Dazu A. Zimmermann, Die Ausländersicherheit des § 110 ZPO auf dem Prüfstand des Europäischen Gemeinschaftsrechts, *ibid.*, 707ff.

¹²³ Vgl. dazu jetzt auch OLG München, Beschluß vom 17.11.1992 (7 W 2406/92 – RIW 1993, 150).

Wohnsitz in den Niederlanden hatte, aber in der Bundesrepublik Deutschland einer freiberuflichen Tätigkeit nachging, gegen seine Veranlagung als beschränkt Steuerpflichtiger im Sinne des Einkommenssteuergesetzes. Anders als der Bundesfinanzhof in einem Urteil vom 20.4.1988¹²⁴ geht das Finanzgericht in seinem Vorlagebeschluß vom 10.1.1991 (5 K 314/84 und 136/85 – EFG 1991, 406) davon aus, daß beschränkt Steuerpflichtige durch die Versagung von Abzugsmöglichkeiten und die Nichtanwendung des Splittingverfahrens in ihrem Recht aus Art. 52 EWGV verletzt sein könnten und im übrigen möglicherweise auch ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 7 EWGV vorliege.

Der Kläger könne sich, obwohl er deutscher Staatsangehöriger sei, auf Art. 52 EWGV berufen. Denn bei seiner grenzüberschreitenden Niederlassung befinde er sich in der gleichen Lage wie Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten. Entscheidend kommt es aus der Sicht des Finanzgerichts darauf an, ob sich Art. 52 EWGV in einem bloßen Gebot der Inländerbehandlung erschöpft, da dann ein Verstoß der Vorschriften über die beschränkte Steuerpflicht gegen Art. 52 EWGV zu verneinen wäre. Beinhaltet demgegenüber die Niederlassungsfreiheit ein allgemeines Beschränkungsverbot, spreche einiges dafür, daß die Vorschriften des nationalen Steuerrechts über die Veranlagung zur beschränkten Steuerpflicht gegen Art. 52 EWGV verstießen. Anders als der BFH¹²⁵ sieht das Finanzgericht in seinem Vorlagebeschluß die Beschränkung auch nicht als gerechtfertigt an. In Übereinstimmung mit einer Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaften in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland¹²⁶ und der Rechtsprechung des EuGH¹²⁷ geht es davon aus, daß eine mangelnde Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Steuerrechts eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen kann. Die Berufung der Bundesregierung darauf, daß die Behandlung von Steuerausländern als unbeschränkt Steuerpflichtige zu einem äußerst komplexen Verwaltungsvorgang führen würde, da dann die ausländischen Einkünfte ermittelt und in die Bemessungsgrundlagen der Einkommenssteuer einbezogen werden müßten, sei ebenfalls nicht tragfähig. Diese Probleme seien zu-

¹²⁴ I R 219/82 – BFHE 154, 38 = HFR 1989, 10, dargestellt bei Polakiewicz (Anm. 2), 123.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Schreiben der EG-Kommission an den Bundesminister des Auswärtigen vom 16.5.1989 [SG 89] D/6032).

¹²⁷ Urteil vom 28.1.1986, Rs. 270/86, Slg. Rspr. 1986, 273.

mindest dann beherrschbar, wenn der Steuerpflichtige fast ausschließlich inländische Einkünfte erziele. Im übrigen entspreche es der Rechtsprechung des EuGH, daß Schwierigkeiten bei der Gestaltung von nationalen Verwaltungsregelungen die Nichteinhaltung der Vertragsverpflichtungen nicht rechtfertigen könnten¹²⁸.

3. Freizügigkeit

115. Mit der ausländerrechtlichen Privilegierung von Ausländern aus Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft auch im Ausweisungsverfahren beschäftigt sich ein Beschluß des VGH Baden-Württemberg vom 14.11.1991 (13 S 2481/91 = NVwZ-RR 1992, 382 [nur Ls.] = BWVP 1992, 64 = VwBlBW 1992, 153). Anders als gegenüber Ausländern aus Drittstaaten verpflichtete § 12 Abs. 7 AufenthG/EWG die Ausländerbehörde, dem auszuweisenden EG-Staatsangehörigen auch in dringenden Fällen eine – wenn auch nur kurze – Frist einzuräumen, und gestatte es der Ausländerbehörde im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm nicht, vollständig von einer Fristsetzung abzusehen. Jedoch gebiete es § 12 Abs. 7 AufenthG/EWG nicht, einem EG-Staatsangehörigen, der sich in Haft oder öffentlichem Gewahrsam befindet, durch eine entsprechende Frist Gelegenheit zur freiwilligen Ausreise zu geben. Vielmehr könne die Ausreisefrist auch in die Zeit der Haft fallen.

116. Mit den Folgen, welche sich für die deutschen Behörden aus dem Urteil des EuGH vom 21.6.1988 in der Rechtssache *Lair*¹²⁹ für die Gewährung von Ausbildungsförderung nach dem BaföG Studierende aus anderen Mitgliedstaaten ergeben, beschäftigte sich das Niedersächsische OVG im seinem Urteil vom 4.7.1991 (10 L 5218/91 – InfAuslR 1991, 297)¹³⁰. Die Klägerin, eine französische Staatsangehörige, war von 1979–1981 in Hannover als Bankangestellte beschäftigt. Von 1981–1984 war sie überwiegend arbeitslos. Seit dem 1.10.1984 studierte sie in Hannover Romanistik und Germanistik und beantragte hierfür Studienförderung. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH¹³¹ und angesichts des Umstandes, daß sich der Anspruch der Klägerin auf Ausbildungsförderung für ein Hochschulstudium gemeinschaftsrechtlich nur auf

¹²⁸ Mit Urteil vom 26.1.1993 hat der EuGH (Rs. C-112/91 – noch nicht in der amtl. Slg.) einen Verstoß gegen Art. 52 EWGV verneint.

¹²⁹ Rs. 39/86, Slg. Rspr. 1988, 3190 = NJW 1988, 2165 = FamRZ 1988, 885.

¹³⁰ Nachweise aus der früheren Rechtsprechung zuletzt bei Richter (Anm. 2), 222f.

¹³¹ Neben dem bereits erwähnten Urteil in der Rs. *Lair* zieht das OVG auch die Entscheidung in der Rs. 197/86 – *Brown* –, Slg. Rspr. 1988, 3205, heran.

Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1612/68 des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft¹³² stützen kann, kommt es aus der Sicht des Gerichts darauf an, unter welchen Voraussetzungen die Gewährung von Ausbildungsförderung als eine soziale Vergünstigung anzusehen ist, die mit der Arbeitnehmereigenschaft zusammenhängt. Nach der Rechtsprechung des EuGH setze dies jedoch eine Kontinuität zwischen der zuvor ausgeübten Berufstätigkeit und dem aufgenommenen Studium in dem Sinne voraus, daß zwischen dem Gegenstand des Studiums und der früheren Berufstätigkeit ein Zusammenhang bestehen müsse. Hierbei handelt es sich nach den Ausführungen des OVG um einen inhaltlichen, thematischen und gegenständlichen Zusammenhang, der bei einer früheren Berufstätigkeit als Bankangestellte und dem Studium der Romanistik und Germanistik nicht gegeben sei.

Jedoch habe der EuGH ausgeführt, daß eine solche Kontinuität im Falle eines Wanderarbeitnehmers nicht verlangt werden könne, der unfreiwillig arbeitslos geworden sei und den die Lage auf dem Arbeitsmarkt zu einer beruflichen Umschulung in einen anderen Berufszweig zwingt. Auch diese Alternative sei jedoch bei der Klägerin nicht erfüllt.

117. Mit der aufenthaltsrechtlichen Stellung eines spanischen Staatsangehörigen beschäftigt sich ein Beschluß des Hamburgischen OVG vom 15.5.1991 (OVG Bs V 64/91 – InfAuslR 1991, 337). Der Widerspruch eines Staatsangehörigen eines EG-Mitgliedstaates gegen eine Ausweisungsverfügung habe gemäß § 12 Abs. 9 AufenthG/EWG aufschiebende Wirkung, soweit dieser Arbeitnehmer im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG/EWG sei. Einer Eigenschaft als Arbeitnehmer im Sinne dieser Norm steht nach Ansicht des Gerichts entgegen, daß ursprünglich eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Herstellung bzw. Erhaltung der Familieneinheit mit einem deutschen Ehegatten erteilt worden ist. Im übrigen lasse eine Arbeitslosigkeit nach einer unselbständigen Beschäftigung die Arbeitnehmereigenschaft nicht von vorneherein entfallen, wie sich dies aus § 3 Abs. 3 AufenthG/EWG ergebe.

Im übrigen stehe der Anwendung von § 12 Abs. 9 AufenthG/EWG auch nicht entgegen, daß die volle Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus Spanien erst zum 1.1.1993 hergestellt werde.

118. Der Zusammenhang zwischen deutschem Handwerksrecht und den Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften bildet den Hintergrund einer Entscheidung des VG Stuttgart vom 29.11.1991 (4 K 301/

¹³² ABl. Nr. L 257, 2.

91 – GewArch 1992, 425). Zur Eintragung in die Handwerksrolle ist in der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich die Ablegung der Meisterprüfung erforderlich. Nach der deutschen EWG-Handwerksverordnung vom 4.8.1966 können jedoch unter gewissen Voraussetzungen Ausnahmegewilligungen erteilt werden. Diese Verordnung soll es Personen aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ermöglichen, auch ohne Ablegung der deutschen Meisterprüfung in der Bundesrepublik Deutschland ein Handwerk auszuüben. Zwar finden diese Ausnahmeregelungen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH auch für deutsche Staatsangehörige Anwendung, welche den dort genannten Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat der EWG nachgegangen sind. Dies führt jedoch dazu, daß Personen, die ausschließlich in der Bundesrepublik Deutschland tätig gewesen sind, sich nicht auf diese Norm berufen können. Hierin sieht das Verwaltungsgericht keinen Verstoß gegen Art. 3 GG. Eine solche Inländerdiskriminierung sei nicht willkürlich. Sinn und Zweck der Regelung sei es, Handwerkern die Niederlassung in der Bundesrepublik Deutschland zu ermöglichen, welche nicht die Möglichkeit gehabt haben, die hierfür an sich erforderlichen Voraussetzungen nach der Handwerksordnung zu erfüllen. Handwerker aber, welche in der Bundesrepublik Deutschland tätig waren, hätten jederzeit die Möglichkeit gehabt, die Meisterprüfung abzulegen, so daß sie sich gegenüber Handwerkern aus anderen Mitgliedstaaten in einer unterschiedlichen Situation befinden. Im übrigen würde eine Ausdehnung der Ausnahmeregelungen auf alle Handwerker zur Folge haben, daß praktisch das bestehende Erfordernis der Meisterprüfung umgangen werden könnte.

4. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften – Türkei

Wiederholt hatten sich deutsche Gerichte im Berichtszeitraum mit den Rechtswirkungen auseinanderzusetzen, welche dem Beschluß 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei zukommen.

119. In einem Beschluß vom 29.11.1991 hatte sich die 3. Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts (2 BvR 1042/91 – InfAuslR 1992, 81 = NVwZ 92, 360 = BayVBl. 1992, 238) mit der Auslegung des Beschlusses zu befassen. Im Wege der Verfassungsbeschwerde hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, der zugrundeliegende Beschluß des Niedersächsischen OVG habe ihn in seinem Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt, weil die Frage der Auslegung des Beschlusses nicht dem EuGH vorgelegt worden sei. Das

OVG hatte seine Auffassung, daß Art. 14 Abs. 1 des Assoziationsratsbeschlusses Ausweisungen und Abschiebungen auch aus generalpräventiven Gründen zulasse, auf einen Vergleich zwischen dem Wortlaut der Bestimmung des Assoziationsratsbeschlusses auf der einen und dem Wortlaut des § 12 AufenthG/EWG auf der anderen Seite gestützt. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kann die Frage, ob der Vorbehalt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Art. 14 Abs. 1 des Assoziationsratsbeschlusses Nr. 1/80 in ähnlicher Weise wie der in Art. 48 Abs. 3 EWGV enthaltene Vorbehalt auszulegen ist, nur unter Heranziehung der Auslegungsregeln und -verfahren des EWG-Vertrages gelöst werden. Die insoweit erfolgte Heranziehung des deutschen Aufenthaltsgesetzes zur Auslegung der europarechtlichen Norm des Assoziationsratsbeschlusses erscheine wenig überzeugend und sei unter Umständen sogar fehlerhaft. Jedoch sei Art. 101 GG nicht verletzt, da es an der hierfür erforderlichen Willkür fehle.

120. Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich mit der gleichen Frage in einem Beschluß vom 31.10.1991 (BVerwG 1 B 129.91 – InfAuslR 1992, 83) zu befassen. Die Ausweisungsverfügung zu Lasten eines türkischen Staatsangehörigen war sowohl auf spezial- als auch auf generalpräventive Überlegungen gestützt worden. Aus der Sicht des Verwaltungsgerichts war daher die Frage, ob der Zweck der Abschreckung anderer Ausländer von der Begehung von Straftaten im Rahmen von Ausweisungsverfügungen gegenüber Türken im Lichte des Beschlusses des Assoziationsrates EG-Türkei Nr. 1/80 noch verfolgt werden darf, nicht entscheidungserheblich. Daher müsse auch das Bundesverwaltungsgericht als Revisionsinstanz nicht über die Frage entscheiden, ob sich die Ausweisung türkischer Staatsangehöriger nach den gleichen Regeln bestimme, wie sie für EG-Ausländer gelten.

121. Der VGH Baden-Württemberg äußerte sich in einem Urteil vom 6.5.1991 (1 S 2084/90 – JZ 1992, 362 = ZAR 1991, 143 [nur Ls.] = BWVPr. 1991, 210) zu den Folgen, welche sich aus Art. 6 und 7 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei ergeben. Der Kläger könne hieraus keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ableiten, da dieser Beschluß türkischen Staatsangehörigen kein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland vermittele. Zwar hätten türkische Staatsangehörige, wenn sie die Voraussetzungen des Beschlusses 1/80 des Assoziationsrates erfüllen, freien Zugang zu jeder von ihnen gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis. Aus dieser rein arbeitsrechtlichen Privilegierung lasse sich jedoch kein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet ableiten. Der Assoziationsratsbeschluß

stelle lediglich einen Schritt zur Schaffung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar, führe diese aber noch nicht endgültig herbei. Dieses Ergebnis stehe auch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH. Der EuGH habe in seinem *Sevince*-Urteil vom 20.9.1990¹³³ ausgeführt, daß der fragliche Beschluß lediglich die beschäftigungsrechtliche, nicht jedoch die aufenthaltsrechtliche Stellung der türkischen Arbeitnehmer regele. Zwar habe das Gericht an diese Feststellung zugleich die Erwägung geknüpft, daß die beschäftigungsrechtlichen Bestimmungen, welche den Arbeitnehmern nach einem bestimmten Zeitraum Zugang zum Arbeitsmarkt gewähren, ein Aufenthaltsrecht implizieren, weil andernfalls das Recht auf Beschäftigung wirkungslos wäre. Diese eher beiläufig geäußerte und die Entscheidung nicht tragende Erwähnung rechtfertige jedoch nicht die Annahme, der EuGH entnehme den erwähnten arbeitsrechtlichen Bestimmungen des o.g. Assoziationsratsbeschlusses ein originäres Aufenthaltsrecht, welches die Bestimmungen des jeweiligen nationalen Ausländerrechts in ihren zentralen Bereichen suspendiere und überlagere. Der EuGH habe in seiner Entscheidung gerade die grundsätzliche Trennung zwischen dem nach nationalem Ausländerrecht zu beurteilenden Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf der einen Seite und den arbeitsrechtlichen Privilegierungen in den erwähnten Vorschriften des Assoziationsratsbeschlusses auf der anderen Seite erneut ausdrücklich betont. Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen sieht der VGH Baden-Württemberg auch keine Veranlassung, dem EuGH die Frage vorzulegen, ob die erwähnten Bestimmungen des Assoziationsratsbeschlusses Nr. 1/80 ein Aufenthaltsrecht beinhalten¹³⁴.

122. Anders als das eben genannte Urteil gehen sowohl das Verwaltungsgericht Regensburg (Beschluß vom 26.6.1991 – RO 2 S 91.719 – InfAuslR 1991, 265) als auch das Verwaltungsgericht Koblenz (Beschluß vom 12.12.1991 – 3 L 2913/91. KO – InfAuslR 1992, 86) davon aus, daß nach dem erwähnten *Sevince*-Urteil des EuGH dem Assoziationsratsbeschluß 1/80 aufenthaltsrechtliche Wirkungen zukommen. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH bestehen nach Auffassung des Gerichts erhebliche Zweifel, ob die entgegenstehende bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Assoziationsratsbeschluß

¹³³ InfAuslR 1991, 2.

¹³⁴ Vgl. dazu auch die gleichlautenden Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Karlsruhe (Beschluß vom 10.1.1991 – 13 K 40133/90 – InfAuslR 1991, 70) und des Verwaltungsgerichts Stuttgart (Beschluß vom 30.1.1991 – 15 K 2966/90 – InfAuslR 1991, 154).

1/80¹³⁵ aufrecht erhalten werden könne. Jedenfalls im Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO müsse daher dem Antragsteller ein vorläufiges Aufenthaltsrecht gewährt werden.

Auch das Verwaltungsgericht Koblenz geht davon aus, daß ein türkischer Arbeitnehmer nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung im Bundesgebiet allein aufgrund dieses Umstandes einen Anspruch auf die Verlängerung der Arbeitserlaubnis und damit notwendigerweise korrelierend auch einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis erwerbe¹³⁶. Das Gericht weist darauf hin, daß die enge Verknüpfung zwischen Beschäftigungsrecht und Aufenthaltsrecht vom EuGH in seinem *Sevince*-Urteil gesehen und ausdrücklich bejaht worden sei. Im übrigen ergäben sich die aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen aus einer Auslegung des Art. 6 Abs. 1 des Beschlusses. Völkerrechtliche Verträge und die zu ihrer Ausführung ergangenen Beschlüsse der Vertragsparteien seien so zu interpretieren, daß die in ihnen getroffenen Regelungen auch effektiv seien. Der mit dem Beschluß bezweckte freie Zugang zu einer Beschäftigung setze voraus, daß der Betroffene auch im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung sei. Denn ohne Aufenthaltsgenehmigung dürfe auch keine Arbeitserlaubnis erteilt werden. Zugleich erlösche die Aufenthaltsgenehmigung mit der Arbeitserlaubnis. Der Assoziationsratsbeschluß könne deshalb nur dann Wirkung entfalten, wenn mit dem Anspruch auf Erteilung der Arbeitserlaubnis der denknöwendig vorrangige Schritt, nämlich die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, verbunden werde. Jede andere Auslegung würde die unmittelbar geltenden Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus dem Assoziationsratsbeschluß leerlaufen lassen und widerspräche damit Gemeinschaftsrecht¹³⁷.

123. Schließlich hatte sich auch der Hessische VGH mit dem Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrates EG-Türkei auseinanderzusetzen (Vorlagebeschluß vom 12.8.1991 – 12 UE 3862/87 – ZAR 1991, 189 [nur Ls.] = NVwZ-RR 1992, 210). Der Kläger, ein türkischer Staatsangehöriger, war am 24.8.1980 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Er hatte eine bis zum 17.8.1983 befristete Aufenthaltserlaubnis erhalten. Der Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis war durch Verfügung vom 6.8.1984 abgelehnt worden. Der hiergegen gerichtete Widerspruch hatte

¹³⁵ Urteil vom 27.10.1987, DVBl. 88, 289, dazu K o k o t t (Anm. 2), 753 f.

¹³⁶ Vgl. auch den früheren, nicht veröffentlichten, Beschluß der gleichen Kammer vom 9.7.1991 (3 L 1459/91).

¹³⁷ Vgl. auch das Rundschreiben des Ministeriums des Innern des Landes Rheinland-Pfalz an die Bezirksregierungen vom 30.4.1991, zitiert in der Entscheidung des VG Koblenz [122].

nach § 72 AuslG keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag des Klägers hatte das zuständige Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Verfügung angeordnet. Damit galt sein Aufenthalt nach § 69 Abs. 3 Nr. 2 AuslG als erlaubt. Fraglich war aus der Sicht des vorliegenden Senats nunmehr, ob die Voraussetzungen des Art. 6 I des Beschlusses Nr. 1/80 auch dann erfüllt sind, wenn der Aufenthalt lediglich aufgrund nationalen Verfahrensrechts während des Verfahrens auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung als erlaubt gilt und er dadurch in der Lage war, einer mehr als vier Jahre andauernden unselbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Ferner wurde dem EuGH die Frage vorgelegt, ob sich aus der Gewährung eines Beschäftigungsrechts auch ein Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis ergebe¹³⁸.

5. Kartellrecht

124. Der BGH hatte Gelegenheit, sich in einem Urteil vom 15.10.1991 (KZR 25/90 – NJW 1992, 1456 = EuZW 1992, 94) zur Vereinbarkeit von Bierlieferungsverträgen mit Alleinbezugsvereinbarung mit Art. 85 Abs. 1 EWGV zu äußern. Die Parteien hatten in einem am 10.9.1987 geschlossenen Vertrag vereinbart, eine bestimmte Gaststätte bis Ende des Jahres 1992 ausschließlich mit Produkten einer bestimmten Brauerei zu beschicken. Außerdem hatte sich der Gaststätteninhaber verpflichtet, eine Mindestmenge Bier abzunehmen. Der BGH sieht in diesem Vertrag in Übereinstimmung mit dem Urteil des EuGH vom 28.2.1991¹³⁹ keinen Verstoß gegen Art. 85 Abs. 1 EWGV. Danach fallen nicht alle Bierlieferungsverträge einer Brauerei, welche eine verhältnismäßig große Zahl von Gaststätten an sich gebunden hat, von vorneherein unter das Verbot nach Art. 85 EWGV. Vielmehr komme es entscheidend auf die einzelnen Verträge und insbesondere deren Dauer an. Ein Verstoß gegen Art. 85 Abs. 1 EWGV könne insbesondere dann angenommen werden, wenn die Vertragsdauer, gemessen an der durchschnittlichen Dauer der auf dem relevanten Markt allgemein geschlossenen Bierlieferungsverträge, offensicht-

¹³⁸ Vgl. dazu nunmehr die Entscheidung des EuGH in der Rs. 237/91 – *Kus* – vom 16.12.1992 (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

¹³⁹ Ergangen auf Vorlagebeschluß des OLG Frankfurt vom 13.7.1989, EuZW 1990, 101; dazu H.U. Bühler, Bierbezugsverträge und EG-Recht, EuZW 1990, 86. Die Entscheidung des EuGH (Rs. C – 234/89 – *Delimitis/Henninger Bräu*) findet sich in EuZW 1991, 376; dazu T.F. Jehle, Bierbezugsverträge und Gemeinschaftsrecht, EuZW 1991, 372, und C. Ebenroth/A. Rapp, Alleinbezugsverträge und EG-Kartellrecht, JZ 1991, 962.

lich unverhältnismäßig lang sei. Unter Berücksichtigung dieser Faktoren sei der hier zu beurteilende Vertrag nicht nichtig. Dessen Abschottungswirkung sei gering, da der Vertrag eine kurze Laufzeit gehabt habe und sich auch nur auf kleine Abnahmemengen bezogen habe.

125. Der Zusammenhang zwischen europäischem Kartellrecht und deutscher Wiedervereinigung beschäftigte das OLG Frankfurt (Beschluß vom 5.12.1991 – 6 U [Kart.] 109/91 – GrurInt. 1992, 461). Ein französischer Champagnerhersteller hatte vor der deutschen Wiedervereinigung mit je einem west- und einem ostdeutschen Unternehmen Alleinvertriebsverträge für das jeweilige Staatsgebiet abgeschlossen. Nach der Wiedervereinigung wollte nunmehr das ostdeutsche Unternehmen den Vertrieb dieses Champagners durch das westdeutsche Unternehmen in den neuen Bundesländern untersagen lassen. Das Gericht geht von dem Grundsatz aus, daß die Vereinbarung eines Exportverbots in einem Alleinvertriebsvertrag, welches zu einem absoluten Gebietsschutz führen würde, in aller Regel gegen Art. 85 Abs. 1 EWGV verstößt. Nachdem das Gebiet der ehemaligen DDR nunmehr ebenfalls zum Geltungsbereich des Art. 85 EWGV gehöre, könnten sich das ostdeutsche und das westdeutsche Unternehmen jetzt nicht mehr gegenseitig den Vertrieb von Waren in dem Vertragsgebiet des anderen Unternehmens untersagen. Vor diesem rechtlichen Hintergrund müsse der Vertrag dahin gehend interpretiert werden, daß die Vertragsparteien im Hinblick auf das sonst drohende Verbot nach Art. 85 Abs. 1 EWGV bewußt von der Vereinbarung eines Export- oder Weiterlieferungsverbots abgesehen hätten. Unter diesen Umständen bestehe auch für die Annahme einer entsprechenden stillschweigenden Vereinbarung oder einer vertraglichen Nebenpflicht gleichen Inhalts kein Raum.

126. Mit den Grenzen der Ausübung nationaler Fusionskontrolle im Verhältnis zur europäischen Fusionskontrolle beschäftigt sich ein Beschluß des Kammergerichts vom 28.6.1991 (Kart. 25/89 – nicht rechtskräftig – WuW 1992, 333). Das Kammergericht bestätigte die bisherige Rechtsprechung, daß Beschränkungen des Wettbewerbs von § 98 Abs. 2 GWB nur dann erfaßt werden, wenn sie sich im Geltungsbereich des Gesetzes auswirken¹⁴⁰. Die Regelungen der europäischen Fusionskontrolle, der in mehreren Mitgliedstaaten tätige Unternehmen unterliegen, geben keinen Anlaß, die Fusionskontrolle nach dem GWB über dessen räumlichen Geltungsbereich hinaus auszudehnen. Diese europäische Kontrolle erstreckte sich nur auf Zusammenschlüsse von Unternehmen, die be-

¹⁴⁰ BGH WuW 1973, 702f.; WuW 1979, 765f.

stimmte Größenkriterien erfüllen. Damit sei aber nicht implizit gesagt, daß sie es den Mitgliedstaaten überlasse, im übrigen die Kontrolle über die anderen in mehreren Staaten tätigen Unternehmen auszuüben. Die europäische Kontrolle erfasse lediglich Wettbewerbsbeschränkungen, die den Handel im gemeinsamen Markt beeinträchtigen. Im übrigen sei es dem europäischen Gesetzgeber verwehrt, eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs nationaler Wettbewerbsbeschränkungen anzuordnen.

6. Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 119 EWGV)

127. Durch ein Urteil vom 9.10.1991 (5 AZR 598/90 – FamRZ 1992, 429 [nur Ls.] = NJW 1992, 1125) hat das Bundesarbeitsgericht im Bereich der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ein Urteil des EuGH¹⁴¹ nachvollzogen. § 1 Abs. 3 Nr. 2 Lohnfortzahlungsgesetz enthielt bislang einen Ausschluß des Anspruchs auf Arbeitsentgelt bei Arbeitsunfähigkeit in einem Arbeitsverhältnis mit einer Arbeitszeit, die wöchentlich 10 Stunden oder monatlich 45 Stunden nicht überstieg. Hiergegen hatte sich eine Klägerin gewandt, welche 10 Stunden pro Woche in einem Krankenhaus beschäftigt war¹⁴². Der EuGH hatte in seinem Urteil ausgeführt, daß Art. 119 EWGV dahin gehend auszulegen sei, daß er einer nationalen Regelung entgegenstehe, welche es den Arbeitgebern gestatte, von der Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle diejenigen Arbeitnehmer auszunehmen, deren regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich 10 Stunden oder monatlich 45 Stunden nicht übersteigt, wenn diese Maßnahme wesentlich mehr Frauen als Männer treffe, es sei denn, daß die betreffende Regelung durch objektive Faktoren gerechtfertigt sei. Ausgehend von diesen Feststellungen geht das BAG davon aus, daß die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall Entgelt im Sinne des Art. 119 Abs. 1 EWGV ist. *De facto* betreffe der Ausschluß von der Lohnfortzahlung auch wesentlich mehr Frauen als Männer, so daß eine mittelbare Diskriminierung von Frauen vorliege. Der Ausschluß geringfügig beschäftigter Arbeitnehmer von der Lohnfortzahlung lasse sich auch nicht durch objektive Faktoren rechtfertigen¹⁴³.

¹⁴¹ Urteil vom 13.7.1989 (NJW 1989, 3087 = NZA 1990, 437).

¹⁴² Zur Entscheidung des Arbeitsgerichts Oldenburg vom 14.12.1989, welches zu dem o.g. Urteil des EuGH geführt hatte, vgl. Giegerich (Anm. 2), 451.

¹⁴³ Vgl. auch das in den wesentlichen Gründen identische Urteil des LG Köln vom 31.1.1991 (10 Sa 950/90 – BB 1991, 912).

7. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EWGV)

128. Das Bundesverfassungsgericht führte auch im Berichtszeitraum seine Rechtsprechung zur Vorlageverpflichtung deutscher Gerichte an den EuGH fort. Es bestätigte, daß der EuGH gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sei (Beschluß der 3. Kammer des 2. Senats vom 27.8.1991 – 2 BvR 276/90 – NJW 1992, 678 = EuZW 1992, 256 [nur Ls.] = NVwZ 1992, 360 [nur Ls.] = RIW 1991, 957)¹⁴⁴. Ein Verstoß gegen diese Norm liege jedoch nur dann vor, wenn das Gericht seine Vorlagepflicht grundsätzlich verkannt habe. Der Bundesgerichtshof habe sich in seinem Urteil vom 15.1.1990¹⁴⁵ an der maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH orientiert und sei in Übereinstimmung damit davon ausgegangen, daß es einer Vorlage nicht bedürfe, wenn der Inhalt der in Betracht kommenden gemeinschaftsrechtlichen Regelungen derart offenkundig sei, daß für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage kein Raum bleibe. Der BGH habe auch im Hinblick auf die vorliegende Äußerung des Abteilungsleiters XV der Kommission der Europäischen Gemeinschaften seine Vorlagepflicht nicht grundsätzlich verkannt. Insoweit habe es sich nicht um eine amtliche Stellungnahme der Kommission gehandelt, sondern lediglich um eine Meinungsäußerung gegenüber einer Privatperson. Nach alledem sei Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht verletzt¹⁴⁶.

129. Das bereits oben erwähnte Urteil des LG München 1 [111] nimmt auch zur Frage der Vorlageverpflichtung Stellung. Die Vorlagepflicht nach Art. 177 EWGV entfalle nicht schon deshalb, weil es sich um ein summarisches Verfahren handle. In einem solchen Verfahren entfalle die Verpflichtung nur dann, wenn die auszulegende Frage im Hauptsacheverfahren einer erneuten Prüfung bedürfe. Dies sei hier nicht der Fall, da sich die Problematik des Zusammenspiels von § 917 Abs. 2 ZPO und Art. 7 EWGV im Hauptsacheverfahren nicht mehr stelle. Da jedoch im konkreten Fall gegen die Entscheidung des LG die Möglichkeit eines Rechtsmittels gegeben sei, gelangt das LG zu dem Ergebnis, daß keine Vorlageverpflichtung bestanden hat.

130. Das LAG Berlin (Urteil vom 12.6.1991 – 12 Sa 19/91 – rechtskräftig – BB 1991, 2160) betont, daß auch dann, wenn die Revision nicht

¹⁴⁴ Unter Bezugnahme auf BVerfGE 73, 339 (366) = RIW 1987, 62.

¹⁴⁵ II ZR 164/88, BB 1990, 382; die Entscheidung beschäftigte sich mit der Vereinbarkeit der Rechtsprechung zur Behandlung verdeckter Einlagen mit den entsprechenden Normen des sekundären Gemeinschaftsrechts.

¹⁴⁶ Vgl. aber auch den Vorlagebeschluß des LG Hannover, RIW 1991, 346.

zugelassen werde, gleichwohl die Verpflichtung zur Vorlage an den EuGH ent falle, wenn an der Kompatibilität einer nationalen Regelung mit Gemeinschaftsrecht vernünftigerweise keine Zweifel bestehen¹⁴⁷.

XI. Stationierungsstreitkräfte

131. Die Klägerin arbeitete als Verkäuferin in einer Verkaufsstelle der amerikanischen Streitkräfte in Deutschland. Sie wurde während ihrer Arbeitstätigkeit mit verdeckten Videokameras überwacht. Daraufhin hatte sie ein Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland als Prozeßstandschafterin für die Stationierungsstreitkräfte auf Unterlassung angestrengt. Das BAG führt in einem Urteil vom 15.5.1991 (5 AZR 115/90 – MDR 1992, 271) aus, daß es nach Art. 56 Abs. 8 Satz 2 und 3 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut¹⁴⁸ ausgeschlossen sei, die Stationierungsstreitkräfte selbst zu verklagen. Nach Art. 25 des Gesetzes zum NATO-Truppenstatut sei im Urteil vielmehr auszusprechen, daß die Bundesrepublik Deutschland für den Entsendestaat zu leisten habe. Diese normative Vorgabe lasse sich allerdings auf Klageforderungen, die auf unvertretbare Leistungen und auf ein Unterlassen gerichtet sind, offensichtlich nicht anwenden. Die Bundesrepublik Deutschland als Prozeßstandschafterin müsse aber alles ihr mögliche zur Erfüllung des Anspruchs tun. Man könne von ihr jedenfalls verlangen, daß sie darauf hinwirke, daß die Streitkräfte es unterlassen, sich jederzeit ohne konkreten Hinweis vorzubehalten, den Arbeitnehmer durch versteckt aufgestellte Videokameras einer lückenlosen Überwachung auszusetzen. Insoweit müsse die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen ihrer Möglichkeiten mindestens zu klären versuchen, welche Maßnahmen die amerikanischen Streitkräfte in Zukunft ergreifen werden, um den Anforderungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gerecht zu werden.

132. Die Frage, inwieweit die Einschränkung der Mitbestimmungsrechte der Betriebsvertretung bei Einrichtungen der Stationierungsstreitkräfte einer gerichtlichen Kontrolle durch deutsche Gerichte unterliegen, war Gegenstand des Beschlusses des BAG vom 22.10.1991 (1 ABR 6/91 = BB 1992, 216). Nach Abs. 6 a des Unterzeichnungsprotokolls zu Art.

¹⁴⁷ *In concreto* ging es um die Frage, ob das Widerspruchsrecht eines Arbeitnehmers im Zusammenhang mit einem rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang, so wie es in § 613 a BGB vorgesehen ist, nicht gegen Art. 3 der Richtlinie 77/187 verstößt. Das LAG verneint einen Verstoß, da es sich insoweit um eine günstigere Regelung im Sinne von Art. 7 der o.g. Richtlinie handele.

¹⁴⁸ BGBl. 1961 II, 1183.

56 Abs. 9 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut kann der oberste Dienstherr aus zwingenden Gründen der Verteidigungsbereitschaft der Truppe das Mitbestimmungsrecht der Betriebsvertretung gänzlich ausschließen oder einschränken. In diesem Zusammenhang geht das BAG davon aus, daß die Frage, ob in der Tat zwingende Gründe der Verteidigungsbereitschaft der Truppe einem Mitbestimmungsrecht der Betriebsvertretung entgegenstehen, nicht der Kontrolle durch deutsche Gerichte unterliegt.

XII. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung

Im folgenden werden nur diejenigen Entscheidungen berichtet, welche grundsätzliche Ausführungen zur Rechtslage Deutschlands oder zu völkerrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung Deutschlands machen. Demgegenüber werden Entscheidungen, welche sich mit Einzelfragen des Einigungsvertrages oder ausschließlich mit Fragen innerstaatlichen Rechts beschäftigen, nicht dargestellt.

1. Rechtsstatus Berlins

133. Die Vier Mächte haben durch Art. 7 des Vertrages vom 12.9.1990 über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland¹⁴⁹ ihre Rechte und Verantwortlichkeiten in bezug auf Berlin und Deutschland als Ganzes beendet¹⁵⁰. Bereits zuvor hatten die Vier Mächte durch ihre "Erklärung zur Aussetzung der Wirksamkeit der Vier Mächte-Rechte und Verantwortlichkeiten" vom 1.10.1990 die Wirksamkeit ihrer Rechte und Verantwortlichkeiten in bezug auf Berlin und Deutschland als Ganzes mit Wirkung vom Zeitpunkt der Vereinigung Deutschlands bis zum Inkrafttreten des Vertrages ausgesetzt. Damit war der in Nr. 4 des Genehmigungsschreibens der Militärgouverneure zum Grundgesetz enthaltene Berlin-Vorbehalt, der auch die Ausübung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Berliner Sachen betraf, weggefallen. Gemäß § 1 des 6. Überleitungsgesetzes vom 25.9.1990¹⁵¹ war ferner Bundesrecht, welches in Berlin (West) bis dahin aufgrund alliierter Vorbehaltsrechte nicht in Kraft treten konnte, auf das Gebiet der Westsektoren Berlins

¹⁴⁹ BGBl. II, 1317.

¹⁵⁰ In Kraft seit 15.3.1991, BGBl. II, 587.

¹⁵¹ BGBl. I, 2106.

erstreckt worden¹⁵². Dies galt auch für die Regelungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes. Das Bundesverfassungsgericht (Beschluß der 2. Kammer des 2. Senats vom 12.7.1991 – 2 BvR 1463/90 – DVBl. 1991, 1139 = NVwZ 1992, 257 [nur Ls.] = BayVBl. 1991, 719) hatte sich nunmehr mit der Frage auseinanderzusetzen, ob durch diese Entwicklung auch eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung des LG Berlin möglich geworden war, welche bereits vor der Suspendierung und späteren Aufhebung des Berlinvorbehalts der Alliierten ergangen war. Das Bundesverfassungsgericht betont, daß seine Gerichtsbarkeit in "Berliner Sachen" stets nur vorläufig beschränkt gewesen sei¹⁵³. Für die Ausübung der Gerichtsbarkeit des Bundesverfassungsgerichts sei der Zeitpunkt maßgeblich, in dem seine Entscheidung ergehe, da erst sie einen Eingriff in die Berliner Landeshoheit begründe. Zum Zeitpunkt dieses Eingriffs stünden aber Rechte der Alliierten nicht mehr entgegen. Dementsprechend sei die Verfassungsbeschwerde zulässigerweise erhoben worden.

2. Deutsche Wiedervereinigung und Regelung der Eigentumsfrage

134. Das bereits oben [26] erwähnte Urteil des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23.4.1991 zur Frage der auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage durchgeführten Enteignungen führt aus, daß der sowjetischen Besatzungsmacht in der Zeit bis 1949 auf dem Gebiet der späteren DDR noch die oberste Hoheitsgewalt zugekommen war.

Im übrigen verbiete die Gemeinsame Erklärung der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Eigentumsfrage, die Enteignungen, welche in der Zeit von 1945–1949 auf dem Gebiet der späteren DDR vorgenommen worden sind, als nichtig zu behandeln und schließe es darüber hinaus aus, ihre Folgen durch eine Rückgabe der enteigneten Objekte umfassend zu bereinigen. Demgegenüber verbiete die Regelung aber nicht, einen vermögenswerten Ausgleich der erlittenen Beeinträchtigungen zu schaffen. Weiterhin läßt es die Entscheidung offen, ob die Betroffenen wegen dieser Enteignungen auf völkerrechtlicher Grundlage Ansprüche hätten geltend machen können. Jedenfalls könnten diese Enteignungen nicht dem Verantwortungsbereich der

¹⁵² Dazu G. Wilms, The Legal Status of Berlin after the Fall of the Wall and German Reunification, ZaöRV 1991, 470ff.

¹⁵³ Unter Bezugnahme auf BVerfGE 7, 1 (7), und 19, 377 (384f.).

dem Grundgesetz verpflichtenden Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland zugerechnet werden. Zwar habe sich die Bundesrepublik Deutschland seit jeher im Sinne der Präambel des Grundgesetzes für das ganze Deutschland verantwortlich gefühlt¹⁵⁴. Die Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland habe sich aber nicht nur tatsächlich, sondern auch staatsrechtlich auf das damalige Gebiet der Bundesrepublik beschränkt.

Darüber hinaus müsse die Bundesrepublik Deutschland nach Ansicht des Gerichts für Kriegsfolgeschäden nicht in gleicher Weise einstehen, wie wenn diese von den Staatsorganen der Bundesrepublik selbst verursacht worden wären. Der Bundesgesetzgeber habe bei der Regelung eines solchen Lastenausgleichs einen weiten Gestaltungsspielraum¹⁵⁵. Zumindest sei von Verfassungs wegen eine Wiedergutmachung durch Rückgabe der enteigneten Objekte nicht geboten. Die Regelung schließe es jedoch nicht aus, daß den Betroffenen auch die Möglichkeit eines Rückerwerbs ihres ehemaligen Eigentums eingeräumt werde.

Im übrigen werde der Ausschluß der Restitution dadurch gerechtfertigt, daß die DDR und die UdSSR auf der Einführung dieser Regelung bestanden hatten und die Bundesregierung nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen auf diese Bedingung eingehen mußte, um die Einheit Deutschlands zu erreichen. Die Sowjetunion habe insbesondere Wert darauf gelegt, daß die unter ihrer Oberhoheit als Besatzungsmacht durchgeführten Maßnahmen nicht nachträglich zur Disposition des seinerzeit besiegten Deutschlands gestellt würden. Jedoch hätten die Berichte über den Gang der Vertragsverhandlungen ergeben, daß eine bestimmte Regelung möglicher Ausgleichsleistungen weder von der DDR noch von der Sowjetunion verlangt worden sei.

Jedoch lasse sich dem Grundgesetz ein Gebot voller Entschädigung für die hier in Frage stehenden Enteignungen nicht entnehmen. Insoweit würden die für den Ausgleich von Kriegsfolgeschäden entwickelten Grundsätze entsprechend gelten¹⁵⁶. Dabei dürfe der Gesetzgeber sowohl das Gesamtvolumen der wiedergutzumachenden Schäden berücksichtigen als auch die Tatsache, daß in der fraglichen Zeit auch andere Grundrechte, wie etwa Leben, Gesundheit und Freiheit, beeinträchtigt worden sind. Daneben dürfe der Gesetzgeber bei der Bemessung von Wiedergutmachungsleistungen auch auf die Erfüllung der neuen Aufgaben, wie sie

¹⁵⁴ Unter Bezugnahme auf das Urteil zum Grundlagenvertrag BVerfGE 36, 1 (16).

¹⁵⁵ Vgl. BVerfGE 27, 253 (270, 283 ff.), und 41, 126 (150 ff.).

¹⁵⁶ Vgl. BVerfGE 38, 128 (133).

sich aus dem Wiederaufbau in den neuen Bundesländern ergeben, Rücksicht nehmen.

135. In einer Folgeentscheidung vom 24.6.1991 (1 BvR 915/91 – NJ 1991, 507) konkretisiert das Bundesverfassungsgericht das eben berichtete Urteil dahin gehend, daß die grundsätzliche Nichtrückgängigmachung von Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage auch Fälle von Willkür umfasse, ohne daß daraus eine verfassungsrechtliche Beanstandung der Regelung abgeleitet werden könne.

3. Sonstige Fragen

136. Der bereits oben erwähnte Beschluß des BGH vom 30.1.1991 [3] zur Strafbarkeit geheimdienstlicher Agententätigkeit gegen die Bundesrepublik Deutschland vom Gebiet der früheren DDR aus, macht auch grundsätzliche Aussagen zum Wiedervereinigungsprozeß. Mit der Beitrittserklärung sei die DDR Bestandteil der Bundesrepublik Deutschland geworden. Damit habe sie ihre bisherige Qualität im Sinne eines Staats- und Völkerrechtssubjekts verloren. Ihr gesamtes Staatsgebiet sei auf die Bundesrepublik Deutschland übergegangen. Die Identität der Bundesrepublik Deutschland als Staats- und Völkerrechtssubjekt habe demgegenüber Bestand gehabt. Damit liege ein Fall der Staatennachfolge vor.

Dem BGH ist es nicht ersichtlich, daß sich völkerrechtliche Regeln für das Innenverhältnis bei einer Staatennachfolge, was die Behandlung von Spionen auf dem Gebiet des beitretenden Staates anbelangt, herausgebildet haben. Selbst die beiden Konventionen über die Frage der Nachfolge in Verträge bzw. in Staatsvermögen, Staatsarchive und Staatsschulden würden keine Regelungen über Rechtspositionen Privater enthalten. Auch eine Regel des Völkergewohnheitsrechts in dem Sinne, daß in Fällen der auf freiwilliger Basis durchgeführten Staatennachfolge Spione des untergegangenen Staates vom verbleibenden Staat nicht mehr bestraft werden dürfen, habe sich nicht gebildet. Eine feststellbare Übung betreffe allenfalls das Außenverhältnis zwischen dem aufnehmenden und dem aufgenommenen Staat und Drittländern. Die Regelung des Innenverhältnisses sei stets bilateralen Verträgen zwischen den Beteiligten überlassen geblieben, deren Inhalt nicht zur Bildung von Völkergewohnheitsrecht geführt habe.

Auch eine allgemeine Regel des Friedensvölkerrechts, nach der Spione, welche auf dem Gebiet ihres Staates ergriffen werden, für den sie eine an sich völkerrechtsgebilligte Tätigkeit ausgeübt haben, nicht bestraft werden dürfen, bestehe nicht.

Angesichts dieser Situation ist es aus der Sicht des BGH nicht erforderlich, eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 2 GG über die Geltung von völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht hinsichtlich der Behandlung von Spionen bei einer Staatennachfolge einzuholen. Eine Vorlage sei nur dann geboten, wenn ernstzunehmende Zweifel an der Geltung und bejahendenfalls an der Tragweite einer allgemeinen Regelung des Völkerrechts bestehen würden. Dies sei aber vorliegend nicht der Fall¹⁵⁷.

137. Im Rahmen eines Kassationsverfahrens geht das LG Berlin in einem Beschluß vom 16.9.1991 (506 Kass. 273/91 – NJ 1991, 558 = NStZ 1992, 42) davon aus, daß gegen eine Bestrafung wegen Verstoßes gegen die Kontrollratsdirektive Nr. 38, der zufolge Propaganda für den Nationalsozialismus und Militarismus strafbar war, keine grundsätzlichen Bedenken bestehen.

138. Die Kollision ausländerrechtlicher Vorschriften der beiden deutschen Staaten im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung führte zu einer Entscheidung des VGH Mannheim vom 11.9.1991 (A 16 S 1239/91 – NVwZ-RR 1992, 380 = InfAuslR 1992, 39). Die Antragstellerin ist eine vietnamesische Staatsangehörige, welche von der ehemaligen DDR als Vertragsarbeitnehmerin angeworben worden war. Sie war im Besitz einer von den Behörden der früheren DDR ausgestellten und bis November 1994 gültigen Aufenthaltserlaubnis. Nach der Öffnung der innerdeutschen Grenze siedelte sie in die Bundesrepublik Deutschland über und stellte einen Asylantrag. Im vorliegenden Verfahren hatte sie beantragt, festzustellen, daß sie zumindest bis November 1994 im Besitz einer gültigen Aufenthaltserlaubnis sei. Ihrem Antrag wurde nicht stattgegeben.

Das Gericht führt insoweit aus, daß jede Ausreise ohne Wiedereinreisegenehmigung aus der früheren DDR nach § 6 Abs. 4 des AuslG der DDR vom 28.6.1979¹⁵⁸ zum Erlöschen der Aufenthaltsgenehmigung geführt habe. An dieser Rechtslage habe auch der Einigungsvertrag nichts geändert. Lediglich anstelle der Ausreise aus der DDR sei die Ausreise aus dem Bundesgebiet getreten. Mit dieser Maßgabe habe die Vorschrift bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des AuslG vom 9.7.1990¹⁵⁹ Geltung beansprucht.

An dieser rechtlichen Situation habe auch die Rechtslage Deutschlands

¹⁵⁷ Auch der 3. Senat des BGH schließt sich den Ausführungen in einem Beschluß vom 29.5.1991 an.

¹⁵⁸ GBl. DDR I, 149.

¹⁵⁹ BGBl. I, 1357.

nichts geändert. Zwar habe sich aus dem Grundgesetz ergeben, daß das Deutsche Reich über 1945 hinaus fortbestanden habe und daß die Bundesrepublik Deutschland mit diesem identisch sei¹⁶⁰, so daß die DDR im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland nicht als Ausland angesehen werden konnte. Aus dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe habe sich jedoch keine automatische Gültigkeit aller Rechtsvorschriften der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der ehemaligen DDR ergeben. Auch führe die Anwendung des § 6 Abs. 4 des AuslG der DDR nicht zu einer nachträglichen Anerkennung der DDR als Ausland und damit zu einem verfassungswidrigen Zustand. Insoweit habe die Regelung in dem hier maßgeblichen Punkt der Regelung des AuslG der Bundesrepublik Deutschland aus dem Jahre 1965 entsprochen. Auch dieses habe lediglich auf dem Territorium der alten Bundesländer Geltung beansprucht. Dies bedeute, daß auch die Aufenthaltsnahme eines aus der ehemaligen DDR eingereisten Ausländers der Erlaubnis bedurft habe. Zugleich habe auch nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland vor der Herstellung der deutschen Einheit die Ausreise aus dem Bundesgebiet zum Erlöschen der Aufenthaltserlaubnis geführt. Wenn aber die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung erkennbar nie in Zweifel gezogen worden sei, könne die entsprechende Regelung der DDR für ihr Gebiet nicht nachträglich ihrerseits als verfassungswidrig angesehen werden.

Auch könne § 6 Abs. 4 AuslG der DDR nicht verfassungskonform in der Weise ausgelegt werden, daß schon vor dem 3.10.1990 nur eine Ausreise aus dem Bundesgebiet zum Erlöschen der Aufenthaltsgenehmigung geführt haben könne. Das Bundesverfassungsgericht habe stets die in Art. 6 des Grundlagenvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR festgehaltenen Grundsätze der Beschränkung der Hoheitsgewalt beider deutscher Staaten auf das jeweilige Staatsgebiet und der Respektierung der Unabhängigkeit und Selbständigkeit in inneren und äußeren Angelegenheiten einschließlich der Hoheit zur Regelung ausländischer Fragen als mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen.

Schließlich könne die Vereinigung der beiden deutschen Staaten nicht als Genehmigung der Wiedereinreise im Sinne des § 6 Abs. 4 des AuslG der DDR angesehen werden, da eine solche bereits vor der Ausreise von den damals noch zuständigen Behörden der DDR hätte erteilt werden müssen.

139. Mit der Erstreckung von Urheberrechten nach der deutschen Wiedervereinigung beschäftigt sich eine Entscheidung des OLG Hamm vom

¹⁶⁰ Unter Bezug auf BVerfGE 36, 1 (16).

27.8.1991 (4 U 153/91 – IPRax 1992, 244). Der Antragsteller hatte im Jahr 1989 mit dem staatlichen Schallplattenbetrieb der ehemaligen DDR eine Vertriebsvereinbarung geschlossen, derzufolge ihm für die Bundesrepublik Deutschland ein ausschließliches Vertriebsrecht zugebilligt worden war. Demgegenüber hatte das Staatsunternehmen der DDR das Vertriebsrecht für das Gebiet der DDR behalten. Nach der deutschen Wiedervereinigung hatte der Antragsgegner von diesem Unternehmen das Recht auf Verbreitung der Schallplatten unter anderem in Deutschland erworben. Hierin sieht der Antragsteller – und er wird darin von der Entscheidung des OLG Hamm bestätigt – eine Verletzung seines Urheberrechts. Das OLG Hamm geht davon aus, daß dem Antragsteller ein Unterlassungsanspruch aus § 97 Urhebergesetz zusteht. Der Antragsteller habe durch den Vertragsabschluß ein Urheberrecht für sein Vertragsgebiet, die Bundesrepublik Deutschland, erworben. Eine solche Aufteilung des Verbreitungsrechts zwischen der damaligen Bundesrepublik Deutschland auf der einen und der DDR auf der anderen Seite sei auch allgemein als zulässig angesehen worden. Diese Aufspaltung der Verbreitungsgebiete sei auch nicht durch die Wiedervereinigung unwirksam geworden. Zwar existiere die DDR nach dem Beitritt zur Bundesrepublik Deutschland nicht mehr als selbständiges Staats- und Rechtsgebiet, wohl aber als tatsächliches Vertriebsgebiet. Die Aufteilung der Verbreitungsgebiete sei auch nach wie vor wirtschaftlich sinnvoll. Dies führe dazu, daß die Aufspaltung der Verbreitungsgebiete fortbestehe. Im übrigen sei auch bisher davon ausgegangen worden, daß vereinbarte territoriale Beschränkungen von Nutzungsrechten bei Gebietsveränderungen fortbestünden¹⁶¹.

(Abgeschlossen am 22. Februar 1993)

¹⁶¹ Unter Hinweis auf die Entscheidungen RGZ 42, 301 (304), und RGZ 49, 174 (178) betreffend die Einverleibung von Elsaß-Lothringen durch das Deutsche Reich im Jahre 1871.