

Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1993

*Christiane E. Philipp**

Übersicht

(for an English version of this Survey see p. 820)

I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht (1–2)

II. Völkerrechtliche Verträge (3–4)

III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität (5–9)

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

* Dr. iur., wissenschaftliche Referentin am Institut.

Abkürzungen: ABl. = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; AEMR = Allgemeine Erklärung der Menschenrechte; a.F. = alte Fassung; AG = Amtsgericht; AO = Abgabenordnung; AsylVfG = Asylverfahrensgesetz; AuslG = Ausländergesetz; AVR = Archiv des Völkerrechts; BAföG = Bundesausbildungsförderungsgesetz; BAG = Bundesarbeitsgericht; BayVBl. = Bayerische Verwaltungsblätter; BayVerfGH(E) = Bayerischer Verfassungsgerichtshof (Entscheidungen); BB = Betriebsberater; BFHE = Entscheidungen des Bundesfinanzhofs; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH(St) = Bundesgerichtshof (Entscheidungen in Strafsachen); BSG(E) = Bundessozialgericht (Entscheidungen); BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); BWVPr. = Baden-Württembergische Verwaltungspraxis; DBA = Doppelbesteuerungsabkommen; DJ = Die Justiz; DÖV = Die öffentliche Verwaltung; DStR = Deutsches Steuerrecht; DtZ = Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; EA = Europa-Archiv; EFG = Entscheidungen der Finanzgerichte; EG = Europäische Gemeinschaften; EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; ENA = Europäisches Niederlassungsabkommen; ESC = Europäische Sozialcharta; EStG = Einkommensteuergesetz; ESVGH = Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; EuGVÜ = Europäisches Gerichtsstand- und Vollstreckungsübereinkommen; EuR = Europarecht; EWG = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; EuZW = Europäische Zeitschrift für Wirtschafts-

IV. Staatsangehörigkeit (10–16)

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

V. Fremdenrecht (17–25)

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

VI. Asylrecht (26–44)

1. Politische Verfolgung: a) Begriff; b) Gruppenverfolgung; c) Religiöses Existenzminimum – 2. Nachfluchtgründe – 3. Inländische Fluchtalternative – 4. Drittstaaten-Regelung – 5. Familienangehörige von Asylberechtigten

*VII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe (45–50)**VIII. Internationaler Menschenrechtsschutz (51–63)*

1. Europäische Menschenrechtskonvention: a) Art. 4; b) Art. 5 Abs. 4 und 5; c) Art. 6 Abs. 1; d) Art. 6 Abs. 3 Buchst. a; e) Art. 6 Abs. 3 Buchst. c; f) Art. 6 Abs. 3 Buchst. d; g) Art. 6 Abs. 3 Buchst. e; h.) Art. 8 – 2. Internationales Übereinkommen zur Beseitigung aller Formen von rassistischer Diskriminierung – 3. Konvention über die Rechte des Kindes.

recht; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; GG = Grundgesetz; GK = Genfer Konvention über die Rechtstellung der Flüchtlinge; GVG = Gerichtsverfassungsgesetz; GRUR Int = gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht; HFR = Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung; HKiEntÜ = Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; IPBPR = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; IPRax = Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; i.V.m. = in Verbindung mit; JR = Juristische Rundschau; JZ = Juristen Zeitung; LAG = Landesarbeitsgericht; LG = Landgericht; LKV = Landes- und Kommunalverwaltung; Ls. = Leitsatz; MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht; NJ = Neue Justiz; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; n.r. = nicht rechtskräftig; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; NuR = Natur und Recht; NVwZ(-RR) = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (-Rechtsprechungsreport); NZA = Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht; 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 = Das Standesamt; StGB = Strafgesetzbuch; StPO = Strafprozeßordnung; StrVert = Strafverteidiger; UNHCR = Hoher Kommissar der Vereinten Nationen für Flüchtlinge; UNKRÜ = Übereinkommen über die Rechte des Kindes; UNTS = United Nations Treaty Series; UPR = Umwelt- und Planungsrecht; VBlBW = Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg; VG = Verwaltungsrecht; VGH = Verwaltungsgerichtshof; VWGO = Verwaltungsgerichtsordnung; VWVfG = Verwaltungsverfahrensgesetz; Warsch Abk. = Warschauer Abkommen; Wistra = Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht; WM = Wertpapier-Mitteilungen; WÜD = Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen; WuW = Wirtschaft und Wettbewerb; WVK = Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge; ZAR = Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik; ZPO = Zivilprozeßordnung.

IX. Europäische Gemeinschaften (64–87)

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht – 2. Diskriminierungsverbot – 3. Freier Warenverkehr – 4. Freizügigkeit – 5. Landwirtschaft – 6. Wettbewerbsrecht/Kartellrecht – 7. Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 119 EWG Vertrag) – 8. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EWG-Vertrag) – 9. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften-Türkei.

*X. Stationierungsstreitkräfte (88–91)**XI. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und Deutsche Wiedervereinigung (92–95)**1. Deutschlands Rechtslage nach 1945 – 2. Deutsche Wiedervereinigung**XII. Auswirkung von Sicherheitsratsentscheidungen nach Kapitel VII der VN-Charta (96–98)**XIII. Internationales Wirtschafts-, Arbeits-, Wettbewerbsrecht (99–100)**XIV. Doppelbesteuerungsabkommen (101)*

Survey

*I. International Law and Municipal Law (1–2)**II. Treaties (3–4)**III. Effects and Limits of State Sovereignty (5–9)*

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

IV. Nationality (10–16)

1. Acquisition of nationality – 2. Multiple nationality – 3. Statelessness

V. Legal Status of Aliens (17–25)

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

VI. Asylum (26–44)

1. Political persecution: a) Notion; b) Persecution of groups; c) Religious minimum standard – 2. *Réfugiés sur place* – 3. Protection found elsewhere in the state of persecution – 4. Protection by other states – 5. Family members of refugees

*VII. Extradition and other Forms of International Legal Cooperation (45–50)**VIII. International Protection of Human Rights (51–63)*

1. European Convention on Human Rights: a) Art. 4 ECHR; b) Art. 5 Para. 4, and 5 ECHR; c) Art. 6 Para. 1 ECHR; d) Art. 6 Para. 3 *lit.* a ECHR; e) Art. 6 Para. 3 *lit.* c ECHR; f) Art. 6 Para. 3 *lit.* d ECHR; g) Art. 6 Para. 3 *lit.* e ECHR; h) Art. 8 ECHR – 2. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – 3. Convention on the Rights of the Child

IX. European Communities (64–87)

1. Community law and municipal law – 2. Prohibition of Discrimination – 3. Free movements of goods – 4. Free movements of persons – 5. Agriculture – 6. Competition/Antitrust Law – 7. Equality of men and woman (Art. 119 EEC Treaty) – 8. Reference procedure (Art. 177 EEC Treaty) – 9. Association Agreement

*X. Allied Armed Forces Stationed in Germany (88–91)**XI. Legal Status of Germany after 1945 and German Reunification (92–95)**XII. Effects of Security Council Resolutions (96–98)**XIII. International Commercial-, Labour-, Competition Law (99–100)**XIV. Double Taxation Agreements (101)**Vorbemerkung*

Der nachfolgende Bericht¹ über die Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen knüpft an die Darstellung für das Jahr 1992 an.

Auch in diesem Jahr konnte die Rechtsprechung zu einzelnen Verträgen nur insoweit einbezogen werden, als sie zugleich Fragen des allgemeinen Völkerrechtes oder die Anwendung westeuropäischer Verträge (EMRK; Verträge zur Gründung der Eur. Gemeinschaften usw.) betrifft.

Eine Beschränkung der Anzahl der referierten Urteile bzw. Beschlüsse war unerlässlich, insbesondere im Bereich des Fremden- und Asylrechts. Eine Auswahl erfolgte, wie bislang üblich, am Maßstab der über den Einzelfall hinausgehenden, grundlegenden Bedeutung einer Entscheidung.

Hervorzuheben sind das Urteil des BVerfG zum Vertrag von Maastricht [64] einerseits sowie die Urteile des BVerfG im Hinblick auf die Teilnahme deutscher Soldaten an Aufklärungsflügen über Bosnien Herzegowina [96] und die Beteiligung der Bundeswehr am UNO-Einsatz in Somalia [97] andererseits.

Soweit über eine Entscheidung unter verschiedenen systematischen Gliederungspunkten berichtet wird, machen Querverweise in Form von eckig eingeklammerten Nummern die jeweils andere Stelle kenntlich.

I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht

1. Der BGH beschäftigte sich in seinem Beschluß vom 27.10.1993 (2 ARs 164/93, Bay.VBl. 1994, 121 ff.) mit dem Gerichtsstand für Kriegsverbrechen im Bosnien-Konflikt. Hintergrund des Beschlusses war ein Schreiben des bayerischen Staatsministers für Arbeit, Familie und Sozialordnung vom Mai 1993. Mit diesem Schreiben hatte der Minister unter Hinweis darauf, daß er beim Generalbundesanwalt Strafanzeige wegen Völkermordes (§ 220a StGB) "gegen die Kriegsverbrecher im Bosnien-

¹ Der Bericht wurde im Mai 1995 abgeschlossen. Siehe zu den vorangegangenen Rechtsprechungsberichten P. Rädler, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992, ZaöRV 54 (1994), 475 Anm. 3 m.w.N.

Konflikt" erstattet habe und bestimmte Kriegsverbrechen wie Massenvergewaltigung "über § 6 Nr. 9 StGB in Verbindung mit Art. 50 Genfer Konvention I" im Inland verfolgt werden könnten, beantragt, gemäß § 13a StPO² ein zuständiges Gericht zu bestimmen.

Der Bundesgerichtshof entsprach dem Antrag nicht, mit folgender Begründung: Der Antragsteller habe sich in seinem Antragschreiben vom Mai 1993 darauf beschränkt, einen Gesamtkomplex ("Kriegsverbrechen im Bosnien-Konflikt") zu benennen, der eine Vielzahl lediglich allgemein nach der Art des Verbrechens umschriebener Taten umfasse. Ein solcher Gesamtkomplex sei einer Gerichtsstandsbestimmung nicht zugänglich. Ein Gerichtsstand könne nur für einzelne Taten bestimmt werden. Auch die Strafanzeige, auf die das Antragschreiben Bezug nehme, biete keine geeignete Grundlage für die beantragte Gerichtsstandsbestimmung. Es liege außerhalb der rechtlichen Pflichten und tatsächlichen Möglichkeiten des Bundesgerichtshofes, durch eigene Vorermittlungen (Materialsammlung, Sichtung, Aufbereitung und Ordnung) nach Art einer zentralen Ermittlungsstelle einen Gesamtkomplex von Straftaten in konkret individualisierbare Einzeltaten aufzulösen, um damit erst die Grundlage für eine Gerichtsstandsbestimmung zu gewinnen.

2. Gegenstand des Beschlusses des Landgerichtes Essen vom 28.1.1993 (7 T 522/92 = FamRZ 1994, 399 ff.) war das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (UNKRÜ)³. Der Vater eines nichtehelichen Kindes hatte behauptet, gemäß Art. 9 Abs. 3 UNKRÜ habe ein Kind das Recht auf regelmäßigen Kontakt zu beiden Elternteilen. Gem. Art. 25 Abs. II der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte⁴ genössen alle Kinder, eheliche und nichteheliche, den gleichen Schutz. Gemäß Art. 16 der Konvention über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau⁵ genössen Männer und Frauen gleiche Rechte und Pflichten als Eltern, ungeachtet ihres Familienstandes, in allen ihre Kinder betreffenden Fragen. Indem das Amtsgericht mit Beschluß vom 2.7.1992 seinen Antrag auf Einräumung eines Umgangsrechtes mit der Begründung zurückgewiesen habe, alleiniger Maßstab für die Einräumung eines Umgangsrechtes sei das Wohl des Kindes und nach dem Inhalt des § 1711 Abs. 2 BGB bestehe ein Umgangsrecht des nichtehelichen Vaters nur bei Vorliegen be-

² Gemäß § 13a StPO bestimmt der Bundesgerichtshof das zuständige Gericht, wenn es im Geltungsbereich der Strafprozeßordnung an einem zuständigen Gericht fehlt oder dies nicht ermittelt ist.

³ Abgedruckt in ILM 28 (1989), 1457.

⁴ GA res. 217 A (III) vom 10.12.1948.

⁵ BGBl. 1985 II, 647.

stimmter Tatsachen, habe das Amtsgericht bei der Auslegung des § 1711 BGB völkerrechtliche Vorgaben verletzt.

Das Landgericht erklärte die Beschwerde für zulässig, aber unbegründet. Die UN-Kinderrechtskonvention sei auf den vorliegenden Fall schon dem Inhalt nach nicht anwendbar. Die Konvention befasse sich nicht mit der familien- und erbrechtlichen Stellung des nichtehelichen Kindes. Dem stehe der Wortlaut der Konvention, der nicht ausdrücklich zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern unterscheide, nicht entgegen. Auch Art. 2 UNKRÜ, wonach die Vertragsstaaten die in dem Übereinkommen festgestellten Rechte unabhängig von der Geburt des Kindes zu achten haben, lasse nicht den Schluß zu, daß auch Regelungen in bezug auf die familienrechtliche Stellung nichtehelicher Kinder getroffen werden sollten. Schon die Entstehungsgeschichte der UN Kinderrechtskonvention ergebe, daß diese auf Fälle der vorliegenden Art nicht anwendbar sei. Gemäß Ziff. 2 der Erklärung, die die Bundesrepublik Deutschland bei der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde abgegeben habe, habe die Bundesregierung darüber hinaus klargestellt, daß aus Art. 18 Abs. 1 des Übereinkommens nicht abgeleitet werden könne, daß das elterliche Sorgerecht auch bei Kindern, deren Eltern keine Ehe eingegangen seien, automatisch und ohne Berücksichtigung des Kindeswohles im Einzelfall beiden Eltern zustehe. Im Rahmen der Möglichkeit, Vorbehalte gemäß Art. 51 des Übereinkommens zu erklären, habe die Bundesregierung für die Bundesrepublik Deutschland erklärt, daß die Bestimmungen des Übereinkommens die Vorschriften des innerstaatlichen Rechtes über die familien- und erbrechtlichen Verhältnisse nichtehelicher Kinder nicht berührten. Auch die anderen von dem Beschwerdeführer zitierten völkerrechtlichen Bestimmungen gingen von der Nichtgleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Familien- und Erbrecht aus. Keinesfalls werde durch sie § 1711 Abs. 1 Satz 1 BGB aufgehoben oder eingeschränkt.

II. Völkerrechtliche Verträge

3. Das OLG Düsseldorf äußerte sich in seinem Beschluß vom 14.7.1993 (4 UF 66/93 = FamRZ 1994, 181 ff.) zur Frage des widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens von Kindern nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKiEntÜ) vom 25.10.1980, welches in Deutschland am 1.12.1990 in Kraft getreten ist⁶. Eine mit einem kanadischen Staatsbürger

⁶ BGBl. 1990 II, 207.

verheiratete Deutsche hatte die zwei gemeinsamen Kinder aus dieser Ehe 1993 zu einem Urlaub nach Deutschland gebracht und war ohne die Kinder nach Kanada zurückgekehrt, um dem Vater zu erklären, daß sie die Ehe für gescheitert halte und eine Vereinbarung im Hinblick auf Trennung und Scheidung zu treffen sei. Die Aufforderung des Vaters, mit den Kindern nach Kanada zurückzukommen, hatte sie abgelehnt. Daraufhin hatte der Vater beim kanadischen Gericht eine Entscheidung erwirkt, durch die ihm das vorläufige Sorgerecht für die Kinder übertragen wurde. Sein auf das Haager Übereinkommen, das auch von Kanada ratifiziert worden ist, gestütztes Rückgabebegehren bezüglich der Kinder hatte das Amtsgericht abgelehnt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Vaters gemäß § 8 Abs. 2 des Gesetzes zur Ausführung des HKiEntÜ und des europäischen Übereinkommens vom 20.5.1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses (Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetz, SorgÜAG vom 5.4.1990⁷) erklärte das Oberlandesgericht für zulässig, jedoch in der Sache für unbegründet. Es könne nicht festgestellt werden, daß die Mutter die Kinder widerrechtlich im Sinne des Art. 3 *lit.* a und b des Übereinkommens von Kanada nach Deutschland verbracht ("entführt") habe oder hier zurückhalte. Sinn und Zweck des Haager Übereinkommens sei es nicht, die formale Rechtsposition (das Sorgerecht) eines Elternteils, sondern vielmehr das Recht der Kinder auf Beachtung ihres Lebensgleichgewichtes zu schützen. Insbesondere sei dafür zu sorgen, daß ihre emotionalen, sozialen und anderen Bedingungen, unter denen sich ihr Leben abspiele, tatsächlich nicht beeinträchtigt würden, es sei denn, die Stabilität einer neuen Situation würde aus rechtlichen Gründen gewährleistet. Die Nichtherausgabe der Kinder durch die Mutter werde schließlich nicht dadurch zu einem widerrechtlichen Zurückhalten im Sinne des Art. 3 des Haager Übereinkommens, daß sie die Kinder nach einer einstweiligen Anordnung des kanadischen Gerichtes an den Vater nicht herausgegeben habe, obwohl diesem das vorläufige Sorgerecht übertragen worden sei. Nach Sinn und Zweck des Haager Übereinkommens sei vielmehr auf den Zeitpunkt des "Verbringens" der Kinder an einen anderen Ort abzustellen. Sofern dieses Verbringen, wie hier, keine Entführung im Sinne des Übereinkommens darstelle, könne dessen Widerrechtlichkeit nicht durch eine spätere gerichtliche Entscheidung bewirkt werden. Gegenstand des Übereinkommens sei es, Situationen zu begegnen, die sich aus der Anwendung von Gewalt erge-

⁷ BGBl. 1990 I, 701.

ben, um künstliche internationale Zuständigkeitsverbindungen mit der Absicht zu schaffen, das Sorgerecht für ein Kind zu erhalten. Unter den Tatbestand des Zurückhaltens fielen deshalb solche Fälle, in denen sich das Kind zunächst rechtmäßig bei einer nichtsorgeberechtigten Person in einem anderen Vertragsstaat befinde und infolge einer Veränderung der Situation, zum Beispiel durch das zeitliche Ende eines im Rahmen eines Umgangsrechtes erfolgten Besuches, herauszugeben oder zurückzubringen sei. Weigere sich die Person, bei der sich das Kind befindet, dieses Kind zum maßgeblichen Zeitpunkt herauszugeben oder zurückzubringen, so liege in diesem, hier nicht gegebenen Fall ein Zurückhalten im Sinne des Haager Übereinkommens vor. Vgl. zu ähnlicher Problematik auch Beschluß des OLG Bamberg vom 9.2.1993 (2 UF 10/93 = FamRZ 1994, 182 ff.), Beschluß des OLG Koblenz vom 27.5.1993 (11 UF 160/93 = FamRZ 1994, 183 f.) sowie Beschluß des Amtsgerichtes Darmstadt vom 22.7.1993 (53 F 925/93 = FamRZ 1994 Heft 3, 184 ff.).

4. In seinem nicht veröffentlichten Beschluß vom 8.9.1993 nahm das Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerden (2 BvR 2121/92, 2 BvR 2122/92, 2 BvR 2123/92, 2 BvR 2125/92, 2 BvR 2126/92, 2 BvR 2128/92, 2 BvR 2129/92, 2 BvR 2130/92, 2 BvR 2131/92, 2 BvR 2132/92, 2 BvR 2133/92) gegen a) das Gesetz zu dem Vertrag vom 17.6.1991 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen über gute Nachbarschaft und freundschaftliche Zusammenarbeit vom 16.12.1991⁸ in Verbindung mit dem Gesetz zu dem Vertrag vom 14.11.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen über die Bestätigung der zwischen ihnen bestehenden Grenze vom 16.12.1991⁹, sowie b) gegen die Unterlassung der Bundesrepublik Deutschland, ihre den Beschwerdeführern gegenüber bestehende Schutzpflicht auszuüben, nicht zur Entscheidung an.

Die Beschwerdeführer seien durch Handlung oder Unterlassung von Organen der Bundesrepublik Deutschland in Zusammenhang mit dem Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen über gute Nachbarschaft und freundschaftliche Zusammenarbeit vom 17.6.1991 nicht in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt, führte das Gericht aus.

Der deutsch-polnische Nachbarschafts- und Freundschaftsvertrag beeinträchtige die Beschwerdeführer nicht in ihrem Eigentumsgrundrecht. Ungeachtet der ersten Erwägung seiner Präambel, wonach der Vertrag

⁸ BGBl. 1991 II, 1314.

⁹ BGBl. 1991 II, 1328.

dazu dienen sollte, die leidvollen Kapitel der Vergangenheit abzuschließen, treffe er selbst keinerlei Regelungen in bezug auf das Eigentum von aus den ehemaligen deutschen Ostgebieten vertriebenen oder geflohenen Personen und ihrer Erben. Im Hinblick auf die beide Vertragsparteien bindende Regelung in Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Buchst. a des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23.5.1969¹⁰ könne eine gegenteilige Auslegung des Vertrages ausgeschlossen werden. Angesichts der oft genug bestätigten Rechtsauffassung der Bundesregierung zu diesen Eigentumsfragen, die der polnischen Seite seit langem bekannt und während der Vertragsverhandlungen aufrechterhalten worden seien, bestünde auch keine Verwirkungsgefahr.

Eine Grundrechtsverletzung liege ebenso wenig darin, daß die Bundesrepublik Deutschland die von den Beschwerdeführern behaupteten Rechtspositionen gegenüber der Republik Polen nicht vertraglich oder in sonstiger Weise gesichert habe (vgl. dazu den Kammerbeschluß vom 5.6.1992 – 2 BvR 1613/91, siehe dazu P. Rädler, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992, ZaöRV 54 [1994], 476 ff.).

Schließlich seien die Beschwerdeführer auch nicht dadurch in ihren Grundrechten verletzt, daß der deutsche Gesetzgeber keine Entschädigungsregelung zu ihren Gunsten getroffen habe. Soweit die Beschwerdeführer eine entschädigungspflichtige Aufopferung für das gemeine Wohl darin sehen würden, daß die Bundesregierung Rechte, die sie gegenüber der Republik Polen geltend mache, aus vorrangig erscheinenden außenpolitischen Gründen nicht durchsetze, könne ihnen aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht gefolgt werden. Die Bundesrepublik Deutschland schulde kraft Verfassungsrecht keine Entschädigung für die Unterlassung diplomatischer Vorstöße, die nach der vertretbaren außenpolitischen Einschätzung der Bundesregierung erfolglos bleiben müßten.

III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität

1. Grenzen der Ausübung eigener Staatsgewalt

5. Im Anschluß an das Urteil des Bundesgerichtshofes im sogenannten *1. Mauerschützen-Urteil* vom 3.11.1992¹¹ mußte sich der Bundesgerichts-

¹⁰ BGBl. 1985 II, 926.

¹¹ Vgl. hierzu P. Rädler, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992, ZaöRV 54 (1994), 489 ff.

hof in seinem Urteil vom 25.3.1993 (5 StR 418/92 = NJW 1993, 1932 ff.) erneut mit der Beurteilung vorsätzlicher Tötungshandlungen von Grenzsoldaten der DDR an der Berliner Mauer befaßt. In diesem sogenannten 2. *Mauerschützen*-Urteil hielt der BGH an seiner bisherigen Rechtsprechung fest.

6. In seinem Urteil vom 26.8.1993 (4 StR 399/93 = MDR 1994, 79 ff. = NStZ 94, 233 ff.) befand der BGH über die Strafrechtsgeltung für vor dem Beitritt der DDR Übergesiedelte. Unbestritten sei, so das Gericht, daß gemäß Art. 8 des Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (BGBl 1990 II, 889), von wenigen Ausnahmen abgesehen, im gesamten Beitrittsgebiet das Recht der Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sei. Hieraus folge, daß das Recht der Bundesrepublik Deutschland den gesamten Regelungsbereich des DDR-Rechtes, einschließlich der in der DDR vor dem Beitritt entstandenen Ansprüche auf die Verfolgung strafbarer Handlungen, "in sich aufgenommen" habe. Damit stehe jedoch noch nicht fest, in welcher Weise die Verfolgung von "Alttaten" im Einzelfall zu erfolgen habe, insbesondere, ob insoweit das materielle Strafrecht der DDR oder das der Bundesrepublik Deutschland zur Anwendung komme. Das Gericht ging davon aus, daß sich aus der völkerrechtlichen Beurteilung der durch den Beitritt entstandenen "Rechtsnachfolge" entgegen der in der Literatur vertretenen Auffassung keine Rückschlüsse ziehen ließen. Die hier einschlägige Kollisionsnorm sei Art. 315 EGStGB. Aus der Verweisung von Art. 315 Abs. 1 EGStGB auf § 2 StGB ergebe sich, daß auf "Alttaten" grundsätzlich das zur Tatzeit geltende Recht der DDR zur Anwendung gelangen solle, es sei denn, das Recht der Bundesrepublik Deutschland ließe eine mildere Beurteilung zu (§ 2 Abs. 3 StGB). Eine Einschränkung erfahre diese allgemeine Regelung jedoch durch Art. 315 Abs. 4 EGStGB, wonach Abs. 1 keine Anwendung finde, soweit für die Tat das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland schon vor Wirksamwerden des Beitrittes gegolten habe.

Letzteres treffe nach § 7 Abs. 2 Ziff. 1, 2. Alternative StGB auf Bürger der DDR zu, die nach der Tat Deutsche im Sinne des § 7 Abs. 2 StGB geworden seien. Freilich gelte die "Neubürgerregelung" nicht für Bürger der DDR, die erst mit dem Beitritt Bürger der Bundesrepublik Deutschland geworden seien. Mit der in Art. 315 Abs. 1–4 EGStGB geschaffenen Übergangsregelung hätten die vertragschließenden Staaten ersichtlich eine mit dem Beitritt eintretende Verschlechterung der bis zu diesem Zeitpunkt bestehenden Rechtspositionen der Bürger der DDR verhindern

wollen. Es habe hingegen kein Anlaß bestanden, Personen, die diese Rechtsposition schon vorher durch eine auf eigenverantwortlicher Willensentschließung beruhende Übersiedlung aufgegeben hätten, sich also freiwillig der Hoheitsgewalt der Bundesrepublik Deutschland unterworfen hätten, in diesen Schutz mit einzubeziehen. Die Nichtanwendung des in § 2 Abs. 3 StGB festgelegten Meistbegünstigungsgebots auf Personen, die vor dem Beitritt der DDR Bundesbürger geworden seien, stelle somit keine ungerechtfertigte Schlechterstellung dieses Personenkreises dar. Auch wenn das Strafrecht der DDR für die von dem Angeklagten begangene Tat die milderen Rechtsfolgen vorsehe, sei dementsprechend der Angeklagte gemäß Art. 315 Abs. 4 EGStGB i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alternative StGB auch für die in der DDR begangene Tat nach dem Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland zu verurteilen.

7. Gegenstand des Urteils des Bundesgerichtshofes vom 13.12.1993 (5 StR 76/93 = NJ 1994, 130 ff.) war die Frage einer Rechtsbeugung durch DDR-Richter. Auch Richter der ehemaligen DDR könnten in der Bundesrepublik Deutschland wegen Rechtsbeugung verfolgt werden, entschied das Gericht, da an die Stelle der Vorschrift des § 244 StGB-DDR mit dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages die Strafbestimmung des § 336 StGB getreten sei. Die Strafbarkeit des Richters setze demnach voraus, daß dieser sich nach § 244 StGB-DDR strafbar gemacht habe und daß sein Verhalten auch nach § 336 StGB strafbar sei. § 244 StGB-DDR verlangte, daß der Richter "gesetzwidrig zugunsten oder zuungunsten eines Beteiligten" entschieden habe. Prüfungsmaßstab für die Frage der Gesetzwidrigkeit, so das Gericht, sei das Recht der DDR. Dennoch komme eine Strafbarkeit des Angeklagten nach § 244 StGB-DDR dann nicht in Betracht, wenn das Verhalten von Richtern der DDR-Justiz mit Rücksicht auf die Art des tatbestandlich umschriebenen Unrechtes überhaupt nicht den Tatbestand des § 336 StGB erfüllen könnte. Während nämlich § 336 StGB die Rechtsbeugung von unabhängigen, nur dem Gesetz unterworfenen Richtern (Art. 97 GG) unter Strafe stelle, habe § 244 StGB-DDR nach dem vom Ministerium der Justiz und der Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR herausgegebenen Kommentar zum StGB-DDR, "der Gewährleistung des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetz ... sowie der Sicherung einer in allen Fragen gerechten und gesetzlichen Rechtsprechung" dienen sollen. In der DDR habe es keine Gewaltenteilung gegeben. Zu den Aufgaben der Rechtspflege gehörte nach Art. 90 der DDR-Verfassung die "Entwicklung der Deutschen Demokratischen Republik und ihrer Staats- und Gesellschaftsordnung". Unter diesen Umständen entspreche es dem Staats- und Verfassungssystem der ehe-

maligen DDR, daß der Richter, obwohl er nach der DDR-Verfassung (Art. 96 Abs. 1) bei seiner Rechtsprechung unabhängig und nur an die Verfassung, die Gesetze und die anderen Rechtsvorschriften gebunden war, tatsächlich mannigfachen äußeren Einflüssen unterlegen gewesen sei. Schließlich sei das Maß der persönlichen Unabhängigkeit bei den Richtern der DDR gering gewesen. Trotz dieser tiefgreifenden Unterschiede seien die mit dem Rechtsbeugungstatbestand geschützten Rechtsgüter in der Bundesrepublik Deutschland und in der DDR jedoch nicht derartig ungleich gewesen, daß eine Anwendung des § 336 StGB gänzlich auszuscheiden hätte.

Bei dieser Beurteilung habe der Senat sich jedoch nicht von den mit der Rechtsprechung verfolgten Staatszwecken leiten lassen, sondern davon, daß die Rechtsprechung unabhängig von diesem politischen Bezug auch dazu diene, ein geordnetes Zusammenleben der Menschen zu regeln. Selbst wenn Gerichte *de facto* nicht unabhängig seien, so könnten sie doch Streitigkeiten entscheiden, befriedend und ahndend wirken, wenn nur in bezug auf den jeweiligen Konflikt Neutralität gegenüber den Beteiligten und das Bemühen, ihnen gerecht zu werden, vorausgesetzt werden könnten. Stehe hiernach das durch den Einigungsvertrag bestimmte Rechtsanwendungsrecht (Art. 315 Abs. 1 EGStGB in der Fassung des Einigungsvertrages i.V.m. § 2 Abs. 1 und 3 StGB) der Anwendung des Rechtsbeugungstatbestandes nicht entgegen, so sei doch einschränkend folgendes zu berücksichtigen: Schon bei der Prüfung, ob sich ein Richter der DDR-Justiz der Rechtsbeugung schuldig gemacht habe, sei bei der Prüfung des objektiven Tatbestandes, im übrigen im Hinblick auf die innere Tatseite zu berücksichtigen, daß es um die Beurteilung von Handlungen gehe, die in einem anderen Rechtssystem vorgenommen wurden. Ferner sei der Tatbestand der Rechtsbeugung auf die Fälle zu beschränken, in denen die Rechtswidrigkeit der Entscheidung so offensichtlich gewesen sei und insbesondere die Rechte anderer, hauptsächlich ihre Menschenrechte, derartig schwerwiegend verletzt worden seien, daß sich die Entscheidung als Willkürakt darstelle. Orientierungsmaßstab habe die offensichtliche Verletzung von Menschenrechten zu sein, wie sie die DDR durch den Beitritt zum Internationalen Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte (abgedruckt in BGBl. 1973 II, 1533, für die DDR in Kraft getreten am 23.3.1976 – GBl. II, 108) anerkannt habe.

8. In seinem Urteil vom 30.7.1993 (3 StR 347/92 = NJW 1993 3147 ff. = BGHSt 39, 260 ff. = NStZ 1993, 587 ff.) mußte sich der Bundesgerichtshof mit der Strafbarkeit von DDR-Geheimdienstmitarbeitern beschäfti-

gen¹². Für den Tatzeitraum, so der Bundesgerichtshof, vor dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland folge die grundsätzliche Anwendbarkeit der Landesverratsvorschriften schon aus § 9 StGB i.V.m. § 3 StGB, jedenfalls aber aus § 5 Nr. 4 StGB, ohne daß dem völkerrechtliche oder verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstünden. Die Zulässigkeit der Strafverfolgung sei von dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland unberührt geblieben. Die unveränderte Anwendbarkeit der Bestimmung über Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit ergebe sich aus Art. 315 Abs. 4 EGStGB in der Fassung des Einigungsvertragsgesetzes vom 23.9.1990 (BGBl. II, 885 ff.) und aus den übrigen in innerstaatliches Recht übernommenen Regelungen des Einigungsvertrages vom 31.8.1990 mit seinen Anlagen¹³. Hier seien die §§ 93 ff. StGB und die entsprechenden Rechtsanwendungsvorschriften von der Geltung im Beitrittsgebiet gerade nicht ausgenommen worden. Allgemeine Regeln des Völkerrechtes und Verfassungsrechtes stünden nicht entgegen. Auch ein generelles Strafverfolgungsverbot lasse sich nicht aus grundsätzlichen Regelungen ableiten. Die rechtliche Ausgestaltung und der Vollzug des von der DDR frei ausgehandelten Beitritts zur Bundesrepublik Deutschland hätten zur Folge gehabt, daß das Schutzgut der Staatsschutzvorschriften des StGB-DDR weggefallen sei, während die Bundesrepublik Deutschland, wenn auch erweitert um die sogenannten Neuen Bundesländer, als Schutzobjekt der §§ 93 ff. StGB fortbestehe und bei abstrakter Betrachtung auch möglichen fortwirkenden Gefahren ausgesetzt sei, die sich aufgrund der früheren Ausspähungstätigkeit der Hauptverwaltung für Aufklärung (HVA) aus der festgestellten Einbindung in das System der Nachrichtendienste des Warschauer Paktes ergeben hätten. Die DDR bestehe zwar nicht mehr, so daß von ihr keine neuen Gefährdungen für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland ausgehen könnten. Davon werde jedoch die Geltung der Strafzwecke, die auch den Normen des Staatsschutzstrafrechtes zugrunde lägen, insbesondere die des gerechten Schuldausgleichs und der sogenannten positiven und negativen Generalprävention, grundsätzlich nicht berührt. Verfassungsrechtliche Bedenken folgten auch nicht aus dem sogenannten Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG. Schließlich biete auch der von der Verteidigung des Angeklagten geltend gemachte Rechtsgedanke innerstaatlicher Rechtsnachfolge weder unter dem Aspekt etwaigen Überganges von Fürsorgepflich-

¹² Vgl. hierzu A. Zimmermann, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1991, ZaöRV 53 (1993), 364 ff.

¹³ Vgl. hierzu BGBl. 1990 II, 889.

ten zugunsten von HVA-Angehörigen noch unter dem Gesichtspunkt eines aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Verbots widersprüchlichen Verhaltens eine tragfähige Grundlage für ein allgemein wirkendes Strafverfolgungsverbot. (Vgl. zu dieser Problematik den Beschluß des BVerfG vom 15.5.1995, sowie J.A. Frowein, R. Wolfrum, G. Schuster, Völkerrechtliche Fragen der Strafbarkeit von Spionen aus der ehemaligen DDR, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 121 [1995].)

2. Anerkennung fremder Hoheitsakte

9. Gegenstand des Beschlusses des Bundesgerichtshofes vom 4.3.1993 (IX ZB 55/92 = EuZW 1993, 390 ff.) war die Frage der Bestimmtheitsanforderungen an die Vollstreckbarkeitserklärung eines ausländischen Urteils. Die Antragstellerin des Ausgangsverfahrens wollte ein italienisches Urteil in der Bundesrepublik Deutschland für vollstreckbar erklären lassen. Dieses enthielt neben der Verurteilung zur Zahlung einer Summe in Lira auch eine Klausel über Verzugszinsen und eine Devisenschwankungsklausel. Der BGH führte aus, daß gemäß Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ¹⁴ eine ausländische Entscheidung nicht anerkannt und somit nach Art. 34 Abs. 2 EuGVÜ auch nicht für vollstreckbar erklärt werde, wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung des Staates, in dem sie geltend gemacht wird, widerspreche. Der Inhalt eines ausländischen Urteils verletze die deutsche öffentliche Ordnung nur, wenn das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechtes zu den Grundgedanken der deutschen Regelungen und der in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellung in einem so starken Widerspruch stünde, daß es nach inländischen Vorstellungen als untragbar erschiene. Der Senat hat dies für den Fall einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung im Sinne des § 826 BGB durch Urteilserschleichung angenommen (vgl. dazu BGH, NJW-RR 1987, 377 = WM 1986, 1370). Umstände von solchem Gewicht habe die Schuldnerin hier zwar nicht dartun können, dennoch rüge sie zutreffend die fehlende Konkretisierung des zu vollstreckenden Titels. Zwar gestatte das deutsche Recht den Zwangsvollstreckungsorganen, gewisse Unklarheiten im Vollstreckungstitel durch eigene Auslegung auszuräumen und künftig eintretende Veränderungen, etwa das Auflaufen weiterer Zinsen, selbst zu

¹⁴ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BGBl. 1989 II, 214/752 – ist in dieser Fassung am 1.12.94 in Kraft getreten.

berücksichtigen. Diese Möglichkeit sei aber nach der Aufgabenverteilung im deutschen System der zivilprozessualen Rechtsverwirklichung als Ausnahme gedacht. Diese Aufgabenverteilung gelte zugleich für die Vollstreckbarkeitserklärung eines ausländischen Titels. Nicht dieser, sondern allein die inländische Entscheidung über die Vollstreckbarkeitserklärung sei maßgebliche Grundlage für die Zwangsvollstreckung in Deutschland. Sie habe daher grundsätzlich den inländischen Bestimmtheitsanforderungen zu entsprechen. Ein abschließendes sowie verbindliches, aber nicht eindeutig konkretisiertes Vollstreckungsurteil berge die Gefahr unterschiedlicher Auslegung durch die gemäß § 664 Abs. 2 ZPO jeweils zuständigen Vollstreckungsgerichte. Ob ein solches Urteil, wenn es wesentlich erlassen würde, nichtig oder noch vollstreckungsfähig wäre, brauche hier nicht entschieden zu werden. Jedenfalls sei es prozeßordnungswidrig und damit anfechtbar. Im Hinblick auf zukünftig anfallende Zinsen oder sonstige Zuschläge stellte der BGH fest, daß die Berechnungsgrundlagen im Entscheidungssatz so genau bezeichnet werden müßten, daß das jeweilige Vollstreckungsorgan sie sicher feststellen und zuverlässig anwenden könne.

IV. Staatsangehörigkeit

1. Erwerb

10. In seinem Beschluß vom 25.5.1993 (BVerwG 1 B 21.93 = InfAuslR 1993, 298 ff.) mußte sich das Bundesverwaltungsgericht mit § 8 Abs. 1 des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes (RuStAG)¹⁵ beschäftigen. Ein Einbürgerungsantrag gemäß § 8 Abs. 1 RuStAG könne von jeder Person gestellt werden, so das Gericht, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, mithin auch von Staatenlosen. In diesem Zusammenhang hatte das Bundesverwaltungsgericht die im Rahmen der Beschwerde aufgeworfene allgemeine Frage zu entscheiden, ob für die Annahme einer ausländischen (hier: palästinensischen) Staatsangehörigkeit vorauszusetzen sei, daß neben dem Vorhandensein eines Staatsvolkes und eines Staatsgebietes auch Staatsgewalt ausgeübt werde. Es könne, so das Gericht, dabei dahingestellt bleiben, ob diese Frage eine gemäß Art. 25 Satz 1 GG zum revisiblen Bundesrecht gehörende allgemeine Regel des Völkerrechts betreffe. Die Beschwerde zeige nicht auf, inwiefern es in einem Revisionsverfahren auf

¹⁵ Vom 22.7.1913, RGBl. I, 583, in der im BGBl. III, Glied.Nr. 102–1, veröffentlichten bereinigten Fassung.

diese Frage ankomme. Die Ablehnung einer palästinensischen Staats- oder Mandatszugehörigkeit durch die Vorinstanzen beruhe auf Erwägungen, die das VG und das OVG in ständiger Rechtsprechung vertreten hätten. Danach scheitere die Annahme einer palästinensischen Staatsangehörigkeit nicht nur und nicht in erster Linie daran, daß es auch in den nicht von anderen Staaten annektierten Teilen Palästinas, namentlich im Gaza-Streifen, keine Staatsgewalt des Staates Palästina gegeben habe, sondern darüber hinaus und unabhängig hiervon auch daran, daß weder der Völkerbund noch die Vereinten Nationen, in deren Treuhandschaft die nicht an Israel gefallen Teile des ehemaligen Mandatsgebietes nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichtes gefallen seien, den Einwohnern des Gaza-Streifens jemals eine Staatsangehörigkeit oder auch nur ein palästinensisches Bürgerrecht vermittelt hätten.

11. Auch Enkelkinder sind Abkömmlinge im Sinne des Art. 116 Abs. 2 Satz 1 GG, entschied der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 26.7.1993 (5 B 93.346, bestätigt durch Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 11.1.1994 – BVerwG 1 C 35.93; Urteil des Bayerischen VGH abgedruckt in StAZ Nr. 21994, 48 ff.).

Kläger im vorliegenden Verfahren waren die in Brasilien geborenen Enkel der deutschen Eheleute jüdischen Glaubens E.W., geboren 1905, und R.W., geboren 1910, die 1932 nach Brasilien ausgewandert waren. Beide waren von der Vorschrift des § 2 a der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25.11.1941¹⁶ betroffen. Diese Vorschrift besagte, daß Juden, die seinerzeit ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hatten, mit Wirkung vom 26.11.1941 die deutsche Staatsangehörigkeit verloren. Im Jahre 1990 hatte der Vater der Kläger im Namen der Kinder Anträge auf Wiedereinbürgerung nach Art. 116 Abs. 2 GG gestellt. Diese waren mit der Begründung zurückgewiesen worden, Abkömmlinge im Sinne des Art. 116 Abs. 2 Satz 1 GG seien nur unmittelbare Abkömmlinge, d. h. die Kinder, nicht aber die Kindeskinder.

Der Verwaltungsgerichtshof führte aus, daß es dem üblichen und insbesondere dem juristischen Sprachgebrauch entspreche, unter Abkömmling im Sinne des Art. 116 Abs. 2 Satz 1 GG nicht nur die Kinder, sondern auch die Enkelkinder zu verstehen. Im juristischen Sprachgebrauch seien Abkömmlinge Verwandte absteigender Linie ohne Begrenzung auf die Zahl der sie vermittelnden Geburten. Die Verwandten 1. Grades absteigender Linie seien die Kinder (vgl. dazu § 1589 BGB). Seien die Abkömmlinge auch weiterer Grade gemeint, so sei es nicht üblich, "Ab-

¹⁶ Abgedruckt in RGBL. I, 722 ff.

kömmlinge aller Generationen" zu sagen. Es genüge die Verwendung des Wortes Abkömmling. Auch der Zweck der Vorschrift spreche für eine derartige Auslegung. Mit der Einräumung eines Wiedereinbürgerungsanspruches habe das den Betroffenen von den nationalsozialistischen Machthabern aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen angetane Unrecht der Zwangsausbürgerung wiedergutmacht werden sollen. Den Wiedereinbürgerungsanspruch hätten nicht nur die vom Unrecht unmittelbar betroffenen Ausgebürgerten erhalten sollen, sondern auch deren Abkömmlinge. Auch diese seien von der Ausbürgerung betroffen, soweit sie ohne die Ausbürgerung als deutsche Staatsangehörige geboren worden wären (vgl. § 4 RuStAG). Dies gelte sowohl für die Kinder als auch für die Enkel der Ausgebürgerten. Ohne die Einbeziehung der Enkel wäre die Wiedergutmachung nur teilweise verwirklicht. Schließlich spreche für eine derartige Auslegung die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur 11. VO zum Reichsbürgergesetz (BVerfGE 23, 98 Leitsätze 2, 5 und 7, BVerfGE 54, 53, 68 = StAZ 1981, 108). Auch stehe die gefundene Auslegung nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes. Das Bundesverwaltungsgericht habe zwar in zwei Entscheidungen (BVerwGE 68, 220 = StAZ 1984, 160; BVerwGE 85, 108 = DVBl. 1990, 1061 = StAZ 1990, 337) den Leitsatz aufgestellt, daß die Rechte der Abkömmlinge nach Art. 116 Abs. 2 GG "nur Kindern eines Ausgebürgerten" zustehen, die zu ihm in einem rechtlichen Verhältnis stehen, an welches das Staatsangehörigkeitsrecht den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit knüpfe. Diesen Entscheidungen hätten aber andere Sachverhalte zugrunde gelegen.

2. Mehrfache Staatsangehörigkeit

12. In seinem Beschluß vom 8.9.1993 (2 BvR 2124, 2127/92 = NJW 1994, 1402) beschäftigte sich das Bundesverfassungsgericht mit der staatsangehörigkeitsrechtlichen Stellung der deutschen Minderheit in Polen. Die Beschwerdeführer hatten sich mit ihren Verfassungsbeschwerden gegen das Gesetz zu dem Vertrag vom 17.6.1991 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen über gute Nachbarschaft und freundschaftliche Zusammenarbeit vom 16.12.1991 (BGBl. 1991 II, 1314) in Verbindung mit dem Gesetz zu dem Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen über die Bestätigung der zwischen ihnen bestehenden Grenze (BGBl. 1991 II, 1328) [vgl. oben Nr. 4] sowie gegen die Unterlassung der Bundesrepublik Deutschland, ihre den Beschwerdeführern gegenüber bestehende Schutzpflicht zu erfül-

len, gewandt. Das Bundesverfassungsgericht nahm keine der Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung an. Der deutsch-polnische Nachbarschafts- und Freundschaftsvertrag enthalte keine Regelungen, die die deutsche Staatsangehörigkeit der Beschwerdeführer oder deren daraus fließenden Rechte, insbesondere deren grundsätzlich bestehenden Ansprüche auf Schutzgewährung, beeinträchtigen könne. Wenn Art. 20 Abs. 1 des Vertrages die Angehörigen der deutschen Minderheit in der Republik Polen als Personen polnischer Staatsangehörigkeit definiere, so werde damit deren etwa zusätzlich bestehende deutsche Staatsangehörigkeit nicht geschmälert. Grundrechte der Beschwerdeführer seien auch nicht dadurch verletzt worden, daß die Bundesrepublik Deutschland eine bestehende deutsche Staatsangehörigkeit von Angehörigen der deutschen Minderheit in Polen nicht vertraglich habe festschreiben lassen.

13. Mit der Frage, ob eine Einbürgerung unter Hinnahme der Mehrstaatigkeit auch außerhalb der in § 87 AuslG genannten Fälle zuzulassen sei, beschäftigte sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschluß vom 29.9.1993 (BVerwG 1 B 139.93 = InfAuslR 1993, 104 ff.). Es sei anerkannt, daß im Rahmen der Einbürgerung das Ziel verfolgt werden solle, Mehrstaatigkeit sowohl im Interesse des Staates als auch des einzelnen nach Möglichkeit zu vermeiden. Die Rechtsprechung habe Ausnahmen von diesem Grundsatz insbesondere im Hinblick auf das Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG in Betracht gezogen. Das Interesse an der Vermeidung von Mehrstaatigkeit sei danach nicht ohne weiteres vorrangig gegenüber dem Interesse an einer einheitlichen deutschen Staatsangehörigkeit in einer Familie. Eine Vermeidung von Mehrstaatigkeit dürfe aber weiterhin dann verfolgt werden, wenn entsprechend der in § 87 Abs. 1 AuslG getroffenen Regelung der Bewerber seine bisherige Staatsangehörigkeit zumutbar aufgeben könne.

3. Staatenlosigkeit

14. Gegenstand des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichtes vom 23.12.1993 (BVerwG 1 B 61.93 = StAZ 1994, 288 ff.) war Art. 32 Satz 1 des Übereinkommens über die Rechtstellung der Staatenlosen (s.u.). Die Klägerin hielt die Frage für klärungsbedürftig, "wie das Einbürgerungsermessen auszuüben ist, wenn der seine Einbürgerung begehrende Ausländer aus einem Entwicklungsland stammt und zum Zwecke der Ausbildung in die Bundesrepublik Deutschland gekommen ist, und wenn er zugleich staatenlos ist". Sie war der Auffassung, die Besonderheit einer solchen Fragestellung liege darin, daß wegen der Staatenlosigkeit die Ein-

bürgerung unter erleichterten Voraussetzungen angezeigt sei, während sie wegen der Ausbildung nur unter erschwerten Voraussetzungen in Betracht komme. Es bedürfe der Klärung, wie hier die Ermessensabwägung vorzunehmen sei. Das Gericht führte aus, nach der im Falle der Klägerin maßgebenden allgemeinen Ermächtigung des § 8 Abs. 1 RuStAG stehe die Einbürgerung bei Vorliegen der gesetzlichen Mindestvoraussetzung im grundsätzlich weiten Ermessen der Behörde. Bei der Ausübung des Ermessens habe die Behörde darauf abzustellen, ob die Einbürgerung im staatlichen Interesse liege. Bei Einbürgerungsanträgen Staatenloser sei aber zugleich Art. 32 Satz 1 des durch Zustimmungsgesetz vom 12.4.1976 in innerstaatliches Recht transformierten Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954¹⁷ – StlÜbk – zu berücksichtigen. Danach erleichterten die Vertragsstaaten, soweit wie möglich, die Eingliederung und Einbürgerung Staatenloser. In Ausführung dieser Vertragsvorschrift seien keine nationalen gesetzlichen Bestimmungen darüber ergangen, inwiefern die Einbürgerung im einzelnen gegenüber den gesetzlichen Anforderungen und den allgemeinen praktizierten Ermessensgrundsätzen wegen der Staatenlosigkeit des Bewerbers begünstigt werden solle. Das zur Ausführung anderer völkerrechtlicher Verträge erlassene Gesetz zur Verminderung der Staatenlosigkeit vom 29.6.1977¹⁸ sei in diesem Falle nicht einschlägig. Zu der inhaltlich entsprechenden Vorschrift des Art. 34 Satz 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951¹⁹ sei in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes geklärt, daß sie innerstaatlich nur im Sinne eines auf das Einbürgerungsermessen einwirkenden Wohlwollensgebot unmittelbar anwendbar sei. Wegen des gruppentypischen Schicksales des begünstigten Personenkreises werde ein staatliches Interesse an der Einbürgerung in dem Sinne anerkannt, daß diese – vorausgesetzt, eine Eingliederung in die bisherigen Lebensverhältnisse sei gewährleistet – im Rahmen sachgemäßer Ermessensausübung nur abgelehnt werden dürfe, wenn überwiegende staatliche Belange entgegenstünden. Diese Einengung des Ermessens habe ihren Grund darin, daß die Bundesrepublik Deutschland gegenüber den Flüchtlingen, die sie aufgenommen habe, eine gewisse Fürsorge übernehme, die eine angemessene Regelung der Staatsangehörigkeit einschließe. Es sei nicht zweifelhaft, daß die dargelegten Grundsätze auch für Art. 32 Satz 1 StlÜbk zu gelten hätten, denn diese Vorschrift habe im

¹⁷ BGBl. 1976 II, 473; BGBl. 1977 II, 235.

¹⁸ BGBl. 1977 I, 1101 ff.

¹⁹ BGBl. 1953 II, 559; BGBl. 1954 II, 619.

Rahmen des Übereinkommens für die Rechtsstellung der Staatenlosen dieselbe Aufgabe wie die erörterte Bestimmung im Rahmen des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge. Würde dem Staatenlosen der Aufenthalt für die Berufsausbildung, also zu einem vorübergehenden Zweck und damit in der Erwartung ermöglicht, daß er nach Abschluß der Ausbildung in sein Herkunftsland oder in ein anderes Entwicklungsland zurückkehre, so habe die Bundesrepublik Deutschland ihn regelmäßig nicht in dem oben dargelegten Sinne aufgenommen mit der Folge, daß ihr eine Fürsorgeaufgabe dahin zugewachsen wäre, aus Gründen der Schutzbedürftigkeit – dem Aufenthaltszweck zuwider – eine Eingliederung und schließlich eine Einbürgerung des Staatenlosen in Deutschland zu fördern.

15. In seinem Urteil vom 21.4.1993 (11 S 1437/92 = InfAuslR 1993, 379 ff.) entschied der VGH Baden-Württemberg über die Fragen eines Reiseausweises für Staatenlose, des Verzichts auf die rumänische Staatsangehörigkeit, die Anwendung des Staatenlosenübereinkommens und die Frage des rechtmäßigen Aufenthaltes. Der VGH erklärte die Klage für zulässig und begründet. Staatenloser im Sinne des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954 (StlÜbK)²⁰ sei eine Person, die kein Staat aufgrund seines Rechtes als Staatsangehörigen ansehe. Die Person müsse *de iure* staatenlos sein (vgl. BVerwG, Urteil vom 27.9.1988 – 1 C 20.88). Ob dieses der Fall sei, richte sich alleine nach der Rechtsordnung der in Frage kommenden Staaten, da jeder Staat grundsätzlich selbst bestimme, wer seine Staatsangehörigen seien, wodurch seine Staatsangehörigkeit erworben bzw. wodurch sie verloren gehe. Folglich sei eine Person auch dann staatenlos im Sinne von Art. 1 Abs. 1 StlÜbk, wenn das innerstaatliche Recht eine Entlassung aus der Staatsangehörigkeit zulasse, obwohl der Betroffene keine andere Staatsangehörigkeit besitze oder erwerbe. Eine solche auf eigenen Antrag erfolgte Entlassung aus der Staatsangehörigkeit sei aufgrund der weiten völkerrechtlichen Schranken bei der innerstaatlichen Regelung der Staatsangehörigkeit nicht generell völkerrechtswidrig. Ihre Vermeidung sei wohl eine rechtspolitische Forderung, bisher aber kein Gebot des allgemeinen Völkergewohnheitsrechtes, sondern nur Gegenstand spezieller und nur von wenigen Staaten eingegangener völkerrechtlicher Verpflichtungen, wie etwa in dem Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit vom 30.8.1961²¹ – StlVmÜB –, das die Bundesrepublik Deutschland mit

²⁰ Siehe Anm. 17.

²¹ In Kraft für die Bundesrepublik Deutschland am 29.11.1977, BGBl. 1977 II, 597.

Gesetz vom 29.6.1977²² ratifiziert habe. Die Anwendung des StlÜbk sei dementsprechend nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Staatenlosigkeit des Klägers darauf beruhe, daß er auf die Staatsangehörigkeit seines Heimatstaates freiwillig verzichtet und der Heimatstaat diesen Verzicht rechtswirksam genehmigt habe. In der freiwilligen Begründung der Staatenlosigkeit durch Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit könne insbesondere keine Handlung gesehen werden, die im Sinne von Art. 1 Abs. 2 iii) c) StlÜbk den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufe. Denn diese in Art. 1 und 2 der Charta der Vereinten Nationen²³ beschriebenen "Ziele" und "Grundsätze" enthielten keine Aussage zur Vermeidung von Staatenlosigkeit. Über das Nichtvorliegen eines der Ausschußstatbestände des Art. 1 Abs. 2 StlÜbk hinaus stehe die Anwendung des StlÜbk unter keinem weiteren (stillschweigenden) Vorbehalt, etwa des Inhalts, daß die Staatenlosigkeit ohne eigenes Zutun des Betroffenen bewirkt wurde bzw. unvermeidbar war oder daß deren Beseitigung für den Staatenlosen unzumutbar ist. Einer derart einschränkenden Auslegung sei das StlÜbk, welches die Rechtsstellung der Staatenlosen, jedoch nicht die Vermeidung oder Beseitigung ihrer Staatenlosigkeit zum Gegenstand habe, nicht zugänglich. Dies verbiete sich auch im Hinblick auf die Definition des Begriffes "Staatenloser" in Art. 1 Abs. 1 StlÜbk, die nicht nach den Entstehungsgründen der Staatenlosigkeit oder der Möglichkeit ihrer Beseitigung differenziere, sondern ausschließlich auf den staatsangehörigkeitsrechtlichen Status quo des Betroffenen abstelle. Soweit in der Präambel des StlÜbk das Bemühen hervorgehoben werde, den Staatenlosen die Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten in möglichst großem Umfange zu sichern, gelte dieser Vertragszweck für Personen, die "durch eigenes Zutun" bzw. vermeidbar staatenlos geworden seien oder die ihre Staatenlosigkeit zumutbar beseitigen könnten, grundsätzlich in gleichem Maße wie für andere staatenlose Personen. Der Kläger sei damit im Sinne des Art. 28 Satz 1 StlÜbk "Staatenloser", selbst wenn die Staatenlosigkeit auf einem nach dem rumänischen Staatsangehörigkeitsrecht zulässigen freiwilligen Verzicht auf die rumänische Staatsangehörigkeit beruhe. Der Wirksamkeit der Entlassung des Klägers aus der rumänischen Staatsangehörigkeit stehe auch nicht Art. 7 StlVmÜb entgegen, denn Rumänien sei diesem Übereinkommen weder beigetreten noch habe es dasselbe ratifiziert. Weiter führte das Gericht aus, daß der Kläger sich entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtes auch recht-

²² Siehe Anm. 18.

²³ BGBl. 1973 II, 431.

mäßig im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland aufhalte. Ein rechtmäßiger Aufenthalt im Hoheitsgebiet des Vertragsstaates im Sinne von Art. 28 Satz 1 StlÜbk beinhalte eine besondere Beziehung des Staatenlosen zu diesem Staat durch eine mit dessen Zustimmung begründete Aufenthaltsverfestigung. Es genüge nicht seine tatsächliche Anwesenheit, selbst wenn sie dem Vertragsstaat bekannt sei und von diesem hingenommen werde. Die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes ergebe sich mangels eigener Bestimmung im StlÜbk oder in anderen einschlägigen völkerrechtlichen Abkommen grundsätzlich aus den für die Aufenthaltsnahme geltenden Rechtsnormen des jeweiligen Vertragsstaates. Seit dem 1.1.1991 setze die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung (§§ 3 Abs. 1, 5 AuslG n.F.) voraus²⁴. Hiernach sei die Anwesenheit des Klägers im Bundesgebiet rechtmäßig, denn er sei im Besitze einer gültigen Aufenthaltsgenehmigung in der Art einer Aufenthaltsbefugnis (§ 5 Nr. 4 AuslG n.F.). Diese Aufenthaltsbefugnis berechtere ihn, sich im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufzuhalten und gegebenenfalls in dieses, auch nach einer ihm grundsätzlich möglichen vorübergehenden Ausreise, wieder einzureisen. Was dabei unter "aufhalten" zu verstehen sei, ob und inwieweit insbesondere die Anwesenheit des Staatenlosen von Dauer zu sein habe oder zu seiner ständigen Niederlassung geführt haben müsse, sei indes streitig. Nach der Auffassung des Senats hält sich ein Staatenloser im Sinne von Art. 28 Satz 1 StlÜbk bereits dann rechtmäßig im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland auf, wenn er nicht nur vorübergehend im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung nach § 5 AuslG n.F. im Bundesgebiet verweilt. Dabei lasse sich aus dem Vertragstext des StlÜbk entnehmen, daß nicht schon jede (rechtmäßige) Anwesenheit eines Staatenlosen im Bundesgebiet einen rechtmäßigen Aufenthalt darstelle, sondern eine "gewisse Aufenthaltsverfestigung" (siehe auch Urteil des BVerwG vom 16.10.1990) notwendig sei. Diese Voraussetzung liege bei dem Kläger vor. Vgl. zu der behandelten Thematik ebenfalls VGH, Baden-Württemberg, Urteil vom 31.3.1993 (11 S 2146/92 = VBIBW 1993, 482 ff.).

16. In einem Urteil vom 23.2.1993 (1 C 45.90 = StAZ Nr. 11 1993, 357 ff.) befaßte sich das BVerwG mit der Rechtstellung der Palästinenser im Hinblick auf das Übereinkommen über die Rechtstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954 (StlÜb)²⁵. Die Klägerin, 1982 in Berlin geboren, ist

²⁴ Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet vom 9.7.1990 in der Fassung vom 28.10.1994, BGBl. I, 3186.

²⁵ Siehe Anm. 17.

Kind von Palästinensern aus dem Libanon, die 1981 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist waren und hier für sich und ihre Kinder Asyl beantragt hatten. Nach rechtskräftigem Abschluß des Asylverfahrens hatte die Ausländerbehörde den Eltern der Klägerin im Mai 1985 eine befristete Duldung erteilt und diese bis zum Jahr 1991 regelmäßig verlängert. 1991 hatte die Klägerin eine auf zwei Jahre befristete Aufenthaltsbefugnis nach § 100 Abs. 2 Ausländergesetz 1990 erhalten. Bereits im Jahre 1987 hatten die Eltern der Klägerin deren Einbürgerung unter Berufung auf das Gesetz zur Verminderung der Staatenlosigkeit beantragt. Der Antrag wurde abgelehnt, der dagegen eingelegte Widerspruch zurückgewiesen. Mit der daraufhin erhobenen Verpflichtungsklage auf Einbürgerung war die Klägerin in zwei Instanzen erfolglos. Die Revision wurde von dem Bundesverwaltungsgericht sowohl für zulässig als auch für begründet erklärt. Der Senat hatte bisher offen gelassen, ob Palästinenser, soweit sie nicht eine andere Staatsangehörigkeit erworben haben, staatenlos im Sinne des Art. 1 Abs. 1 StlÜbk sind (vgl. dazu Urteile vom 16.10.1990 – BVerwG 1 C 51.88, BVerwG 1 C 18.90, sowie BVerwG 1 C 14.90, ferner P. Rädler, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992, ZaöRV 54 [1994], 496 ff., sowie oben [Nr. 10]). Das Gericht führte aus, daß sich aus dem systematischen Zusammenhang und der Entstehungsgeschichte des Staatenlosen-Übereinkommens entnehmen lasse, daß dieser Personenkreis staatenlos im Sinne des Art. 1 Abs. 1 StlÜbk sei, ohne daß es auf eine Klärung der politisch und rechtlich umstrittenen Frage ankomme, ob es eine palästinensische Staatsangehörigkeit gebe (vgl. dazu VGH Mannheim, NJW 1987, 3094; OVG Koblenz, DVBl. 1991, 545, OVG Berlin, InfAuslR 1990, 76 ff.). Das Staatenlosen-Übereinkommen enthalte eine Sonderregelung für den hier in Frage stehenden Personenkreis. Nach Art. 1 Abs. 2 Buchst.i StlÜbk finde das Staatenlosen-Übereinkommen keine Anwendung auf Personen, denen gegenwärtig ein Organ oder eine Organisation der Vereinten Nationen mit Ausnahme des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge Schutz oder Beistand gewähre, solange sie diesen Schutz oder Beistand genießen würden. Es handle sich dabei in erster Linie um die von der United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA) im Nahen Osten betreuten palästinensischen Flüchtlinge (vgl. dazu BVerwGE 88, 254, 261). Eine Sonderregelung für die von der UNRWA betreuten palästinensischen Flüchtlinge im Staatenlosen-Übereinkommen setze aber voraus, daß diese Personen Staatenlose im Sinne des Art. 1 Abs. 1 StlÜbk seien. Beim Abschluß des Staatenlosen-Übereinkommens hätten sich die Vertragsparteien, wie sich aus Abs. 3 der Präambel des

Übereinkommens ergebe, von der Erwägung leiten lassen, daß nur diejenigen Staatenlosen, die gleichzeitig Flüchtlinge seien, durch die drei Jahre zuvor vereinbarte Genfer Konvention erfaßt würden, und daß diese Konvention auf zahlreiche Staatenlose nicht anwendbar sei. Aus diesem Grunde hätten sie im Staatenlosen-Übereinkommen den Staatenlosen weitgehend die gleichen Vergünstigungen gewährt wie zuvor die Genfer Konvention den Flüchtlingen. Ebenso hätten sie in das Staatenlosen-Übereinkommen eine mit der Sonderregelung in Art. 1 D inhaltlich übereinstimmende Bestimmung aufgenommen, die vornehmlich die durch die UNRWA geschützten palästinensischen Flüchtlinge betreffe. Einer solchen Bestimmung hätte es nicht bedurft, wenn die Palästinenser nicht Staatenlose im Sinne des Art. 1 Abs. 1 StlÜb wären. Mit dieser Sonderregelung sei zugleich einer politischen Auseinandersetzung um das Bestehen oder Nichtbestehen einer palästinensischen Staatsangehörigkeit vorgebeugt worden, außerdem sei mit der übereinstimmenden Sonderregelung in der Genfer Konvention eine Kontroverse über die Flüchtlingseigenschaft der Palästinenser vermieden worden. Seien Palästinenser Staatenlose im Sinne des Art. 1 Abs. 1 StlÜb, so sei auch das Gesetz zur Verminderung der Staatenlosigkeit vom 29.6.1977 – AG-StlVmÜB²⁶ auf sie anwendbar. Zutreffend sei das Berufungsgericht von dieser Rechtsgrundlage für den von der Klägerin geltend gemachten Einbürgerungsanspruch ausgegangen. Der Einbürgerungsbewerber müsse nach Art. 2 Satz 1 AG-StlVmÜB seit seiner Geburt staatenlos und in Deutschland, an Bord eines deutschen Schiffes oder in einem deutschen Luftfahrzeug geboren sein. Er müsse den Antrag vor Vollendung des 21. Lebensjahres gestellt haben und dürfe nicht zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von fünf Jahren oder mehr verurteilt worden sein. Schließlich müsse er seit fünf Jahren regelmäßig seinen dauernden Aufenthalt im Geltungsbereich des Gesetzes haben. Das Gericht hat diese Voraussetzung im einzelnen weiter geprüft und jeweils bejaht. Vgl. ferner zu diesem Themenkomplex das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 28.9.1993 (BVerwG 1 C 1.93 = InfAuslR 1994, 35 ff.).

V. Fremdenrecht

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

²⁶ Siehe Anm. 18.

1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts

17. In seinem Urteil vom 16.2.1993 (4 L 219/92 = InfAuslR 1993, 182 ff.) entschied das Schleswig-Holsteinische Oberverwaltungsgericht, daß ein auf Dauer erstrebter Aufenthalt (Einwanderung) eines Ausländers aus einem Nicht-EG-Staat die Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtige. Die Klägerin, eine türkische Staatsangehörige, die 1987 mit ihrer einjährigen Tochter in die Bundesrepublik Deutschland eingereist war, habe keinen Anspruch auf Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis. Ein solcher Anspruch bestehe weder aufgrund eines von ihrem Ehemann abgeleiteten Aufenthaltsrechtes (§ 13 Abs. 1 i.V.m. §§ 17 oder 18 Ausländergesetz²⁷) noch habe sie einen Anspruch auf Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis aus einem eigenen Aufenthaltsrecht gemäß § 19 Abs. 1 AuslG. Das Verwaltungsgericht habe im Ergebnis richtig festgestellt, daß der Beklagte die beantragte Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zu Recht wegen Beeinträchtigung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 AuslG) versagt habe. Ein weiterer Aufenthalt der Klägerin im Bundesgebiet würde die Interessen der Bundesrepublik Deutschland im Sinne des § 7 Abs. Nr. 3 AuslG beeinträchtigen, da er der ausländerpolitischen Grundsatzentscheidung, die Zuwanderung weiterer Ausländer aus Nicht-EG-Staaten zu begrenzen, zuwiderlaufe. Diese ausländerpolitische Grundentscheidung gehöre zu den Interessen der Bundesrepublik Deutschland. Die Gesamtkonzeption des Ausländerrechtes habe sich zwischen dem Ausländergesetz von 1965 und dem Ausländergesetz 1990 entscheidend geändert und der Gesetzgeber darüber hinaus in der amtlichen Begründung zu § 7 Abs. 2 deutlich gemacht, daß er eine beabsichtigte Einwanderung als Beeinträchtigung von Interessen der Bundesrepublik Deutschland ansehe. Da die Frage, ob eine Einwanderungsabsicht unter § 7 Abs. 2 Nr. 3 AuslG 1990 falle, sich aufgrund einer grammatischen Auslegung dieser Vorschrift nicht beantworten lasse, ebensowenig eine historische oder systematische Auslegung und ein Vergleich mit den Regelungen des Ausländergesetzes von 1965 diese Frage klären könnten, käme es in dieser Situation auf den erkennbaren Willen des Gesetzgebers an, wie er in erster Linie in der amtlichen Begründung Ausdruck gefunden habe. Die amtliche Begründung besage dazu, "zu den öffentlichen Interessen gehört, wie bereits durch die Rechtsprechung zur Negativschränke des § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG 1965 geklärt

²⁷ Siehe Anm. 24.

ist, auch die ausländerpolitische Grundentscheidung, die Zuwanderung weiterer Ausländer aus Nicht-EG-Staaten zu begrenzen". Dadurch, daß diese Ausführung ausdrücklich zur Regelung des § 7 Abs. 2 AuslG 1990 gemacht werde, mache der Gesetzgeber deutlich, daß er die Einwanderungsabsicht als Regelversagungsgrund regeln wollte.

18. In seinem Beschluß vom 17.3.1993 (VG 24 A 158.92 = InfAuslR 1993, 215 ff.) entschied das Verwaltungsgericht Berlin, nachdem die Beteiligten übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt hatten, lediglich noch über die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen. Der Billigkeit entspreche es, dem Beklagten die Kosten aufzuerlegen, weil die Klage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung wahrscheinlich auch ohne die zur Erledigung führende Eheschließung des Klägers mit einer deutschen Staatsangehörigen zugunsten des Klägers zu entscheiden gewesen wäre, entschied das Gericht. Der Kläger habe als kubanischer Staatsangehöriger, der sich als Vertragsarbeitnehmer in der ehemaligen DDR aufgehalten habe, einen Status, dem nach ständiger Rechtsprechung der Berliner Verwaltungsgerichte eine Aufenthaltsbewilligung entspreche. So hätte ihm vor Ausreise und vor Ablauf eines Jahres seit Ausreise eine Aufenthaltserlaubnis zwar nur in den Fällen eines gesetzlichen Anspruches oder wenn es im öffentlichen Interesse liegt, erteilt werden dürfen. Er dürfte aber, so das Gericht, einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bereits nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 AuslG gehabt haben, obwohl er nicht das Personensorge-recht für das Kind, für das er die Vaterschaft anerkannt habe, besitze. Nach dieser Vorschrift sei dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen die Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe des § 17 Abs. 1 AuslG "zur Ausübung der Personensorge" zu erteilen. Es begegne, so das Gericht, erheblichen Bedenken, den Begriff "Personensorge" mit "elterlicher Sorge" im Sinne von § 1705 BGB gleichzusetzen und das Innehaben dieser Rechtsposition als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in die Vorschrift hineinzulesen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (vgl. aus jüngerer Zeit, Beschluß vom 1.10.1992 – 2 BvR 1365.92) müßten die zuständigen Behörden und Gerichte bei der Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren die familiären Bindungen eines Elternteils zu seinem im Bundesgebiet lebenden Kind angemessen berücksichtigen. Dabei könne sich auch der nichteheliche Vater grundsätzlich auf den Schutz des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG berufen, sofern er, wie hier, mit dem Kind und der Mutter zusammenlebe und damit die Voraussetzung für die Wahrnehmung seiner elterlichen Verantwortung gegeben sei. Es könne nicht festgestellt werden, daß der Gesetz-

geber den Begriff "Personensorge" in § 23 Abs. 1 Nr. 3 AuslG enger als hier angenommen verstanden wissen wollte. Der amtlichen Begründung zufolge (Drs. 11/6321, 63) berücksichtige die Regelung, "daß Deutschen das Grundrecht auf Freizügigkeit im Bundesgebiet zusteht. Deshalb wird... ausländischen Elternteilen minderjähriger Deutscher ohne weitere Voraussetzung ein Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis für den in § 17 Abs. 1 bezeichneten Zweck eingeräumt".

19. In seinem nicht rechtskräftigen Urteil vom 25.6.1993 (1 S 408/92 = BWVP 1993, 284 ff. = InfAuslR 1994, 125 ff.) entschied der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, daß die längerfristige Obdachlosigkeit (§ 46 Nr. 5 AuslG) einen Ausweisungsgrund im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 1 AuslG darstelle, und damit die Aufenthaltserlaubnis in der Regel zu versagen sei. Obdachlos seien Personen, die nicht über eine ausreichende Unterkunft verfügten. Dies treffe auch auf diejenigen zu, die, wie der Kläger, von einer Gemeinde zur Vermeidung der Obdachlosigkeit in eine Unterkunft eingewiesen worden seien. Solange sie nicht über eine eigene Wohnung verfügten, seien sie obdachlos, auch wenn sie in einer gemeindlichen Unterkunft lebten. Die Dauer der Einweisung ändere hieran nichts. Die Einweisung in eine Obdachlosenunterkunft sei ihrer Natur nach stets vorübergehend; durch sie werde kein Besitzstand des Obdachlosen begründet. Sie diene der Überbrückung einer Notsituation, bis der Betroffene eine eigene Wohnung gefunden habe. Auch wenn die Unterbringung längere Zeit andauern würde, könne nicht davon ausgegangen werden, daß die Gemeinde eine Obdachlosenunterkunft auf Dauer überlasse oder überlassen wolle. Bereits das Vorliegen eines Ausweisungsgrundes löse aber die Regelversagung nach § 7 Abs. 2 AuslG aus. Mit der Regelung des § 7 Abs. 2 AuslG verfolge der Gesetzgeber das Ziel, Ausländern, die die dort genannten Voraussetzungen erfüllen, den Aufenthalt wegen der Beeinträchtigung öffentlicher Interessen und Belange grundsätzlich zu verweigern. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis komme nur dann in Betracht, wenn ausnahmsweise die Beeinträchtigung nicht zu schwer wiege. Im vorliegenden Fall seien besondere Umstände nicht ersichtlich, insbesondere könne von einer unverschuldeten Wohnungslosigkeit der Kläger nicht die Rede sein. Die Kläger lebten nun mittlerweile acht Jahre in dieser Unterkunft und ihr Vorbringen, es sei ihnen aufgrund einer angespannten Wohnraumsituation nicht möglich gewesen, eine eigene Wohnung zu finden, ändere hieran nichts. Es sei nicht belegt, daß sie sich ernsthaft und intensiv um eine eigene Wohnung bemüht hätten.

20. Ausgangspunkt für das Urteil des Oberverwaltungsgerichtes Nordrhein-Westfalen vom 31.10.1993 (17 A 1283/92 = InfAuslR 1994, 49 ff.)

war die Klage von zwei türkischen Staatsangehörigen – Vater und Tochter. Sie erstrebten die Erteilung eines Visums an die geistig und körperlich behinderte Klägerin zum Zwecke der Familienzusammenführung. Die Klage hatte in zweiter Instanz Erfolg. Der Anspruch der Klägerin auf Erteilung eines Visums zum Zwecke der Familienzusammenführung finde seine rechtliche Grundlage in § 22 Satz 1 AuslG. Die rechtlichen Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlage lägen vor. Gleiches gelte für diejenigen des dort in Bezug genommenen § 17 AuslG. Rechtsfolge des Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzung von § 22 Satz 1 i.V.m. § 17 AuslG sei, daß die Beklagte nach pflichtgemäßem Ermessen über die Erteilung des begehrten Visums zu entscheiden habe. Hierbei sei § 7 Abs. 2 AuslG zu beachten, wonach in den dort genannten Fällen die Aufenthaltsgenehmigung in der Regel zu versagen sei. Derartige Regelversagungstatbestände lägen hier jedoch nicht vor. Bei der Ausübung des durch § 22 Satz 1 AuslG eröffneten Ermessens sei ferner § 17 Abs. 5 AuslG zu berücksichtigen. Die in § 17 Abs. 5 AuslG genannten Umstände lägen jedoch ebenfalls nicht vor. Das durch § 22 Satz 1 AuslG eröffnete Ermessen sei mithin weder durch Regelversagungstatbestände noch durch den Rechtsgedanken des § 17 Abs. 5 AuslG zugunsten der Klägerin eingeschränkt. Vielmehr sei das Gegenteil der Fall. Mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles und wegen der aufenthaltsrechtlichen Bedeutung von Art. 6 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei der Entscheidungsspielraum dahin reduziert, daß das begehrte Visum erteilt werden müsse. Vorliegend komme der familiären Bindung zwischen der Klägerin und ihren hier lebenden Angehörigen ein besonderes Gewicht zu, da sie krankheitsbedingt auf deren Lebenshilfe angewiesen sei. Bei dieser Sachlage erfülle die Familie im Kern die Funktion einer Beistandsgemeinschaft. Könne der Beistand nur in der Bundesrepublik Deutschland geleistet werden, weil einem beteiligten Familienmitglied ein Verlassen der Bundesrepublik nicht zumutbar sei, so dränge die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, regelmäßig einwanderungspolitische Belange zurück (vgl. dazu BVerfG, 3. Kammer des 2. Senates, Beschluß vom 12.12.98 – 2 BvR 377/88 –, NJW 1990, 895; vgl. ferner zu dieser Thematik ebenfalls Beschluß des VGH Baden-Württemberg vom 30.3.1993 – 1 S 2801/92 = BWVP 1993, 260 ff.).

21. In seinem Beschluß vom 30.6.1993 (11 S 1090/93 = NVwZ-RR 1994, 179 ff.) entschied der VGH Mannheim im Hinblick auf § 7 Abs. 1 AuslG: Fehlen für den vom Ausländer verfolgten Aufenthaltswitz bzw. geltend gemachten Aufenthaltswitz besondere, abschließende gesetzliche Bestimmungen über die Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufent-

haltungsgenehmigung aufgrund eines Rechtsanspruches oder nach Ermessen, dann ermächtigte und verpflichtete § 7 Abs. 1 AuslG die Ausländerbehörde, auf Antrag über die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung zu diesem Aufenthaltswitz oder Aufenthaltsgrund nach Ermessen zu entscheiden. Insoweit enthalte § 7 Abs. 1 AuslG eine "vor die Klammer gezogene" Ermächtigungsgrundlage zu einer Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Ausübung des Ermessens könne durch andere gesetzliche Bestimmungen (z. B. §§ 7 Abs. 2, 8 AuslG) beschränkt oder ausgeschlossen sein oder durch bindende Verwaltungsvorschriften gelenkt werden. Die Vorschriften der §§ 15, 28 Abs. 1 Satz 1, 30 Abs. 1 AuslG räumten der Ausländerbehörde kein Ermessen ein, sondern definierten den Charakter der Aufenthaltsgenehmigung als Aufenthaltserlaubnis, Aufenthaltsbewilligung oder Aufenthaltsbefugnis. Somit komme für den vom Antragsteller verfolgten Aufenthaltswitz nur die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung als Aufenthaltserlaubnis (§ 15 AuslG), insbesondere nicht eine solche als Aufenthaltsbewilligung (§ 28 Abs. 1 Satz 1 AuslG), in Betracht, denn bei seiner unbefristeten selbständigen Erwerbstätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH handele es sich nicht um einen seiner Natur nach nur vorübergehenden Aufenthalt erfordernden Witz, für den die Aufenthaltsgenehmigung als Aufenthaltsbewilligung erteilt werde.

22. In seinem Beschluß vom 10.2.1993 (11 S 2532/92 = InfAuslR 1993, 212 ff.) stellte der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg fest, daß der Anspruch auf unbefristete Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 AuslG nicht davon abhängen, daß der Ausländer auch im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruches minderjährig und auch die letzte Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis zu dem in § 17 Abs. 1 AuslG bezeichneten Witz erfolgt sei. Soweit die Vorschrift auf die Minderjährigkeit des Ausländers und den in § 17 Abs. 1 AuslG bezeichneten Witz abstelle, geschehe dies allein rückblickend in dem Sinne, daß es um die Verlängerung einer dem Ausländer ursprünglich als Minderjährigen zu dem in § 17 Abs. 1 AuslG bezeichneten Witz erteilten Aufenthaltserlaubnis, auf die die zu verlängernde Aufenthaltserlaubnis zurückzuführen ist, gehen muß. Der durch den achtjährigen Besitz einer Aufenthaltserlaubnis im Zeitpunkt der Vollendung des 16. Lebensjahres begründete Rechtsanspruch bleibe deshalb bestehen, selbst wenn er vom Ausländer nicht sofort geltend gemacht werde. Dies gelte dann aber auch für den zwischenzeitlich volljährig gewordenen Ausländer, dessen Aufenthaltserlaubnis ursprünglich zu dem in § 17 Abs. 1 AuslG bezeichneten Witz erteilt worden sei. Seien die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 Satz 1 AuslG erfüllt, so stehe dieser Rechtsanspruch auf

unbefristete Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis auch dem bereits vor dem Inkrafttreten dieser Regelung am 1.1.1991 im Bundesgebiet lebenden Ausländer zu, selbst wenn er bis dahin keinen vergleichbaren Anspruch gehabt habe. Denn mit der gesetzlichen Neuregelung sollte gerade auch den im Bundesgebiet geborenen oder frühzeitig eingereisten und sich im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Ausländergesetzes schon lange im Bundesgebiet rechtmäßig aufhaltenden Ausländern eine rechtlich gesicherte Möglichkeit eröffnet werden, die nächsthöhere Verfestigungsstufe ihres Aufenthaltsrechtes zu erreichen.

2. Ausweisung und Abschiebung

23. Das OVG Hamburg entschied mit Beschluß vom 17.2.1993 (Bs VII 7/93 = NVwZ/RR 1993, 441 ff.), daß eine Aussetzung der Abschiebung nach § 53 Abs. 6 AuslG grundsätzlich dann nicht in Betracht komme, wenn in dem Zielstaat die Bevölkerung oder die Bevölkerungsgruppe, der der Ausländer angehöre, allgemein Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit ausgesetzt sei, die oberste Landesbehörde aber von der Befugnis nach § 54 AuslG keinen Gebrauch gemacht habe. Bei der hier streitigen Abschiebung eines Tamilen nach Sri Lanka führte das Gericht aus: Voraussetzung für die Ermessensentscheidung über das Absehen von einer Abschiebung gemäß § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG und damit für die Erteilung einer Duldung gemäß § 55 Abs. 2 AuslG sei, daß für diesen Ausländer in dem Staat, in den er abgeschoben werden solle, eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit bestehe. Dabei seien grundsätzlich nur solche Umstände einzubeziehen, die sein persönliches, individuell-konkretes Schicksal betreffen würden. Der einzelne Ausländer habe lediglich im Rahmen des § 55 Abs. 2 AuslG einen Anspruch auf Berücksichtigung einer bereits vorhandenen, für ihn positiven, Aussetzungsentscheidung gemäß § 54 AuslG. Eine Berücksichtigung allgemeiner Gefahren im Rahmen der individuellen Entscheidung gemäß § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG unterlaufe die ausdrückliche Kompetenzzuweisung des § 54 AuslG und überlasse die politisch determinierte Entscheidung letztlich den Gerichten.

24. In seinem Beschluß vom 25.11.1993 ((3. ZS) 3 ZBR 262/92 = Bay-OGLGZ 1993, 378 ff.) stellte das Bayerische Oberste Landesgericht fest, daß die Vorbereitungshaft nicht angeordnet werden dürfe, wenn von vornherein abzusehen sei, daß eine Ausweisungsverfügung nicht innerhalb von 6 Wochen ergehen könne und wenn keine außergewöhnlichen Umstände dargetan seien, die ausnahmsweise eine Überschreitung der

vom Gesetz für den Regelfall vorgesehenen Höchstdauer der Abschiebehaft rechtfertigten. Ferner müsse bei der Vorbereitungshaft sogar mit einem höheren Grade von Wahrscheinlichkeit, als für Sicherungshaft erforderlich, zu erwarten sein, daß ohne Inhaftnahme des Ausländers das Gelingen der späteren Abschiebung gefährdet sei. Die bloße Angabe, daß ein Ausländer nicht ordnungsgemäß gemeldet sei, reiche hierfür nicht aus.

25. In dem Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.12.1993 (1 B 185/93 = NVwZ 1994, 584 ff.) ging es um die Verfassungsgemäßheit der "Ist-Ausweisung". Das Gericht stellte fest, daß die Regelung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 AuslG 1990 im Hinblick auf den Schutz der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegne. In seiner Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision hatte der Beschwerdeführer gerügt, daß der Betroffene zum Objekt staatlichen Handelns gemacht werde, weil die Ausweisung die zwingende Folge einer Verurteilung bilde und der Ausländerbehörde kein Ermessen bleibe, im Rahmen dessen die Persönlichkeit des Ausländers berücksichtigt werden könne. Die Beschwerde blieb ohne Erfolg. Das Gericht führte aus, daß die Vorschrift des § 47 Abs. 1 AuslG 1990 einen Appell an alle Ausländer enthalte, keine Straftaten in Deutschland zu begehen. Ein Ausländer, der sich trotzdem von der Begehung schwerer Straftaten nicht abhalten ließe, setze selbst die Voraussetzung für seine Ausweisung. Werde die gesetzlich angedrohte Rechtsfolge angeordnet, so werde der Ausländer damit nicht unter Verletzung seines Wert- und Achtungsanspruches zum bloßen Objekt staatlichen Handelns herabgewürdigt. Vgl. zu diesem Themenkomplex ferner Beschluß des Bundesverwaltungsgerichtes vom 10.12.1993 (1 B 160.93 = BayVBl 1994, 219 ff.).

VI. Asylrecht

1. Politische Verfolgung

a) Begriff

Auch im Jahre 1993 mußte das Bundesverfassungsgericht erneut bei der Entscheidung mehrerer Verfassungsbeschwerden den Begriff der politischen Verfolgung klären.

26. Im Hinblick auf die geltend gemachte politische Verfolgung durch Mudjaheddin in Afghanistan führte das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 6.8.1993 (2 BvR 1654/93= NVwZ-Beilage 2/93, 9 ff.)

aus, es sei aufgrund des Lageberichtes des Auswärtigen Amtes vom 23.6.1993 davon auszugehen, daß Personen, die als Gegner der jeweiligen lokalen Machthaber bekannt würden, gefährdet seien. Eine eventuelle politische Verfolgung könne auch an einer vom Verfolger bloß vermuteten abweichenden politischen Anschauung ansetzen. Auch die vom Antragsteller behauptete "Verwestlichung" vermöge angesichts der Islamisierungstendenzen Ansatzpunkte für eine Gegnerschaft der Mudjaheddin zu sein. Ebenfalls sei nicht von vornherein auszuschließen, daß eine eventuelle Verfolgung durch die Mudjaheddin als eine den Asylanspruch auslösende quasi-staatliche Verfolgung zu qualifizieren sei.

27. Im Hinblick auf einen Asylbewerber aus Togo entschied das Bundesverfassungsgericht mit Beschluß vom 27.7.1993 (2 BvR 1516/93 = NVwZ-Beilage 3, 1993, 2), daß das Verwaltungsgericht im vorliegenden Fall zu Unrecht seine Begründung auf die Stellungnahme des UNHCR vom 7.7.1993 gestützt habe. Nach dieser müßten "ausgewiesene Anhänger der Opposition bzw. solche Personen, die das Regime von Lomé dafür halte, bei einer Rückkehr nach Togo mit einer menschenrechtswidrigen Behandlung rechnen". Zu Unrecht habe das VG den Antragsteller nicht zu diesem Personenkreis gezählt. Diese Feststellung sei nicht nachvollziehbar. Die Stellungnahme des UNHCR enthalte vielmehr die Einschätzung, daß "im Fall einer Abschiebung nach Togo die [also alle] betroffenen Personen einer konkreten Gefahr für Leib und Leben ausgesetzt wären". Es lasse sich mithin nicht ausschließen, daß das Verwaltungsgericht bei hinreichender, den verfassungsrechtlichen Anforderungen (Art. 3 Abs. 1 GG) rechnungstragender Würdigung jener Stellungnahme zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.

28. Mit Beschluß vom 27.9.1993 (2 BvR 2041/93 = NVwZ-Beilage 3, 1993, 19 ff.) erklärte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde eines pakistanischen Staatsangehörigen hinsichtlich des angegriffenen Beschlusses des Verwaltungsgerichtes für zulässig und offensichtlich begründet. Das Verwaltungsgericht habe es versäumt, das Vorbringen des Antragstellers unter dem Gesichtspunkt des Politmalus zu würdigen (vgl. dazu BVerfGE 80, 315 [338] = NVwZ 1990, 151; BVerfGE 81, 142 [150] = NVwZ 1990, 453). Der Antragsteller habe geltend gemacht, im Rahmen des auf ihn zukommenden Strafverfahrens drohe ihm speziell deshalb Willkür und Mißhandlung, weil er als politischer Gegner wegen einer politisch motivierten Tat, die sich unmittelbar gegen die Anhänger der regierungstragenden Kräfte gerichtet habe, verfolgt werde. Angesichts der vom Antragsteller in Bezug genommenen Auskünfte des Auswärtigen Amtes (Lagebericht Pakistan vom 28.4.1993, 514–516, 80/3)

reiche die Feststellung des Verwaltungsgerichtes, es gebe keine Erkenntnisse, daß die pakistanische Justiz ihre Unabhängigkeit verloren habe, nicht aus. Vielmehr sei ob des Lageberichtes davon auszugehen, daß die pakistanische Justiz, die eine Trennung zwischen Judikative und Exekutive bei den Untergerichten nicht kenne und deren Richter auf lokaler Ebene häufig dem Druck einflußreicher Personen ausgesetzt seien, nur über eine begrenzte Unabhängigkeit verfüge. Da der Antragsteller unbestrittenermaßen Mitglied der PPP (Pakistan People's Party) sei und Mitglieder dieser Partei im Zusammenhang mit Wahlen immer wieder willkürlich verhaftet und dabei einzelne Personen auch schwer mißhandelt würden, seien Mißhandlung und Folter in Polizeistationen und in Gefängnissen an der Tagesordnung. Im Hinblick auf diese Auskünfte könne die "lapidare" und nicht weiter belegte Bemerkung des Verwaltungsgerichtes zur Unabhängigkeit der pakistanischen Justiz die Verneinung einer Verfolgungsgefahr des Antragstellers nicht begründen.

29. In seinem Beschluß vom 11.5.1993 (2 BvR 1989/92, 55/93, 250/93 = InfAuslR 1993, 310 ff.) stellte das Bundesverfassungsgericht fest, daß eine Verfolgung dann politischer Natur sei, wenn sie dem einzelnen in Anknüpfung an asylherhebliche Merkmale gezielt eine Rechtsverletzung zufüge, die ihn ihrer Intensität nach aus der übergreifenden Friedensordnung der staatlichen Einheit ausgrenze. Ob eine in dieser Weise spezifische Zielrichtung vorliege, die Verfolgung mithin wegen eines Asylmerkmals erfolge, sei anhand ihres inhaltlichen Charakters nach der erkennbaren Gerichtetheit der Maßnahme selbst zu beurteilen, nicht nach den subjektiven Gründen oder Motiven, die den Verfolgten dabei leiten würden. Allein mit dem Hinweis auf die staatliche Motivation – Bekämpfung der PKK – könne das Verwaltungsgericht daher die Asylherheblichkeit der Übergriffe durch die türkische Armee auf die einheimische Zivilbevölkerung nicht ablehnen. Auch soweit das Verwaltungsgericht der Auffassung gewesen sein sollte, Angriffe gegen die PKK dienten allein der Separatismus- bzw. der Terrorismusbekämpfung und seien aus diesem Grund nicht asylherheblich, wäre dies verfassungsrechtlich nicht ohne weiteres haltbar. Die staatliche Verfolgung von Taten, die wie separatistische Aktivitäten aus sich heraus eine Umsetzung politischer Überzeugung darstellten, könne grundsätzlich politische Verfolgung sein. Dies gelte auch dann, wenn der Staat hierdurch das Rechtsgut des eigenen Bestandes oder seine politische Identität verteidige. Es bedürfe einer besonderen Begründung, um sie gleichwohl aus dem Bereich politischer Verfolgung herausfallen zu lassen. Auch wenn die Abwehr terroristischer Angriffe hierfür grundsätzlich in Betracht komme, könne dennoch eine asylrelevante poli-

tische Verfolgung gegeben sein. Dies gelte namentlich für Aktionen eines bloßen Gegenterrors, die zwar der Bekämpfung des Terrorismus und eines ihn aktiv unterstützenden Umfeldes gelten könnten, aber darauf ausgerichtet seien, die an den bestehenden Konflikt nicht unmittelbar beteiligte zivile Bevölkerung, im Gegenzug zu den Aktionen des Terrorismus, unter den Druck brutaler Gewalt zu setzen. Im Hinblick auf etwaige sogenannte Amtswalterexzesse stellte das Bundesverfassungsgericht fest, daß nach seiner bisherigen Rechtsprechung zwar vereinzelte Exzeßstaten von Amtswaltern dem Staat nicht zurechenbar seien, entsprechende Feststellungen, die auf bloße Einzelexzesse hindeuten könnten, habe das Verwaltungsgericht jedoch nicht getroffen²⁸.

30. Gegenstand des nicht rechtskräftigen Urteils des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes vom 23.7.1993 (Az 8 BZ 93.30413 = BayVBL 1993, 751 ff. = ZAR 1993, 179 ff.) war Art. 89 des Vietnamesischen Strafgesetzbuches²⁹. Gemäß § 51 Abs. 1 AuslG³⁰ darf ein Ausländer nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist. Abschiebungsschutz genießt demnach ein Ausländer, wenn ihm objektiv und mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit politische Verfolgung droht (vgl. BVerwG vom 13.8.1990 = NVwZ-RR 1991, 215). Das Gericht führte aus, daß nach dem zugrundeliegenden Sachverhalt davon auszugehen sei, daß die Klägerin den Tatbestand des Art. 89 des Vietnamesischen Strafgesetzbuches (VStGB) – unerlaubtes Verbleiben im Ausland – erfülle. An der Gefahr, bei einer Rückkehr nach Vietnam nach dieser Strafvorschrift belangt zu werden, habe das zwischenzeitlich in Kraft getretene Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Republik Vietnam über Finanzhilfen zur Existenzgründung und beruflichen Eingliederung von Fachkräften der Sozialistischen Republik Vietnam³¹ nichts rechtserheblich geändert. Auch die Auskunftslage über die Verhältnisse in Vietnam sei nicht eindeutig. Berichten über eine liberalere Haltung auch gegenüber Rückkehrern stünden Analysen gegenüber, die von einer weiterhin repressiven, auf Machterhaltung gerichteten Haltung von Regierung und Partei in Viet-

²⁸ Vgl. zu diesem Themenbereich ebenfalls Rädler (Anm. 11), 506.

²⁹ Vgl. hierzu *ibid.*, 509 f.

³⁰ Siehe Anm. 24.

³¹ BGBl. 1994 II, 78.

nam ausgingen. Dennoch sei eine möglicherweise drohende Bestrafung nach Art. 89 des Vietnamesischen Strafgesetzbuches keine politische Verfolgung im Sinne von § 51 Abs. 1 AuslG. Soweit die Klägerin eine Bestrafung wegen "Republikflucht" nach Art. 89 VStGB befürchte, berufe sie sich nicht auf drohende politische Verfolgung. Im Gegensatz zum VGH Baden-Württemberg (Urteil vom 31.8.1992 Az. A 16 S 1055/92) hielt der erkennende Senat die der sogenannten Republikfluchtrechtsprechung zugrundeliegenden Annahmen nicht mehr für berechtigt. Die Verhandlungen vor dem erkennenden Senat hätten eher das Bild bestätigt, daß die Machthaber in Vietnam gezielt gegen prominente Oppositionelle vorgehen, an der massiven Verfolgung einer großen Zahl von Tätern wegen Insubordinationstatbeständen aber nicht interessiert seien. Wenn wiederholt vorgebracht worden sei, Art. 89 VStGB trage bereits wegen Art und Ausmaß der angedrohten Strafe das Merkmal politischer Verfolgung in sich, so könne dem der Senat nicht zustimmen. Ebenso wie das Asylrecht vermittele der Abschiebungsschutz nach § 51 Abs. 1 AuslG nur demjenigen ein Bleiberecht, der im Verfolgerstaat aus bestimmten Gründen einer ausweglosen Situation ausgesetzt sei. Dies bedeute, daß die Gefahr einer, aus deutscher Sicht, überharten Strafe oder in die individuelle Lebensführung zu weit eingreifenden Maßregel nicht ohne weiteres Schutz vor politischer Verfolgung nötig mache. Es komme auf die letzte Schranke an, die die Würde des Menschen jeder staatlichen Gewalt setze, und bei deren Überschreitung immer Schutz zu gewähren sei. Diese werde von Art. 89 VStGB nicht berührt. Soweit in diesem Zusammenhang auf die Menschenrechtswidrigkeit der allgemeinen Einschränkung der Reisefreiheit hingewiesen werde, sei zu bemerken, daß eine mit den allgemeinen anerkannten Menschenrechten unvereinbare Regelung eines Staates nicht ohne weiteres als Asylgrund angesehen werden könne. Ein von westlichen Vorstellungen abweichendes, historisch begründetes und im Bewußtsein der Menschen eines Kulturkreises verankertes Verständnis der Rolle des Individuums in Gesellschaft und Staat möge den Gedanken subjektiver Freiheitsrechte grundsätzlich widerstreiten und damit auch Beschränkungen der Freizügigkeit als "normal", d. h. nicht als im Sinne einer politischen Verfolgung ausgrenzenden Eingriff erscheinen lassen. Es sei jedoch nicht die Aufgabe des Asylrechts, weitreichende Standards eines demokratischen Rechtsstaates durchzusetzen. Asylgewährung und Abschiebungsschutz seien für diejenigen Menschenrechtsverletzungen vorzubehalten, die nach dem aufklärerischen Ansatz der westlichen Staatenwelt schlechthin unerträglich seien. Dazu zähle die nicht diskriminierende Verweigerung von Ausreisefreiheit schwerlich, zumal dieser nach

den anerkannten Menschenrechten kein – garantiertes – Recht auf Einreise in einen anderen Staat korrespondiere.

b) Gruppenverfolgung

31. In seinem nichtveröffentlichten Urteil vom 30.9.1993 (8 L 4413/91) befand der 8. Senat des niedersächsischen Oberverwaltungsgerichtes darüber, ob den Klägern allein wegen der Asylantragstellung im Bundesgebiet eine politische Verfolgung in Jugoslawien drohe und eine Abschiebung in das Krisengebiet Kosovo derzeit aus humanitären Gründen ausgeschlossen sei. Die Kläger sind Angehörige der Volksgruppe der Albaner. Diese aus der serbischen Provinz Kosovo stammenden Angehörigen der albanischen Volksgruppe seien, so daß Gericht, gegenwärtig im Kosovo, wo die Kläger vor ihrer Ausreise gelebt hätten und wohin sie zurückkehren würden, einer unmittelbaren staatlichen Gruppenverfolgung wegen ihrer Volkszugehörigkeit ausgesetzt. Die Lage der ethnischen Albaner im Kosovo habe sich seit Anfang des Jahres 1992 nachhaltig verschlechtert. Sie stelle sich gegenwärtig als Verfolgung einer Volksgruppe dar, die regelmäßigen Mißhandlungen, Folterungen und Körperverletzungen mit Todesfolge durch die serbische Polizei und die staatlichen serbischen Sicherheitsbehörden ausgesetzt sei. Die ethnischen Albaner im Kosovo würden außerdem bei Bestrafung durch Schnellrichter der Administration mit erhöhten Strafmaßen belegt. Mißhandlungen würden dabei nicht nur an politisch aktiven, sondern immer öfter an völlig unbeteiligten Albanern im Kosovo auf der Tagesordnung stehen. Vielfach würden im Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen pauschal alle Hausbewohner unabhängig davon, ob Waffen gefunden wurden oder nicht, vor oder nach einer Durchsuchung brutal geschlagen und mißhandelt. Diese Verfolgungsmaßnahmen stellten eine unmittelbare Verfolgung des serbischen Staates gegenüber ethnischen Albanern dar. Diese festzustellenden Übergriffe gegen ethnische Albaner stellten politische Verfolgungsmaßnahmen dar, weil sie nach dem jüngsten Erkenntnisstand ganz überwiegend nur noch an die Zugehörigkeit der Opfer zur Volksgruppe der Albaner anknüpften und damit wegen eines asylherheblichen Merkmales erfolgten. Der Senat habe keinen Zweifel daran, daß die staatlichen Verfolgungsmaßnahmen gegen ethnische Albaner asylherhebliche Intensität aufweise. Das Erkenntnismaterial belege, daß die unmittelbare staatliche Verfolgung der ethnischen Albaner im Kosovo jedenfalls gegenwärtig die einer Gruppenverfolgung kennzeichnende Intensität aufweise. Der Senat sei davon überzeugt, daß die festgestellten Verfolgungsmaßnahmen einem Serbisierungsprogramm

der serbischen Regierung für das Kosovo folge und im Grundsatz auf alle ethnischen Albaner im Kosovo abziele. Auch sei davon auszugehen, daß ethnische Albaner aus dem Kosovo in anderen Teilen Serbiens und Montenegros – abgesehen von der ihnen dort drohenden Verfolgung durch die serbischen Sicherheitsbehörden – bei generalisierender Betrachtung auf unabsehbare Zeit ein Leben unter dem Existenzminimum zu erwarten hätten.

32. Anders entschied das OVG Münster in seinem Urteil vom 8.11.1993 (13 A 2486/92.A = NVwZ 1994, Heft 6, 602 ff.). Der Senat hielt in seinem Urteil daran fest, daß auch die neueren Entwicklungen des Verhältnisses zwischen dem albanischen Bevölkerungsteil des Kosovo und den dortigen serbisch besetzten Sicherheitsorganen die an eine Gruppenverfolgung zu stellenden Anforderungen noch nicht erfüllen. Die als Verfolgungsmaßnahmen staatlicher Stellen hier in Betracht kommenden Aktionen richteten sich in ihrer erkennbaren Mehrzahl immer noch gegen die Forderung der Kosovo-Albaner nach Errichtung einer unabhängigen Republik Kosovo bzw. gegen albanische Aktivitäten – darunter auch schon die Bekundung albanischen Volkstums und albanischer Gebräuche und sonstiger kultureller Tätigkeiten –, die serbischerseits bereits bei harmlosen Anlässen als Ausdruck eines albanischen Separatismus angesehen würden, und nicht allein gegen die ethnische Volkszugehörigkeit der Albaner. Trotz der Förderung von serbischen und montenegrinischen Ansiedlungen im Kosovo und trotz des Austausches von Albanern gegen Serben auf dem Arbeitsmarkt sei den betroffenen Albanern nach wie vor ein menschenwürdiges Existenzminimum verblieben. Auch der VGH Mannheim lehnte in seinem Urteil vom 2.9.1993 (A 14 S 482/93 = NVwZ-RR 1994, 117 ff.) eine Gruppenverfolgung der Kosovo-Albaner ab.

33. In seinem Beschluß vom 4.3.1993 (2 BvR 1440, 1559 und 1782/92 = DVBl. 1993, 599 = NVwZ-RR 1993, 511 ff.) stellte das Bundesverfassungsgericht fest, daß gerade Jeziden in der Türkei unter den Maßnahmen der Sicherheitskräfte im Zusammenhang mit der Separatismusbekämpfung zu leiden hätten und bejahte damit die Frage der Gruppenverfolgung im Hinblick auf die Jeziden.

34. In seinem Urteil vom 13.5.1993 (9 C 59/92 = NVwZ, Heft 12, 1993, 1210 ff.) stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, daß die srilankischen Streitkräfte als Mittel der Kriegsführung die tamilische Volksgruppe oder Teile derselben zumindest im Sommer 1990 politisch verfolgt hätten. Damit bejahte es zumindest für diesen Zeitraum eine Gruppenverfolgung der Tamilen in Sri Lanka.

c) Religiöses Existenzminimum

35. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte in seinem Beschluß vom 25.5.1993 (2 BvR 1550/92 = DVBl. 1993, 833 ff.) seine bisherige Rechtsprechung zur politischen Verfolgung durch Beschränkung der Religionsausübung. Es wiederholte in dem oben genannten Beschluß die bereits in Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992³² erläuterten Ausführungen.

36. In dieselbe Richtung ging das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13.5.1993 (9 C 49/92 = NVwZ 1993, 788 ff.). Es wies die Besonderheit auf, daß ein Asylbewerber, gegen den sein Heimatstaat wegen des Verdachts, in bestimmter Form seinen Glauben betätigt zu haben (Ahmadi), ein Strafverfahren betrieben und eine mehrjährige Freiheitsstrafe verhängt hatte, als politisch Verfolgter im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG anerkannt wurde. Objekt des im Verfahren und in der Verurteilung liegenden Verfolgungseingriffes sei nicht nur, wie das Verwaltungsgericht angenommen habe, die Religionsfreiheit, sondern auch und vor allem die physische Freiheit des Klägers. Sei das durch den staatlichen Eingriff bedrohte und verletzte Schutzgut aber, wie beim Betreiben eines Strafverfahrens wegen Begehung eines mit Freiheitsstrafe bedrohten Deliktes und wie bei der Verhängung einer solchen Strafe, neben der Religionsfreiheit darüber hinaus auch die physische Freiheit, würden diese Maßnahmen ihre Qualität als Verfolgung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG aus der Verletzung dieses Schutzgutes und nicht aus dem der Religionsfreiheit gewinnen. Ihr Rechtscharakter als politische Maßnahme ergebe sich aus der Anknüpfung an die religiöse Überzeugung des Opfers, um derentwillen die Verfolgung stattefinde. Die Unterscheidung zwischen Religionsausübung im internen und im externen Bereich sei weder für die Einstufung der Freiheitsentziehung als Verfolgung noch für diejenige als politische Maßnahme von Bedeutung.

2. Nachfluchtgründe

37. Mit Beschluß vom 24.2.1993 (2 BvR 1959/92 = InfAuslR 1993, 179 = NJW 1993, 1909 ff.) hob das Bundesverfassungsgericht eine Entscheidung des Niedersächsischen Obergerichtes auf. Es gab damit den Verfassungsbeschwerden eines der albanischen Volksgruppe zu-

³² Rädler (Anm. 11), 511 f.

gehörigen Ehepaares jugoslawischer Staatsangehörigkeit aus dem Kosovo statt. Es wies die Auffassung des OVG, die geltendgemachten exilpolitischen Aktivitäten, die zu Verfolgungsmaßnahmen seitens der Behörden des Heimatstaates führen könnten, seien als subjektive Nachfluchtgründe asylrechtlich unbeachtlich, ebenso zurück wie die Ausführungen des Gerichtes im Hinblick auf § 51 Abs. 1 AuslG. Das OVG habe bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft gemäß § 51 Abs. 1 AuslG die vom Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 26.11.1986 (BVerfGE 74, 51 [65 f.]) entwickelten Grundsätze zur Asylerheblichkeit selbstgeschaffener Nachfluchtgründe angewendet und damit den einfachrechtlichen verbürgten Abschiebungsschutz einschränkend interpretiert, ohne daß diese Auslegung im Wortlaut der Vorschrift einen Anhaltspunkt finde. Vielmehr habe das Bundesverwaltungsgericht immer darauf hingewiesen, daß § 51 Abs. 1 AuslG dann praktische Bedeutung erlange, wenn politische Verfolgung wegen eines für die Asylanerkennung unbeachtlichen Nachfluchtgrundes drohe.

3. Inländische Fluchtalternative

38. In dem bereits unter laufender Nummer [34] besprochenen Urteil entschied das Bundesverwaltungsgericht im Hinblick auf die inländische Fluchtalternative, daß lediglich die Nord- und Ostprovinz Sri Lankas hinreichenden Schutz vor politischer Verfolgung biete. Dem Kläger sei es aber nicht möglich, sich der drohenden politischen Verfolgung durch die srilankischen Sicherheitskräfte dadurch zu entziehen, daß er sich in diesen von der LTTE beherrschten Gebieten niederlasse. Diese Zonen seien vielmehr für ihn unerreichbar, weil nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichtes die Zugangswege, die aus den übrigen Teilen Sri Lankas dorthin führten, durch Regierungstruppen gesperrt seien. Eine im Heimatstaat vorhandene verfolgungsfreie Zone sei aber für den von regionaler Verfolgung Betroffenen nur dann eine inländische Fluchtalternative im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesverwaltungsgerichtes, wenn sie auch tatsächlich erreichbar sei. Das Bestehen einer inländischen Fluchtalternative verhindere, daß der von regionaler politischer Verfolgung Bedrohte landesweit in eine ausweglose Lage gerate, ermögliche es ihm vielmehr, im eigenen Land verfolgungsfrei zu leben, so daß er ausländischen Schutzes nicht bedürfe. Sei der Ort der inländischen Fluchtalternative aber für den regional Verfolgten tatsächlich unerreichbar, bestehe die Möglichkeit, durch ein Ausweichen in verfolgungsfreie Zonen der regionalen Verfolgung zu entgehen, gerade nicht.

Der Bedrohte sei, trotz des nur regionalen Charakters der Verfolgung, auf ausländischen Schutz angewiesen.

39. In seinem Urteil vom 14.12.1993 (9C 45.92 = DVBl. 1994, 524 ff.) führte das Bundesverwaltungsgericht aus, daß trotz grundsätzlich gebotener generalisierender Betrachtungsweise im Rahmen der inländischen Fluchtalternative auch individuelle Umstände Berücksichtigung finden können. So könne eine inländische Fluchtalternative beispielsweise zu verneinen sein, wenn für den Vorverfolgten dort wegen in seiner Person liegender Merkmale, wie etwa einer Behinderung oder eines hohen Alters, das wirtschaftliche Existenzminimum nicht gewährleistet sei. Eine inländische Fluchtalternative könne aber auch dann zu verneinen sein, wenn der Vorverfolgte am Ort der Fluchtalternative keine Verwandten oder Freunde habe, bei denen er Obdach oder Unterstützung finden könnte, und ohne solche Unterstützung dort kein Leben über dem Existenzminimum möglich sei. Schließlich könnten unterschiedliche Gefahren am Herkunftsort des Vorverfolgten und am Ort einer möglichen Fluchtalternative nicht gegeneinander aufgerechnet werden.

40. In dem bereits unter laufender Nummer [31] besprochenen Urteil führte der 8. Senat des Niedersächsischen Obergerichtes im Hinblick auf die inländische Fluchtalternative für Albaner aus dem Kosovo aus, daß für diese nur die Republik Serbien selbst (mit Montenegro) in Betracht komme. Im Hinblick auf diese Lage habe schon das Auswärtige Amt in mehreren Lageberichten ausgeführt, daß keine inländische Fluchtalternative bestehe. Jedenfalls Albaner aus dem Kosovo seien auch in den übrigen Gebieten der serbischen Republik einschließlich Montenegro vor Verfolgung nicht sicher.

4. Drittstaaten-Regelung

41. Im Hinblick auf die mit Art. 16a Abs. 2 GG eingeführte Problematik der Drittstaaten-Regelung führte das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 13.10.1993 (2 BvR 888/93 = InfAuslR 1993, 390 = NVwZ 1994, 160 ff.) aus, daß Art. 16a Abs. 2 GG nur auf Fälle anzuwenden sei, in denen der Ausländer nach dem 30.6.1993 in den Geltungsbereich des Grundgesetzes eingereist sei. Dies ergebe sich schon aus der in der Vorschrift vorausgesetzten zeitlichen Abfolge ("... wer aus ... einreist ..."). Die Regelung gehe mithin davon aus, daß der verfassungsändernde (bei den EG-Mitgliedstaaten) oder einfache (bei den anderen Drittstaaten) Gesetzgeber konstitutiv mit dem Gesetzesbeschluß über die Sicherstellung der Anwendung der beiden dort genannten Konventionen

für die Zeit ab Inkrafttreten der Neuregelung entscheide. Art. 16a Abs. 2 GG stelle damit nach Wortlaut und Sinnzusammenhang allein auf den aktuellen Vorgang der Einreise aus einem sicheren Drittstaat und nicht darauf ab, daß der Ausländer irgendwann in der Vergangenheit aus einem Staat eingereist war, der jetzt als sicherer Drittstaat anzusehen sei. Dies finde seine Bestätigung in der Übergangsregelung des § 87a Abs. 1 AsylVfG 1993³³, der § 26a AsylVfG von der Anwendung auf vor dem 1.7.1993 gestellte Asylanträge ausnehme.

42. Aus der Fülle der 1993 ergangenen Urteile/bzw. Beschlüsse zur Asyablehnung wegen Einreise aus einem sogenannten sicheren Drittstaat seien hier einige kurz erwähnt. Im Hinblick auf die Schweiz, die zu den Ländern gehört, die als sogenannte sichere Drittstaaten auf der Liste der Anlage 1 zu § 26a Abs. 2 AsylVfG stehen, stellte das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 10.8.1993 (2 BvR 1644 – 93 = NVwZ-Beilage 2, 1993, 11 f.) fest: Voraussetzung sei hierfür, daß gemäß Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG in diesem Staat die Anwendung des Abkommens über die Rechtstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sichergestellt sei. Dies bedeute im wesentlichen, daß der Betroffene nicht befürchten müsse, von diesem Drittstaat aus – und sei es über weitere Drittstaaten – letztlich in ein Land abgeschoben zu werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sei, oder in dem ihm aus sonstigen Gründen eine menschenrechtswidrige Behandlung drohe. Diese Ausführung wiederholte das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 26.10.1993 (2 BvR 2315/93 = NVwZ-Beilage 1, 1994, 3 f.) im Hinblick auf Österreich. Damit wies es die Ausführungen des Antragstellers zurück, der geltend gemacht hatte, daß die österreichischen Behörden unter Berufung auf den Asylausschlußgrund des § 2 Abs. 2 Nr. 3 Österreichisches Asylgesetz 1991 Flüchtlinge, die, wie er, über Ungarn eingereist seien, dorthin zurückschöben, und er dort als Flüchtling aus einem außereuropäischen Land nicht Zugang zu einem ordnungsgemäßen Asylverfahren habe (siehe hierzu den von Ungarn bei der Hinterlegung der Beitrittsurkunde zur Genfer Flüchtlingskonvention erklärten Vorbehalt, BGBl. 1989 II, 636).

Im Hinblick auf die Qualifizierung Frankreichs als sicherer Drittstaat entschied das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 28.9.1993 (2 BvQ 37/93 = NVwZ Beilage 3, 1993, 17 f.) im Falle eines

³³ BGBl. 1993 I, 1361.

algerischen Staatsangehörigen, der von Algerien nach Paris reiste und von dort weiter in die Bundesrepublik Deutschland und hier die Anerkennung als Asylberechtigter beantragte, daß Frankreich zu den Ländern gehöre, die von Verfassungen wegen als Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft zu den sicheren Drittstaaten gerechnet werden könnten (Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG). Der Antragsteller habe nicht substantiiert geltend gemacht, daß ihm entgegen der Annahme des verfassungsändernden Gesetzgebers in Frankreich die Gefahr drohen würde, in ein Land abgeschoben zu werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht wäre, oder in dem ihm aus sonstigen Gründen eine menschenrechtswidrige Behandlung drohe. Er habe sich auf das Vorbringen beschränkt, die Franzosen wollten keine Algerier mehr, und in Frankreich herrsche Rassismus. Hieraus ergebe sich nicht, daß dem Antragsteller die Weiterschickung nach Algerien drohe, sollte er in Frankreich einen Asylantrag stellen oder seine Anerkennung als Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention beantragen.

43. In seinem Beschluß vom 13.9.1993 (2 BvR 1938/93 = NVwZ-Beilage 2, 1993, 11 ff.) entschied das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf eine irakische Staatsangehörige, die aus Griechenland kommend auf dem Flughafen Frankfurt am Main, wo sie sich seit dieser Zeit im Transitbereich aufhielt, daß sich nur in einem verfassungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren klären lasse, ob Art. 16a Abs. 2 GG im Falle tatsächlich festgestellter fehlender Schutzbereitschaft eines Drittstaates (hier Griechenland) im Hinblick auf Art. 16a Abs. 1 GG einschränkend ausgelegt werden könne, und ob sich bei geltend und glaubhaft gemachter drohender menschenrechtswidriger Behandlung im Heimatstaat aus anderen Verfassungsbestimmungen wie z. B. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ein Abschiebungs- und Rückweisungsverbot ergebe³⁴.

5. Familienangehörige von Asylberechtigten

44. In seinem Beschluß vom 14.9.1993 (M 21 ES 93.60097 = InfAuslR 1994, 78 ff.) entschied das Bayerische Verwaltungsgericht, daß das Familienasyl im Sinne von § 26 AsylVfG über die Regelung des Art. 16a Abs. 1

³⁴ Die Entscheidung in diesem Falle steht noch aus. Sie wird für 1995 erwartet. Vgl. dazu im übrigen A. Zimmermann, Das neue Grundrecht auf Asyl, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 115 (1993/94), 291 ff.

GG hinausgehe; es sei nämlich nicht erforderlich, daß hinsichtlich der dort privilegierten Familienangehörigen eine politische Verfolgung vorliegen müsse. Insoweit gebe § 26 AsylVfG ein über Art. 16a Abs. 1 GG hinausgehendes Recht, das durch Art. 16a Abs. 2 GG jedoch nicht eingeschränkt werde. Eine Einschränkung dahin gehend, daß auf das Familienasyl sich nicht berufen könne, wer über einen sicheren Drittstaat eingereist sei, sei nicht erfolgt. Dies finde seine Rechtfertigung in Art. 6 Abs. 1 GG.

VII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe

45. In seinem Beschluß vom 8.3.1993 (3 Ausl. 26/91 = Die Justiz 1993, 231 f. = MDR 1993, 897 f.) entschied das OLG Stuttgart im Hinblick auf den deutsch-jugoslawischen Auslieferungsvertrag³⁵: Droht einem Verfolgten in Kroatien wegen seiner serbischen Volkszugehörigkeit und damit wegen eines auch asylherheblichen Merkmals im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG die erhebliche Gefahr einer Erschwerung seiner Lage, so sei darin ein aus der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland ableitbares Auslieferungshindernis zu sehen, das zu beachten der deutsch-jugoslawische Auslieferungsvertrag in seinem Art. 6 Abs. 1 erlaube. Der Zulässigkeit der Auslieferung stehe bis auf weiteres entgegen, daß ernstliche Gründe für die Annahme vorlägen, der serbische Verfolgte sei wegen dieses auch asylherheblichen Merkmals im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG im kroatischen Strafvollzug der erheblichen Gefahr einer Erschwerung seiner Lage ausgesetzt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Europäisches Auslieferungsübereinkommen³⁶, § 6 Abs. 2 Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen [IRG]³⁷). Der Auslieferungsvertrag enthalte zwar keine dem Art. 3 Abs. 2 Europäisches Auslieferungsübereinkommen und dem § 6 Abs. 2 IRG direkt entsprechende Klauseln, er erlaube aber in seinem Art. 6 Abs. 1 jedem Vertragsstaat, aus seiner Verfassung ableitbare Auslieferungshindernisse wie die vorliegenden zu beachten.

46. Mit Beschluß vom 9.12.1993 (4 Ausl(A) 325/93 – 132/93 III = MDR 1994, 504 ff. = NJW 1994, 1486 ff.) entschied das Oberlandesgericht Düsseldorf, daß keine durchgreifenden Bedenken gegen die Wirksamkeit des deutsch-jugoslawischen Auslieferungsvertrages und dessen Anwendbarkeit auf Auslieferungsersuchen der Republiken Serbien und Montenegro

³⁵ Vertrag zwischen der BR Deutschland und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien über die Auslieferung vom 26.11.1970, BGBl. 1964 II, 1258; 1975 II, 1725.

³⁶ BGBl. 1981 II, 1153; 1983 II, 32 ff.

³⁷ BGBl. 1982 I, 2071 ff.

bestünden. Die Wirksamkeit und der Fortbestand der zwischenstaatlichen völkerrechtlichen Vereinbarung hinge nicht von der positiven Beantwortung der Frage ab, ob die Republiken Serbien und Montenegro als Rechtsnachfolger der ehemaligen Republik Jugoslawien anzusehen seien. Der Senat hielt es für zweifelhaft, ob eine Beurteilung dieser staats- und völkerrechtlichen Frage überhaupt in seinen Zuständigkeitsbereich falle. Abgesehen davon würde jedoch selbst die Verneinung der Frage der Rechtsnachfolge nicht zwingend zur Unwirksamkeit einer zwischenstaatlichen Vereinbarung führen. Da der Auslieferungsvertrag von keiner der vertragschließenden Parteien rechtswirksam aufgehoben oder gekündigt worden sei, sei von der weiteren Wirksamkeit auszugehen. Im übrigen obliege es der Bundesregierung als im Außenverkehr für die Bundesrepublik Deutschland handelndem Organ, die Anwendung bestehender völkerrechtlicher Vereinbarungen auf das Verhältnis zu Drittstaaten zu bestimmen. Demgemäß seien unter anderem entsprechende Vereinbarungen über die vorläufige Anwendung des deutsch-jugoslawischen Auslieferungsvertrages mit Slowenien und Kroatien getroffen worden. Soweit der Verfolgte einwende, daß die gegen ihn erhobenen Vorwürfe nicht gerechtfertigt seien, hindere dieser Umstand nicht die Zulässigkeit seiner Auslieferung und die Anordnung der Auslieferungshaft, da eine Nachprüfung des Tat- und Schuldverdacht es aufgrund des geltenden formellen Prüfungsprinzips im Europäischen Auslieferungsverkehr nach dem Europäischen Auslieferungsübereinkommen und auch im Rahmen des dem Europäischen Auslieferungsübereinkommen nachgebildeten deutsch-jugoslawischen Auslieferungsvertrages nicht erfolge. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß der ersuchende Staat seinen Auslieferungsanspruch mißbräuchlich geltend mache. Daneben gebe es auch keine besonderen Umstände für die berechtigte Befürchtung, daß der Verfolgte im Falle seiner Auslieferung einem Verfahren ausgesetzt wäre, welches gegen unabdingbare, von allen Rechtsstaaten anerkannte Grundsätze und damit gegen den völkerrechtlich verbindlichen Mindeststandard im Sinne des Art. 25 GG verstoße.

47. In seinem Beschluß vom 20.1.1993 (1 Ws 8, 9/93 = MDR 1993, 465 ff. = NStZ 1993, 392 ff.) entschied das Oberlandesgericht München: Eine Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung, bei der der in der betreffenden Strafsache aus dem Ausland ausgelieferte Verurteilte gemäß § 56d StGB der Aufsicht und Leitung eines Bewährungshelfers unterstellt wird, sei mit Rücksicht auf die Zwecke der Bewährungshilfe und die Bestimmung des § 56f Abs. 1 Nr. 2 StGB keine bedingte Entlassung ohne eine die Bewegungsfreiheit des Ausgelieferten einschränkende Anordnung im

Sinne von § 11 Abs. 3 IRG (siehe Anm. 37) und stelle damit keine endgültige Freilassung im Sinne von Art. 14 Abs. 1b des Europäischen Auslieferungsübereinkommens dar (siehe Anm. 36). Nur dann, wenn der Ausgelieferte, der eine Freiheitsstrafe noch nicht voll verbüßt habe, freigelassen worden sei, ohne durch Weisungen, Auflagen oder andere Pflichten in seiner Bewegungsfreiheit eingeschränkt zu sein, könne von einer endgültigen Freilassung im Sinne von Art. 14 Abs. 1b des Europäischen Auslieferungsübereinkommens gesprochen werden.

48. In seinem Beschluß vom 26.5.1993 (4 Ausl(A) 109/93 – 53/93 III = AVR 32 (1994), 271 ff.) hatte sich das Oberlandesgericht Düsseldorf unter anderem zum Umfang der Prüfungskompetenz deutscher Gerichte im Auslieferungsverfahren zu äußern. Es entschied, daß die Auslieferung des Verfolgten im vorliegenden Falle zum Zwecke der Strafvollstreckung unzulässig (§ 15 Abs. 2 IRG) sei, weil das gegen den Verfolgten in Griechenland durchgeführte Abwesenheitsverfahren in seiner konkreten Ausgestaltung rechtsstaatlichen Grundsätzen widerspreche (§ 73 IRG). Zwar hätten deutsche Gerichte im Verfahren über die Zulässigkeit der Auslieferung zur Strafvollstreckung grundsätzlich davon auszugehen, daß das in dem ersuchenden Staat gegen den Verfolgten ergangene Strafurteil auf rechtmäßige Weise zustande gekommen sei. Insbesondere hätten sie diese Frage nicht nach Maßgabe des innerstaatlichen deutschen Rechtes nachzuprüfen. Die dem Senat hier zufallende Prüfungskompetenz erstrecke sich indessen auf die Frage, ob die Auslieferung selbst und die ihr seitens des ersuchenden Staates zugrundeliegenden Akte mit unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen der öffentlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland und mit Art. 25 GG vereinbar seien. Dementsprechend hänge die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit der Auslieferung zur Vollstreckung eines ausländischen Abwesenheitsurteils entscheidend davon ab, ob und in welchem Umfange die in einem Abwesenheitsverfahren ergangene Verurteilung gegen übergeordnete, von allen Rechtsstaaten anerkannte Grundsätze verstoße. Das Gericht ermittelte dann im einzelnen diese geltenden Grundsätze und führte ferner aus, daß die Zulässigkeit der Auslieferung insbesondere nicht an dem Grundsatz des Art. 103 Abs. 3 GG (*ne bis in idem*), der gegebenenfalls über § 73 IRG im Auslieferungsverfahren zu berücksichtigen sei, scheitere. Zum einen sei eine unmittelbare Anwendung deshalb nicht gegeben, weil das in dieser Verfassungsnorm enthaltene Verbot der Doppelbestrafung ausschließlich im Verhältnis zwischen deutschen Gerichten gelte und lediglich eine mehrmalige Verurteilung durch deutsche Gerichte hindere, zum anderen sei der in Art. 103 Abs. 3 GG enthaltene Grundsatz auch nicht als allge-

mein gültige Regel des Völkerrechtes zu betrachten, die über Art. 25 GG von deutschen Gerichten im Verhältnis zu ausländischen Gerichten zu beachten wäre.

49. In seinem Beschluß vom 23.6.1993 (4 Ausl(A) 221/93 – 87/93 III = MDR 1994, 90 ff. = NJW 1994, 1485 ff. = AVR 32 [1994], 278 ff.) hatte sich das Oberlandesgericht Düsseldorf mit der Frage der unzulässigen Auslieferung wegen drohender Todesstrafe zu beschäftigen. Im vorliegenden Fall erklärte der Senat die Auslieferung eines Straftäters an die Türkei für unzulässig, weil dem Verfolgten im Falle seiner Auslieferung die Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe drohten. Das von der Türkei in dem Vorbehalt zu Art. 11 Europäisches Auslieferungsübereinkommen (siehe Anm. 36) niedergelegte Verfahren zur Umwandlung von Todesstrafe in lebenslange Freiheitsstrafe entspreche nicht der in Art. 11 Europäisches Auslieferungsübereinkommen vorgesehenen völkerrechtlichen Zusicherung. Vielmehr habe die Türkei zu Artikel 11 des Übereinkommens einen Vorbehalt dergestalt abgegeben, daß die Zusicherung „auf die Weiterleitung eines von dem ausländischen Staat an die türkische Regierung zu richtenden Umwandlungsersuchens an die Nationalversammlung“ beschränkt sei. Eine solchermaßen eingeschränkte Zusage besitze indessen keinen derartig verbindlichen Charakter, daß ohne weiteres davon ausgegangen werden könne, eine u. U. verhängte Todesstrafe werde nicht vollstreckt, sondern in jedem Falle in eine lebenslange Freiheitsstrafe umgewandelt.

50. In seinem Beschluß vom 4.1.1993 (5 Ws 409/92 = JR 1993, 301 ff.) stellte das Kammergericht Berlin fest, daß die Bewilligung der Auslieferung (hier durch Behörden der Vereinigten Staaten von Amerika) zum Zwecke der Strafvollstreckung auch die Zustimmung zu den Entscheidungen umfasse, die aus Anlaß der Strafvollstreckung notwendig würden (§ 68f Abs. 2 StGB; Führungsaufsicht bei Nichtaussetzung des Strafrestes). Der in Art. 22 des Auslieferungsvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 20.6.1978 (BGBl. II, 646, 1300) verankerte Grundsatz der Spezialität sei nicht verletzt. Dieser besage, daß ein Verfolgter nur wegen der Taten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden dürfe, für welche die Auslieferung bewilligt worden sei. Der Umfang der Auslieferungsbewilligung umfasse im vorliegenden Fall die dem Urteil des LG Berlins zugrundeliegenden Straftaten. Nur auf diese beziehe sich die Führungsaufsicht.

VIII. Internationaler Menschenrechtsschutz

1. Europäische Menschenrechtskonvention

a) Art. 4

51. In seinem Beschluß vom 22.6.1993 (5 Ws 347/92 REHA = VIZ 1993, 515 ff.) hatte das Kammergericht Berlin über die Frage der Rehabilitierung wegen einer Verurteilung nach § 249 Abs. 1 StGB-DDR (Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit durch asoziales Verhalten) zu entscheiden.

Durch das kriminalpolitische Ziel, einen arbeitsfähigen erwachsenen Menschen dazu anzuhalten, die notwendigen finanziellen Mittel für seinen Lebensunterhalt, die ihm auf andere Weise aus eigenem Recht nicht zur Verfügung stünden, durch eine geregelte Berufstätigkeit zu erwerben, werde die Würde des Menschen nicht verletzt, stellte das Gericht fest. Dem einzelnen werde vielmehr ein der Menschenwürde entsprechendes Verhalten zum Ziel gesetzt. Eine so begründete Arbeitspflicht falle nicht unter den Begriff der in Art. 4 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention³⁸ und durch Art. 12 Abs. 3 GG verbotenen Zwangsarbeit.

b) Art. 5 Abs. 4 und Abs. 5

52. Im Überprüfungsverfahren nach den §§ 67d und 67e StGB ist dem wegen Geisteskrankheit Untergebrachten in der Regel ein Verteidiger von Amts wegen zu bestellen. Dies entschied das Oberlandesgericht Stuttgart (2 Ws 34/93 = MDR 1993, 788 ff. = Die Justiz 1993, 367 ff.) mit Beschluß vom 13.3.1993 im Anschluß an das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 12.5.1992 (= NStZ 1993, 148 = StV 1993, 88). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte seinerzeit ausgesprochen, daß dem genannten Personenkreis in den weiteren Verfahren, die die Fortdauer, die Aussetzung zur Bewährung oder die Beendigung der Unterbringung betreffen, ein rechtskundiger Beistand zur Seite gestellt werden müsse, es sei denn, es lägen besondere Umstände vor. Der genannte Personenkreis sei nicht in der Lage, bei der notwendigen mündlichen Anhörung die medizinischen Sachverständigen voraussetzenden Argumente zu seinen Gunsten angemessen vorzubringen und darzulegen. Hieraus folge nach der Ansicht des EGMR, der sich der Senat anschloß,

³⁸ BGBl. 1952 II, 685, 953.

daß der Rechtsbeistand im Überprüfungsverfahren zu beteiligen sei, unabhängig davon, ob ein entsprechendes Begehren von dem Untergebrachten geäußert werde, und auch unabhängig davon, ob der Untergebrachte Anstalten mache, sich selbst zu verteidigen oder nicht.

53. In seinem Urteil vom 29.4.1993 (III ZR 3/92 = MDR 1993, 740 = NJW 1993, 2927 ff. = NStZ 1993, 493 ff.) entschied der BGH, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen rechtswidriger Inhaftierung nach Art. 5 Abs. 5 EMRK auch den Ersatz immateriellen Schadens umfasse. Die in Art. 5 EMRK geschützte Freiheit sei ein immaterielles Rechtsgut, das weniger durch seinen materiellen Wert als durch seine Bedeutung für das persönliche Wohl gekennzeichnet sei. Wenn deswegen bei konventionswidriger Verletzung der Freiheit Schadensersatz zu leisten sei, bedeute dies, ungeachtet der Tatsache, daß ein Freiheitsentzug auch zu einem wirtschaftlichen Schaden führen könne, zunächst Ersatz für den Verlust der Freiheit selbst, also immateriellen Schadensausgleich.

Der Schutz, den die Konvention bezwecke, werde erst dann vollständig gewährt, wenn nicht nur für den nicht notwendigerweise eintretenden wirtschaftlichen Schaden, sondern auch für den nichtwirtschaftlichen Schaden, unmittelbar und nicht erst aufgrund des Art. 50 der EMRK Ersatz geleistet werde. Die Grundsätze des deutschen Schadensersatzrechtes stünden dem nicht entgegen.

c) Art. 6 Abs. 1

54. Mit Beschluß vom 13.5.1993 (3 Ws 36/93 = MDR 1993, 680 ff.) stellte das Oberlandesgericht Stuttgart einen Verstoß gegen das in Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK normierte Beschleunigungsverbot fest. Die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat lag mehr als 7 1/2 Jahre zurück. Nach rechtzeitiger Einlegung der Berufung durch den Angeklagten und nachdem die Akten beim Landgericht im Jahre 1987 eingegangen waren, hatte das Landgericht lediglich im Dezember 1989 Anfragen an die Staatsanwaltschaft und an den Angeklagten gerichtet und ansonsten keine weiteren Tätigkeiten entfaltet. Insbesondere eine das Verfahren fördernde Handlung, so das Gericht, sei nicht vorgenommen worden. Somit seien seit Eingang der Akten beim Berufungsgericht rund 5 Jahre und 8 Monate vergangen, so daß die Gesamtdauer des Verfahrens hier zwangsläufig zu einer beträchtlichen Belastung des Angeklagten und somit zu einem Verstoß des in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK normierten Beschleunigungsgebotes geführt habe. Umfang und Schwierigkeit des Verfahrensgegenstandes rechtfertigten die bisherige Dauer des Berufungsverfahrens nicht.

Mit Urteil vom 9.12.1993 (5 S 2340/93 = Die Justiz, 1994, 486 ff.) entschied der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, daß § 84 VwGO³⁹, der bei der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes durch Gerichtsbescheid den Verfahrensbeteiligten jedenfalls im Berufungsverfahren eine mündliche Verhandlung garantiere, nicht gegen den Grundsatz des Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention verstoße. Vgl. zu dieser Frage bereits Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25.7.1985 (= 3 C 35.86 = BVerwGE 72, 60/61 ff.). Das Gericht führte ferner aus, daß es daher offen bleiben könne, in welchem Umfang Art. 6 Abs. 1 der Konvention, obwohl er seinem Wortlaut nach nur Zivil- und Strafverfahren betreffe, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Anwendung finde.

d) Art. 6 Abs. 3 Buchst. a

55. Der 5. Beschwerdesenat für Rehabilitierungssachen des Kammergerichtes Berlin entschied in seinem Beschluß vom 21.5.1993 (5 Ws 137/93 REHA = VIZ, Heft 10, 1993, 464), daß das Fehlen eines Dolmetschers keinen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 Buchst. e der EMRK darstelle, denn diese Vorschrift sei auf die Hauptverhandlungen anderer Verfahrensvorgänge zugeschnitten, in denen eine Verhandlung vor Gericht stattfinde und regle nur die Kostenfrage bei der Hinzuziehung eines Dolmetschers. Sie bestimme nicht die sachlichen Voraussetzungen, unter denen ein Dolmetscher hinzugezogen werden müsse. Die sachlichen Voraussetzungen für die Hinzuziehung eines Dolmetschers ergäben sich vielmehr aus Art. 6 Abs. 3 Buchst. a EMRK und dem inhaltlich gleichlautenden Art. 14 Abs. 3 Buchst. a des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966⁴⁰.

e) Art. 6 Abs. 3 Buchst. c

56. Im Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK entschied der BGH mit Urteil vom 26.8.1993 (4 StR 364/93 = NJW 1993, 3275 ff. = NStZ 1993, 600 ff.): Entziehe der Angeklagte in der Hauptverhandlung seinem Verteidiger unter Berufung auf ein gestörtes Vertrauensverhältnis das Mandat, so hindere dies die Bestellung des bisherigen Wahlverteidigers zum Pflichtverteidiger jedenfalls dann nicht, wenn die von dem Ange-

³⁹ In der Fassung der Bekanntmachung vom 19.3.1991, BGBl. I, 17.

⁴⁰ BGBl. 1973 II, 1534.

klagten vorgetragenen Behauptungen zwar erheblich aber sichtlich unzutreffend seien. Erstatte hingegen in einem solchen Fall der beigeordnete Verteidiger gegen den Angeklagten wegen dessen Äußerungen Strafanzeige, so liege darin in der Regel ein wichtiger Grund, der Anlaß gebe, einem Antrag des Verteidigers auf Entpflichtung stattzugeben. Die Ablehnung des Antrages, die Bestellung zum Pflichtverteidiger aufzuheben, verletze den Angeklagten in seinem Recht auf wirksame Verteidigung gemäß Art. 6 Abs. 3 Buchst. c der EMRK und verstoße gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens.

f) Art. 6 Abs. 3 Buchst. d

57. Mit Beschluß vom 5.2.1993 (2 StR 525/92 = NStZ 1993, 292 ff.) entschied der BGH im Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 Buchst. d der EMRK: Aus dieser Vorschrift lasse sich herleiten, daß in den Fällen der "Sperrung" eines Zeugen die Vorlegung von Fragen, welche dieser in geeigneter Form zu beantworten habe, ein zulässiges Mittel der Wahrheitsfindung sei. Dabei sei dieses Verfahren der unmittelbaren Vernehmung der Beweisperson in der Hauptverhandlung zwar weder in förmlicher Hinsicht noch nach seinem Beweiswert gleich zu achten. Unter bestimmten Umständen sei es aber ein Verfahren, welches einer solchen Vernehmung am nächsten komme. Damit gab der BGH der Revision eines wegen Handels mit Betäubungsmitteln verurteilten Angeklagten statt. Dieser hatte die Zurückweisung seines Antrages gerügt, den beiden anonymen polizeilichen Vertrauenspersonen, deren Wahrnehmungen durch Zeugen vom Hörensagen in die Hauptverhandlung eingeführt worden waren, einen vorbereiteten Fragenkatalog zur Beantwortung vorzulegen.

Soweit eine Beantwortung vorgelegter Fragen nicht zur Enttarnung habe führen können, entschied der BGH, sei das Gericht deshalb nicht befugt gewesen, dem Angeklagten oder seinem Verteidiger diese Befragung generell zu untersagen. Die Ablehnung des Beweisbegehrens setze vielmehr einen rechtfertigenden Grund voraus.

g) Art. 6 Abs. 3 Buchst. e

58. In seinem Beschluß vom 29.1.1993 (64 Js 17285/92 = Wistra 1993, 197 ff.) hatte sich das Amtsgericht Darmstadt mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen der der deutschen Sprache nicht mächtige Angeklagte einen Anspruch auf die unentgeltliche Beordnung eines Dolmetschers habe. Art. 6 Abs. 3 Buchst. e der EMRK betreffe

lediglich die gerichtliche Hinzuziehung eines Dolmetschers bei Gerichtsverhandlungen, an denen der Angeklagte teilnehme. Der der deutschen Sprache nicht mächtige Angeklagte habe keinen Anspruch auf die unentgeltliche Beordnung eines Dolmetschers, um mit seinem Verteidiger die Verteidigung zu besprechen, entschied das Gericht. Vgl. dazu auch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, Urteil vom 23.10.1978 (= NJW 1979, 1091). Im übrigen vgl. zu diesem Themenkomplex die bereits unter laufender Nr. [55] besprochene Entscheidung sowie P. Rädler, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992, ZaöRV 54 (1994), 529.

h) Art. 8

59. Das Oberlandesgericht Köln entschied in seinem Beschluß vom 21.4.1993 (16 Wx 77/93 = FamRZ 1993, 1243 ff. = NJW-RR 1993, 1420), daß es nicht gegen Art. 8 und 14 der EMRK verstoße, wenn ein nichtehelicher Vater das Sorgerecht für das Kind nur erlangen könne, wenn er das Kind im Verfahren nach § 1723 BGB für ehelich erklären ließe. Dem stehe nicht entgegen, daß das Bundesverfassungsgericht (FamRZ 1991, 913 ff. = NJW 1991, 1944 ff.) die an die Ehelicherklärung geknüpfte gesetzliche Folge, daß dann die Mutter die elterliche Sorge verliere, für verfassungswidrig erklärt habe.

60. Bestünden enge dauerhafte Bindungen zwischen einem minderjährigen Ausländer und der Pflegefamilie, die ihn aufgenommen habe bzw. zwischen ihm und dem ihm bestellten Vormund, so liege regelmäßig ein sich aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, Art. 8 EMRK ergebendes Abschiebungshindernis vor, entschied das VG Frankfurt mit Urteil vom 24.11.1993 (5118 33.93 = NVwZ 1994, 1137).

61. Im Hinblick auf das Verhältnis von Art. 6 GG zu Art. 8 EMRK stellte das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 29.7.1993 (BVerwG 1 C 25.93 = InfAuslR 1994, 2 ff.) fest, daß der in Art. 8 Abs. 1 der Konvention gewährleistete Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens auch das Familienleben zwischen nahen Verwandten und damit auch zwischen Geschwistern erfasse. Er reiche somit über den durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Personenkreis hinaus. Andererseits verlange diese Bestimmung aber ein "wirkliches Familienleben", was eine gewisse Intensität der Familienbande voraussetze.

2. Internationales Übereinkommen zur Beseitigung aller Formen von rassistischer Diskriminierung

62. Mit Beschluß vom 22.2.1993 (9 G 300/93 [1] = NJW 1993, 2067 = NVwZ 1993, 912 ff. [LS]) entschied das Verwaltungsgericht Frankfurt, daß die Deutsche Bundespost Massendrucksa­chen, die ihrem Inhalt nach zum Rassenhaß aufstachelten (§ 131 StGB) oder den Tatbestand der Volksverhetzung erfüllten (§ 130 StGB), nicht befördern und verteilen dürfe. Sie selbst würde damit gegen geltendes Recht, nämlich das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung aller Formen von rassistischer Diskriminierung, verstoßen. Dieses Verbot gelte auch dann, wenn die Massendrucksa­chen von einer Partei oder einem Bewerber um ein politisches Mandat im Rahmen eines Wahlkampfes aufgegeben worden seien. Der Postdienst habe bei Durchführung der Beförderung als staatliche Einrichtung im Hinblick auf eingelieferte 1216 Stück einer Massendrucksa­che von der NPD gegen die Vorschriften des Art. 2 Abs. 1 und 4 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung aller Formen von rassistischer Diskriminierung verstoßen. Das Übereinkommen vom 7.3.1966 sei durch Gesetz vom 9.5.1969⁴¹ in innerstaatliches Recht transformiert worden und am 15.6.1969 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten; es sei somit Bestandteil des Bundesrechtes.

3. Konvention über die Rechte des Kindes

63. In dem bereits besprochenen Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt vom 24.11.1993 (siehe oben Nr. [60]) entschied das Gericht im Hinblick auf die Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, in Kraft getreten in Deutschland am 5.4.1992⁴², daß diese Konvention in gewissen Fallkonstellationen dem Erlaß aufenthaltsbeendender Maßnahmen entgegenstehen könne. Dem stehe auch nicht die von der Bundesregierung im Rahmen der Niederlegung der Ratifikationsurkunde abgegebene Erklärung entgegen, wonach aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland die Kinderkonvention ausschließlich eine Staatenverpflichtung begründe und keine Bestimmung dahin gehend ausgelegt werden könne, "daß sie das Recht der Bundesrepublik Deutschland beschränke, Gesetze und Verordnungen über die Einreise von Ausländern und die Bedingungen ihres Aufenthaltes zu erlassen oder Unterschiede zwischen Inländern und Aus-

⁴¹ BGBl. II, 961.

⁴² BGBl. 1992 II, 990.

ländern zu machen". Da die Bundesregierung jedoch die Konvention ohne einen entsprechenden förmlichen Vorbehalt ratifiziert habe, komme jener Erklärung keine rechtlich relevante Bedeutung zu.

*IX. Europäische Gemeinschaften*⁴³

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

64. Am 7.2.1992 wurde in Maastricht der am 9./10.12.1991 beschlossene Vertrag über die Schaffung einer Europäischen Union von den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (EG) unterzeichnet (abgedr. in EurArch 1992, D 177). Der sog. Maastrichter Vertrag regelt als wichtigste Neuerung im Bereich des Gemeinschaftsrechtes die Einführung einer Unionsbürgerschaft (Art. 8–8e EWGV n.F.), die Einführung einer Wirtschafts- und Währungsunion (Art. 102a–109m EWGV n.F.), die Neuordnung der gemeinschaftlichen Sozialpolitik, die weitere Ausgestaltung insbesondere der Umwelt-, Kohäsions- und Forschungspolitik (Art. 130a–130t EWGV n.F.), neue Gemeinschaftspolitiken u. a. im Bildungs-, Kultur-, Gesundheits- und Industriebereich (Art. 126–130 und 130u–130y EWGV n.F.), eine gemeinsame Visapolitik (Art. 100c EWGV n.F.), eine gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (Art. J–J 11 des Maastrichter Vertrages), die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (Art. K–K 9 des Maastrichter Vertrages) und enthält zudem einige institutionelle und verfahrensrechtliche Änderungen (Art. 137 ff., 189b EWGV n.F.).

Im Rahmen der Diskussion im Zuge der Ratifikation des Vertrages durch die Bundesrepublik Deutschland wurde mit Gesetz vom 21.12.1992 (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21.12.1992, BGBl. I, 2086) das Grundgesetz in einer Reihe von Vorschriften (u. a. die Art. 23, Art. 28 Abs. 1 Satz 3, Art. 52 Abs. 3a und Art. 88 Satz 2) geändert. Am 2.12.1992 beschloß der Bundestag das Zustimmungsgesetz zum Maastrichter Vertrag; diesem Gesetz stimmte der Bundesrat am 18.12.1992 zu, so daß das Gesetz am 31.12.1992 in Kraft treten konnte (Gesetz vom 28.12.1992 zum Vertrag vom 7.2.1992 über die Europäische Union, BGBl. 1992 II, 1251). Sowohl gegen das Zustimmungsgesetz zum Maastrichter Vertrag als auch gegen das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes richteten sich mehrere

⁴³ Angesichts der Vielzahl (streitbeendender) Entscheidungen mit europarechtlichem Bezug wurden Beschlüsse zur Vorlage an den EuGH nur in Ausnahmefällen aufgenommen.

Verfassungsbeschwerden. Das Bundesverfassungsgericht entschied mit Urteil vom 12.10.1993 (2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92).

Der Bf. zu 1 hatte zum einen die Verletzung einer Reihe von Grundrechten (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 Satz 2, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG. Vgl. dazu die Ausführung des Gerichtes in Abschnitt A II 1b), zum anderen eine Verletzung seines aus Art. 38 GG abgeleiteten Rechtes auf Teilhabe an der Ausübung der Staatsgewalt geltend gemacht. Die Bf. zu 2, in der Bundesrepublik Deutschland gewählte Abgeordnete des Europäischen Parlamentes, die ihre Verfassungsbeschwerde jedoch als Bürger der Bundesrepublik Deutschland erhoben, machten im wesentlichen eine Verletzung ihrer grundrechtsgleichen Rechte aus Art. 20 Abs. 4 sowie Art. 38 Abs. 1 und 2 GG geltend. Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts verwarf die Verfassungsbeschwerde der Bf. zu 2 als unzulässig. Die Verfassungsbeschwerde des Bf. zu 1, erklärte das Gericht, soweit der Bf. eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 38 GG geltend gemacht hatte für zulässig, wies sie jedoch insoweit als unbegründet zurück. Unmittelbar nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes wurde die Ratifikationsurkunde der Bundesrepublik Deutschland hinterlegt, so daß der Vertrag am 1.11.1993 gem. dessen Art. R II in Kraft treten konnte.

Im Hinblick auf den Bf. zu 1 führte das Gericht aus, daß dieser hinreichend dargelegt habe, daß das Zustimmungsgesetz sein Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG verletzen könne. Art. 38 Abs. 1 und 2 GG gewährleiste den wahlberechtigten Deutschen das subjektive Recht, an der Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages teilzunehmen und dadurch an der Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk auf Bundesebene mitzuwirken und auf ihre Ausübung Einfluß zu nehmen. Gebe der Deutsche Bundestag Aufgaben und Befugnisse auf, insbesondere zur Gesetzgebung und zur Wahl und Kontrolle anderer Träger von Staatsgewalt, so berühre dies den Sachbereich, auf den sich der demokratische Gehalt des Art. 38 GG beziehe. Im Hinblick auf die Europäische Union und die dazu gehörigen Gemeinschaften ermächtige Art. 23 Abs. 1 GG den Bundesgesetzgeber, unter den dort genannten Voraussetzungen der Europäischen Union die eigenständige Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen bis zur Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG einzuräumen (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG). Das Recht des Bf. zu 1 aus Art. 38 GG könne demnach verletzt sein, wenn die Wahrnehmung der Kompetenzen des Deutschen Bundestages so weitgehend auf ein von den Regierungen gebildetes Organ der Europäischen Union oder der Europäischen Gemeinschaft übergehe, daß die nach Art. 20 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG unverzichtbaren Mindestanforderungen

demokratischer Legitimation der dem Bürger gegenüberstehenden Hoheitsgewalt nicht mehr erfüllt würden. Im Ergebnis, so das Gericht, erscheine es nach diesem Vorbringen möglich, daß das Zustimmungsgesetz zum Unionsvertrag den Bf. zu 1 in seinem Recht aus Art. 38 GG verletze.

Im Hinblick auf die von den Bf. zu 2 geltend gemachte Verletzung des Art. 38 GG führte das Gericht aus: Das Grundgesetz gewähre individuelle Rechte nur im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung, nicht jedoch für das Verfahren oder den Inhalt einer Verfassungsneugestaltung. Art. 79 Abs. 3 GG binde die staatliche Entwicklung in Deutschland an den in ihm bezeichneten Kerngehalt der grundgesetzlichen Ordnung und suche so die geltende Verfassung gegenüber einer auf eine neue Verfassung gerichteten Entwicklung zu festigen, ohne selbst die verfassungsgebende Gewalt normativ binden zu können. Er ziehe demgemäß der verfassungsändernden Gewalt Grenzen und schließe damit förmlich aus, ein verfassungsänderndes Gesetz, das den verfassungsfesten Kern des Grundgesetzes antaste, im Wege eines Volksentscheides zu legitimieren.

Soweit die Verfassungsbeschwerde des Bf. zu 1 zulässig sei, sei sie jedoch unbegründet.

Das durch Art. 38 GG gewährleistete Recht, durch die Wahl an der Legitimation von Staatsgewalt teilzunehmen und durch deren Ausübung Einfluß zu gewinnen, schließe es im Anwendungsbereich des Art. 23 GG aus, dieses Recht durch Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages so zu entleeren, daß das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG für unantastbar erkläre, verletzt werde. Zu dem gem. Art. 79 Abs. 3 GG nicht antastbaren Gehalt des Demokratieprinzips gehöre, daß die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse sich auf das Staatsvolk zurückführen ließen und grundsätzlich ihm gegenüber verantwortlich würden. Entscheidend sei, daß ein hinreichend effektiver Gehalt an demokratischer Legitimation, ein bestimmtes Legitimationsniveau, erreicht werde. Das Demokratieprinzip hindere mithin die Bundesrepublik Deutschland nicht an einer Mitgliedschaft in einer supranational organisierten zwischenstaatlichen Gemeinschaft. Voraussetzung der Mitgliedschaft sei aber, daß eine vom Volk ausgehende Legitimation und Einflußnahme auch innerhalb des Staatenverbundes gesichert sei. Im Staatenverbund der Europäischen Union erfolge demokratische Legitimation notwendig durch die Rückkoppelung des Handelns europäischer Organe an die Parlamente der Mitgliedstaaten. Hinzu trete, im Maße des Zusammenwachsens der Europäischen Nation zunehmend, innerhalb des institutionellen Gefüges der Europäischen Union die Vermittlung demokratischer Legitimation

durch das von den Bürgern der Mitgliedstaaten gewählte Europäische Parlament. Vermittelten die Staatsbürger, wie gegenwärtig, über die nationalen Parlamente demokratische Legitimation, sei mithin der Ausdehnung der Aufgaben und Befugnisse der Europäischen Gemeinschaften vom demokratischen Prinzip her Grenzen gesetzt. Aus alledem folge, daß dem Deutschen Bundestag Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben müßten.

Art. 38 GG sei dann verletzt, wenn ein Gesetz, das die deutsche Rechtsordnung für die unmittelbare Geltung und Anwendung von Recht der supranationalen Europäischen Gemeinschaften öffne, die zur Wahrnehmung übertragenen Rechte und das beabsichtigte Integrationsprogramm nicht hinreichend bestimmbar festgelegt habe. Stehe nicht fest, in welchem Umfang und Ausmaß der deutsche Gesetzgeber der Verlagerung der Ausübung der Hoheitsrechte zugestimmt habe, so werde die Inanspruchnahme nicht benannter Aufgaben und Befugnisse durch die Europäischen Gemeinschaften ermöglicht. Dies käme einer Generalermächtigung gleich und wäre damit eine Entäußerung, gegen die Art. 38 GG schütze. Entscheidend sei, daß die Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland und die daraus sich ergebenden Rechte und Pflichten – insbesondere auch das rechtsverbindliche unmittelbare Tätigwerden der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Rechtsraum – für den Gesetzgeber im Vertrag umschrieben voraussehbar und durch ihn im Zustimmungsgesetz hinreichend bestimmt normiert worden seien. Das bedeute zugleich, daß spätere wesentliche Änderungen des im Unionsvertrag angelegten Integrationsprogramms und seiner Handlungsermächtigung nicht mehr vom Zustimmungsgesetz für diesen Vertrag gedeckt seien. Würden etwa europäische Einrichtungen oder Organe den Unionsvertrag in einer Weise handhaben oder fortbilden, die von dem Vertrag, wie er dem deutschen Zustimmungsgesetz zugrunde liege, nicht mehr gedeckt wäre, so wären die daraus hervorgehenden Rechtsakte im deutschen Hoheitsbereich nicht verbindlich. Die deutschen Staatsorgane wären aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, diese Rechtsakte in Deutschland anzuwenden. Daraus resultiere, daß das Bundesverfassungsgericht die Einräumung von Hoheitsbefugnissen an die Europäische Union und die ihr zugehörigen Gemeinschaften hier nur am Maßstab des Gewährleistungsinhaltes des Art. 38 GG prüfen könne. Dieser Gewährleistungsinhalt werde durch das Zustimmungsgesetz, wie sich aus dem Inhalt des Vertrages ergebe, nicht verletzt: Der Vertrag begründe einen europäischen Staatenverbund, der von den Mitgliedstaaten getragen werde und deren nationale Identität achte; er betreffe die Mitgliedschaft Deutschlands in

supranationalen Organisationen, nicht die Zugehörigkeit zu einem europäischen Staat. Die Aufgaben der Europäischen Union und die zu ihrer Wahrnehmung eingeräumten Befugnisse würden dadurch in einer hinreichend voraussehbaren Weise normiert, daß das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eingehalten, keine Kompetenz für die Europäische Union begründet und die Inanspruchnahme weiterer Aufgaben und Befugnisse durch Europäische Union und Europäische Gemeinschaften von Vertragsergänzungen und Vertragsänderung abhängig gemacht würden, mithin der zustimmenden Entscheidung der nationalen Parlamente vorbehalten würden.

2. Diskriminierungsverbot

65. Die Vereinbarkeit von § 110 Abs. 1 Satz 1 ZPO mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 7 EWG-Vertrag a.F.) und der Gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 f. EWG-Vertrag), war Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens des Landgerichtes Hamburg (EuZW 1992, 712L) an den Gerichtshof. Über dieses entschied der EuGH nunmehr mit Urteil vom 1.7.1993 (Rs C 20/92 = EuZW 1993, 514 ff.) (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Entscheidungen des Oberlandesgerichtes München (EuZW 1993, 199 = NJW 1993, 865) und OLG Düsseldorf (EuZW 1993, 326), sowie P. Rädler, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992, ZaöRV 54 [1994], 536).

Im Ausgangsfall ging es um die Klage eines englischen Anwaltes, der nach englischem Recht zum Testamentsvollstrecker bestellt worden war und in Deutschland klageweise die Auskehr von Nachlaßvermögen geltend gemacht hatte. Der Beklagte des Ausgangsverfahrens hatte daraufhin die Leistung einer Prozeßkostensicherheit gemäß § 110 Abs. 1 Satz 1 ZPO verlangt. Nach dieser Bestimmung haben Angehörige fremder Staaten, die als Kläger vor einem deutschen Gericht auftreten, dem Beklagten auf sein Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten.

§ 110 Abs. 1 Satz 1 ZPO bestimmt jedoch, daß diese Verpflichtung nicht gilt, wenn der Kläger Angehöriger eines Staates ist, der von einem deutschen Staatsangehörigen keine derartige Sicherheitsleistung verlangt. Art. 14 des deutsch-britischen Abkommens über den Rechtsverkehr vom 20.3.1928, das mit Wirkung vom 1.1.1953⁴⁴ wieder in Kraft gesetzt wurde, sieht vor, daß die Angehörigen eines Vertragsstaates von der Zahlung der Prozeßkostensicherheit im anderen Vertragsstaat nur dann befreit sind,

⁴⁴ BGBl. 1953 II, 116.

wenn sie dort ihren Wohnsitz haben. Im übrigen befreit das Pariser Europäische Niederlassungsübereinkommen vom 13.12.1955⁴⁵ alle Angehörigen der Vertragsstaaten von diesem Erfordernis unter der bloßen Voraussetzung, daß sie ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem der Vertragsstaaten haben. Diese Bestimmung gilt jedoch nicht für die Angehörigen von Staaten, die im Rahmen von Art. 27 des Abkommens einen Vorbehalt gemacht haben. Dieses ist für das Vereinigte Königreich der Fall. Wegen dieses Vorbehaltes kam dem Kläger die Befreiung nach dem Pariser Abkommen nicht zugute. Da er in Deutschland keinen Wohnsitz hatte, konnte er sich auch nicht auf das bilaterale deutsch-britische Abkommen berufen. Das Landgericht Hamburg war der Auffassung, daß der Ausgang des Rechtsstreites von der Auslegung des Gemeinschaftsrechtes abhängige und ersuchte daher den Gerichtshof um Vorabentscheidung. Das Gericht wollte wissen, ob die Art. 7 Abs. 1, 59 und 60 EWG-Vertrag a.F.⁴⁶ es einem Mitgliedstaat verbieten, von einer in Ausübung ihres Berufes handelnden Person mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat, die vor einem inländischen Gericht klagt, die Zahlung einer Prozeßkostensicherheit zu verlangen, nur weil sie Angehörige eines anderen Mitgliedstaates ist.

Vorab erinnerte der EuGH daran, daß das Diskriminierungsverbot nach Art. 7 EWG-Vertrag seine Wirkung im Anwendungsbereich des EWG-Vertrages "unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages" entfalte. Damit verweise Art. 7 EWG-Vertrag insbesondere auf andere Bestimmungen des Vertrages, die das allgemeine Verbot des Art. 7 EWG-Vertrag für besondere Anwendungsfälle konkretisierten⁴⁷.

Somit sei für die Beantwortung der gestellten Vorabentscheidungsfrage zunächst festzustellen, ob Tätigkeiten der im Ausgangsverfahren vorliegenden Art, bei denen der Erbringer und der Empfänger im selben Mitgliedstaat niedergelassen seien, die Dienstleistung selbst jedoch in einem anderen Mitgliedstaat erbracht werde, in den Anwendungsbereich der Art. 59 und 60 EWG-Vertrag fallen würden⁴⁸. Werde eine solche Dienstleistung von einer in Ausübung ihres Berufes handelnden Person und somit, wie in Art. 60 EWG-Vertrag vorausgesetzt, in der Regel gegen Entgelt erbracht, komme der Grundsatz der Gleichbehandlung des Art. 59

⁴⁵ BGBl. 1959 II, 998.

⁴⁶ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.3.1957, BGBl. II, 766.

⁴⁷ Mit Hinweis auf EuGH, Slg. 1989, 195 – Rechtssache *Cowan*.

⁴⁸ Mit Hinweis auf EuGH, Slg. I 1991, 659 Tz 10 – Kommission – Frankreich; EuGH, Slg. I 1991, 709 Tz.9 – Kommission – Italien; EuGH, Slg. I 1991, 727 Tz.10 – Kommission – Griechenland = EuZW 1991, 352.

EWG-Vertrag zur Anwendung. Sodann sei festzustellen, daß es eine durch die Art. 59 und 60 EWG-Vertrag verbotene unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstelle, wenn ein Mitgliedstaat von einem Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates, der als Testamentsvollstrecker eine Klage vor einem inländischen Gericht erhebe, die Zahlung einer Prozeßkostensicherheit verlange, während eine solche Voraussetzung für seine Staatsangehörigen nicht gelte. Mithin seien Art. 59 und 60 EWG-Vertrag dahin gehend auszulegen, daß sie es einem Mitgliedstaat verbieten, von einer in Ausübung ihres Berufes handelnden Person mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat, die vor einem inländischen Gericht klagte, die Zahlung einer Prozeßkostensicherheit zu verlangen, nur weil sie Angehörige eines anderen Mitgliedstaates ist. Zur weitergehenden Frage des Landgerichtes Hamburg, ob durch das Bestehen internationaler Abkommen, die auf dem Grundsatz der Gegenseitigkeit beruhen und in bestimmten Fällen die Befreiung von der Zahlung der streitigen Sicherheitsleistung vorsehen, die Anwendung des EWG-Vertrages beeinflusst werden könne, führte das Gericht aus: Der nach ständiger Rechtsprechung im Gemeinschaftsrecht verankerte Anspruch auf Gleichbehandlung könne nicht davon abhängen, ob zwischen den Mitgliedstaaten ein Gegenseitigkeitsabkommen bestehe⁴⁹. Schließlich stellte das Gericht fest, der Umstand, daß der Ausgangsrechtsstreit dem Erbrecht zuzuordnen sei, könne die Anwendung des im Gemeinschaftsrecht verankerten Rechtes auf freien Dienstleistungsverkehr gegenüber einer in Ausübung ihres Berufes handelnden Person, die mit der Angelegenheit betraut sei, nicht ausschließen.

3. Freier Warenverkehr

66. Im Anschluß an das Urteil des OVG Lüneburg vom 19.5.1992 entschied das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 27.5.1993 (7 C 33/92 = NJW 1993, 3280 ff.): Die mit der Eintragung von Kulturgut in das "Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes" verbundene Erschwerung der Ausfuhr gemäß § 1 Abs. 4 des Gesetzes zum Schutze deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung⁵⁰ ist als Ausfluß der Sozialbindung des Eigentums mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar. Diese Eintragung widerspreche

⁴⁹ Mit Hinweis auf EuGH, Slg. 1972, 457 – *Frilli*; EuGH, Slg. 1989, 195 = NJW 1989, 2183 – *Cowan*.

⁵⁰ Kulturgutschutzgesetz vom 6.8.1955 (BGBl. I, 501) in der Fassung vom 2.3.1974 (BGBl. I, 469).

auch nicht den Bestimmungen des EWG-Vertrages über den freien Warenverkehr (Art. 30 ff.). Die streitbefangenen Regelungen des Kulturgutschutzgesetzes stünden im Einklang mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, der gemäß § 15 Kulturgutschutzgesetz als internationaler Vertrag "unberührt" bliebe. Die Vorinstanzen, so führte das Gericht aus, hätten zutreffend dargelegt, daß die Art. 30 und 34 EWG-Vertrag zwar mengenmäßige Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten grundsätzlich verbieten, daß jedoch von dem Grundsatz des freien Warenverkehrs gemäß Art. 36 EWG-Vertrag unter anderem abgewichen werden dürfe, soweit es um den Schutz "des nationalen Kulturgutes von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert" gehe.

67. Im Anschluß an das Urteil des EuGH vom 18.5.1993 (Rs C 126/91, GRUR 1993, 747 – *Yves Rocher*) entschied der Bundesgerichtshof am 14.10.1993 (I ZR 131/89 = GRUR Int. 1994, 337 ff. = BGHZ 123, 356 ff. = NJW 1994, 1961 ff.) im Hinblick auf Art. 30 EWG-Vertrag:

Der Anwendung des Verbots der zutreffenden blickfangmäßigen Preisgegenüberstellung gemäß § 6e Abs. 1 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (in der Fassung vom 25.10.1994, BGBl.I, 1738) stehe im EG-zwischenstaatlichen Handel Art. 30 EWG-Vertrag entgegen. Da das Verbot der zutreffenden Preisgegenüberstellung gemäß § 6e Abs. 1 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb weder zum Schutze des Verbrauchers noch zur Wahrung der Lauterkeit des Handels gerechtfertigt sei, scheitere seine Anwendung im EG-zwischenstaatlichen Handelsverkehr an Art. 30 EWG-Vertrag.

In diesem Zusammenhang ist auch auf den Beschluß des Landgerichtes Passau vom 27.10.1993 (HK O 115/93 = EuZW 1994, 187 ff.) sowie auf den Beschluß des Landgerichtes Düsseldorf vom 24.11.1993 (12 O 414/93 = EuZW 1994, 188 ff.) hinzuweisen. Sowohl das Landgericht Düsseldorf als auch das Landgericht Passau setzten den Rechtsstreit aus, um gemäß Art. 100 GG, § 80 BVerfGG die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen, weil sie die sich aus der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Yves Rocher* ergebende Inländerdiskriminierung für mit Art. 3 GG unvereinbar halten. Vgl. hierzu auch die Entscheidung des OLG Düsseldorf (Urteil vom 30.12.1993 – 2 U 180/93 = NJW 1994, 741), die bereits in Kenntnis der Änderung der Rechtsprechung des EuGH (EuZW 1993, 770 = NJW 1994, 121 – *Keck*) erging.

68. Mit Urteil vom 7.10.1993 (31 O 380/93 – nicht rechtskräftig = EuZW 1994, 126 ff.) entschied das Landgericht Köln: Die Garantie des freien Warenverkehrs stehe einem warenzeichenrechtlichen Unterlas-

sungsanspruch nur dann entgegen, wenn dieser zu einer "künstlichen" Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten führe. Eine Marktabshottung, die aufgrund der wettbewerbsrechtlichen Verhältnisse und der von außen legitim auf die Marktteilnehmer wirkenden Einflüsse entstanden sei, bleibe zulässig. Damit gab es der Klage eines Pharmaunternehmens statt, das in Lizenz ein Antirheumatikum in der Bundesrepublik Deutschland vertreibt. Die Klägerin hatte einen warenzeichenrechtlichen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte geltend gemacht, die aus Spanien das gleiche Mittel, das dort mit Zustimmung der französischen Lizenzgeberin in Verkehr gebracht wurde, importiert, umverpackt und in neuen Packungsgrößen auf den deutschen Markt gebracht hatte.

4. Freizügigkeit

69. Mit Urteil vom 27.1.1993 (11 C 2/92 = NVwZ 1994, 375 ff.) entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß für die Zeit vor dem Inkrafttreten des 12. BAföG-Änderungsgesetzes⁵¹ einem Auszubildenden, der die persönlichen Voraussetzungen des § 8 BAföG nicht erfüllte, ein Anspruch auf Ausbildungsförderung direkt aus Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft⁵² zustehe. Das Bundesverwaltungsgericht führte aus, daß der Verwaltungsgerichtshof Mannheim in seiner Entscheidung die Tragweite des Rechtes der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere den Anwendungsbereich von Art. 7 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68, verkannt habe. In der Rechtsprechung des EuGH sei geklärt, daß das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 7 Abs. 2 EWG-Vertrag a. F. beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechtes für einen ausländischen Auszubildenden keinen Anspruch auf Ausbildungsförderung vermittele (EuGH, Slg. 1988, 3161 = NJW 1988, 2165; EuGH, Slg. 1988, 3205 – *Brown*). Anders als der Zugang zur Berufsausbildung (vgl. dazu EuGH, Slg. 1985, 593 = NJW 1985, 2085 – *Gravier*) falle die Ausbildungsförderung nicht in den Anwendungsbereich des EWG-Vertrages im Sinne von dessen Art. 7. Grundlage für den Anspruch des Klägers sei jedoch Art. 7 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68, die Regelungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft enthalte. Da der deutsche Gesetzgeber die sich hieraus ergebenden

⁵¹ Gesetz vom 22.5.1990, BGBl. I, 936.

⁵² Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 – ABl. Nr. L 257/2, zuletzt geändert durch Verordnung (EWG) Nr. 2434/92 – ABl. Nr. L 245/1.

Anforderungen, wie sie der EuGH im Urteil vom 21.6.1988 (EuGH, Slg. 1988, 3161 = NJW 1988, 2165) dargelegt habe, bis zum Inkrafttreten des mit dem 12. BAföG-Änderungsgesetzes eingeführten § 8 Abs. 1 Nr. 6 BAföG nicht in das nationale Recht umgesetzt habe, sei die genannte Vorschrift des Gemeinschaftsrechtes, der nach Art. 189 Abs. 2 EWG-Vertrag allgemeine, verbindliche und unmittelbare Geltung zukomme, als Anspruchsgrundlage für eine Förderung heranzuziehen.

70. Mit Beschluß vom 25.11.1993 (3 L 3811/93.KO = InfAuslR 1993, 97 f.) entschied das Verwaltungsgericht Koblenz im Hinblick auf § 7 Abs. 1 und § 1 Abs. 2 Aufenthaltsgesetz/EWG⁵³, daß eine nach nigerianischem Stammesrecht in Vertretung der abwesenden Verlobten durch die Väter geschlossene Ehe wirksam sei und somit für den Ehegatten mit nigerianischer Staatsangehörigkeit ein abgeleitetes EG-Freizügigkeitsrecht begründe. Nach § 7 Abs. 1 werde Freizügigkeit auch Familienangehörigen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gewährt. Familienangehörige im Sinne des Gesetzes seien gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 unter anderem der Ehegatte einer in § 1 Abs. 1 Nr. 1–4 Aufenthaltsgesetz/EWG genannten Person.

71. Erstmals entschied mit dem Landgericht Frankfurt am Main mit Urteil vom 18.1.1994 (dieses Urteil wird ob seiner Bedeutung bereits in diesem Bericht besprochen) (2/14 O 392/93 = EuZW, 1994, 511 f.) – soweit ersichtlich – ein nationales Gericht eines EU-Mitgliedstaates in der Hauptsache rechtskräftig über die Vereinbarkeit der Ausländerklausel eines Sportverbandes mit dem Recht auf Freizügigkeit gemäß Art. 48 EWG-Vertrag. In dem Rechtsstreit ging es unter anderem um die Ausländerklausel in der Wettspielordnung des deutschen Tischtennisbundes e. V. (Nr. B 9.3 *lit.* b). Danach ist in Mannschaften, die an offiziellen Meisterschafts- und Pokalspielen teilnehmen, nur eine bestimmte, je nach Spielsystem unterschiedliche Zahl von Ausländern spielberechtigt. Das Gericht entschied, daß Nr. B 9.3 *lit.* b Wettspielordnung nicht gegen Art. 48 des EWG-Vertrages verstoße. Das sich aus Art. 7 i.V.m. Art. 48 EWG-Vertrag ergebende Diskriminierungsverbot binde nicht nur die staatlichen Behörden, sondern gelte auch für verbandsinterne kollektive Regelungen im Arbeits- und Dienstleistungsbereich.

Nr. B 9.3 *lit.* b Wettkampfordnung stelle eine Beschränkung der Tätigkeit ausländischer Spieler dar. Jeder Spieler könne nur dann eingesetzt

⁵³ Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, i.d.F. der Bekanntmachung vom 31.1.1980 (BGBl. I, 116), zuletzt geändert durch Gesetz zur Neuordnung des Ausländerrechts vom 9.7.1990 (BGBl. I, 1354).

werden, wenn nicht bereits ein anderer ausländischer Spieler der Mannschaft angehöre. Dennoch verstoße diese Vorschrift deshalb nicht gegen das Gemeinschaftsrecht, weil die Beschränkung der Teilnahme ausländischer Spieler an Punktspielen der 1. Bundesliga und an Pokalspielen nicht auf wirtschaftlichen, sondern auf sportlichen Gründen beruhe, und nicht weiter reiche als die sportlichen Gründe dies rechtfertigten. Derartige Beschränkungen seien jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH zulässig (Slg. 1976, 1333 = NJW 1976, 2068 L-Dona).

5. Landwirtschaft

72. Hintergrund für den Vorlagebeschluß des Verwaltungsgerichtes Frankfurt vom 5.8.1993 (1 G 2469/93 (1) = EuZW 1993, 774) ist die seit dem 1.7.1993 gültige neue Marktordnung für Bananen (Verordnung (EWG) Nr. 404/93), die das Ziel hat, den innergemeinschaftlichen Banan Handel zu stärken. Sie kontingentiert daher die Einfuhr aus Drittländern und belastet sie ab einer bestimmten Menge mit hohen Zöllen. Im vorliegenden Verfahren hatte die Antragstellerin, eine Importeurin von Südfrüchten, sich gegen die vom Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft (Antragsgegnerin) vorgenommene Verteilung von Zollkontingenten für den Import von Bananen gegenüber Marktbeteiligten der Gruppe C im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1442/93 gewandt. Sie hatte erreichen wollen, daß Einfuhrlizenzen nur an solche Marktbeteiligten vergeben werden, die bereits in der Vergangenheit Bananen importiert hatten. Sie hatte deshalb Widerspruch gegen alle Zuteilungsbescheide der Antragsgegnerin eingelegt. Die Antragsgegnerin hatte daraufhin die sofortige Vollziehung der Zuteilungsbescheide angeordnet. Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes hatte die Antragstellerin begehrt, die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruches wiederherzustellen. Das Verwaltungsgericht setzte das Verfahren aus und ersuchte den EuGH um Vorabentscheidung. Das Verfahren ist bei dem EuGH unter dem Aktenzeichen RsC-389/93 anhängig.

Mit Beschluß vom 1.12.1993 (1 E 2949/93 (2) = EuZW 1994, 157 ff.) setzte das Verwaltungsgericht Frankfurt im Verfahren mehrerer Bananenimporteure auf Zuteilung von Lizenzen zur Einfuhr von Drittlandsbananen, die über die in der Verordnung (EWG) Nr. 404/93 festgelegten Mengen hinausgehen, ebenfalls das Verfahren aus und ersuchte den EuGH um Vorabentscheidung über die Wirksamkeit der Verordnung. Das Verwaltungsgericht vertrat die Ansicht, daß die Verordnung nicht formell rechtmäßig zustande gekommen und auch materiell unter dem Gesichtspunkt

des freien Wettbewerbes, des Diskriminierungsverbotes, des Vertrauens- und Eigentumsschutzes sowie der Verhältnismäßigkeit der Regelungen rechtswidrig sei. In einem weiteren Beschluß stellte das VG im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes dem EuGH die Frage nach der Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung durch das nationale Gericht bei Zweifeln an der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechtes (vgl. hierzu 1 G 3439/93 (V) = EuZW 1994, 160)⁵⁴.

73. Mit Beschluß vom 11.3.1993 (III ZR 44/92 = DVBl. 1993, 717 ff. = RIW 1993, 683 ff.) entschied der BGH: Ist einem Milcherzeuger (nur) deswegen keine Milchreferenzmenge zugeteilt worden, weil er im maßgeblichen "Referenzjahr" infolge einer eingegangenen Nichtvermarktungsverpflichtung keine Milch geliefert hatte, so ist diese Nichtberücksichtigung rechtswidrig. Diese Rechtswidrigkeit und ihre haftungsrechtlichen Folgen fielen unmittelbar in die Verantwortung des Europäischen Gemeinschafts-Gesetzgebers. Für den Vollzug dieser gemeinschaftsrechtlichen Regelungen haften die Bundesrepublik Deutschland weder nach Amtshaftungsgrundsätzen noch wegen enteignungsgleichen Eingriffs. Eine Ausnahmeregelung für Nichtvermarkter sei nämlich weder in der Milchgarantieverordnung des Bundesministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten vom 25.5.1984 (MGVO, BGBl. I, 720) noch in der dieser zugrundeliegenden Verordnung (EWG) Nr. 857/84 vom 31.3.1984 des Rates der EG (Abl. EG Nr. L 90, 13) vorgesehen gewesen. Daß die Verordnung später vom EuGH insoweit für ungültig erklärt worden sei als sie die Zuteilung von Referenzmengen an Nichtvermarkter nicht vorgesehen habe, sei für den mit der Anwendung dieser Regelung befaßten Amtsträger nicht erkennbar gewesen⁵⁵.

6. Wettbewerbs-/Kartellrecht

74. In seinem Urteil vom 16.12.1993 (I ZR 277/91 = NJW-RR 1994, 619 ff.) entschied der Bundesgerichtshof, die Klagebefugnis eines inländischen Verbandes gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG erstrecke sich auch auf die Wahrung wettbewerblicher Interessen, die sich aus einem bilateralen Abkommen zum Schutze ausländischer Herkunftsbezeichnungen ergä-

⁵⁴ Über die Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen die Gemeinsame Marktorganisation für Bananen hat der EuGH zwischenzeitlich mit Urteil vom 5.10.1994 – Rs.C – 280/93 (Bundesrepublik Deutschland/Rat) entschieden. Das Urteil ist abgedruckt in EuZW 1994, 688 ff.

⁵⁵ Vgl. im Hinblick auf die Ungültigkeit der MGVO die Urteile vom 28.4.1988 (Rs. 120/86, Slg. 1988, 2321, RdNr. 28, und Rs. 170/86, Slg. 1988, 2355, RdNr. 17).

ben. Die Art. 30 und 36 EWG-Vertrag stünden der Anwendung des deutsch-italienischen Herkunftsabkommens zum Schutze der Käsebezeichnung "Mozzarella" entgegen, wenn diese im Ursprungsland eine Gattungsbezeichnung sei oder sich dazu entwickelt habe. Der von der Klägerin in Anspruch genommene und von dem Berufungsgericht gewährte Bezeichnungsschutz für die in Anlage B zum deutsch-italienischen Abkommen⁵⁶ aufgeführte Käsebezeichnung "Mozzarella" werde durch die zwischenzeitlich (24.7.1993) in Kraft getretene Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 des Rates vom 14.7.1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel (ABl.EG Nr. L 208 vom 24.7.1992) nicht in Frage gestellt. (Anders das Schreiben des zuständigen Generaldirektors der Kommission an die Ständige Vertretung der BR Deutschland bei der EU vom März 1995, EuZW 1995, 368.) Auch stelle die Revision nicht in Abrede, daß bei Anwendung des deutsch-italienischen Abkommens gemäß dessen Art. 3 i.V.m. Anlage B die beanstandete Bezeichnung "Mozzarella" ausschließlich zur Bezeichnung italienischer Käseerzeugnisse geschützt sei (Art. 4 des Übereinkommens) und deren Verwendung für in der Bundesrepublik Deutschland hergestellten Weichkäse auch mit dem vom Beklagten verwendeten Zusatz "Typ" verboten sei. Die Zubilligung des Schutzes des deutsch-italienischen Abkommens für die Bezeichnung "Mozzarella" scheitere im Streitfall jedoch dann am höherrangigen EG-Gemeinschaftsrecht, wenn die Käsebezeichnung "Mozzarella", wie von der Beklagten vorgetragen und vom Berufungsgericht unterstellt worden sei, in Italien als Gattungsbezeichnung ohne rechtlichen Schutz benutzt werde. Da das Berufungsgericht zu der von der Beklagten behaupteten Eigenschaft der Bezeichnung "Mozzarella" als Gattungsbezeichnung in Italien keine Feststellung getroffen habe, sei der Rechtsstreit zur Aufklärung dieser Frage an das Berufungsgericht zurückzuverweisen gewesen. Wie der Senat in seinem Urteil vom selben Tag in dem ebenfalls die Beklagte betreffenden Rechtsstreit I ZR 210/91 – *Mozzarella II* – (= BB 1994, 378) ausführte, vermöge eine unterstellte Irreführung des Verbrauchers, daß der unter der Bezeichnung "Mozzarella" vertriebene Käse aus Italien stamme, das begehrte Schlethinverbot der Verwendung der Bezeichnung "Mozzarella" nicht zu rechtfertigen. Ein solches Verbot könne schon deshalb nicht ausgesprochen werden, weil nicht von vornherein auszuschließen sei, daß der

⁵⁶ Abkommen vom 23.7.1963 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der italienischen Republik über den Schutz von Herkunftsangaben, Ursprungsbezeichnungen und anderen geographischen Bezeichnungen (BGBl. 1965 II, 157).

Verwender die Bezeichnung "Mozzarella" für im Inland hergestellten Käse durch entlokalisierende Zusätze klarstellen und damit einer Irreführung des Verbrauchers entgegenwirken könne.

75. In seinen Urteilen vom 21.1.1993 (6 U 6226/91 = RIW 1993, 337 ff.) und vom 11.2.1993 (29 U 2303/92 [nicht rechtskräftig] = GRUR Int. 1993, 873 ff.) beschäftigte sich das OLG München mit der Etikettierung von Sekt. Im Urteil vom 21.1.1993 führte das OLG aus, daß Art. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 2333/92 des Rates vom 13.7.1992 zur Regelung des Schaumweinbezeichnungsrechts (Nachfolgerin der Verordnung Nr. 3309/85, gültig seit dem 1.9.1992, weitgehend identisch mit der früheren Verordnung) für die Herstellung eines Schaumweines die Legaldefinition enthalte. Durch die im zu entscheidenden Fall vorgenommene Etikettierung der Flaschen sei für einen nicht unerheblichen Teil des angesprochenen Verkehrs nicht ersichtlich gewesen, daß es sich nicht um Champagner handle oder auch nicht zumindest um etwas "ganz ähnliches". Gemäß Art. 13 Abs. 1 der Verordnung dürften aber die Bezeichnung und Aufmachung der unter die Verordnung fallenden Erzeugnisse, sowie jegliche Werbung für diese Erzeugnisse nicht falsch sein oder dazu geeignet sein, Verwechslungen oder eine Irreführung von Personen, an die sie sich richteten, hervorzurufen. Dies gelte insbesondere hinsichtlich der in Art. 3 geregelten Angaben und Eigenschaften der Erzeugnisse, zu denen insbesondere die Herkunft gehöre. In seinem Urteil vom 11.2.1993 führte das Gericht darüber hinaus aus, "enthält die Etikettierung eines Schaumweines Angaben in mehreren Amtssprachen der Gemeinschaft, so müssen, soweit es sich um "Pflichtangaben" gemäß Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 2333/92 handelt, die Anforderungen dieser Bestimmung in allen benutzten Sprachen erfüllt sein".

76. In seinem Beschluß vom 18.5.1993 (KVZ 10/92 = WuW 1993, 849 ff.) "*Pauschalreisen-Vermittlung II*" entschied der BGH, daß die Art. 85 und 86 EWG-Vertrag als innerstaatlich unmittelbar geltendes Recht auch bei der Anwendung des § 18 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB)⁵⁷ zu beachten seien. Eine Verfügung, die allein aufgrund des § 18 GWB ergehe, beziehe sich auf einen anderen entscheidungsrelevanten Sachverhalt und habe schon deshalb einen anderen Regelungsgehalt als eine Verfügung, die zur Durchsetzung der Art. 85 und 86 EWG-Vertrag erlassen werde. Die Vorschrift des § 18 GWB gebe den Kartellbehörden die Befugnis, im Interesse der Offenhaltung der inländischen Märkte und des Schutzes der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheiten der durch Aus-

⁵⁷ BGBl. 1990 I, 235.

schließlichkeitsbindungen ausgesperrten Dritten Verträge für unwirksam zu erklären. Demgegenüber seien die Art. 85 und 86 EWG-Vertrag auf Vereinbarungen nur dann anwendbar, wenn diese geeignet seien, den Handel zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften zu beeinträchtigen. Ferner seien für eine Verfügung, die sich unter Anwendung der Art. 85 und 86 EWG-Vertrag gegen eine Ausschließlichkeitsbindung wende, die nationalen Behörden dann nicht mehr zuständig, wenn die Kommission der Europäischen Gemeinschaften wegen der Ausschließlichkeitsbindung ein Verfahren nach Art. 2, 3 oder 6 VO (EWG) Nr. 1762 eingeleitet habe.

7. Gleichberechtigung von Mann und Frau
(Art. 119 EWG-Vertrag)

77. In seinem Urteil vom 26.5.1993 (5 RZR 184/92 = BB 1993, 2451 ff. = MDR 1994, 283) entschied das Bundesarbeitsgericht, daß teilzeitbeschäftigte Frauen, deren tägliche Arbeitszeit spätestens um 12 Uhr ende, keinen Anspruch auf bezahlte Freistellung an Tagen hätten, an denen der Arbeitgeber ab 12 Uhr Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung der Bezüge gewähre. Die vom Arbeitgeber gewährten bezahlten Freistellungen fielen unter den Begriff des Entgeltes im Sinne von Art. 119 EWG-Vertrag. Die Klägerin werde auch anders behandelt als die Arbeitnehmer, deren Sollarbeitszeit nach 12 Uhr ende. Sie erhalte also an diesen Tagen für die von ihr geleistete Arbeit eine geringere Vergütung pro Zeiteinheit als diejenigen, die ab 12 Uhr von der Arbeit freigestellt seien. Es könne auch zugunsten der Klägerin unterstellt werden, daß die Benachteiligung erheblich mehr Frauen als Männer treffe. Dennoch erweise sich die Ungleichbehandlung hier als gerechtfertigt, denn sie sei durch objektive Faktoren begründet, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes zu tun hätten. Ein objektiver, die Ungleichbehandlung rechtfertigender Grund liege dann vor, wenn "Gleichbehandlung", also die Gewährung der Vergünstigung auch an die Teilzeitbeschäftigten, zu einer Veränderung des Leistungszweckes, d. h. der Art der Leistung führen würde, wenn also die den Teilzeitbeschäftigten gewährte Vergünstigung in ihrer Art nicht mehr dieselbe wäre wie die den Vollzeitbeschäftigten gewährte. Das sei hier der Fall. Die Beklagte stelle ihre Arbeitnehmer am 24. und 31. Dezember eines jeden Jahres und in den meisten Jahren auch an Weiberfastnacht und Karnevalsdienstag jeweils ab 12 Uhr von der Arbeit frei. Es handle sich also um eine streng zeit- und anlaßbezogene Freistellung, die ihrerseits nichts mit einer Diskriminierung von Frauen zu tun habe.

78. Das Landesarbeitsgericht Hannover entschied mit Urteil vom 12.1.1993 (6 Sa 1094/92 E = MDR 1993, 659 f.), daß das Gleichbehandlungsgebot dann nicht verletzt sei, wenn eine höhere Vergütung durch die in einer längeren Ausbildung gewonnene unterschiedliche berufliche Qualifikation gerechtfertigt sei. Dem beklagten Land sei die Anknüpfung an sachfremde Gesichtspunkte bei einer Festlegung der Eingruppierungsvoraussetzungen für Lehrer nicht vorzuhalten, soweit auf Ausbildungskriterien abgestellt worden sei. Eine Eingruppierungsregelung, die die Höhe der Vergütung von einem bestimmten Ausbildungsabschluß abhängig mache und für andere Ausbildungsabschlüsse bei gleicher Tätigkeit eine niedrigere Vergütung vorsehe, verletze den Gleichheitssatz des Art. 3 GG nicht. Es sei zulässig, den Vergütungsanspruch nicht nur von der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit, sondern auch von weiteren persönlichen Voraussetzungen wie dem Nachweis bestimmter Kenntnisse oder einer speziellen Ausbildung abhängig zu machen. Die Prüfung führe im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, daß die gewählten Eingruppierungsgrundsätze für die Einstellung als Klassenlehrer an der Sonderschule für geistig Behinderte den wirklichen Bedürfnissen des beklagten Landes dienten und zum Erreichen der gewählten Ziele geeignet und erforderlich seien. Der Umstand, daß durch die Maßnahme – bei Berücksichtigung der beamteten Lehrkräfte – eine wesentlich größere Anzahl von weiblichen als von männlichen Arbeitnehmern betroffen sei, reiche daher für die Feststellung einer Verletzung des Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrages nicht aus.

8. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EWG-Vertrag)

79. Mit Beschluß vom 16.12.1993 (2 BvR 1725/88 = HFR 1994, Nr. 6, Entscheidung Nr. 254) entschied das Bundesverfassungsgericht: Beschließt der BGH, die Annahme der Revision abzulehnen, so liegt darin zugleich die Entscheidung, eine etwaige gemeinschaftsrechtliche Frage nicht dem EuGH vorzulegen, sondern sie in eigener Verantwortung mitzubeurteilen.

Der EuGH sei gesetzlicher Richter i.S. des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Das BVerfG kontrolliere die Einhaltung des Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag wie die anderer Zuständigkeitsregelungen im deutschen Verfahrensrecht.

In Fällen einer an sich statthaften Revision, in denen das Revisionsgericht dennoch die Befugnis habe, die Annahme der Revision abzulehnen, könne die Vorlagepflicht aus Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag nur bei dem

Revisionsgericht eintreten. Sei im Revisionsverfahren voraussichtlich eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen, könne die Erfolgsaussicht einer Revision erst nach Abschluß dieses Zwischenverfahrens sicher beurteilt werden. Beschließe der BGH, die Annahme der Revision abzulehnen, so liege demnach darin zugleich die Entscheidung, die gemeinschaftsrechtliche Frage nicht dem EuGH vorzulegen, sondern sie in eigener Verantwortung mitzubeurteilen. Eine solche Nichtannahmeentscheidung sei folglich an den zuletzt im Senatsbeschluß vom 31.5.1990 (BVerfGE 82, 159, 192 ff.) herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäben für die Handhabung des Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag zu messen. Der BGH habe im hier zu entscheidenden konkreten Verfahren zwar erstmals über die Vorlagepflicht gemäß Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag zu entscheiden gehabt. Von einer offensichtlich unhaltbaren Handhabung seiner Vorlagepflicht könne dann jedoch nicht gesprochen werden, wenn der BGH als letztinstanzliches Gericht, ohne ausdrückliche eigene europarechtliche Erwägungen anzustellen, sich die Argumentation der Vorinstanz stillschweigend zu eigen gemacht habe, nachdem diese sich in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise mit den einschlägigen europarechtlichen Fragen und damit mit ihrer Vorlagemöglichkeit gemäß Art. 177 Abs. 2 EWG-Vertrag auseinandergesetzt habe. Damit habe er den in der Senatsrechtsprechung aufgestellten Anforderungen hinsichtlich seiner Vorlagepflicht gemäß Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag genügt. Mit diesem Beschluß nahm die Dritte Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichtes die Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluß des Bundesgerichtshofes vom 3.11.1988 I ZR 82/88 nicht zur Entscheidung an.

80. In dem bereits unter laufender Nummer [69] besprochenen Urteil stellte der Senat des Bundesverwaltungsgerichtes fest, daß er die Sache des Klägers habe entscheiden können, ohne zuvor das Verfahren gemäß Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag auszusetzen und eine Entscheidung des EuGH einzuholen. Zur Begründung führte es das Urteil vom 6.10.1982 in der Rechtssache 283/81 (EuGH, Slg. 1982, 3415 (3429) = NJW 1983, 1257) an, in dem klargestellt worden sei, daß die Vorlagepflicht des letztinstanzlichen Gerichtes dann nicht bestehe, "wenn bereits eine gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofes vorliege, durch die die betreffende Rechtsfrage gelöst ist, gleich in welcher Art von Verfahren sich diese Rechtsprechung gebildet hat". Dies gelte selbst dann, "wenn die strittigen Fragen nicht vollkommen identisch sind". (Vgl. dazu auch BVerfG, NJW 1988, 1456 [1457]). Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall erfüllt.

81. Mit Beschluß vom 19.2.1993 (BvR 1753/89 = HFR 1993, 409) nahm das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde gegen den Be-

schluß des Bundesfinanzhofes vom 8.9.1989 (= VII R 25/87 – nicht veröffentlicht) nicht zur Entscheidung an, weil sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hatte. Es könne dahinstehen, so das Bundesverfassungsgericht, ob der Bundesfinanzhof im vorliegenden Fall nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechtes überhaupt zu einer Vorlage an den EuGH verpflichtet gewesen sei. Wenn man dies annehme, habe er seine Vorlagepflicht jedenfalls nicht offensichtlich unhaltbar gehandhabt. Der Bundesfinanzhof sei nicht bewußt von der Rechtsprechung des EuGH, insbesondere in seinem Urteil vom 22.1.1986 (Rs 266/84, Slg. 1986, 149 ff.) abgewichen.

9. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften–Türkei

82. In seinem Beschluß vom 23.12.1993 (BVerwG 1 B 63.93 = DÖV 1994, 522 = DVBl. 1994, 545 (Leitsatz) = InfAuslR 1994, 169 ff.) entschied das Bundesverwaltungsgericht im Hinblick auf Art. 7 Satz 1 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19.9.1980 ARB 1/80⁵⁸: Der Anspruch des Familienangehörigen eines dem regulären Arbeitsmarkt der Bundesrepublik Deutschland angehörenden türkischen Arbeitnehmers auf unbeschränkten Zugang zum nationalen Arbeitsmarkt nach Art. 7 Satz 1 2. Spiegelstrich des ARB entfalle dann, wenn der türkische Arbeitnehmer, von dem der Anspruch abgeleitet werde, die Bundesrepublik Deutschland für immer verlassen habe, bevor der Anspruch nach Art. 7 ARB geltend gemacht werde. Art. 7 Satz 1 ARB mache dieses Recht davon abhängig, daß der türkische Arbeitnehmer dem regulären Arbeitsmarkt angehöre.

83. In seinem Urteil vom 16.2.1993 (4 L 220/92 = InfAuslR 1993, 166 ff.) entschied das Schleswig-Holsteinische Obergericht im Hinblick auf die aufenthaltsrechtlichen Wirkungen des Art. 7 ARB 1/80 (bei Straffälligkeit eines türkischen Staatsangehörigen): Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 verleihe dem türkischen Staatsangehörigen, der sich auf ihn berufen könne, einen besonderen Schutz gegen Beschränkungen einer ihm erteilten Aufenthaltserlaubnis.

Der Senat brauche im Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall nicht abschließend zu entscheiden, ob Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 6 Abs. 1 auch aufenthaltsrechtliche Wirkung entfalte und sich der Ausländer, der die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 Satz 1 erfülle, unmittelbar auf

⁵⁸ Der Text findet sich abgedruckt in: InfAuslR 1982, 33 ff.

die Bestimmung berufen könne, um die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung zu erlangen⁵⁹. Eine abschließende Entscheidung dieser Frage erübrige sich im vorliegenden Fall deshalb, weil jedenfalls die Rechtsstellung eines türkischen Staatsangehörigen, der eine Aufenthaltserlaubnis der in Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 genannten Art aktuell besitze, unter den besonderen aufenthaltsrechtlichen Schutz der Bestimmung dieses Beschlusses falle. Insoweit vermochte der Senat keinen Unterschied zu erkennen gegenüber den türkischen Staatsangehörigen, die sich auf Art. 6 ARB 1/80 berufen könnten. Dies gelte zumindest für die türkischen Staatsangehörigen, die unter die Regelung des 2. Spiegelstrichs von Satz 1 des Art. 7 fielen. Diese Regelung entspreche der des Art. 6 Abs. 1 3. Spiegelstrich. Im Ergebnis bedeute dies, daß Art. 7 ARB 1/80 den von ihm begünstigten türkischen Staatsangehörigen regelmäßig einen Anspruch auf Verlängerung einer ihnen erteilten Aufenthaltserlaubnis, jedenfalls aber einen Schutz gegen die Entziehung oder Beschränkung dieser Aufenthaltserlaubnis verleihe.

84. Mit Urteil vom 28.4.1993 (11 S 2124/92 = InfAuslR 1993, 362 ff.) entschied der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg im Anschluß an das Urteil vom 20.9.1990⁶⁰, daß die Regelungen des Beschlusses des Assoziationsrates EWG-Türkei, Nr. 1/80 vom 19.9.1980 für die dadurch begünstigten türkischen Arbeitnehmer unmittelbar eine Rechtsposition begründeten. Einer Umsetzung der Regelung des Assoziationsratsbeschlusses in innerstaatlich unmittelbar anwendbares Recht bedürfe es nicht, um Rechte zugunsten einzelner zu begründen. Vielmehr hätten die innerstaatlichen (deutschen) Gerichte den Rechtsschutz zu gewähren, der sich für die einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechtes ergebe (vgl. EuGH Urteil vom 10.7.1980, Slg. 1980, 2545, 2559).

85. Mit Beschluß vom 13.7.1993 (1 S 1260/93 = InfAuslR 1994, 46 ff.) entschied der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, daß Zeiträume ordnungsgemäßer Beschäftigung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 des Beschlusses 1/80 ARB nur solche seien, in denen die Beschäftigung ununterbrochen ausgeübt worden sei, oder die Zeiten der Unterbrechung den Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung gleichgestellt seien. Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung blieben bei der Ermittlung der Zeiträume nach Art. 6 Abs. 1 ARB außer Betracht, wenn sie durch die Zeiten freiwilliger Arbeitslosigkeit unterbrochen würden.

⁵⁹ Siehe zu dieser Problematik Rädler (Anm. 11), 547, Nr. 111.

⁶⁰ InfAuslR 1991, 2 ff. = NVwZ 1991, 115 ff.

86. In seinem Urteil vom 9.3.1993 (4 L 175/92 = InfAuslR 1993, 164 ff.) mußte das Schleswig-Holsteinische Obergerverwaltungsgericht über die bezahlte Betreuungstätigkeit als Arbeitnehmertätigkeit im Sinne des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 entscheiden. Es befand, daß eine türkische Staatsangehörige, die ihre in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Enkelkinder betreue und von den Eltern Unterhalt in Form von Unterkunft, Verpflegung, Krankenversicherung und ähnlichem erhalte, in der Regel eine Arbeitnehmertätigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 ausübe. Eine solche Tätigkeit sei regelmäßig Teil des regulären Arbeitsmarktes im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80. Vgl. in diesem Zusammenhang auch das Urteil vom 15.7.1993 – 1 S 948/93 = InfAuslR 1993, 89 ff.) des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg, der entschied, daß eine türkische Staatsangehörige, der der Aufenthalt zeitlich befristet zur Mithilfe im Haushalt ihrer Familie erlaubt wurde, die aber nicht im Besitz einer Arbeitserlaubnis sei, keine ordnungsgemäße Beschäftigung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB ausübe.

87. Im Hinblick auf Art. 6 ARB Nr. 1/80 ist auch der Beschluß des hessischen Verwaltungsgerichtshofes vom 15.12.1993 (12 TH 2030/93 = InfAuslR 1993, 94 ff.) zu erwähnen. Das Gericht entschied, daß die Verbüßung von Strafhaft und von Untersuchungshaft jedenfalls bei anschließender Strafhaft aufgrund einer rechtskräftigen Verurteilung in der Regel zum Wegfall der Voraussetzung des Art. 6 Abs. 1 ARB und des sich daraus ergebenden aufenthaltsrechtlichen Status eines türkischen Staatsbürgers führe.

Mit Beschluß vom 11.11.1993 (13 S 2080/93 = InfAuslR 1994, 127 ff.) entschied der Baden-Württembergische Verwaltungsgerichtshof, daß trotz des Beschlusses des Assoziationsrates EWG/Türkei Nr. 1/80 generalpräventive Erwägungen auch bei aus dem Bundesgebiet auszuweisenden türkischen Staatsangehörigen angestellt werden dürften. Der Kläger könne sich im vorliegenden Fall nicht darauf berufen, daß er als türkischer Staatsangehöriger wegen des Beschlusses ARB Nr. 1/80 wie ein Angehöriger der Europäischen Gemeinschaft zu behandeln sei und generalpräventive Erwägungen deshalb nicht zu seiner Ausweisung führen dürften (§ 12 Abs. 3 AufenthG/EWG). Dieser Beschluß könne nämlich der Ausweisung nicht entgegenstehen, weil die darin gewährten Vergünstigungen nach seinem Art. 14 nur vorbehaltlich der Beschränkungen gültig seien, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt seien. Damit seien Ausweisungen türkischer Staatsangehöriger, wenn sie wie hier wegen schwerwiegender Ordnungsverstöße erfolgten, ohne Einschränkung durch Gemeinschaftsrecht zuläs-

sig. Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Beschluß des Bundesverwaltungsgerichtes vom 22.11.1993 (BVerwG 1 B 184.93 = InfAuslR 1993, 100 ff.), in dem das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hatte, daß auch Unterhaltsdelikte, Vermögensdelikte wie etwa Hehlerei oder Steuerhinterziehung als Grundlage für eine generalpräventive Ausweisung in Betracht kämen.

X. Stationierungsstreitkräfte

88. In seinem Urteil vom 28.4.1993 (10 AZR 391/92 = NZA 1993, 105 ff.) mußte das Bundesarbeitsgericht entscheiden, ob in Betrieben der sowjetischen Streitkräfte, die in den "Neuen Ländern" liegen und in denen deutsche Arbeitnehmer als Zivilbedienstete beschäftigt sind, das Betriebsverfassungsgesetz Anwendung findet. Anlaß der Rechtsstreitigkeit war die im Sommer 1990 getroffene Entscheidung der sowjetischen Streitkräfte, einen Reparaturbetrieb stillzulegen, was im Oktober 1990 zur Kündigung der dort beschäftigten Arbeitnehmer führte. Der klagende Arbeitnehmer mache geltend, die Streitkräfte hätten mit der gewählten Betriebsgewerkschaftsleitung vor der Entlassung einen Interessenausgleich im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes versuchen müssen. Da dies nicht geschehen sei, stehe ihm gegen die Bundesrepublik Deutschland nach § 113 BetrVG (BGBl. 1989 I, 902) ein Anspruch auf Abfindung zu.

Das Arbeitsgericht hatte die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Revision des Klägers blieb erfolglos. Das Gericht stellte fest, daß der Kläger zu Recht seine Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland erhoben habe. Nach Art. 21 Abs. 3 des Vertrages vom 12.10.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken über die Bedingungen des befristeten Aufenthalts und die Modalitäten des planmäßigen Abzuges der sowjetischen Truppen aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland⁶¹ seien für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis der deutschen Zivilbeschäftigten bei den sowjetischen Truppen die deutschen Gerichte zuständig. Der Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland stehe nicht entgegen, daß die UdSSR zwischenzeitlich als Völkerrechtssubjekt und Partner des Aufenthalts- und Abzugsvertrages weggefallen sei. Zumindest die Russische Föderation sei als Vertragspartner an die Stelle der UdSSR getreten. Die Russische Föderation habe durch eine

⁶¹ BGBl. 1991 II, 256 ff.

Note vom 13.1.1992⁶² der Bundesrepublik Deutschland mitgeteilt, daß sie die Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten aus den von der UdSSR geschlossenen völkerrechtlichen Verträgen fortführe und in diesem Zusammenhang anstelle der UdSSR die Russische Föderation als Vertragspartei aller geltender völkerrechtlicher Verträge anzusehen sei.

Das Betriebsverfassungsrecht sei ein Recht der privaten Wirtschaft, zu der Betriebe und Verwaltung der Streitkräfte nicht gehörten. § 130 BetrVG nehme Verwaltung und Betriebe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der sonstigen Körperschaften und Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts vom Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes aus. In diesen Betrieben und Verwaltungen gelte Personalvertretungsrecht, wie etwa auch für die bei der Bundeswehr beschäftigten Arbeitnehmer. Gleiches gelte nach Art. 56 Abs. 4 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut (siehe Anm. 63) für die Zivilbeschäftigten bei den Stationierungsstreitkräften des Nordatlantikpaktes. Es wäre daher eine Systemwidrigkeit im deutschen Arbeitnehmervertretungsrecht, wenn für die Zivilbeschäftigten bei den sowjetischen Streitkräften das Betriebsverfassungsrecht, für die Zivilbeschäftigten bei der Bundeswehr und den Streitkräften der Stationierungsstreitkräfte des Nordatlantikpaktes nur Personalvertretungsrecht gelten würde, das eine § 113 BetrVG vergleichbare Regelung nicht enthalte. Dem stehe schließlich nicht entgegen, daß in dem Betrieb die Zivilbeschäftigten am 14.11.1990 noch einen Betriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz gewählt hätten, ohne daß dies offenbar von den Streitkräften beanstandet oder angefochten worden sei. Habe im Betrieb des Klägers im November 1990 das Betriebsverfassungsgesetz nicht gegolten, so sei die Wahl dieses Betriebsrates nichtig. Einer Anfechtung dieser Wahl durch die Streitkräfte habe es somit nicht bedurft. (Vgl. zu diesem Themenkomplex auch das Urteil des Bundesarbeitsgerichtes vom selben Datum Az. 10 AZR 552/92).

89. Mit Urteil vom 27.5.1993 (III ZR 59/92 = NJW 1993, 2173 ff.) entschied der Bundesgerichtshof: Die für die Durchführung militärischer Tiefflüge auf Seiten der NATO-Streitkräfte Verantwortlichen seien den Bewohnern von Tieffluggebieten gegenüber verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die Flugzeiten, die im gesundheitlichen Interesse der Bewohner festgesetzt worden seien, auch beachtet würden. Hielten die Luftstreitkräfte der NATO bei militärischen Tiefflügen diese Grenzen in erheblichem Umfang nicht ein, so hafte wie im vorliegenden Fall die Bundesrepublik Deutschland aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung für die

⁶² BGBl. 1992 II,1016.

hierdurch hervorgerufenen Gesundheitsschäden. Grundlage für die geltend gemachten Ansprüche seien die gem. Art. VIII Abs. 5 des NATO-Truppenstatuts (NTS) (BGBl. 1961 II, 1190) nach deutschem Recht zu beurteilenden Ansprüche nach Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes zum NATO-Truppenstatut und zu den Zusatzvereinbarungen vom 18.8.1961.

90. Das hessische Finanzgericht entschied mit Urteil vom 11.6.1993 (7 K 2813/92 = EFG 1993, Nr. 12, 819 ff.), daß der Normgebungsbereich der EG nicht das Truppenzollrecht umfasse, so daß Bestimmungen des EG-Rechtes nur bei ausdrücklicher Verweisung angewendet werden könnten. Das Gericht stellte fest, daß die von dem Kläger zur Begründung seiner Auffassung herangezogene Bestimmung des Art. 8 Abs. 1 D Zollschuldverordnung deshalb keine Anwendung finde, weil sich die Normgebung des EG-Gesetzgebers auf diesen Bereich nicht beziehe. Das Truppenzollgesetz enthalte also eine spezialgesetzliche Regelung, die nur bei Vorliegen einer entsprechenden Verweisung zur Anwendbarkeit dieser EG-Bestimmung führen könne. Eine solche Verweisung sei indes nicht vorliegend.

91. In seinem Beschluß vom 22.3.1993 (3 Ws 173/92 = NZWehrr 1993, 125 ff.) entschied das Oberlandesgericht Karlsruhe: Die Entlassung eines Mitglieds der US-amerikanischen Stationierungstreitkräfte nach Chapter 10 der Armeevorschrift 635 – 200 begründet für die deutschen Strafverfolgungsbehörden kein Verfahrenshindernis nach Art. VII Nr. 8 NATO-Truppenstatut. Auch ein Verstoß gegen das Recht des Angeklagten auf alsbaldige und schnelle Verhandlung nach Art. VII Abs. 9a NATO-Truppenstatut begründet kein Verfahrenshindernis, ist allerdings im Rahmen der Strafzumessung zu beachten.

Der Angeklagte, so das Gericht, unterliege der deutschen Gerichtsbarkeit. So habe er zum Zeitpunkt der Begehung der ihm vorgeworfenen Straftat als ein in der Bundesrepublik Deutschland stationierter US-Soldat zu dem vom NATO-Truppenstatut erfaßten Personenkreis gehört. Die ihm in der Anklage vorgeworfene Straftat der Vergewaltigung sei sowohl nach amerikanischem Militärrecht als auch nach deutschem Recht von Strafe bedroht und unterliege somit der konkurrierenden Gerichtsbarkeit nach Art. VII Abs. 1 und 3 des NATO-Truppenstatuts. In den Fällen der konkurrierenden Gerichtsbarkeit komme den ausländischen Militärbehörden ein sogenanntes Vorrecht auf Ausübung der Strafgerichtsbarkeit grundsätzlich nur zu, soweit die strafbare Handlung in Ausübung des Dienstes begangen worden sei oder sich nur gegen den Entsendestaat bzw. eine dem Truppenstatut unterstehende Person gerichtet habe (Art. VII Abs. 3a NATO-Truppenstatut). Bei allen sonstigen Straftaten, dazu gehöre auch die vorliegend in Rede stehende Tat, stehe grundsätzlich der

Bundesrepublik Deutschland das Vorrecht zu (Art. 7 Abs. 3b NATO-Truppenstatut). Die Bundesrepublik Deutschland habe jedoch auf das ihr zustehende Vorrecht zur Ausübung der Gerichtsbarkeit nach Art. 19 Abs. 1 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut⁶³ auch gegenüber den Vereinigten Staaten verzichtet. Dieser Verzicht lasse jedoch die deutsche Gerichtsbarkeit dem Grunde nach unangetastet. Mit dem Verzicht entstehe nicht eine ausschließliche Gerichtsbarkeit des Entsendestaates; es liege nach wie vor ein Fall der konkurrierenden Gerichtsbarkeit vor. Deshalb könne die deutsche Gerichtsbarkeit sowohl bei Rücknahme des Verzichtes nach Art. 19 Abs. 3 Zusatzabkommen NATO-Truppenstatut als auch dann wieder aufgenommen werden, wenn die Militärbehörden ihrerseits innerhalb angemessener Zeit nicht tätig würden. Nach dem Ausscheiden des Soldaten aus den Stationierungstreitkräften, ohne daß gegen ihn ein militärgerichtliches Verfahren durchgeführt worden sei, unterliege er auch dann der deutschen Gerichtsbarkeit, wenn der Verzicht auf das Vorrecht nicht zurückgenommen worden sei, weil dann keine konkurrierende Gerichtsbarkeit der Stationierungsmacht mehr bestehe. An der Rechtslage habe sich durch die Wiedervereinigung Deutschlands nichts geändert.

XI. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und Deutsche Wiedervereinigung

1. Deutschlands Rechtslage nach 1945

92. Mit Beschluß vom 22.7.1993 (2Z BR 70/93 = DtZ 1994, 37 ff.) hatte das Bayerische Oberste Landesgericht über folgenden Fall zu entscheiden.

Vor 1949 war als Eigentümer von zwei Grundstücken im Grundbuch "Heß, Rudolf, Reichsminister, Stellvertreter des Führers in München" eingetragen. Mit Urkunde Nr. 1518/V vom 2./24.9.1949 hatte das Bayerische Landesamt für Vermögensverwaltung und Wiedergutmachung die beiden auf den Namen von R. Heß im Grundbuch bezeichneten Grundstücke an den Freistaat Bayern übertragen. Die im Jahre 1977 von R. Heß angeregte Eintragung eines Amtswiderspruches gegen den Eintrag war in allen Rechtszügen abgelehnt worden.

Nach dem Tode von Heß hielten dessen Erben die Enteignung gemäß Übertragungsurkunde vom Jahr 1949 für nichtig. Die erneute Forderung nach Eintragung eines Amtswiderspruches und verschiedene Eintragungs-

⁶³ BGBl. 1961 II, 1183 ff.

anträge wurden ebenso wie die Erinnerung/Beschwerde an das LG zurückgewiesen. Hiergegen richtete sich die weitere Beschwerde.

Das BayObLG entschied: Das Grundbuch sei durch eine Eintragung, die in Vollzug einer besatzungsrechtlichen Maßnahme vorgenommen wurde, nicht unrichtig geworden. Folglich komme ein Amtswiderspruch gegen eine solche Eintragung nach Wiedererlangung der vollen Souveränität der Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang mit der Herstellung der Einheit Deutschlands auch dann nicht in Betracht, wenn die damalige Maßnahme einer Überprüfung anhand des Rechtes der Bundesrepublik Deutschland nicht standhalten sollte.

Die Übertragung der Grundstücke durch das Bayerische Landesamt für Vermögensverwaltung und Wiedergutmachung im Jahre 1949 nach Art. 2 I 1 des Vertrages zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen (Überleitungsvertrag) vom 26.5.1952⁶⁴ könne von deutschen Gerichten nicht auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden. Es handle sich dabei um die Verwaltungsmaßnahme einer Besatzungsbehörde im Sinne der genannten Bestimmung. Damit ent falle auch die Möglichkeit, von einer Unrichtigkeit des Grundbuches durch die Eintragung des Freistaates Bayern im Jahre 1950 auszugehen. Der Senat war darüber hinaus der Auffassung, daß der Freistaat Bayern durch die Eintragung im Grundbuch Eigentümer geworden sei. Dies leite sich aus dem eindeutigen Wortlaut von Art. 2 I 1 des Vertrages von 1952 her.

93. In seinem Beschluß vom 15.11.1993 (4 Ws 255/93 = NStZ 1994, 244 ff.) mußte das Kammergericht Berlin über die Strafbarkeit gem. des Gesetzes Nr. 53 (Neufassung) der Militärregierung über Devisenbewirtschaftung und Kontrolle des Güterverkehrs vom 19.9.1949⁶⁵ bzw. der Verordnung Nr. 235 des Französischen Hohen Kommissars vom 18.9.1949⁶⁶ entscheiden. Soweit sich die Strafbarkeit aus diesen Gesetzen ergebe, bestünden keine Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dieser Bestimmung. Diese alliierten, den Devisenverkehr und Außenhandel regelnden Gesetze seien durch den Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen vom 23.10.1954⁶⁷ und das dazu ergangene Zustimmungsgesetz vom 24.3.1955⁶⁸ zu weitergeltendem innerstaatlichen Recht geworden. Durch das Zustimmungsgesetz sei für die Weitergeltung

⁶⁴ Gesetz vom 24.3.1955, BGBl. II, 213, und Bekanntmachung vom 31.3.1955, BGBl. II, 301, 405.

⁶⁵ BAnz Nr.2 vom 27.9.1949, 2.

⁶⁶ ABl. der franz. Oberkommandos in Deutschland Nr. 305, VO 235.

⁶⁷ BGBl. 1955 II, 405.

⁶⁸ BGBl. 1955 II, 213.

der besatzungsrechtlichen Norm eine neue Rechtsgrundlage geschaffen worden, auf der seitdem formell die Geltung dieses in seinem Ursprung fremden Rechtes beruhe (vgl. BVerfGE 12, 281 und 289).

2. Deutsche Wiedervereinigung

94. Mit Beschluß vom 12.1.1993 (VerfGH 55/92 = EuGRZ 1993, 48 ff. = MDR 1993, 154 ff. = JZ 1993, 259 ff. = JR 1993, 99 ff.) entschied der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, daß das Strafverfahren gegen den ehemaligen DDR-Staatsratsvorsitzenden Honecker wegen Verantwortung für Todesschüsse an der Mauer wegen schwerer Krankheit des Angeklagten aus Gründen der Menschenwürde nicht fortgesetzt werden dürfe.

Es sei davon auszugehen, daß das gegen den Beschwerdeführer anhängige Strafverfahren seinen gesetzlichen Zweck nicht mehr erreichen könne. Dieser bestehe darin, den legitimen Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der dem Beschwerdeführer in der Anklage zur Last gelegten Taten und gegebenenfalls auf Verurteilung und Bestrafung zu erfüllen. Das Strafverfahren werde somit zum Selbstzweck. Für eine weitere Durchführung eines solchen Strafverfahrens gebe es keinen rechtfertigenden Grund. Auch der eine Untersuchungshaft anordnende Haftbefehl sei nicht Selbstzweck, sondern habe die ausschließliche Funktion, die Durchführung eines geordneten Strafverfahrens zu gewährleisten und die spätere Strafvollstreckung sicherzustellen. Es verstehe sich von selbst, daß dem nicht entgegengehalten werden könne, daß die DDR den Angeklagten und Untersuchungsgefangenen keinen auch nur annähernd gleichen Schutz der Menschenwürde gewährt habe.

Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Beschluß des Kammergerichtes Berlin vom 13.1.1993 – 4 Ws 7 und 8/93 (= NJW 1993, 673 ff.).

95. In seinem Urteil vom 18.3.1993 (8 AZR 356/92 = DtZ 1994, 42 ff.) nahm das Bundesarbeitsgericht zu dem Begriff der "persönlichen Eignung" gem. Anl. I Kap. XIX Sachgeb. A Abschn. III Nr. 1 Absatz 4 Nr. 1 zum Einigungsvertrag (fortan Absatz 4 Nr. 1) Stellung.

Die mangelnde persönliche Eignung im Sinne von Abs. 4 Nr. 1 des Einigungsvertrages sei eine der Person des Arbeitnehmers anhaftende Eigenschaft. Sie sei getrennt von seiner Qualifikation zu prüfen.

Die persönliche Eignung eines Angestellten des öffentlichen Dienstes erfordere, daß er sich durch sein gesamtes Verhalten zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekenne (§ 8 Abs. 1 Satz 2 BAT).

Die hiernach zu stellenden Anforderungen hätten sich an den Aufgaben des Angestellten auszurichten.

Ein Lehrer müsse den ihm anvertrauten Schülern und Jugendlichen glaubwürdig die Grundwerte des Grundgesetzes vermitteln. Dafür sei ein Lehrer der ehemaligen DDR nicht schon deshalb ungeeignet, weil er nach den früheren gesetzlichen Bestimmungen bei der Verwirklichung der Staatsziele der DDR mitgewirkt habe. Dies gelte auch für solche Personen, die leitende Positionen im Schulwesen – und nicht in der Partei – innegehabt hätten, soweit sie ihr Amt sachbezogen und nicht überwiegend im Sinne der SED ausgeübt hätten. Eine mangelnde persönliche Eignung liege bei einem Lehrer nur dann vor, wenn er den staatlichen Vorgaben der ehemaligen DDR nicht nur gefolgt sei, sondern wenn er sie in seine persönliche Überzeugung durch aktives Tun übernommen habe. Auf jeden Fall sei eine Einzelfallprüfung erforderlich, ob die Nichteignung noch zum Zeitpunkt der Kündigung des jeweiligen Arbeitnehmers bestanden habe.

Vgl. zu diesem Themenkomplex ebenfalls Beschluß des OVG Bautzen vom 14.10.1993 (2 S 196/93 = LKV 1994, Heft 9, 339 ff.).

XII. Auswirkung von Sicherheitsratsentscheidungen nach Kapitel VII der VN-Charta

96. Mit Urteil vom 8.4.1993 (2 BvE 5/93, 2 BvQ 11/93 = EuGRZ 1993, 168 ff.) lehnte das Bundesverfassungsgericht eine einstweilige Anordnung gegen die Teilnahme deutscher Soldaten an Aufklärungsflügen zur Durchsetzung des vom UN-Sicherheitsrat verhängten militärischen Flugverbotes über Bosnien-Herzegowina ab.

Hintergrund des Verfahrens war das vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen mit Resolution 781 vom 9.10.1992 verhängte Flugverbot für Militärflugzeuge im Luftraum über Bosnien-Herzegowina, das von der Schutztruppe der Vereinten Nationen (UNPROFOR) zu überwachen war. Die Mitglieder der Nordatlantik Pakt Organisation (NATO) übernahmen diese Aufgabe und setzten dazu AWACS-Fernaufklärer ein, in denen Soldaten verschiedener NATO-Mitgliedsländer als integrierte Einheit tätig waren. Etwa ein Drittel des militärischen Personals des AWACS-Verbandes waren Soldaten der Bundeswehr in verschiedenen Funktionen. Am 31.3.1993 verabschiedete der Sicherheitsrat sodann die Resolution 816, mit der die Mitgliedstaaten ermächtigt wurden, sieben Tage nach der Verabschiedung dieser Resolution im Auftrage des Sicherheitsrates einzeln oder durch regionale Organisationen oder Abmachun-

gen im Falle weiterer Verstöße alle notwendigen Maßnahmen im Luftraum der Republik Bosnien-Herzegowina zu ergreifen, um die Einhaltung des Flugverbotes sicherzustellen.

Mit Entscheidung vom 2.4.1993 erklärte sich die Bundesregierung so dann damit einverstanden, daß der NATO-AWACS-Verband nunmehr in Übereinstimmung mit Sicherheitsratsresolution 816 auch unter deutscher Beteiligung daran mitwirke, dieses Flugverbot durchzusetzen.

Die Verfassungsmäßigkeit des Beschlusses der Bundesregierung war umstritten. Die FDP-Fraktion stellte einen Antrag beim Bundesverfassungsgericht mit dem Ziel, die Verfassungswidrigkeit dieses Beschlusses feststellen zu lassen. Mit diesem Antrag sollte ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung verbunden werden, um den Vollzug der Regierungsentscheidung zu verhindern. Die Bundestagsfraktion der SPD hielt den Beschluß der Bundesregierung ebenfalls für verfassungswidrig und beantragte den Erlaß einer einstweiligen Anordnung.

Das Gericht führte aus, daß die Bundesrepublik Deutschland von Anfang an zusammen mit 11 anderen der NATO angehörenden Nationen den NATO-Frühwarnverband (AWACS-Verband) als voll integrierten Verband des Bündnisses unterhalten und betrieben habe. Gerade diesem Verband komme für die Durchsetzung des Flugverbotes eine Schlüsselrolle zu. Die Haltung der Bundesregierung zum AWACS-Einsatz beruhe maßgeblich auf der Tatsache, daß der Sicherheitsrat mit seiner Resolution 816 diese Maßnahme im Rahmen des Friedensauftrages nach Kapitel VII VN-Charta autorisiert habe und erwarte, daß die in ihr angesprochenen Mitgliedstaaten einzeln oder durch regionale Organisationen sich daran beteiligten. Die Grundlage dieser Erwartung sei die Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland in den Vereinten Nationen und in der NATO. Erginge eine einstweilige Anordnung gegen die Teilnahme deutscher Soldaten an diesen Aufklärungsflügen, müßte die Bundesrepublik Deutschland, indem sie ihre Mitwirkung an dem integrierten multinationalen Verband im Rahmen einer völkerrechtlich vereinbarten Friedenssicherungsaufgabe im Augenblick der Aktion abbreche, diese durch ihr bisheriges Verhalten begründete Erwartung enttäuschen.

Angesichts der Unaufschiebbarkeit der Maßnahme könnte die Bundesrepublik Deutschland den ihr obliegenden Beitrag zur Friedenssicherung gerade jetzt nicht leisten, wo er gefordert sei.

Ein Vertrauensverlust bei den Bündnispartnern und allen europäischen Nachbarn wäre unvermeidlich, der dadurch entstehende Schaden nicht wiedergutzumachen. Demgegenüber würden die Nachteile, die entstehen würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erlassen werde und sich

die Mitwirkung deutscher Soldaten im nachhinein als unzulässig erweise, weniger schwer wiegen. Der einzelne Soldat trage auch kein rechtliches Risiko, wenn sich später die Verfassungswidrigkeit des Einsatzes ergeben sollte.

Die Tätigkeit des Verbandes halte sich im Rahmen des Beschlusses des Sicherheitsrates vom 31.3.1993 und stehe im Einklang mit der Zielsetzung der Charta der Vereinten Nationen, den Weltfrieden, insbesondere die internationale Sicherheit zu gewährleisten, unabhängig von der abschließenden Klärung der Frage, ob die Bundesregierung seinen Einsatz anordnen durfte. Die Verantwortung für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Anordnung würden nicht die an dem Einsatz beteiligten Soldaten, sondern die Bundesregierung tragen. Das Gesetz stelle die Soldaten von dieser Verantwortung frei (§ 11 Soldatengesetz).

97. Mit Urteil vom 23.6.1993 (2 BvQ 17/93 = EUGRZ 1993, 326 ff.) entschied das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die vorläufige Beteiligung der Bundeswehr am UNO-Einsatz in Somalia: "Bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache darf die Beteiligung der Bundeswehr an UNOSOM II gem. Nr. 1 des Beschlusses der Bundesregierung vom 21.4.1993 (Bulletin vom 23.4.1993, 280) nur aufrechterhalten und fortgeführt werden, wenn und soweit der Deutsche Bundestag dies beschließt; bis zu einem solchen Beschluß können die bisher verwirklichten Maßnahmen fortgeführt werden".

Hintergrund des Verfahrens war der Beschluß der Bundesregierung vom 21.4.1993, mit dem den Vereinten Nationen für die Durchführung der Operation in Somalia (UNOSOM II) ein Kontingent der Bundeswehr zur Verfügung gestellt worden war. Die Antragstellerin (Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag) rügte, daß der Einsatz der Bundeswehr in Somalia Rechte des Bundestages aus Artikel 24 Abs. 1, Art. 59 Abs. 2 und Art. 20 i. V. m. Art. 87a Abs. 2 und Art. 79 Abs. 1 und 2 GG verletze. Im Wege der einstweiligen Anordnung sollte die Durchführung des Beschlusses der Bundesregierung vom 21.4.1993 ausgesetzt und die Antragsgegner angewiesen werden, bis zur Entscheidung über den alsbald anzustrengenden Organstreit die bereits in Somalia befindlichen Soldaten zurückzuziehen und keine weiteren Soldaten nach Somalia zu entsenden.

Das Bundesverfassungsgericht erklärte den Antrag auf Erlaß der Einstweiligen Anordnung für zulässig und begründet. Erginge die einstweilige Anordnung nicht, erweise sich später aber die Mitwirkung deutscher Soldaten am UNO-Einsatz in Somalia ohne die beanspruchte Beteiligung des Bundestages als verfassungswidrig, so hätte der Bundestag sein Recht auf Mitwirkung bei der Entscheidung über die Entsendung deutscher Solda-

ten nach Somalia schlechthin nicht wahrnehmen können. Hinzu komme, daß hier – insoweit abweichend von dem der Entscheidung des Senats vom 8.4.1993 zugrundeliegenden Sachverhalt – nicht unerhebliche Gefahren einzuschätzen und zu bewerten seien, die den Soldaten bei der Erfüllung des UNO-Mandats in Somalia an Leib und Leben drohten. Auch stünde eine sich später als notwendig erweisende parlamentarische Beschlußfassung unvermeidlich unter dem Druck inzwischen geschaffener tatsächlicher Verhältnisse und etwa eingetretener Entwicklungen. Dementsprechend sei das Zusammenwirken von Bundesregierung und Bundestag mithin bis zur Entscheidung in der Hauptsache dahin zu bestimmen, daß die Initiative der Bundesregierung und die Zustimmung des Bundestages als konstitutiver Akt die UNO-Mission des deutschen Kontingentes nur gemeinsam tragen könnten. Um dem Bundestag die Wahrnehmung der ihm in der Zeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache zufallenden Befugnisse und die parlamentarische Kontrolle der von ihm mitzuverantwortenden Vorgänge zu ermöglichen, sei die Bundesregierung gehalten, das Parlament laufend über den Fortgang der Maßnahme der Vereinten Nationen in Somalia sowie über die Einsatzbedingungen des deutschen UNOSOM II Kontingentes und die Erfüllung seines Auftrages zu unterrichten⁶⁹.

98. In seinem Beschluß vom 8.9.1993 (3 Ws 504 – 505/93 = RIW 1993, 1026 ff. = NJW 1994, 1079) entschied das Oberlandesgericht Düsseldorf: Das mit Resolution 757 vom 30.5.1992 durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen gegen Serbien und Montenegro verhängte Wirtschaftsembargo sei ebenso wie dasjenige der Europäischen Gemeinschaft (siehe Verordnung 1432/92) durch § 69h Außenwirtschaftsverordnung (AWV) in wirksamer Weise in nationales Recht umgesetzt worden.

Dieses transformierte Recht sei gemäß § 34 Abs. 4 Alt. 2 Außenwirtschaftsgesetz (AWG vom 28.4.1961, BGBl. I, 481, 495, 1555) strafbewährt. Embargoverstöße seien daher mit Freiheitsstrafen von mindestens zwei Jahren sanktioniert.

⁶⁹ Vgl. zu den besprochenen Nummern 96 und 97 das Urteil des BVerfG vom 12.7.1994 = NJW 1994, 2207 sowie G. Nolte, Bundeswehreinätze in kollektiven Sicherheitssystemen, in: ZaöRV 54/3–4 (1994), 652 ff.

XIII. Internationales Wirtschafts-, Arbeits-, Wettbewerbsrecht

99. In seinem Urteil vom 8.11.1993 (II ZR 216/92 [Hamburg] = NJW 1994, 390 ff.) mußte der Bundesgerichtshof über eine Kapitalübertragung nach dem Bretton-Woods Abkommen vom 1./22.7.1944 über den internationalen Währungsfonds (fortan IWFÜ) entscheiden. Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Bekl. war eine bulgarische AG mit Sitz in Bulgarien. Sie war Kommanditistin einer deutschen AG. Diese war in Konkurs gefallen. Der Kl. ist der Konkursverwalter. Er forderte aufgrund eines Gesellschaftsbeschlusses der KG über eine Erhöhung der Kommanditeinlage von der Beklagten Zahlung. Die Beklagte berief sich u. a. darauf, daß eine derartige Forderung nicht einklagbar sei. Das LG gab der Klage statt. Das OLG erklärte durch Zwischenurteil die Klage für zulässig. Die Revision der Bekl. blieb ohne Erfolg.

Zur Entscheidung dieses Falles kam es auf die Auslegung von Art. VIII Abschnitt 2 (b) Satz 1 des IWFÜ an⁷⁰; dieser lautet: "Exchange contracts which involve the currency of any member and which are contrary to the exchange control regulations of that member maintain or imposed consistently with this Agreement shall be unenforceable in the territories of any member". Die amtliche Übersetzung dieser Bestimmung in die deutsche Sprache lautet: "Aus Devisenkontrakten, welche die Währung eines Mitglieds berühren und den von diesem Mitglied in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen aufrechterhaltenen oder eingeführten Devisenkontrollbestimmungen zuwiderlaufen, kann in den Hoheitsgebieten der Mitglieder nicht geklagt werden".

Völkerrechtlich, so der BGH, sei allein die englische Fassung verbindlich, weil der Fond bisher keine der Übersetzungen in eine fremde Sprache anerkannt habe (vgl. BGHZ 116, 77). Unter den Begriff des Devisenkontrakts ("exchange contract") fielen nach der Rechtsprechung des BGH solche Verpflichtungen, die in Form grenzüberschreitender Zahlungsvorgänge den Devisenbestand eines Mitgliedes beeinflussen und sich damit auf dessen Zahlungsbilanz auswirken. Der BGH habe somit wiederholt Darlehensverträge sowie Forderungen, die die Bezahlung oder Sicherung der Bezahlung von Waren oder Dienstleistungen oder auch Wechselverpflichtungen betrafen, als solche Kontrakte betrachtet. Bisher konnte der BGH jedoch die Frage offenlassen, ob Art. VIII Abschnitt 2 (b) Satz 1 IWFÜ internationale Kapitalverkehrsgeschäfte erfaßt. In dem nun vorliegenden Urteil entschied das Gericht, daß Kapitalübertragungen nicht als

⁷⁰ BGBl. 1978 II, 13.

Devisenkontrakte i.S. des Art. VIII Abschn. 2 (b) IWFÜ zu begreifen sind, sondern nur Geschäfte des laufenden Zahlungsverkehrs. Sowohl Wortlaut, Sinn und Zweck als auch systematische Stellung des Gesetzes müßten zu dieser Auslegung führen. Die hier in Rede stehende Beteiligung an einer ausländischen Kommanditgesellschaft sei, auch soweit sie sich im Wege einer Kapitalerhöhung vollziehe, nicht als Zahlung auf ein laufendes Geschäft, sondern als eine Übertragung von Kapital zu bewerten.

100. Mit Urteil vom 7.12.1993 (9 AZR 683/92 = NZA 1994, 802 ff.) entschied das Bundesarbeitsgericht über die Befristung des Urlaubsanspruches nach § 1 und nach § 7 Abs. II BUrlG i.V.m. dem IAO-Übereinkommen Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) vom 24.6.1970 über den bezahlten Jahresurlaub. Die Bestimmungen des Übereinkommens seien keine unmittelbar anwendbaren völkerrechtlichen Normen, befand das Gericht. Vielmehr seien die Vorschriften des IAO-Übereinkommens Nr. 132 durch das Ratifizierungsgesetz vom 30.4.1975⁷¹ innerstaatliches Recht geworden. Dadurch seien die Gesetzgebungsorgane der Bundesrepublik Deutschland auch innerstaatlich verpflichtet worden, dieses Übereinkommen zu erfüllen. Dem sei der Bundesgesetzgeber durch das Heimarbeitsänderungsgesetz vom 29.10.1974⁷² bereits vor Erlass des Zustimmungsgesetzes von 1975 nachgekommen. Mit der Ratifizierung des IAO-Übereinkommens Nr. 132 hätten die Arbeitnehmer ferner keinen unmittelbaren Anspruch auf Bestand ihres Urlaubsanspruches über das Urlaubsjahr oder den Übertragungszeitraum hinaus erhalten. Schließlich würden die Vorschriften des IAO-Übereinkommens Nr. 132 nicht eine Auslegung des Bundesurlaubsgesetzes dahin gehend gebieten, daß der Urlaubsanspruch nicht am Ende des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraumes verfalle.

XIV. Doppelbesteuerungsabkommen

101. In der jüngeren Vergangenheit war eine der meistdiskutierten Fragen des internationalen Steuerrechts diejenige nach der rückwirkenden Anwendbarkeit des neuen Doppelbesteuerungsabkommen-Italien. Dieses DBA trat bekanntlich am 27.12.1992 in Kraft⁷³ und brachte namentlich für den Bereich der Arbeitnehmerbesteuerung einschneidende Änderun-

⁷¹ BGBl. 1975 II, 745.

⁷² BGBl. 1974 I, 2879.

⁷³ BGBl. 1993 II, 59.

gen mit sich. Gerade diese – im Normalfall für den Bürger ungünstigen – Neuerungen sind nach dem Protokoll zum Abkommen (BStBl I 1990, 406) und dem entsprechenden Zustimmungsgesetz (BStBl I 1990, 396) sogar rückwirkend zum Veranlagungszeitraum 1990 anwendbar. Umstritten war die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Rückwirkung. Der Bundesfinanzhof hatte sich in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes mit der Verfassungsmäßigkeit der Rückwirkung dieser Vorschriften auseinanderzusetzen (Beschuß vom 10.11.1993 – I B 122/93 = Betriebsberater 1994, 195 ff.).

Das Gericht entschied: Die in Art. 2 des Zustimmungsgesetzes vom 10.8.1990 vorgesehene rückwirkende Anwendung der Protokollvorschriften Nr. 22 Buchst.b i.V.m. Nr. 16 Buchst. e zum DBA-Italien 1989 auf den 1.1.1990 begründet keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit entsprechend geänderter Einkommensteuerbescheide 1990. Die Anwendung des Art. 2 des Zustimmungsgesetzes vom 10.8.1990 sei auch verfassungsrechtlich unbedenklich. In bezug auf die unter Art. 2 des Zustimmungsgesetzes vom 10.8.1990 fallenden Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bestehe eine Rückwirkung darin, daß erst mit dem Inkrafttreten des DBA-Italien 1989 am 27.12.1992 die Vorschrift auf die Veranlagungszeiträume 1990–1992 materiell-rechtlich anwendbar wurde. Insoweit liege eine echte Rückwirkung vor. Das Bundesverfassungsgericht habe in ständiger Rechtsprechung eine echte Rückwirkung für zulässig erachtet, wenn der Bürger in dem Zeitpunkt, in dem der Eintritt der Rechtsfolge vom Gesetz zurückbezogen werde, mit einer Änderung der Gesetzeslage habe rechnen müssen. Ein Vertrauensschutz in den Fortbestand der ursprünglichen Rechtslage falle grundsätzlich mit dem endgültigen Gesetzesbeschluß des Deutschen Bundestages weg. Unerheblich sei, daß im Streitfall mit dem endgültigen Gesetzesbeschluß des Deutschen Bundestages noch keine völkerrechtliche Verbindlichkeit des Abkommens eingetreten sei. Die insoweit bestehenden Unsicherheiten hätten nicht den Inhalt des DBA-Italien 1989 betroffen, sondern lediglich die Voraussetzung seiner Ratifizierung in Italien. Diese müßten von den Bürgern hingenommen werden. Dies gelte auch dann, wenn wie im Falle des DBA-Italien 1989, das völkerrechtliche Abkommen erst rund 2 1/2 Jahre später in Kraft trete. Entscheidend sei lediglich, daß der Deutsche Bundestag das Zustimmungsgesetz zum DBA-Italien 1989 am 10.5.1990 in dritter Lesung beschlossen habe. Von diesem Tage an hätten die Bürger mit einer rückwirkenden Änderung der Gesetzeslage rechnen müssen. Auch habe der Deutsche Bundestag am 10.5.1990 die rückwirkende Anwendung des Zustimmungsgesetzes auf den 1.1.1990 vorsehen

können, soweit die nach altem Recht zu ändernden Rechtsfolgen noch nicht eingetreten waren.

Das Gericht verwies ferner darauf, daß das Bundesverfassungsgericht die Rückwirkung von Gesetzen dann als verfassungsrechtlich zulässig angesehen habe, wenn zwingende Gründe des Gemeinwohls die Rückwirkung rechtfertigten. Art. 3 Abs. 1 GG verlange für das Einkommenssteuerrecht, daß die Einkommenssteuer die Steuerpflichtigen rechtlich und tatsächlich gleichmäßig belaste. Würde die Gleichheit in der Steuerbelastung durch eine sachlich nicht gerechtfertigte Steuerbefreiung verfehlt, so könne dies die Verfassungswidrigkeit der Steuerbefreiungsvorschriften nach sich ziehen. Die in Art. 2 des Zustimmungsgesetzes vom 10.8.1990 vorgesehene Rückwirkung habe dem Ziel gedient, die durch Art. 7 und 11 DBA-Italien 1925⁷⁴ eingetretene Ungleichheit in der Steuerbelastung unbeschränkt Steuerpflichtiger auszugleichen. Diese beiden Vorschriften hätten nämlich die Steuerbefreiung von Einkünften aus in Italien ausgeübter nichtselbständiger Arbeit deshalb vorgesehen, weil die Einkünfte in Italien hätten besteuert werden sollen. Tatsächlich habe die Regelung jedoch eine an sich nicht beabsichtigte Steuerbefreiung von Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit, die in dem Nichtansässigkeitsstaat nur kurzfristig ausgeübt wurde, in beiden Vertragsstaaten zur Folge gehabt. Es habe ein öffentliches Gemeinwohlinteresse vorgelegen, diesen Zustand zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu beenden. Schließlich stellte der Bundesfinanzhof fest, daß die rückwirkende Anwendung von Art. 2 des Zustimmungsgesetzes vom 10.8.1990 auch nicht Art. 220 des EWG-Vertrages betreffe.

Vgl. zu dem gesamten Themenkomplex auch noch den Beschluß des hessischen Finanzgerichtes vom 26.5.1993, 11 V 655/93 = EFG Nr. 10, 1993, 638 ff., den Beschluß vom 22.7.1993 des Finanzgerichtes München – 16 V 1807/93 = EFG 1993, Nr. 10, 636 ff., sowie den Beschluß vom 11.8.1993 – 9 V 25/93 des Finanzgerichtes Baden-Württemberg = EFG 1993 Nr. 12, 771 ff.

⁷⁴ RGBL. 1925 II, 1145.