

# Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 2000

Carsten Stahn\*

## Übersicht

(for an English version of this Survey see p. 478)

	Seite
I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht	480
II. Staatensukzession	483
III. Völkerrechtliche Verträge	485

\* LL.M. (Köln-Paris), Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut.

Abkürzungen: Abl. EG = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; AG = Amtsgericht; AMG = Arzneimittelgesetz; AsylVfG = Asylverfahrensgesetz; AuAS = Ausländer und Asylrecht; AusglLeistG = Ausgleichleistungsgesetz; AuslG = Ausländergesetz; AWG = Außenwirtschaftsgesetz; AWV = Außenwirtschaftsverordnung; BAG = Bundesarbeitsgericht; BAnz = Bundesanzeiger; BayVBl. = Bayerische Verwaltungsblätter; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BFH = Bundesfinanzhof; BGH = Bundesgerichtshof; BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; BSG = Bundessozialgericht; BSHG = Bundessozialhilfegesetz; BRAGO = Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung; BT-Drs. = Drucksache des Deutschen Bundestags; BVerfG = Bundesverfassungsgericht; BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; BVFG = Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz); BVerwG = Bundesverwaltungsgericht; BVerwGE = Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts; BVG = Bundesversorgungsgesetz; CR = Computer und Recht; DDR = Deutsche Demokratische Republik; DÖV = Die öffentliche Verwaltung; DÜ = Dubliner Übereinkommens; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; EALG = Entschädigungs- und Ausgleichleistungsgesetz über die Wiedergutmachung von Enteignungsrecht; EGBGB = Einführungsgesetz zum BGB; EFA = Europäischen Fürsorgeabkommens; EG = Europäische Gemeinschaften; EGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EntschG = Entschädigungsgesetz; EU = Europäische Union; EuGH = Europäischer Gerichtshof; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; EuGVÜ = Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen; EuZW = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; EV = Einigungsvertrag; EWG = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; GBl. DDR = Gesetzblatt DDR; GFK = Genfer Flüchtlingskonvention; GG = Grundgesetz; GVG = Gerichtsverfassungsgesetz; HaagKindEntfÜbk = Haager Übereinkommen über die Zivilrechtlichen Aspekte Internationaler Kindesentführung; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; InvZulG = Investitionszulagengesetz; IPbPr = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; IPrax = Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts; IPwskR = Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; JuS = Juristische Schulung; JZ = Juristenzeitung; KG = Kammergericht; LAG = Lastenausgleichsgesetz; LG = Landgericht; LHGebG = Landeshochschulgebührengesetz; NJ = Neue Justiz; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NJW-RR = Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechungsreport; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; NVwZ = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht; NS-VentschG = NS-Verfolgtenentschädigungsgesetz; NZS = Neue Zeitschrift für Sozialrecht; OLG = Oberlandesgericht; OLGR = OLG Report; OVG = Oberverwaltungsgericht; RGBl. = Reichsgesetzblatt; SDÜ = Schengener Durchführungsabkommens; SGB = Sozialgesetzbuch; SozPZAAbk = Abkommen über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Sozialpolitik; StGB = Strafgesetzbuch; StAG = Staatsangehörigkeitsgesetz; StPO = Strafprozeßordnung; USIS = United States Information Service Germany; VerbrBinnG = Verbrauchssteuer Binnenmarktgesetz; VG = Verwaltungsgericht; VGH = Verwaltungsgerichtshof; VIZ = Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht; VO = Verordnung; VwGO = Verwaltungsgerichtsordnung; VwVfG = Verwaltungsverfahrensgesetz; WStG = Wehrstrafgesetzbuch; ZOV = Zeitschrift für offene Vermögensfragen.

IV. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität	489
1. Grenzen der Ausübung eigener Staatsgewalt	489
2. Anerkennung fremder Hoheitsakte	491
V. Staatsangehörigkeit	492
1. Erwerb	492
2. Verlust	494
3. Mehrfache Staatsangehörigkeit	494
4. Staatenlosigkeit	495
VI. Fremdenrecht	496
1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts	496
2. Allgemeine Fragen der Ausweisung und Abschiebung	499
VII. Asylrecht	505
1. Politische Verfolgung	505
2. Anderweitiger Verfolgungsschutz, Drittstaaten-Regelung	508
3. Familienangehörige von Asylberechtigten	509
4. Rechtsstellung der Flüchtlinge	511
VIII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe	512
IX. Internationaler Menschenrechtsschutz	514
1. Europäische Menschenrechtskonvention	514
a) Art. 3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis	514
b) Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK)	514
c) Die Verfahrensgarantien des Art. 6 Abs. 3 EMRK	515
d) Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK)	518
e) Art. 9 EMRK als Abschiebungshindernis	519
2. Genfer Flüchtlingskonvention	521
X. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung	521
XI. Europäisches Gemeinschaftsrecht	532
1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht	532
2. Vorabentscheidungsverfahren	543

### Survey

I. International Law and Municipal Law	480
II. Succession of States	483
III. International Treaties	485
IV. Effects and Limits of State Sovereignty	489
1. Limits as to the Exercise of Jurisdiction	489
2. Recognition of Foreign Acts	491
V. Nationality	492
1. Acquisition of Nationality	492
2. Loss of Nationality	494
3. Multiple Nationality	494
4. Statelessness	495
VI. Legal Status of Aliens	496
1. General Aspects of Entry and Residence	496
2. Expulsion and Deportation	499
VII. Asylum Law	505
1. Political Persecution	505
2. Protection Found Elsewhere in the State of Persecution, Protection by Other States, Third-State-Rule	508
3. Family Members of Refugees	509
4. Legal Status of Refugees	511
VIII. Extradition and Other Forms of International Legal Cooperation	512
IX. International Protection of Human Rights	514
1. European Convention on Human Rights	514
a) Art. 3 ECHR as a Bar to Deportation	514

b) Right to Fair Trial (Art. 6 Para. 1 Sent. 1 ECHR)	514
c) The Procedural Guarantees of Art. 6 Para. 3 ECHR	515
d) Right to Family Life/Privacy (Art. 8 ECHR)	518
e) Art. 9 ECHR as a Bar to Deportation	519
2. Geneva Convention on Refugees	521
X. Legal Status of Germany After 1945 and Reunification of Germany	521
XI. European Communities	532
1. Community Law and Municipal Law	532
2. Reference Procedure	543

Der nachfolgende Bericht<sup>1</sup> setzt die Darstellung der deutschen Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen fort.<sup>2</sup> Abweichend von der Praxis der Vorjahre wurde jedoch auf Wunsch der Herausgeber die Berichterstattung über die Rechtsprechung deutscher Gerichte auf dem Gebiet des Europarechts eingeschränkt. Die Auswahl der Entscheidungen, die in den Bericht Eingang gefunden haben, wurde wie bisher üblich anhand ihrer Bedeutung für das nationale Recht und das Verhältnis von nationalem Recht und Völkerrecht getroffen. Angesichts der großen Anzahl der auf dem Gebiet des Fremden- und Asylrechts ergangenen Entscheidungen konnte insbesondere in diesem Bereich nur eine Auswahl der Urteile aus dem Jahr 2000 referiert werden. Auf dem Gebiet des Europarechts wurde der Schwerpunkt auf Rechtsprechung gelegt, die von besonderer Bedeutung für das Verhältnis von innerstaatlichem Recht und Gemeinschaftsrecht und/oder die Auslegung von Primärrecht ist. Soweit eine Entscheidung Bezugspunkte zu mehreren Gliederungspunkten aufweist, wurde – der bisherigen Tradition folgend – ein Querverweis auf die jeweils andere Stelle eingefügt. Gesondert hingewiesen sei an dieser Stelle auf die ausführlich besprochenen Entscheidungen des BVerfG zur Auslegung des Völkermordtatbestands [11], zum Prüfungsmaßstab quasi-staatlicher Verfolgung im Rahmen von Art. 16 a Abs. 1 GG [38], zur Verfassungsmäßigkeit des Entschädigungs- und Ausgleichleistungsgesetzes [62] sowie zur Vorlage des VG Frankfurt über die Anwendung der europäischen Bananenmarktordnung in Deutschland [71]. Besondere Erwähnung verdienen ferner das Urteil des BVerwG zu den Voraussetzungen der Abschiebung von Ausländern in Nicht-EMRK-Staaten [32] sowie die Anerkennung eines Verfahrenshindernisses wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK durch den BGH [49].

<sup>1</sup> Der Bericht wurde im Juni 2002 abgeschlossen.

<sup>2</sup> Dieser Bericht schließt an den Beitrag von L. Radermacher, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1999, ZaöRV 61 (2001), 199 ff. an. Zu den Vorjahren, siehe K. P. Ziegler, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1998, ZaöRV 60 (2000), 163 ff.; L. Geburtig, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1997, ZaöRV 59 (1999), 241 ff.; K. Schillhorn, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1996, ZaöRV 58 (1998), 437 ff.; V. Röben, 1995, ZaöRV 57 (1997), 675 ff.; H.-K. Röss, – 1994, ZaöRV 56 (1996), 466 ff.; Ch. Philipp, – 1993, ZaöRV 55 (1995), 818 ff. Eine Übersicht der Rechtsprechungsberichte der früheren Jahre findet sich bei P. Rädler, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992, ZaöRV 54 (1994), 475 Anm. 3.

## I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht

1. Durch Beschluß vom 12.1.2000 entschied das BVerfG (2 BvQ 60/99 u. 2 BvR 2414/99 = NJ 2000, 139 = NJW 2000, 1480), die Verfassungsbeschwerde von Egon Krenz gegen seine Verurteilung wegen tateinheitlich begangenen dreifachen Totschlags durch seine Mitwirkung an den Beschlüssen des Politbüros und des Nationalen Verteidigungsrats zum Grenzregime der DDR<sup>3</sup> nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die durch die Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen Fragen seien durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geklärt. Insbesondere sei das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht verletzt. Das Vertrauen in den Fortbestand einer bestimmten Interpretation von Strafgesetzen sei nicht durch Art. 103 Abs. 2 GG geschützt, wenn die zugrundeliegende Staatspraxis die in der Völkergemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte durch Aufforderung zu schwerstem kriminellen Unrecht in schweriegender Weise mißachtet habe; denn hierdurch setze der Träger der Staatsmacht extremes staatliches Unrecht, das sich nur solange behaupten könne, wie die dafür verantwortliche Staatsmacht faktisch bestehe. Auch habe der Beschwerdeführer keine Argumente vorgetragen, die unter Berücksichtigung der Normen des IPbPR oder der EMRK dazu Anlaß geben könne, das Gebot materieller Gerechtigkeit hinter den Vertrauensschutz des Beschwerdeführers zurücktreten zu lassen. Der Einwand, die Bundesrepublik Deutschland habe zu Art. 7 Abs. 2 EMRK den Vorbehalt erklärt, daß sie diese Vorschrift nur in den Grenzen des Art. 103 Abs. 2 GG anwenden werde, gehe ins Leere, weil das BVerfG in seiner Rechtsprechung die Grenzen des Rückwirkungsverbots aufgezeigt habe und insofern der strikte Schutz des Vertrauens nach Art. 103 Abs. 2 GG zurücktreten müsse. Entscheide der vom Beschwerdeführer ebenfalls angerufene EGMR<sup>4</sup>, daß das Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 EMRK verletzt sei, begründe diese Konventionsverletzung allenfalls einen Wiederaufnahmegrund i.S.d. § 359 Nr. 6 StPO, der die weitere Vollstreckung des Urteils grundsätzlich nicht hemme (§ 360 Abs. 1 StPO).

2. Das AG Berlin-Tiergarten befand in seinem Urteil vom 2.3.2000 (239 Ds 46/99 = NJ 2000, 433-343), daß der in einer Tageszeitung an Soldaten der Bundeswehr gerichtete Aufruf, ihre weitere Beteiligung am Einsatz in Jugoslawien zu verweigern, nicht den Straftatbestand der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten erfüllt, da der Einsatz der Bundeswehr gegen die Bundesrepublik Jugoslawien gegen geltendes Völkerrecht verstoße und damit objektiv rechtswidrig sei. Dem Angeklagten lag zur Last, durch einen Aufruf, der am 21.4.1999 in der "Tageszeitung erschienen war, öffentlich zu einer rechtswidrigen Tat i.S.d. § 111 StGB (Fahnenflucht i.S.d. § 16 Abs. 1 WStG und Gehorsamsverweigerung i.S.d. § 20 Abs. 1 WStG)

<sup>3</sup> Zuletzt BGH, Urteil vom 8.11.1999 (5 StR 632/98 = BGHSt 45, 270). Siehe Radermacher, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1999, [48], 242.

<sup>4</sup> Siehe dazu EGMR, Urteil vom 22.3.2001 – Beschwerde-Nrn. 34044/96, 35532/97 und 44801/98 – *Streletz, Kefler, Krenz./Deutschland*, NJW 2001, 3035, mit Anmerkung von M. Rau, Deutsche Vergangenheitbewältigung vor dem EGMR – Hat der Rechtsstaat gesiegt?, NJW 2001, 3008.

aufgefordert zu haben. Der Angeklagte wurde aus Rechtsgründen freigesprochen. Das Gericht schloß aus, daß die Tatbestände der Gehorsamsverweigerung und der Fahnenflucht erfüllt sein könnten, da der Einsatz der Bundeswehr gegen die Bundesrepublik Jugoslawien rechtswidrig gewesen sei. Der Luftkrieg gegen die Bundesrepublik Jugoslawien habe das Gewaltverbot aus Art. 2 Nr. 4 UN-Charta verletzt, da der UN-Sicherheitsrat keine Ermächtigung zur Durchführung des Einsatzes nach Kapitel VII der UN-Charta erteilt habe. Ebenso wenig habe ein Fall der kollektiven Selbstverteidigung nach Art. 51 UN-Charta vorgelegen, da die Bundesrepublik Jugoslawien keinen bewaffneten Angriff gegen ein Mitglied der Vereinten Nationen geführt habe. Daran ändere auch das Vorgehen des jugoslawischen Staates gegen die albanische Volksgruppe im Kosovo nichts, da sich Menschenrechtsverletzungen eines Staates gegen seine Bürger nicht mit einem Angriff auf einen fremden Staat gleichsetzen ließen. Schließlich sei der Bundeswehreinsatz auch nicht durch Völkergewohnheitsrecht gedeckt. Die Unfähigkeit des Sicherheitsrats, Einigkeit über die Einleitung von Maßnahmen nach Kapitel VII der UN-Charta zu erzielen, erfülle für sich genommen noch keinen Rechtfertigungsgrund. Auch das Institut der Nothilfe greife nicht ein, denn der Einsatz der Bundeswehr habe nicht das Ziel verfolgt, die albanische Bevölkerung im Kosovo unmittelbar in ihrer militärischen Selbstverteidigung gegen Menschenrechtsverletzungen durch den jugoslawischen Staat zu unterstützen. Dieser Zweck hätte es erfordert, mit Bodentruppen in das Kampfgeschehen im Kosovo einzugreifen. Tatsächlich sei der Angriff aber als Luftkrieg auf dem Territorium der serbischen Teilrepublik geführt worden und habe das Ziel verfolgt, die Bundesrepublik Jugoslawien zu schwächen, um sie dadurch zu einer Änderung ihrer Politik im Kosovo und zur Beendigung der dort begangenen Menschenrechtsverletzungen zu zwingen. Eine eigenmächtige Intervention dieser Art sei nach dem geltenden Völkerrecht nicht zulässig, auch wenn sie aus humanitären Motiven erfolge.

3. Das OLG Stuttgart entschied in seinem Urteil vom 20.06.2000 (12 U 37/00 = NJW 2000, 2680), daß Ansprüche von Zwangsarbeitern auf Schmerzensgeld und Vergütungszahlung, die erst 1996 gegenüber den Beschäftigungsunternehmen gerichtlich geltend gemacht wurden, regelmäßig verjährt sind. Der Entscheidung lag die Klage zweier dänischer Zwangsarbeiter zugrunde, die in der Zeit zwischen 1944 und 1945 Zwangsarbeit leisten mußten. Die Kläger hatten erstinstanzlich geltend gemacht, die Verjährungsregelung des § 852 Abs. 1 BGB sei nicht anwendbar, weil die Entschädigungsansprüche wegen geleisteter Zwangsarbeit völkerrechtlichen Ursprungs seien und im Völkerrecht eine Verjährung nicht vorgesehen sei. Dieser Auffassung trat das Gericht entgegen. Gegenstand des Verfahrens seien nicht völkerrechtliche Ansprüche, sondern deliktische Ansprüche auf der Grundlage des deutschen Rechts, deren Verjährung sich nach § 852 BGB richte. Die Verjährungsfrist begann nach Auffassung des Gerichts spätestens mit dem In-Kraft-Treten des Zwei-plus-Vier-Vertrags vom 12.9.1990<sup>5</sup> am 15.3.1991<sup>6</sup> zu laufen. Ob die

---

<sup>5</sup> BGBl. 1990 II, 1318.

<sup>6</sup> BGBl. 1991 II, 587.

Verjährung bereits vor In-Kraft-Treten von Art. 5 Abs. 2 des Londoner Schuldenabkommens am 24.8.1953<sup>7</sup> eingetreten sei oder während der Geltungsdauer des Abkommens nicht gelaufen sei<sup>8</sup>, könne dahinstehen, da die Sperrwirkung von Art. 5 Abs. 2 jedenfalls durch In-Kraft-Treten des Zwei-plus-Vier-Vertrags entfallen sei, der eine endgültige Regelung der Reparationsfrage i.S.d. Art. 5 Abs. 2 des Londoner Schuldenabkommens beinhalte. Zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Zwei-plus-Vier-Abkommens sei den Klägern sowohl der Schaden, als auch die Person des Ersatzpflichtigen bekannt gewesen. Diese Kenntnis reiche, um den Beginn der Verjährung nach § 852 Abs. 1 BGB auszulösen. Der Lauf der Verjährungsfrist sei auch nicht bis zur Entscheidung des BVerfG vom 13.5.1996 (= BVerfGE 94, 315 = NJW 1996, 2717) zur Konkurrenz von völkerrechtlichen Reparationsansprüchen und Individualansprüchen gehemmt gewesen. Zwar habe das Urteil des BVerfG eine streitige Rechtsfrage ausgeräumt, doch sei die Rechtslage in Bezug auf einen behaupteten Grundsatz der Exklusivität des Völkerrechts vor dieser Entscheidung nicht so verwickelt und unübersichtlich gewesen, daß sie den Beginn der Verjährungsfrist hinausgeschoben habe. Darüber hinaus stelle die Berufung auf die eingetretene Verjährung auch keinen Verstoß gegen Treu und Glauben dar. Der Gesetzgeber habe sich im Interesse des Rechtsfriedens dafür entschieden, daß zivilrechtlich auch "Ansprüche aus den denkbar schlimmsten und scheußlichsten Delikten nach § 852 BGB nach drei Jahren verjähren sollen". Schließlich stehe den Klägern auch kein Schmerzensgeldanspruch aus positiver Vertragsverletzung zu. Zwar könne die Heranziehung zur Zwangsarbeit eine schwere Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers darstellen. Das BAG (= NJW 1979, 2532) habe einen entsprechenden Schmerzensgeldanspruch jedoch nicht auf vertragliche Anspruchsgrundlagen, sondern allein auf die deliktische Haftung gestützt. Ferner seien auch bereicherungsrechtliche Lohnansprüche nach § 196 Abs. 1 Nr. 9 BGB a.F. binnen 2 Jahren nach Erbringung der Arbeitsleistung verjährt.

4. Durch Urteil vom 30.10.2000 wies der 10. Zivilsenat des OLG Koblenz (10 W 542/00 – OLGR Koblenz 2001, 30) die Klage einer ukrainischen Zwangsarbeiterin auf Schmerzensgeld ab. Das Gericht vertrat ebenfalls die Auffassung, daß eine Hemmung der Verjährung zivilrechtlicher Ansprüche spätestens mit In-Kraft-Treten des Zwei-plus-Vier-Vertrags endete und Ansprüche aus Dienst- oder Arbeitsvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung spätestens Ende 1992, Ansprüche aus unerlaubter Handlung jedenfalls Ende 1993 verjährt seien. Dem Eintritt der Verjährung stehe weder Art. 52 der Haager Landkriegsordnung noch die UN-Konvention über die grundsätzliche Nichtverjährung aller Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit entgegen.

5. In seinem Beschluß vom 20.11.2000 (III ZB 46/00 = NJW 2000, 1069) bestätigte der BGH, daß der Ausschluß von Entschädigungsansprüchen ehemaliger NS-Zwangsarbeiter gegen deutsche Unternehmen nach § 16 Abs. 1 des Gesetzes zur

<sup>7</sup> BGBl. 1953 II, 331.

<sup>8</sup> In diesem Sinne LG Berlin, Beschluß vom 1.2.2000 (2 O 199/99 = NJW 2000, 1958).

Errichtung der Stiftung Erinnerung, Verantwortung und Zukunft nicht evident verfassungswidrig ist. Der Gesetzgeber habe den in § 16 Abs. 1 des Stiftungsgesetzes enthaltenen Ausschluss unter dem Aspekt des Art. 14 GG geprüft. Er sei unter Hinweis auf die in BVerfGE 42, 263 veröffentlichte Entscheidung des BVerfG betreffend die Umformung privatrechtlicher Ansprüche durch das Gesetz über die Errichtung einer Stiftung "Hilfswerk für behinderte Kinder" zu dem Ergebnis gelangt, daß die von ihm gefundene Lösung verfassungsrechtlich unbedenklich sei, weil an die Stelle vermeintlicher Ansprüche gegen vielerorts nicht mehr existierende Anspruchsgegner eine angemessen ausgestattete Stiftung getreten sei, die auch denjenigen ehemaligen Zwangsarbeitern offenstehe, deren frühere "Arbeitgeber" nicht mehr haftbar gemacht werden könnten. Des weiteren habe der Gesetzgeber den Umstand in seine Überlegungen mit einbezogen, daß die Wiedergutmachungsgesetze der Bundesrepublik Deutschland einen Entschädigungsanspruch wegen Zwangsarbeit nicht vorsähen, und außerdem berücksichtigt, daß bislang keine rechtskräftige Gerichtsentscheidung bekannt geworden sei, die einen gegen ein Unternehmen gerichteten Entschädigungsanspruch eines ehemaligen Zwangsarbeiters für begründet erachtet habe.

## II. Staatensukzession

6. In seinem Urteil vom 1.2.2000 (B 8 KN 8/97 R – NZS 2000, 560-566) erkannte der 8. Senat des BSG, daß das Abkommen zwischen der Regierung der DDR und der Regierung der Tschechoslowakischen Republik über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Sozialpolitik vom 11.9.1956 (SozPZAAbk) mit dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland erloschen ist. Zwar sei das erloschene SozPZAAbk durch eine spätere Übereinkunft im Wege einer Novation zur vorübergehenden Anwendung wiederbelebt worden. Allerdings fehle dem neuen völkerrechtlichen Vertrag die erforderliche Zustimmung der Gesetzgebungsorgane des Bundes gemäß Art. 59 Abs. 2 GG. Das Gericht begründete das Erlöschen des SozPZAAbk mit Ablauf des 2.10.1990 damit, daß die DDR als Gebietskörperschaft und als Völkerrechtssubjekt mit Wirksamwerden ihres Beitritts zur Bundesrepublik Deutschland nach Art. 23 S. 2 GG a.F. untergegangen sei. Aus völkerrechtlicher Hinsicht habe es sich bei dem Beitritt der DDR um einen Fall der Inkorporation gehandelt. Es sei weitgehend unbestritten, daß in diesem Fall der Grundsatz der Diskontinuität der Verträge des inkorporierten Staates und der Grundsatz der beweglichen Vertragsgrenzen des Aufnahmestaates gelte. Die möglichen Ausnahmen vom Diskontinuitätsprinzip bei radizierten Verträgen sowie ganz oder teilweise erfüllten Austauschverträgen seien für Sozialabkommen nicht einschlägig. Jedoch habe die Bundesrepublik Deutschland das kraft Völkergewohnheitsrecht erloschene SozPZAAbk durch eine Vereinbarung mit den ehemaligen Vertragsstaaten der DDR i.S. einer Novation rückwirkend wiederbelebt. Denn die Bundesregierung habe ihre Haltung zum "Übergang" des Sozialabkommens der DDR gemäß Art. 12 Abs. 2 des Einigungsvertrags (EV)<sup>9</sup> festgelegt und diese mit

der Bekanntmachung über das Erlöschen völkerrechtlicher Übereinkünfte der DDR mit der Tschechoslowakei vom 28.4.1994<sup>10</sup> veröffentlicht. Ferner sei dem Text eine Fußnote beigelegt worden, die laute: "Die Tschechische Republik und die Slowakei verfahren umgekehrt entsprechend." Die Fußnote gehe auf eine Niederschrift vom 23.4.1993 über "Konsultationen einer deutschen und tschechischen Delegation im Bereich der sozialen Sicherung" zurück, worin sich die tschechische Seite ebenfalls zu einer übergangsrechtlichen Wiederbelebung verpflichtet habe. Deshalb handele es sich insgesamt um einen wirksamen, neuen völkerrechtlichen Vertrag. Dieser sei jedoch nicht in der Form eines Bundesgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG in die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland transformiert worden und entfalte damit keine innerstaatliche Wirksamkeit, die für den Versicherten zum Ruhen des Anspruchs nach dem SGB VI führe. Zwar sei es möglich, die Zustimmung der Legislative auch im Wege einer antizipierten Zustimmung zu erteilen. Doch könne im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 EV weder Art. 1 EV<sup>11</sup> noch Art. 3 Abs. 1<sup>12</sup> EV eine im voraus erteilte Zustimmung des Bundesgesetzgebers zur Wiederbelebung und Abwicklung der Sozialabkommen der DDR entnommen werden. Insbesondere fehle eine klare und eindeutige Gesetzesaussage dahin, daß die Bundesregierung dazu befugt wäre, durch die Novation des SozP-ZAAbk neue Bindungen und Verpflichtungen gegenüber der Bundesrepublik Deutschland zu begründen und anzuordnen, daß diese Verpflichtungen in die innerstaatliche Rechtsordnung aufgenommen würden. Es sei Sache des Bundesgesetzgebers, dem Fehlen des Zustimmungsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 GG abzu- helfen.

7. In seinem Nichtannahmebeschluß vom 4.10.2000 (2 BvR 36/00 = DVBl. 2001, 64 = VIZ 2001, 33) setzte sich das BVerfG mit der Fortgeltung und dem Anwendungsbereich des Globalentschädigungsabkommens zwischen dem Königreich Dänemark und der DDR vom 3.12.1987 auseinander. Dabei ging das Gericht der Frage nach, ob und inwieweit die Globalentschädigung des Abkommens den Eigentumsanspruch des Beschwerdeführers an einem in der Niederlausitz gelegenen Gut zum Erlöschen bringen konnte. Das Gericht stellte zunächst fest, daß das Abkommen nach der Vereinigung der beiden deutschen Staaten die Bundesrepublik Deutschland berechtigt und verpflichtet. Die Bundesrepublik sei auf Grund von Konsultationen mit Dänemark nach Art. 12 Abs. 1 EV i.V.m. der Bekanntmachung über das Erlöschen völkerrechtlicher Übereinkünfte der DDR mit Dänemark vom

<sup>9</sup> Vertrag vom 31.8.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands, BGBl. 1990 II, 889.

<sup>10</sup> BGBl. 1994 II, 726.

<sup>11</sup> Dieser Artikel lautet: "Dem ... Vertrag ... wird zugestimmt."

<sup>12</sup> Dieser Artikel bestimmt: "Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung vorübergehend die weitere Anwendung der von Art. 12 des Einigungsvertrags erfaßten völkerrechtlichen Verträge der Deutschen Demokratischen Republik im Bereich der sozialen Sicherheit (gesetzliche Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung, Arbeitsförderung sowie Familienleistungen) in dem in Art. 3 des Einigungsvertrags genannten Gebiet zu regeln, bis das vereinte Deutschland seine Haltung zum Übergang dieser Verträge festgelegt hat."

15.10.1992<sup>13</sup> in das zwischen diesem Staat und der DDR geschlossene Globalentschädigungsabkommen sukzediert. Ferner sei die Rechtsauffassung des OLG Brandenburg (Urteil vom 26.11.1999, 4 U 22/97 = VIZ 1999, 688) nicht zu beanstanden, wonach durch das Globalentschädigungsabkommen auch das ehemals im Volkseigentum stehende Gut des Beschwerdeführers erfaßt werde. Denn aus der in Art. 6 des Abkommens enthaltenen Erledigungsklausel ergebe sich, daß sich die Regelung auf alle zwischen den Vertragsstaaten offenen Vermögensfragen beziehe. Schließlich habe das OLG zu Recht angenommen, daß bereits das In-Kraft-Treten des Abkommens auf der völkerrechtlichen Ebene zum Verlust des Eigentumsanspruchs geführt habe. Denn im Rahmen der Ausübung diplomatischen Schutzes sei der Heimatstaat grundsätzlich befugt, mit Wirkung für seine Staatsangehörigen auf deren im Gaststaat gelegenes Eigentum zu verzichten. Die Grenze der Regelungsbefugnis ergebe sich aus zwingenden Rechtsnormen, insbesondere dem Kernbereich der Menschenrechte, der allerdings bei der Disposition über faktisch wertloses Eigentum bei Gewährung einer pauschalen Entschädigung im Gegenzug nicht berührt sei.

### III. Völkerrechtliche Verträge

8. Der VGH Baden-Württemberg entschied durch Urteil vom 6.4.2000 (2 S 1860/99 = DVBl. 2000, 1783), daß der Landesgesetzgeber durch Einführung der Studiengebühr für Langzeitstudierende nach § 4 LHGebG weder gegen den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966 (IPwskR)<sup>14</sup>, noch gegen die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961 verstoßen hat. Zwar sehe Art. 13 Abs. 1 S. 1 IPwskR das Recht eines jeden auf Bildung vor. Ferner werde dieser Grundsatz durch Art. 13 Abs. 2 c IPwskR konkretisiert, worin die Vertragsstaaten anerkennen, den Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch die allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich zu machen. Jedoch begründeten diese und andere Bestimmungen des Paktes nicht unmittelbar subjektive Rechte für den einzelnen Bürger, sondern bedürften der Umsetzung und näheren Ausgestaltung durch staatliches Recht. Die Bestimmungen des Paktes enthielten, wie sich aus dessen Art. 2 ergebe, nur Programmsätze, die zu ihrer Durchführung weiterer staatlicher Rechtsakte bedürften. Da den Bestimmungen des Sozialpakts keine unmittelbare Wirkung zukomme, scheidet die Annahme aus, das LHGebG sei aufgrund der Kollisionsnorm des Art. 31 GG nichtig. Darüber hinaus sei die Einrichtung einer Studiengebühr für Langzeitstudierende zumindest über den Schrankenvorbehalt des Art. 4 IPwskR gerechtfertigt, der Einschränkungen des Rechte des Pakts erlaubt, wenn dies mit der Natur der Rechte vereinbart ist und die Maßnahme der Förderung des allgemeinen Wohls in einer demokratischen

<sup>13</sup> BGBl. 1992 I, 1115.

<sup>14</sup> BGBl. 1973 II, 1569.

Gesellschaft dient. Die Ausübung dieses Vorbehalts stehe nicht nur dem Bund als vertragschließendem Völkerrechtssubjekt, sondern auch dem Bundesland als einzelmem Gliedstaat zu, der nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes für den Erlaß eines entsprechendes Gesetzes zuständig ist. Schließlich scheidet ein Verstoß gegen Art. 10 Nr. 1 der Europäischen Sozialcharta, die durch Zustimmungsgesetz vom 19.9.1964<sup>15</sup> in innerstaatliches Recht transformiert wurde, bereits deshalb aus, weil die Bundesrepublik Deutschland die in Art. 10 Nr. 4 a der Charta niedergelegte Verpflichtung entsprechend Art. 20 der Charta nicht ratifiziert habe.<sup>16</sup>

9. Das BVerwG stellte in seinem Urteil vom 18.5.2000 (5 C 29/98 = NVwZ 2000, 1414) klar, daß die einschränkende Norm des § 120 V S. 2 BSHG, wonach Ausländer, die sich außerhalb des Bundeslandes aufhalten, in dem ihnen die Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde, keine uneingeschränkte Sozialhilfe, sondern nur die nach den Umständen unabweisbar gebotene Hilfe erhalten, auf Flüchtlinge i.S.d. Genfer Flüchtlingskonvention keine Anwendung findet. Das Gericht begründete seine Auffassung mit dem *lex specialis*-Charakter von Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) vom 11.12.1953<sup>17</sup> i.V.m. Art. 1 und 2 des Zusatzprotokolls zu diesem Abkommen vom 11.12.1953<sup>18</sup>, welche die Anwendung des § 120 Abs. 5 S. 2 BSHG auf Konventionsflüchtlinge ausschlossen. Das Gericht betonte, daß sich jeder der Vertragsstaaten in Art. 1 EFA dazu verpflichtet habe, den Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien, die sich in irgendeinem Teil seines Staatsgebiets erlaubt aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise und unter gleichen Bedingungen ("equally with its own nationals and on the same conditions") wie den eigenen Staatsangehörigen Leistungen der Sozial- und Gesundheitsfürsorge zu gewähren. Dazu zähle auch die laufende Hilfe zum Lebensunterhalt nach den §§ 11 ff. BSHG. Art. 2 des Zusatzprotokolls beziehe Flüchtlinge i.S.d. Genfer Konvention in die Inländergleichbehandlungsregelung des Art. 1 EFA ein. Die Formulierung in Art. 1 EFA ("in gleicher Weise wie seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen") gebiete nicht nur die Erbringung gleicher Fürsorgeleistungen nach Art und Höhe, sondern verlange ebenfalls, daß die schutzbedürftigen Personen bei der Hilfgewährung keinen einschränkenden Anforderungen bezüglich ihres tatsächlichen Aufenthaltsorts unterliegen. Ferner sei der fürsorgerechtliche Inländergleichbehandlungsgrundsatz durch die spätere Einführung von § 120 Abs. 2 BSHG nicht beschränkt worden. Zwar gelte die *lex posterior*-Regel auch im Verhältnis zwischen einfachem Bundesrecht und Völkervertragsrecht, das nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG in innerstaatliches Recht mit dem Range eines einfachen Bundesgesetzes transformiert worden ist. Doch diese Kollisionsregel komme nicht zur Anwendung, falls die jüngere Norm genereller Natur sei und die speziellere ältere Regel nicht verdränge ("*lex posterior*

<sup>15</sup> BGBl. 1964 II, 1261.

<sup>16</sup> Bekanntmachung vom 9.8.1965, BGBl. II, 1122.

<sup>17</sup> BGBl. 1956 II, 564.

<sup>18</sup> BGBl. 1956 II, 578.

*generalis non derogat legi priori speciali*“). Dies sei im Verhältnis zwischen § 120 Abs. 5 S. 2 BSHG und Art. 1 EFA der Fall. Aus der Entstehungsgeschichte von § 120 Abs. 5 S. 2 BSHG lasse sich kein Derogationswille gegenüber den älteren Regelungen des EFA entnehmen. Ferner werde der Zweck des § 120 Abs. 5 S. 2 BSHG, d.h. die Verhinderung einer unverhältnismäßigen Kostenlast einzelner Teile des Bundesgebiets durch Binnenwanderung von Ausländern, uneingeschränkt durch den der Vorschrift verbleibenden Anwendungsbereich erreicht.

10. Das Finanzgericht München entschied mit Urteil vom 6.12.2000 (1 K 855/99 = EFG 2001, 417), daß das Übereinkommen über die Vorrechte und Immunitäten der Vereinten Nationen vom 13.2.1946<sup>19</sup> die persönliche Steuerpflicht eines Steuerbürgers mit Wohnsitz in Deutschland nicht ausschließt. Der Kläger war von seinem Arbeitgeber auf Bitte der UNSCOM mehrfach zu Rüstungskontrollaufgaben in den Irak abgeordnet worden. Das Gericht hatte über die Steuerpflicht der während dieser Zeit unveränderten Lohnzahlungen des Arbeitgebers zu befinden, welche von der Bundesrepublik bezuschußt worden waren. Es kam zu dem Ergebnis, daß der Kläger auch während seiner Auslandstätigkeit gemäß §§ 1 Abs. 1 und 2 Einkommenssteuergesetz mit sämtlichen inländischen und ausländischen Einkünften der unbeschränkten Steuerpflicht unterlegen habe, da Deutschland im streitigen Zeitraum sein einziger Wohnsitz geblieben sei. Auch internationale Vereinbarungen schlossen diese Besteuerung nicht aus. Zwar sei das Übereinkommen über die Vorrechte und Immunitäten der Vereinten Nationen auf Mitglieder der UNSCOM-Inspektionsgruppen anwendbar. Doch aus Abschnitt 18 Buchstabe b Art. V des Abkommens lasse sich keine Steuerbefreiung für die vom Kläger erzielten Einkünfte ableiten, denn dieser beziehe sich nur auf von den Vereinten Nationen gezahlte Bezüge und finde keine Anwendung, wenn die Bezugsperson ihre Einkünfte weiter von einem deutschen Arbeitgeber erhalte. Gleichzeitig könne offenbleiben, ob die UNSCOM als Nebenorgan des Sicherheitsrats zu den Sonderorganisationen der Vereinten Nationen zähle, da auch das Abkommen über Vorrechte und Befreiungen der Sonderorganisationen der Vereinten Nationen vom 21.11.1947<sup>20</sup> eine Steuerbefreiung lediglich für Beamte der jeweiligen Sonderorganisation vorsehe.

11. Durch Beschluß vom 12.12.2000 (2 BvR 1290/99 = NJW 2001, 1848) nahm der Zweite Senat des BVerfG zur Auslegung des Völkermordtatbestands in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte Stellung. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers gegen das BGH-Urteil vom 30.4.1999 (3 StR 215/98 = BGHSt, 45, 65)<sup>21</sup> nicht zur Entscheidung an. Es stellte klar, daß die Auslegung des Absichtsbegriffs in § 220 a StGB durch die vorinstanzlichen Gerichte den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG entspricht. Sowohl das OLG,

<sup>19</sup> BGBl. 1980 II, 941.

<sup>20</sup> Die Bundesrepublik ist dem Abkommen mit Gesetz vom 22.6.1954 beigetreten, vgl. BGBl. 1954 II.

<sup>21</sup> Vgl. dazu Radermacher, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1999 [9], 208.

als auch der BGH hatten die Absicht des § 220 a StGB dahingehend ausgelegt, daß sie nicht notwendigerweise eine physisch-biologische Zerstörung der Gruppe umfassen müsse. Das BVerfG bestätigte die Verfassungsmäßigkeit dieser Auslegung. Es führte aus, die in § 220 a StGB vorausgesetzte Absicht der Zerstörung der Gruppe sei schon nach ihrem Wortlaut weiter als die physisch-biologische Vernichtung. Dies folge daraus, daß das Gesetz in § 220 a Abs. 1 Nr. 3 StGB Zerstörung mit dem besonderen Attribut "körperlich" versehe, um damit die Eignung der Tathandlung zur physischen Vernichtung der Gruppe zu bezeichnen. Zudem bezeichne § 220 a Abs. 1 Nr. 4 StGB einen Sonderfall der biologischen Vernichtung der Gruppe, ohne daß sich dies auf die gegenwärtig lebenden Mitglieder bereits i.S. einer physischen Vernichtung auswirke. Ferner werde der mögliche Wortsinn der Norm auch nicht durch die Auffassung der vorinstanzlichen Gerichte überschritten, die Absicht könne sich auch auf einen geographisch begrenzten Teil der Gruppe beziehen. Diese Auslegung finde einen Anhaltspunkt darin, daß § 220 a StGB neben der ganzen auch die teilweise Zerstörungsabsicht pönalisieren. Darüber hinaus sei die mögliche Wortlautgrenze von § 220 a StGB im Lichte des internationalen Völkermordtatbestands zu bestimmen, wie er in Art. 2 der Völkermordkonvention, Art. 4 des Statuts des Jugoslawien-Strafgerichtshofs, Art. 4 des Ruanda-Strafgerichtshofs und Art. 6 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs niedergelegt sei. Die Auffassung der Fachgerichte zu § 220 a StGB halte sich ersichtlich im Rahmen der möglichen Interpretation des völkerrechtlichen Völkermordtatbestands sowie der einschlägigen Rechtsprechung und Praxis der Vereinten Nationen. Zwar werde der Völkermordtatbestand der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9.12.1948<sup>22</sup> zum Teil auf die physisch-biologische Vernichtung einer geschützten Gruppe bzw. einer substantiellen Zahl ihrer Mitglieder gesehen. Doch sei dies nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht zwingend. Auch der englische Text der Völkermordkonvention wähle mit "destroy" im Hinblick auf die überschießende Innentendenz ("intent") einen anderen, potentiell weiteren Begriff als die einzelnen in Art. 2 *lit.* a bis e beschriebenen Tathandlungen. Dementsprechend werde allgemein nur angenommen, daß die Wortlautgrenze überschritten werde, wenn die Zerstörungsabsicht allein auf kulturelle Eigenschaften einer Gruppe bezogen sei. Ferner habe der Jugoslawien-Strafgerichtshof in seinem Urteil in *Prosecutor v. Jelusic*<sup>23</sup> angenommen, daß Völkermord auch an einer in einem geographisch begrenzten Gebiet lebenden Gruppe begangen werden könne. Insbesondere habe der Gerichtshof angenommen, die Zerstörung einer Gruppe könne durch die Kombination der Vernichtung eines substantiellen Teils der Gruppe i.V.m. Maßnahmen gegen die anderen Gruppenmitgliedern bewirkt werden. Danach könne die Zerstörungsabsicht auch auf das Verschwinden einer begrenzten Anzahl von Personen gerichtet sein, wenn diese wegen des Eindrucks ihres Verschwindens auf die Gruppe ausgewählt würden. Das

<sup>22</sup> BGBl. 1954 II 730.

<sup>23</sup> International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Goran Jelusic*, Urteil vom 14.12.1999, Case No. IT-95-10.

BVerfG betonte ebenfalls, daß der Verurteilung des Angeklagten durch die deutsche Strafgerichtsbarkeit kraft des Weltrechtsprinzips des § 6 Nr. 1 StGB kein völkerrechtliches Verbot entgegenstehe. Es sei nicht ersichtlich, daß die strafrechtliche Verfolgung des Beschwerdeführers gemäß §§ 6 Nr. 1, 220 a StGB, Art. VI Völkermordkonvention in der von den Fachgerichten zugrundegelegten Auslegung in die Territorial- oder Personalhoheit des Heimatstaates des Beschwerdeführers eingreifen könnte. Insbesondere habe Bosnien-Herzegowina auf eine mögliche Auslieferung des Beschwerdeführers verzichtet. Die Frage, ob, wie es die angegriffenen Urteile annehmen, ein weiterer Anknüpfungspunkt im Hinblick auf das Interventionsverbot zu verlangen sei, bedürfe keiner Entscheidung, da eine Überdehnung der völkerrechtlichen Kompetenzschränken durch den BGH jedenfalls keine Beschwer des Beschwerdeführers begründen könne.

## IV. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität

### 1. Grenzen der Ausübung eigener Staatsgewalt

12. In seinem Beschluß vom 16.5.2000 (2 Zs 1330/99 = NStZ 2000, 667)<sup>24</sup> hatte das OLG Köln über das Klageerzwingungsverfahren eines Antragstellers zu entscheiden, der während des Golfkriegs zu Beginn des Jahres 1991 von der irakischen Regierung in Bagdad als lebendes Schutzschild gegen alliierte Luftangriffe festgehalten worden war und in der Bundesrepublik Strafantrag gegen den Präsidenten der Republik Irak wegen "aller in Betracht kommenden Delikte", insbesondere schwerer Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 2 StGB) und Geiselnahme (§ 239 b StGB) erstattet hatte. Das Gericht befand, daß der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen ein ausländisches Staatsoberhaupt im Inland grundsätzlich das Verfolgungshindernis der Immunität entgegensteht, welches gemäß Art. 25 GG i.V.m. § 20 Abs. 2 GVG von den deutschen Strafverfolgungsbehörden zu beachten sei. Eine Versagung des Schutzes der Immunität könne dann in Betracht kommen, (1) wenn es sich bei der vorgeworfenen Tat um einen normierten Verstoß gegen Völkerstrafrecht handle, welches zur Tatzeit am Tatort begolten habe, (2) wenn die Tat aufgrund multilateraler Verträge auf zwischenstaatlicher Ebene als völkerrechtliches Verbrechen einzustufen sei oder (3) wenn ausnahmsweise ein hinreichender Bezug zur eigenen Straf Gewalt vorliege. Im diesem Fall greife jedoch keine dieser Ausnahmen ein. Die Tatbestände des Völkerstrafrechts seien in Bezug auf das in Rede stehende Geschehen nicht mit Verbindlichkeit festgeschrieben. In Betracht komme allein ein Verstoß gegen das Internationale Übereinkommen gegen Geiselnahme vom 18.12.1979<sup>25</sup>. Der vom Anzeigererstatte mitgeteilte Sachverhalt lasse sich aber nicht unter Art. 1 Abs. 1 dieses Abkommens fassen, da es bei der Verbringung an einen Zielort militärischer Angriffe an der Tatbestandsvoraussetzung der Nötigung

<sup>24</sup> Siehe dazu auch die Anm. von S. Wirth, NStZ 2001, 665.

<sup>25</sup> BGBl. 1980 II, 1361.

“als ausdrückliche oder stillschweigende Voraussetzung für die Freigabe der Geisel, fehle. Denn die Handlung sei nicht erfolgt, um ein bestimmtes Verhalten dritter Staaten bzw. der alliierten Streitkräfte im Hinblick auf die Freilassung des Anzeigerstatters zu erzwingen, sondern um Einfluß auf die Intensität der Angriffe auszuüben. Soweit das dem Beschuldigten vorgeworfene, in krimineller Sicht gravierende Verhalten einen Verstoß gegen das Völkerrecht unterhalb der Schwelle des völkerrechtlichen Verbrechens darstelle, fehle es für die Versagung der Immunität jedenfalls an einem hinreichenden Bezug zur eigenen Straf Gewalt.

13. Durch Beschluß vom 16.8.2000 (2 L 40/99 = NVwZ-Beilage I 3/2001, 30) entschied das OVG Greifswald, daß im Asylverfahren die Vernehmung von Zeugen im angeblichen Verfolgersstaat völkerrechtlich unzulässig ist. Der Kläger, ein togoischer Staatsangehöriger, der seine Anerkennung als Asylberechtigter begehrte, berief sich darauf, daß er im Ausgangsverfahren die Vernehmung seines Bruders, seiner Ehefrau und eines Schulfreundes in Togo beantragt hätte, falls er gewußt hätte, daß das VG weiterhin Zweifel an der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen hatte. Das OVG trat diesem Einwand mit dem Argument entgegen, der Antrag sei unzulässig und wäre durch das VG ohnehin abzulehnen gewesen. Zwar sei es grundsätzlich möglich, durch die deutsche Botschaft in Togo auch togoische Staatsangehörige vernehmen zu lassen, so daß die unzulässige Inanspruchnahme von Behörden des angeblichen Verfolgerstaates nicht erforderlich gewesen wäre. Dennoch sei die Vernehmung von Zeugen für eine politische Verfolgung im Verfolgerstaat ausgeschlossen. Dies ergebe sich daraus, daß es dem Zeugen nicht zugemutet werden könne, seinen Heimatstaat als Verantwortlichen politischer Verfolgungen erscheinen zu lassen, zumal sich der Zeuge damit selbst der Gefahr politischer Verfolgungen aussetze. Wenn ein Staat schon von seinen eigenen Staatsangehörigen nichts verlangen dürfe, was in dem ausländischen Staat verboten sei, müsse dies erst recht für Angehörige des ausländischen Staates gelten. Doch selbst wenn die Zeugen dazu bereit wären, das Risiko einer politischen Verfolgung im ausländischen Staat einzugehen, bliebe es der Bundesrepublik aus völkerrechtlichen Gründen verwehrt, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Denn die Vernehmung von Auslandszeugen im Verfolgerstaat sei als ein völkerrechtlich unfreundlicher Akt der Bundesrepublik Deutschland zu werten.

14. In seinem Urteil vom 23.11.2000 hatte das BAG (2 AZR 490/99 = NZA 2001, 683) darüber zu befinden, ob die Kündigungsschutzklage eines als Pressereferent bei dem United States Information Service Germany (USIS) beschäftigten höheren Angestellten der deutsche Gerichtsbarkeit nach § 20 Abs. 2 GVG unterfällt. Der Kläger war seit 1985 für die beklagten Vereinigten Staaten von Amerika tätig. Im Rahmen seiner Beschäftigung bei der USIS unterstand er direkt der Aufsicht des Branch Public Affairs Officers des US-Generalkonsultats in Hamburg. Der USIS als Gesamtorganisation ist wiederum Teil der United States Information Agency, einer selbständigen Behörde, die direkt dem Präsidenten der Vereinigten Staaten unterstellt ist und ihre Weisungen vom Außenministerium der Vereinigten Staaten empfängt. Der Kläger machte geltend, der Rechtsstreit unterliege der deutschen Gerichtsbarkeit, da seine Tätigkeit nicht hoheitlicher Natur gewesen sei, son-

dern in gleicher Weise von einer Privatperson, etwa einer PR-Agentur, hätte wahrgenommen werden können. Ebenso wenig erfülle der USIS selbst behördliche Funktion. Dieser Argumentation konnte sich das BAG nicht anschließen. Es erkannte, daß das LAG Hamburg die deutsche Gerichtsbarkeit zu Recht für nicht zuständig erachtet hatte. Immunität bestehe zwar nicht nach §§ 18, 19 GVG, da der Kläger nicht Mitglied einer diplomatischen Mission i.S.v. § 18 S. 1 GVG oder einer konsularischen Vertretung i.S.v. § 19 Abs. 1 S. 1 GVG gewesen sei, sondern nur Angestellter einer von der diplomatischen Mission und den Konsulaten der Beklagten organisatorisch getrennten Behörde. Doch der Ausschluß der deutschen Gerichtsbarkeit ergebe sich aus § 20 Abs. 2 GVG. Es entspreche der ständigen Rechtsprechung des Senats, in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten die deutsche Gerichtsbarkeit für nicht eröffnet zu achten, falls der Arbeitnehmer für einen anderen Staat hoheitlich tätig werde. Mangels einschlägiger völkerrechtlicher Regelungen sei die Einordnung der Tätigkeit als hoheitlich oder nicht-hoheitlich nach deutschem Recht zu beurteilen. Danach gelte, daß amtliche Erklärungen und Öffentlichkeitsarbeit des Staates, einer Behörde oder von Amtsträgern schlicht-hoheitliches Handeln öffentlich-rechtlicher Natur sei. Ausgehend von diesen Grundsätzen sei Pressearbeit, wie sie der Kläger erledigt habe, hoheitliche Tätigkeit. Die Gegenansicht, wonach Arbeitsverhältnisse generell nicht zum hoheitlichen Handeln gehörten, überzeuge nicht. Zwar habe sich das Völkerrecht im Hinblick auf die Staatenimmunität durch zahlreiche Kodifikationen in den letzten Jahrzehnten weiterentwickelt und lasse eine Tendenz dahin erkennen, Arbeitsverträge von der Staatenimmunität auszunehmen. Doch bestehe bislang kein völkergewohnheitsrechtlicher Grundsatz des Inhalts, daß ein Staat schon dann keine Immunität genieße, falls er einen Angehörigen des Gerichtsstaates in Form eines Arbeitsverhältnisses mit hoheitlichen Aufgabe betraue und es zu einem Arbeitsrechtsstreit über eine Kündigung dieses Arbeitsverhältnisses komme.

## 2. Anerkennung fremder Hoheitsakte

15. Durch Beschluß vom 29.6.2000 (IX ZB 23/97 = IPRax 2001, 50) entschied der BGH, daß ein ausländisches Urteil, welches darauf beruht, daß dem Schuldner die Vertretung durch einen in der Verhandlung anwesenden Rechtsanwalt nur deswegen verwehrt wurde, weil er selbst nicht persönlich erschienen war, in Deutschland nicht anerkannt werden kann. Damit knüpfte der BGH an das Urteil des EuGH vom 28.3.2000 (Rs. C-7/98 = IPRax 2000, 406) zu den Grenzen des *ordre public* i.S.d. Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ an, worin dieser entschieden hatte, daß der Vollstreckungsstaat im Rahmen des *ordre public* berücksichtigen dürfe, ob dem Beklagten das Recht versagt worden sei, sich verteidigen zu lassen ohne persönlich zu erscheinen. Der BGH führte aus, daß die Vollstreckung des Urteils des Schwurgerichts Paris vom 13.3.1995, im Rahmen dessen dem Verteidiger des Schuldners untersagt worden war, für diesen persönlich im Adhäsionsverfahren aufzutreten, die deutsche öffentliche Ordnung verletzte. Eine in Deutschland verklagte Partei dürfe

sich in jeder Lage eines Zivilverfahrens durch einen Rechtsanwalt mit der Wirkung vertreten lassen, daß sie nicht säumig sei. Zwar könne in gewissen, eng begrenzten Fällen eine erstinstanzliche Hauptverhandlung in einer Strafsache ohne Anwesenheit des Angeklagten stattfinden, doch sei er nach § 234 StPO stets befugt, sich durch einen bevollmächtigten Verteidiger vertreten zu lassen. Dies gelte nach § 404 Abs. 5 S. 2 StPO zugleich gegenüber einem im Adhäsionsverfahren geltend gemachten Entschädigungsantrag des Verletzten. Zudem schreibe Art. 103 Abs. 1 GG vor, daß vor einem deutschen Gericht jedermann einen Anspruch auf rechtliches Gehör habe. Dieses Recht dürfe regelmäßig auch durch einen Rechtsanwalt ausgeübt werden. Soweit der Rechtsanwalt das Recht auf Gehör für seine Partei ausübe, sei er es, den das Gericht auf jeden Fall durchgängig am Verfahren zu beteiligen habe. Insbesondere dürfe das Gericht keinen Vortrag unberücksichtigt lassen, der ihm in dieser Form in der anberaumten Verhandlung unterbreitet worden sei. Gemessen an diesen Maßstäben könne das Urteil des Schwurgerichts Paris, das unter Verletzung des rechtlichen Gehörs des Schuldners ergangen sei, in Deutschland nicht anerkannt werden. Nach der Sachlage sei auch nicht auszuschließen, daß das französische Gericht über den Schadensersatzanspruch anders entschieden hätte, wenn es die Verteidigung des Schuldners bei seiner Entscheidung berücksichtigt hätte.

## V. Staatsangehörigkeit

### 1. Erwerb

16. Durch Urteil vom 23.3.2000 (5 C 9/99 = DVBl. 2000, 1531) präzierte das BVerwG die Voraussetzungen für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Eintragung in die Verordnung über die Deutsche Volksliste und die deutsche Staatsangehörigkeit in den eingegliederten Ostgebieten vom 4.3.1941.<sup>26</sup> Das BVerwG sprach einer in Polen geborenen Klägerin einen Anspruch auf Erteilung eines Vertriebenenausweises zu, weil ihr Vater zum Zeitpunkt ihrer Geburt im Jahre 1949 durch Einbürgerung aufgrund § 5 der Verordnung über die Deutsche Volksliste die deutsche Staatsangehörigkeit auf Widerruf erworben habe. Zwar könne bei Personen, die in Abteilung 3 der Deutschen Volksliste eingetragen waren, nicht generell davon ausgegangen werden, daß der Antrag auf Aufnahme in die Volksliste auch von dem nach § 6 BVFG a.F. erforderlichen Willen und dem Bewußtsein getragen war, ausschließlich dem deutschen Volk als national geprägter Kulturgemeinschaft anzugehören, weil der Antrag in vielen Fällen nicht aus freien Stücken gestellt worden sei. Jedoch lasse sich die deutsche Volkszugehörigkeit des Vaters der Klägerin aus Indizien herleiten, insbesondere der Tatsache, daß er als Kleinkind vorrangig mit der deutschen Sprache aufgewachsen und diese im häuslichen Bereich die ganz überwiegend gebrauchte Sprache gewesen sei. Denn die Tat-

<sup>26</sup> RGL. 1941 I,118.

sache, daß Deutsch die Muttersprache des Betroffenen war, indiziere in aller Regel zugleich auch eine deutsche Erziehung und die Zugehörigkeit zum deutschen Kulturkreis. Weiterer zusätzlicher Indizien bedürfe es in diesen Fällen nicht mehr.

17. Das OVG Münster entschied durch Urteil vom 27.6.2000 (8 A 609/00 = InfAuslR 2001, 29), daß die Einbürgerung eines anerkannten Asylberechtigten kurdischer Volkszugehörigkeit und türkischer Nationalität nach § 8 StAG<sup>27</sup> abgelehnt werden darf, weil dieser wegen Unterstützung der in Deutschland verbotenen PKK nicht die Gewähr dafür biete, daß er sich zur freiheitlichen, demokratischen Grundordnung bekenne. Es liege nicht im öffentlichen Interesse, denjenigen als neuen Staatsangehörigen aufzunehmen, dessen Haltung befürchten lasse, er werde die wertgebundene Ordnung des Grundgesetzes nicht bejahen oder sich gar gegen sie wenden. Die Ziele der PKK seien unvereinbar mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Wer für die Ziele dieser Partei eintrete, dokumentiere eine mangelnde Identifizierung mit dem Wertesystem der deutschen Verfassung. Daß sich die Aktivitäten der PKK gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung und darüber hinaus auch gegen die Sicherheit des Bundes richteten, folge aus der Aufrechterhaltung des Betätigungsverbots der Partei in Deutschland sowie aus der fortbestehenden Einschätzung der Bundesregierung, die PKK stelle nach wie vor ein erhebliches Sicherheitsrisiko für Deutschland dar. Auch wenn man davon ausgehe, daß die PKK die von ihr für das kurdische Volk propagierte Herrschaftsordnung nur auf dem Territorium der Türkei und nicht auf deutschem Boden durchsetzen wolle, bedeute ihre Präsenz und ihr hoher Organisationsgrad wie auch die große Zahl ihrer Anhänger in Deutschland eine Gefährdung der hiesigen Wertordnung. Ferner sei es auch nicht ermessensfehlerhaft die Einbürgerung zu verweigern, wenn sich der Bewerber als bloßer Unterstützer der PKK erweise, ohne zugleich aktiv-kämpferisch und mit Gewalt für diese Vereinigung einzutreten. Denn an der Gewähr, sich zur freiheitlich demokratischen Grundordnung zu bekennen, fehle es bereits, wenn sich der Einbürgerungsbewerber in weniger herausgehobener Weise für die Ziele einer verfassungsfeindlichen Organisation einsetze oder er diese durch Finanzierung oder Teilnahme an Veranstaltungen unterstütze. Schließlich sei das Einbürgerungsermessen bei PKK-Unterstützern auch nicht durch das Wohlwollensgebot des Art. 34 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951<sup>28</sup> eingeschränkt. Zwar enge das Abkommen die Ermessensfreiheit der Behörde ein, da den begünstigten Personen in der Regel der Schutz fehle, den ein Staatsangehöriger durch seinen Heimatstaat erhalte, jedoch dürfe die Einbürgerung in jenen Fällen abgelehnt werden, in denen staatliche Belange dem Ersuchen entgegenstünden.

---

<sup>27</sup> I.d.F. des Gesetzes zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts vom 15.7.1999, BGBl. 1999 I, 1618.

<sup>28</sup> BGBl. 1953 II 559, ergänzt durch das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967 (BGBl. 1969 II, 1293).

## 2. Verlust<sup>29</sup>

18. Durch Beschluß vom 23.10.2000 (1 B 53/00 = Buchholz 130, § 25 STAG Nt. 11) stellte das BVerwG klar, daß es für den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 25 StAG nicht darauf ankommt, ob der Antragsteller diese aufgeben will oder nicht. Maßgeblich sei vielmehr, ob er den Willen zum Ausdruck gebracht habe, die ausländische Staatsangehörigkeit zu erwerben. Darin, daß mit dem Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit ohne oder gegen den Willen des Antragstellers eintrete, liege kein Verstoß gegen Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG. Mit dieser Begründung trat das BVerwG der Auffassung des Beschwerdeführers entgegen, der in dem Beschwerdeverfahren den Standpunkt vertreten hatte, das Verbot der Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit stünde einem Verlust nach § 25 StAG entgegen, der nicht auf einem selbstverantwortlichen und freien Willensentschluß des Antragstellers, sondern auf einem von den Behörden ausgelösten Willensmangel beruhe. Das Gericht stellte darauf ab, daß der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nach dem Gesetz ohne Rücksicht auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines dahin gehenden Willen des in den fremden Staat Eingebürgerten eintrete, ohne daß es darauf ankomme, ob der Antragsteller den Verlust wünsche oder er sich über die Folgen des Erwerbs der fremden Staatsangehörigkeit irre.

## 3. Mehrfache Staatsangehörigkeit

19. In seinem Urteil vom 21.08.2001 (10 E 2124/98 = InfAuslR 2001, 37) hatte das VG Gießen über den Einbürgerungsanspruch eines am 3.10.1996 in Deutschland geborenen Klägers zu entscheiden, der durch Abstammung von seinem Vater die italienische Staatsangehörigkeit erworben hatte und die Einbürgerung in den deutschen Staatsverband unter Hinnahme der italienischen Staatsangehörigkeit begehrte. Das Gericht sprach dem Kläger den Anspruch nach Maßgabe der §§ 85 Abs. 1, 87 Abs. 2 AuslG zu. Streitig zwischen den Beteiligten sei allein die Voraussetzung des § 85 Abs. 1 Nr. 4 AuslG, der für eine erleichterte Einbürgerung des Ausländers voraussetze, daß der Ausländer seine bisherige Staatsangehörigkeit aufgebe oder verliere. Jedoch könne nach § 87 Abs. 2 AuslG von dieser Voraussetzung abgesehen werden, wenn der Ausländer die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union besitze und Gegenseitigkeit bestehe. Diese Bedingungen seien im Fall des Klägers erfüllt. In Bezug auf die Einbürgerung und die Hinnahme von Mehrstaatigkeit bestehe mit Italien Gegenseitigkeit. Das italienische Staatsangehörigkeitsrecht korrespondiere mit der Regelung des § 87 Abs. 2 AuslG, indem es fordere, daß sich der Einbürgerungsbewerber über einen bestimmten Zeitraum rechtmäßig in Italien aufgehalten haben müsse. Darüber hinaus werde die italienische Staatsbürgerschaft ohne Verzicht auf die ausländische Staats-

<sup>29</sup> Siehe dazu auch das Urteil des Hamburgischen OVG vom 26.10.2000 [33].

bürgerschaft verliehen. Einer bestehenden Gegenseitigkeit könne auch nicht entgegengehalten werden, daß §§ 85 Abs. 1, 87 Abs. 2 AuslG einen Anspruch auf Einbürgerung begründeten, während das italienische Recht die Einbürgerung lediglich in das Ermessen der zuständigen Behörden stelle. Denn in Italien werde die Ermessenseinbürgerung regelmäßig wie eine in Deutschland bestehende Anspruchseinbürgerung nach §§ 85 Abs. 1, 87 Abs. 2 AuslG gehandhabt. Darüber hinaus stehe dem Anspruch des Klägers auch nicht das Übereinkommen vom 6.5.1963 über die Verringerung der Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern<sup>30</sup> entgegen. Hierzu wäre Voraussetzung, daß Art. 1 dieses Abkommens den neugefaßten §§ 85 Abs. 1 S. 1, 87 Abs. 2 AuslG im Rang vorgehe oder auf andere Weise bestimme, daß das AuslG subsidiär anzuwenden sei. Dies sei indes nicht ersichtlich, denn als in innerstaatliches Recht transformierter völkerrechtlicher Vertrag habe das Abkommen den Rang einfachen Bundesrechts, dem das später erlassene AuslG nach dem *lex posterior*-Grundsatz vorgehe. Zudem verstoße eine Berufung auf das Mehrstaaterübereinkommen zum Ausschluß des Anspruchs auf Einbürgerung gem. §§ 85, 87 Abs. 2 AuslG gegen Treu und Glauben und ließe die Regelung in § 87 Abs. 2 AuslG als mit einem geheimen Vorbehalt behaftet erscheinen.

#### 4. Staatenlosigkeit

20. Durch Beschluß vom 7.2.2000 entschied das KG Berlin (25 VA 33/97 = InfAuslR 2000, 299) im Zusammenhang mit der Befreiung vom Erfordernis der Beibringung eines Ehefähigkeitszeugnisses gegenüber dem Standesbeamten, daß Palästinenser, die keine andere Staatsangehörigkeit angenommen haben, als Staatenlose anzusehen sind. Dies gelte auch für Palästinenser, die eigentlich libanesische Staatsbürger seien, von der Republik Libanon aber nicht als eigene Staatsangehörige anerkannt würden.

21. In seinem Urteil vom 24.5.2000 ((7 C 15/99 = VIZ 2000, 599) setzte sich das BVerwG mit der Frage auseinander, ob das während der sowjetischen Besatzungsmacht geltende Verbot der entschädigungslosen Enteignung für Vermögenswerte, die im Eigentum ausländischer natürlicher oder juristischer Personen standen, auch das Eigentum Staatenloser erfaßte. Der Kläger hatte sich darauf berufen, daß die Enteignung seines Rechtsvorgängers im Rahmen der Bodenreform gegen die Ausländerschutzbestimmungen der sowjetischen Besatzungsmacht, insbesondere die Proklamation Nr. 2 der Oberbefehlshaber der Besatzungstreitkräfte vom 20.9.1945<sup>31</sup> verstoßen habe, welche auch Staatenlose schütze. Das BVerwG wies diese Argumentation zurück. Es sah keine durchgreifenden Anhaltspunkte dafür, daß der ehemalige Eigentümer als Staatenloser unter das Schutzversprechen der sowjetischen Besatzungsmacht für ausländisches Eigentum gefallen war. Zwar sei ein-

---

<sup>30</sup> BGBl. 1969 II, 1953, in der Fassung der Änderung durch Gesetz vom 20.12.1974 (BGBl. 1974 I, 3714).

<sup>31</sup> ABl. des Kontrollrats Nr. 1 vom 29.10.1945, 8 ff.

zuräumen, daß Abschnitt III Nr. 9 der Proklamation vom 20.9.1945, worin dem deutschen Volk die Verpflichtung auferlegt wird, "alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Sicherheit, den Unterhalt und die Wohlfahrt von Personen, die nicht deutsche Staatsbürger sind sowie deren Eigentum und des Eigentums fremder Staaten zu gewährleisten", die Auslegung zulasse, mit den "nicht deutschen Staatsbürgern" seien auch Staatenlose gemeint. Jedoch sei eine solche Auslegung nicht zwingend, denn zahlreiche andere Bestimmungen der Proklamation, insbesondere Abschnitt III Nr. 5 und Abschnitt VI Nr. 19 b deuteten darauf hin, daß diese lediglich das Verhältnis Deutschlands zu anderen Staaten und deren Angehörigen regeln wollte. Die Proklamation habe nicht das Ziel verfolgt, Staatenlose in das Schutzversprechen einzubeziehen, sondern allenfalls beabsichtigt, deutsche Staatsangehörige zu schützen, die zugleich eine ausländische Staatsangehörigkeit besaßen. Auch lasse sich den Bestimmungen und Verlautbarungen der sowjetischen Besatzungsmacht nicht entnehmen, daß die Proklamation i.S. eines Schutzes für das Eigentum Staatenloser zu verstehen sei. Der für die Behandlung ausländischen Eigentums grundlegende SMAD-Befehl Nr. 104 vom 4.4.1946 spreche im Gegenteil ausdrücklich von den Bürgern ausländischer Staaten. Darüber hinaus gebiete auch der damalige Stand des Völkerrechts kein anderes Verständnis dieser Verlautbarungen. Abgesehen davon, daß Staatenlose vor dem Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954<sup>32</sup> hinsichtlich ihres Vermögens weitgehend ohne Schutz gewesen seien, sei seinerzeit selbst eine Entschädigungspflicht für die Enteignung ausländischer Staatsangehöriger nicht durchweg, insbesondere nicht von der Sowjetunion anerkannt gewesen. Soweit eine Entschädigungspflicht bejaht worden sei, habe deren Verletzung nicht zur Nichtigkeit der Enteignung geführt, sondern nur zu einem Ersatzanspruch des Heimatstaates, an dem es dem Staatenlosen gerade mangle.

## VI. Fremdenrecht

### 1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts

22. Das BVerwG entschied in seinem Urteil vom 29.6.2000 (BVerwGE 111, 284 = NVwZ 2000, 1424), daß die Haftung des Luftfahrtunternehmens für die Kosten der Zurückweisung eines ausländischen Fluggastes auch die diejenigen Personalkosten umfaßt, die bei einer amtlichen Begleitung des Ausländers zur Botschaft seines Heimatstaates anfielen, um ihm dort ein für die Rückreise notwendiges Reisedokument zu beschaffen. Internationale Verträge, namentlich das Chicagoer Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt vom 7.12.1944<sup>33</sup> oder das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Staat Bahrain über den Luftverkehr vom 18.6.1991<sup>34</sup>, stünden dieser Haftung nicht entgegen. Beide Abkommen

<sup>32</sup> Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954, BGBl. 1976 II, 473.

<sup>33</sup> BGBl. 1956 II, 411, 934.

gingen davon aus, daß der Beförderungsunternehmer – über die Rückbeförderungspflicht hinaus – die Vorschriften der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere die über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern einzuhalten habe<sup>35</sup>. Das gelte auch für die Bestimmungen des Ausländergesetzes über die Kostentragung in Fällen der Zurückweisung eingeflogener Ausländer.

23. Der VGH Baden-Württemberg entschied durch Urteil vom 26.7.2000 (13 S 3017/00 = InfAuslR 2000, 488), daß für die länderübergreifende Verteilung geduldeter Kosovo-Albaner nach Maßgabe des Beschlusses der Innenministerkonferenz vom 10./11.6.1999 eine Rechtsgrundlage im AuslG fehlt. Das Gericht wies darauf hin aus, daß § 56 Abs. 3 S. 2 AuslG, der die Anordnung von Bedingungen und Auflagen bei Erteilung einer Duldung erlaube, keine Handhabe dafür biete, einen Ausländer einem anderen Bundesland zuzuweisen. Ferne lasse sich eine länderübergreifende Zuweisungsentscheidung nicht generell auf § 32 a Abs. 12 S. 1 AuslG stützen, der entsprechende Regelungen für Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlinge vorsehe. Eine analoge Anwendung der Norm über den Kreis der nach § 32 a AuslG aufgenommenen Ausländer komme nicht in Betracht, denn insoweit bestehe keine bewußte Regelungslücke. Wie ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der im Rahmen von § 55 AuslG vorgesehenen Duldungsgründe zeige, habe der Gesetzgeber die eindeutige Entscheidung getroffen, von der Schaffung einer Rechtsgrundlage für die länderübergreifende Verteilung geduldeter Ausländer abzusehen. Das Absehen von einer Ermächtigung der Ausländerbehörden zur länderübergreifenden Verteilung geduldeter Ausländer möge zwar angesichts der gegenwärtigen Entwicklung rechtspolitisch verfehlt sein, doch könne in Anbetracht der klar zutage tretenden legislativen Enthaltensamkeit nicht von einer durch Analogie zu behandelnden – planwidrigen – Unvollständigkeit des Gesetzes ausgegangen werden. Offenbleiben könne indes die Frage, ob Zuweisungsentscheidungen zur Durchsetzung einer länderübergreifenden Verteilung geduldeter Ausländer ihre Rechtsgrundlage in einer Anordnung nach § 54 AuslG finden können, welcher die Aussetzung von Abschiebungen erlaubt. Es sei nämlich nicht ersichtlich, daß die den Antragstellern erteilte Duldung auf § 54 AuslG beruhe.

24. Das BVerwG stellte in seiner Entscheidung vom 19.9.2000 (1 C 19/99 = BVerwGE 112, 63 = DVBl. 2001, 214) klar, daß eine Anordnung nach § 32 AuslG für die von ihr begünstigten Ausländer keine unmittelbaren Rechtsansprüche auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis begründet. Nach § 32 AuslG kann die oberste Landesbehörde aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik anordnen, daß Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen eine Aufenthaltsbefugnis auch ohne die strenge Bindung an die Voraussetzungen der §§ 30, 31 Abs. 1 AuslG erteilt wird. Das BVerwG befand, daß diese Regelung Ausländern nur in sehr begrenztem Maße subjektive Rechte einräume. Ob die oberste Landes-

---

<sup>34</sup> BGBl. 1993 II, 818

<sup>35</sup> Siehe näher dazu Art. 13 und 38 des Chicagoer Abkommens sowie Art. 3 Abs. 3 des Deutsch-Bahrainischen Abkommens.

behörde eine Anordnung nach § 32 AuslG treffe, stehe in ihrem Ermessen, das lediglich durch die im Gesetz genannten Motive ("aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland") begrenzt sei. Es handele sich dabei um eine politische Entscheidung, die grundsätzlich keiner gerichtlichen Überprüfung unterliege. Daneben enthielten Anordnungen nach § 32 AuslG grundsätzlich die an die Ausländerbehörde gerichtete Weisung, dem Ausländer bei Erfüllung der Voraussetzungen eine Aufenthaltsbefugnis zu erteilen. Dadurch werde das der Ausländerbehörde gemäß §§ 30, 31 Abs. 1 AuslG zustehende Ermessen bei der Erteilung der Aufenthaltsbefugnis intern gebunden. Der Ausländer könne jedoch aus einer nach § 32 AuslG erlassenen Anordnung selbst keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis ableiten. Denn Anordnungen nach § 32 AuslG seien im Verhältnis zum Bürger nicht als Rechtssätze zu behandeln, sondern als Willenserklärungen der obersten Landesbehörde, die von der Ausländerbehörde ausulegen seien. Weiche die Ausländerbehörde von der landeseinheitlichen Handhabung der Anordnung ab, so erwachse dem Ausländer nach Art. 3 GG allerdings ein gerichtlicher Anspruch auf Gleichbehandlung nach Maßgabe der tatsächlichen Verwaltungspraxis.

25. Der BGH entschied durch Urteil vom 8.11.2000 (1 StR 447/00 = NStZ 2001, 157), daß der Straftatbestand des Einschleusens von Ausländern nach § 92 a Abs. 4 AuslG auch dann anzuwenden ist, wenn Asylbewerber zuerst aus der Bundesrepublik Deutschland "ausgeschleust" und dann in einen anderen Vertragsstaat des Schengener Übereinkommens unter Zuwiderhandlung gegen dessen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen wieder eingeschleust worden sind. Der Tatbestand des § 92 a Abs. 4 AuslG stelle seinem Wortlaut nach auf Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise von Ausländern "in das Europäische Hoheitsgebiet einer der Vertragsstaaten des Schengener Übereinkommens" und den Aufenthalt dort ab. Damit sei nicht nur das Einschleusen von außerhalb des Schengen-Raumes erfaßt, sondern auch das Schleusen über die gemeinsamen Grenzen (Binnengrenzen) der Schengen-Staaten hinweg. Dies ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte der Tatbestandserweiterung. Mit ihr solle die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland aus Art. 27 Abs. 1 des Schengener Übereinkommens<sup>36</sup> erfüllt werden, wonach jede Vertragspartei des Übereinkommens Sanktionen für den Fall des Schleusens von Drittausländern "in das Hoheitsgebiet einer der Vertragsparteien unter Verletzung ihrer Rechtsvorschriften" vorzusehen habe. Deshalb komme es nicht darauf an, ob sich der geschleuste Drittausländer zuvor in einem anderen Vertragsstaat rechtmäßig aufgehalten habe. Diese Auslegung des Tatbestandes entspreche zudem der Zielsetzung des Abkommens, mit dem Abbau der Grenzkontrollen an den gemeinsamen Grenzen der Schengen-Staaten Ausgleichsmaßnahmen greifen zu lassen, um jedem Vertragsstaat einen gewissen Sicherheitsstandard zu erhalten.

---

<sup>36</sup> BGBl. 1993 II, 1010.

## 2. Allgemeine Fragen der Ausweisung und Abschiebung

26. Das OVG Lüneburg befand in seinem Beschluß vom 6.3.2000 (9 L 3275/99 = NvwZ 2001, Beilage I, 19), daß Blutrache im Nord-Irak ein mehr oder weniger praktizierter Bestandteil der ländlichen "Rechtskultur" ist. Dies könne es im Einzelfall rechtfertigen, das Vorliegen eines Abschiebungshindernisses nach § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG zu bejahen, bei dem es lediglich auf das Bestehen einer konkreten Gefahr ankomme, ohne Rücksicht darauf, ob sie vom Staat ausgehe oder ihm zumindest zurechenbar sei.

27. Das BVerwG entschied durch Urteil vom 21.3.2001 (1 C 23/99 = BVerwGE 111, 62 = DVBl. 2000, 1527), daß der Erteilung einer Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG wegen Unmöglichkeit der Abschiebung aus tatsächlichen Gründen nicht entgegensteht, daß die Identität des Ausländers ungeklärt ist. Der Entscheidung lag die Klage eines nach eigenen Angaben bhutanischen Staatsangehörigen zugrunde, dessen Asylbegehren erfolglos geblieben war und der anschließend die Erteilung einer Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG erstrebte. Die Duldung war von der Ausländerbehörde mit dem Hinweis auf die ungeklärte Identität des Klägers verweigert worden, denn die bhutanische Regierung hielt diesen für einen nepalesischen Staatsangehörigen. Kernfrage war somit, ob ein abgelehnter Asylbewerber trotz ungeklärter Identität einen Anspruch auf Duldung geltend machen kann. Entgegen dem Berufungsurteil des VGH München vom 27.7.1999 (10 B 98.2555) erkannte das BVerwG den Anspruch des Klägers auf Erteilung einer Duldung an und stützte sich dabei maßgeblich auf Systematik und Wortlaut des Ausländergesetzes im Vergleich von Duldung und Aufenthaltsbefugnis. Das Gericht führte aus, es komme für die Erteilung einer Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG nicht darauf an, ob der Ausländer es zu vertreten habe, daß er wegen seiner ungeklärten Identität nicht abgeschoben werden könne. Die Vorschrift stelle ihrem Wortlaut nur darauf ab, ob die Abschiebung des Ausländers aus tatsächlichen Gründen unmöglich sei. Weder die Funktion der Duldung noch die gesetzliche Systematik sprächen dafür, daß die Erteilung der Duldung von weiteren Voraussetzungen abhängen solle, die in der Sphäre des Ausländers lägen. Maßgeblich sei allein, ob der Abschiebung tatsächliche Hindernisse entgegenstünden, die es der Ausländerbehörde unmöglich machten, ihrer Abschiebeverpflichtung nachzukommen. Erst bei der Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 3 AuslG komme es darauf, ob der Ausländer Hindernisse zu vertreten habe, die der Abschiebung entgegenstehen, nicht jedoch bei der Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG. Die gegenüber § 55 Abs. 2 AuslG engeren Voraussetzungen des § 30 Abs. 3 AuslG erklärten sich aus dem Umstand, daß die Aufenthaltsbefugnis – anders als die Duldung – die Ausreisepflicht beseitige und einen rechtmäßigen Aufenthalt begründe. Ferner enthalte das Ausländergesetz in Bezug auf die ungeklärte Identität des Ausländers lediglich eine Regelung im Zusammenhang mit der Aufenthaltsgenehmigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 AuslG, nicht jedoch im Kontext von § 55 Abs. 2 AuslG. Dies entspreche der gesetzgeberischen Konzeption, einen vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer bei Vorliegen

der gesetzlichen Voraussetzungen entweder unverzüglich abzuschieben oder ihn zu dulden.

28. Das VG Stuttgart mußte sich in seinem Urteil vom 12.4.2000 (16 K 6364/98 = InfAuslR 2000, 441) mit der Frage auseinandersetzen, ob die mit dem Abbruch einer Aids-Therapie verbundene Gefahr der Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Ausländers bei seiner Rückkehr ins Heimatland ein zwingendes Abschiebungshindernis begründet, welches zur Annahme eines atypischen Ausnahmefalles von der Regelungsausweisung des § 47 Abs. 2 Nr. 1 AuslG führt. Der Klage lag die Ausweisung eines tunesischen Staatsangehörigen zugrunde, der wegen BtM-Delikten und Diebstählen wiederholt im Bundesgebiet straffällig geworden war, in seiner Klageschrift gegen die Ausweisungsverfügung jedoch vortragen hatte, in einem fortgeschrittenen Stadium an Aids erkrankt zu sein. Das Gericht erachtete die Klage für begründet. Es führte aus, daß bei der Beurteilung, ob ein Ausnahmefall von der Regelausweisung vorliege, alle Umstände der strafgerichtlichen Verurteilung und die sonstigen Verhältnisse des Betroffenen zu berücksichtigen seien, wozu auch Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG zählten. Diese Verknüpfung trage dem Gedanken Rechnung, daß die Abschiebung häufig das letzte Glied einer Kette von Maßnahmen zur Entfernung eines Ausländers aus dem Bundesgebiet sei, die mit der Ausweisung eingeleitet werde. Dabei sei in der Regel davon auszugehen, daß lediglich der Heimatstaat bereit sei, den Ausländer aufzunehmen. Dieser Umstand rechtfertige die Einbeziehung der einer Abschiebung in den Heimatstaat entgegenstehenden Gründe bereits bei der Entscheidung über die Ausweisung. Die ärztlich attestierte HIV-Infizierung des Klägers begründe eine individuelle Gefahr i.S.d. § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG, welche einer Abschiebung in den Zielstaat entgegenstehe. Denn ein zielstaatbezogenes Abschiebungshindernis i.S.d. § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG könne auch dann gegeben sein, wenn die künftige Rechtsgutverletzung durch eine bereits vorhandene Krankheit konstitutionell mitbedingt sei und der Ausländer im Zielstaat nur unzureichend behandelt werde, so daß die Gefahr der Verschlimmerung der Krankheit drohe. Das Vorliegen derartiger Umstände mache eine Ausweisung unverhältnismäßig, da diese den Betroffenen ungleich härter trafe als andere straffällige Ausländer, die nicht auf die spezielle Behandlung im Bundesgebiet angewiesen seien.

29. Ähnlich entschied das Hamburgische OVG in seinem Beschluß vom 13.10.2000 (3 BS 369/99 = InfAuslR 2001, 132), in dem es darüber zu befinden hatte, ob die HIV-Infektion eines Staatsangehörigen Ecuadors ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG begründet. Das Gericht entschied, daß einem Aids-Erkrankten mit HIV-Infektionsstadium III jedenfalls vorläufig Schutz vor Abschiebung zu gewähren ist, wenn es zweifelhaft ist und weiterer Aufklärung bedarf, ob er in seinem Heimatstaat Zugang zu der im gegenwärtigen Stadium seiner Krankheit erforderlichen medizinischen Behandlung hat, oder ob er von ihr wegen fehlender finanzieller Mittel ausgeschlossen ist.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Aus der Rechtsprechung des EGMR siehe auch das Urteil *D./Vereinigtes Königreich* vom 2.5.1997, InfAuslR 1997, 381.

30. Das VG Gießen setzte sich in seiner Entscheidung vom 9.5.2000 (9 E 30643/94.A) mit der Abschiebung von Kosovo-Albanern in die Bundesrepublik Jugoslawien auseinander. Es stellte fest, daß die zum territorialen Staatsgebiet der Bundesrepublik Jugoslawien gehörende Provinz Kosovo seit Mitte Juni 1999 nicht mehr zum rechtlichen Hoheitsgebiet dieses Staates zählt. Ferner bekräftigte das Gericht, daß es einem solchen Fall, in dem das rechtliche Hoheitsgebiet des Staates mit seinem territorialen Staatsgebiet nicht übereinstimmt, es für die Abschiebungen in diesen Staat auf dessen Hoheitsgebiet ankommt. Da Kosovo-Albanern im gesamten Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Jugoslawien außer der Provinz Kosovo politische Verfolgung durch den jugoslawischen Staat drohe, dürfe ihnen eine Abschiebung in die Bundesrepublik Jugoslawien, ausgenommen der Provinz Kosovo, nicht angedroht werden. Darüber hinaus sei die Frage der Gefährdung durch regionale politische Verfolgung bereits bei dem Erlass der Abschiebungsandrohung zu prüfen, und nicht erst bei deren Vollzug, da ansonsten die Gefahr entstehe, daß die Abschiebung durchgeführt werde, bevor der Antragsteller gerichtlich prüfen lassen könnte, ob er in ein sicheres Gebiet abgeschoben werde.

31. Mit dieser Entscheidung trat das VG Gießen der Leit-Entscheidung des Hessischen VGH vom 15.2.2000 (7 UE 3645/99) entgegen, der entschieden hatte, daß bei der Abschiebung von Kosovo-Albanern in die Bundesrepublik Jugoslawien kein beschränkender Hinweis auf das sichere Teilgebiet, nämlich die Provinz Kosovo, in der Abschiebungsandrohung enthalten sein muß. Zwar sei es unzulässig, den Ausländer in eine Region des Zielstaates abzuschicken, in der ihm politische Verfolgung oder Gefahren drohten, die ein Abschiebungshindernis begründeten. Jedoch sei es allein Sache der für die Abschiebung zuständigen Ausländerbehörde sicherzustellen, daß der Ausländer nicht in die Arme des Verfolgers oder in gefährliches Gebiet abgeschoben werde.

32. Das BVerwG entschied in seinem Urteil vom 24.5.2000 (9 C 34/99 = BVerwGE, NVwZ 2000, 1302), daß die Europäische Menschenrechtskonvention Schutz vor Abschiebung in einen Staat gewähren kann, der nicht Mitglied des Europarats und Unterzeichner der EMRK ist, wenn dem Betroffenen dort schwerwiegende Eingriffe in die Religionsfreiheit drohen. Die Ende 1993 nach Deutschland eingereisten Kläger hatten in ihrem Asylverfahren geltend gemacht, sie müßten als Ahmadis in Pakistan wegen Ausübung ihrer Religion mit Strafe und Nachstellungen fundamentalistischer Muslime rechnen. Ihre Klagen auf Anerkennung als Asylberechtigte nach Art. 16 a GG und auf asylrechtlichen Abschiebungsschutz nach § 51 Abs. 1 AuslG wurden vor dem VG und dem OVG Weimar abgewiesen. Vor dem BVerwG ging es um die bisher nicht entschiedene Frage, ob den Klägern ausländerrechtlicher Schutz gegen die ihnen angedrohte Abschiebung in ihr Heimatland nach § 53 Abs. 4 AuslG zustehen könne, der die Abschiebung verbietet, soweit diese nach Maßgabe der EMRK unzulässig ist. Die Kläger hatten zu diesem Punkt ausgeführt, der Schutz der Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK verbiete ihre Abschiebung. Das BVerwG verneinte das Bestehen von Abschiebungsschutz in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des OVG Weimar und führte aus, Ausländer aus Staaten, die nicht Mitglieder des Europarats und Vertragsparteien der

EMRK seien, könnten nach der bisherigen Rechtsprechung des EGMR und des BVerwG Schutz vor Abschiebungen in ihren Heimatstaat grundsätzlich nur dann erhalten, wenn ihnen dort schwere Mißhandlungen drohten, die in den Vertragsstaaten der EMRK als unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK verboten seien. Der Schutz der Konvention bezwecke grundsätzlich nur die Sicherung bestimmter Rechte und Freiheiten innerhalb des eigenen Machtbereichs der Vertragsparteien. Dementsprechend komme Schutz vor der Abschiebung in einen Nicht-Vertragsstaat nach § 53 Abs. 4 AuslG i.V.m. der EMRK nicht schon dann in Betracht, wenn der hohe Menschenrechtsstandard, zu dessen Einhaltung sich die Vertragsstaaten und Mitglieder des Europarats verpflichtet hätten, im Zielstaat der Abschiebung nicht oder nicht in vollem Umfang gewährleistet sei. Vielmehr setze ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG voraus, daß dem Ausländer in dem Drittstaat eine Behandlung drohe, die – würde er sie in einem Vertragsstaat erleiden – alle tatbestandlichen Voraussetzungen von Art. 3 EMRK erfülle. Dies entspreche der Praxis der Konventionsorgane, insbesondere der Rechtsprechung des EGMR im Fall *Soering*<sup>38</sup>, wonach es den Vertragsstaaten trotz der räumlichen Grenzen des Geltungsgebiets der Konvention nach Art. 3 EMRK untersagt sein könne, einen Ausländer in einen Drittstaat auszuliefern, auszuweisen oder abzuschicken, wenn ihm dort die Gefahr der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung drohe. Zugleich entschied das BVerwG jedoch, daß Abschiebungsschutz auch über Art. 3 EMRK hinaus in Betracht komme, wenn andere von allen Konventionsstaaten als grundlegend anerkannte Menschenrechtsgarantien in ihrem Kern bedroht seien. Die in der *Soering*-Entscheidung hervorgehobenen, für die demokratischen Mitgliedstaaten des Europarats und der EMRK schlechthin konstituierenden "Grundwerte", zu denen über Art. 3 EMRK hinaus ein Kernbestand weiterer spezieller menschenrechtlicher Garantien der EMRK gehöre, verkörperten einen "menschenrechtlichen ordre public" aller Vertragsstaaten, dessen Beachtung die Abschiebung eines Ausländers in solche Nicht-Vertragsstaaten verbiete, in denen diesem Maßnahmen drohten, die einen äußersten menschenrechtlichen Mindeststandard unterschreiten. Allerdings sei eine Abschiebung bei Eingriffen in den Kernbereich solcher anderen, speziellen Konventionsgarantien ebenfalls nur in schwerwiegenden Fällen unzulässig, wenn nämlich die drohenden Beeinträchtigungen von ihrer Schwere dem vergleichbar seien, was bisher bei menschenunwürdiger Behandlung zu einem Abschiebungsverbot nach Art. 3 EMRK geführt habe. Zu dem menschenrechtlichen Mindeststandard, der auch in Nicht-Konventionsstaaten gewahrt sein müsse, könne auch ein unveräußerlicher – nach Art. 9 Abs. 2 EMRK nicht beschränkbarer – Kern der Religionsfreiheit gehören, der für die personale Würde und Entfaltung eines jeden Menschen unverzichtbar sei. Dieser reiche aber jedenfalls nicht weiter als das sogenannte religiöse Existenzminimum, das nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG durch das Asylrecht geschützt werde. Die danach geschützte Religi-

---

<sup>38</sup> EGMR, Urteil vom 7.7.1989, Ser. A Nr. 161 = NJW 1990, 2183 = EuGRZ 1989, 314.

onsausübung im nichtöffentlichen, privaten Bereich (das sogenannte *forum internum*) sei indessen nach den tatsächlichen Feststellungen des OVG für die Kläger als Angehörige der Ahmadiyya-Glaubensgemeinschaft in Pakistan noch gewährt.

33. In seinem Urteil vom 26.10.2000 (3 Bf 239/99 = InfAuslR 2001, 167) hatte das Hamburgische OVG darüber zu entscheiden, ob es einem Ausländer zur Beseitigung eines Abschiebungshindernisses und der Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 4 AuslG zumutbar ist, seine bisherige Staatsangehörigkeit aufzugeben und eine neue Staatsangehörigkeit anzunehmen. Der Kläger, ein unanfechtbar ausreisepflichtiger eritreischer Volkszugehöriger mit äthiopischer Staatsangehörigkeit, hatte einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 4 AuslG gestellt, der die Gewährung der Erlaubnis daran knüpft, ob der Ausländer während seiner Duldung alles Zumutbare getan hat, um bestehende Abschiebungshindernisse zu beseitigen. Der Antrag wurde von der Ausländerbehörde mit der Begründung abgelehnt, er habe mangels Erwerb der eritreischen Staatsangehörigkeit und Aufgabe der äthiopischen Staatsangehörigkeit nicht alles Erforderliche getan, um seiner Ausreisepflicht nachzukommen. Gegen die Versagung der Erlaubnis ging der Antragsteller im Klagewege zunächst vor dem VG Hamburg, und dann vor dem Hamburgischen OVG vor. Auch die Berufung blieb jedoch ohne Erfolg. Das Hamburgische OVG entschied, daß es zur Beseitigung eines Abschiebungshindernisses im Rahmen von § 30 Abs. 4 AuslG unter besonderen Umständen zumutbar sein könne, die bisherige Staatsangehörigkeit aufzugeben und eine neue Staatsangehörigkeit anzunehmen. Solche besonderen Umstände lägen vor, wenn die geographischen, ethnischen, soziokulturellen und politischen Bedingungen des Ausländers für seine Zuordnung zum neuen Staat sprächen, während sich die alte Staatsangehörigkeit als leere Hülse erweise. Was nach Maßgabe des § 30 Abs. 4 AuslG zumutbar sei, müsse nach den Umständen des Einzelfalles ermittelt werden. Aus den Umständen des Falles ergebe sich, daß dem Kläger der Erwerb der eritreischen Staatsangehörigkeit selbst dann zumutbar gewesen wäre, wenn er den Verlust der äthiopischen Staatsangehörigkeit bedeutet hätte, weil weder Äthiopien, noch Eritrea eine Mehrstaatigkeit anerkennen. Dieses Ergebnis rechtfertige sich aus der fehlenden Bindung des Klägers zum äthiopischen Staatsverband und seiner Nähe zum eritreischen Staat. Die äthiopische Staatsangehörigkeit des Klägers beruhe lediglich auf dem Umstand, daß er bei seiner Einreise in die Bundesrepublik im Jahre 1980 aufgrund der Annexion Eritreas durch Äthiopien zwangsläufig die äthiopische Staatsangehörigkeit besessen habe. Das Territorium, das geographisch seine Heimat darstelle, gehöre aber seit Gründung des Staates Eritrea im Jahre 1993 politisch nicht mehr zum äthiopischen, sondern zum eritreischen Staatsverband. Mit diesem Staat verbänden ihn nicht nur die geographischen, sondern auch die ethnischen Voraussetzungen. Durch sein Festhalten an seiner formalen Staatsbürgerschaft Äthiopiens und der damit in Kauf genommenen Unmöglichkeit, einen eritreischen Paß zu erhalten, habe der Kläger bewußt ein Abschiebungshindernis aufrechterhalten. Zwar sei der Kläger aufgrund seiner besonderen Situation einem Staatenlosen ähnlich und damit grundsätzlich schutzwürdig. Doch auch dies erlaube nicht die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis. Denn der Fall sei

nicht mit der vom BVerwG bereits entschiedenen Konstellation<sup>39</sup> vergleichbar, in welcher ein Ausländer freiwillig auf die Staatsangehörigkeit seines Heimatlandes verzichte, eine neue Staatsangehörigkeit erwerbe und aus diesem Grunde seine Staatenlosigkeit selbst verursache.

34. Durch Urteil vom 25.7.2000 (9 C 42/99 = BVerwGE 111, 343 = NJW 2000, 3798 = DVBl. 2001, 209) stellte das BVerwG klar, daß bei ungeklärtem Herkunftsstaat des Ausländers in der Abschiebungsandrohung von der Angabe eines Zielstaates nach § 50 Abs. 2 AuslG abgesehen werden darf, der Ausländer jedoch vor der Abschiebung selbst so rechtzeitig über den Zielstaat informiert werden muß, daß er gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann. § 50 Abs. 2 AuslG sehe die Bezeichnung des Zielstaates der Abschiebung nämlich nur für den Regelfall vor. Zielstaat werde zumeist der Staat sein, dessen Staatsangehörigkeit der Ausländer besitze, bzw. bei Staatenlosen der Staat des gewöhnlichen Aufenthalts. Je nach den Umständen des Einzelfalles könne es aber auch ein sonstiger zur Aufnahme bereiter oder verpflichteter Drittstaat sein. Sei die Staatsangehörigkeit des Ausländers ungeklärt und – wie wohl regelmäßig – auch ein aufnahmebereiter anderer Staat nicht erkennbar, so lägen besondere Umstände vor, die ein Absehen von der Zielstaatsbezeichnung rechtfertigen könnten. Doch wenn die Abschiebungsandrohung einen Zielstaat nicht oder nicht namentlich bezeichne, müsse der konkrete Zielstaat dem Betroffenen vor der Abschiebung in einer Weise mitgeteilt werden, daß er einen den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG genügenden Rechtsschutz erlangen könne.

35. Durch Urteil vom 16.11.2000 (BVerwGE 112, 185 = DVBl. 2001, 483) entschied das BVerwG, daß allein die rechtskräftige Verurteilung zu einer mindestens dreijährigen Freiheitsstrafe auch nach der Neufassung des § 51 Abs. 3 AuslG durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung ausländer- und asylverfahrensrechtlicher Vorschriften vom 29.10.1997<sup>40</sup> nicht automatisch zum Ausschluß des Abschiebungsschutzes wegen politischer Verfolgung führt, sondern darüber hinaus im Einzelfall eine Wiederholungsgefahr festgestellt werden muß. In Bezug auf die frühere Fassung der Norm, welche keine Mindeststrafe von drei Jahren vorsah, sondern nur eine Verurteilung "wegen eines besonders schweren Verbrechens" voraussetzte, hatte die Rechtsprechung stets verlangt, daß eine Wiederholungsgefahr hinzukommen müsse. Das BVerwG stellte klar, daß dieser Grundsatz auch nach Einführung der dreijährigen Mindeststrafe fortgelte. Schon der Umstand, daß der Gesetzgeber unverändert daran festgehalten habe, der Ausländer müsse eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeuten, lege nahe, daß die neu eingefügte dreijährige Mindeststrafe den Mindestschutz für politisch Verfolgte nicht habe reduzieren sollen. Zudem habe der Gesetzgeber nicht zum Ausdruck gebracht, daß er von der Prüfung einer Wiederholungsgefahr im Einzelfall habe abrücken wollen, was angesichts der verfassungsrechtlichen Erwägungen, die der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Wiederholungsgefahr zugrundelagen, notwendig gewesen wäre. Dem sei zu ent-

<sup>39</sup> BVerwGE 108, 21 ff.

<sup>40</sup> BGBl. 1997 I, 2548.

nehmen, daß die Abschiebung auch nach der Neufassung des § 51 Abs. 3 AuslG zusätzlich eine konkrete Wiederholungs- und Rückfallgefahr erfordere. Eine solche Gefahr liege vor, wenn in Zukunft neue vergleichbare Straftaten des Ausländers ernsthaft drohen.

## VII. Asylrecht

### 1. Politische Verfolgung

36. In seinem Beschluß vom 15.2.2000 (2 BvR 752/97 = InfAuslR 2000, 254) entschied das BVerfG anlässlich der Verfassungsbeschwerde eines kurdischen Asylbewerbers, daß auch Maßnahmen der staatlichen Selbstverteidigung im Rahmen der Terrorismusbekämpfung asylrechtsbegründend sein können. Das BVerfG begründete seine Entscheidung unter Berufung auf seine frühere Rechtsprechung, wonach auch eine nicht asylerhebliche Strafverfolgung in politische Verfolgung umschlagen könne, wenn objektive Umstände darauf schließen lassen, daß der Betroffene wegen eines asylerheblichen Merkmals eine härtere als die sonst übliche Behandlung erleide.<sup>41</sup> Zwar seien Maßnahmen des Staates generell keine Verfolgung, wenn sie aktiven Terroristen oder Teilnehmern und Unterstützern von terroristischen Aktivitäten gelten. Jedoch liege auch die betätigte politische Überzeugung im Schutzbereich des Asylgrundrechts. Nicht asylbegründend seien staatliche Maßnahmen nur dann, wenn sie sich auf die Abwehr des Terrorismus beschränkten. Werde hingegen über die Bekämpfung von Straftaten hinaus der politische Gegner unter Anknüpfung an ein asylerhebliches Merkmal verfolgt, komme den dabei ergriffenen staatlichen Maßnahmen asylbegründende Wirkung zu. Insbesondere vermöge eine angebliche Terrorismusbekämpfung keinen staatlichen Gegenterror zu rechtfertigen, der darauf gerichtet sei, die nicht unmittelbar beteiligte zivile Bevölkerung in Erwidierung des Terrorismus unter den Druck brutaler staatlicher Gewalt zu setzen. Auch die besondere Intensität der Verfolgungsmaßnahme könne ein Umstand sein, der darauf schließen lasse, daß es sich um Maßnahmen politischer Verfolgung unter dem Mantel der Terrorismusbekämpfung handele. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, ob der Asylbewerber Opfer von besonders extremen, menschenrechtswidrigen Behandlungen geworden sei und ob die staatlichen Maßnahmen härter seien als dies bei der Verfolgung ähnlicher, nicht-politischer Straftaten von vergleichbarer Gefährlichkeit der Fall sei.

37. Das BVerwG hatte in seinem Urteil vom 25.7.2000 (9 C 28/99 = NVwZ 2000, 1426) über das Asylbegehren eines sri-lankischen Staatsangehörigen tamilischer Volkszugehörigkeit zu entscheiden, der seine politische Verfolgung mit dem Argument begründete, er sei als möglicher Anhänger der tamilischen Separatistenorganisation LTTE von sri-lankischen Sicherheitskräften verhaftet, fünf Tage lang in einer verdunkelten Einzelzelle festgehalten sowie geschlagen und mit bren-

---

<sup>41</sup> Vgl. BVerfGE 89, 315 (336 ff.).

nenden Zigaretten mißhandelt worden. Nachdem das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge den Asylantrag abgelehnt und das OVG Münster die Klage auf Feststellung der Voraussetzungen des § 51 AuslG abgewiesen hatte, erachtete das BVerwG die Revision als begründet. Es nahm dabei auf die oben dargestellte Rechtsprechung des BVerfG Bezug. Das BVerwG führte unter Berufung auf die Rechtsprechung des BVerfG aus, zulässige Terrorismusbekämpfung könne jedenfalls dann in asylerbliche Verfolgung umschlagen wenn sie mit erheblichen körperlichen Mißhandlungen oder übermäßig langen Freiheitsentziehungen verbunden sei. In diesen Fällen spreche sogar eine Vermutung dafür, daß sie staatlichen Maßnahmen den Einzelnen zumindest auch wegen seiner asylerblichen Merkmale treffen und deshalb politische Verfolgung darstellen. Werde Folter angewendet, gelte diese Vermutung in erhöhtem Maße. Der Tatrichter müsse daher sorgfältig prüfen, ob es besondere Gründe gebe, die es erlauben, solche Eingriffe ausnahmsweise nicht als politische Verfolgung anzusehen, etwa weil es sich um "landesübliche" und auch in vergleichbaren Fällen ohne politischen Bezug eingesetzte Maßnahmen handele. Je gravierender die Maßnahme in die Freiheit oder in die körperliche Unversehrtheit eingreife, desto gründlicher müsse diese Prüfung erfolgen. Dabei treffe den Asylbewerber hierfür keine Darlegungs- und Beweislast.

38. In seinem Beschluß vom 10.8.2000 (2 BvR 260 und 1353/98 = DVBl. 2000, 1518 = EuGRZ 2000, 388)<sup>42</sup> nahm das BVerfG zum Prüfungsmaßstab quasi-staatlicher Verfolgung im Rahmen von Art. 16 a Abs. 1 GG Stellung. Das BVerfG hob mit seiner Entscheidung die Urteile des BVerwG vom 4.11.1997<sup>43</sup> und vom 19.5.1998<sup>44</sup> auf, worin das BVerwG afghanischen Bürgerkriegsflüchtlingen Asyl verwehrt hatte, denen in ihrem Heimatland angeblich Verfolgung durch die Mudjaheddin drohte. Das BVerwG hatte bei seiner Auslegung des Begriffs der politischen Verfolgung ein enges Verständnis quasi-staatlicher Verfolgung zugrundegelegt. Insbesondere hatte es die Auffassung vertreten, die Gebietsgewalt staatsähnlicher Urheber politischer Verfolgung müsse auf einer organisierten, effektiven und stabilisierten territorialen Hoheitsmacht beruhen, um als "quasi-staatliche" Gebietsgewalt gelten zu können. Dabei seien die Effektivität und die Stabilität regionaler Herrschaftsorganisationen in einem noch andauernden Bürgerkrieg besonders vorsichtig zu bewerten. Solange jederzeit und überall mit dem Ausbruch bewaffneter Auseinandersetzungen gerechnet werden müsse, welche die Herrschaftsgewalt regionaler Machthaber grundlegend in Frage stellten, könne sich eine dauerhafte territoriale Herrschaftsgewalt nicht etablieren. Darum seien Machtgebilde, die während eines noch andauernden Bürgerkriegs entstanden seien, nur dann staatsähnlich, wenn sie als Vorläufer neuer oder erneuerter staatlicher Strukturen erschienen. Eine solche Lage entstehe regelmäßig erst dann, wenn in einem Bürgerkriegsgebiet die Fronten über längere Zeit hinweg stabil seien und allenfalls in Randgebieten noch gekämpft werde, was auf die vorhandene Gebiets Herrschaft der Taliban nicht

<sup>42</sup> Vgl. dazu auch R. Marx, InfAuslR 2000, 513 sowie M. Sachs, JuS 2001, 181.

<sup>43</sup> BVerwGE 105, 306.

<sup>44</sup> BVerwG, 9 C 5/98 = AuAS 1998, 224.

zutreffe. Das BVerfG trat diesem Verständnis entgegen. Es führte an, das BVerwG habe durch seine zu eng gefaßte Auslegung politischer Verfolgung die Anforderungen von Art. 16 a Abs. 1 GG überspannt und politische mit staatlicher oder quasi-staatlicher Verfolgung gleichgesetzt. Das Element der "Staatlichkeit" oder "Quasi-Staatlichkeit" von Verfolgung dürfe nicht losgelöst vom verfassungsrechtlichen Tatbestandsmerkmal des "politisch" Verfolgten betrachtet und nach abstrakten staatstheoretischen Begriffsmerkmalen geprüft werden. Es müsse vielmehr in Beziehung gesetzt bleiben zu der Frage, ob eine Maßnahme den Charakter einer politischen Verfolgung i.S.v. Art. 16 a Abs. 1 GG aufweise, vor welcher der Betroffene geschützt werden solle. Dementsprechend beurteile sich die Frage, ob in einer Bürgerkriegssituation nach dem Fortfall der bisherigen Staatsgewalt von einer Bürgerkriegspartei politische Verfolgung ausgehen könne, danach, ob diese zumindest in einem "Kernterritorium" ein Herrschaftsgebilde von gewisser Stabilität i.S. einer "übergreifenden Friedensordnung" errichtet habe. Dieser Maßstab werde verengt, wenn die Möglichkeit politischer Verfolgung bereits mit der Erwägung verneint werde, es fehle bei fortwährend um die Macht kämpfenden Bürgerkriegsparteien an einer dauerhaft verfestigten Gebietsherrschaft nach außen. Denn die anhaltende (äußere) militärische Bedrohung schließe das Bestehen eines staatsähnlichen Herrschaftsgefüges im Inneren nicht aus. Auch könne dem BVerwG nicht in der Annahme gefolgt werden, mit der Herausbildung staatsähnlicher, zu politischer Verfolgung fähiger Strukturen sei nur zu rechnen, "wenn die Bürgerkriegsparteien nicht mehr unter Einsatz militärischer Mittel mit der Absicht, den Gegner zu vernichten, und mit Aussicht auf Erfolg um die Macht im ganzen Bürgerkriegsgebiet kämpfen". Eine solche Erfordernis verfehle die für Art. 16 a Abs. 1 GG maßgebliche Frage nach der Beschaffenheit des Herrschaftsgefüges im Innern des beherrschten Gebiets zwischen dem verfolgten Machthaber und den ihm unterworfenen Verfolgten.

39. In seinem Beschluß vom 26.10.2000 (2 BvR 1280/99 = InfAuslR 2001, 89) hatte das BVerfG über die Verfassungsbeschwerde eines türkischen Staatsangehörigen kurdischer Volkszugehörigkeit zu entscheiden, der vom OLG Celle als führender PKK-Funktionär wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war und im wesentlichen beandete, daß er bei seiner Klage auf Asylanerkennung zu Unrecht wegen des sogenannten Terrorismusvorbehalts vom Asylgrundrecht ausgeschlossen worden sei. Das BVerfG bestätigte die Grundsätze, welche das BVerwG in seinem vorangegangenen Urteil vom 30.3.1998<sup>45</sup> zum "Terrorismusvorbehalt" aufgestellt hatte und nahm die Beschwerde nicht zur Entscheidung an. Es führte aus, die Grenze der Asylverheißung werde dort gezogen, wo der Asylsuchende seine politische Überzeugung unter Einsatz militärischer Mittel bestätige, da eine solche Art des politischen Kampfes von der Bundesrepublik Deutschland in Übereinstimmung mit der von ihr mitgetragenen Völkerrechtsordnung grundsätzlich mißbilligt werde. Dem-

---

<sup>45</sup> Siehe dazu Radermacher, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1999 [17], 217.

gemäß könne kein Asyl beanspruchen, wer danach trachte, seine terroristischen Aktivitäten oder deren Unterstützung von der Bundesrepublik Deutschland aus fortzuführen. Ferner gebe es in einem solchen Fall vom Asylausschluß auch keine "Rückausnahme", falls dem Betroffenen im Verfolgerstaat wegen seiner Aktivitäten eine härtere Bestrafung drohe, als dies sonst zur Verfolgung ähnlicher Taten üblich sei. Denn diese Umstände seien ausschließlich bei der Beantwortung der Frage zu berücksichtigen, ob Maßnahmen des Verfolgerstaates im Rahmen der Terrorismusbekämpfung als politische Verfolgung zu qualifizieren seien. Drohe dem Betroffenen im Verfolgerstaat Folter, Todesstrafe oder menschenrechtswidrige Behandlung oder Bestrafung, bleibe jedenfalls sein Anspruch auf anderweitigen Abschiebungsschutz nach § 53 AuslG unberührt.

## 2. Anderweitiger Verfolgungsschutz, Drittstaaten-Regelung

40. Der Bayrische VGH (19 ZB 00.31870 = BayVBl. 2001, 86) hatte in seiner Entscheidung vom 7.9.2000 darüber zu befinden, ob die Erteilung eines Schengen-Visums in einem anderen EG-Staat einem Asylantrag in Deutschland entgegensteht. Der Kläger hatte für seine Einreise in die Europäische Union von der Französischen Botschaft in Teheran ein Schengen-Visum beantragt und auch erhalten. Nach seiner Einreise nach Europa stellte er in Deutschland einen Asylantrag. Der Bayrische VGH erachtete den Antrag gemäß § 29 Abs. 3 AsylVfG als unbeachtlich, da aufgrund des Dubliner Übereinkommens Frankreich als sicherer Drittstaat i.S.d. § 26 a Abs. 2 AsylVfG für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig sei und die Zuständigkeit durch ein Schreiben des Innenministeriums auch übernommen habe. Wie Art. 16 a Abs. 2 GG zu entnehmen sei, könne sich auf den Grundsatz, daß politisch Verfolgte Asyl genießen, derjenige nicht berufen, der aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union einreise. Insoweit beschränke die Drittstaatenregelung den Schutzbereich des Grundrechts auf Asyl und begrenze den Kreis der Asylberechtigten von vornherein auf diejenigen politisch Verfolgten, die des Schutzes gerade in Deutschland bedürften. Dies gelte ebenfalls bei Ausstellung eines Schengen-Visums durch einen Mitgliedstaat der EG, das den Ausländer zur Einreise in diesen Mitgliedstaat berechtige, weshalb er nicht mehr schutzbedürftig i.S.d. Art. 16 a Abs. 1 GG sei. Soweit dort das formelle Asylverfahren anders geregelt sei als in der Bundesrepublik, könne dies zu keinem anderen Ergebnis führen, da entscheidungserheblich sei, ob die Anwendung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der EMRK sichergestellt sei.

41. Der Hessische VGH setzte sich in seinem Beschluß vom 6.10.2000 (10 ZU 4042/98.A = AuAS 2001, 139) mit der Frage auseinander, ob bei Einreise auf dem Luftweg über einen sicheren Drittstaat i.S.v. § 26 a AsylVfG schon dann von der Einreise aus dem sicheren Drittstaat auszugehen ist, wenn dort lediglich ein kurzer Zwischenstopp ohne weitere Inlandsberührung stattgefunden hat. Das Gericht entschied, daß die Drittstaatenregelung bereits dann Anwendung findet, wenn der Asylbewerber das Flugzeug während eines Zwischenstopps auf dem Flughafen ei-

nes Nachbarstaates der Bundesrepublik nicht verlassen hat, obwohl er dazu die Möglichkeit gehabt hätte. Für die Anwendung der Drittstaatenregelung komme es in erster Linie darauf an, ob der Ausländer tatsächlichen Gebietskontakt zu dem sicheren Drittstaat gehabt habe, ohne daß maßgeblich sei, ob er im Rechtssinne in den Drittstaat "eingereist" und von dort in die Bundesrepublik Deutschland "ausgereist" sei. Anknüpfungspunkt für eine europäische Lastenverteilung, die mit der Drittstaatenregelung bezweckt sei, sei das Betreten des Staatsgebiets durch den Ausländer. Bereits dieses Betreten begründe nicht nur die Sicherheit des Ausländers, sondern zugleich die Verantwortlichkeit des Drittstaates für die Behandlung eines etwaigen Schutzersuchens. Insoweit komme es auf die tatsächliche Möglichkeit des Anbringens eines Schutzgesuchs durch den Ausländer nicht an. Dies habe das BVerwG bereits für den Fall eines Asylbewerbers entschieden, der einen sicheren Drittstaat in einem verschlossenen und verplombten LKW durchquerte und dabei in Kauf nahm, sein Schutzgesuch nicht vorbringen zu können.<sup>46</sup> Ferner unterscheide sich die Fallgruppe des Flugzeugzwischenstopps deutlich von Situationen, in denen eine Kontaktaufnahme mit dem sicheren Drittstaat objektiv nicht möglich sei.<sup>47</sup> Denn bei einer Zwischenlandung, im Rahmen welcher der Asylbewerber das Flugzeug verlassen könne, sei der tatsächliche Gebietskontakt zu dem sicheren Drittstaat hergestellt.

### 3. Familienangehörige von Asylberechtigten

42. In seinem Beschluß vom 8.6.2000 (2 BvR 2279/98 = DVBl. 2000, 1202 = InfAuslR 2000, 364) nahm das BVerfG zur Zuerkennung von Familienasyl nach illegaler Einreise aus einem sicheren Drittstaat Stellung. Der Entscheidung lag das Asylbegehren eines minderjährigen Kurden aus Syrien zugrunde, der 1996 mit einem gefälschten Paß von Österreich nach Deutschland eingereist war und seinen Asylantrag auf der Begründung stützte, daß sein Vater in Deutschland als Asylberechtigter anerkannt sei. Das VG Arnsberg hatte die Klage auf Anerkennung von Familienasyl nach § 26 i.V.m. § 26 a AsylVfG pauschal mit der Begründung abgelehnt, der Beschwerdeführer sei illegal nach Deutschland eingereist und könne sich deshalb auf keine Ausnahmen von der Drittstaatenregelung in § 26 a Abs. 1 S. 3 AsylVfG berufen. Der Antrag auf Zulassung der Berufung wurde vom OVG Münster abgelehnt. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde des Asylbewerbers zur Entscheidung an und hob das zugrundeliegende Urteil des VG wegen Verstoß gegen das Willkürverbot nach Art. 3 GG aus. Es bestätigte, daß die Drittstaatenregelung auch auf das in § 26 AsylVfG normierte Familienasyl Anwendung findet. Jedoch sei die Auffassung des VG, der Beschwerdeführer könne sich nicht auf eine Ausnahme der Drittstaatenregelung berufen, weil er illegal in die Bundesrepublik eingereist sei, rechtlich nicht nachvollziehbar. Nach § 26 a Abs. 1 S. 3 Nr. 2

<sup>46</sup> BVerwGE 105, 194 ff. = NVwZ 1999, 313 ff.

<sup>47</sup> Siehe dazu BVerfGE 94, 49 (94).

AsylVfG stehe die Einreise aus einem sicheren Drittstaat der Anerkennung als Familienasylberechtigter nicht entgegen, wenn die Bundesrepublik Deutschland auf Grund eines völkerrechtlichen Vertrags mit dem sicheren Drittstaat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig sei. Eine entsprechende Zuständigkeitsregelung für die Prüfung des Asylantrags vom Familienangehörigen ergebe sich aus Art. 4 S. 1 des Dubliner Übereinkommens (DÜ)<sup>48</sup> bzw. Art. 35 des Schengener Durchführungsabkommens (SDÜ)<sup>49</sup>. Das Zuständigkeitskriterium der Familienzugehörigkeit sei nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 2 DÜ vorrangig vor den weiteren im Vertrag aufgezählten Kriterien anzuwenden, insbesondere vor der in Art. 5 SDÜ geregelten Zuständigkeit auf Grund der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder eines Visums. Ferner enthielten Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte des Tatbestands von § 26 a Abs. 1 S. 3 Nr. 2 AsylVfG keinen Anhaltspunkt, daß diese Ausnahmeregelung von der Drittstaatenregel als ungeschriebene Voraussetzung den Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung für die Bundesrepublik bei der Einreise in den sicheren Drittstaat oder das Bundesgebiet verlange. Bei einer derartigen Auslegung verlöre die Regelung neben § 26 a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 ihre Bedeutung, der den Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung für die Bundesrepublik im Zeitpunkt der Einreise in den sicheren Drittstaat als eigenständigen Ausnahmegrund der Drittstaatenregel anerkenne. Das angegriffene Urteil beruhe daher auf einem Verfassungsverstoß. Zwar seien das SDÜ<sup>50</sup> und das DÜ<sup>51</sup> für den sicheren Drittstaat Österreich erst in Kraft getreten, nachdem der Beschwerdeführer von dort in die Bundesrepublik eingereist war, seinen Asylantrag gestellt<sup>52</sup> und das für die Zuerkennung von Familienasyl maßgebliche 18. Lebensjahr vollendet hatte<sup>53</sup>. Doch die in der fachgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärte Frage, inwieweit das DÜ auf bei seinem Inkrafttreten bereits laufende Asylverfahren anwendbar sei, bestimme sich nach einfachem Recht und sei Aufgabe der Verwaltungsgerichte.

43. Das VG Arnsberg entschied im Anschluß an den Beschluß des BVerfG durch Urteil vom 8.6.2000 (4 K 94/97.A = InfAuslR 2001, 245), daß das DÜ auch für solche Verfahren gilt bereits vor seinem Inkrafttreten eingeleitet worden sind. Zwar sei der vom VG Wiesbaden (Urteil vom 9.12.1997, 4 E 30479/97.A (2) = AuAS 1998, 57) vertretenen Gegenauffassung darin zuzustimmen, daß dem DÜ keine Rückwirkung zukomme. Doch komme es darauf nicht an, wenn das Abkommen jedenfalls zum maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in Kraft sei. Denn gerade weil das DÜ keine ausdrücklichen Regelungen dazu enthalte, wie mit

<sup>48</sup> Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrages vom 15.6.1990, BGBl. 1994 II 791.

<sup>49</sup> Übereinkommen vom 19.6.1990 betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, veröffentlicht mit Gesetz vom 15.7.1993, BGBl. II, 1010.

<sup>50</sup> Inkraftgetreten für Österreich am 1.12.1997.

<sup>51</sup> Inkraftgetreten für Österreich am 1.10.97.

<sup>52</sup> Die Antragstellung erfolgte am 17.10.96.

<sup>53</sup> Das maßgebliche Datum war der 16.6.1997.

den zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits anhängigen, aber noch nicht abgeschlossenen Asylverfahren zu verfahren sei, verbleibe es insoweit bei den allgemeinen Regeln. Danach gelte, daß behördliche bzw. nationale Zuständigkeiten im Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidung gegeben sein müßten. Jedoch seien Zuständigkeitsänderungen im laufenden Verwaltungsprozeß auch über den Zeitpunkt der verwaltungsbehördlichen Entscheidung hinaus zu berücksichtigen, sofern das einschlägige Verfahrensrecht keine anderweitigen Bestimmungen enthalte. Das sei in Bezug nicht bestandskräftig abgeschlossener Asylverfahren nicht der Fall.

#### 4. Rechtsstellung der Flüchtlinge

44. In Anlehnung an das Urteil des BVerwG vom 18.5.2000 [9], wonach § 120 Abs. 5 S. 2 BSHG auf Flüchtlinge i.S.d. Genfer Flüchtlingskonvention keine Anwendung findet, entschied der Bayrische VGH durch Urteil vom 18.5.2000 (12 B 99.81 = BayVBl. 001, 87), daß Flüchtlingen i.S.d. Genfer Flüchtlingskonvention uneingeschränkt Sozialhilfe zu gewähren ist. Ferner bekräftigte er die Auffassung, daß selbst in Fällen, in denen der Kläger bei der Sozialhilfe-Antragstellung falsche Angaben über seine Flüchtlingseigenschaft gemacht hat, die Feststellung über das Verbot der Abschiebung politisch Verfolgter nach § 73 Abs. 2 S. 2 AsylVfG nur mit Wirkung für die Zukunft zurückgenommen werden kann. Dadurch, daß dem Sozialhilfe-Antragsteller der Status als Flüchtling nicht rückwirkend genommen werde könne, bleibe er zum Erhalt der Sozialhilfe mit Wirkung für die Vergangenheit berechtigt. Zwar sei der dadurch eintretende Zustand, d.h. die Zuerkennung eines Sozialhilfeanspruchs an einen Flüchtling, der diesen Status erschwindelt habe, unbefriedigend. Doch es sei Sache des Gesetzgebers, entsprechend § 48 Abs. 1, Abs. 2 S. 4 VwVfG auch in § 73 Abs. 2 AsylVfG einer Rückwirkung des Verwaltungsakts auch mit Wirkung für die Vergangenheit zuzulassen, um den Sozialhilfeleistungsträgern zu ermöglichen, nach § 45 Abs. 1, 4 S. 1 SGB X vorzugehen.

45. Das BVerwG entschied durch Urteil vom 19.9.2000 (9 C 12/00 = NVwZ 2001, 335), daß der Widerruf einer – rechtmäßigen oder rechtswidrigen – Anerkennung als politisch Verfolgter nach § 73 Abs. 1 S. 1 AsylVfG nur dann zulässig ist, wenn eine erhebliche nachträgliche Änderung der für die Beurteilung der Verfolgungslage maßgeblichen Umstände vorliegt. Eine reine Änderung der Erkenntnislage oder deren abweichende Würdigung genüge diesem Erfordernis nicht. Der Entscheidung des BVerwG lag ein Widerruf der Feststellung von Abschiebungsschutz eines irakischen Staatsangehörigen kurdischer Volkszugehörigkeit zugrunde. Das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge hatte den Bescheid über die Feststellung von Abschiebungsschutz mit der Begründung aufgehoben, § 73 Abs. 1 AsylVfG rechtfertige den Widerruf auch bei einer nachträglichen Änderung der Erkenntnislage über die Verfolgungsgefahr der kurdischen Volksgruppe im Nordirak. Dieser Auffassung trat das BVerwG mit seinem Urteil entgegen. Es betonte, daß § 73 Abs. 1 S. 1 AsylVfG den Widerruf nur bei einer Änderung der Sachlage rechtfertige. Die allgemeine, von § 73 Abs. 1 S. 1 AsylVfG als Spezialvor-

schrift verdrängte Widerrufsbestimmung in § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwVfG erlaube der Behörde die Aufhebung eines rechtmäßigen begünstigenden Verwaltungsakts u.a. nur aufgrund "nachträglich eingetretener Tatsachen". Erhalte die Behörde hingegen im nachhinein Kenntnis von Tatsachen, welche die ursprüngliche Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts begründeten, eröffne dies nach § 48 VwVfG die Möglichkeit der Rücknahme. Es sei unzutreffend anzunehmen, bereits die zum Entscheidungszeitpunkt vorliegende Rechtswidrigkeit der Anerkennung von Abschiebungsschutz rechtfertige dessen Widerruf, und zwar ohne nachträgliche Änderung der Verhältnisse. Denn dieser Standpunkt, der an den Widerruf einer rechtswidrigen Anerkennung geringere oder jedenfalls andere Anforderungen stellen wolle als an den Widerruf einer rechtmäßigen Anerkennung, finde im Gesetz keine Stütze. § 73 Abs. 1 AsylVfG sei zwar auch auf rechtswidrige Verwaltungsakte anwendbar, rechtfertige aber nicht die Schaffung veränderter Widerrufsbedingungen.

## VIII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe

46. Das OLG Düsseldorf (4 Ausl 160/00 – 58/00 III = NStZ-RR 2001, 211) hatte in seinem Beschluß vom 3.5.2000 über die Beordnung eines Dolmetschers im Auslieferungsverfahren zu entscheiden. Der Verfolgte hatte in dem Verfahren die Beordnung eines Dolmetschers für die italienische Sprache zur Vermittlung der Gespräche zwischen ihm und seinem Wahlbeistand beantragt. Das Gericht wies den Antrag als unbegründet zurück. Es führte aus, daß sich ein Rechtsanspruch auf unentgeltliche Beordnung eines Dolmetschers nicht aus Art. 6 Abs. 3 *lit. e* EMRK ergebe, der dem Angeklagte das Recht gewähre, "die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers zu verlangen wenn er (der Angeklagte) die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder er sich darin nicht ausdrücken kann". Denn diese Regelung beziehe sich nur auf Verhandlungen vor Gericht, in denen über die Stichhaltigkeit eines strafrechtlichen Vorwurfs zu befinden sei. Vorbereitende Gespräche zwischen dem Verfolgten und seinem gewählten Rechtsbeistand außerhalb der gerichtlichen Verhandlung seien davon nicht erfaßt. Ferner könne der Verfolgte sein Begehren auf unentgeltliche Beordnung eines Dolmetschers auch nicht auf Art. 6 Abs. 3 *lit. c* EMRK stützen. Nach dieser Vorschrift sei ein Anspruch auf kostenfreie Verteidigung gegeben, wenn der Angeklagte nicht in der Lage sei, die Mittel zur Zahlung eines selbst gewählten Verteidigers aufzubringen, und wenn die Beordnung eines Pflichtverteidigers im Interesse der Rechtspflege erforderlich sei. Daraus folge, daß der Anspruch auf unentgeltliche Gewährleistung der Verständigung zwischen dem Angeklagten und seinem Verteidiger nur unter denselben Voraussetzungen bestehe, die Art. 6 Abs. 3 *lit. c* EMRK für den Anspruch des Angeklagten auf unentgeltliche Bestellung des Verteidigers selbst bestimme. Diese Voraussetzungen seien nicht erfüllt, wenn das Auslieferungsverfahren tatsächlich und

rechtlich einfach gelagert sei, so daß die Mitwirkung eines Beistands nicht geboten sei.

47. Der BGH entschied durch Beschluß vom 16.8.2000 (XII ZB 210/99 = NJW 2000, 3349) daß Art. 16 des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25.10.1980<sup>54</sup> einer Entscheidung über das Sorgerecht durch die Gerichte des Vertragsstaats, in den das Kind verbracht wurde, nicht nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Rückgabeantrag des Kindes entgegensteht sondern solange unzulässig bleibt wie der Antragsteller den Vollzug der Rückgabe betreibt und die unterbliebene Rückgabe des Kindes im wesentlichen auf Verzögerungen der Vollstreckungsorgane oder Vollstreckungsverweigerungen des Entführers beruht. Die gegenteilige Auffassung, daß nämlich allein eine stattgebende Rückgabeentscheidung das Verfahrenshindernis des Art. 16 HaagKindEntfÜbk beseitige, sei bislang nur vom Provinzgericht Almería vertreten worden<sup>55</sup>. Ein solches Verständnis laufe aber dem Sinn und Zweck des Übereinkommens zuwider. Denn der Entführer solle durch das Abkommen davon abgehalten werden, im Zufluchtsstaat eine ihm günstige Sorgerechtsentscheidung anzustreben, um die von ihm geschaffene Situation zu einer gesetzlichen zu machen. Diese Zielsetzung sei auch nach Rechtskraft einer die Rückgabe des Kindes anordnenden Entscheidung zu beachten. Denn auch nach diesem Zeitpunkt werde der Entführer, der sich der Rückgabe widersetze, bestrebt bleiben, eine ihm günstige Sorgerechtsentscheidung im Zufluchtsstaat zu erwirken.

48. In seinem Beschluß vom 22.8.2000 (2) 4 Ausl. 119/2000 (76/00) = NSStZ 2001, 62) befaßte sich das OLG Hamm mit der Rechtmäßigkeit der Auslieferung eines in Italien während seiner Abwesenheit verurteilten Angeklagten. Das Gericht erklärte die Auslieferung des Verfolgten aus Deutschland im Ergebnis für zulässig, machte jedoch eingehende Ausführungen zur Einhaltung des verfassungsrechtlichen Mindeststandards. Es stellte fest, die Rechtmäßigkeit des dem Auslieferungsbegehren zu Grunde liegenden ausländischen Strafurteils sei bei der Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung nicht zu überprüfen. Jedoch bestehe bei Abwesenheitsverfahren in aller Regel Anlaß zur Untersuchung der Frage, ob die begehrte Auslieferung mit dem völkerrechtlich verbindlichen, nach Art. 25 GG zu beachtenden Mindeststandard elementarer Verfahrensgerechtigkeit und den unabdingbaren, verfassungsrechtlichen Grundsätzen der öffentlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland vereinbar sei. Zu diesem verfassungsrechtlichen Mindeststandard gehöre, daß dem Verfolgten im dem seiner Verurteilung zu Grunde liegenden Verfahren die Möglichkeit eingeräumt werde, sich rechtliches Gehör zu verschaffen und sich zu verteidigen. Dies setze voraus, daß der Verfolgte nachweislich von den gegen ihn erhobenen Tatvorwürfen Kenntnis habe und ihm tatsächlich die Möglichkeit eröffnet werde, sich persönlich zu den Tatvorwürfen zu äußern, sowie sich Kenntnis von den zu erwartenden Hauptverhandlungsterminen zu verschaffen.

<sup>54</sup> BGBl. II 1990, 207.

<sup>55</sup> Audiencia Provincial de Almería, Entscheidung vom 27.10.1993, *Revista Espanola de Derecho Internacional [REDI]* XLVI [1994], 341.

Diese Voraussetzungen seien jedoch erfüllt, wenn der Verfolgte von der polizeilichen Wohnungsdurchsuchung erfahren habe, die zur Auffindung von Betäubungsmitteln und damit letztlich zu seiner Verurteilung führte, und er vor seiner Flucht ins Ausland einen Rechtsanwalt mit seiner Vertretung beauftragt habe. Denn dadurch habe er die Möglichkeit, sich persönlich, gegebenenfalls schriftlich oder über den von ihm beauftragten Verteidiger, zu den Vorwürfen einzulassen. Durch die Möglichkeit, sich darüber hinaus von den Hauptverhandlungsterminen Kenntnis zu schaffen, sei dem völker- und verfassungsrechtlich unabdingbar gebotenen rechtlichen Gehör Genüge getan, insbesondere wenn sich der Verfolgte seines eigenen Schutzes wegen durch anfängliches Untertauchen, der Flucht ins Ausland und dem Abbruch der Kontakte zu dem eigenen Verteidiger begeben habe.

## **IX. Internationaler Menschenrechtsschutz**

### **1. Europäische Menschenrechtskonvention**

#### **a) Art. 3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis**

49. Mit Urteil vom 24.5.2000 (9 C 34/99 = BVerwGE, NVwZ 2000, 1302) entschied das BVerwG, daß die Abschiebung eines Ausländers in einen Nichtvertragsstaat der EMRK nach § 53 Abs. 4 AuslG auch dann unzulässig ist, wenn dort im Einzelfall andere, als in Art. 3 EMRK verbürgte, von allen Vertragsstaaten als grundlegend anerkannte Menschenrechtsgarantien in ihrem Kern bedroht sind. Zur ausführlichen Darstellung dieses Urteils vgl. [28].

#### **b) Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK)**

50. In seiner Entscheidung vom 25.10.2000 (2 StR 232/00 = NJW 2001, 1146 = JZ 2001, 1091<sup>56</sup>) erkannte der 2. Strafsenat des BGH die Möglichkeit eines Verfahrenshindernisses aufgrund rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK an. Damit entwickelte der Senat die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Verfahrensüberlänge fort. Dem Urteil lag ein Verfahren zugrunde, in welchem dem Angeklagten vorgeworfen wurde, er habe als Vorstand verschiedener miteinander verflochtener, von ihm beherrschter Gesellschaften in den Jahren 1984 bis 1986 in einer Vielzahl von Fällen Kapitalanleger beim Erwerb von Immobilien durch unzutreffende Behauptungen getäuscht und betrogen. Nach über siebenjährigen Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft und die Polizei war erst im August 1994 Anklage erhoben worden. Das Hauptverfahren wurde beim Landgericht Köln ohne weitere Ermittlungen im November 1994 eröffnet. Wegen Überlastung der zuständigen Wirtschaftsstrafkammer konnte die Hauptverhandlung jedoch erst

---

<sup>56</sup> Siehe auch die Anm. von H. Ostendorf/M. Radke, JZ 2001, 1094 ff.

im Januar 1999 beginnen. Nach 44 Verhandlungstagen stellte das LG die Hauptverhandlung aber mit der Begründung ein, es liege aufgrund langandauernder, vom Angeklagten nicht zu vertretender Verfahrensverzögerungen ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK vor, der zu einem Verfahrenshindernis führe. Hiergegen wandte sich die Revision der Staatsanwaltschaft. Der BGH gab der Revision statt und hob das Urteil des LG auf, stellte aber klar, daß ein durch rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bewirkter Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK in außergewöhnlichen Fällen zu einem Verfahrenshindernis führen kann. Der BGH führte aus, daß ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 wegen Verfahrensüberlänge für die Zulässigkeit des weiteren Verfahrens keine geringeren Folgen haben könne als der Verjährungseintritt, der einer Sachentscheidung sogar unabhängig von der konkreten Tatschuld entgegenstehe. Ferner stünden der Ansicht, eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK sei in außergewöhnlichen Sonderfällen als Verfahrenshindernis zu behandeln, weder der materiell-rechtliche Schuldgrundsatz entgegen, noch das Erfordernis, das Vorliegen des Hindernisses aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu prüfen. Angesichts des Umstands, daß in dem insgesamt 13 ½ Jahre andauernden Verfahren die Grenze der absoluten Verjährung um mehr als drei Jahre überschritten sei und die Justiz das Verfahren seit Anklageerhebung über mindestens fünf Jahre lang nicht gefördert habe, liege ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK vor. Allerdings sei das Einstellungsurteil des LG Köln aufzuheben, da die Anerkennung eines Verfahrenshindernisses wegen Verfahrensverzögerung nicht dazu führen dürfe, daß ein Gericht das Verfahren ohne eine begründete und überprüfbare Entscheidung abbrechen könne. Die verfahrenseinstellende Entscheidung müsse es dem BGH ermöglichen, zu überprüfen, ob die Umstände des Einzelfalls so gelagert seien, daß der Verstoß gegen das Beschleunigungsverbot weder im Rahmen der Strafzumessung, noch durch Einstellung nach §§ 153 a, 153 StPO ausgeglichen werden könne. Allein die Benennung der Umstände, welche einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK begründen, genüge dem Begründungserfordernis einer Verfahrenseinstellung nicht.

### c) Die Verfahrensgarantien des Art. 6 Abs. 3 EMRK

51. Durch Urteil vom 25.7.2000 (1 StR 169/00 = BGHSt 46, 106 = NJW 2000, 3595)<sup>57</sup> nahm der BGH zur Verteidigerbestellung bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung Stellung. Er entschied, daß § 141 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 6 Abs. 3 *lit. d* EMRK dem unverteidigten Beschuldigten ein Recht auf Bestellung eines Verteidigers bei der Vernehmung des zentralen Hauptbelastungszeugen durch den Ermittlungsrichter einräumt, wenn der Beschuldigte zuvor von der Anwesenheit bei dieser Vernehmung ausgeschlossen worden ist. Der Revisionsführer hatte vor dem BGH mit einer Verfahrensrüge geltend gemacht, die ermittelungsrichterliche Vernehmung, auf welche das Urteil sich stütze, leide an an einem schwerwiegenden

<sup>57</sup> Vgl. dazu die Anm. von G. Fezer, JZ 2001, 363 und K. H. Kunert, NStZ 2001, 217.

Verfahrensmangel, da eine Verteidigerbestellung vor der Vernehmung des Hauptbelastungszeugen nicht erfolgt sei, obwohl auch der Angeklagte von der Vernehmung ausgeschlossen worden sei. Die Revision bezog sich insoweit auf das Urteil des EGMR vom 24.11.1986 im Fall *Unterpertinger*<sup>58</sup>, in dem der EGMR eine Verletzung der Verteidigungsrechte nach Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 *lit. d* darin gesehen hatte, daß der Angeklagte in keinem Stadium des vorausgegangenen Verfahrens die Möglichkeit gehabt habe, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen. Der BGH schloß sich dieser Rechtsprechung an und erachtete die Verfahrensrüge des Revisionsführers für begründet. Er führte aus, die konventionskonforme Auslegung des deutschen Strafprozeßrechts gebiete bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung eines wichtigen Belastungszeugen eine Erweiterung der Grundsätze über die Verteidigerbestellung im Vorverfahren. In Fällen, in denen die ermittelungsrichterliche Vernehmung eines wichtigen Belastungszeugen anstehe, bei welcher der Beschuldigte kein Anwesenheitsrecht habe, sei es in der Regel geboten zu prüfen, ob dem nicht verteidigten Beschuldigten zuvor ein Verteidiger nach § 141 Abs. 3 StPO zu bestellen sei, der die Rechte des Beschuldigten bei der Vernehmung wahrnehme. Zwar obliege diese Prüfung nach § 141 Abs. 3 StPO in erster Linie der Staatsanwaltschaft. Dies entbinde den Ermittlungsrichter jedoch nicht von der Verantwortung, für ein konventionsgerechtes Verfahren mit Sorge zu tragen. Werde darüber hinaus der zentrale zeugnisverweigerungsberechtigte Belastungszeuge unter Ausschluß des Beschuldigten aus Gründen der Beweissicherung ermittelungsrichterlich vernommen, so reduziere sich das Ermessen bei der Frage der Bestellung eines Verteidigers auf Null. Nur diese Auslegung des § 141 Abs. 3 StPO sei mit den Vorgaben der EMRK vereinbar. In Fällen dieser Art müsse die Justiz von sich aus aktiv werden mit dem Ziel, daß die Verteidigung Gelegenheit hat, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen. Andernfalls bestünde die Gefahr, daß das von Art. 6 Abs. 3 *lit. d* EMRK garantierte Fragerecht auch im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht gewährleistet werden könne.

52. In seinem Vorlagebeschuß vom 26.10.2000 (3 StR 6/00 = BGHSt 46, 178 = NJW 2001, 309) entschied der BGH, daß Art. 6 Abs. 3 *lit. e* EMRK dem der Gerichtssprache nicht kundigen Angeklagten oder Beschuldigten für vorbereitende Gespräche mit dem Verteidiger einen Anspruch auf unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers selbst dann einräumt, wenn kein Fall der notwendigen Verteidigung i.S.d. § 140 Abs. 2 StPO oder des Art. 6 Abs. 3 *lit. c* EMRK gegeben ist. Das vorliegende OLG hatte die Ansicht vertreten, der Anspruch des sprachunkundigen Angeklagten auf unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers zu vorbereitenden Gesprächen mit dem Verteidiger gehe nicht weiter als ein Anspruch auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers. Sei eine solche nach § 140 StPO nicht geboten, und damit auch nicht i.S.d. Art. 6 Abs. 3 *lit. c* EMRK im Interesse der Rechtspflege erforderlich, bedürfe es der unentgeltlichen Zurverfügungstellung eines Dolmetschers für vorbereitende Gespräche mit einem Verteidiger auch dann nicht, wenn der Ange-

<sup>58</sup> EGMR, Urteil vom 24.11.1986 = EuGRZ 1987, 147.

klagte mittellos sei. Der BGH schloß sich dieser Auffassung nicht an. Er stellte klar, daß Art. 6 Abs. 3 *lit. e* EMRK dem sprachunkundigen Angeklagten oder Beschuldigten unabhängig von seiner finanziellen Lage für das gesamte Strafverfahren und damit auch für vorbereitende Gespräche mit einem Verteidiger einen Anspruch auf unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers einräumt. Der in der EMRK verankerte Anspruch des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren gebiete es, ihm nicht nur alle ihm gegenüber vorgenommenen, maßgeblichen schriftlichen und mündlichen Verfahrensakte kostenlos in einer ihm verständlichen Sprache bekannt zu geben, sondern es ihm auch zu ermöglichen, alle von ihm abgegebenen mündlichen und schriftlichen Erklärungen unentgeltlich in die Gerichtssprache übertragen zu lassen. Dies folge aus dem Zweck von Art. 6 Abs. 3 *lit. e* EMRK, zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK alle Nachteile auszuschließen, denen ein Angeklagter, der die Gerichtssprache nicht verstehe, im Vergleich zu einem dieser Sprache kundigen Angeklagten ausgesetzt sei. Darüber hinaus zähle zu den strafprozessualen Rechten des Angeklagten insbesondere auch die Befugnis, sich in jeder Verfahrenslage des Beistands eines Verteidigers zu bedienen (§ 137 Abs. 1 S. 1 StPO, Art. 6 Abs. 3 *lit. c* EMRK). Ein des Deutschen nicht mächtiger Angeklagter könne dieses Recht in effektiver Weise nur wahrnehmen, wenn ihm eine Verständigung mit dem Verteidiger möglich sei. Abgesehen von dem besonderen Fall, daß der Verteidiger die Muttersprache des Angeklagten beherrsche, sei hierzu die Zuziehung eines Dolmetschers erforderlich. Mit den hierfür anfallenden Kosten dürfe der Angeklagte gemäß Art. 6 Abs. 3 *lit. e* EMRK ebenfalls nicht belastet werden. Denn auch das Gespräch zwischen Angeklagtem und Verteidiger zur Vorbereitung der Verteidigung bestehe aus Erklärungen, die im Rahmen des Strafverfahrens abgegeben werden. Soweit demgegenüber die Ansicht vertreten werde, Art. 6 Abs. 3 *lit. e* EMRK beschränke die Unentgeltlichkeit der Dolmetscherleistung auf "Prozeßhandlungen des Beschuldigten oder gegenüber dem Beschuldigten" oder auf die (durch Ermittlungsbehörden oder Gerichte) angeordnete Anwesenheit eines Dolmetschers<sup>59</sup>, werde dies weder der Stellung des Angeklagten als Verfahrenssubjekt noch der des mit der Verteidigung beauftragten Rechtsanwaltes als unabhängigem Organ der Rechtspflege gerecht. Ebenso wenig wie dem Beschuldigten für Termine bei der Staatsanwaltschaft Dolmetscherkosten aufgebürdet werden dürften<sup>60</sup>, dürfe er mit den Kosten belastet werden, die für die notwendige Zuziehung eines Dolmetschers zu Gesprächen mit dem Verteidiger anfielen, und zwar unabhängig von seiner finanziellen Lage. Dabei sei es zur Gewährleistung der Rechte des Angeklagten aus Art. 6 Abs. 3 *lit. e* EMRK nicht erforderlich, ihm einen Pflichtverteidiger zu bestellen. Die Auffassung, die Beiordnung sei notwendig, weil nach § 97 Abs. 2 S. 1 und 2, § 126 BRAGO eine Erstattung der Dolmetscherkosten nur für Gespräche zwischen Angeklagtem und Pflichtverteidiger gesetzlich vorgesehen sei, greife zu kurz. Sie übersehe den Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Die EMRK stehe innerstaatlich im Rang eines

<sup>59</sup> So etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.1.1980 (1 Ws 831/79 = NJW 1980, 2655).

<sup>60</sup> Vgl. die Regelungen in § 464 c StPO und Nr. 9005 Kostenverzeichnis zum GKG.

einfachen Bundesgesetzes. Wenn sie in Art. 6 Abs. 3 *lit. e* dem Angeklagten die unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers in dem dargestellten Umfang garantiere, könne die Erfüllung dieser Garantie nicht davon abhängen, daß daneben im anderweitigen Bundesrecht einfachgesetzliche kostenrechtliche Bestimmungen vorhanden seien, welche die Freistellung des Angeklagten von den Dolmetscherkosten oder deren Erstattung ausdrücklich regeln. Vielmehr sei der entsprechende Anspruch des Angeklagten direkt aus Art. 6 Abs. 3 *lit. e* EMRK abzuleiten und durch eine konventionskonforme – ergänzende – Auslegung der bestehenden Kostennormen auszufüllen. Denn es sei nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet habe, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland haben abweichen wollen.

#### **d) Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK)**

53. In seinem Beschluß vom 27.4.2000 (9 B 153/00 = NVwZ 2000, Beilage Nr. 9, 98) nahm das BVerwG zu der Frage Stellung, ob die Gefahr der Beschneidung junger Mädchen in Togo für die Mutter mehrerer togoischer Töchter ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG i.V.m. Art. 8 EMRK begründet. Das Bundesamt für die Anerkennung von Flüchtlingen und die vorinstanzlichen Gerichte hatten das Vorliegen von Abschiebungshindernissen verneint. Auch die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision vor dem BVerwG hatte keinen Erfolg. Nach Auffassung des BVerwG begründet die Beschneidung, wenn sie – wie angenommen durch Familienangehörige droht und nicht ausnahmsweise dem Staat zuzurechnen ist – schon deshalb kein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG, weil diese Vorschrift nur vor Gefahren Abschiebungsschutz gewährt, die durch staatliche oder staatsähnliche Gewalt verursacht worden sind.

54. In seinem Urteil vom 19.9.2000 (1 C 14/00 = DVBl. 2001, 223 = NVwZ-RR 2001, 132) bestätigte der 1. Senat des BVerwG seine Rechtsprechung<sup>61</sup>, wonach sich aus Art. 8 EMRK für den ausländischen Partner einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung in Deutschland ergibt.<sup>62</sup> Er bekräftigte, daß Art. 8 Abs. 1 EMRK jedermann einen Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs einräumt, jedoch Ausländern grundsätzlich kein Recht verleiht, in ein bestimmtes Land einzureisen und sich dort aufzuhalten. Zwar könne der Ausschluß einer Person von einem Land, in dem nahe Angehörige leben, das Recht aus Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzen. Bei der Bestimmung der zur Erfüllung des Begriffs der Achtung des Familienlebens notwendigen Schritte räume die Konvention den Vertragsstaaten aber einen weiten Ermessensspielraum ein. Von dem EGMR und der Europäischen Kommission für Menschenrechte sei der Begriff zeitbezogen ausgelegt worden, unter Hinweis auf die Berücksichtigung der Fortentwicklung

<sup>61</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 27.2.1996 (1 C 41.93 = BVerwGE 100, 28).

<sup>62</sup> Ebenso entschied der Bayerische VGH in seinem Urteil vom 14.3.2000 (10 B 99.2101 = InFAuslR 2000, 284).

des innerstaatlichen Rechts der Europaratsstaaten. Allerdings sei nicht festzustellen, daß gesetzgeberische Maßnahmen zugunsten gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften in den einzelnen Mitgliedstaaten bisher zu einer allgemeinen europäischen Rechtsüberzeugung geführt hätten, wonach der Anspruch auf Achtung des Familienlebens auf derartige Gemeinschaften auszudehnen wäre. Auch aus dem in Art. 8 Abs. 1 EMRK verankerten Recht auf Achtung des Privatlebens lasse sich kein unmittelbarer Anspruch auf Aufenthalt und Einreise ableiten. Dem Anliegen dieser Konventionsbestimmung werde durch das nationale Recht ausreichend Rechnung getragen, denn das AuslG stelle Rechtsgrundlagen zur Verfügung, welche zur Erteilung von Aufenthaltsgenehmigungen für ausländische Partner einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft führen könnten. Insbesondere sehe das AuslG mit der Aufenthaltserlaubnis eine Art der Aufenthaltsgenehmigung vor, die dem Gebot der Achtung des Privatlebens ausreichend Rechnung trage.

55. Mit Beschluß vom 11.10.2000 (11 S 1206/00 = InfAuslR 2001, 119) entschied der VGH Baden-Württemberg, daß die Ausweisung eines Ausländers der zweiten Generation nach Art. 8 Abs. 2 EMRK unverhältnismäßig sein kann, wenn diesem jegliche Bindungen zum Herkunftsstaat fehlten und das Bemühen seiner Eltern um Entlassung aus der Staatsangehörigkeit des Herkunftsstaats gescheitert ist. Nach Art. 8 Abs. 1 EMRK habe jedermann Anspruch auf Achtung u.a. seines Privat- und Familienlebens; der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts sei gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen sei und eine Maßnahme darstelle, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sei. Bei der Ausweisung von Ausländern komme eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes i.S.v. Art 8 Abs. 2 EMRK in Betracht, wenn diese aufgrund ihrer gesamten Entwicklung faktisch zu Inländern geworden seien und ihnen ein Leben im Staat ihrer Staatsangehörigkeit nicht zuzumuten sei, da sie zu diesem keinen Bezug mehr aufwiesen. Insbesondere entspreche es der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK, das Fehlen jeglicher Bindungen zum Herkunftsstaat und das Bemühen des Betroffenen um Entlassung aus der Staatsangehörigkeit des Herkunftsstaats als gewichtige Gründe für die Unverhältnismäßigkeit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme anzusehen. Allerdings spreche bei Ausländern der zweiten Generation eine Vermutung dafür, daß sie die Muttersprache ihrer Eltern erlernt hätten und zumindest in Grundzügen noch beherrschten. Insoweit obliege es ihnen, substantiiert Gesichtspunkte vorzutragen, aus welchen sich ein abweichender Geschehensablauf ergeben könne.

#### e) Art. 9 EMRK als Abschiebungshindernis

56. In seinem Urteil vom 20.1.2000 (12 A 11883/96 = NVwZ 2000, Beilage Nr. 8, 90) hatte das OVG Rheinland-Pfalz über den Abschiebungsschutz eines algerischen Staatsangehörigen zu befinden, der vom Islam zum Glauben der Zeugen Jehovas übergetreten war und seiner Abschiebung nach Algerien die Beschränkung seiner Religionsausübung im Zielstaat und die Gefahr fundamentalistischer Über-

griffe entgegenhielt. Der Kläger hatte sich zur Begründung seiner Klage auf Abschiebungsschutz nach § 53 Abs. 4 i.V.m. Art. 3 und Art. 9 EMRK berufen. Das VG war diesem Vortrag in Bezug auf § 53 Abs. 4 i.V.m. Art. 3 EMRK gefolgt. Das OVG Koblenz hingegen erachtete die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung des Bundesbeauftragten für Asylangelegenheiten in vollem Umfang für begründet. In Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerwG (vgl. auch Urteil [28]) entschied es, daß Abschiebungsschutz nach § 53 Abs. 4 i.V.m. Art. 9 EMRK nur in Betracht kommt, wenn die Beschränkung der Religionsausübung im Zielstaat der Abschiebung ähnlich schwer wiegt wie die nach Art. 3 EMRK verbotenen Eingriffe. Dies sei bei der Versagung des religiösen Existenzminimums der Fall. Nicht davon erfaßt sei jedoch die öffentliche Verkündigung der Glaubensüberzeugungen der Zeugen Jehovas in Algerien und das Missionieren, und zwar unabhängig davon, wie stark der Ausländer sich selbst hierzu innerlich verpflichtet fühle. Die notwendige Differenzierung könne dabei der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG zum Umfang des Asylgrundrechts bei an den Glauben und seine Betätigung anknüpfenden Verfolgungsmaßnahmen entnommen werden. Danach umfasse das religiöse Existenzminimum die Religionsausübung im häuslich-privaten Bereich, wie etwa den häuslichen Gottesdienst, aber auch die Möglichkeit zum Reden über den eigenen Glauben und zum religiösen Bekenntnis im nachbarschaftlich-kommunikativen Bereich, ferner das Gebet und den Gottesdienst abseits der Öffentlichkeit in persönlicher Gemeinschaft mit anderen Gläubigen dort, wo man sich nach Treu und Glauben unter sich wissen dürfe. Dieser Kernbereich religiöser Betätigung sei dem Kläger jedoch auch in seinem Heimatland gewährleistet. Wenn auch der Übertritt vom Islam zum Glauben der Zeugen Jehovas nicht von der in der algerischen Verfassung niedergelegten Religionsfreiheit umfasst werde, knüpfe der algerische Staat an einen solchen Übertritt keine strafrechtlichen Folgen. Daß dem Kläger eine Missionstätigkeit für die Gemeinschaft der Zeugen Jehovas in Algerien nicht gestattet sei, sondern staatlicherseits eine Verwarnung des Klägers nach sich zöge, verleihe ihm keinen Abschiebungsschutz nach § 53 Abs. 4 AuslG. Denn sowohl die öffentliche Verkündigung der Glaubensüberzeugungen der Zeugen Jehovas, als auch das Missionieren seien Handlungen, die über das religiöse Existenzminimum hinausgingen. Schließlich könne der Kläger sich im Rahmen von § 53 Abs. 4 AuslG auch nicht auf die Gefahren berufen, die ihm wegen seines Übertritts zur Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas durch islamische Fundamentalisten in Algerien drohten. Beschränke sich der Kläger nämlich auf das bereits umschriebene religiöse Existenzminimum, seien Konsequenzen seitens fundamentalistischer Muslime nicht zu befürchten. Auch werde dem Kläger in der islamisch geprägten Umwelt seiner Heimat nicht etwa angesonnen, seine Religionszugehörigkeit als solche geheimzuhalten, um Repressalien zu entgehen. Vielmehr könne er sich anderen Glaubensbrüdern der Gemeinschaft der Zeugen Jehovas in Algerien selbstverständlich öffnen, mit diesen in Versammlungen über ihre Glaubensinhalte reden und auch gemeinsam beten. Angesichts dessen bedürfe es keiner Ausführungen zu der Frage, ob der algerische Staat im Falle von Übergriffen islamischer Fundamentalisten auf den Kläger diesen zu schützen bereit wäre.

## 2. Genfer Flüchtlingskonvention

57. Das BVerwG entschied durch Beschluß vom 12.9.2000 (1 B 50/00 = NVwZ-RR 2001, 131), daß Art. 33 Nr.1 der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) grundsätzlich erst bei Abschiebung eines Ausländers, nicht aber bereits bei einer Ausweisung ohne Abschiebungsandrohung Anwendung findet. Der Kläger hatte in seiner Beschwerde die Frage für klärungsbedürftig erachtet, „ob die rechtswidrige Ausweisung eines Flüchtlings i.S.d. Genfer Flüchtlingskonvention zwingend zurückzunehmen sei, und zwar mit Rücksicht auf die Konventionsvorschriften namentlich Art. 33 GFK. Das BVerwG verneinte dies mit dem Argument, Art. 33 GFK finde auf den Kläger keine Anwendung, denn es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Konvention zur Rücknahme der Ausweisung zwingen könne. Art. 33 Nr. 1 GFK verbiete grundsätzlich die Ausweisung oder Zurückweisung eines Flüchtlings „über die Grenzen von Gebieten ..., in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde“. Eine derartige auf ein bestimmtes Zielland gerichtete aufenthaltsbeendende Maßnahme enthalte eine isolierte Ausweisungsverfügung ohne Abschiebungsandrohung nicht. Darüber hinaus lege die Genfer Konvention nicht fest, in welcher Form oder unter welcher Bezeichnung die nach Art. 33 GFK grundsätzlich verbotene Ausweisung erfolgen müsse, sondern überlasse dies der nationalen Rechtsordnung der jeweiligen Vertragsstaaten. Nach deutschem Ausländerrecht begründe die vollziehbare Ausweisungsverfügung die Verpflichtung des Ausländers, das Bundesgebiet unverzüglich zu verlassen und nicht mehr dorthin einzureisen (§ 42 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 2 i.V.m. § 44 Abs. 1 Nr. 1 AuslG). Die Ausweisungsverfügung schreibe dem Ausländer nicht vor, wohin er auszureisen habe; dem Ausländer bleibe vielmehr die Wahl des zukünftigen Aufenthaltslandes überlassen. Erst mit der Abschiebungsandrohung bestimme die Verwaltungsbehörde den Staat, in den sich der Ausländer zu begeben habe. Aus der nach deutschem Recht gebotenen Unterscheidung zwischen Ausweisung und Abschiebung folge, daß die auf ein bestimmtes Zielland gerichtete Ausweisung i.S.d. Art. 33 Nr. 1 GFK und damit die Anwendbarkeit dieser Vorschrift grundsätzlich erst dann in Betracht komme, wenn es um eine Abschiebung des Ausländers gehe.

## X. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung

58. Das BVerwG entschied in seinem Urteil vom 23.2.2000 (6 C 5/99 = BVerwGE 110, 326 = DVBl. 2000, 1001)<sup>63</sup>, daß die „Bremer Klausel“ des Art. 141 GG in ganz Berlin, d.h. auch im Ostteil Berlins gilt. Zwar werde die Anwendung des

---

<sup>63</sup> Siehe dazu auch die Anmerkung von R. Poscher, NJ 2000, 439.

Art. 141 GG in den neuen Bundesländern von zahlreichen Stimmen in der Literatur abgelehnt. Vorrangig werde argumentiert, Art. 141 GG setze voraus, daß das Land, in dem am 1.1.1949 eine andere Regelung gegolten habe, als Rechtssubjekt bis zu dem Zeitpunkt fortbestanden haben müsse, an dem das Grundgesetz auf seinem Territorium in Kraft getreten sei. Daran fehle es bei den neuen Bundesländern, weil die früheren ostdeutschen Länder im Zuge der Entwicklung der DDR zum sozialistischen Einheitsstaat untergegangen seien, mithin mit den im Zuge der Wiedervereinigung neu gegründeten Ländern nicht identisch seien. Jedoch sei damit noch keineswegs gesagt, daß Art. 141 GG im Ostteil Berlins nicht gelte. Bei der Frage, wie Art. 141 GG mit Blick auf die deutsche Einheit ausgelegt werden müsse, seien nicht nur diejenigen Vorschriften des Grundgesetzes heranzuziehen, die bereits bei seinem erstmaligen Inkrafttreten galten, sondern auch diejenigen, die aus Anlaß der Wiedervereinigung eingefügt worden seien. In diesem Zusammenhang sei die Neufassung der Präambel durch Art. 4 Nr. 1 des Einigungsvertrages von Bedeutung, wonach sich der Einheitsgedanke ausdrücklich auch auf das Land Berlin beziehe, welches gleichzeitig mit der Wiedervereinigung des Gesamtstaates als Stadtstaat wiedervereinigt worden sei. Einheit bedeute ganz wesentlich Rechtseinheit, die ungeachtet unvermeidlicher Übergangsbestimmungen möglichst schnell zu verwirklichen gewesen sei. Dem entspreche es, in Bezug auf den in Art. 7 Abs. 3 S. 1 und Art. 141 GG thematisierten Religionsunterricht, eine einheitliche Lösung für die wiedervereinigten Stadthälften Berlins anzunehmen. Dies gelte um so mehr, als die landesrechtliche Norm, welche den Westteil Berlins von der in Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG vorgegebenen Verpflichtung entbunden habe, am 26.6.1948 von der damals noch nicht gespaltenen Stadtverordnetenversammlung für Groß-Berlin erlassen worden sei und am 1.1.1949, dem nach Art. 141 GG maßgeblichen Stichtag, für ganz Berlin einheitlich gegolten habe. Mit der Erstreckung der "Bremer Klausel" auf ganz Berlin werde daher in Bezug auf den Religionsunterricht der am 1.1.1949 bestehende einheitliche Rechtszustand wiederhergestellt. Die Nicht-einbeziehung des Ostteils Berlins in den Anwendungsbereich des Art. 141 GG widerspreche demgegenüber dem Gedanken der Rechtseinheit grundlegend.

59. Der Erste Senat des BVerfG hatte in seinem Urteil vom 14.3.2000 (1 BvR 284/96 und 1 BvR 1659/96 = BVerfGE 102, 41 = NJW 2000, 1855) darüber zu befinden, ob es mit Art. 3 GG vereinbar ist, Kriegsgeschädigten des Zweiten Weltkriegs, die am 18.5.1990 in der DDR ansässig waren, eine niedrigere Grundrente und einen niedrigeren Pauschalbetrag für Kleider- und Wäscheverschleiß zu gewähren als Geschädigten, die bis zu diesem Zeitpunkt im Bundesgebiet oder im westlichen Ausland lebten. Er entschied, daß die Beschädigtengrundrente für die Kriegsoffer in den neuen Ländern ab 1.1.1999 nicht mehr niedriger sein darf als für diejenige von Kriegsoffer in den alten Ländern. Dagegen bleibe es im Fall der Kleiderverschleißpauschale bei der unterschiedlichen Höhe der Leistungen. Die Mehrheit des Senates leitete dieses Ergebnis aus dem Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG ab. Zwar sei der Gesetzgeber 1990/1991, als er die Leistungen nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG) auf das Beitrittsgebiet erstreckte, von Verfassungs wegen nicht dazu verpflichtet gewesen, den Berechtigten in den neuen Ländern sofort

Geldleistungen auf dem gleichen Niveau wie in den alten Ländern zu gewähren. Vielmehr habe er den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, indem er sicherstellt habe, daß die durch § 84 a BVG bewirkte Ungleichbehandlung der Kriegssopfer Ost und West nicht auf Dauer angelegt sei. Spätestens seit 1998 sei es für den Gesetzgeber jedoch erkennbar gewesen, daß die Geldleistungen der Kriegsopferversorgung Ost das Leistungsniveau im Westen in absehbarer Zeit nicht erreichen würden. Der Anpassungsprozess habe sich seit 1997 deutlich verlangsamt. Nach 1997 habe die Steigerung der Geldleistungen des BVG nur noch durchschnittlich etwa 0,5 % betragen. Eine Gleichstellung der Kriegssopfer in den alten und neuen Ländern sei im Zeitpunkt der Entscheidung bis auf weiteres nicht mehr abzusehen. Die Kriegssopfer in den neuen Ländern müßten damit rechnen, daß sie gleichhohe Renten wie im Westen nicht erhalten würden. Damit werde für sie die durch § 84 a BVG nur auf Zeit angestrebte Ungleichbehandlung zu einer Ungleichbehandlung auf Dauer. Dies sei aber wegen der Besonderheit der Grundrente mit dem Gleichheitsgrundsatz nicht zu vereinbaren. Die Grundrente für Beschädigte sei eine Leistung eigener Art. Im Vordergrund stehe die Entschädigung für die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität. Sie werde stark von ihrem ideellen Gehalt geprägt. Im Hinblick auf das grundgesetzliche Gleichheitsgebot sei es nicht zu rechtfertigen, daß die Grundrente einem Kriegsbeschädigten aus den neuen Ländern auf Dauer in geringerem Umfang zugute komme, obgleich er sein Opfer im gleichen Krieg für den gleichen Staat erbracht habe. Auch finanzwirtschaftliche Belange könnten einer Gleichstellung der Kriegssopfer Ost und West in Bezug auf die Grundrente nicht entgegenstehen. Der Mehraufwand einer Gleichstellung bei der Beschädigtengrundrente erfordere einen Betrag von rund 35 Millionen jährlich bei einer Zahl von 60.417 Empfängern. Dieser Mehraufwand entspreche etwa 1 % der Gesamtausgaben des Bundes für alle Leistungen der Kriegsopferversorgung ohne Kriegsopferfürsorge im Jahre 1998 und sei daher zumutbar. Gleichzeitig betonte das BVerfG jedoch, der Gleichheitssatz sei in Bezug auf andere Leistungen nach dem BVG, wie insbesondere die rein materiell ausgerichtete Kleiderverschleißpauschale, nicht verletzt. Das Gericht hob hervor, die Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG liege wesentlich darin begründet, daß eine Beendigung der durch § 84 a BVG bewirkten Ungleichbehandlung bei der Grundrente für die betroffenen Kriegssopfer mit Rücksicht auf ihr Lebensalter nicht mehr in Sicht sei. Dies unterscheide den vom Gericht entschiedenen Fall von anderen staatlichen Leistungen mit immateriellen Gehalt. Die Grundbeschädigtenrente der Kriegssopfer Ost sei hingegen bereits ab dem 1.1.1999 wegen der Nichtigkeit des § 84 a BVG nach Maßgabe der Entscheidung anzupassen.

60. Das BVerfG bestätigte in seiner Entscheidung vom 22.5.2000 (8 B 89/00 = ZOV 2001, 48), daß Enteignungen auf besatzungshoheitlicher Grundlage in Ost-Berlin nicht am Maßstab des Art. 14 GG zu messen sind. Die Kläger hatten in der Vorinstanz geltend gemacht, die Enteignung eines in Ost-Berlin gelegenen Grundstücks sei an Art. 14 GG zu messen, weil Ost-Berlin nicht erst mit dem Beitritt der DDR am 3.10.1990, sondern bereits zuvor als deutsches Bundesland dem Grundgesetz unterstellt gewesen sei. Dieser Auffassung trat das BVerfG entgegen. Der

Kläger übersehe, daß es Enteignungsbetroffenen im Ostteil Berlins nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG und des BVerfG wegen der dort faktisch fehlenden Durchsetzbarkeit des Grundgesetzes bis zur Wiedervereinigung verwehrt geblieben sei, sich gegenüber der Bundesrepublik Deutschland auf durchsetzbare Eigentumspositionen zu berufen. Denn die Enteignung durch – nicht an das Grundgesetz – gebundene Stellen der DDR unterliege nicht den Einschränkungen des Art. 14 GG. Ein Unterschied zwischen dem Ostteil Berlins und der übrigen ehemaligen DDR sei nicht ersichtlich. Dementsprechend habe das BVerwG bereits im Urteil vom 29.4.1994 (7 C 47.93 = BVerwGE 96, 8, 14) ausgeführt, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu besatzungshoheitlichen Enteignungen in der ehemaligen sowjetischen Besatzungszone sei “uneingeschränkt auf die Enteignungen im sowjetischen Sektor von Berlin zu übertragen”. Denn auch dort sei “das Grundgesetz erst mit dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland am 3.10.1990 in Kraft getreten”. Zwar habe das BVerfG in seiner Entscheidung vom 28.7.1999 (1 BvR 282/99 = ZOV 1999, 427) § 5 Abs. 2 des (DDR-)Gesetzes über den Nachweis der Rechtmäßigkeit des Erwerbs von Umstellungsguthaben vom 29.6.1990<sup>64</sup> an Art. 14 GG gemessen, also das Grundgesetz in einem Ostberliner Fall als Prüfungsmaßstab für ein DDR-Gesetz angewandt. Doch folge daraus nichts anderes für die Enteignung des Klägers. Denn in dem vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall ergebe sich die Anwendbarkeit des Grundgesetzes offenkundig daraus, daß das dortige DDR-Gesetz gemäß Art. 9 Abs. 1 EV nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland fortgegolten habe und deshalb seither an der Verfassung zu messen gewesen sei.

61. Die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG beschäftigte sich in mehreren Entscheidungen mit dem im EGBGB geregelten Verfahren zur Abwicklung der Bodenreform in der früheren sowjetischen Besatzungszone und setzte sich dabei insbesondere mit der Verpflichtung der Bodenreform Eigentümer auseinander, Alterben-Grundstücke nach Maßgabe des Art. 233 §§ 11 ff. EGBGB unentgeltlich an den Fiskus aufzulassen. In dem Verfahren vom 6.10.2000 (1 BvR 1637/99, erhältlich unter <http://www.bverfg.de>) waren die Beschwerdeführer letztinstanzlich vom OLG Rostock zur Auflassung landwirtschaftlicher Grundstücke an das Bundesland Mecklenburg-Vorpommern verpflichtet worden, weil das OLG diese Grundstücke als nicht zuteilungsfähig i.S.v. Art. 233 § 11 Abs. 2 und 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 und 3 EGBGB<sup>65</sup> angesehen hatte. Die Beschwerdeführer sahen sich durch die Entscheidung des OLG und die von ihm bestätigte Entscheidung der Vorinstanz in ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 und 3 GG, jeweils auch i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, verletzt. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an. Zur Begründung führte es aus, die bisherigen Bodenre-

<sup>64</sup> GBl. DDR 1990 I, 503

<sup>65</sup> “Zuteilungsfähig” ist nach der Regelung des Art. 233 § 11 Abs. 2 und 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 und 3 EGBGB, wer am 15. März 1990 im Beitrittsgebiet in der Land-, Forst- oder Nahrungsgüterwirtschaft tätig war oder dies zuvor mindestens zehn Jahre lang gewesen war und im Anschluß daran keiner anderen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist.

formeiigentümer verlören zwar nach der gesetzlichen Regelung des Art. 233 EGBGB unter bestimmten Umständen ihr Eigentum, jedoch stelle dies keine Enteignung i.S.v. Art. 14 Abs. 3 GG dar. Vielmehr handele es sich bei der mittelbar angegriffenen Regelung des Art. 233 § 11 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 2 c, Abs. 3 EGBGB um eine zulässige Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums i.S.v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Die Entscheidung des OLG gehe zurück auf die vom BGH in seiner neueren Rechtsprechung entwickelte Erkenntnis, daß das Gesetz der DDR vom 6.3.1990 über die Aufhebung der Verfügungsbeschränkungen von Bodenreformeiigentümern<sup>66</sup> eine Regelungslücke für die sogenannten Alterbfälle enthalte, in denen der im Grundbuch eingetragene Eigentümer bereits vor dem In-Kraft-Treten des Gesetzes 1990 am 16.3.1990 verstorben sei. Die Schließung dieser erkannten Regelungslücke durch den gesamtdeutschen Gesetzgeber sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie führe vor dem Hintergrund der früheren Besitzwechselforschriften der DDR<sup>67</sup> zu einer sachgerechten und angemessenen, den Betroffenen auch zumutbaren Eigentumszuordnung, die für die Zukunft klare Verhältnisse schaffe. Die Rechtsgrundsätze, nach denen Erben aufgrund der DDR-Besitzwechselforschriften die Rechte und Pflichten zur Bewirtschaftung des Bodenreformgrundstücks erhalten konnten, seien vom gesamtdeutschen Gesetzgeber in Art. 233 §§ 11 bis 16 EGBGB in pauschalierter Weise nachgezeichnet worden. Damit würden die Betroffenen so gestellt, wie sie gestanden hätten, wenn die Besitzwechselforschriften vor dem In-Kraft-Treten des Gesetzes vom 6.3.1990 von den Behörden der DDR korrekt angewendet und vollzogen worden wären oder der Gesetzgeber der DDR schon vor der Wiedervereinigung eine dem früheren Besitzwechselrecht entsprechende Übergangsregelung getroffen hätte. Ferner könnten die Beschwerdeführer sich auch nicht auf Vertrauensschutz berufen. Das Vertrauen auf den Fortbestand des in der DDR erworbenen Eigentums sei nur insoweit schutzwürdig, als das Eigentum dem Einzelnen bewußt und gewollt eingeräumt worden ist. Dies ist hinsichtlich des Bodenreformeiigentums in den Alterbfällen nicht geschehen. Vielmehr sei davon auszugehen, daß der damalige Gesetzgeber, hätte er die genannte Regelungslücke erkannt, in den Fällen, in denen kein Erbe die Voraussetzungen zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der landwirtschaftlichen Grundstücke erfüllt hätte, selbst eine der Rückführung der Grundstücke in den staatlichen Bodenfonds entsprechende Regelung getroffen hätte. Dies habe der gesamtdeutsche Gesetzgeber nachholen dürfen. Schließlich sei auch nicht zu erkennen, daß die angefochtenen Regelungen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstießen. Zwar seien nur solche Erben eines Bodenreformeiigentümers zur Herausgabe des Grundstücks verpflichtet, die bis zum 15.3.1990 noch nicht als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen worden seien, während gegenüber den übrigen Eigentümern früherer Bodenreformgrundstücke ein derartiger Auflassungsanspruch nicht bestehe. Diese unterschiedliche Behandlung rechtfertige sich jedoch durch das Ziel des Gesetzgebers der DDR, die Landwirtschaft in markt-

<sup>66</sup> GBl. DDR I, 132.

<sup>67</sup> Besitzwechselforschriften der DDR vom 7.8.1975, GBl. DDR 1975 I, 629.

wirtschaftliche Bedingungen zu überführen. Hierfür sollten eigentumsrechtlich diejenigen gestärkt werden, die nach bisher geltendem Recht eigene land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke bewirtschafteten. Daran habe auch der Bundesgesetzgeber anknüpfen können.

62. In einem weiteren Verfahren (1 BvR 2062/99, erhältlich unter <http://www.bverfg.de>) entschied die 2. Kammer des Ersten Senats, daß es nicht gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstößt, wenn die Zuteilungsberechtigung des Erben davon abhängig gemacht wird, daß der Betroffene am 15.3.1990 aktiv als Mitglied in einer landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft tätig war. Denn auch dadurch werde eine sinngerechte Nachzeichnung der DDR-Besitzwechselforschriften gewährleistet. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 der Besitzwechselverordnung vom 7.8.1975 habe der Besitzwechsel dann, wenn der Übernehmende nicht LPG-Mitglied gewesen sei, nur die zur Befriedigung der Wohnbedürfnisse erforderlichen Gebäude und die zur Nutzung der Gebäude erforderliche Fläche umfaßt. Daraus habe der BGH den verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Schluß gezogen, daß hinsichtlich rein landwirtschaftlicher Flächen der Übernehmende LPG-Mitglied sein müsse, weil er nur dann die Gewähr für eine effektive Nutzung der Bodenreformgrundstücke i.S.d. damaligen sozialistischen Bodenpolitik habe bieten können.<sup>68</sup> Die mit der entsprechenden Auslegung des Art. 233 § 12 Abs. 3 EGBGB durch den BGH verbundene Benachteiligung der Erben eines Eigentümers von überwiegend land- oder forstwirtschaftlich genutzten Grundstücken aus der Bodenreform gegenüber Erben von Eigentümern so genannter Hauswirtschaften sei sachlich hinreichend gerechtfertigt.

63. In seinem Urteil vom 22.10.2000 (BVerfGE 102, 254 = EuGRZ 2000, 573)<sup>69</sup> wies das BVerfG die Verfassungsbeschwerden gegen das Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz über die Wiedergutmachung von Enteignungsrecht (EALG) zurück und entschied, daß die Regelungen des Gesetzes mit dem Sozialstaats- und Rechtsstaatsprinzip sowie dem Willkürverbot vereinbar sind. Das Gericht stellte fest, daß sich aus den Grundrechten keine Pflicht Deutschlands zur Wiedergutmachung von Unrecht einer nicht an das Grundgesetz gebundenen Staatsgewalt herleiten läßt. Dem Eigentumsrecht des Art. 14 GG seien deshalb für die Frage, ob und in welchem Umfang die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet ist, für derartiges Unrecht einen Ausgleich zu schaffen, keine Vorgaben zu entnehmen. Art. 14 GG verpflichte den Bundesgesetzgeber daher weder zu einer Wiedergutmachung von Vermögenswerten in der Form einer Rückgabe rechtsstaatswidrig entzogener Vermögenswerte, noch zur Eröffnung von Wiedererwerbsmöglichkeiten oder zu einer Entschädigung. Deshalb seien die Vorschriften des EALG auf ihre Verfassungsmäßigkeit nur anhand des Sozialstaats- und des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 1 und 3 GG sowie anhand des Willkürverbots aus Art. 3

<sup>68</sup> Vgl. BGHZ 136, 283 (290).

<sup>69</sup> Siehe dazu auch K. Doehring/P. Ruess, Die Entscheidung des BVerfG zur Entschädigung von Opfern der Bodenreform im Lichte der EMRK – Rechtssicherheit oder mit Sicherheit Unrecht?, NJW 2001, 640 sowie die Anm. von M. Redeker, VIZ 2001, 177.

Abs. 1 GG zu überprüfen. Das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verlange, daß die staatliche Gemeinschaft in der Regel Lasten mittrage, die aus einem von der Gesamtheit zu tragenden Schicksal entstanden seien und mehr oder weniger zufällig nur einzelne Bürger oder bestimmte Gruppen von ihnen getroffen habe. Daraus folge jedoch keine automatische Abwälzung solcher Lasten auf den Staat mit der Wirkung, daß dieser den Betroffenen unmittelbar zum vollen Ausgleich verpflichtet wäre; vielmehr bestehe lediglich die Pflicht zu einer Lastenverteilung nach Maßgabe einer gesetzlichen Regelung. Erst diese könne konkrete Ausgleichsansprüche der einzelnen Geschädigten begründen. Bei der Ausgestaltung eines solchen Ausgleichs habe der Gesetzgeber einen besonders weiten Regelungs- und Gestaltungsspielraum sowohl für die Art der Wiedergutmachung als auch für deren Umfang. Der Gesetzgeber dürfe den Schadensausgleich nach Maßgabe dessen bestimmen, was unter Berücksichtigung der übrigen Lasten und der finanziellen Bedürfnisse für bevorstehende Aufgaben möglich sei. Auch müßten fundamentale Elemente des Rechtsstaats und die Rechtsstaatlichkeit im Ganzen, insbesondere die Idee der materiellen Gerechtigkeit, gewahrt bleiben. Ferner sei der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten, der dem Gesetzgeber die willkürlich ungleiche Behandlung von im wesentlichen gleichen Sachverhalten untersage.

Der Senat stellte einstimmig fest, daß nach diesen Maßstäben weder die Abgeltung der Entschädigungsansprüche durch Zuteilung zeitlich gestaffelter Schuldverschreibungen in § 1 Abs. 1 EntschG, noch die Regelung in § 3 Abs. 1 EntschG über die Bemessungsgrundlage der Entschädigung für Grundvermögen sowie land- und forstwirtschaftliches Vermögen zu beanstanden ist. Ein voller Ausgleich der erlittenen Schäden sei weder anhand des Rechtsstaats-, noch des Sozialstaatsprinzip geboten; darüber hinaus sei die auf der Grundlage dieser Normen errechnete Entschädigung aber auch nicht so niedrig, daß dies mit beiden Prinzipien unvereinbar wäre. Auch Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausgestaltung als Willkürverbot sei nicht verletzt. Es gebe hinreichende sachliche Gründe dafür, die Entschädigungsberechtigten anders zu behandeln als die Restitutionsberechtigten, wie dies insbesondere durch die Bemessungsgrundlage des § 3 Abs. 1 EntschG anstelle der Zugrundelegung des aktuellen Verkehrswerts geschehe: Die Rückgabe diene dort, wo sie möglich sei, auch dem Ziel, vernünftige, dezentrale, privatnützige Eigentumsstrukturen in den neuen Ländern wieder aufzubauen. Wo hingegen nur Entschädigung in Betracht komme, müsse bei deren Bemessung auf die finanziellen Möglichkeiten des Staates, insbesondere in Anbetracht der sonstigen Aufbauleistungen Rücksicht genommen werden. Schließlich folge bereits aus der Dynamik des Einigungsprozesses, daß eine Gleichbehandlung von Restitutionsberechtigten und Entschädigungsberechtigten nicht erforderlich sei. Bei der Abgabe der Gemeinsamen Erklärung der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR zur Regelung offener Vermögensfragen vom 15.6.1990<sup>70</sup> habe allgemein die Erwartung geherrscht,

---

<sup>70</sup> BGBl. 1990 II, 1237.

die DDR werde noch längere Zeit als eigenständiger Staat bestehen. Für diesen Fall sei eine langsamere Entwicklung des Immobilienmarkts erwartet worden; Rückübertragung und Entschädigung hätten sich unter Zugrundelegung dieser Entwicklung wertmäßig auf niedrigerem Niveau entsprochen. Jedoch sei diese Einschätzung von der Realität überholt worden, was dazu geführt habe, daß Verkehrswertentschädigungen nicht mehr finanzierbar gewesen seien. Andernfalls hätten andere Aufbauprogramme zurückstehen müssen. Was die Erfüllung der Entschädigungsansprüche durch Zuteilung zeitlich gestaffelter Schuldverschreibungen ab dem Jahr 2004 angehe, sei zwar festzustellen, daß diese zu einem Hinausschieben der Wiedergutmachung führe; dies sei aber als angemessener Kompromiß zwischen den Interessen des Staates und denen der Wiedergutmachungsberechtigten hinnehmbar. Die Schuldverschreibungen seien vererblich und handelbar, so daß die mit der Regelung verbundenen Nachteile den Betroffenen zuzumuten seien. Die Bemessungsgrundlage nach § 3 Abs. 1 EntschG sei sowohl hinsichtlich der Differenzierung nach Grundstücksarten als auch hinsichtlich der Anknüpfung an den fiktiven Verkehrswert vom 3.10.1990, der durch die letzte Einheitswertfeststellung und den differenzierten Multiplikator erreicht werden solle, ebenfalls durch sachliche Erwägungen des Gesetzgebers gedeckt und deshalb nicht willkürlich festgelegt.

Bezüglich der degressiven Kürzung der Entschädigungssumme nach § 7 Abs. 1 EntschG, wonach die Entschädigungsansprüche mit steigender Höhe zunehmend gekürzt werden, konnte der Senat einen Verstoß gegen das Willkürverbot wegen Stimmgleichheit nicht feststellen. Richterinnen und Richter Kühling, Jaeger, Hohmann-Dennhardt und Hoffmann-Riem vertraten die Auffassung, die Regelung verstoße nicht gegen das Willkürverbot. Der Gesetzgeber sei nicht verpflichtet gewesen, sich bei der Höhe der Entschädigung am Verkehrswert des verlorenen Vermögens zu orientieren. Er habe auch andere Faktoren berücksichtigen können, wie z.B. das Verhältnis dieser Vermögensentschädigung zu anderen Entschädigungen und Wiedergutmachungsleistungen. Auch finde die Degression der Entschädigungsleistung ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Sozialstaatsgebot. Denn der Gesetzgeber habe sich wie beim Lastenausgleichsrecht davon leiten lassen, daß weniger Wohlhabende zwar zwangsläufig einen niedrigeren Vermögensverlust erlitten als vermögende Personen, hiervon aber stärker betroffen seien und deshalb einer größeren Solidarität der staatlichen Gemeinschaft bedürften.

Vizepräsident Papier, Richterin Haas und Richter Hömig und Steiner hingegen vertraten die Ansicht, die Regelung des § 7 Abs. 1 EntschG werde den Anforderungen des Willkürverbots nicht in jeder Hinsicht gerecht. Zwar sei es verfassungsrechtlich nicht geboten, daß Restitution und Entschädigung sich wertmäßig voll entsprächen. Verfassungsrechtlich unabdingbar sei es jedoch, daß die Entschädigung noch einen realen Bezug zum tatsächlichen Wert des entzogenen und nicht mehr rückgebbaren Vermögensgegenstandes habe. Im Bereich der Entschädigungsansprüche zwischen 90.000 DM und 500.000 DM fehle es an sachlich einleuchtenden Gründen, die den mit der Degression verbundenen tiefen Einschnitt in die Wiedergutmachung der Betroffenen legitimieren könnten.

In Bezug auf das Ausgleichsleistungsgesetz (AusglLeistG) stellte der Erste Senat fest, daß der Gesetzgeber aufgrund des Sozialstaatsprinzips legitimiert gewesen ist, die Gewährung von Ausgleichsleistungen auf natürliche Personen und deren Erben und Erbessen zu beschränken und juristische Personen ausnahmslos vom Anwendungsbereich des AusglLeistG auszuschließen. Eine Gleichbehandlung mit Berechtigten nach dem Entschädigungsgesetz, das auch Entschädigungsleistungen für juristische Personen vorsieht, sei nicht geboten, weil das Entschädigungsgesetz die Fälle betreffe, in denen grundsätzlich ein Anspruch auf Rückübertragung des Vermögenswertes in Natur bestehe, im Einzelfall aber eine Rückgabe nicht möglich oder nicht gewollt sei. An einer entsprechenden Ausgangslage fehle es im Anwendungsbereich des AusglLeistG von vornherein, weil die Rückgängigmachung von Enteignungen, die in der Zeit von 1945 bis 1949 auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage vorgenommen wurden, grundsätzlich ausgeschlossen sei. Zur Höhe der Wiedergutmachung, die bei Ansprüchen nach dem AusglLeistG in entsprechender Anwendung des EntschG festgesetzt wird, stellte das Gericht fest, daß es verfassungsrechtlich keinen Bedenken begegnet, Art und Höhe der Entschädigungs- und der Ausgleichsleistungen nach den gleichen Grundsätzen zu regeln. Auch die Anrechnung von Hauptentschädigung nach dem Lastenausgleichsgesetz (LAG) auf die Entschädigungssumme verstoße nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Sie folge den gleichen Grundsätzen wie die Rückforderung der Hauptentschädigung von Restitutionsberechtigten. Ferner sei auch das in § 3 AusglLeistG vorgesehene Flächenerwerbsprogramm mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Willkürverbot vereinbar. Mit diesem Programm habe der Gesetzgeber zwei unterschiedliche Ziele verfolgt. Zum einen habe er ein Wiedergutmachungsprogramm für diejenigen geschaffen, denen von 1945 bis 1949 auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage und nach der Gründung der DDR unter deren Verantwortung land- oder forstwirtschaftliches Vermögen auf rechtsstaatswidrige Weise entzogen worden sei. Ihnen werde nach Maßgabe von § 3 Abs. 1 bis 4, 7, 8 und 10 AusglLeistG die Wiedereinrichtung ihres land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs zu bevorzugten Bedingungen ermöglicht. Zum anderen stelle das Flächenerwerbsprogramm ein eigenständiges Förderprogramm zugunsten der Land- und Forstwirtschaft in den neuen Ländern dar, mit dem die Eigentumbildung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe erleichtert werden solle. Beide Ziele habe der Gesetzgeber legitimerweise verfolgen dürfen. Denn die durch das Flächenerwerbsprogramm begünstigten Alteigentümer besäßen keinen Anspruch darauf, daß ihnen Wiedergutmachung in der Form des subventionierten Rückerwerbs land- und forstwirtschaftlicher Flächen unter Ausschluß anderer gewährt werde. Auch sei es ein legitimes Ziel, für den Bereich der ostdeutschen Land- und Forstwirtschaft neue Eigentumsstrukturen und damit funktionsfähige Grundlagen für Erhalt und Fortentwicklung dieser Erwerbszweige in den neuen Ländern zu schaffen. Im Übrigen ständen die angegriffenen Regelungen des Flächenerwerbsprogramms mit dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang. Gleiches gilt nach der Auffassung der Mehrheit des Senats für die Vorschrift des § 5 Abs. 2 S. 1 AusglLeistG, nach der zur Ausstellung für die Öffentlichkeit bestimmte

Kulturgüter auch nach ihrer Rückübertragung an den ursprünglichen Eigentümer für die Dauer von 20 Jahren ostdeutschen Museen unentgeltlich zur Nutzung durch die Öffentlichkeit überlassen bleiben müssen. Die Eigentümer würden ihr Eigentum nämlich nach § 5 Abs. 1 AusglLeistG zurückerhalten. Allerdings müsse sichergestellt werden, daß dies nicht auf eine Weise geschehe, welche dazu führe, daß die Museen auf einen Schlag "leer geräumt" würden. Auch die in § 5 Abs. 2 S. 1 AusglLeistG vorgesehene Verlängerung dieser Nutzung über die Frist von 20 Jahren hinaus unter Zahlung eines angemessenen Entgelts sei verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn sie dahingehend verstanden würde, daß die Verlängerung nicht gegen den Willen des Eigentümers verlangt werden dürfe.

Zuletzt wies das BVerfG auch die Angriffe gegen das NS-Verfolgtenentschädigungsgesetz (NS-VEntschG) zurück. Diese hatten sich im wesentlichen gegen § 2 S. 2 NS-VEntschG gerichtet, wonach sich die Höhe der Entschädigung für Grundstücke nach dem Vierfachen des vor der Schädigung zuletzt festgestellten Einheitswerts bemißt. Das Gericht stellte fest, daß die Vorschrift des § 2 S. 2 NS-VEntschG nicht in vermögenswerte Rechtspositionen i.S.d. Art. 14 GG eingreift. Wiedergutmachungsleistungen für NS-Verfolgte seien nicht Gegenstand der Gemeinsamen Erklärung der beiden deutschen Regierungen gewesen und auch sonst gebe es keine Grundlagen für Rechtsansprüche dieses Personenkreises, hinter denen das NS-VEntschG zurückgeblieben sein könnte. Ferner stehe § 2 S. 2 NS-VEntschG auch mit dem Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang. Ziel des NS-VEntschG sei es, die Anspruchsberechtigten so zu stellen, als hätten sie im Beitrittsgebiet Wiedergutmachung wie im Westen erhalten, mithin nach dem Wiederbeschaffungswert des entzogenen Objekts am 1.4.1956. Dies werde durch die Verdoppelung des maßgebenden Einheitswerts erreicht. Die weitere Verdoppelung auf das Vierfache trage dem Verzinsungsaspekt Rechnung. Diese Bemessungsregelung sei unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht zu beanstanden. Zwar führe sie wegen des einheitlichen Multiplikators vier dazu, daß etwa unbebaute Grundstücke erheblich niedriger bewertet würden als nach den Regelungen des EntschG. Auch sei nicht ausgeschlossen, daß Entschädigungen nach dem NS-VEntschG wertmäßig hinter dem aktuellen Verkehrswert restituierbarer Vermögensobjekte zurückblieben. Beides sei jedoch durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt. Gegenüber den nach dem EntschG und dem AusglLeistG Berechtigten würden die Betroffenen insbesondere dadurch erheblich besser behandelt, daß ihre Ansprüche nicht einer degressiven Kürzung unterworfen seien. Auch in der Anrechnung einzelner Altverbindlichkeiten gelte eine für die Anspruchsberechtigten günstigere Gestaltung. Im Endeffekt seien die zu zahlenden Entschädigungen nach dem NS-VEntschG in den meisten Fällen sogar wesentlich höher als die Entschädigungen nach dem EntschG und die Ausgleichsleistungen nach dem AusglLeistG. Werde im Einzelfall dennoch der aktuelle Verkehrswert des nicht rückgebbaren Vermögensgegenstands nicht erreicht, sei auch dies verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Wie sich aus den Ausführungen zu § 7 EntschG ergebe, sei eine volle Entschädigung verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten.

64. Das BVerwG bestätigte in seinem Urteil vom 14.10.2000 (=4 C 13/99 = BVerwGE 112, 274 = DVBl. 2001, 395)<sup>71</sup> die Entscheidungen des VG Potsdam vom 29.8.1996 und des Brandenburgischen OVG vom 24.3.1999, durch die es der Bundeswehr untersagt worden war, den früheren sowjetischen Truppenübungs- und Bombenabwurfplatz südlich von Wittstock weiter zu Übungszwecken zu nutzen. Geklagt hatten zwei Gemeinden, die geltend machten, die militärische Nutzung des Areals als Truppenübungsplatz stelle einen Eingriff in ihre Planungshoheit dar, der ohne ausreichende Anhörung und Berücksichtigung der gemeindlichen Belange erfolgt sei. Das BVerwG gestand den klagenden Gemeinden einen Unterlassungsanspruch zu, den es damit begründete, daß diese vor der Entscheidung des Bundes, den Truppenübungsplatz Wittstock künftig als Luft-Boden-Schießplatz der Bundeswehr zu nutzen, nicht in der gebotenen Weise angehört worden seien. Insbesondere habe der Bund die Betroffenheit und die planerischen Vorstellungen der Gemeinden in Bezug auf die städtebauliche Entwicklung nicht ausreichend ermittelt und in die Abwägung eingestellt. Der Entschluß des Bundes, das 13.000 ha große Gelände für Übungszwecke der Bundeswehr weiterzunutzen, habe zwar im Zusammenhang mit einer grundlegenden Neustrukturierung der Bundeswehr und einer veränderten Bedarfslage für militärische Standorte und Einrichtungen gestanden. Jedoch setze eine solche planerische Entscheidung eine Ermittlung der Standortgegebenheiten auch unter dem Gesichtspunkt der jeweiligen Betroffenen und, soweit es die Gemeinden betreffe, der Belange des Städtebaus voraus. Beschränkungen des Selbstverwaltungsrechts müßten die Gemeinden nur hinnehmen, wenn und soweit dies zur Wahrnehmung übergeordneter staatlicher Aufgaben erforderlich sei. Dies könne nur aufgrund einer sorgfältigen Ermittlung und Bewertung der konkreten Gegebenheiten unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit entschieden werden. Diesen Erfordernissen sei der Bund nicht gerecht geworden, indem er die betroffenen Gemeinden erst kurz vor der abschließenden Entscheidung über das Truppenübungsplatzkonzept von seinen Absichten informiert habe und ihnen nicht ausreichend Gelegenheit gegeben habe, ihre Belange einzubringen. Nicht gefolgt ist das BVerwG allerdings der Auffassung des OVG, es fehle überhaupt an einer gesetzlichen Grundlage für die weitere militärische Nutzung des Geländes nach Abzug der russischen Truppen im Sommer 1993. Es stellte klar, daß der Einigungsvertrag mit den Art. 8, 19 und 21 die rechtlichen Grundlagen dafür geschaffen habe, daß auch die Liegenschaften, die von den sowjetischen Truppen auf der Grundlage des Rechts der ehemaligen DDR für militärische Zwecke genutzt worden seien, in das Eigentum der Bundesrepublik Deutschland übergegangen seien und für Zwecke der Bundeswehr weitergenutzt werden dürften. Die öffentlich-rechtliche Zweckbindung (Widmung) dieser Liegenschaften für Zwecke der Landesverteidigung sei nicht dadurch aufgehoben worden, daß das Gesetz zum Vertrag vom 12.10.1990 über den befristeten Aufenthalt und den planmäßigen Abzug der sowjetischen Truppen aus dem Gebiet der Bun-

---

<sup>71</sup> Vgl. dazu auch die Anm. von J. Gruber, NJ 2001, 329.

desrepublik Deutschland<sup>72</sup> nur Regelungen für eine zeitlich begrenzte militärische Nutzung von Truppenübungsplätzen getroffen habe. Der Anwendungsbereich von Vertrag und Gesetz sei von vornherein darauf beschränkt gewesen, die – befristete – Nutzung der Flächen durch die Westgruppe der sowjetischen Truppen innerstaatlich rechtlich abzusichern. Die Frage der Verwendung der Liegenschaften nach Abzug der sowjetischen Streitkräfte sei nicht Vertragsgegenstand gewesen.

## XI. Europäisches Gemeinschaftsrecht

### 1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

65. In seinem Urteil vom 10.1.2000 (8 UE 5098/96 = NVwZ 2001, 95) betonte der Hessische VGH, daß weder das Außenwirtschaftsgesetz (AWG)<sup>73</sup>, noch die Außenwirtschaftsverordnung (AWV)<sup>74</sup> gegen europäisches Gemeinschaftsrecht, insbesondere Art. 133 EG, verstößt. Zum einen bestünden Bedenken, ob europarechtliche Regelungen – insbesondere Art. 133 EG – einschlägig seien, weil es sich bei Transithandelsgeschäften um Geschäfte handle, bei denen außerhalb des Wirtschaftsgebietes befindliche Waren durch Gebietsansässige von Gebietsfremden erworben und an Gebietsfremde weiter veräußert würden, wie sich aus § 40 Abs. 4 der Außenwirtschaftsverordnung ergebe. Aber auch dann, wenn man davon ausgehe, daß die Vorschriften des AWG und der AWV i.V.m. der Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung (Ausfuhrliste)<sup>75</sup> zur gemeinsamen Handelspolitik i.S.d. Art. 133 Abs. 1 EG gehörten, sei davon auszugehen, daß die deutschen Kontrollvorschriften nicht gegen Europarecht verstoßen. Denn die EG habe durch Erlaß der Verordnung 2603/69 EWG<sup>76</sup> von ihrer nach Art. 133 EG-Vertrag bestehenden ausschließlichen Rechtsetzungskompetenz auf dem Gebiet der gemeinsamen Handelspolitik Gebrauch gemacht. Art. 11 der Verordnung lasse Beschränkungen der Freiheit der Ausfuhr in Drittländer zu, die zum Schutz der Gesundheit, des Lebens und der Menschen oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eingeführt worden seien. Darunter falle auch der Schutz der auswärtigen Beziehungen sowie der Schutz des friedlichen Zusammenlebens der Völker<sup>77</sup>. Im Ergebnis stehe Europarecht daher den deutschen Kontrollvorschriften nicht entgegen. Dies gelte jedenfalls, soweit der Handel mit solchen Gegenständen unterbunden werden solle, die gegen das friedliche Zusammenleben der Völker eingesetzt werden könnten.

<sup>72</sup> BGBl. 1986 II, 258.

<sup>73</sup> BGBl. 1961 I, 481.

<sup>74</sup> Verordnung zur Durchführung des AWG vom 18.12.1986, BGBl. 1986 I, 2671, i.d.F. v. 22.11.1993, BGBl. 1993 I, 1934.

<sup>75</sup> BAnz. Nr. 125 sowie BT-Drs. 14/1414.

<sup>76</sup> Verordnung (EWG) Nr. 2603/69 des Rates vom 20.12.1969 zur Festlegung einer gemeinsamen Ausfuhrregelung, ABl. EG Nr. L 324, 25, zuletzt geändert durch VO (EWG) Nr. 3918/91, ABl. EG Nr. L 372 vom 31.12.1991, 31.

<sup>77</sup> Vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AWG.

66. Der VGH München stellte in seinem Beschluß vom 3.2.2000 (20 ZB 99.3675 = NVwZ 2001, 246) fest, daß die Erhebung der auf Grund von § 32 Abs. 1 Nr. 1 Nr. 13 LuftVG erlassenen Luftsicherheitsgebühr europarechtskonform ist. Art. 8 Abs. 2 der VO (EWG) Nr. 2408/92<sup>78</sup>, welche den Zugang von Luftfahrtunternehmen zu Strecken des innergemeinschaftlichen Luftverkehrs regelt, lasse in Bereichen der Sicherheit nationale Regelungen zu, ohne nähere Einzelheiten festzulegen. Danach stehe es den Mitgliedstaaten frei, einzelne Vorschriften auf dem Gebiet der Sicherheit zu treffen. Ferner sei die Erhebung der Luftsicherheitsgebühr auch nicht aus anderen Gründen gemeinschaftswidrig. Insbesondere stelle sie keine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar und zwar unabhängig von der noch nicht eindeutig geklärten Frage, ob im Verkehrswesen die Grundsätze des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 49 anwendbar seien. Wende man Art. 49 EG auf dem Gebiet des Verkehrs entsprechend an, verbiete dieser zwar nicht nur die Beseitigung sämtlicher offener Diskriminierungen von Dienstleistungserbringern, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen, die geeignet seien, die Tätigkeit von Dienstleistungserbringern zu unterbinden oder zu behindern. Doch dies führe nicht zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der deutschen Regelung. Die Zurverfügungstellung staatlicher Infrastruktureinrichtungen zur Abwicklung des Verkehrs verursache den Mitgliedstaaten Kosten, die dem Anbieter oder Benutzer von solchen Leistungen aufgebürdet werden könnten. Dies geschehe im Straßenverkehr vielfach durch Steuern (z.B. Mineralölsteuer) oder Gebühren (z.B. Autobahngeld), durch die gerade auch das Verkehrsnetz ausgebaut und unterhalten werden solle. Die Tatsache, daß das Erbringen von Verkehrsdienstleistungen Kosten verursache und diese Kosten auf den Anbieter umgelegt würden, stelle für sich keine Diskriminierung dar. So hindere Art. 72 EG beispielsweise einen Mitgliedstaat bis zum Inkrafttreten gemeinsamer Verkehrsvorschriften nicht am Erlaß von Maßnahmen, die sich für die inländischen Verkehrsunternehmen und für die Verkehrsunternehmen der anderen Mitgliedstaaten gleich ungünstig auswirken. Entsprechende Steuern und Gebühren seien nur dann unzulässig, wenn sie eine offene oder verdeckte Diskriminierung darstellen würden, was hier aber nicht der Fall sei, da alle Fluggesellschaften von der Gebühr gleich betroffen seien. Es entstehe keiner Fluggesellschaft ein Wettbewerbsvorteil bzw. -nachteil. Schließlich spreche für die Europarechtskonformität der Luftsicherheitsgebühr, daß sie bisher nicht von der Kommission nach Art. 8 Abs. 3 VO (EWG) Nr. 2408/92 beanstandet worden sei, obwohl hierzu seit 1992 die Möglichkeit bestanden hätte.

67. In zwei Entscheidungen befaßten sich deutsche Gerichte mit den Folgen des Urteils des EuGH in der Rs. *Kreil*<sup>79</sup> auf das deutsche Recht.<sup>80</sup> Das VG Leipzig vertrat in seinem Urteil vom 16.2.2000 (6 K 52/00) die Auffassung, daß die – sich

---

<sup>78</sup> VO (EWG) Nr. 2408/92 des Rates vom 23.7.1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs (Abl. EG Nr. L 240, 8).

<sup>79</sup> EuGH, Urteil vom 11.1.2000 – Rs. C-285/98, Slg. 2000, I-69 = NJW 2000, 497 – *Kreil*.

<sup>80</sup> Siehe dazu auch C. Stahn, Streitkräfte im Wandel – Zu den Auswirkungen der EuGH Urteile Sirdar und Kreil auf das deutsche Recht, EuGRZ 2000, 121.

aus dem *Kreil*-Urteil ergebende – Pflicht zur Zulassung von Frauen zur Bundeswehr weder etwas über eine Dienstverpflichtung von Frauen, noch etwas über die Aufhebung der Dienstverpflichtung von Männern nach Art. 12 a Abs. 1 GG besagt. Die vorzunehmende verfassungsrechtliche Modifikation beschränke sich nach der Entscheidung des EuGH lediglich darauf, daß Frauen hinsichtlich dieser Gegenstände nicht mehr gegen ihren Willen vom Dienst an der Waffe ausgeschlossen werden dürften. Völlig unberührt lasse die Entscheidung hingegen die bisherige Verfassungsrechtslage, wonach Frauen auf keinen Fall gegen ihren Willen zum Dienst mit der Waffe herangezogen werden dürften. Folglich sei auch die Beschränkung der Dienstverpflichtung in Art. 12 a Abs. 1 GG auf Männer nicht berührt.

Das BVerwG bestätigte dieses Ergebnis in seiner Entscheidung vom 27.12.2000 (6 B 63/00). Zusätzlich betonte es, daß die Entscheidung, Frauen in Friedenszeiten nicht zu einem Pflichtdienst heranzuziehen, auf der Wertung des Art. 12 a GG beruhe, der gleichen verfassungsrechtlichen Rang habe wie Art. 3 Abs. 2. und 3 GG und somit die Beschränkung der Wehr- und Ersatzdienstpflicht auf Männer rechtfertige, wenn man darin eine Benachteiligung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG sähe.

68. In seinem Beschluß vom 17.2.2000 (2 BvR 1210/98 = NJW 2000. 2015 = EuGRZ 2000, 175) bestätigte das BVerfG, daß die Rechtsprechung des BVerwG zur Rücknahmeabwägung und zur Nichtanwendung der Jahresfrist des § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfg bei der Rückforderung gemeinschaftswidriger Subventionen nicht gegen die Verfassungsgrundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes verstößt. Das Gericht nahm die Verfassungsbeschwerde der gegen die Rücknahme eines Subventionsbescheids klagenden Firma Alcan Deutschland GmbH gegen das letztinstanzliche Urteil des BVerwG vom 23.4.1998<sup>81</sup> nicht zur Entscheidung an und zog damit einen vorläufigen Schlußstrich unter die Debatte um die *Alcan*-Rechtsprechung des EuGH.<sup>82</sup> Das BVerwG hatte in seinem Urteil vom 23.4.1998 ausgeführt, nach der Rechtsprechung des EuGH stehe fest, daß das Gemeinschaftsrecht den Rückgriff auf die Ausschußfrist des § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfg nicht zulasse. Das Vertrauensschutzinteresse des Begünstigten trete angesichts des besonderen Gewichts des Rücknahmeinteresses grundsätzlich schon dann zurück, wenn die staatliche Beihilfe ohne Beachtung des in Art. 88 EG zwingend vorgeschriebenen Überwachungsverfahrens, also ohne die Kontrolle der EG-Kommission gewährt worden sei. Eine sichere Grundlage für das Vertrauen auf die materielle Rechtmäßigkeit der Beihilfe könne nur dann bestehen, wenn das Überwachungsverfahren als Voraussetzung der Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe eingehalten worden sei. Einem sorgfältigen Wirtschaftsunternehmen sei es regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, ob diese Voraussetzung erfüllt ist. Sei das vorgeschriebene Überwachungsverfahren nicht durchgeführt worden, so sei das Vertrauen des Beihilfeempfängers nur ausnahmsweise schutzwürdig, wenn dafür besonde-

<sup>81</sup> BVerwGE 106, 328. Siehe dazu auch Ziegler, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1998 [99], 244.

<sup>82</sup> EuGH, Urteil vom 20.3.1997, Rs. C-24/95, Slg. 1997, 1591.

re Umstände sprächen. Das BVerfG bestätigte diese Ausführungen. Es bekräftige, daß bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen neben das mitgliedstaatliche öffentliche Interesse an der Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands ein öffentliches Interesse der Europäischen Gemeinschaft an der Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsordnung trete. Dieses eigene öffentliche Interesse der Gemeinschaft müsse bei der Rücknahmeabwägung Berücksichtigung finden. Insbesondere stehe nach der Rechtsprechung des EuGH fest, daß das Gemeinschaftsrecht die Rücknahme der Beihilfe auch nach Ablauf der Jahresfrist verlange. Die Entscheidung des BVerwG, die Fristregelung nicht anzuwenden, beruhe auf dem Grundsatz, daß dem Gemeinschaftsrecht Vorrang vor dem einfachen deutschen Recht zukomme und sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Frage nach einem ausbrechenden Rechtsakt i.S.d. Maastricht-Urteils des BVerfG stelle sich nicht. Denn die Entscheidung des EuGH diene allein der Durchsetzung der in Art. 88 Abs. 2 EG ausdrücklich vorgesehenen Befugnis der Kommission, die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen anzuordnen. Sie wirke damit im Einzelfall und schaffe kein allgemeines gemeinschaftsunmittelbares Verwaltungsverfahrenrecht.

69. Der 11. Senat des VGH Baden-Württemberg entschied in seinem Urteil vom 19.4.2000 (11 S 1387/99 = NVwZ 2000, 1070), daß die als selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübte Prostitution von der Niederlassungsfreiheit bzw. der Dienstleistungsfreiheit des Europäischen Gemeinschaftsrechts erfaßt wird.<sup>83</sup> Die Niederlassungsfreiheit erstrecke sich auf die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten jeder Art sowie auf die Gründung und Leitung von Unternehmen, wobei die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat als dem Herkunftsland des Unionsbürgers auf unbestimmte Zeit erforderlich sei. Zwar fielen verbotene – insbesondere strafbare – Tätigkeiten, wie beispielsweise die illegale Tätigkeit als Drogenkurier oder -händler, nicht unter den gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Erwerbstätigkeit. Zu diesen Tätigkeiten gehöre die Prostitution jedoch nicht. Vielmehr sei die Ausübung der Prostitution als solche nach geltendem nationalem deutschem Recht auch für Ausländer grundsätzlich nicht verboten. Im ausländerrechtlichen Bereich komme dies dadurch zum Ausdruck, daß der Ausweisungstatbestand des § 10 Abs. 1 Nr. 8 AuslG vom 28.4.1965<sup>84</sup> – wonach ein Ausländer ausgewiesen werden konnte, wenn er der Erwerbsunzucht nachging – durch die Bestimmung des am 1.1.1991 in Kraft getretenen § 46 Nr. 3 AuslG ersetzt worden sei, die eine Ausweisung wegen Ausübung der Prostitution nicht mehr generell, sondern nur noch dann ermögliche, wenn der Ausländer gegen eine für deren Ausübung geltende Rechtsvorschrift oder behördliche Verfügung verstoßen habe. Auch die weiteren in Deutschland geltenden rechtlichen Regelungen gingen davon aus, daß die Ausübung der Prostitution zwar besonderen Beschränkungen unter-

---

<sup>83</sup> Noch offenlassend hingegen das Urteil des 13. Senats des VGH Baden-Württemberg vom 1.3.2000 (13 S 159/00 = InfAuslR 2000, 272).

<sup>84</sup> BGBl.1965 I, 353.

worfen werden könne, jedoch nicht allgemein strafbar oder sonst verboten sei. Ferner sei es für die Beurteilung nach dem Europäischen Gemeinschaftsrecht auch nicht erheblich, daß Prostitution (i.S.v. § 46 Nr. 3 AuslG: "Gewerbsunzucht") als sittenwidrige bzw. mit der Menschenwürde nicht zu vereinbarende und sozialwidrige Tätigkeit angesehen werde.<sup>85</sup> Vielmehr komme es allein auf den Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Betätigung an, welcher durch das sozioethische Unwerturteil über diese Tätigkeit nicht ausgeschlossen werde. Zwar habe der EuGH bisher nicht ausdrücklich festgestellt, daß Unionsbürger sich zur Ausübung der Prostitution auf die Niederlassungsfreiheit berufen könnten. Er habe jedoch in dem Urteil in der Rs. *Adoui und Cornuaille*<sup>86</sup> ausgesprochen, daß ein Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats nicht auf Grund des in Art. 39 und 46 EG enthaltenen Vorbehalts der öffentlichen Ordnung aus seinem Hoheitsgebiet entfernen oder ihnen die Einreise in sein Hoheitsgebiet verweigern dürfe, wenn dieses Verhaltens bei den eigenen Staatsangehörigen keine Veranlassung zu Zwangsmaßnahmen oder zu anderen tatsächlichen und effektiven Maßnahmen zur Bekämpfung dieses Verhaltens gebe. Darüber hinaus stellte der VGH Baden-Württemberg klar, daß es auch für das Vorliegen einer gemeinschaftsrechtlich geschützten Dienstleistung nicht erheblich sei, wie die Tätigkeit moralisch einzustufen sei. So habe der EuGH den ärztlichen Schwangerschaftsabbruch als Dienstleistung i.S.v. Art. 49 EG gewertet, und darauf hingewiesen, daß das Argument, die Vornahme einer Abtreibung könne nicht als Dienstleistung angesehen werden, da sie höchst unmoralisch sei, diese Beurteilung nicht beeinflussen könne<sup>87</sup>. Entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Beurteilung der Prostitution als Erwerbstätigkeit i.S.d. Niederlassungsfreiheit bestünden keine rechtlichen Bedenken, diese – gegen Entgelt erbrachte – Tätigkeit auch von der Dienstleistungsfreiheit erfaßt zu betrachten.

70. Das Brandenburgische OLG nahm in seinem Urteil vom 31.5.2000 (14 U 144/99 = 14 U 144/99) zur Vereinbarkeit der Sitztheorie mit europäischem Gemeinschaftsrecht Stellung (siehe aber auch die Vorlagefrage des BGH [77]). Es befand, daß die Sitztheorie mit europäischem Gemeinschaftsrecht, insbesondere der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften vereinbar ist. Durch die Entscheidung des EuGH in der Rs. *Centros*<sup>88</sup> habe sich an diesem Befund nichts geändert, weil diese Entscheidung nur die Niederlassungsfreiheit einer nach dänischem internationalem Privatrecht wirksam gegründeten ausländischen Gesellschaft betroffen habe, also entsprechend der Vorlagefrage des dänischen Gerichts von der Wirksamkeit dieser Gründung bereits ausgegangen sei. Dementsprechend habe der EuGH in dieser Entscheidung den Mitgliedstaaten die Wahl eines bestimmten Anknüpfungs-

<sup>85</sup> So aber – und von daher eine Freizügigkeit verneinend – BVerwG, Urteil vom 15.7.1980, BVerwGE 60, 284 = NJW 1981, 1168.

<sup>86</sup> EuGH, Urteil vom 18.5.1982, Rs. 115 und 116/81, Slg. 1982, 1665 = NJW 1983, 1250 – *Adoui und Cornuaille*.

<sup>87</sup> EuGH, Urteil vom 4.10.1991, Rs C-159/90, Slg. 1991, S. I-4685 – *Grogan*.

<sup>88</sup> EuGH, Urteil vom 9. 3.1999, Rs. C-212/97, Slg.1999, I-1459 = NJW 1999, 2027 – *Centros*.

punkts für das Gesellschaftsstatut nicht vorgeschrieben. Zudem habe der EuGH in seinem *Daily Mail*-Urteil<sup>89</sup> ausdrücklich darauf hingewiesen, daß hinsichtlich des Gesellschaftsrechts in den Mitgliedstaaten erhebliche Unterschiede bestünden und diese Unterschiede nicht in Frage gestellt worden seien. In dieser Entscheidung heiße es: "In einigen Staaten muß nicht nur der satzungsmäßige, sondern auch der wahre Sitz, also die Hauptverwaltung der Gesellschaft, im Hoheitsgebiet liegen; die Verlegung der Geschäftsleitung aus diesem Gebiet hinaus setzt somit die Liquidierung der Gesellschaft mit allen Folgen voraus, die eine solche Liquidierung auf gesellschafts- und steuerrechtlichem Gebiet mit sich bringt. Andere Staaten gestehen den Gesellschaften das Recht zu, ihre Geschäftsleitung ins Ausland zu verlegen, aber einige ... beschränken dieses Recht; die rechtlichen Folgen der Verlegung ... sind in jedem Mitgliedsland anders. Der EWG-Vertrag trägt diesen Unterschieden in nationalem Recht Rechnung." Damit aber stehe auch die Rechtsprechung des EuGH der Sitztheorie nicht entgegen, die allein dem schutzwürdigen Interesse der Gläubiger und Dritter gerecht werde.

71. Durch Beschluß vom 7.6.2000 (2 BvL 1/97 = BVerfGE 102, 147 = NJW 2000, 3124 = EuGRZ 2000, 328)<sup>90</sup> entschied das BVerfG über die Vorlage des VG Frankfurt vom 24.10.1996 zu der Frage, ob die Anwendung der europäischen Bananenmarktordnung in der Bundesrepublik Deutschland mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Der Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG lag die Klage verschiedener Bananimporteure gegen Beschränkungen beim Import von Drittländersbananen zugrunde. Nachdem der EuGH entschieden hatte, gegen die Gültigkeit der VO (EWG) Nr. 404/93<sup>91</sup> bestünden keine Bedenken, hatte das VG Frankfurt dem BVerfG die Frage vorgelegt, ob die Anwendung der Einfuhrregelungen für Bananen mit dem Grundgesetz zu vereinbaren ist. Das VG Frankfurt vertrat die Auffassung, die Bestimmungen der Bananenmarktordnung verletzten die klagenden Importfirmen in ihren Grundrechten auf Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG), freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) und Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG). Infolge der Bananenmarktordnung hätten die Klägerinnen ab dem 1.7.1993 ohne Übergangsregelung nur noch weniger als 50 % der zuvor eingeführten Mengen an Drittländersbananen in die Bundesrepublik Deutschland einführen können. Dies entwerte ihr Eigentum an den Betriebsanlagen und beschränke ihre Berufsausübungsfreiheit in verfassungswidriger Weise, insbesondere wegen des Fehlens einer Übergangsregelung. Die Vorlage an das BVerfG hatte das VG Frankfurt mit dem Argument begründet, die Rechtsprechung des EuGH stoße an die Grenzen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts i.S.d. Maastricht-Rechtsprechung, da sie den nach dem Grundgesetz zu gewährenden Grundrechtsschutz nicht gewährleiste, die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus dem GATT nicht wahre und einem Handeln des Gemeinschaftsgesetzgebers

<sup>89</sup> EuGH, Urteil vom 27. 9. 1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483 = NJW 1989, 2186 – *Daily Mail*.

<sup>90</sup> Vgl. dazu die Anm. von F. C. Mayer, EuZW 2000, 425 und C. Schmid, NVwZ 2001, 249.

<sup>91</sup> VO (EWG) Nr. 404/93 des Rates vom 13.2.1993 über die gemeinsame Marktordnung für Bananen, ABl. EG, Nr. L 47 vom 25.2.1993.

außerhalb oder unter Verletzung der Vorschriften des EG-Vertrags nicht entgegen-trete. Das BVerfG wies die Vorlage als unzulässig zurück. Es betonte, daß Vorlagen zu Regelungen des sekundären Gemeinschaftsrechts entsprechend Art. 100 Abs. 1 GG nur dann zulässig seien, wenn die Begründung im Einzelnen darlege, daß die gegenwärtige Rechtsentwicklung zum Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht den jeweils als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz generell nicht gewährleiste. Diesen Anforderungen genüge die Vorlage des VG Frankfurt nicht. Wie der Senat in seiner *Solange II*-Entscheidung vom 22.10.1986 (2 BvR 197/83 = BVerfGE 73, 339) festgestellt habe, übe das BVerfG seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht nicht mehr aus, solange die Europäischen Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft generell gewährleisteten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten sei. Hieran habe der Senat auch im *Maastricht*-Urteil festgehalten, wo er betont habe, daß das BVerfG seine Zuständigkeit in Kooperation mit dem EuGH ausübe. Der EuGH sei unter den Voraussetzungen, die der Senat in der *Solange II*-Entscheidung formuliert habe, auch für den Grundrechtsschutz der Bürger der Bundesrepublik Deutschland gegenüber Akten der nationalen (deutschen) öffentlichen Gewalt, die auf Grund von sekundärem Gemeinschaftsrecht ergingen, zuständig. Das BVerfG werde erst und nur dann im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit wieder tätig, wenn der EuGH den Grundrechtsstandard verlassen sollte, den der Senat in der *Solange II*-Entscheidung festgestellt habe. Diese Rechtsprechung sei durch Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG<sup>92</sup> bestätigt worden. Ein deckungsgleicher Schutz in den einzelnen Grundrechtsbereichen des Grundgesetzes durch das europäische Gemeinschaftsrecht und die darauf basierende Rechtsprechung des EuGH sei nicht gefordert. Somit seien nach wie vor Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlege, daß die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des EuGH nach Ergehen der *Solange II*-Entscheidung unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei. Die Begründung einer Richtervorlage müsse im einzelnen darlegen, daß der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet sei. Dies erfordere eine Gegenüberstellung des Grundrechtsschutzes auf nationaler und Gemeinschaftsebene in der Art und Weise, wie das BVerfG sie in der *Solange II*-Entscheidung geleistet habe. Hieran fehlt es bei der Vorlage des VG Frankfurt. Die Begründung der Vorlage beruhe auf einem Mißverständnis des *Maastricht*-Urteils und verfehle deshalb die Zulässigkeitsvoraussetzungen. Das vorliegende Gericht meine, das BVerfG übe seine Prüfungsbefugnis nach dem *Maastricht*-Urteil entgegen der *Solange II*-Entscheidung ausdrücklich wieder aus, wenn auch in Kooperation mit dem EuGH. Diese Aussage könne dem *Maastricht*-Urteil nicht entnommen werden. Ein Widerspruch zwischen den Entscheidungen *Solange II* und *Maastricht* bestehe nicht. Insbesondere habe der Senat

---

<sup>92</sup> Eingefügt durch Gesetz vom 21.12.1992, BGBl. 1992 I, 2086.

im *Maastricht*-Urteil an keiner Stelle seine Auffassung über die Abgrenzung der Rechtsprechungszuständigkeit des EuGH im Verhältnis zum BVerfG und umgekehrt aufgegeben.

72. Das OVG Münster entschied in seinem Urteil vom 30.8.2000 (9 A 5294/97 = NVwZ 2001, 691), daß sich die Zuständigkeit des EuGH für Schadensersatz aus außervertraglicher Haftung der EG nicht auf Ansprüche der EG gegen deutsche Bürger erstreckt, welche auf einem nach EG-Recht geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen. In dem Verfahren forderten der Rat und die Kommission der EG (Kläger) von dem Beklagten, einem ehemaligen Nichtvermarkter, die Rückzahlung einer Entschädigungssumme, die sie auf Grund eines Vergleichsvertrages auf der Grundlage der VO (EWG) Nr. 2187/93<sup>93</sup> gezahlt hatten. Zuvor hatten die Kläger den Vertrag mit der Begründung gekündigt, dem Beklagten sei zu Unrecht eine endgültige spezifische Anlieferungs-Referenzmenge nach der VO (EWG) Nr. 1639/91 (Slom II-Regelung)<sup>94</sup> zugeteilt worden. Die Klage war in erster Instanz als unzulässig abgewiesen worden. Das OVG Münster erachtete die Klage als unbegründet. Es stellte klar, daß – entgegen der Ansicht des VG – nicht der EuGH, sondern die nationalen Gerichte zur Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch zuständig sind. Der EuGH sei nur für die Streitsachen zuständig, für die im EG-Vertrag oder auf Grund vertraglicher Schiedsklauseln seine Zuständigkeit begründet worden sei. Insbesondere folge eine Zuständigkeit des EuGH nicht bereits daraus, daß die Gemeinschaft oder einzelne Organe der Gemeinschaft im Verfahren als Partei fungierten. Die allein in Betracht kommende Zuständigkeitsnorm des Art. 235 EG, welche eine Zuständigkeit des EuGH für Streitsachen über den in Art. 288 Abs. 2 EG vorgesehenen Schadenersatz eröffne, sei nicht erfüllt, da Art. 288 Abs. 2 EG nur den Bereich der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft und die daraus resultierenden Schadenersatzansprüche des Einzelnen gegen die Gemeinschaft betreffe. Im vorliegenden Fall gehe es aber nicht um etwaige gesetzliche Ansprüche des Beklagten gegen die EG auf Schadenersatz, sondern um einen Anspruch der Gemeinschaft bzw. hier ihrer Organe gegen den Beklagten auf Rückzahlung von zu Unrecht geleisteten Zahlungen auf Grund einer gesonderten vertraglichen Vereinbarung. Bei einer Entscheidung über diesen Rückforderungsanspruch seitens eines nationalen Gerichts werde das Entscheidungsmonopol des EuGH nach Art. 235, 288 Abs. 2 EG nicht tangiert. Denn die Frage, ob die Kläger ihre Pflichten aus dem EG-Vertrag verletzt hätten und ob deshalb dem Beklagten gesetzliche Schadenersatzansprüche gegen die EG zustehen könnten, sei nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Deshalb sei für den geltend gemachten Zahlungsanspruch gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Der Vertrag zwischen den Klägern und dem Beklagten vom 27.12.1993 sei ein nach EG-Recht öffentlich-rechtlicher Vertrag, welcher der Um-

---

<sup>93</sup> VO (EWG) Nr. 2187/93 des Rates vom 22.7.1993, ABl. EG Nr. L 196, 6.

<sup>94</sup> VO (EWG) Nr. 1639/91 des Rates vom 13.6.1991 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 857/84 über Grundregeln für die Anwendung der Abgabe gemäß Art. 5 c der VO (EWG) Nr. 804/68 im Sektor Milch und Milcherzeugnisse, ABl. EG Nr. L 150/35.

setzung der VO (EWG) Nr. 2187/93 diene. Angesichts des Umstandes, daß sich konkrete Festlegungen weder im Vertrag selbst noch in der Verordnung (EWG) Nr. 2187/93 fänden und sich bisher im EG-Recht noch keine allgemein anerkannten Verfahrensgrundsätze für die Abwicklung öffentlich-rechtlicher Verträge herausgebildet hätten, seien im vorliegenden Fall die deutschen Verfahrensgrundsätze für die Behandlung öffentlich-rechtlicher Verträge nach §§ 54 ff. VwVfG anzuwenden.

73. In seinem Urteil vom 27.9.2000 befand das OVG Münster (5 A 4916/98 = DÖV 2001, 217), daß das Verbot von Laserspielen in einem Laserdrome, bei denen Menschen zum Objekt simulierter Tötungshandlungen gemacht werden, mit der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist. Das Gericht begründete seine Auffassung damit, daß unterschiedslose Hemmnisse für den freien Dienstleistungsverkehr bzw. die freie Niederlassung nach der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls dann zulässig seien, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt seien. Dies sei in Bezug auf laserbetriebene Kampfspiele der Fall, bei denen simulierte Tötungshandlungen den Hauptgegenstand öffentlich veranstalteter Unterhaltungsspiele darstellten. Denn durch das Verbot derartiger Spiele solle der Abbau von Hemmschwellen im Bereich von Gewalt- und Tötungsdelikten verhindert werden. Das Verbot diene damit dem vorbeugenden Schutz gegen Gewaltdelikte und gehöre zu den Anliegen der Sozialpolitik und Verbrechensbekämpfung, die vom EuGH als zwingende Gründe des Allgemeininteresses angesehen worden seien. Ferner bestehe in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ein allgemeiner Konsens über die hinter dem Verbot stehenden Werte und Normen, nämlich die Menschenwürde, das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie das staatliche Gewaltmonopol. Unterschiedlich werde lediglich die Frage beurteilt, in welcher Art und Weise Gewaltdelikte vorbeugend bekämpft werden sollten. Insoweit habe der EuGH den Mitgliedstaaten jedoch Ermessen darüber eingeräumt, wie weit sie in ihrem Gebiet den Schutz der Sozialordnung ausdehnen wollten. Dem jeweiligen Mitgliedstaat obliege deshalb die Beurteilung, ob es im Rahmen des angestrebten Ziels notwendig sei, die in Rede stehende Variante des Laserspiels zu verbieten. Allein der Umstand, daß ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt habe, habe keinen Einfluß auf die Beurteilung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit des Verbots, das allein im Hinblick auf die von den jeweiligen nationalen Stellen verfolgten Ziele und das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen sei.

74. In seinem Urteil vom 12.10.2000 (III R 35/95 = BFHE 193, 204 = NVwZ 2001, 715) mußte sich der BFH mit der Frage auseinandersetzen, ob die rückwirkende Absenkung von steuerrechtlichen Beihilfen nach Feststellung ihrer Unvereinbarkeit mit EG-Recht verfassungsrechtlich zulässig ist. Der Kläger hatte am 23.7.1993 für im Laufe des Jahres 1992 angeschaffte Wirtschaftsgüter eine Investitionszulage von 12 % auf der Grundlage des Investitionszulagengesetzes für Berlin-West von 1991 beantragt. Nachdem die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung vom 31.7.1992 im Hauptprüfverfahren nach Art. 88 Abs. 2 EG jedoch festgestellt hatte, daß eine Investitionszulage von mehr als 8 % unzulässig ist, war

der Investitionszulagensatz durch Art. 13 des Verbrauchssteuer-Binnenmarktgesetzes (VerbrBinmG)<sup>95</sup> rückwirkend, d.h. mit Wirkung für das 1. Halbjahr 1992, auf 8 % gesenkt worden. Der Kläger wehrte sich gegen die Festsetzung seiner Investitionszulage durch das Finanzamt nach Maßgabe der in Art. 13 VerbrBinmG 8 % und machte geltend, das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der vom deutschen Gesetzgeber erlassenen Gesetze erscheine jedenfalls für kleinere und mittlere Unternehmen selbst bei einem Verstoß gegen die Notifizierungsverpflichtung nach Art. 88 Abs. 3 EG als schützenswert. Auch überragende Gründe des Gemeinwohls könnten eine echte Rückwirkung der gesetzlichen Änderungen nicht rechtfertigen, da die Notwendigkeit gemeinschaftstreuen Verhaltens bisher vom BVerfG nicht als dem Gemeinwohl dienender Grund anerkannt worden sei. Der BFH wies die Revision als unbegründet zurück. Er führte aus, die Änderung des InvZulG 1991 a.F. durch das VerbrBinmG verstoße nicht gegen die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Rückwirkung von belastenden Gesetzen. Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab für die Beurteilung rückwirkender Gesetze sei das aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Rechtsstaatsprinzip. Die Rechtslage bei der rückwirkenden Änderung des InvZulG 1991 durch Art. 13 VerbrBinmG sei ähnlich wie bei der rückwirkenden Ersetzung einer ungültigen oder verfassungswidrigen Norm durch den Gesetzgeber. Der Änderung des InvZulG 1991 sei die Entscheidung der Kommission vom 31.7.1992 vorausgegangen, mit der diese u.a. festgestellt habe, daß die von der Bundesrepublik nach §§ 3 S. 1 Nr. 1, 5 Nr. 1 und 11 Abs. 2 InvZulG 1991 a.F. gewährte Investitionszulage unter Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 EG in Kraft gesetzt worden sei und primäres Gemeinschaftsrecht verletzte, soweit der Zulagensatz mehr als 8 % betrage. Diese Entscheidung der Kommission sei bestandskräftig geworden, da weder die Bundesrepublik noch ein von der Entscheidung unmittelbar und individuell betroffener Steuerpflichtiger innerhalb der Klagefrist des Art. 230 Abs. 5 EG Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 Abs. 4 EG beim EuGH erhoben hätten. Stünden nationale Beihilfavorschriften indes im Widerspruch zu unmittelbar in den Mitgliedstaaten der EU geltenden Bestimmungen der EG, komme den primären Gemeinschaftsrechtsnormen Vorrang zu vor nationalem Recht. Deshalb sei der deutsche Gesetzgeber verpflichtet gewesen, das InvZulG 1991 in dem von der Kommission festgestellten Umfang, d.h. rückwirkend zu ändern. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gewährleiste im Beihilfenrecht u.a., daß es einem durch Wettbewerbsverzerrungen betroffenen Mitgliedstaat oder der Kommission ermöglicht werde, vor dem EuGH den gemeinschaftswidrig handelnden Staat wegen Vertragsverletzung zu verklagen. Wegen des Risikos eines Klageverfahrens bei Nichtbeachtung der Kommissionsentscheidung sei die rückwirkende Änderung des InvZulG 1991 durch Art. 13 VerbrBinmG auch aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls geboten. Ein Betroffener sei nicht rechtsschutzlos, obwohl er die Bestandskraft der Kommissionsentscheidung hinnehmen müsse, die zu der rückwirkenden Änderung des InvZulG 1991 durch Art. 13 VerbrBinmG geführt habe. Das Verbot der echten

---

<sup>95</sup> BGBl. I 1992, 2150.

Rückwirkung, das der Kläger gegen die rückwirkende Änderung des InvZulG 1991 geltend mache, finde seinen Grund und seine Grenze im Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. Deshalb sei das mitgliedstaatliche öffentliche Interesse an der Wiederherstellung eines mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbaren Zustands in Bezug auf das InvZulG 1991 a.F. zusammen mit dem öffentlichen Interesse der EG an der Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsordnung abzuwägen gegen Vertrauensschutzgesichtspunkte des Klägers. Doch seien im vorliegenden Fall keine durchschlagenden Vertrauensschutzgesichtspunkte zugunsten des Klägers erkennbar. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG entfalle auch bei einer echten Rückwirkung das schutzwürdige Vertrauen in den Bestand der bisherigen gesetzlichen Regelung in der Regel schon im Zeitpunkt des endgültigen Gesetzesbeschlusses des Deutschen Bundestages über die Neuregelung. Zwar sei im Streitfall der Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages über die Änderung des InvZulG 1991 a.F. erst nach dem ersten Halbjahr 1992 gefaßt worden, doch könne selbst vor der Entscheidung der Kommission über die Rechtmäßigkeit der Beihilfen kein verfassungsrechtlich geschütztes Vertrauen entstehen, sobald der Bundesminister der Finanzen die Einleitung eines Hauptprüfungsverfahrens durch die Kommission wegen der Beihilfen mitgeteilt habe und er deshalb angeordnet habe, die Beihilfen abweichend vom Gesetz nur noch in geringerer Höhe zu gewähren. Dies sei am 17.2.1992, d.h. noch vor Antragstellung des Klägers vom 23.7.1993 geschehen. Das BVerfG gewähre angesichts der Ankündigung einer rückwirkenden Gesetzesänderung durch die Bundesregierung sogar dann keinen Vertrauensschutz für die Betroffenen mehr, wenn die Bundesregierung zunächst einen späteren Anfangszeitpunkt für die Rückwirkung beschlossen habe, der Gesetzgeber den Beginn der Rückwirkung aber auf den Beschluss der Bundesregierung verlegt habe. Ähnlich müsse der Vertrauensschutz für die Betroffenen mit dem Zeitpunkt der Ankündigung des zuständigen Bundesministers entfallen, daß wegen der Einleitung eines Hauptprüfungsverfahrens durch die Kommission eine rückwirkende Gesetzesänderung geboten sein könne und daher das geltende Gesetz nur noch in der Fassung der möglicherweise gebotenen Änderung angewendet werden dürfe.

75. Das LG Frankfurt entschied in seinem Urteil vom 9.12.2000 (2-03 0 366/00 = CR 2001, 185), daß weder das nach deutschem Recht zulässige Verbot des gewerblichen Versandhandels mit Arzneimitteln, noch das Verbot, für den Online-Versand von Arzneimitteln zu werben, gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, weil es für einen wirksamen Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen notwendig ist. Das Gericht betonte, daß ein möglicher Verstoß gegen Art. 28 EG jedenfalls nach Art. 30 EG gerechtfertigt sei, der Einfuhr- und Durchfuhrbeschränkungen zum Schutz der Gesundheit und des menschlichen Lebens zulasse. Der Kammer sei nicht ersichtlich, wie unter den derzeit gegebenen rechtlichen Voraussetzungen der Schutz der öffentlichen Gesundheit auf weniger einschneidende Weise als durch das Verbot des gewerblichen Versandhandels erreicht werden könne. Zwar sei der Kammer bewußt, daß das deutsche Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln via Internet möglicherweise nicht für alle Zukunft aufrechterhalten werden könne.

Denkbar sei es, den Versandhandel mit Medikamenten in eingeschränktem Umfang zuzulassen und durch Rechtsvorschriften genaue Vorgaben für derartige Versandhandelstatbestände zu machen, die auch strenge Qualitätskontrollen beinhalten müßten. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt sei das gewerbliche Versandhandelsverbot jedoch noch erforderlich. Durch das Verbot solle in erster Linie sichergestellt werden, daß dem Endverbraucher beim Kauf eines Arzneimittels die Möglichkeit einer persönlichen und qualifizierten Beratung durch einen Apotheker zur Verfügung stehe. Hierfür stelle das Versandhandelsverbot eine geeignete Maßnahme dar. Beim Versand von Arzneimitteln aus Apotheken könne der Schutz der menschlichen Gesundheit nicht ebenso gut gewährleistet werden wie bei der Übergabe des Arzneimittels in den Apothekenbetriebsräumen. Die persönliche Beratung, welche ein Patient in der Apotheke erfahre, sei von anderer Qualität als die Beratung, die im Rahmen des Internethandels angeboten werde. Insbesondere sei dem Kunden im Rahmen der persönlichen Beratung möglich, sofort Rückfragen zu stellen, während er beim Kauf in der Internetapotheke versucht sei, Fragen auf sich beruhen zu lassen und das Medikament einzunehmen, ohne mögliche Bedenken vorher abgeklärt zu haben. Ferner sei der Medikamentenmißbrauch bei der Bestellung von Arzneimitteln via Internet leichter möglich als beim Kauf des Medikaments in den Apothekenräumen. Hinzu komme, daß bei dem Versand von Arzneimitteln, welche die Internetapotheke aus Kostengründen häufig aus dem Ausland beziehe, nicht gewährleistet sei, daß der deutsche Kunde zu dem von ihm bestellten Medikament einen Beipackzettel erhalte, der die notwendigen Informationen in deutscher Sprache enthalte. Dies wiederum erhöhe die Gefahr des Arzneimittelfehlgebrauchs. Auch berge der Versandhandel im Hinblick auf Durchführung der notwendigen Kontrollen betreffend die Haltbarkeit, Lagerungsfähigkeit und sonstige Qualitätsmerkmale Risiken in sich, die beim Verkauf in den Apothekenräumen nicht einträten. Schließlich stehe einem wirksamen Gesundheitsschutz auch die Tatsache entgegen, daß beim Versand von Medikamenten aus dem EU-Ausland teilweise in Deutschland nicht zugelassene Medikamente eingeführt würden. Nicht umsonst erlaube § 73 Abs. 3 AMG nur ganz ausnahmsweise die Einfuhr von in Deutschland nicht zugelassenen Medikamenten durch Apotheken, sofern sie auf Einzelbestellung von Patienten und Ärzten beruhen.

## 2. Vorabentscheidungsverfahren

76. Das BVerwG stellte in seinem Urteil vom 10.11.2000 (3 C 3/00 = BVerwGE 112, 166 = DVBl. 2001, 380) klar, daß ein Revisionsverfahren, das gleiche Fragen des Gemeinschaftsrechts aufwirft wie ein beim EuGH anhängiges Vertragsverletzungsverfahren, auch ohne gleichzeitige Vorlage an den EuGH entsprechend § 94 VwGO ausgesetzt werden kann. Das Gericht betonte, daß § 234 Abs. 3 EG das nationale Gericht zwar im Regelfall verpflichte, den EuGH zur Klärung einer entscheidungserheblichen und zweifelhaften Frage des Gemeinschaftsrechts anzurufen. Doch im Einklang mit der Praxis anderer oberster Bundesgerichte sei es zuläs-

sig und sachgerecht, den Rechtsstreit auszusetzen, ohne zugleich eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs einzuholen, falls die entscheidungserheblichen gemeinschaftsrechtlichen Fragen bereits Gegenstand eines beim EuGH anhängigen Vertragsverletzungsverfahrens seien. Die erneute Anrufung in einem Vorlageverfahren belaste den EuGH zusätzlich, ohne daß davon irgendein zusätzlicher Erkenntniswert zu erwarten wäre. Zudem bestünde die Gefahr, daß sich durch ein weiteres Vorlageverfahren die Beantwortung der entscheidungserheblichen gemeinschaftsrechtlichen Fragen sogar hinauszögern könnte. Unter diesen Umständen verbiete der Grundsatz der Prozeßökonomie die Anrufung des EuGH durch das BVerwG. Der Anspruch der Beteiligten auf eine zügige Rechtsschutzgewährung werde nicht beeinträchtigt, da durch einen Vorlagebeschluß eine schnellere Beantwortung der gemeinschaftsrechtlichen Fragen jedenfalls nicht erreichbar sei. Auch die alleinige Entscheidungskompetenz des EuGH nach Art. 234 Abs. 3 EG werde durch ein solches Vorgehen nicht berührt.

77. Mit Beschluß vom 30.3.2000 (VII ZR 370/98 = EuZW 2000, 412) legte der 7. Zivilsenat des BGH dem EuGH im Anschluß an das *Centros*-Urteil eine Vorlagefrage darüber vor, nach welchem Recht sich die Rechts- und Parteifähigkeit einer im EG-Ausland wirksam gegründeten Gesellschaft nach Sitzverlegung in die Bundesrepublik Deutschland beurteilt. Insbesondere für den Fall einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung von im Ausland gegründeten Gesellschaften sei es umstritten, ob die in Art. 43, 48 EG garantierte Niederlassungsfreiheit der Anknüpfung an deren tatsächlichen Verwaltungssitz entgegenstehe. Der Rechtsprechung des EuGH könne die Entscheidung dieser Frage nicht eindeutig entnommen werden. Im *Daily Mail*-Urteil habe der Gerichtshof ausgeführt, Gesellschaften könnten von ihrer Niederlassungsfreiheit durch Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften sowie dadurch Gebrauch machen, daß sie ihr Kapital vollständig auf eine neu gegründete Gesellschaft übertragen. Sie hätten im Gegensatz zu natürlichen Personen jenseits ihrer jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität. Der Vertrag habe die kollisionsrechtlichen Unterschiede im Recht der Mitgliedsstaaten hingenommen und die Lösung der damit verbundenen Probleme zukünftiger Rechtsetzung vorbehalten. Im *Centros*-Urteil hingegen habe der Gerichtshof die Weigerung einer dänischen Behörde beanstandet, die Zweigniederlassung einer Gesellschaft im Handelsregister einzutragen, die im Vereinigten Königreich nach den dortigen Bestimmungen wirksam gegründet worden war. Es sei lebhaft umstritten, welche Folgerungen aus dieser Entscheidung für die Anknüpfung im Falle einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung zu ziehen seien. Im deutschen Schrifttum herrsche die Ansicht vor, der Gerichtshof habe mit diesem Urteil eine Abkehr von den Grundsätzen der *Daily Mail*-Entscheidung vollzogen und die Sitzanknüpfung für unvereinbar mit der Niederlassungsfreiheit erklärt. Es fänden sich aber auch Stimmen, die dem Urteil jedenfalls für den Fall grenzüberschreitender Sitzverlegung keine Abkehr von den Grundsätzen der *Daily Mail*-Entscheidung entnehmen könnten. Dementsprechend halte der Senat eine Vorlagefrage an den EuGH für erforderlich.