

Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1972

Übersicht

(for an English Version of this Survey see below)

I. Völkerrecht und Landesrecht (1—3)

1. Vertragliches Völkerrecht: innerstaatliche Geltung — 2. Völkerrechtlicher *ordre public* — 3. Verfassungsbeschwerde gegen Zustimmungsgesetz: einstweilige Anordnung.

II. Staat und Regierung (4)

Immunität.

III. Jurisdiktion (5—10)

1. Gebietshoheit — 2. Personalhoheit — 3. Anerkennung ausländischer Hoheitsakte — 4. *Acts of State*: Überprüfung fremden Rechts.

IV. Staatsangehörigkeit (11—13)

V. Fremdenrecht (14—18)

1. Aufenthalts- und Niederlassungsrecht — 2. Asylrecht — 3. Rechte der Ausländer.

VI. Flüchtlinge (19)

VII. Auslieferung (20—22)

VIII. Verträge (23—24)

1. Auslegung — 2. Rückwirkung.

IX. Deutsche Demokratische Republik (25)

Survey

I. The Relationship between International Law and Municipal Law (1—3)

1. Law of international treaties — 2. International public order — 3. Judicial remedies against municipal laws transforming international treaties; preliminary injunction.

II. State and Government (4)

Immunity.

III. Jurisdiction (5—10)

1. Territorial jurisdiction — 2. Personal sovereignty — 3. Recognition of acts of foreign States — 4. Acts of State: Review of foreign law.

IV. Nationality (11—13)

V. Legal Status of Aliens (14—18)

1. Law of residence — 2. Law of asylum — 3. Individual rights of aliens.

VI. Refugees (19)

VII. Extradition (20—22)

VIII. International Treaties (23—24)

1. Interpretation — 2. Retroactive validity.

IX. Legal Status of the German Democratic Republic (25)

Vorbemerkung*)

Der folgende Bericht über Stellungnahmen von Gerichten der Bundesrepublik Deutschland zu völkerrechtlichen Fragen schließt sich an den für das Jahr 1971¹⁾ an. Die Rechtsprechung zu einzelnen Verträgen ist wie bisher nur insoweit einbezogen, als sie zugleich allgemeines Völkerrecht oder wichtige Kollektivverträge oder allgemein bedeutsame Fragen der westeuropäischen Kollektivverträge (MRK, EG-Verträge)²⁾ betrifft. Der Bericht erfaßt auch wichtige Rechtsprechung zum nationalen Recht, soweit es sich um völkerrechtsrelevante Fragen (Staatsangehörigkeit, Überprüfung fremden Rechts an Hand des Grundgesetzes usw.) handelt.

*) **Abkürzungen:** A = Verträge der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. vom Auswärtigen Amt, Serie A: Multilaterale Verträge, mit Bandzahl vor und Nr. des Vertrags hinter dem A; AS = Amtliche Sammlung; AuslG = Ausländergesetz vom 28. 4. 1965, BGBl. III, 2600—1; BayObLG = Bayerisches Oberlandesgericht; BayVGH = Bayerischer Verwaltungsgerichtshof; BFH = Bundesfinanzhof; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896, RGBl. I, 604; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH = Bundesgerichtshof; BSozG = Bundessozialgericht; BT-Drs. = Bundestagsdrucksache; BVerfG = Bundesverfassungsgericht; BVerfGG = Bundesverfassungsgerichtsgesetz; BVerwG = Bundesverwaltungsgericht; DAG = Deutsches Auslieferungsgesetz vom 23. 2. 1929, RGBl. I, 239; DDR = Deutsche Demokratische Republik; DÖV = Die Öffentliche Verwaltung; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; E = Entscheidungen (des BVerfG, des BVerwG, des BFH, des BSozG oder des OVG Berlin); EG = Europäische Gemeinschaften; EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; GewA = Gewerbearchiv; GG = Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; IPR = Internationales Privatrecht; KG = Kammergericht (Berlin); MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht; MRK = Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950, BGBl. 1952 II, 686, 2 A 20; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; OLG = Oberlandesgericht; OVG = Oberverwaltungsgericht; RGBl. = Reichsgesetzblatt; RuStAG = Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz; RVO = Reichsversicherungsordnung; St = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; StAZ = Das Ständesamt; VerwRspr. = Verwaltungsrechtsprechung; Z = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen.

¹⁾ Albert Bleckmann, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1971, ZaöRV Bd. 32 (1972), S. 583. Vgl. auch Hugo J. Hahn, Deutsche Rechtsprechung 1945—1950, ZaöRV Bd. 14 (1951), S. 252 ff.; Fritz Münch, — 1951—1957 (Teil A) ZaöRV Bd. 20 (1959), S. 186 ff., (Teil B) ZaöRV Bd. 21 (1961), S. 511 ff., (Teil C) ZaöRV Bd. 22 (1962), S. 729 ff.; Christian Tomuschat, — 1958—1965 (Teil A) ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 48 ff., (Teil B) *ibid.*, S. 646 ff.; Albert Bleckmann, — 1966—1968, ZaöRV Bd. 31 (1971), S. 271 ff.; — 1969—1970, ZaöRV Bd. 32 (1972), S. 71 ff.

²⁾ Vgl. hierzu die ständige Berichterstattung des Verfassers in den Cahiers de droit européen.

I. Völkerrecht und Landesrecht

1. Vertragliches Völkerrecht: innerstaatliche Geltung

1. Nach dem Beschluß des OLG Hamm vom 18. 4. 1972 (OLGZ 1972, 375 = FamRZ 1972, 380 = NJW 1972, 1629 = StAZ 1972, 345) ist das Haager Übereinkommen über den Schutz Minderjähriger durch das Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG in ein innerstaatliches Gesetz transformiert worden.

2. Völkerrechtlicher *ordre public*

2. Nach dem Urteil des BGH vom 22. 6. 1972 (Z 59, 83) ist der Gegenstand eines See-Gütervertrags über die Ausfuhr von Kulturgut aus einem Staat, der diese Ausfuhr zum Schutze seines nationalen Kunstbesitzes verboten hat, nicht versicherbar, weil der Vertragszweck gegen die guten Sitten verstoße. Zwar sei das ausländische Verbotsgesetz im Inland nicht unmittelbar verbindlich. Auch könne es nicht insofern, als mittelbar auch deutsche Interessen geschützt werden, zur Anwendung des § 138 BGB³⁾ führen (so BGHZ 34, 169, 177), denn es schütze als solches nur Interessen des Ursprungslandes. Die Umgehung eines solchen Schutzgesetzes müsse aber, da sie dem nach heutiger Auffassung allgemein zu achtenden Interesse aller Völker an der Erhaltung von Kunstwerken an Ort und Stelle zuwiderlaufe, als verwerflich betrachtet werden. Die UNESCO habe es bereits im Jahre 1964 durch ihre Generalkonferenz als notwendig bezeichnet, den Schutz des kulturellen Erbes der Völker auf internationaler Ebene durch enge Zusammenarbeit wirkungsvoll zu gestalten. Auf der 16. Tagung ihrer Generalkonferenz in Paris im Jahre 1970 habe die UNESCO ausgesprochen, daß jeder Staat sich in zunehmendem Maße der Verpflichtung bewußt sein müsse, sein kulturelles Erbe und das aller Nationen zu achten. Ferner habe die Generalkonferenz erklärt, die unzulässige Ausfuhr von Kulturgut stehe der Verständigung der Nationen im Wege. Sie habe daher ein internationales Übereinkommen zu diesem Zweck angenommen⁴⁾ und ihren Mitgliedstaaten zugeleitet. Für die Bundesrepublik sei es zwar noch nicht verbindlich. Die Beratungen der UNESCO und die Annahme des Übereinkommens durch die Generalkonferenz ergäben aber deutlich, daß die für die inter-

³⁾ § 138 Abs. 1 BGB lautet: »Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig«.

⁴⁾ Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Records of the General Conference, Sixteenth Session, vol. 1, Resolutions, S. 135.

ationale kulturelle Zusammenarbeit zuständige Organisation die Ausfuhr von Kulturgut entgegen den Verboten eines Staates seit langem als gemeinschädliches und die Verständigung zwischen den Nationen hinderndes Verhalten auffasse. Sie halte die Zeit für gekommen, diese Überzeugung in ein verbindliches internationales Übereinkommen zu kleiden. In diesem Übereinkommen sollten die Vertragsstaaten anerkennen, daß die unzulässige Einfuhr, Ausfuhr oder Übereignung von Kulturgut eine der Hauptursachen für die Verarmung der Ursprungsländer an kulturellem Erbe bedeute und daß die internationale Zusammenarbeit eines der wirksamsten Mittel zum Schutz des Kulturguts jedes Landes gegen alle sich daraus ergebenden Gefahren darstelle. In der Völkergemeinschaft bestünden hiernach bestimmte grundsätzliche Überzeugungen über das Recht jedes Staates auf den Schutz seines kulturellen Erbes und über die Verwerflichkeit von Praktiken, die es beeinträchtigen und die bekämpft werden müssen. Die Ausfuhr von Kulturgut verdiene daher im Interesse der Wahrung der Anständigkeit im internationalen Verkehr mit Kunstgegenständen keinen bürgerlich-rechtlichen Schutz, auch nicht durch die Versicherung einer Beförderung, durch die Kulturgut aus dem von der ausländischen Rechtsordnung beherrschten Gebiet dem seiner Sicherung dienenden Ausfuhrverbot zuwider ausgeführt werden soll. Die in früherer Zeit übliche und geduldete Mißachtung des Wunsches anderer Völker, im Besitz ihrer Kunstschätze zu bleiben oder sie selbst zu verwerten, könne nicht zum Maßstab des nach heutiger Auffassung mit den guten Sitten Verträglichen gemacht werden.

3. Verfassungsbeschwerde gegen Zustimmungsgesetz: einstweilige Anordnung

3. Das BVerfG (Beschluß vom 22. 5. 1972, E 33, 195) entschied über Anträge im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde, durch einstweilige Anordnung die Verkündung des Gesetzes zu dem Vertrag vom 12. 8. 1970 zwischen der BRD und der UdSSR (BT-Drs. VI/3156) und des Gesetzes zu dem Vertrag vom 7. 12. 1970 zwischen der BRD und der Volksrepublik Polen über die Grundlagen der Normalisierung der gegenseitigen Beziehungen (BT-Drs. VI/3157) und die Ratifizierung dieser Verträge (Texte: ZaöRV Bd. 31, S. 150 ff., 156 ff.) auszusetzen. Ebenfalls die Ratifizierung des deutsch-polnischen Vertrags auszusetzen, war Gegenstand des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde, über den das BVerfG am 31. 5. 1972 (E 33, 232) entschied. Alle Anträge wurden mit etwa gleichen Begründungen abgewiesen: Vertragsgesetze nach Art. 59 Abs. 2 GG seien mit Verfassungsbeschwerde anfecht-

bar. In einem solchen Verfahren könne auch eine einstweilige Regelung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG begehrt werden. Deren Voraussetzungen seien nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG unter Anlegung eines strengen Maßstabs zu prüfen. Besonders wichtige Gründe des Gemeinwohls müßten den Aufschub des Inkrafttretens eines Gesetzes erfordern. Dies gelte besonders, wenn es sich um Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen von hoher politischer Bedeutung handle. In diesem summarischen Verfahren könne die Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Maßnahme selbst nicht Gegenstand der Prüfung sein. Deshalb habe grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, ob die von den Antragstellern vorgebrachten Gesichtspunkte geeignet seien, die Verfassungswidrigkeit dieser Gesetze zu begründen. Das BVerfG habe nur abzuwägen, welche Folgen eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht ergehe, die Verfassungsbeschwerde aber Erfolg habe, gegenüber den Folgen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde (BVerfGE 25, 367, 369 f.).

Diese Abwägung ergebe folgendes: Die allgemeine politische Bedeutung der Ostverträge stehe außer Zweifel. Die Entscheidung, die Verträge alsbald in Kraft treten zu lassen, stehe zunächst den zum politischen Handeln berufenen Organen der Bundesrepublik zu. Die Bundesregierung und die gesetzgebenden Körperschaften gingen ersichtlich davon aus, daß eine Verzögerung des Inkrafttretens der Verträge erhebliche außenpolitische Nachteile für die Bundesrepublik mit sich bringen könne. Dieser Beurteilung könne das BVerfG im Wege einer einstweiligen Anordnung nur dann entgegenreten und sie durch eine eigene rechtliche Würdigung ersetzen, wenn zwingende Gründe des Gemeinwohls das Hinausschieben des Inkrafttretens der Verträge evident erforderten. Solche Gründe seien nicht ersichtlich.

II. Staat und Regierung

I m m u n i t ä t

4. Der BFH (14. 1. 1972, E 104, 376) untersuchte, ob im Eigentum des Bundes stehende, von den Stationierungstreitkräften benutzte Grundstücke von der deutschen Grundsteuer befreit seien. Dies könne nur nach dem Grundsteuergesetz beurteilt werden. Die Tatsache, daß der Grundbesitz von den Stationierungstreitkräften auf Grund völkerrechtlicher Verträge genutzt werde, sei für diese Frage nur dann von Bedeutung, wenn in diesen völkerrechtlichen Verträgen, die durch die Ratifizierung innerdeutsches Recht geworden seien, die Grundsteuerfreiheit ausdrücklich geregelt worden wäre. Das sei jedoch nicht der Fall. Es sei vielmehr in Art. 7 Abs. 3 des Fi-

nanzvertrags ausdrücklich bestimmt worden, daß die BRD in Bezug auf die unentgeltlich überlassenen Vermögensgegenstände »die nach deutschem Recht etwa bestehende Verpflichtung des Eigentümers zur Entrichtung von Grundsteuern« erfüllen wird.

III. Jurisdiktion

1. Gebietshoheit

5. Der Große Senat des BSozG hatte sich in seinem Beschluß vom 21. 12. 1971 (E 33, 280 = NJW 1972, 1685) mit der Frage zu befassen, ob die RVO Witwenrentenabfindungen bei Auslandsaufenthalt ausschließe. Er führte u. a. aus, die völkerrechtliche Regel, an die das innerstaatliche Recht gemäß Art. 25 GG gebunden und nach der die Vornahme staatlicher Hoheitsakte auf dem Gebiet eines anderen Staates verboten ist, sofern nicht der andere Staat die Vornahme des Hoheitsaktes gestattet hat oder sich sonst aus dem allgemeinen oder besonderen Völkerrecht eine Rechtfertigung für einen solchen Eingriff ergibt (vgl. K. Vogel, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm* [1965], S. 342), stehe im vorliegenden Fall der Erfüllung von Ansprüchen aus § 1302 RVO in das Ausland nicht entgegen. Die Entstehung eines Anspruchs auf Witwenrentenabfindung bei einer im Ausland lebenden Person und die nachfolgende Auszahlung dieser Abfindung bedürfe keiner Vornahme eines staatlichen Hoheitsaktes, sondern nur der Einholung von Unterlagen, die auch von Privatpersonen angefordert werden könnten.

Die Entscheidung untersucht dann das sozialversicherungsrechtliche Territorialitätsprinzip, das nach der älteren Literatur die Versicherungssysteme der einzelnen Staaten voneinander abgrenze. Ursprünglich sollten mit diesem Grundsatz für Arbeitnehmer, die zwischen den Systemen wechseln, Doppelversicherungen und Versicherungslücken ausgeschlossen werden. Die Versicherungspflicht knüpfe deshalb nicht an die Staatsangehörigkeit des Versicherungsnehmers, sondern an den Beschäftigungsort im Inland an. Diese Abgrenzung sei durch das völkerrechtliche Territorialitätsprinzip gerechtfertigt, das es ausschließe, eine Versicherungspflicht für im Ausland tätige Arbeitnehmer zu begründen. Das gelte aber nicht für Leistungen der deutschen Sozialversicherungsträger ins Ausland. Überdies gebe es ohne solche Leistungen keine Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Diese Freizügigkeit verdiene aber Förderung. Sie entspreche der modernen Entwicklung des engeren Zusammenschlusses der Staaten und damit der Entscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, wie sie in seiner Präambel und in den Art. 24—26 zum Ausdruck komme.

6. In seinem Urteil vom 28.4.1972 (DVBl. 1973, 83 = MDR 1972, 494) hat der BGH ausgeführt, auch eine im Jahre 1946 ausgesprochene Enteignung eines Unternehmers in der sowjetisch besetzten Zone durch die sowjetische Besatzungsmacht wirke infolge des Territorialitätsprinzips nicht über die Grenzen der sowjetischen Besatzungszone. Das gelte auch, wenn die Enteignung Reparationsansprüche befriedigen solle. Auch dabei handle es sich völkerrechtlich gesehen um eine Enteignung. Grundsätzlich erfasse die Enteignung Forderungen dann, wenn der Schuldner seinen Wohnsitz oder die schuldende Gesellschaft ihren Sitz in dem betreffenden Staat habe. Dieser Grundsatz gelte aber nicht ausnahmslos. Handle es sich bei dem Schuldner um eine Gesellschaft, die früher in der DDR ihren Sitz hatte, aber in Westdeutschland Vermögen besaß und jetzt dort ihre Tätigkeit weiterführe, sei die Forderung vielmehr nicht enteignet worden. Es komme also nicht auf die Belegenheit der Forderung, sondern darauf an, ob auf Vermögen außerhalb des enteignenden Staates zugegriffen werden solle (BGHZ 23, 333, 336).

2. Personalhoheit

7. Das OVG Münster (Beschuß vom 12.7.1972, DÖV 1972, 788 = GewA 1972, 313) schließt sich der Auffassung an, daß § 3 AuslG⁵⁾ die deutsche Verwaltungsbehörde grundsätzlich nicht berechtige, einen gültigen ausländischen Paß einzuziehen oder sicherzustellen. Die Einziehung und Sicherstellung eines gültigen ausländischen Passes sei ein völkerrechtlich unzulässiger Eingriff in die Paßhoheit des fremden Staates, der das Dokument ausgestellt habe. Denn die Ausstellung eines Passes an einen Staatsangehörigen gehöre zur Personalhoheit des Heimatstaates, die der Aufenthaltsstaat nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen zu achten habe (BayVGH 8.3.1967, DÖV 1967, 826; Weißmann, AuslG 1966, Anm. 4 a zu § 4 AuslG). Diese allgemeinen Regeln des Völkerrechts seien gemäß Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts und gingen den Gesetzen vor. Nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn sich der Ausländer der deutschen Paßhoheit unterstelle, könne möglicherweise die Einziehung eines ausländischen Passes in

⁵⁾ § 3 des Ausländergesetzes vom 28.4.1965 (BGBl. III, 2600 — 1) lautet:

»(1) Ausländer, die in den Geltungsbereich dieses Gesetzes einreisen, sich darin aufhalten oder aus ihm ausreisen wollen, müssen sich durch einen Paß ausweisen. Der Bundesminister des Innern kann in besonderen Einzelfällen Ausnahmen zulassen. Bestehen Zweifel über die Person oder die Staatsangehörigkeit des Ausländers, so können erkennungsdienstliche Maßnahmen auch gegen den Willen des Ausländers durchgeführt werden.

(2) Der Bundesminister des Innern kann durch Rechtsverordnung

1. Ausländer, deren Rückübernahme gesichert ist, vom Paßzwang befreien,
2. andere amtliche Ausweise als Paßersatz einführen oder zulassen«.

Frage kommen. Der Ausländer unterstelle sich dann der deutschen Paßhoheit, wenn er auf seinen Antrag einen deutschen Fremdenpaß oder Flüchtlingsausweis erhalte oder wenn bei einem Erwerb der deutschen die frühere Staatsangehörigkeit verloren gehe.

3. Anerkennung ausländischer Hoheitsakte

8. Nach Ansicht des BVerwG (2. 2. 1972, VerwRspr. Bd. 24, Nr. 60, S. 289) regelt das Europäische Übereinkommen vom 14. 12. 1959 über die akademische Anerkennung von akademischen Graden und Hochschulzeugnissen (BGBl. 1969 II, 2057) nur die Führung derjenigen akademischen Grade, die in den Vertragsstaaten, den Mitgliedern des Europarats, erworben wurden. Das Europäische Übereinkommen zwingt die Bundesländer auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 GG zu einer Gleichbehandlung der akademischen Grade aller ausländischen Staaten. Es sei sachlich gerechtfertigt, das in dem Übereinkommen vorgesehene vereinfachte und erleichterte Anerkennungsverfahren auf die Vertragsstaaten zu beschränken, die ihrerseits für die deutschen akademischen Grade die gleichen Erleichterungen gewähren.

9. Das Urteil des BVerwG vom 19. 11. 1971 (E 39, 77) stellt erneut (vgl. BVerwGE 27, 222) fest, daß das Gesetz über die Führung akademischer Grade vom 7. 6. 1939 (RGl. I, 985) mit dem GG vereinbar ist. Das Gericht läßt offen, ob das Gesetz mit der Genehmigungspflicht in ein verfassungsrechtlich oder auch nur gewohnheitsrechtlich begründetes Recht zur Führung eines ausländischen Grades auch im Inland eingreift oder mit der Genehmigung ein Recht zur Führung des Grades überhaupt erst einräumt. Denn die Genehmigungspflicht entspreche dem GG auch dann, wenn das Gesetz in Art. 2 Abs. 1 GG⁶⁾ eingreife. Sie sei nach Inhalt, Gegenstand und Zweck hinreichend bestimmt und zur Sicherung des Gesetzeszwecks auch erforderlich.

4. *Acts of State*: Überprüfung fremden Rechts

10. Nach dem Beschluß des BGH vom 20. 12. 1972 (Z 60, 68 ff., 78 f. = FamRZ 1973, 138 = MDR 1973, 390 = NJW 1973, 417) ist im Rahmen des Art. 30 EGBGB dem Geltungsanspruch der Grundrechte zu genügen. Dasselbe gelte für die in Art. 1 des Haager Minderjährigenschutz-

⁶⁾ Art. 2 Abs. 1 GG lautet: »Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt«.

abkommens⁷⁾ enthaltene *ordre public*-Klausel. Wie das BVerfG in seinem Beschluß vom 4. 5. 1971 (E 31, 58)⁸⁾ ausgeführt habe, sei die *ordre public*-Klausel als »Einbruchsstelle« der Grundrechte in das IPR zu verstehen. Doch lasse sich noch nicht ohne weiteres sagen, daß im Einzelfall eine (mittelbar bewirkte) Grundrechtsverletzung vorliege, wenn der die Einzelentscheidung tragende Maßstab aus der Sicht des Grundrechts anstößig sei. Für die Frage, ob der deutsche *ordre public* durchgreife, sei, worauf der erkennende Senat in BGHZ 54, 132, 140, hingewiesen habe, nicht eine rein abstrakte oder generelle Prüfung der in Betracht kommenden ausländischen Norm vorzunehmen. Vielmehr komme es darauf an, ob und wieweit das Grundrecht in Bezug auf den konkreten Sachverhalt Geltung beanspruche, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Gleichstellung anderer Staaten und der Eigenständigkeit der Rechtsordnungen. Darauf habe mit Recht das BVerfG in der genannten Entscheidung hingewiesen. Es habe damit einem allgemein anerkannten, internationalprivatrechtlichen Grundsatz Rechnung getragen, dessen Einhaltung auch ein Gebot völkerrechtskonformer Handhabung des innerstaatlichen Rechts sein dürfte. Demgemäß könne eine mittelbar bewirkte Grundrechtsverletzung nicht allein daraus hergeleitet werden, daß das nach dem Haager Minderjährigenschutzabkommen anzuwendende ausländische Recht andere Normen über die elterliche Gewalt nach der Scheidung enthalte, die nicht wie § 1671 BGB der Gleichstellung von Mann und Frau genügen. In Fällen mit Auslandsberührung müsse auf die Internationalisierbarkeit des Privatrechts Rücksicht genommen werden. Dabei komme es wesentlich mit auf die im Einzelfall bestehenden Inlandsbeziehungen an. Seien alle Beteiligten Ausländer gleicher Staatsangehörigkeit, so sei die Nichtanwendung eines nach ihrem Heimatrecht bestehenden elterlichen Gewaltverhältnisses vom deutschen *ordre public* her im allgemeinen nicht zu verlangen. Sie würde für sie zu einer unnötigen Aufoktroierung fremden Rechts führen. Seien nur einzelne Beteiligte Ausländer, so müsse der Besonderheit der gegebenen Rechtslage Rechnung getragen werden. So sei zu berücksichtigen, daß die strikte Anwendung des Grundsatzes umfassender Gleichberechtigung von Mann und Frau die Rechtsstellung des oder der ausländischen Beteiligten schmälern könne. Der Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter stehe dann das Interesse des Ausländers an der Beibehaltung und Anwendung seines Heimatrechts gegenüber. Besitze nur ein

⁷⁾ Übereinkommen vom 5. 10. 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (BGBl. 1971 II, 217).

⁸⁾ Vgl. ZaöRV Bd. 32 (1972), S. 601.

Ehegatte die deutsche Staatsangehörigkeit, so müsse der gewöhnliche Aufenthalt der Familie auf deutschem Boden deshalb noch nicht ohne weiteres das Recht auf Durchsetzung der vollen Gleichberechtigung von Mann und Frau nach sich ziehen. Vielmehr erscheine in solchem Falle eine Anpassungsregelung geboten und auch mit dem Grundrecht der Gleichberechtigung der Geschlechter vereinbar, wenn sie in sachgerechter Weise das Zusammentreffen der durch die beiderseitigen Heimatrechte bedingten unterschiedlichen Rechtsfolgen löse und im Einzelfall zu einem tragbaren Ergebnis führe. Eine solche Anpassungsregelung zu schaffen, sei nicht zuletzt auch die Aufgabe zwischenstaatlicher Verträge. Wäre der deutsche Gesetzgeber gehalten, diesen Verträgen nur dann seine Zustimmung zu geben, wenn sie die strikte Einhaltung der Gleichberechtigung der Geschlechter vorsehen, dann würde das ein erhebliches Hemmnis für den Abschluß internationaler Verträge auf familienrechtlichem Gebiet bedeuten. Denn in vielen Staaten sei auf dem Gebiet des Familienrechts nicht eine umfassende Gleichberechtigung von Mann und Frau rechtens, wie sie seit dem 1. 4. 1953 in der BRD besteht. Der Abschluß der Staatsverträge, der in Respektierung der Rechtsordnung des anderen Vertragspartners eine vernünftige Anpassungsregelung schaffen solle, könne aber nicht die volle Durchsetzung des eigenen Rechts verwirklichen; er könne nur einen Kompromiß zwischen den Rechtssystemen der verschiedenen Staaten darstellen. Die völkerrechtliche Bindung, die mit der Ratifizierung des Staatsvertrags eingegangen werde, würde daher durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden verfassungsrechtlichen Vorbehalt, alle der vollen Gleichberechtigung der Geschlechter nicht entsprechenden Normen auf Grund des deutschen *ordre public* außer Anwendung zu lassen, wieder aufgehoben. Damit wäre die Möglichkeit, auf diesem Gebiet staatsvertraglich Abgrenzungs- oder Anpassungsregeln zu schaffen, in beträchtlichem Umfang behindert oder ausgeschlossen. Auch das müsse dazu führen, die vertraglich anerkannten ausländischen Normen, d. h. die für den Einzelfall maßgebenden Regelungsmaßstäbe, nicht generell auf ihre Übereinstimmung mit dem GG zu überprüfen, sondern es auf die Zumutbarkeit und Tragbarkeit des Anwendungsergebnisses abzustellen. Hierfür würden allerdings die Sachgerechtigkeit der Kollisionsregelung und der Inhalt der danach berufenen ausländischen Sachnormen sowie andererseits der Umfang der Inlandsbeziehungen von Bedeutung sein.

Zum Problem der Überprüfung fremden Privatrechts am Maßstab der deutschen Grundrechte vgl. in der Berichtsperiode ferner BGH 19. 4. 1972 (FamRZ 1972, 360 = NJW 1972, 1619 = StAZ 1972, 227), OLG Hamm 13. 1. 1972 (OLGZ 1972, 341) und OLG Karlsruhe 6. 12. 1972 (NJW 1973, 425).

IV. Staatsangehörigkeit

11. Nach dem BVerwG⁹⁾ legte in der Berichtsperiode auch der BGH (Beschluß vom 20.2.1972, Z 60, 68 ff., 82 ff. = FamRZ 1973, 138 = MDR 1973, 390 = NJW 1973, 417) dem BVerfG die Frage vor, ob Art. 4 Abs. 1 RuStAG insofern Art. 3 GG verletze, als es dem ehelichen Kind einer Deutschen die deutsche Staatsangehörigkeit nur dann verleihe, wenn es sonst staatenlos würde. Allerdings stünden beim Erwerb der Staatsangehörigkeit des Kindes dessen Interessen und nicht die der Eltern unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung im Vordergrund. Das Kind leite seine Staatsangehörigkeit auch nicht von den Eltern ab, sondern es erwerbe sie originär kraft öffentlichen Rechts; die Abstammung vom Vater sei in § 4 Abs. 1 Satz 1 RuStAG nur als Anknüpfungspunkt gewählt (M a k a r o v, Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht, Kommentar [2. Aufl. 1971], S. 274; Seifert, DOV 1963, 772). Aber eben diese Anknüpfung oder Nichtanknüpfung an die Staatsangehörigkeit eines der Elternteile berühre auch das Rechtsverhältnis der Eltern zu dem Kind und damit auch das Verhältnis ihrer beiderseitigen Rechte und Pflichten. Ob die doppelte Staatsangehörigkeit des Kindes überwiegend Nachteile für das Kind mit sich bringe, möge dahinstehen. Das Ergebnis der Abwägung der Vor- und Nachteile könne nicht den Ausschlag geben. Im Zweifel müsse es für ein in Deutschland lebendes Kind einer deutschen Mutter als ein Vorteil angesehen werden, auch die deutsche Staatsangehörigkeit zu besitzen. Dann stelle es sich aber für die Mutter in einer gemischtnationalen Ehe als eine Benachteiligung gegenüber ihrem Ehemann dar, wenn ihr gemeinsames eheliches Kind nur die Staatsangehörigkeit des Mannes erwerbe.

12. Das Urteil des BVerwG vom 24. 6. 1971 (E 38, 224 ff., 229) legt Art. 116 Abs. 1 GG¹⁰⁾ dahin aus, daß Deutscher auch ein Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit ist, der die zur Zeit unter fremder Verwaltung stehenden Teile des Reichsgebiets von 1937 verlassen mußte.

13. Dem Urteil des BVerwG vom 14. 12. 1972 (MDR 1973, 431 = NJW 1973, 417) lag folgender Sachverhalt zugrunde: Dem Kläger war auf Grund seines Einbürgerungsantrags 1952 von der zuständigen Behörde mit-

⁹⁾ Vgl. ZaöRV Bd. 32 (1972), S. 605.

¹⁰⁾ Art. 116 Abs. 1 GG lautet: »Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat«.

geteilt worden, sein Antrag sei gegenstandslos, weil er schon die deutsche Staatsangehörigkeit besitze. In der Folgezeit wurde er von den Behörden der BRD stets als Deutscher behandelt. 1965 lehnte die zuständige Behörde dagegen seinen Antrag auf Feststellung der deutschen Staatsangehörigkeit ab, weil er nicht Deutscher sei. Der Kläger berief sich darauf, ihm könne mit Rücksicht auf sein schutzwürdiges Vertrauen die Feststellung der deutschen Staatsangehörigkeit nicht verweigert werden. Das BVerwG gab dem Kläger recht. Im vorliegenden Fall seien die allgemeinen Grundsätze über die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte anzuwenden. Gerieten im Einzelfall die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einerseits und des Vertrauensschutzes andererseits in Widerstreit, so sei deshalb im Wege einer sachgerechten Güterabwägung darüber zu befinden, welchem Grundsatz der Vorrang gebühre. Zwar sei das Interesse an der Herstellung gesetzmäßiger Zustände auf dem Gebiete des Staatsangehörigkeitsrechts besonders wichtig. Angesichts der weitreichenden Folgen, die Besitz oder Nichtbesitz einer Staatsangehörigkeit nach sich zögen, und der möglichen Betroffenheit auch anderer Staaten bedürfe dies keiner näheren Darlegung. Dieses Interesse sei aber nicht derart zu verstehen, daß es einer Abwägung gegenüber dem schutzwürdigen Vertrauen eines Einzelnen von vornherein entzogen wäre. Eine solche Auffassung würde die grundsätzliche Gleichwertigkeit verkennen, die das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Prinzip der Gewährleistung der Rechtssicherheit, die für den Bürger in erster Linie Vertrauensschutz bedeuten, im Rechtsstaatsbegriff des GG beanspruchen. Auch auf dem Gebiete des Staatsangehörigkeitsrechts könne das Interesse an der Wiederherstellung eines gesetzmäßigen Zustands keinen »blinden« Vorrang fordern. Zwar wird ihm der Vorrang in aller Regel zuzuerkennen sein, zumal zumeist die Möglichkeit bestehe, unzumutbaren Auswirkungen durch eine nachfolgende Einbürgerung zu begegnen. Aber in besonders gelagerten Ausnahmefällen müsse es hinter dem zu gewährenden Vertrauensschutz zurückstehen. Einen solchen Ausnahmefall nimmt das BVerwG hier an.

V. *Fremdenrecht*

1. Aufenthalts- und Niederlassungsrecht

Die deutschen Verwaltungsgerichte nehmen in ständiger Rechtsprechung¹¹⁾ an, der in Art. 6 GG und Art. 8 MRK verankerte Schutz der Ehe

¹¹⁾ Vgl. ZaöRV Bd. 32 (1972), S. 606.

und Familie verbiete die Ausweisung eines Ausländers, wenn die Ausweisung zu einer Trennung des Ausländers von seiner deutschen Ehefrau und seinen Kindern führe. Allerdings habe die Frau die bürgerlich-rechtliche Pflicht, ihrem Ehemann mit den Kindern ins Ausland zu folgen, wenn dies nicht unzumutbar sei. Dabei kommen die Entscheidungen regelmäßig zu dem Ergebnis, daß die Ausreise zumutbar sei. Diese Rechtsprechung wurde in der Berichtsperiode durch zwei Entscheidungen durchbrochen:

14. Das OVG Münster (Urteil vom 4. 10. 1972, GewA 1973, 108) führte aus, das in Art. 74 Nr. 4 GG verfassungsrechtlich verankerte Souveränitätsrecht des Staates, Fremde aufzunehmen und abzuweisen, unterstelle Ausländer in Fragen des Inlandaufenthalts einer Sonderregelung und sei mit dem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG abzuwägen. Wenn dem deutschen Ehegatten der Aufenthalt im Ausland nicht zumutbar sei und Tatsachen dafür vorlägen, daß durch die Trennung der Eheleute der Bestand der Ehe und Familie gefährdet sei, müsse das öffentliche Interesse an der Ausweisung mit dem Interesse an der Erhaltung der Ehe abgewogen werden. Es sei heute nicht mehr davon auszugehen, daß von einer Deutschen erwartet werde, sie müsse ihrem Ehemann in aller Regel ins Ausland folgen. Es komme vielmehr darauf an, ob dies im Einzelfall zumutbar sei. Im konkreten Fall verneint das Gericht die Zumutbarkeit. Das Interesse am Bestand der Ehe wird bei der Abwägung höher gestellt als das Interesse an der Ausweisung; auch zahlreiche Verurteilungen des Ausländers führten nicht zu seiner Ausweisung.

15. Das OVG Berlin hatte in seinem Urteil vom 14. 7. 1972 (NJW 1972, 2195) zu entscheiden, ob die Ablehnung der Approbation eines griechischen Arztes, der mit einer Deutschen verheiratet ist und 13 Jahre in der Bundesrepublik ärztlich tätig war, rechtswidrig ist. Das Gericht führte aus, § 3 Abs. 3 Bundesärzteordnung (BÄO) in der Fassung vom 4. 2. 1970 (BGBl. I, 237), der beim Vorliegen besonderer Einzelfälle die Erteilung der Approbation an Ausländer gestattet, wolle die Approbation ausländischer Ärzte verhindern. Der Vorrang Deutscher in der Berufswahl, der in Art. 12 GG zum Grundrecht verfestigt worden sei, beruhe auf einem Staatsverständnis, das den Staat als Zweckverband seiner eigenen Staatsangehörigkeit begreife. Primär solle der Staat die Bedürfnisse der eigenen Bevölkerung sichern, Ausländerinteressen träten demgegenüber zurück. Die in § 3 Abs. 3 BÄO zugelassenen Ausnahmen seien mithin eng auszulegen. Hierbei dürfe indessen nicht übersehen werden, daß die deutsche Ehefrau und wohl auch die beiden Kinder (vgl. den Vorlagebeschluß des BVerwG zur Fragwürdigkeit der Ableitung der Staatsangehörigkeit der Kinder allein von der des Vaters in DVBl. 1971, 861) in die vorrangig zu schützenden nationalen In-

teressen einbezogen seien. Dem lasse sich nicht entgegenhalten, daß der deutschen Ehefrau und ihren Kindern in der Regel zuzumuten sei, dem ausländischen Partner in dessen Heimatland zu folgen. Die These von der Folgepflicht der deutschen Frau sei überholt. Schon vor dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundsatzes, als allein dem Manne die Wohnsitzwahl zustand, habe die Frau den Wohnsitz des Mannes nicht geteilt, wenn dieser seinen Wohnsitz im Ausland an einem Ort begründe, an den die Frau ihm nicht folgte und zu folgen nicht verpflichtet war. Der Gleichberechtigungsgrundsatz habe diese Rechtslage nicht zu Lasten der Frau verschoben. Nach deutschem IPR stehe das Wohnsitzbestimmungsrecht den Eheleuten gemeinsam zu, selbst wenn das Heimatrecht des Klägers eine andere Regelung treffen sollte. Von der familienrechtlichen Wohnsitzbestimmung zu trennen sei die öffentlich-rechtliche Frage, ob die Behörden die Wohnsitzwahl des Klägers und seiner Ehefrau hinzunehmen hatten. Für die Ehefrau des Klägers gebe Art. 11 GG die Antwort; hiernach habe die Ehefrau als Deutsche Bleiberecht in der Bundesrepublik. Diese führe zu aufenthaltsrechtlichen Sicherheiten des Klägers. Über das Band der Eheschließung leite er aus dem Freizügigkeitsrecht seiner Ehefrau die Befugnis ab, an ihrer Seite dort leben zu dürfen, wo ihr der Aufenthalt nicht streitig gemacht werden könne. Auf die Einbürgerungserleichterungen nach § 9 RuStAG in der Fassung der Novelle vom 8. 9. 1969 (BGBl. I, 1581) könne der Kläger nicht verwiesen werden. Für die Anwendung des § 3 Abs. 3 BAO sei dieser Gesichtspunkt sachfremd. Auch mit Ermessenserwägungen ließe sich die Versagung der Approbation nicht rechtfertigen. Als griechischer Staatsangehöriger nehme der Kläger an den Vergünstigungen des auch für Griechenland geltenden Europäischen Niederlassungsabkommens vom 13. 12. 1955 (BGBl. 1959 II, 997) und des deutsch-griechischen Niederlassungs- und Schifffahrtsvertrages vom 18. 3. 1960 (BGBl. 1962 II, 1505) teil. Wenn auch beide Verträge die Ausübung des Ärzteberufs den Beschränkungen des nationalen Rechts unterstellten, so seien doch nach Art. 14 Nr. 2 des Europäischen Übereinkommens »einzelne Ausnahmen von den geltenden Vorschriften in dem Umfang zuzulassen, in dem (die innerstaatliche) Gesetzgebung es gestattet«. Nach Maßgabe der genannten völkerrechtlichen Vertragspflichten sei das Ermessen des Beklagten gebunden. Zusätzliche Ermessensbindungen träten dadurch ein, daß dem Kläger vor und nach Eheschließung die Erlaubnis zur vorübergehenden Ausübung der ärztlichen Tätigkeit ständig verlängert worden sei. Offenbar sei der Beklagte davon ausgegangen, daß der Kläger nicht nur vorübergehend in Westberliner Krankenhäusern tätig sein sollte. Selbst für die Zeit nach 1975 schließe der Beklagte die Verlängerung der provisorischen Berufsausübung nicht aus. Gegenüber einer

auf unabsehbare Zeit ausgerichteten Tätigkeit aber erscheine es nicht an­gängig, der letzten Konsequenz der ständigen Berufserlaubnis auszuweichen.

2. Asylrecht

16. Unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des BVerfG (E 9, 174, 180) führte das BVerwG (Urteil vom 26. 10. 1971, E 39,27 = MDR 1972, 351) aus, Ungarn gehöre zu den Staaten, in denen zur Durchsetzung und Sicherung politischer und gesellschaftlicher Umwälzungen die Staatsgewalt in einer Weise eingesetzt werde, die den Grundsätzen freiheitlicher Demokratie widerspreche. Die Bestrafung wegen Republikflucht diene dem Zweck, die politische Herrschaft des Kommunismus in Ungarn zu sichern. Sie sei nicht vergleichbar mit Strafen, durch die auch in Rechtsstaaten dem unerlaubten Grenzübertritt gewehrt werde. Es handle sich folglich um eine politische Bestrafung.

17. Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 AuslG darf ein Ausländer u. a. nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist. Nach Satz 2 gilt diese Einschränkung für einen Ausländer nicht, der aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit anzusehen ist oder der eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens rechtskräftig verurteilt wurde. Das OVG Rheinland-Pfalz (Urteil vom 16. 5. 1972, AS 12, 363, 365) prüfte, ob diese Vorschrift, die dem Art. 33 Abs. 2 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. 7. 1951 (BGBl. 1953 II, 559) nachgebildet ist und die für die Asylberechtigten in § 44 Abs. 2 AuslG ihrem Inhalt nach wiederholt wird, mit Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG in Einklang steht. Danach genießen politisch Verfolgte Asylrecht, ohne daß diese Verfassungsbestimmung eine ausdrückliche Ermächtigung zu der hier in Rede stehenden Einschränkung enthält. Eine solche Beschränkung dieses Grundrechts lasse sich entgegen der Auffassung des BayObLG (DVBl. 1964, 588) auch weder unmittelbar aus Art. 33 der Genfer Konvention noch aus den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts herleiten. Denn es unterliege keinem Zweifel, daß der nationalstaatliche Verfassungsgeber nicht gehindert sei, dem politisch Verfolgten über das allgemeine oder vertragliche Völkerrecht hinausgehende Rechte einzuräumen. Die hier zu entscheidende Frage könne deshalb nur vom Verfassungsrecht selbst her beantwortet werden. Dabei sei anerkannt, daß zwar der Gesetzgeber ein Grundrecht nicht durch einfaches Gesetz in seinem sachlichen Gehalt einschränken könne. Mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung seien jedoch andere

mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte ausnahmsweise imstande, auch uneingeschränkte Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen (BVerfGE 28, 243, 260). Von daher würde sich hier die Frage stellen, ob nicht das im GG verankerte Sozialstaatsprinzip über Art. 18 GG hinaus in den Fällen verfassungsrechtliche Grenzen für die Wahrnehmung des Asylrechts enthalte, in denen sie zu einer unmittelbaren Bedrohung des sozialen Zusammenlebens und damit letztlich auch zu einer Kollision mit den Grundrechten Dritter führe. Indessen bedürfe diese Problematik hier keiner Vertiefung. Es sei nämlich mit dem BVerwG (E 4, 235 und 238) davon auszugehen, daß das Grundrecht des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG schon von seiner Anlage her, d. h. auch unabhängig von seiner Stellung innerhalb der Wertordnung des GG, begrenzt sei. Der Verfassungsgeber habe dem Staat eine über die Grundsätze, wie sie in der Genfer Konvention niedergelegt worden sind, hinausgehende Verpflichtung nicht auferlegen wollen. Das im GG verankerte Asylrecht stehe deshalb im Einzelfall einer Abschiebung des Ausländers in seinen Heimatstaat auch bei Gefahr einer politischen Verfolgung dann nicht entgegen, wenn es sich um einen gefährlichen Rechtsbrecher handle, der auf andere Weise nicht außer Landes gebracht werden könne.

3. Rechte der Ausländer

18. Nach § 159 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Bundesbeamtengesetzes ruhen die Versorgungsbezüge eines Beamten, der die deutsche Staatsangehörigkeit verloren hat. Das BVerwG (15. 12. 1971, E 39, 174 = VerwRspr. Bd. 24, S. 306) sieht hierin keinen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 GG. Denn der Gesetzgeber könne die Eingehung des Beamtenverhältnisses davon abhängig machen, daß Beamter grundsätzlich nur sein kann, wer selbst der Gemeinschaft, deren Sachwalter und Treuhänder er ist, angehöre. Auch im Ruhestand daure dieses besondere Dienst- und Treueverhältnis an. Es gebe keinen hergebrachten Grundsatz des Beamtentums des Inhalts, daß eine beamtenrechtliche Versorgungsanwartschaft oder ein beamtenrechtlicher Versorgungsanspruch ohne Rücksicht auf den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit ungeschmälert erhalten bleibt. Auch das Völkerrecht sei nicht verletzt.

VI. Flüchtlinge

19. Das Namensänderungsgesetz vom 5. 1. 1938 (BGBl. III Nr. 401—1) gilt nach seinem § 1 für deutsche Staatsangehörige und solche Staatenlose, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des Gesetzes haben. Das BVerwG (Urteil vom 29. 9. 1972, E 40, 353) hat hei-

matlose Ausländer mit fremder Staatsangehörigkeit den Staatenlosen insofern gleichgestellt.

VII. Auslieferung

20. Der BGH (Beschluß vom 17. 2. 1972, St 24, 307 = NJW 1972, 1013) führte aus, der Grundsatz der Spezialität, wie er in § 6 DAG und in Art. 15 des deutsch-italienischen Auslieferungsvertrags vom 12. 6. 1942 (RGL. 1943 II, 73) niedergelegt sei, begründe unmittelbar nur für die beteiligten Staaten, nicht aber für die einzelnen Staatsangehörigen und die einzelnen Verfolgten Rechte und Pflichten (vgl. auch BGHSt 18, 218). Deswegen habe ein aus Deutschland bereits ausgelieferter Verfolgter, bezüglich dessen die Behörden des ausländischen Staates um die nachträgliche Zustimmung zur Strafverfolgung, Strafvollstreckung oder Weiterlieferung auch wegen einer weiteren Tat nachsuchen, keinen aus dem Grundsatz der Spezialität herzuleitenden Anspruch darauf, daß er nochmal gehört wird, ehe die für die Nachtragsbewilligung zuständige deutsche Behörde über das Nachtragsersuchen befinde.

Das DAG bestimme für die deutschen Behörden, unter welchen Voraussetzungen einem ausländischen Ersuchen um Auslieferung, nachträgliche Bewilligung der Auslieferung oder sonstige Rechtshilfe in Strafsachen entsprochen werden dürfe. Diese Voraussetzungen könnten durch Vertrag zwischen der BRD und einem ausländischen Staat abweichend (einschränkend oder erweiternd) geregelt werden und seien vielfach abweichend geregelt worden. Sei ein solcher Vertrag im deutschen Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz erhoben worden, so seien die deutschen Behörden an den Vertrag, auch soweit er vom DAG abweiche, gebunden.

Wenn also auch in den einzelnen Auslieferungs- und Rechtshilfeverträgen die Frage, unter welchen Voraussetzungen die von dem ersuchenden Staat beantragte Auslieferung usw. bewilligt werden muß oder abgelehnt werden kann, maßgeblich geregelt werden kann und dies vielfach geschehen ist, sind in den einzelnen Verträgen nur wenige Bestimmungen darüber getroffen, in welchem Verfahren die Behörden des ersuchten Staates über die Frage der Bewilligung der Rechtshilfe zu entscheiden haben. Es liege an sich fern, daß sich die vertragschließenden Staaten gegenseitig auf diese Weise hinsichtlich ihres innerstaatlichen Verfahrens hätten binden wollen. Nur soweit dieser Wille aus dem einzelnen Auslieferungs- oder Rechtshilfevertrag klar hervorgehe, könne und müsse aus diesem Vertrag in Verbindung mit der Tatsache, daß er in dem vertragschließenden Staat Gesetzeskraft erlangt habe, gefolgert werden, daß dieser Staat auch hinsichtlich seines innerstaatlichen Verfahrens an die Vorschriften des Vertrags gebunden sei. Wenn

und soweit eine solche Bindung der BRD durch einen Auslieferungs- oder Rechtshilfevertrag zu verneinen sei, hätten die deutschen Behörden und Gerichte die sonst allgemein für sie geltenden Verfahrensvorschriften zu beachten.

21. Das KG (Beschluß vom 16. 6. 1972, NJW 1972, 1634) hat festgestellt, nach Maßgabe von Art. 1 Abs. 2 und in sinngemäßer Anwendung von Art. 14 15 Abs. 3 des deutsch-italienischen Auslieferungsvertrags vom 12. 6. 1942 (RGBl. 1943 II, 73) sei auch bei einer freiheitsentziehenden Sicherungsmaßregel (Arbeitshaus) nur die Auslieferungsfähigkeit der zugrunde liegenden Straftaten zu prüfen, nicht aber die übrigen, nach italienischem Recht erforderlichen Voraussetzungen. Der Umstand, daß nach dem 1. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. 6. 1969 (BGBl. I, 645) die Zulässigkeit der Unterbringung von Straftätern in ein Arbeitshaus aufgehoben worden sei und bereits angeordnete Unterbringungen ihre Wirkung verloren hätten, bedeute nicht, daß nunmehr nach deutschem Recht die »Strafvollstreckung wegen der Tat« unzulässig sein würde, also ein Versagungsgrund nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b des deutsch-italienischen Auslieferungsvertrags gegeben wäre. Anders könne es nur sein, wenn die in Betracht kommende Maßregel selbst gegen übergeordnete, von allen Rechtsstaaten anerkannte Grundsätze verstoßen würde.

22. Der BGH (Beschluß vom 17. 2. 1972, St 24, 297 = NJW 1972, 1015) schließt sich der wörtlich zitierten Ansicht des KG an, Art. 12 des deutsch-schweizerischen Auslieferungsvertrags vom 24. 1. 1874 (RGBl. 1878, 113, 120) müsse so ausgelegt werden, daß die »Rechtshilfe in Strafsachen« auch Taten erfasse, die nach neuerem deutschen Recht nur Ordnungswidrigkeiten darstellen. Denn zur Zeit des Vertragsschlusses seien auch die Ordnungswidrigkeiten Straftaten gewesen. Der Wille der Parteien sei dahin gegangen, gegenseitige Rechtshilfe im gesamten Bereich des kriminellen wie des polizeilichen Unrechts jedenfalls so weit zu leisten, als sich beide Rechtsordnungen im Bestand der strafbewehrten Unrechtstatbestände entsprochen hätten. Es erscheine allerdings unsicher, ob die schweizerische Regierung dieser Auslegung folgen werde. Damit stelle sich das Problem der Gegenseitigkeit. Seit dem Erlaß des DAG sei die Gegenseitigkeit eine innerdeutsche Voraussetzung der Rechtshilfe. Nach bisher herrschender Ansicht habe diese Tatsache auch Folgen für den Rechtshilfeverkehr auf vertraglicher Grundlage. Enthielten ältere zwischenstaatliche Verträge wie hier Art. 12 des Vertrags mit der Schweiz die Bestimmung, daß erbetene Rechtshilfeleistungen unter bestimmten Voraussetzungen verweigert werden können, so sei diese Klausel seit Erlaß des DAG stets so ausgelegt worden, daß in den in Betracht kommenden Fällen die Rechtshilfe deutscherseits verweigert

werden muß; denn da beim Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen im umgekehrten Fall die Gegenseite nicht verpflichtet sei, Rechtshilfe zu leisten, sie vielmehr nach ihrem Ermessen die Hilfe ablehnen könne, sei die Gegenseitigkeit nicht verbürgt. Schon früh sei aber erkannt worden, daß die streng dogmatische Handhabung des Gegenseitigkeitsprinzips zu einer unangemessenen Beschränkung der Entschließungsfreiheit der Regierung führen könne in Fällen, in denen es aus politischen Erwägungen erwünscht oder sogar notwendig wäre, die erbetene Rechtshilfe zu leisten. So habe denn auch die BRD in einer Anzahl neuerer Rechtshilfeverträge den strengen Gegenseitigkeitsgrundsatz jedenfalls für den kleinen Rechtsverkehr aufgegeben und es in bestimmten Fällen in das Ermessen der deutschen Gerichte und Behörden gestellt, ob sie im Bereich der sonstigen Rechtshilfe in Strafsachen die von dem fremden Staat beehrte Rechtshilfe leisten wollen. Die deutschen Gerichte und Behörden seien dann nicht an den in § 41 DAG verankerten Grundsatz der Gegenseitigkeit gebunden und dürfen die erbetene Rechtshilfe leisten, wenn sie es für zulässig, unbedenklich und vielleicht sogar wünschenswert halten. Auch das für die BRD noch nicht in Kraft getretene Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. 4. 1969 (bei Grützn er, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Anm. III 2) mache in Art. 2 die Rechtshilfe nicht von der Verbürgung der Gegenseitigkeit abhängig. Schließlich halte auch der Kommissionsentwurf eines Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen für den sonstigen Rechtshilfeverkehr in Strafsachen nicht mehr am Gegenseitigkeitsgrundsatz fest. Diese Entwicklung zeige deutlich, daß die Verbürgung der Gegenseitigkeit trotz § 41 Abs. 1 DAG für den Bereich der kleinen Rechtshilfe in Strafsachen nicht mehr für so wesentlich gehalten werde, daß nicht auch auf sie verzichtet werden könne. Es sei nicht einzusehen, inwiefern die Interessen der BRD geschädigt werden könnten, wenn sie in geeigneten Fällen auch ohne Rechtspflicht und ohne Verbürgung der Gegenseitigkeit Rechtshilfe leiste, soweit der maßgebende Vertrag dies in ihr Ermessen stelle. Im Hinblick auf diese Rechtsentwicklung bestehe keine Notwendigkeit mehr und auch kein vernünftiger Anlaß, für diejenigen Verträge, die vor Erlaß des DAG geschlossen worden seien, eine grundsätzlich andere Auffassung zu vertreten, als für die später geschlossenen Verträge. Es könne vielmehr davon ausgegangen werden, daß nach dem Stande der neueren Rechtsentwicklung § 41 Abs. 1 DAG, wonach die Gegenseitigkeit verbürgt sein muß, auch für diejenigen Fälle keine Geltung mehr beanspruchen kann, in welchen die Leistung der sonstigen Rechtshilfe in Strafsachen in zwischenstaatlichen, vor dem Inkrafttreten des DAG geschlossenen Verträgen in das Ermessen des ersuchten Staates gestellt worden ist.

VIII. Verträge

1. Auslegung

23. Der BGH (Urteil vom 21. 12. 1972, Z 60, 92 = NJW 1973, 655) hat die Bestimmung des § 14 Abs. 2 Satz 1 Binnenschiffahrtsverfahrensgesetz (vom 27. 9. 1952, BGBl. I, 641), das die Zuständigkeit der Rheinschiffahrtsgerichte regelt, vertragskonform nach Art. 34 und 34 *bis* der Mannheimer Revidierten Rheinschiffahrtsakte vom 17. 10. 1868 (26 A 314) ausgelegt und für die Auslegung der Mannheimer Akte selbst auf die Rechtsprechung der Commission centrale pour la Navigation du Rhin zurückgegriffen.

Das OLG Köln (Urteil vom 4. 2. 1972, OLGZ 1972, 441) befolgt dieselbe Methode, legt aber Art. 34 der Mannheimer Akte extensiv aus. Eine solche extensive Auslegung sei zulässig und geboten, sofern sie den Zweck der Vereinbarung verwirkliche, mit dem Vertragsgeist übereinstimme und die Grundrechte der Mitglieder der Vertragsgemeinschaft nicht verletze.

2. Rückwirkung

24. Nach dem Vorlagebeschuß des BGH vom 20. 12. 1972 (BGHZ 69, 68 = FamRZ 1973, 138 = MDR 1973, 390 = NJW 1973, 417) ist die Berücksichtigung neuen Rechts in der Rechtsbeschwerde- und Revisionsinstanz allgemein anerkannt. Für die Vorschriften innerstaatlich in Kraft getretener Staatsverträge gelte nichts anderes. Insbesondere stehe das in Art. 17 Abs. 1 des Haager Minderjährigenschutzabkommens bestimmte Rückwirkungsverbot der Anwendung des Abkommens im Rechtsbeschwerdezug nicht entgegen (so aber das KG in der Vorinstanz, Kropholler, NJW 1971, 1721 Anm. 3, OLG Frankfurt, FamRZ 1972, 266 f., und OLG Hamm, FamRZ 1972, 309, 312; vgl. auch OLG Hamm 28. 4. 1972, OLGZ 1972, 275 = FamRZ 1972, 380 = NJW 1972, 1629 = StAZ 1972, 345). Nach Art. 17 Abs. 1 sei das Abkommen »nur auf Maßnahmen anzuwenden, die nach seinem Inkrafttreten getroffen worden sind«. Diese Vorschrift wolle verhindern, daß rückwirkend die Gültigkeit früherer Maßnahmen in Frage gestellt werde. Das Abkommen sollte keinen Anlaß geben, sie aufzuheben oder abzuändern. Frühere oder bereits abgeschlossene Maßnahmen seien aber nicht solche, gegen die Rechtsmittel eingelegt sind, wenn im Rechtsmittelzug noch geprüft werde, ob sie überhaupt oder so, wie geschehen, ergehen durften. Es stelle deshalb keine Rückwirkung dar, wenn bei dieser Prüfung das neue Recht berücksichtigt werde. Die abweichende Ansicht würde auch zu dem prozeßökonomisch unbefriedigenden Ergebnis führen,

daß zunächst über die Rechtswirksamkeit der Maßnahme nach bisherigem, nicht mehr geltenden Recht entschieden werden würde und alsbald, soweit nicht materielle Rechtskraft entgegensteht, ein neues Verfahren eingeleitet werden könnte, in dem das neue Recht berücksichtigt werden müßte.

IX. Deutsche Demokratische Republik

25. Der BGH (Urteil vom 20. 11. 1972, Z 59, 392 = NJW 1973, 145) hat es offen gelassen, ob Staatsbürger der DDR Angehörige fremder Staaten im Sinne des § 110 Abs. 1 Zivilprozeßordnung (ZPO) sind. Für die Freistellung von der Sicherheitsleistung komme es bei Ausländern darauf an, ob die Gegenseitigkeit verbürgt sei. Die DDR fordere aber von Deutschen aus der BRD eine Sicherheitsleistung nicht. Dabei sei es gleichgültig, ob diese Freistellung ebenfalls auf § 110 Abs. 1 ZPO oder auf Art. 17 des Haager Zivilprozeßabkommens beruhe, das der Staatsrat der DDR am 8. 4. 1965 für wieder anwendbar erklärt habe.

Albert Bleckmann