

Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1989

*Stefan Richter**

Übersicht

(for an English Version of this Survey see p. 178)

I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht (1–4)

II. Völkerrechtliche Verträge (5–8)

III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität (9–13)

1. Immunität – 2. Anerkennung fremder Hoheitsakte

IV. Staatsangehörigkeit (14–22)

1. Erwerb – 2. Verlust – 3. Völkerrechtlicher Staatsbegriff – Palästina – 4. Staatenlosigkeit – 5. Doppelstaatsangehörigkeit – 6. Diplomatischer Schutz

V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs (23)

VI. Fremdenrecht (24–33)

1. Einreise und Aufenthalt: a) Allgemeines; b) Schutz von Ehe und Familie – 2. Ausweisung und Abschiebung – 3. Diskriminierung – 4. Rechtsschutz

* Assessor, wissenschaftlicher Referent am Institut.

Abkürzungen: AsylVfG = Asylverfahrensgesetz; AufenthG/EWG = Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft; AuslG = Ausländergesetz; AVR = Archiv des Völkerrechts; BAföG = Bundesausbildungsförderungsgesetz; BayVBl. = Bayerische Verwaltungsblätter; Bay-VerfGH(E) = Bayerischer Verfassungsgerichtshof (Entscheidungen); BBG = Bundesbeamtengesetz; BFHE = Entscheidungen des Bundesfinanzhofs; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH(St)(Z) = Bundesgerichtshof (Entscheidungen in Strafsachen) (Entscheidungen in Zivilsachen); BSG(E) = Bundessozialgericht (Entscheidungen); BStBl. = Bundessteuerblatt; Buchholz = Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (hrsg. von K. Buchholz); BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); BWVPr. = Baden-Württembergische Verwaltungspraxis; DISVA = Deutsch-israelisches Sozialversicherungsabkommen; DJ = Die Justiz; DÖD = Der öffentliche Dienst; DÖV = Die Öffentliche Verwaltung; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; EG = Europäische Gemeinschaften; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EStG = Einkommensteuergesetz; ESVGH = Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg; EuGH = Ge-

VII. Asylrecht (34–62)

1. Politische Verfolgung: a) Begriff; b) Gruppenverfolgung; c) Wahrscheinlichkeit der Verfolgung; d) Familienangehörige von anerkannten Asylberechtigten – 2. Nachfluchtgründe – 3. Inländische Fluchtalternative – 4. Anderweitiger Verfolgungsschutz – 5. Rechtsstellung der Flüchtlinge

*VIII. Auslieferungsrecht (63–64)**IX. Internationaler Menschenrechtsschutz (65–71)*

1. Europäische Menschenrechtskonvention: a) Verfahrensdauer (Art.6 Abs.1 EMRK); b) Mindestrechte der Verteidigung (Art.6 Abs.3 EMRK) – 2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte – 3. Unabdingbare Grundsätze des allgemeinen humanitären Völkerrechts

X. Europäische Gemeinschaften (72–95)

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht – 2. Diskriminierungsverbot – 3. Freizügigkeit – 4. Vorabentscheidungsverfahren

XI. Deutschlands Rechtslage nach 1945 (96–98)

1. Rechtsstatus Berlins – 2. Bundesrepublik Deutschland und DDR

XII. Stationierungsstreitkräfte (99–102)

Survey

*I. International Law and Municipal Law (1–4)**II. Treaties (5–8)**III. Effects and Limits of State Sovereignty (9–13)*

1. Immunity – 2. Recognition of foreign acts

richtshof der Europäischen Gemeinschaften; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; EuR = Europarecht; EWG = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; FGO = Finanzgerichtsordnung; GewArch = Gewerbearchiv; GG = Grundgesetz; GK = Genfer Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge; GVG = Gerichtsverfassungsgesetz; HFR = Höchstrichterliche Finanzrechtssprechung; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; IPRax = Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; IRG = Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen; i.V.m. = in Verbindung mit; JR = Juristische Rundschau; JZ = Juristen Zeitung; KO = Konkursordnung; L = Leitsatz; LuftVG = Luftverkehrsgesetz; LuftVO = Luftverkehrsordnung; MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; NVwZ(-RR) = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (-Rechtsprechungsreport); OLG = Oberlandesgericht; RGBL = Reichsgesetzblatt; RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; RIW = Recht der Internationalen Wirtschaft; ROW = Recht in Ost und West; (verb.) Rs. = (verbundene) Rechtssache(n); RuStAG = Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz; SchwBG = Schwerbehindertengesetz; Slg. = Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften; StAZ = Zeitschrift für Standesamtswesen; StPO = Strafprozessordnung; VBIBW = Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg; VerglO = Vergleichsordnung; VG = Verwaltungsgericht; VGH(E) = Verwaltungsgericht (Entscheidungen); VwGO = Verwaltungsgerichtsordnung; ZAR = Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik; ZBR = Zeitschrift für Beamtenrecht.

IV. *Nationality (14–22)*

1. Acquisition – 2. Loss – 3. The notion of state in public international law – Palestine –
4. Statelessness – 5. Dual nationality – 6. Diplomatic protection

V. *Agencies of Diplomatic and Consular Affairs (23)*

VI. *Legal Status of Aliens (24–33)*

1. Entry and residence: a) General aspects; b) Protection of marriage and family –
2. Expulsion and deportation – 3. Discrimination – 4. Remedies

VII. *Asylum (34–62)*

1. Political persecution: a) Notion; b) Persecution of groups; c) Probability of persecution; d) Relatives of recognized asylees – 2. *Réfugiés sur place* – 3. Protection found elsewhere in the state of persecution – 4. Protection by other states – 5. Legal status of refugees

VIII. *Extradition (63–64)*

IX. *International Protection of Human Rights (65–71)*

1. European Convention on Human Rights: a) Length of procedure (Art.6 para.1 ECHR); b) Minimum rights of defence (Art.6 para.3 ECHR) – 2. International Covenant on Civil and Political Rights – 3. Inalienable principles of international humanitarian law

X. *European Communities (72–95)*

1. Community law and municipal law – 2. Discrimination – 3. Freedom of movement –
4. Preliminary rulings

XI. *Legal Status of Germany after 1945 (96–98)*

1. Legal status of Berlin – 2. Federal Republic of Germany and GDR

XII. *Allied Armed Forces Stationed in the Federal Republic of Germany (99–102)*

Vorbemerkung

Der nachfolgende Bericht über die bundesdeutsche Rechtsprechung zu völkerrechtlichen Fragen¹ knüpft an die Darstellung für das Jahr 1988 an². Wie bisher auch wurde die Rechtsprechung zu einzelnen Verträgen nur insoweit einbezogen, als sie zugleich Fragen des allgemeinen Völkerrechts oder bedeutsame westeuropäische Verträge (EMRK, Verträge zur

¹ Der Bericht wurde im Februar 1990 abgeschlossen. Erst später veröffentlichte Entscheidungen aus dem Berichtszeitraum werden im Bericht für das Jahr 1990 berücksichtigt. Vgl. auch die jeweils fünf Jahre Rechtsprechung zusammenfassenden Bände der Reihe *Fontes Iuris Gentium*, Series A, Section II (zuletzt erschienen: Tomus 9 [1981–1985]).

² J. Polakiewicz, *Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen* 1988, ZaöRV 50 (1990), 72ff.; vgl. auch H.J. Hahn, *Deutsche Rechtsprechung 1945–1950*, ZaöRV 14 (1951), 252ff.; F. Münch, – 1951–1957 (Teil A), ZaöRV 20 (1959), 186ff.,

Gründung der Europäischen Gemeinschaften usw.) betrifft. Entscheidungen zum Fremden- und Asylrecht konnten nur insoweit Berücksichtigung finden, als sie grundlegende Fragen von besonderem Interesse aufwerfen.

Soweit aufgrund der systematischen Gliederung eine Entscheidung an verschiedenen Stellen behandelt wird, finden sich Querverweisungen auf die jeweils andere Stelle in eckigen Klammern. Besonders hingewiesen sei auf zwei wichtige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Asylrecht [34] [57], das Urteil des Bundessozialgerichts zur Einbeziehung Ost-Jerusalems in das deutsch-israelische Sozialversicherungsabkommen [5], die Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen zur Staatsqualität Palästinas [16] und die Ablehnung von Anträgen auf Erlaß einstweiliger Anordnungen durch das Bundesverfassungsgericht gegen die Bundesregierung zu Richtlinienvorhaben der EWG [72] [73].

1. Völkerrecht und innerstaatliches Recht

1. Der Bundesfinanzhof hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, welche Bedeutung einer von den Verhandlungskommissionen Italiens und der Bundesrepublik Deutschlands übereinstimmend vertretenen Auslegung von Art.7 Abs.2 des Doppelbesteuerungsabkommens mit Italien (DBA-Italien, RGBl.1925 II, 1146) innerstaatlich zukommt, wenn diese Übereinstimmung bei Revisionsverhandlungen des DBA gefunden wird (Urteil vom 1.2.1989 – IR 74/86 – BStBl.II 1990, 4). Selbst wenn eine Vereinbarung vorliege, könne diese das DBA nicht abändern, das mit dem Zustimmungsgesetz innerstaatliches Recht geworden sei, führt der erkennende Senat aus. Dies ergebe sich auch nicht aus Art.31 Abs.3 *lit. a* des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WüRV; BGBl.1985 II, 927), wonach jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien bei der Auslegung eines Vertrages zu berücksichtigen ist. Das WüRV sei nach seinem Art.4 nur auf später abgeschlossene Verträge anwendbar. Die genannte Bestimmung habe aber auch dann keine Bedeutung, wenn man sie zu dem allgemein anerkannten ungeschriebenen (Teil B), ZaöRV 21 (1961), 511 ff., (Teil C), ZaöRV 22 (1962), 729 ff.; C. Tomuschat, – 1958–1965 (Teil A), ZaöRV 28 (1968), 48 ff., (Teil B), *ibid.*, 646 ff.; A. Bleckmann, – 1966–1968, ZaöRV 31 (1971), 271 ff., – 1969–1970, ZaöRV 32 (1972), 71 ff., – 1971, *ibid.*, 583 ff., – 1972, ZaöRV 33 (1973), 757 ff., – 1973, ZaöRV 34 (1974), 737 ff., – 1974, ZaöRV 36 (1976), 856 ff., – 1975, ZaöRV 37 (1977), 306 ff.; W. D. Kischlat, – 1976, ZaöRV 37 (1977), 790 ff.; H. Krück, – 1977, ZaöRV 39 (1979), 83 ff., – 1978, ZaöRV 40 (1980), 122 ff.; M. Vierheilig, – 1979, ZaöRV 41 (1981), 149 ff., – 1980, ZaöRV 42 (1982), 121 ff., – 1981, ZaöRV 43 (1983), 118 ff.; U. Wölker, – 1982, ZaöRV 44 (1984), 103 ff.; C. Haverland, – 1983, ZaöRV 45 (1985), 62 ff.; R. Kühner, – 1984, ZaöRV 46 (1986), 89 ff.; M. Herdegen, – 1985, ZaöRV 46 (1986), 774 ff.; M. Hartwig, – 1986, ZaöRV 48 (1988), 35 ff.; J. Kokott, – 1987, ZaöRV 48 (1988), 717 ff.

Völkergewohnheitsrecht rechne, da Völkergewohnheitsrecht Art.59 Abs.2 Satz 1 des Grundgesetzes nicht außer Kraft setzen könne, wonach der Inhalt eines völkerrechtlichen Vertrages nur aufgrund eines Zustimmungsgesetzes Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung wird. Dies ergebe sich daraus, daß Art.25 GG Völkergewohnheitsrecht nur insoweit in die innerstaatliche Rechtsordnung einfließen lasse, als es nicht dem Verfassungsrecht widerspricht³. Art.25 GG sei ferner nicht darauf gerichtet, einer Übereinkunft zwischen den deutschen und italienischen Finanzbehörden eine das Zustimmungsgesetz ändernde Wirkung zu verleihen. Völkerrechtliche Verträge könnten nur auf der Grundlage eines Zustimmungsgesetzes Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung werden, nicht aber über Art.25 GG. Auch der völkerrechtlich anerkannte Grundsatz *pacta sunt servanda* könne einen völkerrechtlichen Vertrag, dem nicht gemäß Art.59 Abs.2 Satz 1 GG zugestimmt wurde, nicht in das innerstaatliche Recht überführen⁴. Das DBA-Italien könne daher im innerstaatlichen Recht auch über die zitierte Auslegungsregel des WüRV keine andere Bedeutung erhalten, als dies dem Zustimmungsgesetz entspreche. Der Bundesfinanzhof meint, sich mit dieser Auffassung nicht in Widerspruch zum Bundesverfassungsgericht zu setzen. Dieses habe mit der Feststellung, bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge seien die für die Auslegung solcher Verträge allgemein entwickelten Grundsätze anzuwenden⁵, nur Grundsätze gemeint, die eine Projektion der Auslegungsregeln der allgemeinen Rechtslehre auf die besonderen Verhältnisse des zwischenstaatlichen Verkehrs darstellten. Zu diesen Auslegungsregeln gehöre die zitierte Bestimmung des WüRV jedoch nicht.

2. Mit Urteil vom 1.2.1989 (1 D 2.86 – BVerwGE 86, 99 = DVBl.1989, 763 = ZBR 1989, 303 = NJW 1989, 2554) entschied das Bundesverwaltungsgericht unter Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung⁶, daß Inhalt und Umfang der sich aus Art.33 Abs.5 GG und § 52 Abs.2 BBG ergebenden politischen Treuepflicht des Beamten nicht beeinflusst werde von dem Übereinkommen Nr.111 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 25.6.1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (BGBl.1961 II, 97) und dem Ausschlußbericht von 1986 zur Prüfung der Einhaltung des Abkommens durch die Bundesrepublik Deutschland. Der Bericht sei eine nur an die Bundesregierung gerichtete Empfehlung. Das

³ Unter Bezugnahme auf BVerfGE 18, 441, 448, und BFHE 79, 57.

⁴ Unter Bezugnahme auf BVerfGE 6, 309, 363.

⁵ BVerfGE 4, 157, 168.

⁶ Bezugnahme auf das Urteil vom 16.9.1987 – 1 D 122.86 – DVBl.1988, 363, dargestellt bei K o k o t t, Rechtsprechungsbericht 1987 (Anm.2), 722f. (Nr.6).

Übereinkommen hingegen enthalte keine allgemeinen Regeln des Völkerrechts, die nach Art.25 GG den innerstaatlichen Gesetzen vorgehen. Die Auslegung des Übereinkommens ergebe zudem, daß die darin getroffenen Regelungen zur Gestaltung von Beschäftigung und Beruf sich nur an die Bundesregierung richteten und nicht über das Zustimmungsgesetz im innerstaatlichen Recht subjektive Rechte des einzelnen begründeten. Nichts anderes gelte für den Untersuchungsbericht. Mangels Auslegungsspielraums könne auch Art.33 Abs.5 GG nicht im Lichte dieses Berichts ausgelegt werden.

3. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hatte sich im Rahmen eines Antrages auf Aussetzung des Sofortvollzugs eines Planfeststellungsbeschlusses (PFB) mit den Auswirkungen des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich über Bau, Instandhaltung und Betrieb eines Grenztunnels zwischen Füssen und Reutte vom 12.7.1985 (BGBl.1985 II, 376) zu befassen (Beschuß vom 10.8.1989 – Nr.8 CS 88.2912 u. a. – DVBl.1990, 167). Das Verwaltungsabkommen sei wirksam gemäß Art.32 Abs.1 und 59 GG durch die Bundesexekutive geschlossen worden. Mangels Beteiligung der Legislative und in Ermanglung einer Transformation des Vertrages in ein formelles Gesetz, könne das Abkommen jedoch keine Rechte und Pflichten für die einzelnen Staatsbürger begründen. Es könne daher den Antragstellern im Rahmen der Abwägung beim Erlaß des PFB nicht entgegengehalten werden. Die notwendige Mitwirkung des völkerrechtlichen Vertragspartners bei der Durchführung des PFB sei jedoch zu berücksichtigen.

4. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof führt im Beschluß vom 23.8.1989 (Nrn.7 CS 89.80 u. a. – BayVBl.1990, 469 = EuR 1989, 359) aus, daß die Satzungsbestimmungen der Europäischen Schule für die Bediensteten der Europäischen Patentorganisation in München über die Erhebung von Schulgeld nicht an Art.80 Abs.1 Satz 2 GG und entsprechenden Bestimmungen der bayerischen Verfassung gemessen werden könnten. Die Bestimmungen des deutschen Verfassungsrechts seien auf zwischenstaatlich vereinbarte Normen selbst dann nicht ohne weiteres anwendbar, wenn Hoheitsrechte nach Art.24 Abs.1 GG übertragen wurden. Art.80 Abs.1 Satz 2 GG gehöre nicht zu den Prinzipien – wie etwa Grundrechte – die bei der Übertragung von Hoheitsrechten durch die zwischenstaatliche Einrichtung unabdingbar beachtet werden müßten⁷. Die Schulgeldforderungen verstoßen auch nicht gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes, die auch für zwischenstaatliche europäische Institutionen Geltung beanspruchen.

⁷ BVerfGE 37, 271, 279 ff., sowie BVerfG, BayVBl.1987, 270 f.

II. Völkerrechtliche Verträge

5. Mit der Anwendbarkeit des deutsch-israelischen Sozialversicherungsabkommens (DISVA) vom 17.12.1973 (BGBl.1975 II, 245) auf solche Personen israelischer Staatsangehörigkeit, die in Ost-Jerusalem wohnhaft sind, beschäftigte sich das Bundessozialgericht (Urteil vom 26.10.1989 – AZ 12 RK 44/88 – BSGE 66, 28)⁸. Streitig war im Verfahren allein, ob die Klägerin die Voraussetzungen von Art.3 Abs.1 DISVA erfüllt, wonach den Staatsangehörigen eines Vertragsstaates die Staatsangehörigen des anderen Vertragsstaates gleichgestellt werden, »wenn sie sich im Gebiet eines Vertragsstaates gewöhnlich aufhalten«. Das Bundessozialgericht führt aus, Ost-Jerusalem gehöre nicht zum Gebiet des Staates Israel. Dabei zieht es ausdrücklich die völkerrechtlichen Auslegungskriterien heran. Die Wiener Vertragsrechtskonvention WüRV⁹ sei zwar nicht unmittelbar anwendbar; die in ihr festgelegten Auslegungsregeln hätten jedoch auch vor ihrem Inkrafttreten und zwischen Staaten, die sie noch nicht ratifiziert haben, eine große Bedeutung in der Staatenpraxis und Judikatur. Nach Auffassung des Bundessozialgerichts deckt sich der gewöhnliche Wortsinn von Art.1 Nr.1 DISVA, der den Ausdruck »Gebiet« in bezug auf den Staat Israel mit »das Gebiet des Staates Israel« definiert, mit dem Sinn, der dieser Umschreibung nach der deutlich überwiegenden Überzeugung der am internationalen Rechtsverkehr teilnehmenden Staaten zukommt. Zur Nichteinbeziehung von Ost-Jerusalem in das israelische Staatsgebiet nimmt das Gericht Bezug auf Beschlüsse der Vollversammlung¹⁰ und eine Reihe von Resolutionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen¹¹. Die im hebräischen Vertragstext gebrauchte Bezeichnung "Eretz Israel" könne angesichts der erwähnten Beschlüsse der Vollversammlung und des Sicherheitsrates nur so verstanden werden, daß damit das der Auffassung der internationalen Staatengemeinschaft entsprechende Staatsgebiet Israels gemeint war. Weder Kontext noch Ziel und Zweck des DISVA sprächen für eine weite Auslegung. Dem sozialrechtlichen Schutz von Staatsangehörigen der Vertragsstaaten, die sich im jeweils anderen Vertragsstaat aufhalten, werde das Abkommen weitgehend auch dann gerecht, wenn man Ost-Jerusalem

⁸ Vgl. zu dieser Frage auch J. A. Frowein/S. Oeter, Ost-Jerusalem und das deutsch-israelische Sozialversicherungsabkommen, die Nicht-Anerkennung der Eingliederungsmaßnahmen und die Frage nach der Methodik der Vertragsauslegung, ZaöRV 1988, 18 ff.

⁹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl.1985 II, 926.

¹⁰ Resolutionen 2253 vom 4.7.1967 und 2254 vom 14.7.1967.

¹¹ Resolutionen 252 vom 21.5.1968, 267 vom 3.7.1969, 271 vom 15.9.1969, 298 vom 25.9.1971, 338 vom 22.10.1973, 381 vom 30.11.1975.

nicht als Bestandteil des »Gebiets des Staates Israel« ansehe. Das DISVA enthalte selbst eine Bestimmung (Art.3 Abs.2), die Leistungen an Personen vorsehe, die sich gewöhnlich außerhalb der Gebiete der Vertragsstaaten aufhalten. Diese Bestimmung sei auf Staatsangehörige Israels, die in Ost-Jerusalem wohnen, anwendbar. Auch die Anwendung der völkerrechtlichen Grundsätze, die für einen sog. Formelkompromiß gelten, führten zu keinem anderen Ergebnis. Die streitige Formulierung sei objektiv eindeutig. Im übrigen spräche das für einen Formelkompromiß maßgebliche spätere Verhalten der Vertragsparteien für eine enge Auslegung. Die deutschen Sozialversicherungsträger hätten seit der praktischen Anwendung des DISVA ständig die engere Auslegung zugrunde gelegt. Die Vertragsparteien hätten schließlich dem Ausdruck »Gebiet des Staates Israel« keine besondere, von der gewöhnlichen abweichende Bedeutung beilegen wollen.

Das Bundessozialgericht weist die von der Revision herangezogenen Ausführungen des Internationalen Gerichtshofs im Namibia-Gutachten¹² als nicht einschlägig zurück. Gleiches gelte für Art.29 des WüRV. Bezogen auf West-Jerusalem, das völkerrechtlich nicht zum Gebiet des Staates Israel zähle, von der Bundesrepublik Deutschland aber stillschweigend so behandelt werde, führt das Gericht aus, daß kein Vertragsstaat gehindert werden könne, mehr zu leisten, als wozu er verpflichtet sei. Das Bundessozialgericht läßt es schließlich dahingestellt, ob sich eine Änderung im Status des Ostteils der Stadt Jerusalem dadurch ergeben habe, daß dieses Gebiet zum 31.7.1988 von Jordanien aufgegeben worden sei. Dieses Datum läge nach dem für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt.

6. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (Beschluß vom 23.2.1989 – 18 A 1972/87 – StAZ 1989, 290 = ROW 1989, 374 – nicht rechtskräftig) hatte sich mit der Frage zu befassen, ob nach § 4 Abs.1 Satz 2 Nr.5 des Paßgesetzes die Bezeichnung »Litzmannstadt« anstelle von »Łodz« als Geburtsort einzutragen sei. Nach Auffassung des Gerichts verstieß die von der deutschen Besatzungsmacht im Zweiten Weltkrieg verfügte Umbenennung gegen Art.43 der Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkrieges vom 18.10.1907 (Haager Landkriegsordnung)¹³. Danach habe der Besetzende die öffentliche Ordnung – soweit kein zwingendes Hindernis besteht – unter Beachtung der Landesgesetze aufrechtzu-

¹² Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Order of 29 January 1971, International Court of Justice Reports 1971, 12.

¹³ RGBl.1910, 132; Anlage zum Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges vom 18.10.1907, RGBl.1910, 107.

erhalten. Anordnungen, die sich auf Angelegenheiten beziehen, die mit der kriegerischen Besetzung in keinem Zusammenhang stehen, seien unzulässig. Diesen Grundsatz habe die deutsche Besatzungsmacht verletzt. Eine Umbenennung der Stadt »Łodz« in »Litzmannstadt« sei durch die kriegerische Besetzung Polens nicht geboten gewesen.

7. In Abweichung von einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts Bremen¹⁴ sah das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen das Gesetz zu dem Übereinkommen vom 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau¹⁵ nicht als ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage an, Frauen bei gleicher Qualifikation bevorzugt zu behandeln (Beschluss vom 15.6.1989 – 6 B 1318/89 – NJW 1989, 2560). Die Vertragsstaaten des Übereinkommens hätten sich lediglich verpflichtet, »unverzüglich eine Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau zu verfolgen« (Art.2 des Übereinkommens). In Art.4 Abs.1 seien sie übereingekommen, zeitweilige Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten zur beschleunigten Herbeiführung der *de facto*-Gleichberechtigung von Mann und Frau nicht als Diskriminierung im Sinne des Übereinkommens anzusehen. Aus den zitierten Regelungen ergebe sich, daß sie innerstaatliche Wirkungen nicht entfalten könnten. Sie bezögen sich allein auf das Verhältnis zwischen den Vertragspartnern.

8. Gemäß §1 Abs.1 EStG¹⁶ sind natürliche Personen, die in der Bundesrepublik ihren Wohnsitz haben, unbeschränkt steuerpflichtig auch für sogenannte ausländische Steuereinkünfte im Sinne von §34 *lit. d* dieses Gesetzes. Ob dies auch für Niederländer gilt, die ihren Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland haben und Einkünfte in Italien erzielen, beschäftigte den Bundesfinanzhof in seinem Urteil vom 14.3.1989 (IR 20/87 – BFHE 1989, 77). Ausgangspunkt der Überlegungen des erkennenden Senats war Art.24 Abs.1 des Doppelbesteuerungsabkommens mit den Niederlanden (DBA-Niederlande)¹⁷. Danach ist die Bundesrepublik verpflichtet, niederländischen Staatsangehörigen keine anderen oder höheren Steuern aufzuerlegen als deutschen Staatsangehörigen unter sonst gleichen

¹⁴ Urteil vom 26.11.1987 – 3 A 392/86 – NJW 1988, 3224, dargestellt bei Polakiewicz, Rechtsprechungsbericht 1988 (Anm.2), 82 (Nr.11).

¹⁵ Gesetz vom 25.4.1985, BGBl.1985 II, 647.

¹⁶ Einkommensteuergesetz in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze vom 20.8.1980, BGBl.1980 I, 1545.

¹⁷ Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich der Niederlande zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern von Einkommen und Vermögen sowie verschiedener sonstiger Steuern und zur Regelung anderer Fragen auf steuerlichem Gebiete vom 16.6.1959 – DBA-Niederlande, BGBl.1960 II, 1781.

Verhältnissen. Diese Bestimmung sei in innerstaatliches Recht transformiert worden und daher zugunsten niederländischer Staatsangehöriger unmittelbar anwendbar. In Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung¹⁸ erkennt der Bundesfinanzhof nunmehr an, daß die in der Bundesrepublik ansässigen Niederländer einen unmittelbaren Anspruch auf alle Steuerbefreiungen haben, auf die auch ein in der Bundesrepublik ansässiger Deutscher unter im übrigen gleichen tatsächlichen Verhältnissen nach dem Doppelbesteuerungsabkommen mit Italien (DBA-Italien)¹⁹ einen Rechtsanspruch hat. Die in Art.11 Nr.1 *lit. d* in Verbindung mit Art.7 Abs.1 Satz 1 DBA-Italien enthaltene Regelung über Einkünfte in Italien wirke als sachliche Steuerbefreiung für Deutsche und daher über Art.24 Abs.1 DBA-Niederlande auch für Niederländer. Zur Feststellung der von den Klägern erzielten Höhe der Einkünfte verwies der Bundesfinanzhof an das Finanzgericht Köln zurück.

III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität

1. Immunität

9. Das Verwaltungsgericht Mainz hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob die Kündigung eines Schwerbehinderten, der bei einem französischen Konsulat beschäftigt war, der Zustimmung des Landesamtes für Jugend und Soziales – Hauptfürsorgestelle – gemäß § 15 SchwBG bedarf (Urteil vom 5.5.1988 – 1 K 4/88 – AVR 1990, 389). Das Gericht stützt die sich aus dem SchwBG ergebende Auslegung, daß sich das Zustimmungserfordernis nur auf inländische Arbeitgeber der Öffentlichen Hand beziehe, durch Erwägungen zur Staatenimmunität. Der für ausländische Staaten geltende völkerrechtliche Grundsatz der Staatenimmunität beruhe auf der Überlegung, daß die Staaten untereinander völkerrechtlich gleichgeordnet seien und daher kein Staat befugt ist, die Tätigkeit eines anderen Staates als Hoheitsträger seiner Gesetzgebung, Rechtsprechung und Vollziehung zu unterwerfen. Im Bereich der Staatenimmunität werde heute anerkanntermaßen zwischen hoheitlicher Tätigkeit (*acta iure imperii*) und privatrechtlicher Tätigkeit (*acta iure gestionis*) unterschieden²⁰. Der Abschluß eines Arbeitsvertrages liege zwar grundsätzlich auf der Ebene des Privatrechts;

¹⁸ BFHE 103, 557 = BStBl.II 1972, 281.

¹⁹ Abkommen zwischen dem Deutschen Reiche und Italien zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Regelung anderer Fragen auf dem Gebiet der direkten Steuern vom 31.10.1925 – DBA-Italien, RGBl.1925 II, 1146.

²⁰ Unter Bezugnahme auf BVerfGE 16, 34; 46, 342; 64, 1.

er werde aber durch das Zustimmungserfordernis des SchwBG öffentlich-rechtlich überlagert. Dieses Erfordernis gründe vornehmlich in arbeitsmarktpolitischen Erwägungen. In Ansehung der zu respektierenden Immunität eines ausländischen Staates verbiete sich aber eine auf wirtschaftspolitische Gründe gestützte Einflußnahme des deutschen Staates. Der Abschluß des Arbeitsvertrages könne auch nicht als Immunitätsverzicht gedeutet werden.

10. In dem bereits dargestellten Beschluß vom 23.8.1989 zur Erhebung von Schulgeld durch die Europäische Schule für die Bediensteten der Europäischen Patentorganisation (Nrn.7 CS 89.80 u. a. – BayVBl.1990, 469 = EuR 1989, 359) [4] nahm der Bayerische Verwaltungsgerichtshof auch Stellung zu Fragen der deutschen Gerichtsbarkeit. Die Europäische Schule sei eine zwischenstaatliche Organisation, die gemäß § 173 VwGO in Verbindung mit § 20 Abs.2 GVG von der deutschen Gerichtsbarkeit ausgenommen sein könnte. Diese Bestimmungen seien jedoch nicht anwendbar, weil sich aus Gründungsprotokoll und Satzung der Europäischen Schule ergebe, daß diese vor Gericht klagen und verklagt werden könne. Diese Regelung beziehe sich auf die Gerichtsbarkeit des Landes des jeweiligen Sitzes, da die Zuständigkeit des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften nicht begründet worden sei.

2. Anerkennung fremder Hoheitsakte

11. Das Oberlandesgericht Saarbrücken (Urteil vom 31.1.1989 – 7U 82/87 – RIW 1990, 142) wies eine Zahlungsklage als unbegründet ab, weil die Klägerin durch Bestimmungen des französischen Vergleichsrechts ihren Anspruch verloren habe und diese Wirkungen des über das Vermögen der Beklagten in Frankreich stattgefundenen Vergleichsverfahrens in der Bundesrepublik Deutschland zu beachten seien. Die Beachtlichkeit des französischen Vergleichsverfahrens lasse sich zwar nicht auf internationale Verträge stützen²¹, sie ergebe sich jedoch aus der Anerkennung des sogenannten Universalitätsprinzips im Rahmen des deutschen internationalen Konkurs- und Vergleichsrechts. Damit erstreckt das Gericht nunmehr die vom Bundesgerichtshof im Jahre 1985 dargelegten Grundsätze zur Wirkung

²¹ Das Oberlandesgericht Saarbrücken hält weder das Übereinkommen der Europäischen Gemeinschaft über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968, BGBl.1972 II, 774, noch das Konkursabkommen zwischen Frankreich und dem Saarland vom 3.3.1950 für anwendbar.

eines ausländischen Konkurses²² ausdrücklich auch auf das Vergleichsverfahren. Ausländische staatliche Hoheitsakte seien in der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich dann anzuerkennen, wenn es um privatrechtsgestaltende Maßnahmen und nicht um Maßnahmen zur Durchsetzung vorwiegend staats- oder wirtschaftspolitischer Interessen des betreffenden ausländischen Staates gehe. Auch die Erwägung, daß angesichts der gerade innerhalb der Europäischen Gemeinschaft ständig zunehmenden Geschäftsbeziehungen eine Gleichbehandlung in- und ausländischer Gläubiger anzustreben sei, gelte gleichermaßen für die Wirkungen ausländischen Konkurs- wie Vergleichsrechts. Die enge Verknüpfung dieser beiden Regelungsmaterien im französischen Recht verdiene zudem Beachtung. Die Anerkennung des ausländischen Insolvenzverfahrens stehe zwar unter dem Vorbehalt, daß es sich in das Gesamtgefüge der deutschen insolvenzrechtlichen Vorschriften und Rechtsgrundsätze einpasse, der inländische *ordre public* sei jedoch nicht verletzt.

12. Nach Ansicht des Landgerichts Frankfurt am Main (Beschuß vom 13.2.1989 – 2/9T48/89 – RIW 1990, 141 = NJW 1990, 650) ist eine Einzelzwangsvollstreckung in das im Inland belegene Vermögen auch dann zulässig, wenn über das Vermögen des Schuldners in den Vereinigten Staaten von Amerika das Vergleichsverfahren eröffnet worden ist. Dies ergebe sich aus der entsprechenden Anwendung von § 237 KO²³. Die §§ 47 und 48 VerglO²⁴ seien dagegen nicht heranzuziehen. § 237 KO gehe über den Begriff des Konkursverfahrens im engeren Sinne hinaus und erfasse generell ausländische Insolvenzverfahren. Er stelle damit für den Fall des Auslandskonkurses eine gesetzliche Durchbrechung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gläubiger dar. Diese weite Auslegung werde gerade dem US-amerikanischen Insolvenzrecht gerecht, das einen Wechsel zwischen den verschiedenen Verfahrensarten zulasse. Dem stehe auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11.7.1985 nicht entgegen²⁵.

13. Nach Art.265 Abs.2 Satz 2 des schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) kann eine Forderung, mit der der Gläubi-

²² Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.7.1985, IX ZR 178/84 – BGHZ 95, 256, dargestellt bei Herdegen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 781 f. (Nr.8).

²³ § 237 Abs.1 KO lautet: »Besitz ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensgegenstände im Inlande, so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig«.

²⁴ § 47 VerglO lautet: »Die Vergleichsgläubiger ... können nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens bis zur Rechtskraft der Entscheidung, die das Verfahren abschließt, Zwangsvollstreckungen gegen den Schuldner nicht vornehmen«.

²⁵ Siehe Anm.22.

ger im Konkursverfahren ausgefallen ist, nur dann erneut geltend gemacht werden, wenn der Gemeinschuldner zu neuem Vermögen gekommen ist. Das Reichsgericht²⁶ hatte dieser Bestimmung keine Wirkung gegenüber einer im Inland erhobenen Klage zugemessen, weil es davon ausging, daß ausländische Konkursvorschriften sich nach dem Territorialitätsprinzip nicht auf das Inland erstrecken können. Das Oberlandesgericht Stuttgart (Urteil vom 20.3.1989 – 5 U 156/88 – IPRax 1990, 233 mit Anm. Ackmann/Wenner, IPRax 1990, 209) schließt sich dieser Auffassung nicht an, sondern führt aus, daß im Rahmen eines Rechtsverhältnisses, das kollisionsrechtlich nach ausländischem Recht zu beurteilen ist, auch der materiellrechtliche Gehalt bzw. die rechtspolitische Zielsetzung der gegebenenfalls einschlägigen Vorschriften des ausländischen Konkursstatuts angemessen zu berücksichtigen seien. Der Gläubiger müsse sich daher auch im Verfahren vor deutschen Gerichten an den Beschränkungen des Art.265 Abs.2 Satz 2 SchKG festhalten lassen.

IV. Staatsangehörigkeit

1. Erwerb

14. Auf der Grundlage von § 8 RuStAG können ausländische Staatsangehörige in der Bundesrepublik Deutschland eingebürgert werden. Das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 14.11.1989 – 1 C 5.89 – InfAuslR 1990, 63 mit Anm. Rittstieg) hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, wie dieses Ermessen auszuüben ist, wenn das minderjährige Kind einer deutschen Frau einen Einbürgerungsantrag stellt und die Familie (italienischer Vater) dauernd in der Bundesrepublik Deutschland lebt. Das Berufungsgericht hatte ein die Einbürgerung grundsätzlich gebietendes staatliches Interesse deswegen bejaht, weil das Kind vom Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Geburt durch den mittlerweile als verfassungswidrig aufgehobenen²⁷ § 4 RuStAG ausgeschlossen worden sei. Die Folgen dieses Verfassungsverstoßes seien zu beseitigen. Dem stimmt das Bundesverwaltungsgericht nicht zu, da den betroffenen Personen durch Änderung des RuStAG das Recht eingeräumt worden sei, innerhalb von drei Jahren die deutsche Staatsangehörigkeit durch Erklärung zu erwerben. Die Wertordnung des Grundgesetzes, insbesondere das verfassungsrechtliche Schutzgebot zugunsten von Ehe und Familie (Art.6 Abs.1 GG) einschließ-

²⁶ RGZ 100, 241.

²⁷ BVerfGE 37, 217.

lich der ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Elternverantwortung (Art.6 Abs.2 GG) sprechen gleichwohl dafür, daß das minderjährige Kind die deutsche Staatsangehörigkeit seiner Mutter teile. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, daß die Familie dauernd im Bundesgebiet lebe, das Kind hier also aufwache und Schulbildung erhalte und daß demgemäß der Verbundenheit mit Deutschland das entscheidende Gewicht zukomme. Demgegenüber könne in Fällen wie dem vorliegenden dem Interesse an der Vermeidung von Mehrstaatlichkeit grundsätzlich nicht das ihm sonst regelmäßig zukommende Gewicht beigemessen werden. Die Rechtsordnung nehme auch in vergleichbaren Zusammenhängen Mehrstaatlichkeit in Kauf und lasse diesen Gesichtspunkt hinter den des Familienschutzes (Art.6 GG) zurücktreten. Entsprechendes müsse im Rahmen der Ermessensabwägung nach § 8 RuStAG gelten. Auch das sowohl für die Bundesrepublik Deutschland als auch für Italien geltende Übereinkommen über die Verringerung der Mehrstaatlichkeit²⁸ begründe kein Einbürgerungsverbot.

2. Verlust

15. Unter Berufung auf den *Teso*-Beschuß des Bundesverfassungsgerichts²⁹ geht das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen davon aus, daß eine DDR-Staatsbürgerin, die durch Erklärung die österreichische Staatsangehörigkeit erworben hat, wodurch sie nach DDR-Recht die DDR-Staatsangehörigkeit nicht verlor, diese mit Einreise in das Bundesgebiet aktualisiert habe und damit deutsche Staatsangehörige sei (Urteil vom 21.11.1989 – 18 A 1094/88 – StAZ 1990, 111 = ROW 1990, 189). Dies würde selbst für den Fall gelten, daß die Klägerin aufgrund der Erklärung zum Erwerb der österreichischen Staatsangehörigkeit die (unaktualisierte) deutsche Staatsangehörigkeit aufgrund von Art.1 Abs.1 des Übereinkommens über die Verringerung der Mehrstaatlichkeit (ÜVM)³⁰ verloren hätte. Da sie jedenfalls im Besitz der DDR-Staatsbürgerschaft ins Bundesgebiet eingereist sei und sich jetzt darauf berufe, Deutsche im Sinne des Grundgesetzes zu sein, sei sie als deutsche Staatsangehörige anzusehen. Dies folge aus dem Gebot der Wahrung der Einheit der deutschen Staatsangehörigkeit, das eine normative Konkretisierung des im Grundgesetz enthaltenen

²⁸ Übereinkommen über die Verringerung der Mehrstaatlichkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern vom 6.5.1963, BGBl.1969 II, 1953.

²⁹ Beschluß vom 21.10.1987, 2 BvR 373/83 – BVerfGE 77, 137, dargestellt bei *Kokott*, Rechtsprechungsbericht 1987 (Anm.2), 727 (Nr.16).

³⁰ Anm.28.

Wiedervereinigungsgebotes sei. Das Gericht ließ ausdrücklich offen, ob die von der Bundesrepublik Deutschland bei der Unterzeichnung des ÜVM abgegebene Erklärung, für die Anwendung des Übereinkommens als Staatsangehörige der Bundesrepublik Deutschland jede Person ansehen zu wollen, die Deutscher im Sinne von Art.116GG ist, die Klägerin zu einer »Staatsangehörigen einer Vertragspartei« mache, obwohl die DDR das ÜVM nicht ratifiziert habe.

3. Völkerrechtlicher Staatsbegriff – Palästina

16. In ständiger Rechtsprechung gehen die deutschen Gerichte davon aus, daß Palästinenser grundsätzlich staatenlos seien, da es einen Staat Palästina nicht gebe³¹. Ob sich an dieser Einschätzung etwas durch die »Deklaration von Algier« des palästinensischen Nationalrates vom 15.11.1988 geändert hat, beschäftigte das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (Urteil vom 14.2.1989 – 18 A 858/87 – InfAuslR 1989, 271 = NVwZ 1989, 790). Der Senat geht von der im Völkerrecht anerkannten Drei-Elementen-Lehre aus. Obwohl gegenwärtig nicht abschließend beurteilt werden könne, welche Bevölkerungsteile unter welchen Voraussetzungen aus welchen vorhandenen Staaten die Bevölkerung Palästinas bilden, spräche einiges für die Annahme eines palästinensischen Staatsvolkes, wie es auch von den Vereinten Nationen anerkannt sei.

Unter Berufung auf eine Entscheidung der Völkerbundversammlung³² und anknüpfend an die Montevideo-Konvention vom 26.12.1933³³ hält der Senat es für erforderlich, daß ein Territorium, soll es als Staatsgebiet angesehen werden können, in seinen Grenzen, wenn auch nicht endgültig festgelegt, so doch definiert sein müsse. Dies lasse sich für Palästina jedoch nicht feststellen. Zur Notwendigkeit eines klar definierten Staatsgebietes verweist das Oberverwaltungsgericht auch auf Äußerungen des US-amerikanischen Außenministeriums und des schweizerischen Bundesrates. Schließlich habe auch die PLO-Führung selbst bislang keine konkreten Angaben über das palästinensische Staatsgebiet gemacht. Mangels klar definierter Grenzen sei der Staat Palästina bislang auch von Frankreich, Grie-

³¹ Vgl. Polakiewicz, Rechtsprechungsbericht 1988 (Anm.2), 86f. (Nr.21), und K o k o t t, Rechtsprechungsbericht 1987 (Anm.2), 729 (Nrn.23, 24).

³² Entscheidung der 5. Kommission der Völkerbundversammlung vom 20.11.1919, die Aufnahme neuer Mitglieder betreffend. *

³³ Art.1 der Montevideo-Konvention der 7.Panamerikanischen Konferenz vom 26.10.1933 lautet: "The state as a person of international law should possess the following qualifications: ...b. a defined territory; c. ...".

chenland und Großbritannien nicht anerkannt worden. Selbst wenn man aber als völkerrechtliches Kriterium ausreichen lasse, daß ein unbestrittenes Kerngebiet vorliege, sei dieses Erfordernis nicht erfüllt, weil offen sei, in welchem der genannten Gebiete ein künftiger Staat Palästina seine territoriale Grundlage haben werde.

Ferner könne auch von dem unerläßlichen Erfordernis der Staatsgewalt, die die innere Organisation, das Verhalten der Angehörigen sowie die Innen- und Außenpolitik grundsätzlich frei und selbständig regeln können muß, nicht ausgegangen werden. Der Staat Palästina sei schließlich auch nicht dadurch entstanden, daß er von einer beträchtlichen Anzahl von Staaten bereits anerkannt ist. Ein neuer Staat erwerbe seine Völkerrechtspersönlichkeit unabhängig von seiner Anerkennung oder Nicht-Anerkennung durch die bloße Tatsache seines Entstehens; die in der Anerkennung liegende Feststellung, daß der Staat entstanden sei, habe lediglich deklaratorische Bedeutung.

17. Das Oberverwaltungsgericht Berlin schließt sich den Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen zur völkerrechtlichen Drei-Elementen-Lehre, insbesondere zum Staatsgebiet und zur Staatsgewalt in bezug auf Palästina ausdrücklich an (Urteil vom 5.12.1989 – 4 B 110.86 – InfAuslR 1990, 76).

4. Staatenlosigkeit

18. In derselben Entscheidung (Urteil vom 5.12.1989 – 4 B 110.86 – InfAuslR 1990, 76) [17] geht das Oberverwaltungsgericht Berlin davon aus, daß das Staatenlosenübereinkommen³⁴ nur auf *de iure*-Staatenlose anzuwenden sei, nicht aber auf solche Personen, die formell eine Staatsangehörigkeit haben, deren Heimatstaat aber nicht bereit oder in der Lage sei, ihnen die Rechte eines Staatsangehörigen zuzugestehen (*de facto*-Staatenlosigkeit)³⁵. In bezug auf die Staatenlosigkeit von Palästinensern sei auch unerheblich, daß der Bundesminister des Innern sich nunmehr entschieden habe, von einem Fortbestehen der palästinensischen Mandatszugehörigkeit auszugehen, da es sich dabei um einen lediglich politisch motivierten und begründeten Standpunkt handle. Eine rechtliche Begründung für das Fortbestehen des palästinensischen Bürgerrechts über den

³⁴ Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954, BGBl.1976 II, 473.

³⁵ Unter Abweichung von VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 1.12.1986, 1 S 612.86 – NJW 1987, 3094.

14.5.1948 hinaus habe auch der Bundesminister des Innern nicht geliefert. Dabei sei auch zu berücksichtigen, daß Großbritannien als ehemalige Mandatsmacht ausdrücklich davon ausgehe, daß die palästinensische Mandatszugehörigkeit erloschen sei.

Nach Art.1 Abs.2 *lit. i* findet das Staatenlosenübereinkommen keine Anwendung auf Personen, denen gegenwärtig der Schutz des UN-Hilfswerks für Palästina-Flüchtlinge (UNRWA) gewährt werde. Nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts könne »Gegenwärtigkeit« noch dann bejaht werden, wenn eine Rückkehrmöglichkeit in den Wirkungsbereich der UNRWA bestehe. Bei dieser weiten Auslegung müsse jedoch darauf geachtet werden, daß die Rückkehrmöglichkeit faktisch im Willen des betreffenden Ausländers liege und nicht zusätzlich von der nicht mehr durchsichtigen Verwaltungspraxis oder auch der Willkür libanesischer Behörden abhängig sei.

5. Doppelstaatsangehörigkeit

19. In der bereits erwähnten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Ausübung des Einbürgerungsermessens (Urteil vom 14.11.1989 – 1 C 5.89 – InfAuslR 1990, 63 mit Anm. Rittstieg) [14] knüpft der erkennende Senat an seine ständige Rechtsprechung an, daß sich die Behörde bei der Ermessensausübung grundsätzlich von dem Interesse leiten lassen dürfe, Mehrstaatlichkeit zu vermeiden. Dies gelte selbst dann, wenn der Bewerber in naher familiärer Beziehung zu einem deutschen Staatsangehörigen stehe. Angesichts der Entwicklungen im internationalen Privatrecht und zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften kämen der Gefahr der Rechtsunsicherheit und Pflichtenkollisionen möglicherweise weniger Gewicht zu als früher. Die Staaten strebten jedoch weiterhin eine klare Abgrenzung ihrer Personalhoheit und damit die Ausschließlichkeit der eigenen Staatsangehörigkeit an. Auf die Gewichtung dieses Grundsatzes durch das Bundesverwaltungsgericht im Falle einer durch die Wertordnung des Grundgesetzes gebotenen Einbürgerung, ist bereits hingewiesen worden [14].

6. Diplomatischer Schutz

20. Die vom Bundesverfassungsgericht³⁶ aufgestellten Grundsätze zum Ermessensbereich der Bundesregierung bei der Gewährung von Auslandschutz hält das Bundesverwaltungsgericht für übertragbar auch auf andere Fallgestaltungen (Beschluß vom 24.1.1989 – 7 B 102/88 – NJW 1989, 2208). Es wies daher die Nichtzulassungsbeschwerde eines Deutschen zurück, der von der Bundesrepublik Deutschland die Gewährung von Auslandschutz wegen der entschädigungslosen Einziehung des Vermögens von zwei Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz verlangt hatte, an denen er beteiligt war. Das Gericht führt aus, dem Beschwerdeführer stünde kein Anspruch darauf zu, daß die Bundesrepublik vor dem Internationalen Gerichtshof Klage erhebe oder ein internationales Schiedsverfahren gegen die Schweiz beantrage. Das der Bundesregierung zustehende Ermessen sei nicht willkürlich ausgeübt worden, weil sich die Völkerrechtslage als unklar darstelle.

21. Fragen des Rechtsschutzes gegen Tiefflugübungen der NATO-Verbündeten beschäftigten auch 1989 die Verwaltungsgerichte. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts Oldenburg (Urteil vom 22.3.1989 – 7 A 172, 173 und 197/86 – NJW 1989, 1942 = DVBl.1989, 680 = DÖV 1989, 645 L = NVwZ 1989, 895 L – nicht rechtskräftig) seien die zuständigen Stellen der Bundesrepublik Deutschland zu verurteilen, bei den NATO-Partnern darauf hinzuwirken, daß erneute Verhandlungen über die Festsetzung von Tieffluggebieten geführt werden. Die zuständigen Stellen hätten auch den Versuch zu unternehmen, das deutsche Recht auf diplomatischem Weg durch Überzeugung durchzusetzen und darauf zu drängen, daß Tiefflüge gänzlich eingestellt werden, bis die rechtlichen Voraussetzungen geschaffen worden seien. Allerdings könne dabei auch in willkürfreier Einschätzung der außenpolitischen Lage auf die Geltendmachung rechtlicher Argumente verzichtet werden³⁷.

22. Eine davon abweichende Auffassung vertrat das Verwaltungsgericht Darmstadt im nicht rechtskräftigen Urteil vom 19.10.1989 (III/VE 1375/88 – NVwZ 1990, 293 = NJW 1990, 1249 L). Die Kammer ging davon aus, daß die Bundesregierung ihr Ermessen solange nicht verletzt habe und in Verhandlungen mit den Stationierungsstreitkräften nicht eintreten müsse, wie die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Darmstadt, in der festgestellt wurde, daß auch Stationierungsstaaten über dem Bundesgebiet

³⁶ Beschluß vom 16.12.1980, – 2 BvR 419/80 – BVerfGE 55, 349 (Fall *Heß*), dargestellt bei *Vierheilig*, Rechtsprechungsbericht 1980 (Anm.2), 129 (Nr.119).

³⁷ Unter Bezug auf BVerfGE 55, 349, 368.

grundsätzlich eine Mindestflughöhe von 300 m über Grund bei Tiefflügen mit strahlgetriebenen Kampfflugzeugen einzuhalten haben³⁸ nicht rechtskräftig sei oder die darin zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung nicht höchstrichterlich bestätigt worden sei. Den zuständigen Organen der Bundesrepublik Deutschland stünde grundsätzlich ein weites außen- und verteidigungspolitisches Handlungsermessen zu³⁹.

V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs

23. In der bereits erwähnten Entscheidung des Verwaltungsgerichts Mainz (Urteil vom 5.5.1988 – 1 K 4/88 – AVR 1990, 389) [9] zu der Frage, ob die Entlassung eines Konsulatsangestellten von der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle gemäß §15 SchwBG abhängig gemacht werden könne, befand das Gericht unter Bezugnahme auf Art.5 des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen⁴⁰, daß Konsulate hoheitliche Aufgaben erfüllten. Dieser Rechtsstatus bedinge, daß der Empfangsstaat nicht in die internen Personalangelegenheiten des Konsulats, welches im Interesse einer angemessenen Vertretung des Entsendestaates eigenverantwortlich für das ordnungsgemäße Funktionieren des Dienstablaufes nach Maßgabe seiner Belange sorgen müsse, eingreifen dürfe.

VI. Fremdenrecht

1. Einreise und Aufenthalt

Die den Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften betreffenden Fragen werden gesondert unter Kap.X behandelt. Die zu den folgenden Entscheidungen zitierten Bestimmungen des Ausländergesetzes beziehen sich auf das Ausländergesetz vom 28.4.1965 (AuslG)⁴¹.

³⁸ VG Darmstadt, Urteil vom 6.10.1988, NJW 1988, 3170.

³⁹ Unter Bezug auf den Hessischen VGH, Beschluß vom 14.7.1988 – 11 TG 1736/85 – NJW 1989, 470, dargestellt bei Polakiewicz, Rechtsprechungsbericht 1988 (Anm.2), 88 (Nr.26). Vgl. zu beiden Entscheidungen auch R. Wolfrum, Tiefflüge vor den Verwaltungsgerichten: Anmerkungen zu Urteilen des VG Darmstadt und des VG Oldenburg, NVwZ 1990, 237.

⁴⁰ Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24.4.1963, BGBl.1969 II, 1585.

⁴¹ Vgl. zum derzeit geltenden Ausländerrecht das Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts vom 9.7.1990, BGBl.1990 I, 1354.

a) Allgemeines

24. Maßgebend für das Erlöschen einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis nach § 9 Abs.1 Nr.1 AuslG wegen Ablaufs der Gültigkeit des Passes ist allein das objektive Kriterium der im Paß ausgewiesenen Geltungsdauer. Weitere Umstände, insbesondere die vom Ausländer nicht zu vertretende Erfolglosigkeit seines Bemühens um eine rechtzeitige Paßverlängerung, sind nicht zu berücksichtigen. Eine Unterbrechung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts durch Erlöschen der Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis nach § 9 Abs.1 AuslG schließt ohne Rücksicht auf deren Dauer oder fehlendes Verschulden die Erteilung einer (neuen) Aufenthaltsberechtigung nach § 8 Abs.1 AuslG aus. Mit diesen Leitsätzen entschied das Bundesverwaltungsgericht die bislang auch in der Verwaltungsrechtsprechung umstrittene⁴² Frage, ob die Aufenthaltsberechtigung oder -erlaubnis auch dann von Gesetzes wegen erlischt, wenn trotz frühzeitiger Beantragung der Paß des Ausländers nicht rechtzeitig verlängert worden ist (Urteil vom 30.5.1989 – 1 C 57.87 – InfAuslR 1989, 264 mit Anm. der Redaktion = VBIBW 1990, 95 mit Anm. Kimminich). Der Senat verkennt nicht, daß das objektive, an den Ablauf der im Paß ausgewiesenen Geltungsdauer anknüpfende Kriterium der gesetzlichen Regelung durchaus im Einzelfall zu Härten führen kann. Dies rechtfertigt jedoch auch nach Sinn und Zweck des Gesetzes kein anderes Ergebnis. Die Respektierung der Paßhoheit und damit der Belange des Heimatstaates des Ausländers liege durchaus im deutschen Interesse. Mangels Regelungslücke komme auch eine analoge Anwendung von § 21 Abs.3 AuslG, wonach der Aufenthalt eines Ausländers bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt gilt, nicht in Betracht. Auch der für die Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung nach § 8 Abs.1 AuslG unabdingbare fünfjährige rechtmäßige Aufenthalt werde durch eine – wenn auch nur kurzfristige – Ungültigkeit des Passes unterbrochen. Auf ein Verschulden des Ausländers komme es weder bei § 9 Abs.1 Nr.1 noch bei § 8 Abs.1 AuslG an. Verfassungsrechtliche Gebote, insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, könnten ausreichend bei einer etwaigen Entscheidung über die Ausweisung nach § 10 Abs.1 AuslG oder über die Wiedererteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 2 Abs.1 AuslG berücksichtigt werden.

⁴² Ebenso VGH Baden-Württemberg, InfAuslR 1987, 324; eine andere Auffassung vertritt das OLG Karlsruhe, NVwZ 1983, 181.

b) Schutz von Ehe und Familie

Auch im Berichtszeitraum 1989 hatte sich die Verwaltungsrechtsprechung wiederholt in ausländerrechtlichen Fragen mit dem Schutz von Ehe und Familie zu befassen.

25. Mit dem Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen eines sich in Deutschland in Strafhaft befindenden Ausländers hatte sich das Bundesverwaltungsgericht zu beschäftigen (Beschluss vom 22.2.1989 – 1 B 20/89 – NVwZ 1989, 672 = NJW 1989, 2209 L). Der durch Art.6 Abs.1 GG gewährte Schutz von Ehe und Familie sei bei der Ermessensausübung über die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 2 Abs.1 Satz 2 AuslG zwar zu beachten, könne aber einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nicht begründen. Dem verfassungsrechtlichen Gebot könne auch durch Gestattung von Besuchsaufhalten Genüge getan werden. Dabei liege ein Rückgriff auf die Maßstäbe nahe, die für die Wahrnehmung des Umgangsrechts eines Ausländers mit seinem im Bundesgebiet lebenden Kind gelten⁴³.

26. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.7.1984⁴⁴, wonach bei der Entscheidung über die Aufenthaltserlaubnis nach § 2 Abs.1 AuslG einwanderungspolitischen Gesichtspunkten ein höheres Gewicht als dem Schutz der Familie nach Art.6 Abs.1 GG beigemessen werden könne, wenn ein von einem Deutschen adoptierter erwachsener Ausländer die Aufenthaltserlaubnis begehrt (Beschluss vom 18.4.1989 – 2 BvR 1169/84 – DVBl.1989, 712 = DÖV 1989, 674 = StAZ 1989, 257 = NJW 1989, 2195 = ZAR 1989, 132 L). Der zweite Senat führt aus, die Adoption eines Erwachsenen führe regelmäßig nur zu einer »Begegnungsgemeinschaft«⁴⁵. Diese sei weder durch die Institutsgarantie noch durch das Freiheitsrecht des Art.6 Abs.1 GG geschützt. Allerdings sei die in dieser Verfassungsbestimmung enthaltene »wertentscheidende Grundsatznorm«, derzufolge der Staat die Familie zu schützen und zu fördern habe, bei der Ermessensentscheidung über die Aufenthaltserlaubnis zu berücksichtigen. Eine Begegnungsgemeinschaft könne jedoch regelmäßig auch durch wiederholte Besuche, durch Brief- und Telefonkontakte sowie durch Zuwendungen aufrecht erhalten werden. Ergebe sich aus den konkreten Umständen – anders als

⁴³ Insoweit Bezug auf BVerfG, Kammerbeschluss vom 21.7.1986 – 2 BvR 411/86, dargestellt bei Hartwig, Rechtsprechungsbericht 1986 (Anm.2), 54 (Nr.33).

⁴⁴ 1 C 11.82 –, dargestellt bei Kühner, Rechtsprechungsbericht 1984 (Anm.2), 107 (Nr.24).

⁴⁵ Unter Verweis auch auf § 1770 Abs.1 BGB und § 6 i.V.m. § 3 Nr.3 RuStAG.

im zugrundeliegenden Fall –, daß Beistand notwendig sei (»Beistandsgemeinschaft«) und nur in der Bundesrepublik Deutschland geleistet werden könne, so dränge die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, regelmäßig einwanderungspolitische Belange zurück.

27. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof (Urteil vom 6.10.1989 – 10 UE 2713/86 – ESVGH 40, 64) sowie die Zweite Kammer des Zweiten Senates des Bundesverfassungsgerichts (Beschluß vom 10.8.1989 – 2 BvR 67/85 – DVBl.1989, 1246) schließen sich den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes in der soeben zitierten Entscheidung zur »Begegnungsgemeinschaft« und zur »Beistandsgemeinschaft« an. Das Bundesverfassungsgericht (Beschluß vom 14.12.1989 – 2 BvR 377/88 – InfAuslR 1990, 74 = NJW 1990, 895 = VBIBW 1990, 212) präziserte den letztgenannten Begriff. Die Beistandsgemeinschaft, die im Hinblick auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis weitergehende Schutzwirkungen aus Art.6 Abs.1 GG begründe, liege dann vor, wenn ein Familienmitglied auf Lebenshilfe angewiesen sei und ein anderes Familienmitglied diese Hilfe tatsächlich regelmäßig erbringe. Unerheblich sei, daß eine Hausgemeinschaft nicht bestehe.

2. Ausweisung und Abschiebung

28. Nach § 11 Abs.2 i.V.m. § 10 Abs.1 Nr.2 AuslG kann auch ein anerkannter Asylberechtigter ausgewiesen werden, wenn er – wie in dem vom Oberverwaltungsgericht Lüneburg zu entscheidenden Fall (Urteil vom 30.5.1989 – 11 OVG A 556/86 – InfAuslR 1989, 332) – wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren verurteilt worden ist. Bei der gebotenen Ermessensentscheidung hat die Ausländerbehörde jedoch die Wertentscheidungen des Grundgesetzes in Rechnung zu stellen. Eine dem Ausländer in seinem Heimatstaat drohende Todesstrafe müsse ausreichend berücksichtigt werden, da Art.102 GG (»Die Todesstrafe ist abgeschafft«) auf das Gewicht des öffentlichen Interesses einwirke und zugleich das Gewicht des gegenüberstehenden privaten Interesses des Ausländers verstärke⁴⁶.

29. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts darf die Ausländerbehörde bei einer Ausweisung wegen strafrechtlicher Verurteilung die tatsächlichen Feststellungen des Strafgerichts ihrer Entscheidung zugrundelegen, wenn sich eine weitere Aufklärung nicht aufdrängt. Etwas anderes gilt jedoch, wenn die Verurteilung für die Auslän-

⁴⁶ Unter Bezug auf BVerwG, Urteil vom 1.12.1987 – 1 C 29.85 – InfAuslR 1988, 34.

derbehörde erkennbar auf einem Irrtum beruht oder die Behörde eine für ihre Entscheidung erhebliche, aber strittige Tatsache ausnahmsweise besser als das Strafgericht aufzuklären in der Lage ist, was insbesondere bei Verurteilungen im Ausland in Betracht kommt⁴⁷. Diese Rechtsprechung schrieb das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluß vom 8.5.1989 fort (1 B 77.89 – InfAuslR 1989, 269).

30. Ausreiseaufforderung und Abschiebungsandrohung sind rechtswidrig, wenn dem Ausländer bei einer zwangsweisen Überstellung in seinen Heimatstaat zu dem maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung der Ausländerbehörde aufgrund seines in der Bundesrepublik gestellten Asylantrages eine menschenrechtswidrige Behandlung drohte. So entschied der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Urteil vom 14.4.1989 – A 14 S 1392/87 – VBIBW 1989, 388) und schloß sich damit der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts an⁴⁸. Die Ausländerbehörde habe zu prüfen, ob Ausreiseaufforderung und Abschiebungsandrohung im Einzelfall mit dem Grundsatz der Menschenwürde als oberstem Prinzip der deutschen Rechtsordnung vereinbar seien. Als menschenrechtswidrige Behandlung im Sinne dieser Rechtsprechung sei zumindest Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung im Sinne von Art.3 EMRK zu verstehen.

31. Das Bundesverwaltungsgericht sieht keinen Anlaß, von der ständigen Rechtsprechung abzurücken, daß Ausweisungen wegen Rauschgift-handels aus generalpräventiven Gründen grundsätzlich zulässig sind (Urteil vom 6.4.1989 – 1 C 70.86 – DÖV 1989, 824). Dies gelte auch dann, wenn der betreffende Ausländer der Kriminalpolizei als V-Mann bei der Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität geholfen habe. Bestehe die Gefahr des »Untertauchens«, so könne die Ausländerbehörde die Abschiebung des ausgewiesenen Ausländers auch ohne vorherige Abschiebungsandrohung unmittelbar aus der Strafhaft anordnen.

3. Diskriminierung

32. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluß vom 18.7.1989 – 1 B 105.89 – InfAuslR 1989, 268) verletzt die Ausländerbehörde ihren Ermessensspielraum nach §2 Abs.1 Satz 2 AuslG und Art.3 Abs.1 GG nicht dadurch, daß sie einem Ausländer keine Aufenthaltser-

⁴⁷ Vgl. BVerwG, Beschluß vom 16.9.1986 – BVerwG 1 B 143.86 – InfAuslR 1986, 305.

⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 3.11.1987, BVerwGE 778, 243, 245; anders noch VGH München, Urteil vom 10.11.1987, BayVBl.1988, 117.

laubnis nach der sogenannten »Altfall«-Regelung des Berliner Senators für Inneres erteilt, wenn dieser nach dem 1. Januar 1981 zu einer oder mehreren Geldstrafen von insgesamt mindestens 90 Tagessätzen verurteilt worden war. Daß insoweit eine Differenzierung gegenüber anderen Ausländern zulässig sei, ergebe sich auch aus § 10 Abs.1 Nr.2 AuslG.

4. Rechtsschutz

33. Gemäß Art.120 der Bayerischen Verfassung steht die Verfassungsbeschwerde den Bewohnern Bayerns zu. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof setzte seine ständige Rechtsprechung fort, wonach Ausländer nur dann beschwerdeberechtigt seien, wenn sie eine dauernde örtliche Beziehung zum bayerischen Staatsgebiet durch Begründung des Wohnsitzes oder des dauernden Aufenthalts haben (Entscheidung vom 21.4.1989 – Vf.3 – VI – 88 – BayVBl.1989, 593 = BayVGHE 1989, 65)⁴⁹. Das Gericht ließ offen, ob für eine solche Beziehung die Eigenschaft als Geschäftsführer eines in Bayern mit einer Zweigniederlassung im Handelsregister eingetragenen Unternehmens ausreicht oder sich die Beschwerdeberechtigung aus den Art.48 ff. und Art.52 ff. EWG-Vertrag ergeben könne.

VII. Asylrecht⁵⁰

1. Politische Verfolgung

a) Begriff

34. In drei ausgewählten Leitverfahren nahm das Bundesverfassungsgericht ausführlich Stellung zu Grundlagen und Umfang des Asylrechts (Beschluß vom 10.7.1989 – 2 BvR 502/86 u. a. – BVerfGE 80, 315 = EuGRZ 1989, 444 = InfAuslR 1990, 21 = NVwZ 1990, 151 = DÖV 1990, 200 = NJW 1990, 973 L = DVBl.1990, 101 mit Anm. Weides/Zimmermann, DVBl.1990, 410 = BayVBl.1990, 173 mit Anm. Wollenschläger/Becker, BayVBl.1990, 304). Die Verfahren betrafen Tamilen aus Sri Lanka, die sich im Nordteil dieses Staates der "Tamil United Liberation Front (TULF)" angeschlossen und für deren separatistische Ziele in

⁴⁹ Unter Bezug auf BayVGHE 35, 123, 124 = BayVBl.1983, 15.

⁵⁰ Hierzu allgemein M. Bertrams, Aktuelle höchstrichterliche Entscheidungen zum Asylrecht, DVBl.1989, 953; ders., Das materielle Asylrecht in der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung, DVBl.1990, 1129.

unterschiedlicher Intensität geworben hatten. Die Bekämpfung tamilischer Separatisten wurde durch Sri Lanka in den siebziger und achtziger Jahren mit verschärften gesetzgeberischen und militärischen Maßnahmen geführt. Die Anschläge tamilischer Guerilleros lösten nicht nur starke Tamilen-Pogrome aus, die erst nach einigen Tagen von der Staatsgewalt eingedämmt werden konnten, sondern führten regelmäßig auch zu Vergeltungsschlägen (Brandstiftungen, Abbrennen ganzer Dörfer und Stadtteile, wahlloses Erschießen von Verdächtigen) durch die Sicherheitskräfte. Die asylrechtliche Relevanz dieser Vorgänge war Gegenstand etlicher Verfahren vor Oberverwaltungsgerichten, deren Entscheidungen regelmäßig vom Bundesverwaltungsgericht aufgehoben wurden⁵¹. Seither hatten Asylklagen von Tamilen aus Sri Lanka in aller Regel keinen Erfolg.

Das Bundesverfassungsgericht führt seine ständige Rechtsprechung fort, wonach politische Verfolgung grundsätzlich staatliche Verfolgung sei⁵². Dies ergebe sich aus Entstehungsgeschichte und Zielsetzung des Grundrechts. Der Staat als Garant einer Friedensordnung könne staatliche Macht jedoch auch zur Verfolgung nutzen. Die *ratio* der Asylgewährleistung im Grundgesetz hebe daher auf die Gefahren ab, die aus einem bestimmt gearteten Einsatz verfolgender Staatsgewalt erwachsen⁵³. Politische Verfolgung liege daher vor, wenn sie dem einzelnen in Anknüpfung an asylerbliche Merkmale gezielt Rechtsverletzungen zufüge, die ihn ihrer Intensität nach aus der übergreifenden Friedensordnung der staatlichen Einheit ausgrenzten. Diese Aussagen werden im folgenden vom Bundesverfassungsgericht präzisiert. Nur gezielte Rechtsverletzungen seien asylrechtlich relevant. Nachteile aufgrund allgemeiner Zustände (Hunger, Naturkatastrophen) reichten nicht aus. Die gezielte Verletzung müsse den Betroffenen gerade in Anknüpfung an asylerbliche Merkmale treffen wollen und zudem eine bestimmte Intensität aufweisen.

Das Bundesverfassungsgericht widmet sich dann der Frage der Zurechenbarkeit privater Verfolgungsmaßnahmen. Zurechenbarkeit liege vor, wenn der Staat zur Schutzgewährung entweder nicht bereit sei oder wenn er sich nicht in der Lage sehe, die ihm an sich verfügbaren Mittel im konkreten Fall gegenüber Verfolgungsmaßnahmen bestimmter Dritter, insbesondere etwa solchen des staatstragenden Klerus oder der staatstragenden Partei, (hinreichend) einzusetzen. Die asylrechtliche Verantwort-

⁵¹ Vgl. Urteil vom 3.12.1985 – 9 C 33.85 u. a. – BVerwGE 72, 269, dargestellt bei Herdegen, Rechtsprechungsbericht 1985 (Anm.2), 797 (Nr.34). Diese Rechtsprechung wird dargestellt bei Hartwig, Rechtsprechungsbericht 1986 (Anm.2), 62f. (Nr.51).

⁵² Unter Bezug auf BVerfGE 9, 174, 180; 54, 341, 356f., 358; 76, 143, 157f., 169.

⁵³ Unter Bezug auf BVerfGE 9, 174, 180.

lichkeit ende jedoch, wenn die Schutzgewährung die Kräfte eines konkreten Staates übersteige. Als Kehrseite der Asylgewährleistung als Schutz vor einem bestimmt gearteten Einsatz verfolgender Staatsgewalt erweise sich, daß Schutz vor den Folgen anarchischer Zustände oder der Auflösung der Staatsgewalt nicht durch Art.16 Abs.2 GG versprochen werde.

Unter Rückgriff auf Entstehungsgeschichte und Regelungstradition des Asylrechts legt das Bundesverfassungsgericht ferner dar, daß Asyl auch demjenigen zu gewähren sei, der sich gegen seinen Staat politisch betätigt habe und sich daher Maßnahmen der staatlichen Selbstverteidigung ausgesetzt sehe. Dies gelte auch dann, wenn der Staat hierdurch das Rechtsgut des eigenen Bestandes oder seiner politischen Identität verteidige. Es bedürfe einer besonderen Begründung, die sich an bestimmten Abgrenzungskriterien orientiert, um solche Maßnahmen gleichwohl aus dem Bereich politischer Verfolgung herausfallen zu lassen. Zu diesen Kriterien zählen nach Auffassung des Zweiten Senats auch die Verfolgung kriminellen Unrechts, dessen Strafwürdigkeit der Staatenpraxis geläufig ist. Die Äußerung oder Betätigung von kritischen – auch staatsfeindlichen – politischen Überzeugungen als solche bleibe danach im Schutzbereich des Asylrechts.

Eine weitere Grenze der Asylverheißung sieht das Bundesverfassungsgericht dort, wo das Tun des Asylsuchenden wegen der von ihm eingesetzten Mittel von der Bundesrepublik Deutschland in Übereinstimmung mit der von ihr mitgetragenen Völkerrechtsordnung grundsätzlich mißbilligt wird. Dies gelte insbesondere für den Einsatz terroristischer Mittel. Aber auch in diesem Fall sei die besondere Intensität der Verfolgungsmaßnahmen zu berücksichtigen.

Ist die staatliche Friedensordnung prinzipiell aufgehoben, nimmt der Staat vielmehr faktisch die Rolle einer militärisch kämpfenden Bürgerkriegspartei ein und besteht mithin als übergreifende effektive Ordnungsmacht nicht mehr, so könne von einer wirksamen hoheitlichen Überlegenheit nicht mehr gesprochen werden und eine politische Verfolgung grundsätzlich nicht vorliegen. Etwas anderes gelte jedoch dann, wenn der Kampf auf die physische Vernichtung von nach asylerheblichen Merkmalen bestimmten Personen gerichtet ist, die keinen Widerstand mehr leisten wollen oder können, insbesondere bei gezielter physischer Vernichtung oder Zerstörung der ethnischen, kulturellen oder religiösen Identität des gesamten aufständischen Bevölkerungsteiles⁵⁴. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts gelten für den sogenannten Guerilla-Bürgerkrieg die glei-

⁵⁴ Vgl. dazu auch S. Oeter, Flüchtlinge aus Bürgerkriegssituationen – ein ungelöstes Problem des Asylrechts, ZaöRV 1987, 559 ff.

chen Maßstäbe. Ein völkerrechtswidriges Verhalten des Staates in diesem Konflikt könne dagegen allein das Asylrecht nicht begründen.

35. Mit der asylrechtlichen Relevanz von Art.141 Abs.1 und 5 des türkischen Strafgesetzbuches befaßte sich das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluß vom 20.12.1989 (2 BvR 958/86 – EuGRZ 1990, 114 = DVBl.1990, 472 = NVwZ 1990, 453 = InfAuslR 1990, 122 mit Anm. Odenahl, InfAuslR 1990, 167). Unter Bezugnahme auf die vorstehend dargestellte Entscheidung geht der Zweite Senat davon aus, daß die Anwendung der türkischen Strafgesetzbestimmungen asylrechtlich irrelevant sei, sofern damit Rechtsgüter anderer Bürger geschützt werden. Anderes gelte jedoch dann, wenn der Verfolgte unmenschlicher Behandlung (insbesondere Folter) wegen asylrelevanter Merkmale ausgesetzt sei oder diese Mittel im Blick auf die relevanten Merkmale in verschärfter Form angewendet werden. Das Bundesverfassungsgericht präzisiert jedoch auch die immanenten Schranken von Art.16 Abs.2 GG: Zwar dürfe der Flüchtling seine politische Überzeugung im Rahmen der in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Rechtsordnung bekunden; suche er jedoch lediglich einen neuen Kampfplatz zur Fortsetzung terroristischer Aktivitäten und nicht den Schutz einer übergreifenden staatlichen Friedensordnung, so werde ihm dafür Schutz durch Art.16 Abs.2 Satz 2 GG nicht gewährt. Der Abschiebungsschutz nach Art.3 EMRK bleibe dagegen unberührt.

36. Auch das Bundesverwaltungsgericht hält die Folterpraxis in türkischen Militärgefängnissen für politisch motiviert, da Unterschiede in der Folterintensität je nach der politischen Überzeugung der Betroffenen bestünden (Urteil vom 17.1.1989 – 9 C 62.87 – DVBl.1989, 720). Die Mißhandlungen seien dem türkischen Staat zurechenbar, da sie im großen und ganzen nicht erfolgreich bekämpft würden⁵⁵.

37. Das Fehlverhalten gegenüber einer den Schutz der öffentlichen Moral bezweckenden und damit für sich betrachtet asylrechtlich unerheblichen Norm, das allgemein oder im Einzelfall zum Anlaß genommen wird, um auf asylrechtlich bedeutsame persönliche Merkmale oder Eigenschaften zuzugreifen, kann einen Asylanspruch begründen. Die unverhältnismäßige Härte einer verhängten Strafe – im zu entscheidenden Fall handelte es sich um eine Körperstrafe von 100 Peitschenhieben, weil sich ein Iraner verbotenerweise mit seiner Frau in der Öffentlichkeit gezeigt hatte – reiche für sich allein zur Annahme einer politischen Verfolgung nicht aus. So entschied das Bundesverwaltungsgericht durch Beschluß vom 21.2.1989

⁵⁵ Unter Bezug auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22.4.1986 – 9 C 318.85 –, BVerwGE 74, 160, 163.

(9 B 258.88 – InfAuslR 1989, 216 mit Anm. der Redaktion) und setzte damit seine bisherige Rechtsprechung fort⁵⁶.

38. Gleichfalls fortgesetzt hat das Bundesverwaltungsgericht seine Rechtsprechung zur asylrechtlichen Relevanz homosexueller Veranlagungen (Urteil vom 17.10.1989 – 9 C 25.89 – InfAuslR 1990, 104 = NVwZ-RR 1990, 375)⁵⁷. Eine unumkehrbare Festlegung auf homosexuelle Triebbefriedigung, die ebenso wie die Merkmale der »Rasse« und »Nationalität« in Art.1 A Nr.2 GK als unabänderlich anzusehen sei, könne auch dann vorliegen, wenn daneben eine heterosexuelle Triebrichtung bestehe, sofern nur der Betreffende seinen homosexuellen Veranlagungen aus eigener Kraft auf Dauer nicht zu widerstehen vermag.

39. Das Bundesverwaltungsgericht führte ferner seine Rechtsprechung zur Asylrechtsrelevanz der staatschutzrechtlichen Vorschriften der Art.141 und 142 des türkischen Strafgesetzbuches fort und stellt klar, daß eine Strafnorm auf die politische Überzeugung zugreife und deshalb politisch motiviert sei, wenn sie die Vermittlung eigener politischer Überzeugungen an Dritte sanktioniere. Ein Mindestmaß an Äußerungs- und Betätigungsmöglichkeiten müsse gewährleistet sein (Urteil vom 12.12.1989 – 9 C 39.88 – InfAuslR 1990, 102)⁵⁸.

40. Die Praxis der Entführung alleinstehender christlicher Mädchen und Frauen durch muslimische Männer in der Türkei – auch in Istanbul – und der damit zusammenhängende zwangsweise Wechsel der Religionszugehörigkeit begründet nach Auffassung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs (Urteil vom 20.3.1989 – 12 UE 3003/86 – InfAuslR 1989, 253) religiös motivierte Verfolgung und damit einen Anspruch auf Asyl nach Art.16 Abs.2 Satz 2 GG. Mangels ausreichender Schutzvorkehrungen durch den türkischen Staat sei dieser für die genannte Praxis auch verantwortlich.

41. Auch unter Bürgerkriegsverhältnissen kann politische Verfolgung stattfinden. Geht der Staat gegen Personen vor, die in Bürgerkriegsverhältnissen die Staatsgewalt aktiv bekämpfen, so stellt das nur dann politische Verfolgung dar, wenn – auch – auf die politische Überzeugung der Betrof-

⁵⁶ Bezugnehmend auf Urteil vom 17.5.1983 – 9 C 874.82 – BVerwGE 67, 195, 200; Urteil vom 17.5.1983 – 9 C 36.83 – BVerwGE 67, 188 und Urteil vom 15.3.1988 – 9 C 278.86 – BVerwGE 79, 143, 149.

⁵⁷ Unter Bezug auf das Grundsatzurteil vom 15.3.1988 – 9 C 278.86 – BVerwGE 79, 148, dargestellt bei Polakiewicz, Rechtsprechungsbericht 1988 (Anm.2), 94 f. (Nr.39).

⁵⁸ Unter Bezug auf das Urteil vom 30.8.1988 – 9 C 14.88 – BVerwGE 80, 136, dargestellt bei Polakiewicz, *ibid.*, 97 (Nr.44), und Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 10.7.1989 – 2 BvR 502/86 u. a. [34]; vgl. ferner Bundesverfassungsgericht, Beschluß vom 20.12.1989 – 2 BvR 958/86 [35].

fenen zugegriffen werden soll. Mit diesen Aussagen bestätigte das Bundesverwaltungsgericht seine bisherige Rechtsprechung (Urteil vom 30.5.1989 – 9 C 44.88 – DÖV 1989, 993 = InfAuslR 1990, 68)⁵⁹ und befindet sich insofern im Grundsatz in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht⁶⁰.

42. Nach Auffassung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs (Beschluß vom 5.10.1989 – 10 TP 336/89 – InfAuslR 1990, 174) besteht Deckungsgleichheit zwischen Art.1 A Nr.2 GK und dem Begriff des »politisch Verfolgten« insoweit, als alle Flüchtlinge von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG erfaßt werden. Das AsylVfG regle daher abschließend das Verfahren zur Anerkennung ausländischer Flüchtlinge. Eine unmittelbare Anwendbarkeit der GK komme daneben nicht in Betracht.

43. Dasselbe Gericht schließt sich der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen⁶¹ zur Asylrechtsrelevanz der strafrechtlichen Verfolgung der Wehrdienstentziehung an (Urteil vom 30.1.1989 – 13 UE 2051/84 – NVwZ-RR 1989, 433), soweit die Strafandrohungen darauf zielen, in der Person des sich dem Wehrdienst Entziehenden den politischen Gegner zu treffen. Die Resolution Nr.1370 des Irakischen Revolutionsrates vom 2.1.1984 sei als politisch motivierte staatliche Verfolgung in diesem Sinne anzusehen.

44. Übereinstimmend entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß die Androhung der Todesstrafe im Irak für den Fall der Wehrdienstverweigerung allein politische Verfolgung nicht begründe. Asylrechtlich relevant sei die Bestrafung erst dann, wenn sie zielgerichtet gegenüber bestimmten Personen eingesetzt werde, um diese gerade wegen ihrer Religion, ihrer politischen Überzeugung oder eines sonstigen asylherheblichen persönlichen Merkmals zu treffen (9 B 463.88 – InfAuslR 1989, 176).

b) Gruppenverfolgung

45. In der soeben dargestellten Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs (Urteil vom 30.1.1989 – 13 UE 2051/84 – NVwZ-RR 1989, 433) [43] vertritt der erkennende Senat die Auffassung, daß die Kurden im Norden des Irak als Gruppe jederzeit mit einer Wiederholung von

⁵⁹ Vgl. Beschlüsse vom 4.11.1986 – 9 B 200.86 – Buchholz 402.25 § 1 AsylVfG Nr.57 und vom 12.1.1987 – 9 B 282.86 – Buchholz 402.25 § 1 AsylVfG Nr.60; vgl. auch Urteil vom 2.12.1986 – 9 C 105.85 – BVerwGE 75, 181 f.

⁶⁰ Vgl. Beschluß vom 10.7.1989 – 2 BvR 502/86 u. a. – [34].

⁶¹ Urteil vom 30.3.1987 – 16 A 10805/82 – InfAuslR 1987, 258 = DVBl.1987, 1127, dargestellt bei K o k o t t, Rechtsprechungsbericht 1987 (Anm.2), 736 f. (Nr.47).

Giftgasangriffen durch die irakische Armee zu rechnen hätten und daher einer asylrechtlich relevanten Gruppenverfolgung ausgesetzt seien. Zwar könne eine Gruppenverfolgung auch regional bzw. lokal begrenzt sein⁶², die Möglichkeit einer sogenannten inländischen Fluchtalternative sei dann jedoch in Betracht zu ziehen.

46. Zum Spannungsverhältnis zwischen Gruppenverfolgung und inländischen Fluchtalternativen äußerte sich auch das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 8.2.1989 (9 C 33.87 – InfAuslR 1989, 248 mit Anm. der Redaktion) in bezug auf die Gruppe der Yeziden in Südostanatolien. Die Gruppenverfolgung, die eine bestimmte Verfolgungsdichte aufweisen müsse, beispielsweise im Fall von Pogromen oder pogromähnlichen Aktionen, begründe nur dann einen Anspruch auf Asyl, wenn sich die asylrelevanten Übergriffe über das ganze Verfolgungsgebiet verteilen und keine verfolgungsfreien oder deutlich weniger gefährdeten Zonen oder Bereiche ausgespart blieben. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestünde jedoch ausreichender Schutz gegen Übergriffe der moslemischen Bevölkerung in bestimmten Landesteilen. Eine Gruppenverfolgung der Yeziden könne daher nicht angenommen werden.

47. Mit der Gruppenverfolgung von Yeziden beschäftigte sich das Bundesverwaltungsgericht auch im Beschluß vom 24.8.1989 (9 B 301.89 – DVBl.1989, 1255 = InfAuslR 1989, 348). Unter Bezug auf das vorgenannte Urteil führt das Gericht aus, daß eine Gruppenverfolgung für den einzelnen asylrechtlich nur relevant sei, wenn dadurch die aktuelle Gefahr eigener Betroffenheit entstehe. Der Zwang für schulpflichtige Kinder yezidischen Glaubens, an der Bekennung zur islamischen Religion im staatlichen Schulunterricht teilnehmen zu müssen, begründe jedoch keine Betroffenheit der Erwachsenen. Die Gefahr für den Fortbestand des yezidischen Glaubens überhaupt durch die genannten Maßnahmen sei nicht rechtserheblich. Art.16 Abs.2 Satz 2 GG setze eine individuelle Betroffenheit des asylbegehrenden Ausländers voraus.

48. In Abweichung von Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts⁶³ geht der Hessische Verwaltungsgerichtshof in einem nicht rechtskräftigem Urteil vom 3.2.1989 (10 UE 759/84 – NVwZ-RR 1989, 438) davon aus, daß die Angehörigen der Religionsgemeinschaft der Ahmadiyya die

⁶² Unter Bezug auf BVerwGE 70, 232.

⁶³ Urteil vom 23.2.1988 – 9 C 14.87 – InfAuslR 1988, 259 = NVwZ 1988, 637 und 9 C 85.87 – BVerwGE 79, 79 = InfAuslR 1988, 194 = DVBl.1988, 645 = NVwZ 1988, 635, dargestellt bei Polakiewicz, Rechtsprechungsbericht 1988 (Anm.2), 99f. (Nr.48).

Voraussetzungen für eine Vorverfolgung infolge mittelbarer staatlicher Gruppenverfolgung erfüllen, da sie in Pakistan von Ende Mai 1974 an landesweiten pogromartigen Ausschreitungen orthodoxer Moslems ausgesetzt waren, gegen die der Staat erst im November 1974 vorgegangen ist. Der Verwaltungsgerichtshof vertritt ferner die Auffassung, daß auch in Zukunft mit einer weiteren Verschärfung des pakistanischen Strafgesetzbuches zu rechnen sei, und daß Ahmadis in Pakistan erneut Opfer pogromartiger Ausschreitungen zu werden drohen. Pakistan sei weder schutzwillig noch schutzfähig.

c) Wahrscheinlichkeit der Verfolgung

49. Liegt eine Vorverfolgung nicht vor, so besteht ein Anspruch auf Asyl nur dann, wenn bei einer Rückkehr in die Heimat dem Ausländer politische Verfolgung mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit drohen würde⁶⁴. Daß gesonderte Umstände, die jeweils den Zugriff des Heimatstaates nur möglich erscheinen lassen, im Wege einer »Gesamtschau« eine beachtliche Wahrscheinlichkeit der Verfolgung begründen können, hielt das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich für möglich (Urteil vom 27.6.1989 – 9 C 1.89 – BVerwGE 82, 171 = NVwZ 1990, 267 = NJW 1990, 1435 L). Der Senat stellt jedoch im Hinblick auf seinen Beschluß vom 12.7.1983⁶⁵ klar, daß eine Zwangsläufigkeit dahingehend, daß sich aus der bloßen Summierung mehrerer möglicher Verfolgungsgründe die beachtliche Wahrscheinlichkeit politischer Verfolgung ergebe, nicht bestehe. Andererseits dürften die einzelnen Verfolgungsrisiken nicht isoliert betrachtet werden.

50. Das Bundesverwaltungsgericht setzt im bereits dargestellten Urteil vom 17.1.1989 (9 C 62.87 – DVBl.1989, 720) [36] seine Rechtsprechung zum Begriff der beachtlichen Wahrscheinlichkeit für eine politische Verfolgung fort und führt aus, daß diese nicht unter rein quantitativen Gesichtspunkten beurteilt werden könne. Maßgebend sei nicht allein, ob eine bestimmte Tatsache nur subjektiv »als konkrete Bedrohung empfunden« werde, sondern insbesondere, ob hierfür auch ausreichende objektive Anhaltspunkte bestünden, die bei einem vernünftig denkenden und besonnenen Menschen ernsthafte Furcht vor politischer Verfolgung hervorrufen könnten. Eine wohlbegründete Furcht vor Verfolgung könne daher auch

⁶⁴ Vgl. BVerwGE 70, 169.

⁶⁵ NVwZ 1984, 43 L, dargestellt bei Haverland, Rechtsprechungsbericht 1983 (Anm.2), 89f. (Nr.37).

dann vorliegen, wenn aufgrund statistischer Betrachtungsweise weniger als 50 % Wahrscheinlichkeit für eine Verfolgung sprächen.

d) Familienangehörige von anerkannten Asylberechtigten

51. Die Ermessensentscheidung der Ausländerbehörde über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an den Ehegatten eines anerkannten Asylberechtigten wird maßgeblich durch Art.6 Abs.1 GG eingeschränkt. Ist der antragstellende Ehegatte jedoch in einem anderen Land als Flüchtling im Sinne der GK anerkannt und zum Aufenthalt berechtigt, so ist bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zu berücksichtigen, daß die angestrebte Familieneinheit auch in jenem Land hergestellt werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht präzisiert mit diesen Aussagen seine bisherige Rechtsprechung (Beschluß vom 30.10.1989 – 1 A 93.89 – NVwZ 1990, 376)⁶⁶.

2. Nachfluchtgründe

52. Seit dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 26.11.1986⁶⁷ geht auch das Bundesverwaltungsgericht davon aus, daß selbstgeschaffene Nachfluchtgründe – wozu auch die Stellung eines Asylantrages zählen kann – einen Asylanspruch grundsätzlich nicht begründen können. Etwas anderes gelte jedoch dann, wenn sich der Antragsteller bei Stellung des Asylantrages in einer Zwangslage befunden habe⁶⁸. Eine solche Zwangslage, so stellt das Bundesverwaltungsgericht nunmehr klar (Urteil vom 30.5.1989 – 9 C 62.88 – DÖV 1989, 995), sei gegeben, wenn sich der Ausländer vor seiner Ausreise im Heimatstaat in einer »latenten Gefährdungslage« befunden habe. Diese Lage entspreche im wesentlichen der Situation, in die zurückzukehren einem Vorverfolgten nicht angemessen werden könne.

53. Nach Auffassung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs (Urteil vom 30.1.1989 – 13 UE 2051/84 – NVwZ-RR 1989, 433) [43] liegt eine

⁶⁶ Vgl. zu diesem Problembereich nunmehr §§ 17f. des Ausländergesetzes vom 9.7.1990 (Anm.41).

⁶⁷ 2 BvR 1058/85 – BVerfGE 74, 51, dargestellt bei Hartwig, Rechtsprechungsbericht 1986 (Anm.2), 65 (Nr.55). Vgl. zu dieser Rechtsprechung auch S. Richter, Selbstgeschaffene Nachfluchtgründe und die Rechtsstellung von Konventionsflüchtlingen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf Asyl und dem Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts, ZaöRV 1991, 1 ff. (in diesem Heft).

⁶⁸ Urteil vom 30.8.1988 – 9 C 80.87 – BVerwGE 80, 131, dargestellt bei Polakiewicz, Rechtsprechungsbericht 1988 (Anm.2), 103 f. (Nr.57).

ausweglose Zwangslage im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dann vor, wenn der Asylantrag seinerzeit insoweit sachlich gerechtfertigt war, als der Ausländer damals von politischer Verfolgung bedroht war und des Schutzes vor dieser Verfolgung bedurfte.

54. Asylrechtlich unbeachtliche subjektive Nachfluchtgründe sind nach Auffassung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs für den Status des Ausländers gleichwohl nicht ohne Bedeutung (Urteil vom 13.6.1989 – 25 B 30999/87 – InfAuslR 1990, 179). Droht dem Ausländer nämlich bei der Rückkehr in seinen Heimatstaat politische Verfolgung, so dürfe er dorthin gemäß § 14 Abs.1 AuslG und Art.33 Abs.1 GK nicht abgeschoben werden. Dieser Abschiebungsschutz könne dem Ausländer auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs oder der Verwirkung genommen werden, denn er gründet auf der Achtung der Menschenwürde, einem unveräußerlichen Grundrecht (Art.1 Abs.2 GG). Die Möglichkeit zur Abschiebung bei schweren Verbrechen oder der Gefährdung der Allgemeinheit nach § 14 Abs.1 Satz 2 AuslG i.V.m. Art.33 Abs.2 GK bleibe davon unberührt⁶⁹.

55. Das Bundesverwaltungsgericht stellt im Urteil vom 12.12.1989 (9 C 6.88 – InfAuslR 1990, 127) unter Bezugnahme auf seine eigene Rechtsprechung und den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 26.11.1986⁷⁰ klar, daß eine exilpolitische Tätigkeit asylrechtlich beachtlich ist, wenn sie als Fortsetzung der im Heimatstaat vorhandenen und erkennbar betätigten Überzeugung angesehen werden kann. Damit weist es die darüber hinausgehenden Erwägungen des Berufungsgerichts zurück, die Betätigung in der Heimat müsse bereits zu einer beachtlichen Wahrscheinlichkeit politischer Verfolgung geführt haben.

3. Inländische Fluchtalternative

56. Das Bundesverfassungsgericht hat in dem bereits dargestellten Beschluß vom 10.7.1989 (2 BvR 502/86 u. a. – BVerfGE 80, 315 = EuGRZ 1989, 444 = InfAuslR 1990, 21 = NVwZ 1990, 151 = DÖV 1990, 200 = NJW 1990, 973 L = DVBl.1990, 101 mit Anm. Weides/Zimmermann, DVBl.1990, 410 = BayVBl.1990, 173 mit Anm. Wollenschlä-

⁶⁹ Vgl. zur Erheblichkeit selbstgeschaffener Nachfluchtbestände für die Asylberechtigung auch den Beschluß der Ersten Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 8.3.1989 – 2 BvR 1627/87 – BayVBl.1989, 561, in dem die restriktive Rechtsprechung bestätigt wird.

⁷⁰ 2 BvR 1058/85 – BVerfGE 74, 51, dargestellt bei Hartwig, Rechtsprechungsbericht 1986 (Anm.2), 65 (Nr.55).

ger/Becker, BayVBl.1990, 304) [34] auch die vom Bundesverwaltungsgericht zur »inländischen Fluchtalternative« entwickelten Grundsätze bestätigt. Zur Begründung dafür, daß eine Asylgewährung dann nicht in Betracht kommt, wenn Schutz vor Verfolgung auch im eigenen Land möglich ist, greift das Bundesverfassungsgericht auch auf Art.1 A Nr.2 GK zurück, wonach Flüchtling nur der Verfolgte ist, der den Schutz des Landes seiner Staatsangehörigkeit nicht in Anspruch nehmen kann. Da Art.16 Abs.2 Satz GG dasjenige zum Rechtsanspruch erheben wolle, was seinerzeit im Völkerrecht als Asyl oder Asylgewährung begriffen wurde, könne sich aus der GK entnehmen lassen, daß Asyl nur bei auswegloser Lage auch in anderen Landesteilen gewährt werden müsse.

57. An die soeben dargelegten Ausführungen knüpft das Bundesverfassungsgericht auch im Beschluß vom 10.11.1989 an (2 BvR 403/84 und 1501/84 – InfAuslR 1990, 34 = DVBl.1990, 201 = BayVBl.1990, 147 = NVwZ 1990, 254). Der Zweite Senat konkretisiert jedoch die Ausführungen nunmehr im Hinblick auf türkische Staatsangehörige yezidischen Glaubens. Eine inländische Fluchtalternative bestehe nicht, wenn der Staat den Antragsteller durch eigene Maßnahmen daran hindere, das religiöse Existenzminimum zu wahren oder die ansässige Bevölkerung die Wahrung des religiösen Existenzminimums durch aktives Handeln unmöglich mache, ohne daß der Staat die nach seiner Rechtsordnung hiergegen allgemein in Betracht kommenden Maßnahmen ergreife. Religiöses Existenzminimum in diesem Sinne umfasse die Religionsausübung im häuslich-privaten Bereich, 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. Für die Yeziden komme zudem die Aufrechterhaltung einer Familienstruktur im Sinne eines für die Ausübung der Kulthandlungen notwendigen Gruppenzusammenhalts hinzu. Sofern der notwendige Gruppenzusammenhalt durch eine in den türkischen Städten feindlich eingestellte moslemische Umgebung aktiv behindert werde, sei die Wahrung des religiösen Existenzminimums nicht mehr gewährleistet.

4. Anderweitiger Verfolgungsschutz

58. Auch im Berichtszeitraum 1989 hatte sich das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Verfahren mit der Sicherheit vor Verfolgung in einem Drittstaat und dem damit einhergehenden Ausschluß des Asylrechts nach § 2 AsylVfG zu befassen. Dabei ging es zumeist um die Flucht äthiopischer

Staatsangehöriger eritreischer Volkszugehörigkeit über den Sudan in die Bundesrepublik Deutschland (Urteile vom 21.11.1989 – 9 C 36.89 – InfAuslR 1990, 168; 9 C 53.89 – InfAuslR 1990, 99; 9 C 54.89 – InfAuslR 1990, 97 und 9 C 55.89 – InfAuslR 1990, 93 = BVerwGE 84, 81 = DVBl.1990, 491 = NVwZ 1990, 572 = VBlBW 1990, 331). In Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung⁷¹ führt der erkennende Senat aus, daß sich die Sicherheit vor Verfolgung in einem Drittstaat nicht nach der subjektiven Vorstellung des Flüchtlings bei Beginn der Flucht im Heimatstaat bemesse, sondern danach, ob die Flucht nach ihrem Gesamtverlauf im Drittstaat nach objektiven Maßstäben stationären Charakter angenommen habe. Ein Anspruch auf Asyl entfalle solange nicht, wie der Drittstaat, der Sicherheit hätte bieten können, lediglich als Fluchtweg benutzt werde. Der Sudan biete Flüchtlingen aus Äthiopien zwar eine Lebensgrundlage oberhalb des Existenzminimums, dadurch allein werde die Flucht jedoch nicht beendet. Auf die ursprüngliche Vorstellung des Flüchtlings, zunächst nur in den Sudan gelangen zu wollen, komme es nicht an. Entscheidend für die Beendigung der Flucht sei vielmehr das äußere Erscheinungsbild, das stationären Charakter aufweisen müsse.

59. Das Bundesverwaltungsgericht präzisiert in dem bereits dargestellten Urteil vom 30.5.1989 (9 C 44.88 – DÖV 1989, 993 = InfAuslR 1990, 68) [41] die Umstände, die eine ausreichende Lebensgrundlage dergestalt begründen, daß Verfolgungssicherheit im Drittstaat besteht. Entscheidend sei nicht, ob der Staat selbst alle Maßnahmen ergreife, um ein Existenzminimum zu gewährleisten. Die insoweit erforderliche Hilfe könne auch von privater Seite oder von internationalen Hilfsorganisationen kommen⁷².

60. Das Fehlen anderweitigen Verfolgungsschutzes ist Tatbestandsvoraussetzung des Anspruchs auf Asyl nach Art.16 Abs.2 Satz 2 GG. Genießt der Asylbewerber anderweitigen Verfolgungsschutz, so besteht ein Anspruch nicht. An diese Feststellung knüpft das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 17.1.1989 – 9 C 44.87 – DVBl.1989, 718 = NVwZ 1989, 673) die Erwägung, daß dies sowohl für Verfolgungsschutz vor der Antragstellung auf Asyl gelten müsse, als auch für Verfolgungsschutz, der erst während des Asylverfahrens eingetreten sei. Mit diesen Überlegungen wurde der Antrag eines Tamilen abgewiesen, der sich während des laufenden Anerkennungsverfahrens in die USA begeben, dort eine amerikanische Staatsangehörige geheiratet sowie eine Aufenthaltserlaubnis erhalten hatte.

⁷¹ Urteile vom 21.6.1988 – 9 C 92.87 – InfAuslR 1988, 335 und 9 C 12.88 – BVerwGE 79, 347, dargestellt bei Polakiewicz, Rechtsprechungsbericht 1988 (Anm.2), 106 f. (Nr.63).

⁷² Vgl. dazu auch Urteil vom 21.11.1989 – 9 C 36.89 – InfAuslR 1990, 168 [58].

Den durch Tatbestand und Regelungszweck von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG bewirkten Beschränkungen stehe auch § 2 AsylVfG nicht entgegen. Dieser sehe einen Ausschluß des Anspruchs zwar nur vor, wenn der Antragsteller »vor politischer Verfolgung sicher war«, der Gesetzgeber habe jedoch durch die Neufassung des AsylVfG keine Änderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand herbeiführen wollen⁷³.

5. Rechtsstellung der Flüchtlinge

61. Nach § 8 Abs.1 Nr.3 BAföG haben anerkannte Asylberechtigte Anspruch auf Ausbildungsförderung. Diesem Personenkreis stehen nach Auffassung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (Urteil vom 14.8.1989 – 12B 87.1278 – FamRZ 1990, 1043) solche Personen gleich, die mit einem Reiseausweis nach Art.28GK in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sind, nach § 26 Abs.1 Nr.1 AuslG in die deutsche Obhut übernommen wurden und einen deutschen internationalen Reiseausweis nach Art.28GK mit unbefristeter Aufenthaltserlaubnis erteilt bekommen haben. Zwar gehe die höchstrichterliche Rechtsprechung heute nicht mehr davon aus, daß die von der Asylgewährleistung und von der GK erfaßten Personenkreise identisch seien, die Aufnahme eines Flüchtlings mit ausländischem internationalem Reiseausweis nach Art.28GK in deutsche Obhut stelle diesen jedoch ohne Einschränkung rechtlich so, als wäre er in der Bundesrepublik Deutschland als Flüchtling anerkannt worden. Es bestehe daher ein Anspruch nach § 8 Abs.1 Nr.3 BAföG.

62. Nach § 11 Abs.2 AuslG können u. a. Ausländer, die als politisch Verfolgte Asylrecht genießen, wenn sie sich rechtmäßig im Geltungsbereich des AuslG aufhalten, nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ausgewiesen werden. Das Bundesverwaltungsgericht vertrat im Urteil vom 17.1.1989 (1 C 46.86 – DÖV 1989, 940) die Auffassung, ein rechtmäßiger Aufenthalt liege auch dann vor, wenn der Asylbewerber bereits als berechtigt anerkannt worden sei, die ihm nach § 29 Abs.1 AsylVfG zustehende Aufenthaltserlaubnis jedoch noch nicht erhalten habe. Nach § 20 Abs.1 Satz 1 AsylVfG werde dem Ausländer allein durch den von ihm gestellten Asylantrag der Aufenthalt im Bundesgebiet gestattet. Dies allein begründe grundsätzlich die Rechtmäßigkeit seines Aufenthaltes.

⁷³ Zum Schutz vor Verfolgung nach alter Rechtslage vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2.12.1986 – 9 C 105/85 – BVerWGE 75, 181, dargestellt bei Hartwig, Rechtsprechungsbericht 1986 (Anm.2), 66f. (Nr.58).

VIII. Auslieferungsrecht

63. Die Auslieferung eines früheren deutschen Staatsangehörigen, der die deutsche Staatsbürgerschaft nach § 25 RuStAG verloren hat, ist zulässig, wenn keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, daß der ersuchende Staat seinen Auslieferungsanspruch mißbräuchlich geltend macht. So entschied das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluß vom 19.9.1989 – 4 Ausl(A) 231/89 – 59/89 III – NJW 1990, 1429). Der Verfolgte habe auf Antrag die US-amerikanische Staatsbürgerschaft erhalten und damit gemäß § 25 RuStAG die deutsche Staatsangehörigkeit *eo ipso* verloren, weil er nach Auffassung des Oberlandesgerichts weder seinen Wohnsitz noch seinen dauernden Aufenthalt im Inland hatte. Familiäre und wirtschaftliche Beziehungen zur Bundesrepublik Deutschland reichten nicht aus, einen längerfristigen Lebensmittelpunkt zu begründen, wenn ansonsten nur kurzfristige Besuche nachgewiesen seien. Der anhängige Rechtsstreit um die Rücknahme eines Staatsangehörigkeitsausweises sei unerheblich, da das erkennende Gericht im Auslieferungsverfahren selbst die abschließende Entscheidung über die deutsche Staatsangehörigkeit treffe. Ein Verstoß gegen wesentliche die Auslieferung behindernde Grundsätze der deutschen Rechtsordnung (§ 73 IRG) liege nur dann vor, wenn das ausländische Verfahren zu elementaren verfassungsrechtlichen oder völkerrechtlichen Geboten des Grundrechts- und Menschenrechtsschutzes in offenbarem Widerspruch steht. Weder die Rechtmäßigkeit des ausländischen Strafurteils noch der Schuldverdacht könnten grundsätzlich einer erneuten Prüfung unterzogen werden.

64. Mit Fragen des Spezialitätsgrundsatzes beschäftigte sich das Oberlandesgericht Stuttgart (Beschluß vom 21.9.1989 – 1 Ws 410/89 – DJ 1990, 65). Der Umfang der zu wahrenen Spezialität ergebe sich in Ermanglung eines Auslieferungsvertrages mit Marokko aus den verbindlichen Erklärungen der beteiligten Staaten im Einzelfall. Dient die allgemeine Zusicherung der Wahrung der Spezialität der Einhaltung der vom marokkanischen Auslieferungsgesetz aufgestellten Voraussetzungen für eine Auslieferung, so sei die Spezialitätsbindung auch nach diesem Recht zu bestimmen. Danach entfalle eine Bindung 30 Tage nach der endgültigen Freilassung des Verfolgten, sofern dieser das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland nicht verlassen habe. Der Beschwerdeführer durfte daher auch für solche Taten verurteilt werden, die bei der Auslieferung nicht bewilligt worden waren.

IX. Internationaler Menschenrechtsschutz

1. Europäische Menschenrechtskonvention

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

65. Nach § 153 Abs.2 StPO kann das Strafverfahren bei geringer Schuld des Angeklagten eingestellt werden. Der Bundesgerichtshof hielt im Beschluß vom 3.11.1989 an seiner ständigen Rechtsprechung fest, daß Art.6 Abs.1 Satz 1 EMRK kein besonderes Verfahrenshindernis begründe, im Rahmen von § 153 Abs.2 StPO jedoch zur Anwendung gelangen könne⁷⁴ (2 StR 646/88 – NJW 1990, 1000). Für das Verschulden sei nicht nur auf den Zeitpunkt der Tatbegehung abzustellen. Vielmehr sei zu prüfen, welche Strafe auch im Hinblick auf die lange Verfahrensdauer, die Tatsache, daß der Angeklagte jahrelang unter dem Druck des Verfahrens stand, sich in Untersuchungshaft befand und den Schaden wiedergutmacht hat, bei Abschluß des Verfahrens einen gerechten Schuldausgleich herbeiführen könne. Der Bundesgerichtshof stellte daher das Verfahren mit Rücksicht auf die lange Verfahrensdauer (12 Jahre) und den Umstand, daß die dem Angeklagten möglicherweise anzulastende Schuld durch die ihn belastenden Folgen des Verfahrens bereits weitgehend ausgeglichen seien, nach § 153 Abs.2 StPO ein.

66. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁷⁵ entschied das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluß vom 2.12.1988 – 5 Ss 333/88 – 228/88 II – MDR 1989, 935), daß im Hinblick auf Art.6 Abs.1 Satz 1 EMRK nur dann eine Einstellung in Frage käme, wenn eine außergewöhnliche Verfahrensverzögerung festzustellen sei. Einen solchen Fall nahm das Gericht trotz Festnahme des Angeklagten im März 1975 und berücksichtigend, daß selbst mit der Entscheidung des erkennenden Senats das Verfahren noch nicht beendet sein würde, nicht an.

67. Das Beschleunigungsgebot aus Art.6 Abs.1 EMRK gilt nach Überzeugung des Oberlandesgerichts Stuttgart in Haftsachen auch dann, wenn eine Untersuchungshaft neben der vollzogenen Strafhaft nur als Überhaft vorgemerkt ist (Beschluß vom 10.7.1989 – 1 Ws 258/89 – MDR 1990, 76). Wird das Verfahren über zehn Monate ohne Grund nicht gefördert, so stehe die Aufrechterhaltung des Haftbefehls mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 120 Abs.1 Satz 1 StPO) nicht mehr in Einklang.

⁷⁴ Vgl. BGHSt 24, 239, 242, und 35, 137, dargestellt bei Polakiewicz, Rechtsprechungsbericht 1988 (Anm.2), 113 f. (Nr.78).

⁷⁵ BGHSt 35, 137, dargestellt bei Polakiewicz, *ibid.*

68. Das Bundesverwaltungsgericht setzte seine ständige Rechtsprechung fort, wonach das Beschleunigungsgebot aus Art.6 Abs.1 EMRK im Disziplinarverfahren gegen Bundesbeamte nicht anwendbar sei (Urteil vom 19.9.1989 – 1 D 69.88 – ZBR 1990, 183 = DVBl.1990, 259 = NVwZ 1990, 373 = DÖD 1990, 268)⁷⁶.

b) Mindestrechte der Verteidigung (Art.6 Abs.3 EMRK)

69. Nach § 465 Abs.1 StPO hat der Verurteilte die Verfahrenskosten zu tragen. Dazu gehört auch die Vergütung des Pflichtverteidigers. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Zweibrücken (Beschluß vom 13.10.1989 – 1 Ws 417/89 – NStZ 1990, 51) folgte die Erstattung der Auslagen für den Pflichtverteidiger durch die Staatskasse nicht aus Art.6 Abs.3c EMRK. Diese Bestimmung garantiere lediglich eine vorübergehende, die Verteidigung während des Verfahrens sichernde Kostenentlastung, stehe einer nachträglichen Kostenüberbürdung jedoch nicht entgegen⁷⁷. Art.6 Abs.3c EMRK garantiere zudem den »unentgeltlichen« Beistand des Pflichtverteidigers nur, sofern Wahlverteidigung nicht möglich sei. Eine nach der Strafprozeßordnung zulässige zusätzliche Bestellung eines Pflichtverteidigers zu einem Wahlverteidiger werde daher von der genannten Bestimmung nicht erfaßt.

2. Internationaler Pakt über bürgerliche
und politische Rechte

70. Seinen Antrag auf Akteneinsicht begründete der Kläger in einem Verfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgericht München unter anderem mit Art.2 Abs.3 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (BGBl.1973 II, 1534). Das Verwaltungsgericht war jedoch der Auffassung, daß die genannte Bestimmung lediglich eine staatliche Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland begründet habe, der innerstaatlich durch Regelungen im Bundesverwaltungsverfahrensgesetz vom 25.5.1976 entsprochen worden sei. Eine unmittelbare Anspruchsgrundlage lasse sich Art.2 des Internationalen Paktes nicht entnehmen (Urteil vom 1.2.1989 – M 6 K 87.5238 – nicht veröffentlicht).

⁷⁶ Unter Bezug auf Beschluß vom 15.3.1982 – 1 DB 2.82 – BVerwGE 73, 361.

⁷⁷ Die gegenteilige Auffassung vertritt das OLG Düsseldorf, NStZ 1985, 370.

3. Unabdingbare Grundsätze des allgemeinen humanitären Völkerrechts

71. Die Vernehmung eines zur mitgeteilten Tatzeit erst elf Jahre alten Beschuldigten im Rahmen eines Rechtshilfeersuchens hält das Oberlandesgericht Schleswig für zulässig (Beschluß vom 21.2.1989 – 1 Ausl.1/89 – NJW 1989, 2207). Der *ordre public* der Bundesrepublik Deutschland sei im Lichte des anzuwendenden Europäischen Rechtshilfeübereinkommens auszulegen, so daß nur unabdingbare Grundsätze des allgemeinen humanitären Völkerrechts zur Verweigerung der Rechtshilfe berechtigten. Das Gericht stellt durch Vergleich der Altersgrenzen für die Strafmündigkeit in verschiedenen Staaten fest, daß die in Art.54 des türkischen Strafgesetzbuches festgesetzte untere Altersgrenze von elf Jahren für den möglichen Beginn der Schuldfähigkeit sich im mittleren Bereich der verglichenen Rechtsordnungen bewegt. Diese Bestimmung stelle daher keinen Verstoß gegen unabdingbare Grundsätze des allgemeinen humanitären Völkerrechts dar.

X. Europäische Gemeinschaften

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

72. Das Bundesverfassungsgericht (Urteil vom 11.4.1989 – 2 BvG 1/89 – BVerfGE 80, 74 = NJW 1990, 974 = DVBl.1989, 556 = BayVBl.1989, 399 = EuGRZ 1989, 337) wies den Antrag der Bayerischen Staatsregierung auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung gegen die Bundesregierung zurück. Die Bayerische Staatsregierung hielt die Absicht der Bundesregierung, dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Rundfunktätigkeit zuzustimmen, für unvereinbar mit Art.30GG. In der Folgenabwägung führt das Bundesverfassungsgericht aus, daß nur die Mitwirkung der Bundesregierung bei der Verhandlung im Rat dieser die Möglichkeit schaffe zu verhindern, daß eine mit deutschem Verfassungsrecht unvereinbare Richtlinie entstehe. Dabei weist der Zweite Senat auf das bundesstaatliche Prinzip des Grundgesetzes und die sich daraus ergebenden Schranken einer Übertragung von Hoheitsrechten nach Art.24 Abs.1GG hin. Unklar bleibt die Formulierung des Gerichts, die Zustimmung der Bundesregierung zur geplanten Richtlinie führe allenfalls teilweise und vorläufig zu einer Bindung der Antragstellerin.

73. Die Zweite Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts beschäftigte sich mit den Auswirkungen der von der EG-Kommission vorgeschlagenen Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen (Beschluss vom 12.5.1989 – 2 BvQ 3/89 – NJW 1990, 974 = EuGRZ 1989, 339). Verschiedene Hersteller von Tabakerzeugnissen sahen in der geplanten Zustimmung der Bundesregierung zur genannten Richtlinie einen unzulässigen Eingriff in ihre Grundrechte aus Art.5, 14 und 2 GG. Sie stellten daher Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, der Bundesregierung die Zustimmung zu versagen. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, daß die Zustimmung der Bundesregierung zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates gemäß Art.149 Abs.2 *lit. a* EWG-Vertrag keinen die Antragsteller unmittelbar beschwerenden Hoheitsakt darstelle. Die Regelungen der Richtlinie erreichten den Grundrechtsträger erst durch einen selbständig angreifbaren Rechtssetzungsakt der deutschen Staatsgewalt. Bei der Umsetzung der Richtlinie sei der nationale Gesetzgeber an die Vorgaben des Grundgesetzes gebunden. Im Rahmen der durch die Richtlinie eingeräumten Gestaltungsspielräume unterliege die Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten in vollem Umfang verfassungsgerichtlicher Überprüfung. Soweit die Richtlinie Grundrechtsstandards des Gemeinschaftsrechts verletze, gewähre der Europäische Gerichtshof Rechtsschutz. Sollte auf diesem Wege der vom Grundgesetz als unabdingbar gebotene Grundrechtsstandard nicht verwirklicht werden, könne das Bundesverfassungsgericht angerufen werden. Der Antrag wurde daher als unbegründet abgewiesen⁷⁸.

74. Mit dem Verhältnis zwischen gemeinschaftsrechtlich eröffneten Beurteilungsspielräumen und dem nationalen Verwaltungsvollzug beschäftigte sich der Bundesfinanzhof im Vorlagebeschluss vom 17.1.1989 (VIIR 56/86 – BFHE 156, 291 = HFR 1989, 236 = RIW 1989, 318). Nach Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ist der Import wissenschaftlicher Geräte zollfrei, wenn kein Gerät von gleichem wissenschaftlichem Wert in der Gemeinschaft hergestellt wird. Die Entscheidung über die Zollbefreiung fällt die nationale Zollbehörde auf der Grundlage einer Entscheidung der EG-Kommission. Während deutsche Finanzgerichte die Befreiungstatbestände in vollem Umfang überprüfen, räumt der

⁷⁸ Vgl. zu beiden Entscheidungen [72] [73] M. Herdegen, Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Bindung deutscher Verfassungsorgane an das Grundgesetz – Bemerkungen zu neueren Entwicklungen nach dem »Solange II«-Beschluss, EuGRZ 1989, 309.

EuGH der EG-Kommission bei der Prüfung derselben Voraussetzungen einen weiten Beurteilungsspielraum ein. Der erkennende Senat des Bundesfinanzhofs hält diese Rechtsprechung für fragwürdig. Es bestehe die Gefahr, daß nationale Zollbehörden an eine rechtswidrige Kommissionsentscheidung gebunden seien. Die dadurch eintretende Verkürzung des Rechtsschutzes hält das Gericht für nicht vereinbar mit dem nach Gemeinschaftsrecht geltenden rechtsstaatlichen Grundsatz der Gewährung effektiven Rechtsschutzes und verweist in diesem Zusammenhang auch auf Art.19 Abs.4 und Art.20 Abs.3 GG.

75. In einem nach spanischem Recht zu entscheidenden Fall des Widerrufs eines Haustürgeschäftes prüft das Oberlandesgericht Hamm die Frage, ob die Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 20.12.1985 (85/577/EWG) nach Ablauf der Umsetzungsfrist in Spanien unmittelbar gilt und damit dem Kläger ein Widerrufsrecht zusteht (Urteil vom 1.12.1988 – 4 U 120/88 – IPRax 1990, 242)⁷⁹. Eine unmittelbare Geltung der Richtlinie sei aus zwei Gründen abzulehnen. Zum einen habe das Europäische Gemeinschaftsrecht auf den kanarischen Inseln keine Gültigkeit, zum anderen sähe die Richtlinie die vom Kläger vermißte Belehrung über das im deutschen Recht verankerte Widerrufsrecht nicht zwingend vor.

2. Diskriminierungsverbot

76. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs (Beschuß vom 18.9.1989 – AnwZ(B) 24/89 – BGHZ 108, 342 = NJW 1990, 108) sind die Vertragsbestimmungen des EWG-Vertrages über die Niederlassungsfreiheit (Art.52–58) und die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs (Art.59–66) auf die Berufsordnung für Rechtsanwälte der Bundesrepublik Deutschland nicht anwendbar, soweit diese Sachverhalte regelt, die keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen. Rein innerstaatliche Vorgänge berechtigten einen deutschen Rechtsanwalt nicht, sich gegenüber der Bundesrepublik Deutschland auf das Diskriminierungsverbot des Art.52 EWG-Vertrag zu berufen. Die unter dem Stichwort *umgekehrte Diskriminierung* bekannte Fragestellung, ob gemeinschaftsrechtliche Rechtspositionen über Art.3 Abs.1 GG auch in rein innerstaatlichen Fällen zur Anwendung zu gelangen haben, bedurfte nach Auffassung des Bundesgerichtshofs keiner Entscheidung. Selbst wenn eine Gleichbehandlung grundsätzlich geboten

⁷⁹ Vgl. dazu E. J a y m e, Haustürgeschäfte deutscher Urlauber in Spanien: Horizontale Wirkungen der EG-Richtlinien und internationales Vertragsrecht, IPRax 1990, 220.

wäre, lägen im zu entscheidenden Fall ausreichende sachliche Gründe für eine erlaubte Differenzierung vor.

77. Die Zweite Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts nahm die Verfassungsbeschwerde gegen die soeben dargelegte Entscheidung des Bundesgerichtshofs mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg nicht zur Entscheidung an (Beschluß vom 8.11.1989 – 1 BvR 986/89 – NJW 1990, 1033). Die Kammer läßt ausdrücklich offen, ob Art.3 Abs.1 GG auf gemeinschaftsrechtlich herbeigeführte Inländerbenachteiligungen anwendbar ist und folgt dem Bundesgerichtshof in der Auffassung, daß zwischen beiden Gruppen von Rechtsanwälten solche Unterschiede bestehen, daß für eine Differenzierung sachliche Gründe sprächen.

78. Die Nichtberücksichtigung eines Stellenbewerbers wegen seines Geschlechts wird nach § 611 a Abs.2 BGB durch einen Anspruch auf Schadensersatz sanktioniert. Die Begrenzung der Anspruchshöhe auf den Vertrauensschaden ist mit der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 9.2.1976 (76/207/EWG) zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg wie in bezug auf die Arbeitsbedingungen nicht vereinbar⁸⁰. Das Bundesarbeitsgericht beschäftigte sich in zwei Entscheidungen mit der Frage, wie die gebotene gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts erreicht werden könne (Urteile vom 14.3.1989 – 8 AZR 447/87 – NJW 1990, 65 = MDR 1990, 81 = EuR 1990, 362 mit Anm. Abele, EuR 1990, 371 = JZ 91, 43 mit Anm. Beyer/Möllers, JZ 91, 24 und 8 AZR 351/86 – NJW 1990, 67 = EuR 1990, 368 mit Anm. Abele, EuR 1990, 371 = JZ 91, 41 mit Anm. Beyer/Möllers, JZ 91, 24). Der eindeutige Wortlaut von § 611 a Abs.2 BGB stehe einer »richtlinienkonformen« Auslegung dieser Bestimmung entgegen. Der Ersatz immateriellen Schadens könne jedoch bei unzulässiger Diskriminierung auf der Grundlage von § 823 Abs.1 und § 847 BGB verlangt werden. Zu einer entsprechenden Auslegung der genannten Bestimmungen seien die deutschen Gerichte aufgrund von Art.5 EWG-Vertrag verpflichtet, da andernfalls das durch die Richtlinie vorgegebene Ziel nicht erreicht werden könne. Einer solchen Auslegung stehe § 611 a Abs.2 BGB nicht entgegen.

⁸⁰ Vgl. EuGH, Urteile vom 10.4.1984, Rs.14/83 (*von Colson*), Slg.1984, 1891, und Rs.79/83 (*Harz*), Slg.1984, 1921.

3. Freizügigkeit

79. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs (Beschluß vom 4.12.1989 – AnwZ(B) 46/89 – NJW 1990, 910 = JR 1990, 246 = BGHZ 109, 286 = IPRax 1990, 314) sind die Vertragsbestimmungen des EWG-Vertrages über die Niederlassungsfreiheit (Art.52–58) auf einen deutschen Rechtsanwalt nicht anwendbar, der ursprünglich als Rechtsanwalt in der DDR zugelassen war und der nach seiner Übersiedlung in die Bundesrepublik Deutschland die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft beantragt. Das Gemeinschaftsrecht sei nur anwendbar auf Sachverhalte, die einen grenzüberschreitenden Bezug zu einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft aufwiesen. Diese Voraussetzung sei nicht gegeben, da die DDR kein Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft gewesen sei. Daran ändere auch das Protokoll über den innerdeutschen Handel und die damit zusammenhängenden Fragen vom 25.7.1957⁸¹ nichts. Es gewährleiste lediglich, den Handel zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR nicht als Außenhandel im Sinne des EWG-Vertrages anzusehen.

80. Ein deutscher Staatsangehöriger, der nach einem zehnwöchigen Spezialkurs in London als Masseur in England gearbeitet hat, hat keinen Anspruch auf Zulassung als Masseur in der Bundesrepublik Deutschland aufgrund der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Niederlassungsfreiheit. So entschied das Oberverwaltungsgericht Saarland (Urteil vom 16.11.1989 – 1 R 286/87 – GewArch 1990, 125). Art.48 Abs.2 und Art.52 Abs.2 EWG-Vertrag gewährten grundsätzlich nur einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Rahmen der Bestimmungen des Aufnahmestaates. Deren Voraussetzungen seien jedoch nicht erfüllt. Der Grundsatz der Niederlassungsfreiheit gelte zwar nach Ablauf der Übergangszeit unmittelbar⁸², das Berufszugangsrecht werde dadurch jedoch nicht beseitigt, sofern dessen Anforderungen im Allgemeininteresse gerechtfertigt seien⁸³. Ob die Zulassungsvoraussetzungen des deutschen Rechts insoweit den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen standhalten, ließ das Oberverwaltungsgericht ausdrücklich offen. Gemessen am Kernbereich des Berufs des Masseurs könne jedoch eine nur zehnwöchige Ausbildung selbst die möglicherweise gemeinschaftsrechtlich eingeschränkten Zugangsvoraussetzungen nicht erfüllen.

⁸¹ BGBl.1957 II, 984.

⁸² Unter Bezug auf EuGH, Urteil vom 28.4.1977 – Rs.71/76, Slg.1977, 765, und Urteil vom 28.6.1977, Rs.11/77, Slg.1977, 1199.

⁸³ Unter Bezug auf EuGH, Urteil vom 28.4.1977, *ibid*.

81. Die Ausweisung eines Ausländers ist nach § 12 AufenthG/EWG nur beschränkt zulässig, wenn der Ausländer Freizügigkeit nach dem EWG-Vertrag genießt. Das Oberverwaltungsgericht Hamburg⁸⁴ vertrat die Auffassung, daß Erwerbsunzucht keine selbständige Erwerbstätigkeit darstellt, die Gegenstand der im EWG-Vertrag geregelten Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit sein könne. Die Erwerbsunzucht sei zwar weder verboten noch strafbar, stelle jedoch eine sittenwidrige und in verschiedener Hinsicht sozialwidrige Tätigkeit dar. Auch der vom EuGH zugrundegelegte weite Begriff der wirtschaftlichen Betätigung solle nur »gewöhnliche« wirtschaftliche Betätigungen erfassen. Eine andere Beurteilung sei schließlich auch nicht durch das Urteil des EuGH vom 18.5.1982⁸⁵ geboten. In jener Entscheidung habe sich der EuGH lediglich mit dem die Freizügigkeitsrechte einschränkenden Vorbehalt der öffentlichen Ordnung befaßt. Die vorgelagerte Frage, ob Prostituierte überhaupt in den Schutzbereich des EWG-Vertrages fallen, stellte sich nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Hamburg in jenem Fall nicht⁸⁶. Der Antrag einer französischen Staatsangehörigen gegen die sofort vollziehbare Ausweisung blieb daher im Ergebnis ohne Erfolg.

82. Demgegenüber vertritt der Hessische Verwaltungsgerichtshof (Urteil vom 26.1.1989 – 10 Ue 479/87 – InfAuslR 1989, 148 = DVBl.1989, 728 L) die Auffassung, die Erwerbsunzucht könne schon nach deutschem Recht nicht pauschal als eine sittenwidrige und in verschiedener Hinsicht sozialwidrige Tätigkeit angesehen werden. Diese Frage könne aber letztlich offen bleiben, da jedenfalls § 1 Abs.1 Nr.2 AufenthG/EWG bei gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung eine Einbeziehung der Erwerbsunzucht in die Regelungen über die Freizügigkeit von EG-Ausländern gebiete. Die vom EuGH aufgestellten Anforderungen an eine Ausweisung von EG-Ausländern⁸⁷ liefen leer, wenn Prostituierte keine Freizügigkeit nach Gemeinschaftsrecht genossen. Das Gemeinschaftsrecht sei als höher-rangiges Recht bei der Auslegung des AufenthG/EWG in der ihm vom EuGH gegebenen Auslegung zu berücksichtigen, selbst wenn die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in einem anderen als dem vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof zu entscheidenden Fall ergangen sei. Das Gericht verpflichtete daher die beklagte Ge-

⁸⁴ Unter Bezug auf BVerwGE 60, 284 = NJW 1981, 1168.

⁸⁵ Urteil vom 18.5.1982, verb. Rs.115 und 116/81 (*Adoui und Cornuaille*), Slg.1982, 1665.

⁸⁶ Im Ergebnis ebenso Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 14.11.1989 – 1 C 17.89 – InfAuslR 1990, 54.

⁸⁷ Urteil vom 18.5.1982 (Anm.85).

meinde zur Neubescheidung des Antrags auf Befristung einer Ausweisungsverfügung.

83. Auch im Berichtszeitraum 1989 beschäftigten sich die Verwaltungsgerichte mit dem Anspruch von EG-Ausländern auf Ausbildungsförderung nach dem BAföG. Das Verwaltungsgericht Stuttgart (Beschluß vom 21.2.1989 – 12 K 3725/88 – NVwZ-RR 1989, 484) begründete den Förderungsanspruch eines italienischen Staatsangehörigen, der nach der Ausbildung zum Blechschlosser und anschließender Arbeitslosigkeit seit August 1988 eine einjährige Berufsaufbauschule besuchte, mit Art.7 Abs.2 der Verordnung Nr.1612/68 des Rates der EWG über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft vom 15.10.1968. Da der Antragsteller in der Bundesrepublik Deutschland bereits eine echte Berufstätigkeit ausgeübt habe, sei er Arbeitnehmer im Sinne der vorgenannten Bestimmung. Er müsse daher die gleichen sozialen Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer genießen. Zu diesen gehörten auch die finanzielle Förderung der Ausbildung und berufsqualifizierender Maßnahmen⁸⁸. Zeitweilige Arbeitslosigkeit unmittelbar vor Beginn der Ausbildung an der Berufsaufbauschule sei unerheblich.

84. Eine mit unbefristeter Aufenthaltserlaubnis in Deutschland lebende griechische Staatsangehörige begehrte für einen zwingend vorgeschriebenen einjährigen Auslandsstudienteil eines Studienganges, den sie an der Fachhochschule Osnabrück belegt hatte, Ausbildungsförderung nach dem BAföG. Die Förderung wurde ihr von der zuständigen Behörde unter Hinweis auf § 8 Abs.1 Nr.1–3 BAföG versagt, da Ausbildungsförderung außerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes grundsätzlich nur Deutschen zustehe. Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg (Urteil vom 16.3.1989 – 14 OVG A 175/86 – InfAuslR 1989, 220) hob die ablehnende Entscheidung mit der Begründung auf, die Klägerin habe einen Anspruch auf Auslandsausbildungsförderung unmittelbar aus Art.7 Abs.2 der Verordnung Nr.1612/68 des Rates der EWG. Die begehrte Ausbildungsförderung stelle eine soziale Vergünstigung dar⁸⁹. Dieser Anspruch könne auch von einer griechischen Staatsangehörigen geltend gemacht werden, da Art.7 der Verordnung Nr.1612/68 mit dem Beitritt Griechenlands zur EWG wirksam geworden sei. Die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin ergebe sich daraus, daß diese von 1977 bis 1981 als Bankkauffrau in Deutschland gearbeitet habe. Der belegte Studiengang stehe dazu in inhaltlichem und thematischem Zusammenhang.

⁸⁸ Unter Bezug auf EuGH, Urteil vom 21.6.1988, Rs.39/86 (*Lair*), Slg.1988, 3190.

⁸⁹ Unter Bezug auf EuGH, Urteil vom 21.6.1988, *ibid*.

85. Ein Anspruch auf Ausbildungsförderung besteht nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen (Urteil vom 27.2.1989 – 16 A 1797/88 – InfAuslR 1989, 259 = NVwZ-RR 1989, 648) nicht, wenn die Eltern des Antragstellers vor Wirksamwerden des Beitritts Griechenlands zur EWG verstorben sind. Das AufenthG/EWG vermittele in diesem Fall auch kein Verbleiberecht, das Grundlage eines Ausbildungsförderungsanspruchs sein könnte. Da auch die Eltern des Klägers kein gemeinschaftsrechtliches Verbleiberecht erworben hätten, sei auch Art.7 Abs.2 der Verordnung Nr.1612/68 nicht anwendbar.

86. Hat ein EG-Ausländer keinen gültigen Paß, so folgt daraus nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg, daß die Ausländerbehörde rechtlich gehindert sei, diesem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen (Beschuß vom 30.1.1989 – 13 S 3572/88 – VBlBW 1989, 353). Dies ergäbe sich aus § 9 Abs.1 Satz 1 AuslG, der das Erlöschen der Aufenthaltserlaubnis zwingend vorsähe für den Fall, daß der Ausländer keinen gültigen Paß mehr besitze. Diese Vorschrift gelte auch für den EG-Ausländer, da auch dieser einer Ausweispflicht unterliege (§ 10 AufenthG/EWG)⁹⁰.

87. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg genießt Arbeitnehmerfreizügigkeit nur, wer die ernsthafte Absicht zur Arbeitsaufnahme besitzt und innerhalb eines Zeitraums von 3 Monaten eine Beschäftigung findet (Urteil vom 8.2.1989 – 11 S 1148/88 – InfAuslR 1989, 185 = VBlBW 1989, 386 = BWVPr.1989, 132 – nicht rechtskräftig). Das Gericht bezieht sich dabei auf die Auslegungserklärung der Mitgliedstaaten der EWG, die anlässlich der Verabschiedung der Verordnung Nr.1612/68 und der Richtlinie 68/360 durch den Rat abgegeben wurde. Die Mitgliedstaaten gehen darin davon aus, daß der Aufenthalt im Ausland nach drei Monaten erfolgloser Arbeitssuche beendet werden könne. Das Gericht führte mit dieser Entscheidung seine Rechtsprechung fort⁹¹, der sich auch der Hessische Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich anschloß (Beschuß vom 5.7.1989 – 10 TH 719/89 – InfAuslR 1989, 295).

88. Arbeitnehmer im Sinne der die Freizügigkeit begründenden Gemeinschaftsrechtsnormen ist nicht, wer seit 1978 ununterbrochen arbeitslos ist und von Sozialhilfe lebt, wenn baldige Arbeitsaufnahme nicht erwartet werden kann. Die Sozialhilfeleistungen stellen eine Beeinträchti-

⁹⁰ Vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.5.1989 – 1 C 57.87 – InfAuslR 1989, 264 = VBlBW 1990, 95 [24].

⁹¹ Vgl. Urteil vom 19.8.1987 – 13 S 1696/87 – NVwZ 1988, 185, dargestellt bei K o t t, Rechtsprechungsbericht 1987 (Anm.2), 751 (Nr.78).

gung öffentlicher Belange von beachtlichem Gewicht dar, die zur Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis berechtigten. So entschied der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg im Fall eines griechischen Staatsangehörigen (Urteil vom 15.2.1989 – 11 S 3126/87 – VBlBW 1989, 466 = InfAuslR 1989, 188 = BWVPr.1989, 133).

4. Vorabentscheidungsverfahren

89. Auch im Berichtszeitraum 1989 setzte das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung zum Entzug des gesetzlichen Richters nach Art.101 Abs.1 Satz 2 GG durch Nicht-Vorlage gemeinschaftsrechtlicher Fragen an den EuGH gemäß Art.177 Abs.3 EWG-Vertrag fort⁹². Ein Entzug des gesetzlichen Richters liege nur dann vor, wenn der dem Gericht zukommende Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten worden sei. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung »eindeutig« vorzuziehen seien (Beschluß vom 18.2.1989 – 2 BvR 103/86 – HFR 1989, 396; Beschluß vom 3.10.1989 – 2 BvR 440/87 – HFR 1990, 446; Beschluß vom 26.1.1989 – 2 BvR 1056/84 – RIW 1989, 823).

90. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs bedarf es der Vorlage an den EuGH gemäß Art.177 Abs.3 EWG-Vertrag nicht, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage für den betreffenden Streitfall kein Raum bleibe⁹³. Davon dürfe jedoch nur dann ausgegangen werden, wenn nach Überzeugung des innerstaatlichen Gerichts die gleiche Gewißheit auch für den Europäischen Gerichtshof und die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten bestünde. Ob diese Möglichkeit bestehe, sei unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts und der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung zu beurteilen (Urteil vom 22.5.1989 – II ZR 206/88 – BGHZ 107, 296).

91. Einer Vorlage an den EuGH bedarf es nach Auffassung des Bundesgerichtshofs in dem bereits angeführtem Beschluß vom 18.9.1989 (AnwZ[B] 24/89 – BGHZ 108, 342 = NJW 1990, 108) [76] auch dann nicht, wenn das letztinstanzliche nationale Gericht in dem bei ihm schwebenden Verfahren feststellt, daß die betreffende entscheidungserhebliche

⁹² Unter Bezug auf Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 9.11.1987 – 2 BvR 808/82 – EuGRZ 1988, 109, dargestellt bei K o k o t t, *ibid.*, 756 ff. (Nr. 86).

⁹³ Unter Bezug auf EuGH, Urteil vom 6.10.1982, Rs.203/81, Slg.1982, 3415.

gemeinschaftsrechtliche Frage bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH gewesen ist⁹⁴.

92. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist im Strafverfahren mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob bei der Auslegung einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts Zweifel bestehen und ob die Vorlage an den EuGH gemäß Art.177 EWG-Vertrag veranlaßt ist (Beschluß vom 10.7.1989 – 2 BvR 751/89 – NJW 1989, 2464 = RIW 1989, 915). Auch nach Erlaß eines Eröffnungsbeschlusses könne der EuGH angerufen und die gemeinschaftsrechtliche Frage durch den hierfür zuständigen gesetzlichen Richter ausgelegt werden. Eine mit der Verfassungsbeschwerde einklagbare Verpflichtung, den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vor Erlaß eines Eröffnungsbeschlusses anzurufen, ergebe sich jedoch weder aus Verfassungsrecht noch aus Art.177 EWG-Vertrag.

93. Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des EuGH äußerten sich mehrere Gerichte im Berichtszeitraum. Möchte ein Oberlandesgericht von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts bezüglich einer das Gemeinschaftsrecht betreffenden Frage abweichen, so ist eine Divergenzvorlage nach § 121 Abs.2 GVG nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht zulässig (Beschluß vom 31.1.1989 – 4 StR 304/88 – NStZ 1989, 325 = RIW 1989, 400 = NJW 1989, 1437). Da das Oberlandesgericht zur Vorlage dieser Frage an den EuGH gemäß Art.177 EWG-Vertrag verpflichtet, jedenfalls aber berechtigt sei, dürfe § 121 Abs.2 GVG nicht zur Anwendung kommen. Andernfalls wäre das Oberlandesgericht durch die bindende Entscheidung des Bundesgerichtshofs an der Vorlage der gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsfrage an den EuGH gehindert.

94. Entscheidungen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren entfalten über die *inter partes*-Wirkung hinaus allgemein eine Präjudizfunktion für andere Verfahren nationaler Gerichte, die an eine formelle *erga omnes*-Wirkung zwar nicht heranreiche, wegen der obligatorischen Vorlage nach Art.177 Abs.3 EWG-Vertrag jedoch konkrete Auswirkungen für weitere Verfahren nationaler Gerichte mit ähnlichem Streitgegenstand habe. Mit diesen Erwägungen legt der Hessische Verwaltungsgerichtshof in dem bereits dargestellten Urteil vom 26.1.1989 (10 UE 479/87 – InfAuslR 1989, 148 = DVBl.1989, 728 L) [82] seinen Überlegungen zur Freizügigkeit von Prostituierten eine Entscheidung des EuGH vom 18.5.1982 zugrunde.

95. Nach Auffassung des Finanzgerichts Düsseldorf erfordert die Siche-

⁹⁴ Unter Bezug auf EuGH, Urteil vom 6.10.1982, Rs.283/81 (*C.I.L.F.I.T.*), Slg.1982, 3415, und Bundesverfassungsgericht, Beschluß vom 9.11.1987 (Anm.92).

rung einer einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts, den nationalen Gerichten ein unbeschränktes Recht zur Vorlage an den EuGH zu geben⁹⁵. Daher könne eine nationale Vorschrift wie § 126 Abs.5 FGO, wonach die Finanzgerichte an Entscheidungen des Bundesfinanzhofs gebunden seien, bei der Auslegung materiellen Gemeinschaftsrechts nicht zur Anwendung gelangen (Urteil vom 6.9.1989 – 4 K 226/86 Z – RIW 1990, 230).

XI. Deutschlands Rechtslage nach 1945

1. Rechtsstatus Berlins

96. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist der im Genehmigungsschreiben der Militärgouverneure zum Grundgesetz vom 12.5.1949 niedergelegte Vorbehalt, daß »Berlin ... nicht durch den Bund regiert wird ...«, im Lichte der »Klarstellungen und Interpretationen zum Vier-Mächte-Abkommen« der drei Botschafter der Westmächte auszulegen (Urteil vom 1.2.1989 – 1 D 2.86 – BVerwGE 86, 99 = DVBl.1989, 763 = ZBR 1989, 303 = NJW 1989, 2554) [2]. Entscheidend sei daher, ob die Rechtsprechungstätigkeit des Bundesverwaltungsgerichts »Ausübung unmittelbarer Staatsgewalt über die Westsektoren Berlins« wäre. Dies ist nach Auffassung des Gerichts dann nicht der Fall, wenn sich der Rechtsstreit auf ein nach den Regelungen eines Bundesgesetzes gegen einen Bundesbeamten mit dienstlichem und privatem Wohnsitz außerhalb von Berlin gerichtetes förmliches Disziplinarverfahren bezieht. Die statusrechtlichen Vorbehalte der Alliierten stünden daher der in Berlin ausgeübten Rechtsprechungstätigkeit des Bundesverwaltungsgerichts in Disziplinarverfahren gegen Bundesbeamte nicht entgegen.

97. Mit der Zulässigkeit der Kontrolle des Reiseverkehrs von und nach Berlin durch den Bundesgrenzschutz auf westdeutschen Flughäfen beschäftigte sich das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (Urteil vom 13.12.1989 – 11 A 6/86 – NJW 1990, 1130). Gemäß § 1 Nr.1 des Bundesgrenzschutzgesetzes obliegt dem Bundesgrenzschutz der grenzpolizeiliche Schutz des Bundesgebietes. Der Begriff des »Bundesgebietes« im Sinne dieser Bestimmung ist nach Auffassung des Gerichts mit dem im Grundgesetz an verschiedenen Stellen verwendeten Begriff identisch. Aufgabe des Bundesgrenzschutzes sei daher auch der Schutz von Berlin (West). Da der Bundesgrenzschutz nach dem Bundesgrenzschutzgesetz in Berlin (West)

⁹⁵ Unter Bezug auf EuGH, Urteil vom 16.1.1974, Rs.166/73, Slg.1974, 38.

wegen des Fehlens der Berlin-Klausel jedoch nicht tätig sein dürfe, könne er den ihm aufgetragenen Schutz auch der Außengrenzen von Berlin (West) zur DDR naturgemäß nur vom Geltungsbereich des Bundesgrenzschutzgesetzes, also von Westdeutschland aus, wahrnehmen. Der Bundesgrenzschutz dürfe daher auf westdeutschen Flughäfen Kontrollen der Reisenden von und nach Berlin (West) vornehmen.

2. Bundesrepublik Deutschland und DDR

98. Das Zollgesetz der DDR, das Grundlage für Verurteilungen wegen Zollhehlerei war, verstieß nach Auffassung des Oberlandesgerichts Stuttgart nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland. Daher sei die Vollstreckung eines Urteils des Bezirksgerichts Leipzig in der Bundesrepublik Deutschland zulässig (Beschluß vom 4.10.1989 – 3 Ws 190/89 – DJ 1989, 485). Daß das Zollgesetz der DDR sich in den Rahmen eines Wirtschaftssystems einfüge, das dem System der sozialen Marktwirtschaft der Bundesrepublik Deutschland widerspreche, ohne als solches Ausdruck rechtsstaatswidriger Verhältnisse zu sein, führe nicht zu einer Charakterisierung darauf gestützter Strafverfolgungsmaßnahmen als auf politischen Gründen beruhende und im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Grundsätzen stehende Gewalt- oder Willkürmaßnahmen. Nichts anderes gelte für eine Verurteilung wegen ungenehmigten Devisenwertumlaufs nach dem Devisengesetz der DDR. Eine Devisenzwangswirtschaft ohne freie Konvertibilität der Währung sei »auch in einem Rechtsstaat möglich, der sich jeglicher politischer Verfolgung mittels Gewalt- oder Willkürmaßnahmen enthält und dessen Strafmaßnahmen keinen Angriff gegen die Menschenwürde darstellen«.

XII. Stationierungsstreitkräfte

99. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts Darmstadt (Urteil vom 19.10.1989 – III/VE 1375/88 – NVwZ 1990, 293 = NJW 1990, 1249 L – nicht rechtskräftig) [22] beträgt die für strahlgetriebene Kampfflugzeuge geltende Sicherheitsmindesthöhe gemäß § 6 Abs.1 Satz 2 LuftVO mindestens 450 m über Grund. Wie aus § 30 LuftVG folge, gelte diese Bestimmung grundsätzlich auch für die Stationierungsstreitkräfte. Dies werde bestätigt durch Art.46 Abs.1 Satz 2 in Verbindung mit Abs.3 des Zusatzab-

kommens zum NATO-Truppenstatut⁹⁶. Für Übungen im Luftraum gelten danach die deutschen Vorschriften über die Benutzung des Luftraums, sofern keine Vereinbarung zwischen den Behörden einer Truppe und den deutschen Behörden über Gebiete besteht, die in geringerer als der sonst zulässigen Höhe überflogen werden können. Flugübungen der Stationierungstreitkräfte in Höhe von 150 bis 300 m über dem Krankenhaus des Klägers seien daher rechtswidrig. Die Bundesregierung dürfe jedoch mit den Stationierungsstaaten auch keine Vereinbarung treffen, die ein Überfliegen des Krankenhauses in geringerer Höhe als 300 m über Grund erlaube. Vereinbarungen dieser Art stünden nicht in Einklang mit § 30 Abs. 1 Satz 1 LuftVG, das vorsieht, daß von der Sicherheitsmindesthöhe nur abgewichen werden dürfe, soweit dies »zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben zwingend notwendig ist«. Von einer zwingenden Notwendigkeit, Tief Flüge im Bereich von 150 bis 300 m über Grund über dem Krankenhaus des Klägers durchzuführen, war die Kammer nicht überzeugt⁹⁷.

100. Art. 57 Abs. 4 *lit. a* des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut verdrängt die deutschen Straßenverkehrsvorschriften, ohne daß es weiterer Vereinbarungen und Erlaubnisse bedürfe. Dies gilt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 7.11.1989 – VI ZR 267/88 – NJW 1990, 632) jedoch nur dann, wenn *d r i n g e n d e* militärische Erfordernisse die Inanspruchnahme der Sonderrechte rechtfertigen. Dazu reiche die bloße Teilnahme an einem militärischen Manöver nicht aus. Das Tatsachengericht dürfe daher nicht ohne nähere Begründung davon ausgehen, daß amerikanischen Militärfahrzeugen zur Benutzung einer Landstraße mit überbreiten Panzern Sonderrechte zustünden.

101. Baumaßnahmen britischer Stationierungstreitkräfte sind nach Art. 49 Abs. 3 Satz 2 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut nur unter Beachtung deutscher Bauvorschriften zulässig. Die nachbarschützenden Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes sowie des Baurechts seien daher auf solche Vorhaben anwendbar, entschied das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (Beschluß vom 2.3.1989 – 21 B 1861/88 – NVwZ-RR 1990, 174 = Natur + Recht 1990, 134 = DÖV 1989, 826 L). Die Bindung der Stationierungstreitkräfte an die materiellen

⁹⁶ Zusatzabkommen zu dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrages über die Rechtsstellung ihrer Truppen hinsichtlich der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten ausländischen Truppen vom 3.8.1959, BGBl. 1961 II, 1183.

⁹⁷ Vgl. zur Anwendbarkeit von § 30 LuftVG in Verbindung mit § 6 LuftVO und Art. 46 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut auch das Urteil des VG Oldenburg vom 22.3.1989 – 7 A 172, 173 und 197/86 – NJW 1989, 1942 = DVBl. 1989, 680 = DÖV 1989, 645 L = NVwZ 1989, 895 L – nicht rechtskräftig [21].

Bauvorschriften führe jedoch nicht dazu, daß die Streitkräfte in diesem Bereich der Jurisdiktion und der sonstigen Hoheitsgewalt der Bundesrepublik Deutschland unterworfen seien. Vielmehr gelte weiterhin die völkerrechtlich gewohnheitsrechtliche Exemption⁹⁸. Nachbarn eines solchen Bauvorhabens seien daher darauf verwiesen, gegenüber den zuständigen deutschen Behörden um Schutzgewährung nachzusuchen. Ein Erlaß von Bauverboten, Bau- oder Nutzungsaufgaben oder sonstigen hoheitlichen Maßnahmen könne jedoch nicht verlangt werden.

102. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Zweibrücken (Beschluß vom 14.6.1989 – 3 W 54/89 – IPRax 1990, 185) tritt für nichteheliche Kinder von Angehörigen der amerikanischen Streitkräfte in der Bundesrepublik Deutschland keine gesetzliche Amtspflegschaft des Jugendamtes nach § 40 Abs.1 Jugendwohlfahrtsgesetz in Verbindung mit § 1705 ff. BGB ein. Dem stehe Art.13 Abs.1 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut entgegen.

⁹⁸ Unter Bezug auf Bundesverfassungsgericht, Beschluß vom 29.10.1987 – NJW 1988, 1651.