

# Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1996

*Kerrin Schillhorn\**

## Übersicht

(for an English version of this Survey see p.439)

	Seite
I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht	440
II. Völkerrechtliche Verträge	441
III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität	446
1. Grenzen der Ausübung eigener Staatsgewalt	446
2. Anerkennung fremder Hoheitsakte	447
IV. Staatsangehörigkeit	450
1. Erwerb	450
2. Verlust	451
3. Mehrfache Staatsangehörigkeit	452
4. Staatenlosigkeit	453

\* Rechtsanwältin, MIL (ANU, Canberra), ehemalige wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut.

Abkürzungen: AbfallG = Abfallgesetz; ABl. = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; Abs. = Absatz; AG = Amtsgericht; ApBetrO = Apothekenbetriebsordnung; ARB = Assoziationsratsbeschuß EWG-Türkei; Art. = Artikel; AsylVerfG = Asylverfahrensgesetz; AuslG = Ausländergesetz; BAG = Bundesarbeitsgericht; BayOLGESt = Entscheidungen des Bayrischen Oberlandesgerichts in Strafsachen; BayVBl. = Bayrische Verwaltungsblätter; BB = Betriebsberater; BFH = Bundesfinanzhof; BFHE = Entscheidungen des Bundesfinanzhofes; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; BGH = Bundesgerichtshof; BGHStE = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; BSG = Bundessozialgericht; BSGE = Entscheidungen des Bundessozialgerichts; BSHG = Bundessozialhilfegesetz; BVerfG = Bundesverfassungsgericht; BVerwG = Bundesverwaltungsgericht; BWVP = Baden-Württembergische Verwaltungspraxis; DB = Der Betrieb; DBA = Doppelbesteuerungsabkommen; DDR = Deutsche Demokratische Republik; DÖV = Die öffentliche Verwaltung; DStR = Deutsches Steuerrecht; DtZ = Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; ECHR = European Convention on Human Rights; EG = Europäische Gemeinschaft; EGV = Vertrag über die Europäische Gemeinschaft; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; ESVGH = Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg; EU = Europäische Union; EuGH = Europäischer Gerichtshof; EuGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EuGVÜ = Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen; EuZW = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; EWS = Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; FG = Finanzgericht; GATT = General Agreement on Tariffs and Trade; GewArch = Gewerbearchiv; GewO = Gewerbeordnung; GewStG = Gewerbesteuergesetz; GFK = Genfer Flüchtlingskonvention; GG = Grundgesetz; HFR = Höchstgerichtliche Finanzrechtsprechung; HSRG = Hochschulrahmengesetz; HZPÜ = Haager Zivilprozeßübereinkommen; i.S.d. = im Sinne des; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; IPRax = Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts; i.V.m. = in Verbindung mit; JZ = Juristenzeitung; KG = Kammergericht; LAG = Landesarbeitsgericht; LG = Landgericht; LKV = Landes- und Kommunalverwaltung; LSG = Landessozialgericht; m.w.N. = mit weiteren Nachweisen; n.F. = neue Fassung; NJ = Neue Justiz; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NJW-RR = Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; NuR = Natur und Recht; NVwZ = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht; NZA = Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht; OECD = Organization for Economic Cooperation and Development; OEG = Opferschadigungsgesetz; OLG = Oberlandesgericht; OVG = Oberverwaltungsgericht; PolG = Polizei-

V.	Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs	454
VI.	Fremdenrecht	455
	1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts	455
	2. Ausweisung und Abschiebung	459
VII.	Asylrecht	465
	1. Asylverfahren	465
	a) Sichere Herkunftsstaaten	465
	b) Sichere Drittstaaten	469
	c) Rechte im Asylverfahren	474
	2. Politische Verfolgung	479
	a) Verfolgung durch quasi-staatliche Gebietsgewalt	479
	b) Folter als politische Verfolgung	480
	c) Frauenspezifische politische Verfolgung	480
	3. Verfolgung von Gruppen – inländische Fluchtalternative	481
	4. Familienasyl und Drittstaatenregelung	482
VIII.	Auslieferung	483
IX.	Internationaler Menschenrechtsschutz	487
	1. Europäische Menschenrechtskonvention	487
	a) Art. 3 EMRK als Ausweisungs- und Abschiebungshindernis	487
	b) Anforderungen an Freiheitsentziehungen (Art. 5 Abs.1 EMRK)	487
	c) Verfahrensdauer (Art. 6 Abs.1 EMRK)	490
	d) Recht auf Familienleben (Art. 8 EMRK)	491
	e) Recht auf freie Meinungsäußerung/Versammlungsfreiheit (Art. 10, 11 EMRK)	492
	f) Freizügigkeit (Art. 2 Protokoll Nr.4 zur EMRK)	494
	2. Genfer Flüchtlingskonvention	494
	3. Konvention über die Rechte des Kindes	496
X.	Europäische Gemeinschaften	496
	1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht	496
	a) Unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien	496
	b) Anwendung und Auslegung von Richtlinien	498
	2. Diskriminierungsverbot	501
	a) Arbeitnehmerfreizügigkeit	501
	b) Niederlassungsfreiheit/Dienstleistungsfreiheit	503
	c) Gleichbehandlung von Mann und Frau	506
	3. Freiheit des Marktes/Wettbewerbsrecht	508
	4. Assoziationsabkommen Europäische Gemeinschaften – Türkei	509
	5. Vorabentscheidungsverfahren	511
	a) Verfahrensrechtliche Aspekte des Vorlageverfahrens	511
	b) Einzelfälle	513
	6. Staatshaftungsfragen	514
XI.	Stationierungstreitkräfte	516
XII.	Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung	518

gesetz; RIW = Recht der internationalen Wirtschaft; RuStAG = Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz; SED = Sozialistische Einheitspartei Deutschlands; StAZ = Das Standesamt; StGB = Strafgesetzbuch; UIG = Umweltinformationsgesetz; UIR = Umweltinformationsrichtlinie; UNHCR = United Nations High Commissioner for Refugees (Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen); UPR = Umwelt- und Planungsrecht; UVP = Umweltverträglichkeitsprüfung; UVP-G = Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz; UVP-RL = Umweltverträglichkeitsprüfungsrichtlinie; VerfGH = Verfassungsgerichtshof; VG = Verwaltungsgericht; VGH = Verwaltungsgerichtshof; VIZ = Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht; VBIBW = Verwaltungsblätter Baden-Württemberg; WuW = Wirtschaft und Wettbewerb; ZBR = Zeitschrift für Beamtenrecht.

## Survey

I.	International Law and Municipal Law	440
II.	International Treaties	441
III.	Effects and Limits of State Sovereignty	446
	1. Limits as to the exercise of jurisdiction	446
	2. Recognition of foreign acts	447
IV.	Nationality	450
	1. Acquisition of nationality	450
	2. Loss of nationality	451
	3. Multiple nationality	452
	4. Statelessness	453
V.	Agencies of Diplomatic and Consular Affairs	454
VI.	Legal Status of Aliens	455
	1. General aspects of entry and residence	455
	2. Expulsion and deportation	459
VII.	Asylum Law	465
	1. Procedural rules of asylum law	465
	a) Safe states of origin	465
	b) Safe third states	469
	c) Rights in procedural rules of asylum law	474
	2. Political persecution	479
	a) Persecution by quasi-state sovereignty	479
	b) Torture as political persecution	480
	c) Gender-specific political persecution	480
	3. Persecution of groups – Protection found elsewhere in the state	481
	4. Asylum of family members and third-state-rule	482
VIII.	Extradition	483
IX.	International Protection of Human Rights	487
	1. European Convention on Human Rights	487
	a) Art. 3 ECHR as a bar to expulsion and deportation	487
	b) Prerequisites for detention (Art. 5 para. 1 ECHR)	487
	c) Length of procedure (Art. 6 para. 1 ECHR)	490
	d) Right to family life/privacy (Art. 8 ECHR)	491
	e) Freedom of speech and assembly (Art. 10, 11 ECHR)	492
	f) Freedom of movement (Art. 2 of Protocol no. 4 to ECHR)	494
	2. Geneva Convention on Refugees	494
	3. Convention on the Rights of the Child	496
X.	European Communities	496
	1. Community law and municipal law	496
	a) Direct applicability of directives	496
	b) Application and interpretation of directives	498
	2. Rule of non-discrimination	501
	a) Free movement of workers	501
	b) Free establishment/free service	503
	c) Equality of men and women	506
	3. Free market/Competition law	508
	4. Association agreement EEC-Turkey	509
	5. Reference Procedure	511
	a) Procedural aspects	511
	b) Various cases	513
	6. Questions of state responsibility	514
XI.	Allied Armed Forces Stationed in the Federal Republic of Germany	516
XII.	Legal Status of Germany after 1945 and German Reunification	518

### Vorbemerkung

Der nachfolgende Bericht bietet einen Überblick über die Rechtsprechung deutscher Gerichte auf den Gebieten des Völkerrechts und des Europarechts sowie der damit im Zusammenhang stehenden Fragen des nationalen Verfassungsrechts. In soweit wird an den Bericht des Vorjahres angeknüpft<sup>1</sup>.

Die notwendige Auswahl der Entscheidungen, die in den Bericht Eingang gefunden haben, ist nach der Relevanz für das Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht sowie nach der Bedeutung für das nationale Recht getroffen worden. Des weiteren wurde die Auswahl – insbesondere im Bereich des Fremden- und Asylrechts und des Europarechts – auf solche Entscheidungen beschränkt, die grundlegende materiellrechtliche Fragen berühren.

Entscheidungen, die aufgrund der systematischen Gliederung an mehreren Stellen berücksichtigt werden, sind durch Querverweise mit fortlaufenden Nummern in eckigen Klammern an der jeweiligen Stelle gekennzeichnet.

Besonders hingewiesen werden soll auf die Entscheidungen des BVerfG im Bereich des Asylrechts zu den Fragen des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs des 1993 in das Grundgesetz aufgenommenen Artikels 16 a für die Regelung der sicheren Herkunftsstaaten [36] und der sicheren Drittstaaten [37] bis [40].

### I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht

1. Das Verwaltungsgericht Berlin nahm in einem Beschluß vom 10.12.1996 (11 A 1191/96 = NVwZ-Beilage 4/1997, 31f.) zu der Frage Stellung, ob sich aus dem zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung Bosnien-Herzegowinas abgeschlossenen Rücknahmeübereinkommen<sup>2</sup> ein Duldungsanspruch für ausreisepflichtige bosnische Bürgerkriegsflüchtlinge ergebe. Als Grundlage eines solchen Anspruchs wurde Art. 4 des Abkommens i.V.m. § 54 AuslG geprüft. Nach § 54 AuslG kann die oberste Landesbehörde aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen, daß die Abschiebung von Ausländern aus bestimmten Staaten oder von in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen allgemein oder in bestimmte Staaten für die Dauer von längstens sechs Monaten ausgesetzt wird. Das Gericht stellte fest, eine solche den Antragsteller begünstigende Anordnung sei von

<sup>1</sup> Der vorliegende Bericht wurde im Dezember 1997 abgeschlossen. Dank gebührt an dieser Stelle B. Kröger für die Unterstützung bei der Vervollständigung der Fallsammlung. Fehlende Entscheidungen aus dem Berichtszeitraum werden ggf. in den nachfolgenden Jahresberichten Berücksichtigung finden. Dieser Bericht schließt an R ö b e n, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1995, ZaöRV 57 (1997), 675ff., R e s s, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1994, ZaöRV 56 (1996), 466ff., und P h i l i p p, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1993, ZaöRV 55 (1995), 818ff., an. Eine Übersicht der Rechtsprechungsberichte der vergangenen Jahre findet sich bei R ä d l e r, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1992, ZaöRV 64 (1994), 475 Anm. 3 m.w.N.

<sup>2</sup> Abkommen über die Rückführung und Rückübernahme von Personen vom 20.11.1996.

der zuständigen Behörde erlassen worden, so daß ihm eine Duldung zu erteilen sei. Dabei nahm das Gericht Bezug auf den Beschluß der Konferenz der Innenminister und Senatoren der Länder vom 19.9.1996, wonach eine zwangsweise Rückführung nur nach den Regelungen des Rückübernahmeabkommens erfolgen soll. Nach den Bestimmungen des Abkommens setze die Übernahme von Personen aus Bosnien-Herzegowina voraus, daß zuvor ein Übernahmehersuchen von der Regierung der Bundesrepublik Deutschland gestellt worden sei. Bis zur Zustimmung der bosnischen Seite bzw. zum Eintritt der Fiktionswirkung des Art. 4 Abs.2 und 3 Rückübernahmeabkommen sollten nach der Entscheidung der obersten Landesbehörde keine Abschiebungen erfolgen. Dieser Abschiebungsschutz werde aus völkerrechtlichen und humanitären Gründen gewährt und führe zu einem Anspruch der bosnischen Bürgerkriegsflüchtlinge auf Erteilung einer Duldung.<sup>3</sup>

2. Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes entschied das VG Köln durch Beschluß vom 30.5.1996 (21 L 1106/96 = InfAuslR 1996, 332), daß sich der Anspruch eines Flüchtlings im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention<sup>4</sup> auf Weitergewährung der bisher bewilligten laufenden Hilfe zum Lebensunterhalt aus Art. 23 GFK in Verbindung mit §§ 11, 12 BSHG und der aufgrund des § 22 BSHG erlassenen Regelsatzverordnung ergebe. Art. 23 GFK verpflichte die vertragsschließenden Staaten, Flüchtlingen, die sich rechtmäßig in ihrem Staatsgebiet aufhalten, auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge und sonstigen Hilfeleistungen die gleiche Behandlung wie ihren eigenen Staatsangehörigen zu gewähren. Diese Verpflichtung lasse sich nur erfüllen, wenn Flüchtlinge im Sinne der GFK die Gleichbehandlung unmittelbar nach Maßgabe der für Deutsche geltenden Bestimmungen geltend machen könnten, ohne insoweit Einschränkungen unterworfen zu sein, die nicht auch für deutsche Staatsangehörige gelten. Diese Gleichstellung von Ausländern mit Deutschen auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge bewirke, daß der unter den persönlichen Anwendungsbereich der GFK fallende Hilfesuchende gegenüber anderen hilfesuchenden Ausländern privilegiert und gemäß § 120 Abs.1 Satz 3 BSHG nicht in den Anwendungsbereich des § 120 Abs.5 Satz 2 BSHG einzubeziehen sei.<sup>5</sup>

## II. Völkerrechtliche Verträge

3. Das VG Berlin hatte im Rahmen eines Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes über die Wirkungen des Abkommens von Dayton in der Bundesrepublik

<sup>3</sup> Vgl. zur Frage der Rückkehr von Flüchtlingen nach Bosnien-Herzegowina auch [24] und [25].

<sup>4</sup> Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, BGBl. 1953 II, 559 (im folgenden: GFK).

<sup>5</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch das Urteil des OVG Lüneburg vom 9.12.1996 (12 L 2486/96 = NVwZ-Beilage 6/1997, 45), wonach diese Privilegierung selbst für solche Asylberechtigte gelten soll, die nach einem längeren Auslandsaufenthalt in die Bundesrepublik zurückkehren; hingewiesen wird auch auf den Beschluß des OVG Berlin vom 25.10.1996 (6 S 347/96 = NVwZ-Beilage 7/1997, 54f.), in dem das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 23 GFK bestätigt wird, jedoch auch festgehalten wird, daß das Recht auf Freizügigkeit nach Art. 26 GFK nicht durch § 120 Abs.5 BSHG, d. h. die räumliche Beschränkung auf ein Bundesland bei der Gewährung von Sozialhilfe, verletzt würde.

Deutschland zugunsten bosnischer Flüchtlinge zu entscheiden (Beschluß vom 22.1.1996 – 35 A 1608/95 = NVwZ-Beilage 7/1996, 51 ff. = InfAuslR 1996, 188 ff.). Das Gericht führte aus, bei der Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis für bosnische Bürgerkriegsflüchtlinge hätten die Behörden das Abkommen von Dayton vom 14.12.1995 als Ermessensreduzierung zu berücksichtigen. Dieses Abkommen enthalte Regelungen, nach denen alle Flüchtlinge und Vertriebenen das Recht hätten, frei in ihre angestammte Heimat zurückzukehren. Diesbezüglich werde der Hohe Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen (UNHCR) beauftragt, einen Plan für eine frühzeitige, friedliche, geordnete und in Phasen ablaufende Rückkehr der Flüchtlinge zu entwickeln. Ein solcher Plan sei bereits aufgestellt, und der Hohe Flüchtlingskommissar habe Deutschland und andere Aufnahmeländer aufgefordert, die Bosnien-Flüchtlinge nicht überstürzt zurückzuschicken. Die Vorstellungen und Planungen der Behörden der Bundesrepublik Deutschland sähen hingegen eine wesentlich schnellere und insbesondere unfreiwillige Rückführung der bosnischen Flüchtlinge aus Deutschland in ihre Heimat vor. Diese Pläne seien ohne Berücksichtigung des Abkommens von Dayton und der Planungen des UNHCR ergangen und damit ermessensfehlerhaft. Das Gericht führte weiter aus, eine direkte völkerrechtliche Bindung der Bundesrepublik Deutschland an das Abkommen von Dayton könne sich weder aus Art. 24 GG noch aus Art. 25 GG ergeben, da sie nicht Vertragspartei sei. Eine völkerrechtlich erhebliche Beachtlichkeit des Dayton-Abkommens ergebe sich jedoch daraus, daß dieses Abkommen im Hinblick auf seine Bedeutung zum völkerrechtlichen *soft law* gehöre. Den *soft law*-Charakter des Dayton-Abkommens leitete das Gericht aus der umfangreichen internationalen Beteiligung an seinem Abschluß sowie aus dem Umstand ab, daß durch das Abkommen ein Krieg beendet worden sei bzw. beendet werden sollte, der Zerstörung und Elend in einem unvorstellbaren Maß geschaffen habe. Für die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland ergebe sich die Beachtlichkeit des Dayton-Abkommens auch aus dem Prinzip des friedlichen Zusammenlebens der Völker, das nach der Rechtsprechung des BVerfG Verfassungsrang habe. Dieser Grundsatz verpflichte auch außerhalb der von Art. 25 GG erfaßten allgemeinen Regeln des Völkerrechts die staatlichen Organe der Bundesrepublik zur besonderen Völkerrechtsfreundlichkeit und begründe bei der Rechtsanwendung das Gebot völkerrechtskonformer Auslegung. Aus diesen Gründen seien das Dayton-Abkommen und die auf seiner Grundlage erstellten Programme und Pläne des UNHCR im Rahmen der Ermessensausübung hinsichtlich der Entscheidung über die Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen für bosnische Bürgerkriegsflüchtlinge zu beachten.<sup>6</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch [26].

4. Das BVerfG entschied in einem Vorlageverfahren, daß individuelle Ansprüche ehemaliger Zwangsarbeiter nicht durch allgemeine Regeln des Völkerrechts ausgeschlossen seien (Beschluß vom 13.5.1996 – 2 BvL 33/93 = EuGRZ 1996, 407 ff. = NJW 1996, 2717 ff.)<sup>7</sup>. Gegenstand des Verfahrens waren öffentlich-

<sup>6</sup> Vgl. zur Duldung von Flüchtlingen aus Bosnien-Herzegowina auch [1].

<sup>7</sup> Vgl. auch NJW-Informationen, 1996, XII.

rechtliche Erstattungsansprüche von ehemaligen Zwangsarbeitern deutscher und ausländischer Staatsangehörigkeit für die zwangsweise erbrachte Arbeit. Das BVerfG wies die Vorlagen als unzulässig ab und stellte fest, daß die Geltung des öffentlichen Rechts vom vorlegenden Gericht unter dem Aspekt des Territorialprinzips hätte eingehender begründet werden müssen. Hinsichtlich der Vereinbarkeit der deutschen Regelung im Bundesentschädigungsgesetz<sup>8</sup> mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts führte das BVerfG aus, es gelte grundsätzlich die Regel, daß ein Anspruch aus völkerrechtlichen Delikten durch Handlungen gegenüber fremden Staatsbürgern nicht dem Betroffenen selbst, sondern seinem Heimatstaat zustehe. Dieses Grundprinzip des diplomatischen Schutzes schließe aber solche Ansprüche nicht aus, die nach dem nationalen Recht des verletzenden Staates den Verletzten außerhalb völkerrechtlicher Verpflichtungen gewährt würden. Dies gelte jedoch nur, soweit dieser Anspruch neben die völkerrechtlichen Ansprüche des Heimatstaates trete. In diesem Zusammenhang bezog sich das BVerfG auf den Grundsatz der *Doctrine of Exhaustion of Local Remedies*, wonach ein Staat erst dann diplomatischen Schutz ausüben dürfe, wenn der Betroffene in dem verletzenden Staat den Rechtsweg hinsichtlich der in Frage stehenden Handlungen erschöpft habe. Dieser Grundsatz, so das BVerfG, gelte auch für Ansprüche aus Zwangsarbeit während des II. Weltkrieges. Das Gericht stellte klar, daß selbst unter Anwendung des Grundsatzes, Ansprüche aus Kriegshandlungen nur zwischenstaatlich geltend machen zu können, eine nationale Regelung zur Gewährung von Ersatzansprüchen für Verletzte nicht ausgeschlossen ist. Dem stehe nicht entgegen, daß es Friedensverträge gebe, nach denen Individualforderungen ausgeschlossen seien. Das Gericht prüfte eine Reihe solcher Friedensverträge im Anschluß an die beiden Weltkriege und stellte fest, daß in den Verträgen jeweils die Ansprüche der Staatsangehörigen ausdrücklich neben den Forderungen der Staaten geregelt worden sind. Daraus leitete das Gericht den Schluß ab, daß es keine Regel des Völkergewohnheitsrechts gebe, nach der Individualentschädigungen im Zusammenhang mit Kriegsentschädigungen allein völkervertragsrechtlich geregelt werden könnten, wobei darauf hingewiesen wurde, daß ein solcher Ausschluß durch Vertrag möglich sei.

5. In einem Beschluß hatte sich das BVerfG mit den Zielen des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung<sup>9</sup> zu beschäftigen (Beschluß vom 31.1.1996 – 2 BvR 166/96 = NJW 1996, 1953). Gegenstand des Verfahrens war der Antrag eines ägyptischen Vaters auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung auf Rückführung seiner Kinder in die Niederlande. Nach dem Sachverhalt stand zu befürchten, daß der Vater die Kinder nach Rücküberstellung in die Niederlande unter Verletzung des Sorgerechts der Mutter nach Ägypten bringen werde. Aus diesem Grund wies das BVerfG den Erlaß der einstweiligen Anordnung unter Bezugnahme auf das Haager Übereinkommen ab. Ziel des Haager Übereinkommens sei es, so das Gericht, die Beteiligten von einem

<sup>8</sup> BGBl. 1956 I, 559 ff.

<sup>9</sup> 25.10.1980, BGBl. 1990 II, 206 ff.

widerrechtlichen Verbringen des Kindes ins Ausland abzuhalten und die Sorgerechtsentscheidung am Ort des früheren gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes sicherzustellen. Das Gericht führte aus, eine solche Sorgerechtsentscheidung sei durch die Rückführung der Kinder in die Niederlande nicht gefährdet, da sowohl die Niederlande als auch die Bundesrepublik Deutschland an das Europäische Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechtsverhältnisses<sup>10</sup> gebunden seien. Ägypten dagegen sei weder Vertragsstaat des Haager Übereinkommens noch des Europäischen Sorgerechtsübereinkommens. Deshalb sei ein Zurückholen der Kinder aus Ägypten mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden bzw. sogar unmöglich. Damit sei die Durchsetzung einer Entscheidung der niederländischen Gerichte über das Völkerrecht nicht gewährleistet und das Ziel des Haager Übereinkommens gefährdet,<sup>11</sup> weshalb dem Antrag nicht stattgegeben werde.

6. In einem Beschluß vom 9.1.1996 (VII B 225/95 = BFHE, Bd. 179, 501 ff.) hatte sich der Bundesfinanzhof mit der Frage der Vereinbarkeit eines auf der Grundlage der Bananenmarktordnung ergangenen Zollvorbescheides mit den für die Bundesrepublik geltenden Altverpflichtungen aus dem GATT zu beschäftigen. Gegenstand des Verfahrens war ein Antrag auf Absehen von der Sicherheitsleistung bei Aussetzung der Vollziehung nach dem Zollkodex. Der Gerichtshof hielt begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheids für gegeben. Diese bestünden im Hinblick auf die Frage des Verstoßes der dem Bescheid zugrundeliegenden Bananenmarktordnung gegen etwaiges vorrangig zu beachtendes Völkerrecht, hier GATT, und der Folge eines solchen Befundes für die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts. In seiner summarischen Prüfung führte der Gerichtshof aus, ein Verstoß der Bananenmarktordnung gegen Verpflichtungen aus dem GATT könne die Anwendbarkeit der maßgebenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts unbeschadet der durch den EuGH festgestellten Gültigkeit dieser Bestimmungen<sup>12</sup> in Frage stellen.<sup>13</sup> Bei einer GATT-Widrigkeit der Bananenmarktordnung könne sich für die Bundesrepublik aus Art. 234 EGV die Berechtigung ergeben, bei der Erfüllung ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen das Gemeinschaftsrecht außer acht zu lassen. Diese Frage, so das Gericht, sei zur Zeit im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EGV beim EuGH anhängig, und es sei noch nicht abzusehen, wie der Gerichtshof entscheiden werde. Insbesondere könne in diesem Zusammenhang

<sup>10</sup> 20.5.1980, BGBl. 1990 I, 220 ff., für die Niederlande BGBl. 1991 II, 392 ff.

<sup>11</sup> Vgl. eine weitere Entscheidung zum Haager-Übereinkommen des OLG Hamburg, Beschluß vom 16.1.1996 – 15 UF 201/95 F, 210/95 F = FamRZ 1996, 685 f., wonach Kinder nach dem Haager-Übereinkommen den Sorgeberechtigten ohne Prüfung, ob die Rückgabe dem Kindeswohl entspreche, zurückzugeben sind.

<sup>12</sup> EuGHE 1994, I-5039, vgl. auch Urteil vom 9.11.1995, Rs. C-466/93, wonach die Bananenmarktordnung mit den GATT-Vorschriften vereinbar ist.

<sup>13</sup> Vgl. dazu auch Beschluß des BVerfG vom 26.4.1995 – 2 BvR 760/95 = EuZW 1995, 412 ff.

nicht auf bereits vom EuGH erlassene Urteile zur Bananenmarktordnung<sup>14</sup> verwiesen werden. Weiterhin wies der BFH darauf hin, daß die zu erwartende Antwort des EuGH wohl entscheidungserheblich sei. In Anbetracht der ungeklärten Rechtslage bestätigte der BFH die Entscheidung des Vorgerichtes, die Vollziehung des Zollvorbescheides ohne Sicherheitsleistung auszusetzen.

7. Der BFH beschäftigte sich in einem Urteil vom 10.7.1996 (I R 83/95 = BB 1997, 662 ff. = HFR 1997, 139 ff.) mit der Frage der Steuerpflichtigkeit nach dem deutschen Steuerrecht von in der Bundesrepublik ansässigen Seeleuten, die auf unter ausländischer Flagge fahrenden Schiffen tätig sind. Grundlage der Entscheidung war Art. 15 Abs. 1 des Doppelbesteuerungsabkommens mit Liberia,<sup>15</sup> wonach Gehälter, Löhne und ähnliche Vergütungen, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Person aus unselbständiger Arbeit bezieht, nur in diesem Staat besteuert werden, es sei denn, daß die Arbeit in dem anderen Vertragsstaat ausgeübt wird. Der BFH führte aus, dies gelte auch für die Besteuerung von Besatzungen auf Seeschiffen im internationalen Verkehr. Der Gerichtshof wies darauf hin, daß insoweit eine Abweichung des DBA-Liberia von Art. 15 Abs. 3 des OECD-Musterabkommens bestehe. Nach der Mustervorschrift sei vorgesehen, daß Vergütungen der Schiffsbesatzungen in den Vertragsstaaten besteuert werden könnten, wenn sich dort der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung des Unternehmens befinde, in dessen Diensten die betreffende Person stehe. Unter Anwendung der besonderen Vorschrift des DBA-Liberia entschied der BFH, daß der Kläger, ein in Deutschland ansässiger und arbeitender Seemann auf einem unter liberianischer Flagge stehenden Schiff, nach inländischem Recht zu besteuern sei.

8. Das OLG Saarbrücken hatte in einem Urteil vom 16.12.1996 (Ss 90/95 = NStZ 1997, 245) über die Anwendbarkeit des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.6.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 19.6.1990 (Schengener Abkommen)<sup>16</sup> und die Auslegung einzelner Bestimmungen des Schengener Abkommens zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens war die Verurteilung eines Angeklagten durch deutsche Gerichte wegen einer Tat, für die der Angeklagte bereits in Belgien zu einer rechtskräftigen Freiheits- und Geldstrafe verurteilt worden war. Das Gericht stellte fest, daß der Anwendung des Schengener Abkommens nicht entgegenstehe, daß dieses zwar vor Beginn des Strafverfahrens, nicht aber schon vor Begehung der Tat in Kraft getreten sei. Zur Begründung führte das Gericht aus, daß Verfahrensvorschriften mit dem Gesetz in Kraft träten, das sie aufstelle und somit von ihrem Inkrafttreten an ihre Wirkung auch innerhalb bereits anhängiger Verfahren entfalteten. Hinsichtlich Art. 54 des Schengener Abkommens, wonach, wenn in einem Vertragsstaat eine rechtskräftige Verurteilung erfolgt und

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Vgl. zum DBA-Liberia auch Röben (Anm. 1), [14].

<sup>16</sup> BGBl. 1993 II, 1010ff.

diese bereits vollstreckt ist, gerade vollstreckt wird oder nicht mehr vollstreckt werden kann, eine Verfolgung durch einen anderen Vertragsstaat wegen derselben Tat ausgeschlossen ist, legte das Gericht den Terminus "gerade vollstreckt wird" wie folgt aus: "Gerade vollstreckt wird" noch nicht, wenn der Verurteilte zum Strafantritt geladen sei, sondern vielmehr erst dann, wenn er die Freiheitseinbuße tatsächlich erleide. Da die Freiheitsstrafe hier zur Bewährung ausgesetzt war, werde diese nicht "gerade vollstreckt". Im Hinblick auf die Geldstrafe stellte das Gericht fest, es werde nicht "gerade vollstreckt", wenn der Verurteilte zur Zahlung der Geldstrafe aufgefordert werde. Hierin liege lediglich die Einleitung der Vollstreckung, nicht aber die tatsächliche Vollstreckungshandlung.

### III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität

#### 1. Grenzen der Ausübung eigener Staatsgewalt

9. Das OLG Düsseldorf hatte sich in einem Beschluß vom 13.11.1996 (3 W 347/96 = EuZW 1997, 284 ff. = NJW-RR 1997, 572 = EWS 1997, 108 = RIW 1997, 329 f.) mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen die Vollstreckbarkeitserklärung eines ausländischen Urteils dem *ordre public* der Bundesrepublik Deutschland widerspricht. Gegenstand des Verfahrens war die Behauptung der Antragsgegnerin, die Vollstreckbarkeitserklärung eines noch nicht rechtskräftigen italienischen Zahlungsurteils verstoße gegen den deutschen *ordre public*, da das Verfahren vor dem italienischen Gericht mangelhaft gewesen und deshalb nach Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ<sup>17</sup> nicht anzuerkennen sei. Dieser Auffassung folgte das Gericht in seinem Urteil nicht. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH<sup>18</sup> führte das Gericht aus, die Anerkennung eines ausländischen Urteils könne nur versagt werden, wenn das Urteil des ausländischen Gerichts aufgrund eines Verfahrens ergangen sei, das von den Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechts in einem solchen Maße abweiche, daß nach der deutschen Rechtsordnung das Urteil nicht mehr als in einem geordneten rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden könne. Das Gericht führte weiter aus, daß ein Verstoß gegen den *ordre public* dann nicht vorliege, wenn die Verfahrensfehler während des ausländischen Verfahrens noch in einer Rechtsmittelinstanz überprüft und notfalls korrigiert werden könnten. Die Kompetenz des Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsstaates gemäß Art. 34 Abs. 3 EuGVÜ umfasse grundsätzlich nicht die Prüfung, ob Fehler im erstinstanzlichen Verfahren unterlaufen seien, insbesondere nicht, ob die Tatsachen richtig festgestellt und gewürdigt, sowie das internationale Privatrecht und das materielle Recht zutreffend angewendet worden seien<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> BGBl. 1972 II, 774 ff.

<sup>18</sup> BGHZ 48, 327 = NJW 1968, 354 = LM § 328 ZPO Nr. 18; BGHZ 118, 312 = NJW 1992, 3096 = EuZW 1992, 705 = LM H. 2/1993, § 328 ZPO Nr. 38/39/40; BGH, NJW 1990, 2201.

<sup>19</sup> Vgl. weitere Entscheidungen zur Auslegung des EuGVÜ-Urteils des BGH vom 28.2.1996 – XII ZR 181/93 = IPRax 1997, 187, sowie die Besprechung von Mankovski, IPRax 1997, 173 ff. und Urteil des OLG München vom 24.7.1996 – 7 U 2651/96 = NJW-RR 1997, 571 f.

10. In einem Sorgerechtsverfahren hatte das OLG Frankfurt/M. zu entscheiden, ob deutsche Behörden berechtigt seien, den gültigen ausländischen Paß eines Kindes einzuziehen oder sicherzustellen (Beschluß vom 4.6.1996 – 20. W 170/96 = FamRZ 1997, 571 f.). Das Gericht entschied, es liege keine Verletzung der ausländischen Paßhoheit vor, wenn der Paß auf gerichtliche Anordnung herausgegeben werden müsse, um dem Staatsangehörigen dienen zu können, dem der Paß jeweils ausgestellt sei. Insbesondere sei die Einziehung oder Sicherstellung des Passes eines Kindes gerechtfertigt, wenn hierdurch eine Kindesentführung verhindert werden solle. Eine Verletzung der ausländischen Paßhoheit liege in einem solchen Fall nicht vor.

11. Die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens wegen Bigamie wurde von der Staatsanwaltschaft München I verfügt, da der Beschuldigte nicht der deutschen Staatsgewalt unterlag (Verfügung vom 26.4.1996 – 235 JS 54017/95 = NStZ 1996, 436). Bei dem Beschuldigten handelte es sich um einen syrischen Staatsangehörigen, der seit 1973 mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet war und im Jahre 1993 in der syrisch-arabischen Republik eine syrische Staatsangehörige nach dem dort herrschenden Recht geheiratet hatte. Einige Monate nach dieser Eheschließung erwarb der muslimische Beschuldigte, der mit beiden Frauen in Deutschland lebte, die deutsche Staatsangehörigkeit. In der Begründung der Einstellungsverfügung führte die Staatsanwaltschaft aus, daß es sich bei Bigamie im Sinne des § 171 StGB um ein Zustandsdelikt handele, das bereits mit dem formell gültigen Abschluß der zweiten Ehe vollendet sei, ohne daß es auf ein Zusammenleben ankomme. Weiterhin wurde darauf hingewiesen, daß der Täter zur Zeit der Tat kein deutscher Staatsbürger gewesen sei und die Tat am Tatort nicht mit Strafe bedroht gewesen sei. In Syrien sei es nämlich Muslimen gestattet, mit bis zu vier Frauen gleichzeitig verheiratet zu sein. Aus diesen Gründen entfalle eine Strafbarkeit nach dem deutschen Strafrecht, insbesondere wegen § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

## 2. Anerkennung fremder Hoheitsakte

12. Das OLG Düsseldorf hatte in einem Verfahren (Beschluß vom 10.1.1996 – 3 VA 11/95 = EuZW 1996, 351 f. = IPrax 1997, 176 ff.) zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen die Zustellung einer ausländischen Anordnung in der Bundesrepublik nach Art. 13 Abs. 1 Haager Zustellungsübereinkommen<sup>20</sup> versagt werden kann. Die fragliche Anordnung war von einem Londoner Gericht erlassen worden und beinhaltete eine an den Zustellungsempfänger gerichtete Untersagung, weiterhin ein Verfahren vor einem deutschen Landgericht gegen die Antragstellerin zu betreiben. Das OLG entschied, die Zustellung der Entscheidung des Londoner Gerichts könne nach Art. 13 Abs. 1 des Haager Zustellungsübereinkommens nicht verlangt werden, da die Zustellung dieser Entscheidung geeignet sei, die Hoheitsrechte (*sovereignty*) der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden. Die deutschen Gerichte befänden nach den für sie geltenden Verfahrens-

<sup>20</sup> Vom 15.11.1965, BGBl. 1977 II, 1453.

gesetzt und nach den bestehenden völkerrechtlichen Verträgen ausschließlich selbst darüber, ob sie für die Entscheidung einer Streitsache zuständig seien oder ob sie die Zuständigkeit eines anderen inländischen oder ausländischen Gerichts zu respektieren hätten. Auch könnten ausländische Gerichte keine Weisungen erteilen, ob und in welchem Umfang (zeitlich und inhaltlich) ein deutsches Gericht in einer bestimmten Streitsache tätig werden könne und dürfe. Eine andere Bewertung des Sachverhaltes rechtfertige sich schließlich nicht aus dem Umstand, daß sich die ausländische Anordnung nicht unmittelbar an den deutschen Staat oder gegen deutsche Gerichte, sondern an eine Privatperson richte. Der Grundsatz des freien Zugangs zu den deutschen Gerichten, der als solcher schon Ausdruck staatlicher Souveränität sei und von allen staatlichen Organen sichergestellt werden müsse, umfasse nämlich auch das Recht jedes einzelnen, sein Anliegen einem Gericht zu unterbreiten. Aus diesem Grund könne die Zustellung einer ausländischen Anordnung, die das Betreiben eines Verfahrens vor deutschen Gerichten untersage, versagt werden.

13. In einem weiteren Fall hatte das OLG Düsseldorf über die Anwendbarkeit und Auslegung des Haager Zivilprozeßübereinkommens (HZPÜ) von 1954 zu entscheiden (Beschuß vom 21.11.1996 – 13 VA 4/96 = IPRax 1997, 194f.). Gegenstand des Verfahrens war die Anerkennung eines Ehescheidungsurteils, das in Kroatien ausgesprochen wurde, ohne daß der Ehefrau jedoch die Ehescheidungsklage ordnungsgemäß im Sinne des HZPÜ zugegangen war. Die Zustellung, so das Gericht, sei lediglich auf dem Postwege erfolgt. Dies sei aber wegen des Widerspruchs der Bundesrepublik Deutschland gegen diese Form der Zustellung nach Art. 6 Abs. 1 HZPÜ nicht wirksam gewesen. Das Gericht führte weiter aus, daß auch Kroatien als Rechtsnachfolger des ehemaligen Jugoslawien, mit dem das Übereinkommen zunächst geschlossen worden war, an diesen völkerrechtlichen Vertrag gebunden sei<sup>21</sup>. Da der Beklagten, die sich auf das Verfahren nicht eingelassen und sich hierauf berufen hatte, das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht ordnungsgemäß zugestellt worden war,<sup>22</sup> lägen die Voraussetzungen für die Nicht-Anerkennung eines ausländischen Urteils vor.

14. Das OLG München hatte in einem Verfahren über die Zulässigkeit einer deutschen Gerichtsentscheidung zu befinden, wenn zum gleichen Verfahren bereits ein rechtskräftiges ausländisches Urteil im Geltungsbereich des EuGVÜ ergangen ist (Urteil vom 24.7.1996 – 7 U 2651/96 = RIW 1996, 856f.). In dem Verfahren ging es um einen Zahlungsanspruch, der im Wege eines griechischen Versäumnisurteils der Klägerin zugesprochen worden war. Im nachfolgenden deutschen Verfahren in gleicher Sache hatte der Beklagte mit der Begründung Berufung eingelegt, das griechische Urteil sei in Deutschland wegen mangelnder Zuständigkeit der griechischen Gerichte nicht anzuerkennen. Das OLG kam zu dem

<sup>21</sup> Zur Rechtsnachfolgereigenschaft Kroatiens hinsichtlich des HZPÜ vgl. BGBl. 1993 II, 1936.

<sup>22</sup> Vgl. aber die kritische Anmerkung der Redaktion, die darauf hinweist, daß die Begründung des Urteils nicht zutreffend sei. Insbesondere läge kein Widerspruch der Bundesrepublik Deutschland gegen eine Postzustellung im Sinne des Art. 6 des HZPÜ vor.

Ergebnis, die Klage sei nicht wegen der griechischen rechtskräftigen Entscheidung unzulässig. Es gebe für den Erlaß einer zweiten inhaltsgleichen Entscheidung in Deutschland ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis. Hierfür sei ausreichend, daß das Urteil im Ausland ergangen sei und sich eine Verwertbarkeit des ausländischen Urteils innerhalb des deutschen Rechtsgebiets nicht ohne weiteres ergebe. Das Gericht führte weiter aus, eine ausländische Entscheidung sei zwar nach Art. 26 EuGVÜ ohne weiteres Verfahren anzuerkennen, doch gelte diese Verpflichtung nicht zwingend, wenn die Anerkennungsfähigkeit des ausländischen Urteils in Frage stehe. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei damit – der Rechtsprechung des BGH folgend – die Zulässigkeit einer weiteren deutschen Entscheidung zu bejahen.

15. Ein besonderes Feststellungsinteresse verneinte dagegen das OLG Bremen (Beschluß vom 24.4.1996 – 5 WF 44/96 = FamRZ 1997, 107f.) in einem Verfahren über die Anerkennung einer in der Türkei ergangenen Sorgerechtsentscheidung. Das Gericht führte aus, ein förmliches Anerkennungsverfahren für ausländische Entscheidungen in Kindschaftssachen gebe es nicht. Dies gelte insbesondere, da sich die unmittelbare Geltung ausländischer Entscheidungen im Inland direkt aus Art. 7 des Haager Minderjährigenschutzabkommens vom 5.10.1961 ergebe. Die Möglichkeit, eine ausländische Sorgerechtsentscheidung ohne besonderes Feststellungsinteresse gerichtlich anzuerkennen, sei lediglich nach dem Europäischen Sorgerechtsübereinkommen möglich, das im vorliegenden Fall jedoch keine Anwendung finde. Solange keine entgegenstehende gesetzliche Regelung ergehe, müsse es bei dem Grundsatz bleiben, daß die bloße Feststellung der Rechtslage in einem gerichtlichen Verfahren nicht zulässig sei, sofern nicht ein Feststellungsinteresse im Einzelfall gegeben sei. Ein solches Feststellungsinteresse schließlich sei bei der das Sorgerecht betreffenden ausländischen Entscheidung nicht generell zu vermuten.

16. Das LG Berlin hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine strafrechtliche Rehabilitierung auch dann erteilt werden kann, wenn die Verurteilung durch ein ausländisches Gericht stattgefunden hat (Beschluß vom 5.1.1996 – [551 Rh] 4 Js 1189/92 = VIZ 1996, 550f.). Gegenstand des Verfahrens war der Antrag auf strafrechtliche Rehabilitierung eines in der damaligen DDR von Mitarbeitern des Staatssicherheitsdienstes Festgenommenen, der danach von sowjetischen Behörden verhaftet und von einem sowjetischen Gericht wegen Spionage zum Tode durch Erschießen verurteilt wurde. Der Betroffene wurde im Hinblick auf diese Verurteilung bereits nach dem Gesetz der Russischen Föderation über die Rehabilitierung der Opfer politischer Repression vom 18.10.1991 in Rußland rehabilitiert. Die Antragstellerin, die Tochter des Betroffenen, begehrte nun vor dem deutschen Gericht eine Rehabilitierung auch nach dem deutschen strafrechtlichen Rehabilitierungsgesetz vom 29.10.1992. Das Gericht lehnte den Antrag auf Rehabilitierung mit der Begründung ab, zwar sei der Staatssicherheitsdienst der DDR an der Festnahme des Betroffenen beteiligt gewesen, doch hätten diese Maßnahmen nicht auf deutscher Entscheidungsbefugnis beruht, sondern seien auf Anordnung und im Auftrag sowjetischer Dienststellen erfolgt. Damit habe es sich bei

den damals ergriffenen Maßnahmen nicht um Handlungen der Organe der DDR in eigener Verantwortung gehandelt, die ihrerseits Gegenstand einer strafrechtlichen Rehabilitation nach dem Gesetz von 1992 sein könnten.

#### IV. Staatsangehörigkeit

##### 1. Erwerb

17. Das BVerwG entschied in einem Beschluß vom 19.8.1996 (1 B 82/95 = InfAuslR 1996, 399 ff.), daß auch ein langer Aufenthalt, der für zeitlich begrenzte und verschiedene vorübergehende Zwecke ermöglicht wurde, keinen Vertrauensstatbestand entstehen lasse, der bei der Einbürgerungsentscheidung zu berücksichtigen sei. Das Gericht führte unter Bezugnahme auf eine frühere Entscheidung<sup>23</sup> aus, daß § 8 RuStAG grundsätzlich ein weites Ermessen eröffne, das unter Beachtung der rechtsstaatlichen Grundsätze und damit auch unter Wahrung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes auszuüben sei. Ein Vertrauensschutz sei aber nur dann anzunehmen, wenn von der Behörde ein Tatbestand geschaffen worden sei, aufgrund dessen der Ausländer erwarten könne, daß er auf Wunsch eingebürgert werde. Diese Voraussetzung sei jedoch dann nicht gegeben, wenn dem Ausländer nur zeitlich begrenzt, jeweils für verschiedene vorübergehende Zwecke Aufenthalte ermöglicht worden seien. Schließlich wurde darauf hingewiesen, daß der Kläger sich nicht aufgrund eines schutzwürdigen Vertrauens auf die Einbürgerung durch Dispositionen auf diese eingerichtet habe.

18. Das OVG Nordrhein-Westfalen hatte sich mit den Fragen der Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung sowie mit der Doppelehe als Einbürgerungshindernis zu befassen (Urteil vom 2.9.1996 – 25 A 2106/94 = InfAuslR 1997, 82 ff.). Zunächst stellte das Gericht fest, daß der Regelungsgehalt und Schutzzweck des Art. 16 Abs. 1 GG darin besteht, die grundsätzliche Unentziehbarkeit der wohl erworbenen Staatsangehörigkeit zu gewährleisten. Hieraus lasse sich jedoch kein Verbot zur Rücknahme erschlichener Einbürgerungen ableiten; dies gelte insbesondere, da die erschlichene Staatsangehörigkeit ebensowenig wie der rechtsunwirksame Staatsangehörigkeitserwerb in den Schutzbereich des Art. 16 Abs. 1 GG falle. Weiterhin wies das Gericht darauf hin, daß Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG, wonach der Verlust der Staatsangehörigkeit gegen den Willen der Betroffenen nur dann eintreten darf, wenn diese dadurch nicht staatenlos werden, der Rücknahme der erschlichenen Einbürgerung nicht entgegenstehe. Ebensowenig stehe ihr das Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit vom 30.8.1961 entgegen, da auch dessen Regelungen nicht vor einem Verlust der Staatsangehörigkeit schützten, die durch falsche Angaben oder betrügerische Handlungen erworben sei. In dem konkreten Fall entschied das Gericht, in der Eingehung einer Zweitehe liege ein Einbürgerungshindernis im Sinne des Reichs- und Staatsangehörigkeitgesetzes. Nach § 9 Abs. 1 des RuStAG sollten Ehegatten Deutscher

<sup>23</sup> BVerwG, Beschluß vom 18.9.1981 – 1 B 115/81.

dann eingebürgert werden, wenn sie sich in die deutschen Lebensverhältnisse einordnen. Das Gericht führte aus, Sinn und Zweck dieser Vorschrift sei es, der durch eine eheliche Lebensgemeinschaft mit einem deutschen Staatsangehörigen begründeten Erwartung Rechnung zu tragen, daß sich die Integration des Einbürgerungsbewerbers in die deutschen Lebensverhältnisse schneller als sonst vollziehe. Davon könne jedoch nicht ausgegangen werden, wenn der Bewerber eine Zweitehe eingehe. Eine solche Ehe widerspreche dem in Deutschland geltenden Prinzip der Einehe und stelle eine beachtliche Abweichung von den elementaren Grundsätzen der deutschen Rechts- und Werteordnung dar. Der Schutz der Einehe werde nach der deutschen Rechtsordnung so weit gefaßt, daß diese selbst nach ihrem faktischen Ende noch unter dem besonderen Schutz der Rechtsordnung stehe. Dies führe dazu, daß eine Zweitehe, die nach dem faktischen Ende, jedoch vor förmlicher Auflösung der Erstehe geschlossen werde, diesem Grundprinzip des rechtlichen Schutzes der Einehe widerspreche.

19. Das BVerwG bestätigte in einem Beschluß vom 20.8.1996 (1 B 128/96 = InfAuslR 1996, 400f.) seine bisherige Rechtsprechung zu der Anrechnung von Aufenthaltszeiten in der früheren DDR bei der Berechnung der für die Einbürgerung erforderlichen Mindestdauer des rechtmäßigen Inlandsaufenthaltes. Unter Bezugnahme der vorhergehenden Rechtsprechung<sup>24</sup> wies das BVerwG darauf hin, daß es nicht zweifelhaft sei, daß ein Aufenthalt in der DDR mit einer dort erfolgten Familiengründung die sprachliche Eingliederung und das Einleben in deutsche Lebensverhältnisse gefördert haben könne. Jedoch sei – mit Rücksicht auf die jedenfalls bis zur Wiedervereinigung Deutschlands erheblichen Unterschiede der wirtschaftlichen und sozialen Lebensbedingungen – eine diesbezügliche Integration im Bundesgebiet regelmäßig nur in geringerem Ausmaß erfolgreich. Die Entscheidung hierüber lasse sich nur nach den Umständen des Einzelfalles vornehmen und sei daher einer rechtsgrundsätzlichen Klärung entzogen.

## 2. Verlust

20. In einem Staatshaftungsverfahren entschied das OLG Hamm (Urteil vom 11.10.1996 – 11 U 173/95 = StAZ 1997, 133 ff.), daß die Feststellung, ein als deutsches geborenes Kind habe aufgrund der Legitimation durch einen ausländischen Vater die deutsche Staatsangehörigkeit verloren, rechtsfehlerhaft sei, und erkannte einen Anspruch des Klägers auf Schadensersatz an. Grundlage der Entscheidung war der Fall des Klägers, der als nicht-eheliches Kind einer deutschen Staatsangehörigen in Deutschland geboren wurde. Nach der Geburt heiratete die Mutter den leiblichen Vater des Klägers und der Kläger wurde mit Beschluß des zuständigen AG legitimiert. Einige Jahre später siedelte die Familie nach Jugoslawien über, wo der Kläger als jugoslawischer Staatsangehöriger eingetragen wurde. Als 15-jähriger kehrte der Kläger nach Deutschland zurück, wo er seither lebt und in

<sup>24</sup> Urteil vom 27.9.1988 – 1 C 52/87 = BVerwGE 80, 233; Beschluß vom 14.9.1990 – 1 B 126/90 = NVwZ 1991, 895.

seinen Personalpapieren als Deutscher bezeichnet wird. Aus Anlaß eines standesbeamtlichen Verfahrens stellte sich die Frage, ob der Kläger jugoslawischer oder deutscher Staatsangehöriger ist. Das OLG entschied, der Kläger habe seine deutsche Staatsangehörigkeit, die er nach § 4 Abs. 1 der damals geltenden Fassung des RuStAG bei der Geburt erlangt habe, nie verloren. Zur Begründung führte das Gericht aus, daß nach § 17 Nr. 5 RuStAG a.F. die deutsche Staatsangehörigkeit eines nicht-ehelichen Kindes durch die von einem Ausländer bewirkte und nach den deutschen Gesetzen wirksame Legitimation verloren gehen solle. Diese Bestimmung sei jedoch mit Hinblick auf die Anordnung des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungskonform dahin gehend auszulegen, daß die Staatsangehörigkeit dann nicht verloren gehen könne, wenn der Betreffende dadurch staatenlos würde. Dies sei bei dem Kläger aber der Fall gewesen. Dieser habe weder durch die jugoslawische Staatsangehörigkeit seines zunächst nicht-ehelichen Vaters noch durch die spätere Legitimation die jugoslawische Staatsangehörigkeit erhalten. Insbesondere sei diese nie, wie nach dem jugoslawischen Recht nötig, beantragt worden. Es sei auch nicht zu einem rückwirkenden Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit durch die Übersiedlung nach Jugoslawien gekommen, da dies einen rückwirkenden Verlust der Staatsangehörigkeit aufgrund eines im deutschen Recht nicht vorgesehenen Tatbestandes bedeutet hätte. Somit sei der Kläger nach wie vor deutscher Staatsangehöriger. Die anders lautende Feststellung des Standesamtes sei rechtswidrig und löse damit staatshaftungsrechtliche Ansprüche aus.

### 3. Mehrfache Staatsangehörigkeit

21. Über die Voraussetzungen der Einbürgerung eines Iraners unter Beibehaltung der bisherigen Staatsangehörigkeit hatte das BVerwG (Beschuß vom 1.10.1996 – 1 B 178/95 = InfAuslR 1997, 79f. = StAZ 1997, 282f.) zu entscheiden.<sup>25</sup> Gegenstand des Verfahrens war der Einbürgerungsantrag eines iranischen Staatsangehörigen, der über einen Zeitraum von vier Jahren bei der iranischen Botschaft mit insgesamt fünf Schreiben um seine Entlassung aus der iranischen Staatsangehörigkeit nachgesucht hatte, ohne hierauf eine Reaktion erhalten zu haben.<sup>26</sup> Das Gericht entschied, daß die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 AuslG, wonach die Mehrstaatigkeit hinzunehmen sei, wenn der Ausländer seine bisherige Staatsangehörigkeit nicht oder nur unter besonders schwierigen Bedingungen aufgeben könne, im vorliegenden Fall erfüllt seien. Insbesondere lägen die Voraussetzungen des § 87 AuslG vor, wenn der Heimatstaat die Entlassung aus der bisherigen Staatsangehörigkeit willkürlich versage oder über den vollständigen und formgerechten Entlassungsantrag nicht in angemessener Zeit entschieden habe. Maßgeblich für die Aufgabe der Staatsangehörigkeit sei das jeweils geltende Recht des Heimatstaates sowohl in materieller als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht.

<sup>25</sup> Vgl. auch Anmerkung zu diesem Fall von Hofmann, InfAuslR 1997, 81 ff.

<sup>26</sup> Siehe in diesem Zusammenhang auch das Urteil des VG Stuttgart vom 6.11.1996 (7 K 77/95 = InfAuslR 1997, 321 ff.) zu einem vergleichbaren Sachverhalt.

Trotz des Bestreitens der iranischen Botschaft, jemals Anträge des Betroffenen hinsichtlich der Entlassung aus der Staatsangehörigkeit erhalten zu haben, habe das Berufungsgericht im Rahmen der Beweisaufnahme die Überzeugung gewonnen, daß diese Schreiben der Botschaft tatsächlich zugegangen seien. Daß es sich hierbei lediglich um formlose Anträge zur Einleitung des Verfahrens zur Aufgabe der Staatsangehörigkeit gehandelt habe, sei insoweit unbeachtlich, als die iranische Botschaft nicht in angemessener Zeit mit der Übersendung der erforderlichen Formulare die nächste Verfahrensstufe eingeleitet habe. Der § 87 AuslG müsse dahin gehend ausgelegt werden, daß ein Heimatstaat nicht die Möglichkeit habe, die Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit durch die Verweigerung der Unterlagen zu verhindern. Mithin sei in einem solchen Fall anzunehmen, daß die bisherige Staatsangehörigkeit nicht oder nur unter besonders schwierigen Bedingungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Satz 1 AuslG aufgegeben werden könne.

#### 4. Staatenlosigkeit

22. Mit Urteil vom 16.7.1996 entschied das BVerwG über den Anspruch eines ehemaligen rumänischen Staatsangehörigen auf Ausstellung eines Reiseausweises für Staatenlose (1 C 30/93 = InfAuslR 1997, 58 ff. = DVBl. 1997, 177 ff. = DÖV 1997, 300 ff.). Nach der Aufgabe seiner rumänischen Staatsangehörigkeit während des Asylverfahrens in der Bundesrepublik beantragte der Kläger die Ausstellung eines Reiseausweises für Staatenlose. Diese Frage nahm das Gericht zum Anlaß, die Folgen der Staatenlosigkeit, bzw. der freiwillig herbeigeführten Staatenlosigkeit zu erörtern. Rechtsgrundlage für den geltendgemachten Anspruch auf Ausstellung des Reiseausweises sei Art. 28 Satz 1 des Übereinkommens vom 28.9.1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen<sup>27</sup>. Das Gericht stellte fest, daß das Abkommen auf den Kläger anwendbar sei, auch wenn dieser sich freiwillig in die Staatenlosigkeit begeben habe und es ihm möglich sei, seine frühere rumänische Staatsangehörigkeit wieder zu erwerben. Eine Verpflichtung bestehe hierzu ebensowenig wie eine Obliegenheit. Ein völkerrechtliches Gebot zur Vermeidung von Staatenlosigkeit gebe es nicht. Dabei nahm das Gericht Bezug auf den völkerrechtlich unverbindlichen Programmsatz des Art. 15 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948<sup>28</sup>. Darüber hinaus deute nichts auf eine rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme der Rechte aus Art. 28 des Staatenlosen-Übereinkommens hin. Schließlich prüfte das Gericht die Eigenschaft des Klägers als Staatenloser i.S.d. Art. 1 Abs. 1 Staatenlosen-Übereinkommen, wonach ein Staatenloser eine Person sei, die kein Staat aufgrund seines Rechts als Staatsangehöriger ansieht (*de iure*-Staatenloser)<sup>29</sup>. Damit grenzte das Gericht den Kläger als *de iure*-Staatenlosen von einem *de facto*-Staatenlosen ab und wies darauf hin, daß der Status der Staatenlosigkeit nicht von der Art seiner Entstehung abhängt,

<sup>27</sup> BGBl. 1976 II, 473 ff.

<sup>28</sup> UN Doc. A/810 (1948), 71.

<sup>29</sup> BVerwGE 87, 11.

sondern bei Zwangsausbürgerungen ebenso eintrete wie bei einem freiwilligen Verzicht. Insbesondere sei es völkerrechtlich unbestritten, daß der Heimatstaat einem derartigen Antrag stattgeben dürfe, und zwar selbst dann, wenn der Betroffene dadurch staatenlos werde. Dabei sei zu beachten, daß es als Rechtsmißbrauch anzusehen sei, wenn die Entscheidung des expatriierenden Staates dazu führe, seine bisherigen Staatsangehörigen bei "fremden Staaten" abzuladen; dies gelte jedenfalls insoweit, als innerstaatliche Regelungen der Staatsangehörigkeit völkerrechtlich dem Verbot des Rechtsmißbrauchs unterlägen<sup>30</sup>. Im weiteren stellte das Gericht fest, daß die Bundesrepublik Deutschland daran gehindert ist, der Entlassung aus der Staatsangehörigkeit durch Rumänien die Anerkennung zu versagen. Zwar gelte nach Art. 7 des Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit<sup>31</sup> die Regelung, daß die Entlassung aus einer Staatsangehörigkeit nicht anerkannt werden müsse, soweit diese zu einer Staatenlosigkeit führe. Doch finde diese Bestimmung keine Anwendung, da Rumänien nicht Vertragsstaat des Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit sei und diese Regelung kein allgemeiner Grundsatz des Völkerrechts sei.

#### *V. Organe des diplomatischen und konsularischen Verkehrs*

23. Das BVerwG entschied mit Urteil vom 29.2.1996 (5 C 23/95 = DVBl. 1996, 871 ff. = DÖV 1996, 835 = NJW 1996, 2744 ff. = BayVBl. 1996, 636 ff.), daß ein Ausländer mit Diplomatenstatus regelmäßig keine Sozialhilfe in der Bundesrepublik Deutschland beanspruchen könne. Ausnahmen kämen jedoch in Betracht, wenn der Ausländer zuvor aus dem diplomatischen Dienst des Entsendestaates ausgeschieden sei oder jedenfalls jegliche diplomatische Tätigkeit faktisch eingestellt habe. Gegenstand der Entscheidung war der Antrag eines somalischen Diplomaten auf Sozialhilfe, da Somalia seit September 1990 weltweit Gehaltszahlungen an seine Diplomaten eingestellt habe. Der Antragsteller machte geltend, eine Rückkehr in seine Heimat sei ihm wegen der dort herrschenden katastrophalen Lage derzeit nicht zumutbar. Zunächst wies das Gericht darauf hin, daß die Immunität eines Diplomaten diesen nicht daran hindere, aktiv als Kläger deutsche Gerichte in Anspruch zu nehmen. Weiterhin bekräftigte das Gericht den Grundsatz der völligen Unabhängigkeit der Diplomaten nach dem Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen<sup>32</sup> und leitete hieraus ab, daß die Beanspruchung von Sozialhilfe mit dem Wesen und der Funktion des diplomatischen Dienstes unvereinbar sei. Vielmehr sei die wirksame Erfüllung der Aufgaben der diplomatischen Mission als Vertretungsorgan des Entsendestaates nur dann gewährt, wenn die Alimentation ihrer Diplomaten allein den Entsendestaaten obliege. Daher komme der Bezug von Leistungen nach dem BSHG nur dann in Betracht, wenn der Betroffene aus dem diplomatischen Dienst seines Heimat-

<sup>30</sup> Vgl. dazu bereits BVerwGE 23, 272 ff.

<sup>31</sup> Vom 30.8.1961, BGBl. 1977 II, 598, 1219.

<sup>32</sup> Vom 18.4.1961, BGBl. 1964 II, 959 ff.

landes ausgeschieden sei. Darüber hinaus komme eine Leistung nach dem BSHG auch dann in Betracht, wenn einer Beendigung des Diplomatenstatus tatsächliche Hindernisse entgegenstünden, weil der Entsendestaat handlungsunfähig geworden sei und der Diplomat nicht in den Entsendestaat zurückgeschickt werden könne. Dabei sei ein Anspruch auf Sozialhilfe davon abhängig, daß die Mission des Diplomaten zumindest faktisch erloschen sei. In einer solchen Situation könne eine Bundeszuständigkeit dahin gehend erwogen werden, im Rahmen der Pflege der auswärtigen Beziehungen durch wirtschaftliche Hilfeleistungen an das Missionspersonal den diplomatischen Kontakt zum Entsendestaat aufrechtzuerhalten, bis dieser seine Handlungsfähigkeit wiedererlangt habe. Voraussetzung für die Gewährung von Sozialhilfe sei jedoch, daß der Diplomat während der Inanspruchnahme dieser Hilfe faktisch keine diplomatischen Belange seines Landes mehr wahrnehme.

24. Das BAG stellte mit Urteil vom 3.7.1996 (2 AZR 513/95 = NZA 1996, 1229 ff. = NJW 1997, 678 = DStR 1997, 382) die Unzuständigkeit der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit für Angestellte eines ausländischen Konsulats fest. Gegenstand des Verfahrens war der Anstellungsvertrag einer deutschen Staatsangehörigen mit einer ausländischen Regierung über die Tätigkeit in einem in Deutschland belegenen Konsulat. Das Gericht entschied, daß die Immunität des ausländischen Staates einen Eingriff in dessen Konsularangelegenheiten auch im Bereich des Arbeitsrechts verbiete, so daß das deutsche Arbeitsrecht nicht anwendbar sei. Dies sei jedenfalls dann der Fall, wenn es sich um originäre konsularische Aufgaben handle. Davon zu unterscheiden seien jedoch Tätigkeiten, die keinen hoheitlichen Charakter hätten.

## VI. Fremdenrecht

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

25. Über den Anspruch bosnischer Flüchtlinge auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis hatte das VG Berlin zu entscheiden (Beschluß vom 22.1.1996 – 35 A 1608/95 = NVwZ-Beilage 7/1996, 51 ff. = InfAuslR 1996, 188 ff.), vgl. ausführliche Darstellung [3]. Bei der Entscheidung über die Aufenthaltsbefugnis bosnischer Bürgerkriegsflüchtlinge sei, so das Gericht, von den deutschen Behörden das Abkommen von Dayton als Ermessensreduzierung zu berücksichtigen. Daher könne keine Entscheidung getroffen werden, die den vom UNHCR auf der Grundlage des Abkommens von Dayton entwickelten Rückführungsplänen zuwiderliefe.

26. Mit einem ähnlichen Sachverhalt hatte sich das OVG Hamburg (Beschluß vom 28.8.1996 – Bs VI 153/96 = NVwZ-Beilage 4/1997, 26 ff. = InfAuslR 1997, 72 ff.) auseinanderzusetzen, ohne jedoch zu dem gleichen Ergebnis zu gelangen. Auch das Hamburger Gericht ging auf das Abkommen von Dayton ein, als es über die Verlängerung einer Aufenthaltsbefugnis eines bosnischen Bürgerkriegsflüchtlings zu entscheiden hatte. Das OVG beschränkte sich jedoch auf die Feststellung, daß der Beschluß der Innenminister und Senatoren der Länder vom

26.1.1996 zeitlich nach dem Abkommen von Dayton gefaßt wurde. Die Vereinbarkeit dieses Beschlusses mit der Planung des UNHCR war nicht Gegenstand der Prüfung des Gerichts. Im weiteren lag der Schwerpunkt dieser Entscheidung auf der Prüfung, inwieweit der Antragsteller einen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbefugnis auf familiäre Bindungen zu sich erlaubt im Bundesgebiet lebenden Angehörigen gründen kann. Einen solchen Anspruch lehnte das Gericht in dem konkreten Fall mit der Begründung ab, bei dem Antragsteller handele es sich um einen bosnischen Flüchtling, der bereits volljährig in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sei und der inzwischen eine eigene Familie gegründet habe. Der Umstand, daß seine eigenen Eltern und Geschwister sowie die Eltern seiner Frau ebenfalls in der Bundesrepublik lebten, reiche nicht aus, den Antragsteller einem anderen Personenkreis zuzuordnen als dem, der in der ersten Phase nach Bosnien-Herzegowina zurückkehren solle (neben alleinstehenden Erwachsenen unter anderem auch Ehepaare ohne minderjährige Kinder)<sup>33</sup>. Die von der Antragsgegnerin als oberster Landesbehörde im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern in der Anordnung nach § 32 AuslG getroffene Bestimmung einzelner Personengruppen, die ausreisen sollten bzw. zwangsweise zurückzuführen seien, und die abschließende Aufzählung von Ausnahmen hiervon, seien nachvollziehbar und erschienen nicht als willkürlich<sup>34</sup>.

27. Das OVG Nordrhein-Westfalen entschied mit Urteil vom 7.8.1996 (17 A 1093/95 = InfAuslR 1997, 198 ff. = NVwZ 1997, 512 ff.), daß unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf die Erteilung eines Visums zur Führung einer gleichgeschlechtlichen Lebensbeziehung im Bundesgebiet bestehe. Grundlage der Entscheidung war der Antrag auf Visumserteilung eines rumänischen Staatsangehörigen, der mit einem deutschen Staatsangehörigen eine fest verankerte gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft in der Bundesrepublik führte. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGMR im Fall *Dudgeon*<sup>35</sup> und im Fall *Norris*<sup>36</sup> stellte das Gericht fest, die Führung einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft unterfalle dem Schutzbereich des Privatlebens i.S.d. Art. 8 EMRK sowie dem Schutzbereich des Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG. Diesen Schutz unterstellend, führte das Gericht aus, dem deutschen Lebenspartner des Antragstellers könne nicht zugemutet werden, die Lebensgemeinschaft außerhalb des Bundesgebietes zu führen, wo dieser seine wirtschaftliche Existenzgrundlage habe. Weiter-

<sup>33</sup> Nr. 2.1 der Weisung Nr. 2/96.

<sup>34</sup> Vgl. auch zu der Frage der Berücksichtigung familiärer Bindungen bei der Entscheidung über die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung Beschluß des BVerfG vom 1.8.1996 – 2 BvR 1119/96 = BayVBl. 1997, 339 ff. Das BVerfG entschied in diesem Fall, daß Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 GG die Ausländerbehörde verpflichte, bei der Entscheidung über die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung die familiären Bindungen des den Aufenthalt begehrenden Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, bei ihrer Ermessensausübung pflichtgemäß, d. h. entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen, in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen. Dabei komme einer Beistandsgemeinschaft als Hausgemeinschaft mehr Gewicht zu als einer bloßen Begegnungsgemeinschaft, die weit weniger schützenswert sei.

<sup>35</sup> Urteil vom 22.10.1981 = EuGRZ 1983, 488 (490).

<sup>36</sup> Urteil vom 26.10.1988 = EuGRZ 1992, 477 (481).

hin sei nach rumänischem Strafrecht der homosexuelle Geschlechtsverkehr nach wie vor strafbar, auch wenn nicht feststehe, ob derartige Handlungen heute noch strafrechtlich verfolgt würden. Die Verweigerung des Visums würde die Lebensgemeinschaft des Antragstellers nicht bloß erschweren, sondern auf Dauer verunmöglichen und damit einen nachhaltigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht, die Menschenwürde und das Recht des Klägers auf Achtung seines Privatlebens darstellen. Weiterhin ergebe sich ein Recht des Klägers auf Erteilung des Visums aus Art. 8 Abs. 1 EMRK. Hieraus ergebe sich ein Anspruch des gleichgeschlechtlichen Lebenspartners auf Aufenthalt und Einreise, wenn die Partnerschaft nicht anders gelebt werden könne und die Verbindung mit dem betreffenden Konventionsstaat ein materielles Element der Beziehung sei.<sup>37</sup>

28. Der BGH entschied mit Urteil vom 5.11.1996 (1 StR 452/96 = BGHSt 42, 291 ff. = InfAuslR 1997, 160f. = NVwZ 1997, 519 = NJ 1997, 279 = NJW 1997, 599f.), daß ein Ausländer, der den räumlichen Geltungsbereich der Duldung i.S.d. §§ 55, 56 Abs. 3 Satz 1 AuslG überschreitet, nicht den Tatbestand des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG erfüllt. Der Entscheidung lag der Fall eines Angeklagten zugrunde, der sich in Bayern aufgehalten hatte, obwohl sein Aufenthalt nach der Anordnung der Ausländerbehörde nur für das Gebiet des Landes Baden-Württemberg geduldet war. Das Gericht entschied, daß dieser Fall nicht von § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG erfaßt wird. Nach dieser Bestimmung mache sich nur ein Ausländer strafbar, der sich ohne Aufenthaltsgenehmigung im Bundesgebiet aufhalte und keine Duldung nach § 57 Abs. 1 AuslG besitze. Die Duldung i.S.d. § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG i.V.m. § 55 Abs. 1 AuslG sei als Duldung des Aufenthaltes im Bundesgebiet auszulegen. An diesem Ergebnis ändere auch die Tatsache nichts, daß dadurch Ausländer, deren Aufenthalt nach § 55 AuslG geduldet sei, gegenüber Asylbewerbern mit räumlich beschränkter Aufenthaltsgestattung bevorzugt würden, da sich Asylbewerber bei wiederholtem Verstoß gegen ihre räumliche Aufenthaltsbeschränkung nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung in § 85 Nr. 2 AsylVerfG strafbar machten. Diese Erkenntnis deute allenfalls auf das Vorliegen einer Regelungslücke hin; eine solche könne aber nicht durch die Rechtsprechung geschlossen werden<sup>38</sup>.

29. Das BSG hatte sich in dem Urteil vom 6.3.1996 (9 RvG 4/95 = BSGE 78 [1997], 51 ff. = InfAuslR 1996, 401 ff.) mit der Frage der Verfassungsgemäßheit des

<sup>37</sup> Vgl. zur Frage der Visumserteilung zum Führen einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft aber auch das abweichende Urteil des BVerwG vom 27.2.1996 (1 C 41/93 = NVwZ 1997, 18 ff. = InfAuslR 1996, 294 ff. = NJW 1997, 956). In dieser Entscheidung, in der es um einen thailändischen und einen deutschen Partner einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft ging, entschied das BVerwG, daß ein Anspruch auf Erteilung eines Visums zum Aufenthaltswitz der gleichgeschlechtlichen Lebensbeziehung nicht gegeben sei. Die Begründung enthielt eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Inhalt und Schutzzweck des Art. 6 GG, der gleichgeschlechtliche Lebensbeziehungen nicht erfasse. Auch das BVerwG prüfte, ob Art. 8 EMRK eine Anspruchsgrundlage zur Erteilung des Visums darstellen könne. Dies wurde trotz des Schutzes der gleichgeschlechtlichen Lebensbeziehung unter Art. 8 EMRK verneint, da aus dieser Bestimmung kein Anspruch auf Aufenthalt und Einreise abzuleiten sei.

<sup>38</sup> Vgl. dazu auch die im Ergebnis übereinstimmende Entscheidung des LG Zweibrücken, Beschluß vom 7.3.1996 – 1 Qf 33/96 = NStZ 1996, 396f.

neuen Opferentschädigungsgesetzes (OEG) auseinanderzusetzen. Das BSG entschied, die Regelung, daß die Entschädigung ausländischer Gewaltopfer von der Verbürgung der Gegenseitigkeit abhängt, sei verfassungsgemäß. Jedoch sei die Stichtagsregelung in § 10 OEG im Wege der verfassungskonformen Auslegung um eine Anwendung auch auf solche ausländischen Gewaltopfer zu ergänzen, die vor dem 1.7.1990 geschädigt worden seien. Grundlage der Entscheidung war der Fall eines jugoslawischen Staatsangehörigen, der im Jahre 1985 in seiner Wohnung überfallen worden war, wobei er durch zahlreiche Beiliebe auf den Kopf schwere Schädeltraumata erlitt. Das Gericht stellte fest, daß es sich bei dem jugoslawischen Kläger nicht um einen "privilegierten Ausländer" i.S.d. OEG handelt. Er gehöre keinem Mitgliedstaat der EG an, weiterhin sei das mit der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien geschlossene Kooperationsabkommen vom 24.1.1983 nicht ausreichend, um Ansprüche aus dem Entschädigungsrecht zu begründen. Auch könne ein Anspruch des Klägers nicht aus dem Europäischen Übereinkommen über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten vom 24.11.1983 abgeleitet werden. Darüber hinaus gehöre der Kläger keinem Staat an, der das Erfordernis der Gegenseitigkeit erfülle. Zwar gebe es auch im jugoslawischen Recht die Möglichkeit, Entschädigungen für erlittene Gewaltakte zu erhalten; diese Möglichkeit sei jedoch auf die Anwendung von Gewalt- und Terrorakten im Verlauf von öffentlichen Demonstrationen und Manifestationen beschränkt und decke somit nicht den gesamten Anwendungsbereich des OEG ab. Schließlich prüfte das BSG, ob dem Kläger ein Anspruch nach der neuen Fassung des OEG zustehen würde, da dieses nun auch Entschädigungen für nicht privilegierte Ausländer vorsehe. Grundsätzlich seien nach dem OEG n.F. nur solche Ansprüche ausgeschlossen, die von Ausländern geltend gemacht würden, die sich nur vorübergehend im Bundesgebiet aufhielten, ohne mit einem deutschen oder mit einem privilegierten Ausländer verheiratet oder in gerader Linie verwandt zu sein. Weiterhin nicht anspruchsberechtigt blieben auch diejenigen Ausländer, die sich unberechtigt im Bundesgebiet aufhielten. Allerdings sei die Härtefallregelung des neuen OEG unter besonderen Umständen auch auf diese beiden Gruppen von Ausländern anwendbar. Da eine ausdrückliche Regelung für Fälle fehle, in denen die Gewalttaten vor dem 1.7.1990 begangen worden seien, sei das OEG verfassungskonform dahin gehend auszulegen, daß auch solche Härtefälle von dem Gesetz und der darin enthaltenen Entschädigungspflicht erfaßt werden. Insbesondere stelle die Stichtagsregelung nach § 10 OEG eine Systemwidrigkeit dar. Die Gewährung von Entschädigungen auch für Ausländer, die vor dem Stichtag geschädigt worden seien, entspreche dem Zweck des OEG n.F., namentlich der Ausländerintegration durch Einbeziehung in den Versorgungsschutz bei Gewalttaten jedweder Art. Im Hinblick auf Art. 3 GG und die Gesamtsystematik der Novelle sei es nicht nachvollziehbar, daß der Schutz nur wegen des Zeitpunkts der Schädigung versagt werden solle, wenn es sich um eine Gewalttat an einem bereits typischerweise integrierten oder integrationswilligen Ausländer oder an deren sich vorübergehend im Inland aufhaltenden Angehörigen handele und ein sozialer Härtefall vorliege. Einer verfassungskonformen erweiternden Auslegung des OEG seien auch Erwä-

gungen der Finanzierbarkeit der Entschädigungen sowie die Schwierigkeiten einer nachträglichen Sachverhaltsaufklärung nicht entgegenzuhalten. Voraussetzung für die Härtefallregelung des OEG sei jedoch durchgehend, daß der Betroffene allein als Folge der Gewalttat schwerbeschädigt und finanziell bedürftig sei.

## 2. Ausweisung und Abschiebung

30. Im Jahre 1996 hatte sich die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit in einer Reihe von Fällen mit der Frage auseinanderzusetzen, ob Flüchtlinge aus Bürgerkriegsgebieten einen Abschiebungsschutz genießen, wenn der Krieg erhebliche Gefährdungen für Leib und Leben der Betroffenen bedeutet. Da die Begründungen der Gerichte weitgehend übereinstimmen, wird hier stellvertretend die Entscheidung des BVerwG vom 19.11.1996 (1 C 6/95 = JZ 1997, 508 ff. = InfAuslR 1997, 193 ff. = NVwZ 1997, 685 ff.) besprochen; verwiesen wird jedoch auch auf die Entscheidungen des BVerwG vom 18.4.1996 (9 C 77/95 = NVwZ-Beilage 8/1996, 58 ff.) und vom 4.6.1996 (9 C 134/95 = InfAuslR 1996, 289 ff.), sowie die Entscheidungen des VGH Baden-Württemberg vom 13.2.1986 (Urteil A 13 S 3702/94 = ESVGH 46 [1996], 139 ff.)<sup>39</sup>, vom 5.6.1996 (Urteil A 13 S 828/96 = ESVGH 46 [1996], 319) und vom 29.2.1996 (Beschuß 1 S 1787/95 = BWVP 1996, 183), den Beschluß des VG Hamburg vom 21.5.1996 (9 VG 1933/96 = InfAuslR 1996, 286 ff.), das Urteil des Schleswig-Holsteinischen VG vom 26.2.1996 (14 A 710/94 = InfAuslR 1996, 283 ff.), den Beschluß des VG Freiburg vom 26.11.1996 (10 K 2396/96 = NVwZ-Beilage 4/1997, 30 ff.) und den Gerichtsbescheid des VG Sigmaringen vom 25.4.1996 (A 3 K 11659/95 = InfAuslR 1996, 290 ff.).

Das BVerwG entschied in seinem Urteil vom 19.11.1996, daß Bürgerkriegsgefahren dann ein Abschiebungshindernis darstellen können, "wenn der Krieg gewissermaßen für jeden Betroffenen mit so erheblichen Gefährdungen verbunden ist, daß auch dem einzelnen Ausländer eine Abschiebung in dieses Land nicht zugemutet werden kann".<sup>40</sup> Gegenstand des Verfahrens war das Begehren eines angolanischen Staatsangehörigen, nicht ausgewiesen zu werden, da ihm durch den in seinem Heimatland herrschenden Bürgerkrieg große Gefahren drohten. Das Gericht führte aus, die vom Kläger geltend gemachte allgemeine Gefährdung aufgrund des Bürgerkrieges in Angola stelle kein Abschiebungshindernis, namentlich keine unmenschliche Behandlung dar. Der Begriff der unmenschlichen Behandlung setze ein geplantes, vorsätzliches, auf eine bestimmte Person gerichtetes Handeln voraus. Dies treffe bei allgemeinen Folgen von Naturkatastrophen, Bürgerkriegen oder anderen bewaffneten Konflikten nicht zu, so daß diese Gefahren nicht in den Schutzbereich des Art. 3 EMRK fielen. Weiterhin stellte das BVerwG fest, daß es zum maßgeblichen Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung keine Anordnung der obersten Landesbehörde gegeben habe, die Abschiebung nach Angola gemäß § 54 AuslG auszusetzen. Deshalb habe der Beklagte bei der Ermes-

<sup>39</sup> Diese Entscheidung war zur Zeit der Veröffentlichung noch nicht rechtskräftig.

<sup>40</sup> Vgl. zu entsprechenden Vorjahresentscheidungen R ö b e n (Anm. 1), [63].

sensentscheidung prüfen müssen, ob für den Kläger in Angola eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Vermögen oder Freiheit bestehe und welches Gewicht ggf. einer solchen Gefahr im Rahmen der Ermessensentscheidung beigemessen werden solle. Erhebliche konkrete Gefahren für Leib und Leben, die den Ausländer in seiner Heimat bedrohten, seien erst dann zu berücksichtigen, wenn es sich um Gefahren handele, denen die Bevölkerung oder die Bevölkerungsgruppe, der der Ausländer angehöre, in dem Staat allgemein ausgesetzt sei. Ein zwingendes Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG bestehe dann, wenn angesichts dieser Gefahren eine Abschiebung des betreffenden Ausländers unter Würdigung des in seinem Fall verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes nicht verantwortet werden könne. Bei einem Bürgerkrieg gelte dies dann, wenn aufgrund der bewaffneten Auseinandersetzungen eine derart extreme Gefahrenlage bestehe, daß praktisch jedem, der in diesen Staat abgeschoben werde, Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit in erhöhtem Maße drohten und eine Abschiebung dorthin als unzumutbar erscheinen ließen. Eine extreme allgemeine Gefahrenlage in diesem Sinne sei etwa dann anzunehmen, wenn der Bürgerkrieg ein solches Ausmaß erreicht habe, daß der Ausländer im Falle seiner Abschiebung gleichsam sehenden Auges dem sicheren Tod oder schwersten Verletzungen ausgeliefert würde. Der rechtliche Maßstab für die Erheblichkeit der Gefährdung bzw. der Unzumutbarkeit der Abschiebung ergebe sich aus dem verfassungsrechtlich unabdingbar gebotenen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 1 Abs. 1 GG. Das Leben und die körperliche Unversehrtheit des einzelnen müßten so erheblich, konkret und unmittelbar gefährdet sein, daß eine Abschiebung nur unter Verletzung dieser Verfassungsgebote erfolgen könne. Bei dieser Entscheidung komme der drohenden Rechtsgutbeeinträchtigung und ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit ein besonderes Gewicht zu. Im Einzelfall dürfe es dem Ausländer nicht zuzumuten sein, in den betreffenden Staat abgeschoben zu werden. Maßgeblich sei insoweit eine objektive Beurteilung<sup>41</sup>.

Ein umfassenderer Schutz wurde in den Entscheidungen des VG Freiburg vom 26.11.1996 und des VG Hamburg vom 21.5.1996 gewährt, in denen die Gefahren, die dem Ausländer in der Heimat drohen, nicht nur auf kriegerische Auseinandersetzungen eines Bürgerkrieges beschränkt wurden, sondern darüber hinaus eine Schutzwürdigkeit auch dann angenommen wurde, wenn die allgemeine Versorgungslage bzw. die Rückführungen der Flüchtlinge im Rahmen des Rückkehrflüchtlingsprogrammes des UNHCR in Bosnien-Herzegowina nicht garantiert seien. Beide Entscheidungen beschäftigten sich mit Fällen der Abschiebung nach Bosnien und kamen zu dem Ergebnis, daß eine solche zur Zeit nicht erfolgen könne, da im Falle einer Abschiebung der einzelne Ausländer gleichsam sehenden Auges dem sicheren Tod oder schwersten Verletzungen ausgeliefert würde. Zur Begründung führten beide Gerichte an, es herrschten nach wie vor bewaffnete Auseinandersetzungen, und das Rückführprogramm im Rahmen des UNHCR könne eine sichere Rückführung der Flüchtlinge nicht garantieren. Das VG Frei-

<sup>41</sup> Vgl. auch die Anmerkung von Rittstieg, JZ 1997, 511f.

burg bezog sich darüber hinaus auch auf die katastrophale Versorgungslage in Bosnien-Herzegowina hinsichtlich der medizinischen Versorgung sowie der Versorgung mit Lebensmitteln und Wohnraum. Eine andere Begründung fand sich im Gerichtsbescheid des VG Sigmaringen vom 25.4.1996. Nach dieser Entscheidung wurde der Schutz vor Bürgerkriegsgefahren direkt aus Art. 3 EMRK abgeleitet, sofern dessen Schutzbereich betroffen sei. Darüber hinaus wurde nicht darauf Bezug genommen, daß ein Schutz vor erheblichen Bürgerkriegsgefahren auch verfassungsrechtlich geboten sein könne.

31. Der VGH Baden-Württemberg hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit das Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK durch die Abschiebung eines Ausländers betroffen sein kann (Urteil vom 15.5.1996 – A 13 S 1431/94 = VBIBW 1996, 390 ff. = FamRZ 1996, 1295 ff. = InfAuslR 1996, 264 ff. = NVwZ-Beilage 3/1997, 18 ff. = DVBl. 1996, 1267 ff.). Das Gericht führte aus, daß § 53 Abs. 4 AuslG i.V.m. EMRK-Bestimmungen auch solche Abschiebungshindernisse erfasse, die sich nicht nur aus der Situation des Ausländers im Heimatstaat nach der Abschiebung, sondern auch aus der durch die Abschiebung entstehenden Situation im Bundesgebiet ergäben. So könne unter bestimmten Voraussetzungen aus der Anwendung des Art. 8 EMRK, der den Schutz des Familienlebens bezwecke, ein Abschiebungsverbot abgeleitet werden.<sup>42</sup> Ein solches Abschiebungshindernis knüpfe nicht an die im Heimatland zu erwartenden Gefahren an, sondern an eine schon unmittelbar vor der Abschiebung bewirkte Gefährdung des geschützten Rechtsgutes. Das Gericht wies darauf hin, daß sich die Aufklärungspflicht des Bundesamtes nach §§ 51 Abs. 1, 53 AuslG nicht nur auf Tatsachen und Umstände erstrecke, die einer Abschiebung in einen bestimmten Staat entgegenstünden (zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse), sondern auch auf solche, die der Abschiebung aus sonstigen Gründen generell entgegenstünden. In dem zu entscheidenden Fall kam das Gericht zu dem Ergebnis, daß die Abschiebung des Klägers, eines im Asylverfahren erfolglos gebliebenen Ausländers, der mit seiner asylberechtigten pflegebedürftigen Mutter in einer familiären Beistandsgemeinschaft lebte, unzulässig ist. Zur Begründung führte das Gericht aus, das Verhältnis des Klägers zu seiner Mutter falle unter den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK. Insbesondere sei der Familienbegriff dieser Bestimmung nicht auf eheliche Beziehungen beschränkt, sondern betreffe auch das Familienleben zwischen nahen Verwandten und reiche insoweit über den durch Art. 6 GG geschützten Personenkreis hinaus<sup>43</sup>. Jedoch verlange, so das Gericht, Art. 8 Abs. 1 EMRK ein "wirkliches Familienleben", welches ein hinreichend

<sup>42</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch das Urteil des VGH Baden-Württemberg vom 15.10.1996 (A 16 S 1/96 = VBIBW 1997, 273 ff.), in dem die Abschiebung eines minderjährigen Kindes dann i.S.d. Art. 8 Abs. 2 EMRK als unverhältnismäßig angesehen wurde, wenn einem Elternteil ein Bleiberecht in der Bundesrepublik Deutschland zusteht.

<sup>43</sup> Vgl. zum Umfang des Schutzes aus Art. 6 Abs. 1 GG auch den Beschluß des BVerwG vom 2.5.1996 – 1 B 1994/95 = InfAuslR 1996, 303. In dieser Entscheidung führte das BVerwG aus, daß Art. 6 Abs. 1 GG den ausländischen Ehepartner eines deutschen Staatsangehörigen nicht schlechthin vor Ausweisung schütze und auch nicht generell eine Befristung der Ausweisung gebiete. Wenn je-

enges Familienband voraussetze. Dies sei hinsichtlich des Klägers, der mit seiner pflegebedürftigen Mutter in einer familiären Beistandsgemeinschaft zusammenlebe, erfüllt. In dieses Schutzgut dürfe nur aufgrund dringender sozialer Bedürfnisse eingegriffen werden, wobei die Verhältnismäßigkeit in bezug auf das rechtmäßig verfolgte Ziel geprüft werden müsse. Zwar sei es aus einwanderungspolitischen Gründen im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG grundsätzlich unbedenklich, ein Aufenthaltsrecht zu versagen, wenn keine Lebensverhältnisse bestünden, die einen über die Aufrechterhaltung der Begegnungsgemeinschaft hinausgehenden familiären rechtlichen Schutz angezeigt erscheinen ließen. Eine weitergehende Schutzwirkung könne sich jedoch dann ergeben, wenn ein Familienmitglied auf die Lebenshilfe eines anderen Familienmitgliedes angewiesen sei, und diese Hilfe sich nur in der Bundesrepublik Deutschland erbringen lasse. Diese für das Aufenthaltsrecht entwickelten Maßstäbe seien gleichermaßen für die Abschiebung zu beachten. Denn auch Vollstreckungsmaßnahmen könnten in das Recht auf Achtung des Familienlebens eingreifen, wenn dem Ausländer ohne Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung der Aufenthalt im Bundesgebiet und die Begründung einer familiären Lebensgemeinschaft mit nahen Angehörigen tatsächlich ermöglicht worden seien<sup>44</sup>.

32. Über die Auswirkung des Rücknahmeabkommens<sup>45</sup> auf die Feststellung von Abschiebungshindernissen hatte der VGH Baden-Württemberg in einem Urteil vom 4.12.1996 (13 S 1194/95, NVwZ-Beilage 5/1997, 37 ff.) zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens war ein Antrag des Klägers aus dem Kosovo, eine ihm erteilte Duldung zu verlängern. Das Gericht stellte fest, ein Duldungsgrund bestehe nach Abschluß und Inkrafttreten des Rücknahmeabkommens nicht mehr. Insbesondere enthalte das Abkommen Regelungen über die Rücknahmepflicht, das Verfahren zur Feststellung der Identität, Staatsangehörigkeit und Rückkehr der Personen, das Verfahren nach einem Rücknahmeersuchen sowie das Rückführungs- und Übernahmeverfahren. Diese Regelungen müßten nunmehr bei der Rückführung eines jugoslawischen Staatsangehörigen befolgt werden. Dies gelte

---

doch von dem aus Anlaß strafrechtlicher Verurteilung ausgewiesenen Ausländer eine konkrete und entsprechend schwere Gefahr für ein wichtiges Schutzgut nicht mehr ausgehe, so könne die Abwägung zwischen diesen Gefahren und dem Schutz der Familie dazu führen, daß der Bestand von Ehe und Familie im Einzelfall überwiegt. Zur Anwendung des Schutzes aus Art. 6 GG vgl. auch Urteil des BVerfG vom 27.8.1996 – 1 C 8/94 = DVBl. 1997, 186 ff., und Beschluß des OVG Greifswald vom 20.9.1996 – 2 M 11/96 = NVwZ-RR 1997, 256.

<sup>44</sup> Vgl. i.d.S. auch den Beschluß des BVerfG vom 1.8.1996 – 2 BvR 1119/96 = NVwZ 1997, 479 f. Zu weiteren Entscheidungen bzgl. der Beachtung des Schutzes der Familie nach Art. 6 GG und Art. 8 EMRK, vgl. auch die Entscheidungen VGH München, Urteil vom 29.7.1996 – 24 BA 95/36844 = NVwZ-Beilage 3, 1997, 17 ff., VGH Baden-Württemberg, Beschluß vom 11.10.1996 – 13 F 1614/96 = InfAuslR 1997, 74 ff. = DVBl. 1997, 193, BayVGh, Beschluß vom 13.12.1996 – M 21 E 96/60532 = InfAuslR 1997, 130 ff., VGH Kassel, Beschluß vom 23.9.1996 – 13 TG 1316/96 = NVwZ-RR 1997, 126 f. = FamRZ 1997, 748 ff., VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 15.10.1996 – A 16 F 1/96 = InfAuslR 1997, 124, VGH Kassel, Beschluß vom 14.3.1996 – 12 TG 360/96 = FamRZ 1996, 1284.

<sup>45</sup> Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Bundesrepublik Jugoslawien über die Rückführung und Rückübernahme von ausreisepflichtigen deutschen und jugoslawischen Staatsangehörigen, vgl. Anm. 2.

auch für den Kläger. Es sei nicht ersichtlich, daß ein Rücknahmeersuchen bzgl. des Klägers von vornherein als aussichtslos angesehen werden müsse. Auch liege kein Abschiebungshindernis nach § 53 AuslG vor. Der Kläger selbst berufe sich weder auf persönliche Umstände, aus denen sich für ihn die individuell konkrete Gefahr ergebe, in seinem Heimatstaat der Folter unterworfen zu werden, noch habe er behauptet, er werde in der Bundesrepublik Jugoslawien wegen einer Straftat gesucht und es bestehe insoweit die Gefahr der Todesstrafe. Auch lägen keine Hinweise darauf vor, daß der Schutzbereich des Art. 3 EMRK durch eine Abschiebung in die Republik Jugoslawien verletzt sein könne. Vgl. hierzu im einzelnen die Ausführungen des BVerwG im Urteil vom 19.11.1996 [30].

33. In einem Urteil vom 11.6.1996 (1 C 24/94 = BVerwGE 101, 247 ff. = NVwZ 1997, 297 ff.) hatte das BVerwG über den Umfang des besonderen Ausweisungsschutzes nach § 48 Abs. 1 AuslG, insbesondere über den Umfang der spezial- und generalpräventiven Ausweisungsgründe, zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens war der Fall eines türkischen Staatsangehörigen mit unbefristeter Aufenthaltserlaubnis, der Beihilfe zur Einfuhr und zum Verkauf von 900 g Heroin geleistet hatte und dafür zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt worden war. Das BVerwG bestätigte die verfügte Ausweisung sowohl aus spezialpräventiven als auch aus generalpräventiven Gründen. Zur Begründung führte das Gericht aus, daß der nach § 48 Abs. 1 AuslG besonderen Ausweisungsschutz genießende Personenkreis nur aus einem schwerwiegenden Grund, basierend auf spezialpräventiven Gründen, ausgewiesen werden könne. Dazu müsse dem Ausweisungsanlaß ein besonderes Gewicht zukommen, welches sich bei Straftaten aus der Art, Schwere und Häufigkeit ergebe. Zum anderen müßten Anhaltspunkte dafür bestehen, daß in Zukunft eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung durch neue Verfehlungen des Ausländers ernsthaft drohten, und damit von ihm eine bedeutsame Gefahr für ein wichtiges Schutzgut ausgehe. Jedoch dürfe im Falle eines erhöhten Ausweisungsschutzes nach § 48 Abs. 1 AuslG die Ausweisung auch auf generalpräventive Erwägungen gestützt werden. Dabei wirke sich der erhöhte Ausweisungsschutz gemäß § 48 AuslG insoweit aus, daß der Ausweisungsgrund schwerwiegend sein müsse und in diesem Zusammenhang dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung zukomme<sup>46</sup>. Weiter führte das Gericht aus, Rauschgiftdelikte gehörten zu den gefährlichen und schwer zu bekämpfenden Straftaten. Deswegen könne die Ausweisung von Ausländern, die einen besonderen Ausweisungsschutz genossen, auch dann aus generalpräventiven Erwägungen gerechtfertigt sein, wenn Verurteilungen zu Freiheitsstrafen nicht in der in § 47 Abs. 1 AuslG genannten Höhe ergangen seien<sup>47</sup>. Das

<sup>46</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen der generalpräventiv motivierten Ausweisung im Falle eines erhöhten Ausweisungsschutzes gem. § 48 Abs. 1 AuslG auch Beschluß des VGH Baden-Württemberg vom 12.11.1996 (11 F 2601/96 = InfAuslR 1997, 108) und Urteil des VGH Baden-Württemberg vom 12.4.1996 (13 F 1027/95 = VBIBW 1996, 186 ff.).

<sup>47</sup> Vgl. hierzu aber auch den Beschluß des niedersächsischen OVG vom 22.3.1996 (2 M 1531/96 = InfAuslR 1996, 203 ff.), wonach die gesetzliche Gewichtung der Rauschgiftkriminalität von Ausländern als strikter Regelausweisungsgrund zwar wegen seiner generalpräventiven Wirkung im allgemei-

Gericht stellte weiterhin fest, daß im Falle eines erhöhten Ausweisungsschutzes bei der Entscheidung über die Ausweisung die Gründe zu berücksichtigen sind, deretwegen dem Betroffenen eine privilegierte Aufenthaltserlaubnis erteilt worden war. Hier seien insbesondere die Aufenthaltsdauer in der Bundesrepublik, der Integrationsgrad des Betroffenen, sowie seine familiären Bindungen in die Erwägungen mit einzubeziehen<sup>48</sup>. Im Anschluß prüfte das Gericht, ob die Ausweisung gegen Art. 3 des Europäischen Niederlassungsabkommens verstößt. Danach sei, so das Gericht, eine Ausweisung aus generalpräventiven Gründen nur ausnahmsweise möglich. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Ausweisung von Ausländern, die mit Deutschen verheiratet sind, kam das Gericht zu dem Ergebnis, zwischen "schwerwiegenden Gründen" des nationalen Rechts und den "besonders schwerwiegenden Gründen" des Art. 3 ENA sei kein qualitativer Unterschied anzunehmen, wenn nach nationalem Recht der Ausweisungsschutz auch der am höchsten privilegierten Ausländer "aus schwerwiegenden Gründen" entfallen solle<sup>49</sup>. Schließlich stellte das Gericht fest, daß die Frage, ob der Ausweisung ein Aufenthaltsrecht des Klägers aufgrund des Assoziationsratsbeschlusses EWG-Türkei Nr. 1/80 entgegensteht, nicht ohne vorherige Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH gemäß Art. 177 EGV entschieden werden könne und verwies die Sache an den VGH zurück.<sup>50</sup>

34. In seinem Urteil vom 6.11.1996 (AN 15 K 32747/96 = InfAuslR 1997, 43 ff.) nahm das VG Ansbach das Vorliegen eines Abschiebungshindernisses i.S.d. §53 AuslG für einen Deserteur aus der ehemaligen Sowjetarmee an, dem bei Rückkehr in die Russische Föderation nach militärstrafrechtlichen Regeln der Vollzug der Untersuchungshaft und der Strafhaft drohte. Das Gericht lehnte den Asylantrag des Betroffenen ab, stellte jedoch fest, daß diesem die Gefahr unmenschlicher

---

nen Interesse liege, eine Ausnahme dann jedoch im persönlichen Interesse des Ausländers zulässig sei, wenn durch den Vollzug der Abschiebung eine Lebensphase von für ihn existentieller Wichtigkeit einschneidend und irreversibel unterbrochen werde.

<sup>48</sup> Zu den Anforderungen an behördliche Ermessenserwägungen bei Ausweisungsverfügungen vgl. auch das Urteil des BVerwG vom 24.9.1996 (1 C 9/94 = DVBl. 1997, 189 ff. = InfAuslR 1997, 63 ff.).

<sup>49</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen, unter denen die Abschiebung eines nach §51 Abs.1 AuslG anerkannten Flüchtlings rechtmäßig sein kann, Beschluß des VGH Baden-Württemberg vom 28.3.1996 (1 S 1404/95 = InfAuslR 1996, 328 ff.).

<sup>50</sup> Vgl. zu weiteren Fragen der Rechtmäßigkeit von Ausweisungen auch den Beschluß des VGH Baden-Württemberg vom 17.10.1996 (13 S 1279/95 = InfAuslR 1997, 111 ff.) zu dem Verbrauch eines Ausweisungsgrundes durch die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis in Kenntnis des Ausweisungsgrundes; weiterhin zu der Auswirkung des Widerrufs einer Berufung im Zusammenhang mit §47 Abs.1 Nr.3 AuslG, Beschluß des VG München vom 5.7.1996 (M 8 S 1913/96 = InfAuslR 1996, 314 ff.) und Beschluß des BayVGH vom 17.9.1996 (10 CS 2439/96 = InfAuslR 1997, 29 ff.). Während das erstinstanzliche Gericht den Widerruf der Bewährung als Verurteilung zu einer Strafe ohne Aussetzung zur Bewährung wertete, kam der VGH zum gegenteiligen Ergebnis und führte zur Begründung an, die vom Gesetzgeber bei der Regelausweisung nach §47 AuslG unterstellte Wiederholungsgefahr sei mit der Verurteilung zu einer zur Bewährung ausgesetzten Strafe widerlegt, dabei sei ein späterer Widerruf der Bewährung unbeachtlich, da insoweit auf ein Verhalten des betroffenen Ausländers zu einem späteren Zeitpunkt abgestellt werde.

Behandlung i.S.d. § 53 AuslG sowie Art. 3 EMRK drohe. Zur Begründung führte das Gericht aus, in russischen Gefängnissen, insbesondere im Bereich der Untersuchungshaft, herrschten alarmierende Zustände, die Anstalten seien überbelegt, die Ernährung sei schlecht und die medizinische Versorgung unzureichend. Weiterhin lasse das russische Strafvollzugssystem mangels wirksamer Kontrolle regelmäßige und grobe Menschenrechtsverletzungen zu. Unter Verweis auf Lageberichte des Auswärtigen Amtes, die Auffassung der russischen Präsidialkommission für Menschenrechte, Berichte von Amnesty International und einen Bericht des Sonderberichterstatters der Vereinten Nationen nahm das Gericht an, daß Willkür, Gewalt und Mißhandlung von Gefangenen die Haftanstalten in gefährliche Orte für Leben und Gesundheit der Gefangenen verwandelten. Der Kläger müsse mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit damit rechnen, daß bei seiner Rückkehr ein Militärstrafverfahren gegen ihn durchgeführt werde und er dabei in der Untersuchungshaft unmenschlich behandelt werde. Als Deserteur sei er besonderen Gefahren ausgesetzt, weshalb zu seinen Gunsten ein Abschiebungshindernis i.S.d. § 53 AuslG anzunehmen sei.

35. Zum gleichen Ergebnis kam das BVerwG in seinem Urteil vom 17.12.1996 (9 C 20/96 = InfAuslR 1997, 284 ff.) im Hinblick auf Abschiebungen nach Rußland und in die Ukraine. Einer der Antragsteller hatte sich dem Wehrdienst in Rußland entzogen, während die andere Antragstellerin diesem bei der Wehrdienstentziehung geholfen und sich in St. Petersburg für "Soldatenmütter" engagiert hatte, bevor beide in der Bundesrepublik Deutschland vergeblich um Asyl nachsuchten. Das BVerwG nahm eine Gefahr der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK in einem drohenden Strafverfahren und -vollzug in Rußland an und führte aus, daß die Anwendung dieses Abschiebungshindernisses nach Art. 53 Abs. 4 AuslG nicht dadurch ausgeschlossen sei, daß diese Gefahr nicht nur den einzelnen Ausländern, sondern der ganzen Bevölkerung oder Bevölkerungsgruppe drohe. Auch enthalte Art. 53 Abs. 4 AuslG keine dem Art. 53 Abs. 6 AuslG entsprechende Einschränkung hinsichtlich des Vorbehalts einer generellen Regelung durch die oberste Landesbehörde nach § 54 AuslG.

## VII. Asylrecht

### 1. Asylverfahren

#### a) Sichere Herkunftsstaaten

36. Aus Anlaß von Verfassungsbeschwerden zweier ghanaischer Staatsangehöriger hatte sich das BVerfG mit der Verfassungsgemäßheit der 1993 vorgenommenen Änderung des Grundgesetzes in Art. 16 a Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs des Grundrechts auf Asyl in einem Urteil vom 14.5.1996 (2 BvR 1507, 1508/93 = BVerfGE 94, 115 ff. = DVBl. 1996, 729 ff. = NVwZ 1996, 691 ff. = NJW 1996, 1665 ff. = VBIBW 1996, 296 = DÖV 1996, 650 ff.

= MDR 1996, 755 f. = NJ 1996, 333) zu befassen<sup>51</sup>. Das Gericht kam nach seiner Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten durch den Gesetzgeber sowie der Einordnung Ghanas als sicheren Herkunftsstaat zu dem Ergebnis, daß beide Regelungen nicht zu beanstanden seien<sup>52</sup>. Das Gericht setzte sich jedoch mit den einzelnen Voraussetzungen auseinander, die für die Bestimmung von sicheren Herkunftsstaaten für den Gesetzgeber gelten. Zunächst stellte das BVerfG fest, daß Art. 16 a Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 GG keine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs des Grundrechtes aus Art. 16 a Abs. 1 GG und seines Schutzziels beinhalte, wohl aber eine Beschränkung seines verfahrensbezogenen Gewährleistungsinhalts. Indem der Gesetzgeber einzelne Staaten bestimmen könne, in denen gewährleistet erscheint, daß dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet, werde ihm ein Ausschnitt aus der von Art. 16 a Abs. 1 GG geforderten umfassenden Prüfung übertragen, die bislang in jedem Einzelfall dem Bundesamt und den Gerichten oblag. Dabei nehme der Gesetzgeber für den jeweiligen Staat eine Analyse und Beurteilung der allgemeinen Verhältnisse im Hinblick auf deren asylrechtliche Erheblichkeit abstrakt-generell in Form einer antizipierten Tatsachen- und Beweiswürdigung vor. Stelle der Gesetzgeber nach dieser Prüfung fest, daß ein bestimmter Herkunftsstaat "sicher" i.S.d. Art. 16 a Abs. 3 GG sei, so seien Bundesamt und Gerichte bei der Prüfung des Einzelfalles hieran gebunden. Hinsichtlich der Anforderungen an den Gesetzgeber bei der Bestimmung von sicheren Herkunftsstaaten führte das Gericht aus, daß der Begriff "politische Verfolgung" in Art. 16 a Abs. 3 GG an die Formulierung des Art. 16 a Abs. 1 GG anknüpfe, wonach politisch Verfolgte Asylrecht genießen. Allerdings machte das Gericht auch auf die Unterscheidung aufmerksam, die hinsichtlich der regionalen politischen Verfolgung getroffen werden müsse. So liege nur dann ein Anspruch auf Gewährung von Asyl i.S.d. Art. 16 a Abs. 1 GG vor, wenn durch die regionale politische Verfolgung jemand so betroffen werde, daß er dadurch landesweit in eine ausweglose Lage versetzt werde. Für die Bestimmung eines Staates als sicheren Herkunftsstaat hingegen sei die Beurteilung der in dem jeweiligen Staat allgemein herrschenden Situation maßgeblich. Sei eine, wenn auch nur regionale, politische Verfolgung feststellbar, so sei nicht gewährleistet, daß in diesem Staat eine politische Verfolgung allgemein nicht statfinde. Ebenso wenig könne ein Staat als sicherer Herkunftsstaat bestimmt werden, wenn dort Angehörige einer bestimmten Gruppe, nicht hingegen andere, der Gruppe nicht angehörende Personen verfolgt würden. Weiterhin sei bei der Bestimmung eines Staates zum sicheren Herkunftsstaat zu berücksichtigen, daß in diesem Staat gewährleistet sein müsse, daß dort keine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung statfinde. Dabei seien mit dem Begriff "unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung" auch solche staatlichen Maßnahmen erfaßt, die nicht

<sup>51</sup> Vgl. dazu auch Göbel-Zimmermann/Masuch, Das Asylrecht im Spiegel der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, InfAuslR 1996, 404 ff.

<sup>52</sup> Vgl. aber unten abweichende Meinung der Richterin Limbach und des Richters Sommer hinsichtlich der Einordnung Ghanas als sicherer Herkunftsstaat.

notwendigerweise zugleich politische Verfolgung im asylrechtlichen Sinne darstellten. Sodann nahm das Gericht Bezug auf die EMRK sowie auf den Art. 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte<sup>53</sup>. Die Tatsache jedoch, daß es in der Rechtsordnung und Rechtspraxis eines Staates die Todesstrafe gebe, sei allein noch kein Grund, diesen Staat nicht als sicheren Herkunftsstaat zu qualifizieren. Vielmehr komme es auf die Prüfung an, für welche Taten die Todesstrafe angedroht werde, ob die Voraussetzungen für die Verhängung der Todesstrafe gesetzlich hinreichend bestimmt seien, ob die Todesstrafe nur in einem mit hinreichenden Garantien für den Beschuldigten ausgestatteten Verfahren von weisungsunabhängigen Justizorganen verhängt werden dürfe, in welcher Häufigkeit sie ausgesprochen und vollzogen und in welcher Art und Weise sie vollstreckt werde. Das BVerfG setzte sich auch mit den Anforderungen über die Einschätzung der Rechtslage, der Rechtsanwendung und der allgemeinen politischen Verhältnisse in dem jeweiligen Staat auseinander. Es stellte fest, daß die Verfassung dem Gesetzgeber bestimmte Prüfungskriterien vorgegeben habe, an denen er seine Entscheidung ausrichten habe. Als Leitlinie, so das Gericht, könnten dabei auch die Schlußfolgerungen der für die Einwanderungsfragen zuständigen Minister der EG-Mitgliedstaaten über Länder, in denen im allgemeinen keine ernstliche Verfolgungsgefahr bestehe, zugrundegelegt werden. Weiterhin könne bei dem abschließenden Urteil zur Abrundung und Kontrolle des gefundenen Ergebnisses auch die Quote der Anerkennung von Asylbewerbern aus dem jeweiligen Land die Rolle eines Indizes spielen. Hinsichtlich der Rechtslage in dem betreffenden Staat sei zu überprüfen, ob dort Sicherheit vor politischer Verfolgung und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung gegeben sei. Anhaltspunkte hierfür gäben die Definition des Flüchtlingsbegriffs des Art. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention sowie der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte und das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe<sup>54</sup>. Wesentlich für das Prüfungskriterium der Rechtslage sei, ob der betreffende Staat von ihm eingegangene internationale Verpflichtungen innerstaatlich als geltendes Recht betrachte. Hinsichtlich des Kriteriums der Rechtsanwendung führte das Gericht aus, der Verfassungsgesetzgeber trage dem Umstand Rechnung, daß die praktische Wirksamkeit geschriebener Normen nicht immer schon mit ihrem Erlaß gewährleistet sei. Als Indiz dafür, daß ein Staat die in Art. 16 a Abs. 3 GG bezeichneten Standards in der täglichen Praxis achte, könne auch seine Bereitschaft gelten, unabhängigen internationalen Organisationen Zutritt zu seinem Hoheitsgebiet zur Überwachung der Menschenrechtslage zu gewähren. Als weiteres Prüfkriterium zielten die allgemeinen politischen Verhältnisse auf Rahmenbedingungen, die Sicherheit vor politischer Verfolgung und sonstiger menschenrechtswidriger Behandlung in den betreffenden Staaten gewährleisten sollen. In diesem Zusammenhang seien demokratische Strukturen, Mehrparteiensysteme, freie Betätigungs-

<sup>53</sup> Vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II, 1533 ff.

<sup>54</sup> Vom 10.12.1984, BGBl. 1990 II, 247 ff.

möglichkeit für eine Opposition, Religionsfreiheit, Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit, Meinungsfreiheit und eine freie Presse, sowie die Unabhängigkeit der Gerichte von Bedeutung. Schließlich sei erforderlich, daß eine gewisse Stabilität der allgemeinen politischen Verhältnisse eine hinreichende Kontinuität auch für Rechtslage und Rechtsanwendung in dem betreffenden Staat gewährleisten könne. Während diese Kriterien vom Verfassungsgesetzgeber festgeschrieben seien, sei der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht auf eine bestimmte Art des Vorgehens, etwa die Einholung bestimmter Auskünfte oder die Ermittlung genau bezeichneter Tatsachen festgelegt<sup>55</sup>. Hinsichtlich der Einschätzung durch den Gesetzgeber, insbesondere hinsichtlich der dafür zu beschreitenden Wege, komme dem Gesetzgeber ein Entscheidungsspielraum zu. Allerdings sei auf die Berichte der zuständigen Vertretung der Bundesrepublik Deutschland und in Betracht kommender internationaler Organisationen, insbesondere des UNHCR, besonderes Gewicht zu legen. Auch komme den Auslandsvertretungen eine Verantwortung zu, die zu besonderer Sorgfalt bei der Abfassung ihrer einschlägigen Berichte verpflichte, da diese sowohl für den Gesetzgeber als auch für die Exekutive eine wesentliche Entscheidungsgrundlage bildeten. Mit der Beurteilung, ob es nach den ermittelten tatsächlichen Verhältnissen in einem Staat gewährleistet erscheine, daß dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung stattfänden, treffe der Gesetzgeber eine Prognose über die weitere Entwicklung in dem Staat innerhalb eines überschaubaren Zeitraums. Dieser Einschätzungs- und Wertungsspielraum führe dazu, daß das BVerfG die Unvertretbarkeit der Entscheidung des Gesetzgebers, einen Staat zum sicheren Herkunftsstaat zu bestimmen, und damit die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nach Art. 16 a Abs. 3 GG nur feststellen könne, wenn eine Gesamtwürdigung ergebe, daß der Gesetzgeber sich bei seiner Entscheidung nicht von guten Gründen habe leiten lassen. Die Qualifizierung eines Staates als sicherer Herkunftsstaat schaffe eine Vermutung gegen politische Verfolgung in diesem Staat, die nur durch ein Vorbringen ausgeräumt werden könne, daß die Furcht vor politischer Verfolgung auf ein individuelles Verfolgungsschicksal des Antragstellers gegründet sei. Die Vermutung werde erst ausgeräumt, wenn der Asylbewerber die Umstände seiner politischen Verfolgung flüssig und substantiiert vortrage. Nicht ausreichen könne dafür die Berufung auf eine drohende, nicht politisch motivierte unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung. Bei der Prüfung des konkreten Falles kam das BVerfG zunächst zu dem Ergebnis, daß die Bestimmung Ghanas als sicherer Herkunftsstaat i.S.d. Art. 16 a Abs. 3 GG durch Anlage II zu § 29 a AsylVerfG mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß die herangezogenen Quellen und Erkenntnismittel nicht geeignet oder nicht ausreichend gewesen seien, ein hinlänglich zuverlässiges Bild über die Verhältnisse in Ghana zu vermitteln. Weiterhin habe der Gesetzgeber als gewährleistet ansehen dürfen, daß in Ghana keine politische Verfolgung stattfinde. Zwar ging das Ge-

<sup>55</sup> Vgl. dazu aber unten Sondervotum der Richterin Limbach.

richt auf das Vorliegen einer Militärgerichtsbarkeit in Ghana sowie einer Umbruchsituation von der Militärregierung zu einer demokratisch legitimierten Zivilregierung ein, wertete diese Tatsachen jedoch als nicht ausreichend, um die Stabilität der Situation in Ghana zu verneinen. Auch das von den Beschwerdeführern geltend gemachte Argument, daß in Ghana die Todesstrafe praktiziert werde, stehe, so das Gericht, seiner Bestimmung als sicherer Herkunftsstaat nicht entgegen. Schließlich sei nicht ersichtlich, daß die Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren substantiiert dargelegt hätten, daß sie individuell Opfer politischer Verfolgung geworden seien. Vielmehr deute einiges darauf hin, daß ihnen eine strafrechtliche Verfolgung im Zusammenhang mit Demonstrationen und wegen begangener Straftaten im Heimatland drohe. Aus diesen Gründen wies das BVerfG die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer als unbegründet ab. In ihrer abweichenden Meinung legte Richterin Limbach dar, daß der Gesetzgeber bei der Bestimmung eines Staates zum sicheren Herkunftsstaat keinen Einschätzungs- und Wertungsspielraum in der Frage beanspruchen könne, welche Erkenntnisse er seiner Entscheidung zugrundelege und welche Bedeutung er ihnen in ihrem Verhältnis zueinander beimesse. Ein solcher Einschätzungs- und Wertungsspielraum komme dem Gesetzgeber lediglich bei gestaltenden Fragen zu. Bei der Bestimmung von sicheren Herkunftsstaaten dagegen handle es sich um eine Tätigkeit, die auch subsumierenden Charakter habe. Aus diesem Grund sowie aufgrund des Umstands, daß diese Regelung grundrechtseinschränkenden Charakter habe, müsse es bei der vollen Prüfungskompetenz des BVerfG bleiben. Schließlich wies Richterin Limbach darauf hin, daß die Abwesenheit von politischer Verfolgung auch in Zukunft gewährleistet sein müsse, um einen Staat als sicheren Herkunftsstaat qualifizieren zu können. Eine solche Stabilität aber sei bei Staaten mit totalitärer Vergangenheit und sich erst anbahnender Demokratisierung nurmehr nach einer Beobachtung des Demokratisierungsprozesses über einen gewissen Zeitraum hinweg zu beurteilen. Weiterhin kam Richterin Limbach zu dem Ergebnis, daß die Aufnahme Ghanas in die Anlage II zu §29 a AsylVerfG nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 16 a Abs.3 GG gerecht werde. Zunächst genügten die angestellten Ermittlungen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, weiterhin sei in Ghana die Abwesenheit von politischer Verfolgung nicht mit Sicherheit gewährleistet. Es bestünden noch Zweifel hinsichtlich der Behandlung von besonders exponierten Oppositionellen. Weiterhin sei die allgemeine politische Lage in Ghana Mitte 1993 noch nicht als stabil zu bezeichnen gewesen. Der Wechsel von einer Militärdiktatur zu einer gewählten Zivilregierung sei erst wenige Monate vorher erfolgt, so daß hätte abgewartet werden müssen, wie sich das System etabliere.

#### *b) Sichere Drittstaaten*

37. Mit der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit des Art. 16 a Abs.2 GG befaßte sich das BVerfG in seinem Hauptsache-Urteil vom 14.5.1996 (2 BvR 1938, 2315/93 = BVerfGE 94, 49 ff. = DÖV 1996, 447 ff. = DVBl. 1996, 753 ff. = NVwZ

1996, 700ff. = MDR 1996, 755 = NJW 1996, 1665 = VBIBW 1996, 295f. = NJ 1996, 332f.)<sup>56</sup>. Gegenstand des Verfahrens waren Verfassungsbeschwerden von irakischen Staatsangehörigen, die über Griechenland, bzw. Österreich in die Bundesrepublik eingereist waren und deren Asylanträge unter Hinweis auf die nunmehr geltende Regelung der sicheren Drittstaaten abgelehnt worden waren. In seinem Urteil bestätigte das Gericht die Regelung, nach der sich nicht auf Art. 16 a Abs.1 GG berufen könne, wer aus einem Mitgliedstaat der EG oder aus einem Drittstaat eingereist sei, in dem die Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention und der EMRK sichergestellt sei. Das Gericht betonte die Einbindung der Verfassungsänderung in die völkerrechtlichen Verträge, insbesondere in das Schengener Abkommen sowie in das Dubliner-Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrages vom 15.6.1990<sup>57</sup>. Nach diesem Übereinkommen sei das allgemeine Ziel aufgestellt worden, die Zuständigkeit für die Prüfung des Asylantrages eines Ausländers auf nur einen Staat zu beschränken. Das Gericht stellte fest, daß die Änderung des Art. 16 a GG, der nach wie vor das Grundrecht auf Asyl gewährleiste, den persönlichen Geltungsbereich dieses Grundrechts einschränke, indem an den Reiseweg des Ausländers Folgerungen für dessen Schutzbedürftigkeit geknüpft würden. Insbesondere finde kein Asylverfahren mehr statt, wenn ein Ausländer über einen sicheren Drittstaat eingereist sei. Das Gericht führte aus, daß der verfassungsändernde Gesetzgeber mit der Regelung des Art. 16 a Abs.2 GG den Schutz vor politischer Verfolgung gewährleiste, wenn der schutzbegehrende Ausländer in einem Staat Aufnahme finden könne, in dem die Genfer Flüchtlingskonvention angewendet und insbesondere das *Refoulement*-Verbot des Art. 33 GFK, sowie die EMRK, insbesondere Art. 3, beachtet werden. Weiterhin seien die Mitgliedstaaten der EG kraft Verfassung als sichere Drittstaaten qualifiziert worden. Für andere Staaten sei die Einstufung als sicherer Drittstaat von der vorherigen Prüfung abhängig, ob dort ein Schutz entsprechend der GFK und der EMRK gewährt werde. Eine solche Einordnung erfolge durch ein Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedürfe. Ein "sicherer Drittstaat" müsse nicht nur der GFK und der EMRK beigetreten sein, sondern auch das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967<sup>58</sup> ratifiziert haben. Weiterhin sei erforderlich, daß die nach den Konventionen vorgesehenen Kontrollverfahren, die dazu bestimmt sind, die Einhaltung der mit ihrer Ratifizierung übernommenen Verpflichtungen zu gewährleisten, für den jeweiligen Staat verbindlich seien. Auch müsse die Anwendung dieser Konventionen in dem jeweiligen Drittstaat sichergestellt sein. Davon könne in der Regel dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn entweder nach der nationalen

<sup>56</sup> Vgl. dazu bereits Philipp (Anm. 1), [43]; aber auch Mark, Die Drittstaatenregelung des Art. 16 a II GG nach dem Urteil des BVerfG vom 14.5.1996, InfAuslR 1997, 208ff.; Göbel-Zimmermann/Masuch (Anm. 51). Zur Entwicklung der Rechtsprechung zur Drittstaatenregelung vgl. Ress (Anm. 1), [48]-[56] sowie Röben (Anm. 1), [52].

<sup>57</sup> BGBl. 1994 II, 792ff., noch nicht in Kraft getreten.

<sup>58</sup> BGBl. 1969 II, 1294ff.

Rechtsordnung oder nach politischen Vorgaben Gruppen von Personen von vornherein nicht als Flüchtlinge in Betracht gezogen würden, sei es, daß die GFK nur unter einem regionalen Vorbehalt gezeichnet worden sei, sei es, daß Flüchtlingen aus bestimmten Staaten generell keine Zuflucht gewährt würde. Nicht erforderlich dagegen sei, daß in dem Drittstaat ein Prüfungsverfahren für Asylsuchende offenstehe, das im wesentlichen dem deutschen Asylverfahren entspreche. Allerdings müsse es den schutzsuchenden Ausländern nach den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen im Drittstaat möglich sein, ein Schutzgesuch tatsächlich anzubringen und dadurch die Verpflichtung einer zuständigen Stelle zu begründen, hierüber nach vorheriger Prüfung eine Entscheidung zu treffen. Ein solcher Staat, der seinerseits eine Drittstaatenregelung vorsehe, könne gemäß Art. 16 a Abs. 2 GG zum sicheren Drittstaat bestimmt werden. Dies gelte allerdings nicht, wenn nach der Rechtsordnung des Drittstaates eine Abschiebung in einen angeblichen Verfolgerstaat drohe, ohne daß in einem förmlichen Verfahren überprüft worden sei, ob die Voraussetzungen des Art. 33 GFK und Art. 3 EMRK vorlägen oder ein dementsprechender Schutz tatsächlich gewährleistet sei. Dies ergebe sich auch aus dem *Refoulement*-Verbot, wonach neben der unmittelbaren Verbringung in den Verfolgerstaat auch die Abschiebung oder Zurückweisung in solche Staaten, in denen eine Weiterschickung in den Verfolgerstaat drohe, verboten sei. Hinsichtlich der Auslegung des Begriffes "aus einem sicheren Drittstaat einreisen" führte das Gericht aus, hiermit seien solche Staaten gemeint, in denen der Ausländer Schutz auf der Grundlage der GFK habe finden können. Dabei blieben jedoch vom Ausländer selbst zu verantwortende Hindernisse, ein Schutzgesuch anzubringen, außer Betracht. Für die Beurteilung der Frage, ob der Ausländer "aus" einem Drittstaat eingereist sei, sei von dem tatsächlichen Verlauf der Reise auszugehen. Dabei reiche es nicht aus, den Drittstaat mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu durchfahren, ohne daß es einen Zwischenhalt gegeben habe. Allerdings sei es auch nicht erforderlich, daß sich der Ausländer eine bestimmte Zeit in dem Drittstaat aufgehalten habe. Vielmehr gehe die Drittstaatenregelung davon aus, daß der Ausländer den im Drittstaat für ihn möglichen Schutz in Anspruch nehmen müsse und dafür ggf. auch die von ihm geplante Reise zu unterbrechen habe. Dabei sei nicht erforderlich, daß der sichere Drittstaat die letzte Station vor der Einreise des Ausländers in die Bundesrepublik Deutschland gewesen sei. Vielmehr reiche es aus, daß sich der Ausländer während seiner Reise irgendwann in einem sicheren Drittstaat befunden habe und dort Schutz nach den Bestimmungen der GFK habe finden können. Dann entfalle das Asylverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, ohne daß dabei geklärt werden müsse, aus welchem Drittstaat der Ausländer eingereist sei. Dies gelte insbesondere für Ausländer, die auf dem Landweg einreisten, da nach der geltenden Rechtslage alle Grenzstaaten der Bundesrepublik Deutschland zu den sicheren Drittstaaten gehörten. Schließlich führte das BVerfG aus, daß aus der Drittstaatenregelung folge, Ausländern, die unter ihren Geltungsbereich fielen, nicht den Schutz des § 51 Abs. 1 AuslG zu gewähren. Für die Anwendung dieser deutschen Regelung des völkerrechtlich geltenden *Refoulement*-Verbotes des Art. 33 GFK bestehe bei der Einreise aus einem sicheren Drittstaat

kein Bedürfnis mehr. Dieser Schutz sei lediglich dann zu gewähren, wenn der Ausländer in seinen Herkunftsstaat oder in einen anderen Staat, der nicht sicherer Drittstaat sei, abgeschoben werden solle. Ebenfalls ausgeschlossen sei die Anwendung der Abschiebungshindernisse in § 53 AuslG, wenn der Ausländer aus einem sicheren Drittstaat eingereist sei. Einer Abschiebung in einen solchen sicheren Drittstaat stünden die Abschiebungshindernisse des § 53 AuslG *per definitionem* nicht entgegen. Weiterhin sehe die Drittstaatenregelung keine Einzelfallprüfung wie im Rahmen des Art. 16 a Abs. 3 GG vor, wonach die verfassungsrechtliche Vermutung der Nichtverfolgung durch substantiierten Vortrag des Ausländers entkräftet werden könne, um hiermit eine Überprüfung des Einzelfalles einzuleiten.<sup>59</sup> Der Bedarf für eine solche Einzelfallprüfung bestehe bei der Einreise aus einem sicheren Drittstaat nicht. Allerdings sei Raum für Ausnahmen zugelassen, so z. B. wenn sich der Ausländer gegenüber einer Zurückweisung oder Rückverbringung in den Drittstaat auf das Abschiebungshindernis des § 53 Abs. 2 AuslG berufen könne, daß ihm in dem jeweiligen Staat die Todesstrafe drohe oder daß sich die Verhältnisse im Drittstaat schlagartig geändert hätten. Das Gericht stellte fest, daß der Ausländer eine Prüfung, ob der Zurückweisung oder sofortigen Rückverbringung in den Drittstaat ausnahmsweise Hinderungsgründe entgegenstünden, nur erreichen könne, wenn sich die Vermutung aufgrund bestimmter Tatsachen aufdränge, daß er von einem in dem normativen Vergewisserungskonzept nicht aufgefangenen Sonderfälle betroffen sei. An diese Darlegung seien jedoch strenge Anforderungen zu stellen. Schließlich führte das Gericht aus, daß die Neuregelung des Grundrechts auf Asyl in Art. 16 a GG nicht die Schranken des Art. 79 Abs. 3 GG durchbreche. Insbesondere sei keine Verletzung der Art. 1 und 20 GG durch die Änderung des Asylverfahrens festzustellen. Aus diesen Gründen bestätigte das BVerfG die angegriffenen Hoheitsakte und die ihnen zugrundeliegenden Vorschriften des AsylVfG und wies die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer als unbegründet ab. Hinsichtlich der Einreise aus Griechenland sei die Einordnung als sicherer Drittstaat nicht problematisch; auch die Aufnahme Österreichs in die Liste der anderen sicheren Drittstaaten sei entsprechend den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht zu beanstanden<sup>60</sup>.

38. Im Anschluß an die soeben vorgestellte Grundsatzentscheidung vom 14.5.1996 stellte das BVerfG in seinem Beschluß vom 30.7.1996 (2 BvR 394/95 = NVwZ-Beilage 2/1997, 10f.) klar, daß es gegen das Willkürverbot des Art. 3 GG verstoße, wenn die einem abgelehnten Asylbewerber angedrohte Abschiebung in seinen Herkunftsstaat für rechtmäßig erklärt werde, weil er aus einem sicheren Drittstaat eingereist sei. Der Beschwerdeführer, ein albanischer Volkszugehöriger aus dem Kosovo, war über die tschechisch-deutsche Grenze in die Bundesre-

<sup>59</sup> Vgl. Ausführungen zu [34].

<sup>60</sup> Qualifikation Österreichs als sicherer Drittstaat i.S.d. Art. 16 a Abs. 2 GG, vgl. auch Beschluß des BayVwG vom 4.6.1996 – 24 AA 31023/96 = BayVBl. 1997, 184. Jedoch wurde ein Verfahren vor dem VG Frankfurt ausgesetzt, da Zweifel an der Verfassungsgemäßheit der Drittstaatenregelung in bezug auf die Tschechische Republik bestanden, Beschluß vom 21.2.1996 – 3 L 116/96. A = NVwZ-Beilage 6/1996, 46.

publik Deutschland eingereist und hatte seine Anerkennung als Asylberechtigter beantragt. Das BVerfG führte aus, das VG habe zu Recht festgestellt, daß der Beschwerdeführer wegen der Einreise aus einem sicheren Drittstaat keinen Anspruch auf Anerkennung als Asylberechtigter habe. Außerdem sei zutreffend festgestellt worden, daß eine Prüfung der Voraussetzungen der §§ 51, 53 AuslG nicht mehr stattzufinden habe. Als schlechthin unhaltbar und objektiv willkürlich bezeichnete das BVerfG jedoch den daraus abgeleiteten Schluß des VG, daß die §§ 51, 53 AuslG, auch bei der Anordnung der Abschiebung in den Herkunftsstaat keine Anwendung fänden.

39. Das thüringische OVG hatte sich in einem Urteil vom 30.10.1996 (3 KO 335/96 = DÖV 1997, 170f. = NVwZ-Beilage 6/1997, 44f.) mit der Frage zu beschäftigen, ob die Drittstaatenregelung auch dann eingreift, wenn ein Ausländer, der in der Bundesrepublik Deutschland um Asyl nachgesucht und dabei deren Zuständigkeit für sein Asylbegehren begründet hatte, während des Asylverfahrens kurzzeitig das Bundesgebiet verlassen hat, um in einen der Vertragsstaaten des Schengen-II-Übereinkommens auszureisen und von dort aus wieder in die Bundesrepublik einzureisen. Das Gericht kam zu dem Schluß, daß in einem solchen Fall die Drittstaatenregelung keine Anwendung finde. Zwar, so führte das Gericht aus, stünden Wortlaut und Systematik der Drittstaatenregelung einer anderslautenden Auslegung zur Drittstaatenregelung nicht entgegen, doch folge aus dem Sinn und Zweck der Drittstaatenregelung, daß "Einreisen" i.S.v. "Anreisen" zu verstehen sei. Das Ziel der Drittstaatenregelung sei es, daß ein vor politischer Verfolgung Flüchtender in dem ersten Staat um Schutz nachsuchen müsse, in dem es ihm möglich sei. Dies sei im vorliegenden Fall die Bundesrepublik gewesen, nicht aber das Großherzogtum Luxemburg, in das der Asylsuchende zwischenzeitlich ausgereist war, bevor er wieder in die Bundesrepublik zurückkehrte. So sei die Drittstaatenregelung auf die Fälle beschränkt, in denen der Asylsuchende vor der erstmaligen Einreise in die Bundesrepublik nach der Flucht bereits in einem sicheren Drittstaat hätte Schutz finden können.

40. In einem Beschluß vom 23.5.1996 entschied das VG Frankfurt/M. (2 G 50290/96.A(1) = InfAuslR 1996, 331f.), daß die Bestimmungen des Schengen-II-Übereinkommens zur Übernahme eines Flüchtlings durch einen anderen Schengen-Staat (Art. 35, 36) keinen Rechtsanspruch des Flüchtlings beinhalteten, eine solche Übernahme vorzunehmen. Die Antragstellerin, eine iranische Staatsangehörige, die vergeblich die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland im Flughafenverfahren gem. § 18 a AsylVfG begehrt hatte, machte geltend, die deutschen Behörden hätten es rechtsfehlerhaft unterlassen, die Antragstellerin wegen des in den Niederlanden anhängigen Asylverfahrens ihres Ehemannes und Vaters in die Niederlande zur Entscheidung über ihren Asylantrag weiterzuleiten. Das Gericht führte aus, die Antragstellerin könne aus Art. 35 des Schengen-II-Übereinkommens keinen Anspruch auf Durchführung eines weiteren Asylverfahrens in einem anderen Vertragsstaat ableiten. Grundsatz des Schengen-Übereinkommens sei es, im Gebiet der Vertragsparteien nur ein Asylverfahren durchzuführen. Jedoch räume Art. 36 der Vertragspartei lediglich ein Ermessen ein. Einen Anspruch auf

Übernahme könnten die Asylsuchenden nicht geltend machen; es bestehe nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung und dies auch nur dann, wenn die Einreise in das Schengen-Gebiet bereits erfolgt sei.

*c) Rechte im Asylverfahren*

41. Mit den Rechten von Asylbewerbern im sog. Flughafenverfahren hatte sich das BVerfG in seinem Beschluß vom 14.5.1996 (2 BvR 1516/93 = BVerfGE 94, 166 ff. = NVwZ 1996, 678 ff. = DVBl. 1996, 739 ff. = DÖV 1996, 654 ff. = VBlBW 1996, 297 = MDR 1996, 756 = NJW 1996, 1666 = NJ 1996, 333) zu befassen. Darin bestätigte das BVerfG im wesentlichen die 1993 in Art. 16 a Abs.3 GG eingefügte Änderung hinsichtlich der Straffung des Asylverfahrens<sup>61</sup>. Anlaß des Verfahrens war die Verfassungsbeschwerde eines Staatsangehörigen Togos, der ohne Paß aus Lagos auf dem Frankfurter Flughafen eintraf und als erster Ausländer unter der neuen Regelung des Asylverfahrensrechtes und des Art. 16 a GG Asyl beantragte. Dieser Antrag wurde vom Bundesamt als offensichtlich unbegründet abgelehnt; einstweiliger Rechtsschutz wurde dem Beschwerdeführer nicht gewährt. Hiergegen wandte sich dieser mit der Verfassungsbeschwerde. Das BVerfG nahm diese Klage zum Anlaß, die Neuregelung des Asylverfahrensrechtes umfassend zu prüfen und kam zu dem Ergebnis, daß Art. 16 a Abs.4 GG und die auf ihm beruhende Regelung des § 18 a Abs.4 Satz 6 i.V.m. § 36 Abs.4 Satz 1 und 2 AsylVfG über das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes mit dem Grundgesetz vereinbar seien. Das Gericht führte aus, daß Art. 16 a Abs.4 GG zwar das im Asylgrundrecht verwurzelte Recht des Asylbewerbers, bis zu einer bestandskräftigen Entscheidung über sein Asylbegehren in der Bundesrepublik Deutschland zu bleiben, ein Stück weit zurücknehme. Denn der Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen werde durch ein Gericht nur dann ausgesetzt, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahme bestünden. Dabei gehe es zunächst um solche Fälle, in denen der Asylsuchende aus einem sicheren Herkunftsland angereist sei und die Vermutung, nicht verfolgt zu werden, nicht aufgrund der Darlegung eines individuellen Verfolgungsschicksals ausgeräumt werden könne. Weitere Fälle, die offensichtlich unbegründet seien bzw. als offensichtlich gelten, könnten durch den Gesetzgeber näher geregelt werden. Damit lasse die Verfassung es nunmehr ausdrücklich zu, die Voraussetzungen einer eindeutigen Aussichtslosigkeit des Asylanspruchs abstrakt und typisierend zu beschreiben. Sei ein Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden und sollten daraufhin aufenthaltsbeendende Maßnahmen ergriffen werden, so sei das Gericht, das mit einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz angerufen werde, gem. Art. 16 a Abs.4 Satz 1 1. Halbsatz GG nur dann befugt, die Vollziehung auszusetzen, wenn "ernstliche Zweifel an

<sup>61</sup> Vgl. aber die abweichende Meinung der Richterin Limbach und der Richter Böckenförde und Sommer hinsichtlich gewisser Aspekte der Neuregelung, die diese Richter für verfassungswidrig hielten. Vgl. ebenfalls zu dem Flughafenverfahren nach § 18 a AsylVfG Göbel-Zimmermann/Masuch, Das Flughafenverfahren nach § 18 a AsylVfG und das Grundrecht auf Freiheit der Person, InfAuslR 1997, 171 ff.

der Rechtmäßigkeit der Maßnahme bestehen". Dabei würden auch solche Maßnahmen erfaßt, die einen tatsächlich auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland befindlichen Ausländer an einer Einreise im Rechtssinne und einer Aufenthaltsbegründung hindern sollten. Das Fachgericht habe die Einschätzung des Bundesamtes, daß der geltend gemachte Anspruch auf Anerkennung als Asylberechtigter offensichtlich nicht bestehe, zum Gegenstand seiner Prüfung zu machen. Bei Berücksichtigung des Schutzzieles des Grundrechts auf Asyl, das durch die verfahrensrechtlichen Regelungen des Art. 16 a Abs. 4 GG materiell nicht eingeschränkt werde, sei einem Asylsuchenden nur dann zuzumuten, das Rechtsschutzbegehren von seinem Heimatstaat aus weiterzuverfolgen, wenn sein Schutzgesuch als offensichtlich unbegründet beurteilt werde. So dürfe das Gericht die Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen nur noch bei "ernstlichen Zweifeln" an der Rechtmäßigkeit der Maßnahme aussetzen. "Ernstliche Zweifel" i.S.d. Art. 16 a Abs. 4 Satz 1 GG lägen dann vor, wenn erhebliche Gründe dafür sprächen, daß die Maßnahme einer rechtlichen Prüfung wahrscheinlich nicht standhalte. Weiterhin kam das Gericht zu dem Schluß, daß die Vorschriften über das Asylverfahren bei Einreise auf dem Luftwege mit der Verfassung vereinbar seien. Insbesondere verstoße die Bestimmung, das Flughafenverfahren auf solche Personen zu erstrecken, die zwar nicht aus sicheren Herkunftsstaaten kommen, aber ohne Papiere oder mit gefälschten Papieren um Asyl nachsuchen, nicht gegen den Gleichheitssatz. Auch stelle die Begrenzung des Aufenthalts von Asylsuchenden während des Verfahrens nach § 18 a AsylVfG auf die für ihre Unterbringung vorgesehenen Räumlichkeiten im Transitbereich des Flughafens keine Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung (Art. 104 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) dar. Der Gewährleistungsinhalt des Art. 2 Abs. 2 GG umfasse von vornherein nicht die Befugnis, sich unbegrenzt überall aufhalten und überall hinbewegen zu dürfen. Weiterhin berührten rechtliche und tatsächliche Hindernisse für das freie Überschreiten der Staatsgrenze nicht den Gewährleistungsinhalt der durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützten körperlichen Bewegungsfreiheit. Das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland sei Asylbewerbern, die es ohne entsprechende Reisedokumente erreichten, vor der Feststellung ihrer Asylberechtigung rechtlich nicht zugänglich. Die gesetzlichen Vorschriften über das Asylverfahren, die für bestimmte Gruppen von Asylbewerbern bei Einreise auf dem Luftwege Anwendung finden, schafften für die behördliche Entscheidung über ihre Asylanträge einen Rahmen, der den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspreche. Doch müsse, wenn bei der Ausgestaltung des Asylverfahrens verfassungsrechtlich gestützte Gemeinwohlbelange berücksichtigt würden, vom Gesetzgeber sichergestellt werden, daß der Staat den wirklich Verfolgten ein Bleiberecht zum Schutz vor politischer Verfolgung in ihrem Heimatstaat gewähre. Der Gesetzgeber habe durch die Ausgestaltung des Asylverfahrens dafür zu sorgen, daß die politisch Verfolgten die für die Anerkennung ihres Asylrechts nach der getroffenen gesetzlichen Regelung ausschlaggebende förmliche Feststellung in einem Bescheid des Bundesamtes erlangen könnten. Dabei wies das BVerfG darauf hin, daß, wenn das Verfahren zur Prüfung des Asylantrages gem. § 18 a AsylVfG innerhalb kürzester

Zeit nach der Ankunft des Asylbewerbers auf einem deutschen Flughafen im Transitbereich durchgeführt werde, Sprachunkundigkeit, Fremdheit sowie physische und psychische Beanspruchung des Asylantragstellers durch die Reise und möglicherweise auch durch Verfolgung und Flucht ein besonderes Gewicht erlangten. Jedoch seien einem asylsuchenden Ausländer grundsätzlich erhöhte Sorgfalt und Mühe, die etwa durch Verständigungsschwierigkeiten bedingt seien, zuzumuten. Insgesamt seien in dem Verwaltungsverfahren jedoch einige Leitlinien zu beachten: So sei sowohl bei der Wahl des Zeitpunkts der Anhörung, auf deren Grundlage das Bundesamt über den Antrag entscheidet, als auch bei der erforderlichen Vorbereitung des Antragstellers auf die Anhörung und bei deren Durchführung auf seine physische und psychische Verfassung Rücksicht zu nehmen. Ferner sei alles zu vermeiden, was zu Irritationen und in deren Folge zu nicht hinreichend zuverlässigem Vorbringen in der Anhörung beim Bundesamt führen könne. Auch im übrigen sei auf die Schaffung von Rahmenbedingungen Bedacht zu nehmen, unter denen tragfähige Entscheidungsgrundlagen erzielt und die Asylantragsteller vollständige und wahrheitsgetreue Angaben machen könnten. Auf die besondere Bedeutung von hinreichend geschultem und sachkundigem Personal und zuverlässigen Sprachmittlern sowie der Art der Unterbringung der Asylbewerber wurde durch das BVerfG hingewiesen. Jedoch sei es verfassungsrechtlich nicht geboten, dem Antragsteller schon vor der Anhörung beim Bundesamt Gelegenheit zu geben, mit einem Rechtsbeistand seiner Wahl Verbindung aufzunehmen, ihn über eine solche Möglichkeit zu belehren und die Anhörung erst dann durchzuführen, wenn der Antragsteller diese Gelegenheit hatte wahrnehmen können. Hinsichtlich der Unterbringung von Asylantragstellern führte das BVerfG aus, daß § 18 a Abs. 1 a AsylVfG ausreichend Raum dafür lasse, die Unterbringung so zu gestalten, daß nicht nur die Anforderungen an eine menschenwürdige Behandlung gewahrt blieben, sondern daß auch möglichen nachteiligen Auswirkungen der Unterbringungssituation auf das Asylverfahren und sein Ergebnis entgegengewirkt werden könne. Schließlich verlange der effektive Rechtsschutz durch Verwaltungsgerichte nach Art. 19 Abs. 4 GG, daß im Flughafenverfahren Vorkehrungen des Bundesamtes und der Grenzschutzbehörden sicherstellten, daß die Erlangung gerichtlichen Rechtsschutzes nicht durch die Umstände (insbesondere Abgeschlossenheit des asylsuchenden Ausländers im Transitbereich, besonders kurze Fristen, Sprachunkundigkeit) unzumutbar erschwert oder gar vereitelt werde. Es sei durch organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, daß die ablehnenden Bescheide des Bundesamtes und der Grenzbehörde dem Antragsteller in geeigneter Weise eröffnet würden. Weiterhin müsse der nicht anwaltlich vertretene Antragsteller durch organisatorische Maßnahmen Gelegenheit erhalten, kostenlos asylrechtskundige Beratung in Anspruch zu nehmen, um die Erfolgsaussichten einer etwaigen Beschreitung des Rechtsweges beurteilen zu können. Angesichts der Kürze der im Gesetz festgelegten Fristen für Antragstellung und gerichtliche Entscheidung im Flughafenverfahren erscheine es erforderlich, daß die Beratung bereits am Tage der Zustellung der behördlichen Entscheidung einsetze und auch an Wochenenden angeboten werde. Der Senat hielt eine Frist von

weiteren vier Tagen – d. h. für die Stellung und die Begründung des Eilantrages eine Frist von einer Woche ab Zustellung der behördlichen Entscheidungen – für den Zeitraum, der dem Antragsteller für eine wirksame Wahrnehmung seiner Rechte zur Verfügung stehen müsse, für angemessen. Jedoch verböten rechtsstaatliche Erwägungen eines fairen und effektiven, rechtliches Gehör gewährenden Gerichtsverfahrens auch unter den besonderen Bedingungen des Flughafenverfahrens nicht, in Fällen offensichtlicher Unbegründetheit die Verweigerung einer Einreise zu vollziehen, nachdem die ablehnende Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangen sei, auch wenn ihre Begründung noch nicht vorliege. Es könne jedoch keine Rede davon sein, daß der Asylbewerber durch die Regelung des § 18 a Abs. 4 i. V. m. § 36 Abs. 3 AsylVfG zum Objekt des von ihm beantragten Verfahrens werde. Ihm würden die Gründe der Einreiseverweigerung mit der Ablehnung seines Asylantrags durch das Bundesamt und der Weigerung des VG, hiergegen einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, bekannt gegeben. Schließlich führte das Gericht aus, dem Ausländer sei es nicht verwehrt, den im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangenen Beschluß des VG mit der Verfassungsbeschwerde anzugreifen. Ebenso stehe es dem Ausländer frei, nach § 32 BVerfGG den Erlaß einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel zu beantragen, ihm die Einreise bis zum Abschluß des Verfahrens in der Hauptsache oder doch jedenfalls den Verbleib auf dem Flughafengelände bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde zu gestatten. Jedoch wies das Gericht auch darauf hin, daß die Zeit in der Regel nicht ausreiche, um eine Entscheidung durch das BVerfG zu erlangen. Weiterhin betonte das BVerfG, daß in der Verfassungsbeschwerde kein zusätzlicher Rechtsbehelf zum fachgerichtlichen Verfahren zu sehen sei. Die Verfassungsbeschwerde sei ein besonderes Rechtsschutzmittel, mit dem der Träger des vermeintlich verletzten Grundrechts Eingriffe der öffentlichen Gewalt abwehren könne, wobei der Verfassungsbeschwerde selbst keine aufschiebende Wirkung zukomme<sup>62</sup>. Hinsichtlich des zu prüfenden Falles des Beschwerdeführers kam das BVerfG zu dem Ergebnis, daß die von diesem angegriffenen Regelungen zwar verfassungsgemäß seien, daß jedoch in dem ihn betreffenden Verfahren der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt worden sei. Das Gericht habe das Vorbringen des Beschwerdeführers, das geeignet gewesen sei, ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Einreiseverweigerung zu begründen, nicht ausreichend gewürdigt, sondern als unsubstantiiert und offensichtlich haltlose Behauptung unbeachtet gelassen. Aus diesem Grund wurde der angegriffene Beschluß des VG aufgehoben und die Sache an das VG zurückverwiesen. In ihrer abweichenden Meinung zu dem Urteil führten die Richterin Limbach sowie die Richter Böckenförde und Sommer aus, daß der außerordentliche Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde dem einzelnen Grundrechtsinhaber soweit wie möglich die tatsächliche Innehabung seines Grundrechts sichern solle. Deshalb müsse die Verfassungsbeschwerde auch Schutz vor auf Grundrechte bezogene irreversible

<sup>62</sup> Siehe unten dazu aber die abweichende Meinung der Richter Limbach, Böckenförde, Sommer.

und schwerwiegende tatsächliche Folgen der angegriffenen Gerichtsentscheidung gewähren. Der Senat, so die abweichende Meinung der Richter, unterstelle, daß die Entscheidung der Fachgerichte verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge; im verfassungsgerichtlichen Verfahren dagegen gehe es aber gerade um die Frage, ob dies der Fall sei. Aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes ergebe sich, daß jedenfalls in Fällen, in denen irreparable und schwerwiegende Grundrechtsverletzungen drohten, es dem Beschwerdeführer möglich sein müsse, den Eintritt dieser Folgen zu verhindern. Dies gelte auch für den individuellen Schutz des einzelnen aus dem Grundrecht des Art. 16 a GG. Schließlich bestehe gerade für den Bereich des Art. 16 a Abs. 1 GG die Möglichkeit eines schwerwiegenden und irreparablen Nachteils für den Beschwerdeführer: Zum einen gehe dem Beschwerdeführer durch die Rückverbringung sein grundrechtlicher Abschiebungsschutz aus Art. 16 a Abs. 1 GG in vollem Umfang endgültig verloren; in seinem Heimatland drohe ihm ggf. politische Verfolgung. Zum anderen gehe der Verweis auf eine volle Beseitigung durch Zubilligung eines "Wiedereinreiserechts" an der Lebenswirklichkeit vorbei: Ein solches Recht werde der Beschwerdeführer von seinem Heimatstaat aus nur wahrnehmen können, wenn er tatsächlich nicht politisch verfolgt sei. Im weiteren wiesen die Richter darauf hin, daß sowohl im internationalen Vergleich als auch im Rahmen des Art. 3 EMRK eine Tendenz bestehe, eine Abschiebung nicht durchzuführen, bis über eine Beschwerde entschieden sei. Schließlich führten die Richter aus, das Gemeinwohl werde durch einen vorübergehenden weiteren Aufenthalt des abgelehnten Asylbewerbers allenfalls kurzfristig beeinträchtigt; der individuelle Nachteil für ihn, falls ihm politische Verfolgung drohe, sei hingegen einschneidend und irreparabel. Weiterhin wiesen die Richter darauf hin, daß Art. 16 a Abs. 4 GG sich auf die Straffung des verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes in Asylsachen beschränke. Für eine hieran anknüpfende Beschränkung auch auf das verfassungsgerichtliche Rechtsschutzverfahren gebe jedoch weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte des Art. 16 Abs. 4 GG Anhaltspunkte. Weiterhin stellten die Richter fest, daß nach ihrer Meinung § 36 Abs. 3 Satz 9 AsylVfG gegen Art. 16 a Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verstoße. Werde von § 36 Abs. 3 Satz 9 AsylVfG Gebrauch gemacht, so sei die Richtigkeit der fachgerichtlichen Prüfung in bezug auf das Vorliegen "ernstlicher Zweifel" an der Rechtmäßigkeit der behördlichen Entscheidung nicht mehr in erforderlichem Maße gewährleistet. Weiterhin verstoße § 36 Abs. 3 Satz 9 AsylVfG auch gegen die gem. Art. 16 a Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG garantierte Stellung des Asylsuchenden als Subjekt des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Insbesondere habe der Antragsteller einen Anspruch darauf zu erfahren, warum das VG seine Angriffe gegen den Bundesamtsbescheid nicht für stichhaltig halte. Er dürfe nicht im Ungewissen darüber gelassen werden, warum sein Aufenthalt vor bestandskräftiger Entscheidung über seinen Asylantrag beendet werde, obwohl er gerade dagegen unter Berufung auf sein Grundrecht das VG angerufen habe.

42. Über die Voraussetzungen, unter denen eine Asylanerkennung erlöschen kann, hatte der VGH Baden-Württemberg in einem Beschluß vom 22.10.1996 (13 S 3392/95 = InfAuslR 1997, 223 ff.) zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens

war die Entziehung der unbefristeten Aufenthaltserlaubnis eines anerkannten Asylberechtigten türkischer Staatsangehörigkeit, weil dieser einen türkischen Reisepaß erhalten hatte und in die Türkei eingereist war. Die Ausländerbehörde hatte hierin einen Erlöschensgrund für die Asylanerkennung i.S.d. § 72 Abs. 1 AsylVfG gesehen. Der VGH führte aus, daß nach dieser Vorschrift die Anerkennung als Asylberechtigter erlösche, wenn der Ausländer sich freiwillig durch Annahme oder Erneuerung eines Nationalpasses oder durch sonstige Handlungen erneut dem Schutz des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitze, unterstelle. Diese Regelung sei jedoch im Lichte des Asylgrundrechts und bei vergleichender Betrachtung der GFK dahin einzuschränken, daß nicht schon jeder Kontakt des anerkannten Asylberechtigten zu Behörden seines Heimatstaates zum Erlöschen seiner Asylanerkennung führe. Die Asylberechtigung erlösche vielmehr erst dann, wenn der Ausländer die rechtlichen Beziehungen zu seinem Heimatstaat dauerhaft wieder herstelle, indem er sich den diplomatischen Schutz gleichsam "auf Vorrat" sichere, ohne daß die Erledigung bestimmter administrativer Angelegenheiten ihn hierzu nötige, oder weil er sich sonst ohne Not wieder in die schützende Hand des Heimatstaates begeben. Entscheidend sei, ob aus dem Verhalten des Asylberechtigten auf eine veränderte Einstellung zum Heimatstaat geschlossen werden könne. Einer Paßausstellung und -verlängerung oder einer ähnlichen Handlung komme dabei lediglich Indizwirkung zu, wobei jedoch die Einzelheiten des jeweiligen Falles zu prüfen seien. Im gegebenen Fall habe die Paßausstellung und die Einreise des Antragstellers in die Türkei zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht gedient. Etwas anderes müsse jedoch gelten, wenn der Antragsteller zwischenzeitlich aus der türkischen Staatsbürgerschaft ausgeschlossen worden sei, später jedoch diese auf Antrag wiedererlangt habe.

## 2. Politische Verfolgung

### *a) Verfolgung durch quasi-staatliche Gebietsgewalt*

43. Über die Qualifizierung der Verfolgung durch eine quasi-staatliche Gebietsgewalt als "politische Verfolgung" i.S.d. Art. 16 a GG und § 51 Abs. 1 AuslG hatte das BVerwG in seinem Urteil vom 6.8.1996 (9 C 172/95 = InfAuslR 1997, 37 ff. = DVBl. 1997, 182 ff. = NVwZ 1997, 194 ff.) zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens waren Asylanträge von Muslimen, die im serbischen Teil Bosnien-Herzegowinas, namentlich in der Republik Srpska, verfolgt wurden. Das BVerfG stellte fest, daß unter politischer Verfolgung i.S.d. Asylrechts grundsätzlich staatliche Verfolgung zu verstehen sei. Ihr stehe jedoch die Verfolgung durch eine Organisation mit staatsähnlicher Herrschaftsgewalt gleich. Dies sei dann der Fall, wenn die staatsähnlichen Organisationen, die den jeweiligen Staat verdrängt hätten oder denen dieser das Feld überlassen habe, diesen insoweit ersetzen. Quasi-staatlich sei eine Gebietsgewalt aber nur, wenn sie auf einer staatsähnlich organisierten, effektiven und stabilisierten Herrschaftsmacht beruhe. Effektivität und Stabilität erforderten eine gewisse Stetigkeit und Dauerhaftigkeit der Herrschaft, verkörpert

vorrangig in der Durchsetzungsfähigkeit und Dauerhaftigkeit des geschaffenen Machtapparates. Das Gericht nahm an, daß die Republik Srpska im Zeitpunkt der Entscheidung des Berufungsgerichtes im Mai 1995 eine staatsähnliche Hoheitsgewalt ausgeübt und deshalb die Fähigkeit zur politischen Verfolgung i.S.d. Art. 16 a GG besessen habe. Während nicht an der Verfolgung der Antragsteller durch diese quasi-staatliche Gebietsgewalt gezweifelt wurde, so wurden die Anträge dennoch abgelehnt, da eine Schutzlosigkeit der Antragsteller nicht als gegeben angesehen wurde. Das Gericht führte aus, die Schutzlosigkeit des Asylsuchenden sei Voraussetzung eines Anspruchs nach Art. 16 a Abs.1 GG. Schutzlos sei ein politisch Verfolgter aber nur, solange er anderweitig keinen wirksamen Schutz genieße. In diesem Fall hätten die Kläger jedoch den Schutz des Staates, nämlich Bosnien-Herzegowina, erhalten können, dessen Staatsangehörigkeit sie besessen hätten. Die Republik Bosnien-Herzegowina verfolge die Kläger nicht; sie sei insbesondere kein Verfolgerstaat, der die Muslime regional verfolge<sup>63</sup>.

#### *b) Folter als politische Verfolgung*

44. Das BVerfG hatte sich im Beschluß vom 3.7.1996 (2 BvR 1957/94 = InfAuslR 1996, 318 ff.) mit der Frage zu beschäftigen, ob auch Folter eine politische Verfolgung i.S.d. Art. 16 a Abs.1 GG darstellen könne. Gegenstand des Verfahrens war der Asylantrag eines türkischen Staatsangehörigen kurdischer Volkszugehörigkeit, der vorgetragen hatte, eine illegale Organisation in der Türkei unterstützt zu haben und dafür 17 Tage lang auf einer Polizeiwache festgehalten und schwer gefoltert worden zu sein. Das BVerfG führte aus, daß eine Verfolgung dann eine politische sei, wenn sie dem einzelnen in Anknüpfung an asylerhebliche Merkmale gezielt Rechtsverletzungen zufüge, die nach ihrer Intensität die übergreifende Friedensordnung der staatlichen Einheit ausgrenze. Dabei könne Folter dann eine asylrelevante Verfolgung darstellen, wenn sie wegen asylrelevanter Merkmale eingesetzt oder im Blick auf diese in verschärfter Form angewendet werde. Das könne namentlich dann anzunehmen sein, wenn der Verfolgte in Polizeihaft mit der Anwendung von Folter rechnen müsse oder solche sogar erlitten habe, die über das Maß dessen hinausgehe, was Personen zu erwarten hätten, die dort wegen krimineller Delikte inhaftiert seien.

#### *c) Frauenspezifische politische Verfolgung*

45. Das VG Frankfurt/M. entschied mit Urteil vom 23.10.1996 (5 E 33532/94.A(3) = InfAuslR 1997, 177 ff. = NVwZ-Beilage 6/1997, 46 f.), daß auch drohende Verfolgungsmaßnahmen gegen alleinstehende Frauen in Afghanistan eine politische Verfolgung darstellen können. Gegenstand des Verfahrens waren

<sup>63</sup> Zur Frage von staatsähnlicher Herrschaftsmacht bei der politischen Verfolgung i.S.d. §51 Abs.1 AuslG, vgl. ebenfalls Urteil des Hessischen VGH vom 20.5.1996 – 13 UE 2332/95 = ESVGH 46, 316 f., nach dem jedoch eine staatliche oder staatsähnliche Herrschaftsmacht für Somalia derzeit nicht angenommen wurde.

die Asylanträge zweier afghanischer Staatsangehöriger, die in ihrer Heimat von Taleban-Milizen als alleinstehende Frauen verfolgt worden waren, wobei es auch zu Vergewaltigungsversuchen gekommen war. Das Gericht führte aus, daß eine Verfolgung als politisch anzusehen sei, wenn sie auf die Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder die politische Überzeugung der Betroffenen abziele. Weiterhin könne einem Asylsuchenden, der bereits einmal politisch verfolgt war, eine Rückkehr in seine Heimat nur zugemutet werden, wenn die Wiederholung von Verfolgungsmaßnahmen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sei. Das Gericht stellte fest, daß jedenfalls einer der Klägerinnen eine politische Verfolgung im Falle einer Rückkehr nach Afghanistan mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit drohe, weil sie als alleinstehende Frau Gefahr liefe, von Angehörigen der Taleban-Milizen Vergewaltigungsversuchen ausgesetzt zu sein. Weiterhin bestünden bei ihrer Vorgeschichte überzeugende und überwiegende Anhaltspunkte, eine subjektive Verfolgungsfurcht zu begründen, die für sie eine Rückkehr in ihr Herkunftsland unzumutbar erscheinen lasse. Sollten die Klägerinnen nach Afghanistan zurückkehren, so drohe ihnen mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit eine menschenrechtswidrige Mißhandlung, möglicherweise bis hin zu Vergewaltigungen. Das Gericht bezog sich dabei auf Informationen, nach denen alleinstehende Frauen in den Taleban-Gebieten vollständig rechtlos und zudem besonders akut gefährdet seien, mit drakonischen Strafen belegt zu werden, sofern nur der geringste Verdacht bestehe, daß sie islamischen Sitten zuwiderhandelten. So werde berichtet, daß Frauen in dem Herrschaftsgebiet der Taleban nur noch in männlicher Begleitung in die Öffentlichkeit gehen dürften und daß Frauen, die sich vermeintlich den islamischen Sitten nicht unterwürfen, einer menschenrechtswidrigen Behandlung unterworfen würden. Die drohenden Mißhandlungen bis hin zur Vergewaltigung und Steinigung stellten eine politische Verfolgung i.S.d. Art. 16 a Abs.1 GG dar; sie zielten auf bestimmte persönliche Merkmale, die asylerblich seien, nämlich auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, der Gruppe der alleinstehenden Frauen in Afghanistan. Schließlich lägen keine inländischen Fluchtalternativen vor, insbesondere sei nicht ersichtlich, daß die Klägerinnen familiären Schutz in den von den Taleban kontrollierten Gebieten genießen könnten.

### 3. Verfolgung von Gruppen – inländische Fluchtalternative

46. Das BVerwG hatte sich in dem Urteil vom 30.4.1996 (9 C 171/95 = BVerwGE 101, 134 ff. = InfAuslR 1996, 324 ff. = NVwZ 1996, 1113 ff.) mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen eine regionale Gruppenverfolgung einen Nachfluchtgrund i.S.d. Art. 16 a Abs.1 GG darstellen könne. Gegenstand des Verfahrens war der Asylantrag eines kurdischen Volkszugehörigen türkischer Staatsangehörigkeit, der wegen der Verfolgung seines Volkes in der Türkei um Asyl nachsuchte. Das Gericht führte aus, daß auch solche Asylsuchende, die ihren Heimatstaat unverfolgt verlassen hätten, bei einer ihnen i.S. eines objektiven Nachfluchtgrundes jetzt drohenden regionalen Gruppenverfolgung

eine inländische Fluchtalternative nur dort hätten, wo sie vor Verfolgung hinreichend sicher seien. Andernfalls könnten sie Asyl und Abschiebungsschutz beanspruchen. Zwar wurde die regionale Verfolgung von Kurden in der Türkei nicht in Frage gestellt, doch stellte das Gericht fest, daß es keine einzige Auskunft oder Stellungnahme gebe, aus der hervorginge, daß z.B. türkische Sicherheitskräfte auch im Westen der Türkei unterschiedslos und massenhaft Repressalien gegen Kurden allein wegen ihrer Volkszugehörigkeit ausübten. Somit sei eine inländische Fluchtalternative nicht ausgeschlossen<sup>64</sup>. Auf eine regionale Gruppenverfolgung könne sich weiterhin nur derjenige berufen, der die Gefahr eigener politischer Verfolgung aus Maßnahmen des Verfolgerstaates gegenüber solchen Dritten ableiten könne, die wegen eines asylherheblichen Merkmales verfolgt würden, das er mit ihnen teile. Weiterhin müsse er sich mit ihnen in einer nach Ort, Zeit und Wiederholungsträchtigkeit vergleichbaren Lage befinden, und seine eigene bisherige Verschonung vor ausgrenzenden Rechtsgutbeeinträchtigungen müsse deshalb als eher zufällig anzusehen sein<sup>65</sup>. Schließlich komme es angesichts der Vielgestaltigkeit tatsächlicher Erscheinungsformen politischer Einzel- und Gruppenverfolgung darauf an, wer bei realitätsgerechter Ermittlung und Bewertung des gesamten Verfolgungsgeschehens zum Kreis der gefährdeten Personen zu rechnen sei. Dabei seien bei der Abgrenzung einer kollektiv gefährdeten Gruppe grundsätzlich alle Personen einzubeziehen, gegen die der Verfolgerstaat, objektiv gesehen, seine Verfolgung betreibe oder voraussichtlich betreiben würde.

#### 4. Familienasyl – und Drittstaatenregelung

47. Das OVG Koblenz kam in seinem Urteil vom 29.10.1996 (7 A 12233/96 = NVwZ-Beilage 3/1997, 22 ff.) zu dem Ergebnis, daß ein Asylanerkennungsanspruch i.S.d. § 26 AsylVfG 1993 nicht durch Art. 16 a Abs. 2 GG, § 26 a Abs. 1 Satz 1 und 2 AsylVfG 1993 ausgeschlossen sei. Gegenstand des Verfahrens waren die Asylanträge einer Familie, von der der Vater in Deutschland rechtskräftig als Asylberechtigter anerkannt worden war. Das Gericht führte aus, nach § 26 Abs. 1 AsylVfG werde der Ehegatte eines Asylberechtigten dann ebenfalls als Asylberechtigter anerkannt, wenn die Ehe schon in dem Staat bestanden hätte, in dem der Asylberechtigte politisch verfolgt wurde, der Ehegatte einen Asylantrag vor oder gleichzeitig mit dem Asylberechtigten oder unverzüglich nach der Einreise gestellt habe und die Anerkennung des Asylberechtigten nicht zu widerrufen oder zurückzunehmen sei. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall erfüllt. Daß ein Asylanerkennungsanspruch nach § 26 AsylVfG nicht durch die sog. Drittstaatenregelung des Art. 16 a Abs. 2 GG [vgl. 37–40] ausgeschlossen sei, folge bereits daraus, daß es sich bei der Regelung des § 26 AsylVfG um eine eigenständige, einfach gesetzliche Nor-

<sup>64</sup> Vgl. dazu auch das Urteil des BVerwG vom selben Tag (9 C 170/95 = BVerwGE 101, 123 ff. = NVwZ 1996, 1110 ff.) sowie den Beschluß des BVerfG vom 3.9.1996 (2 WvR 1230/94 = NVwZ-Beilage 4/1997, 26).

<sup>65</sup> Vgl. hierzu auch den Beschluß des BVerfG vom 2.4.1996 (2 BvR 2916/95 = NVwZ-Beilage 6/1996, 41 f.).

mierung eines Bëgünstigungstatbestandes handele. Dieser sei hinsichtlich seiner Voraussetzungen mit dem Asylanspruch des Art. 16 a Abs.1 GG nicht identisch und nehme damit auch nicht an dem Ausschlußtatbestand des Art. 16 a Abs.2 GG teil<sup>66</sup>. Unter Verweis auf bereits bestehende Rechtsprechung stellte das OVG Koblenz klar, daß es sich bei dem Familienasyl materiellrechtlich nicht um einen Asylanspruch i.S.d. Art. 16 a Abs.1 GG handele. Vielmehr werde für das begünstigte Familienmitglied eine Rechtsstellung geschaffen, die politisch Verfolgte genössen, ohne daß eine eigene politische Verfolgung des Familienmitglieds festgestellt werden müsse. Das Schutzinteresse des Familienangehörigen sei dabei komplexer Natur. Einerseits erhalte er Schutz vor einer unterstellten politischen Verfolgung, und andererseits liege das Schutzinteresse in der Förderung der Einordnung der nahen Angehörigen in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik. Diese bestimmten nämlich während des Aufenthaltes ihr Leben in gleicher Weise wie das des Asylberechtigten. Schließlich widerspreche die Nichtanwendbarkeit der Drittstaatenregelung im Rahmen des Familienasyls nicht dem Sinn und Zweck der Drittstaatenregelung. Dieser bestehe darin, ein europäisches Gesamtsystem zu schaffen, in welchem die Schutzgewährung für Flüchtlinge mit dem Ziel einer Lastenverteilung zwischen den an einem solchen System beteiligten Staaten erstrebt werde. Dem stünde jedoch die Regelung des Familienasyls gerade nicht entgegen.

### VIII. Auslieferung

48. Das BVerfG entschied mit Beschluß vom 29.5.1996 (2 BvR 66/96 = EuGRZ 1996, 324 ff.), eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung anzunehmen, mit der die Aufhebung eines Kammerbeschlusses bewirkt werden sollte, der einen Auslieferungsbeschluß für zulässig erklärt hatte. Gegenstand des Verfahrens war das Auslieferungsersuchen Spaniens bzgl. eines spanischen Staatsbürgers, dem die Beteiligung an der der ETA zugerechneten Straftaten zur Last gelegt wurden. Der Beschwerdeführer machte geltend, die Auslieferung sei rechtswidrig, da es sich bei den ihm zur Last gelegten Taten um politische handele; weiterhin sei das Auslieferungsersuchen auf Beweismittel gestützt, die durch Folter erlangt seien, und im übrigen müsse er befürchten, im Falle seiner Auslieferung keiner rechtsstaatlichen Behandlung unterworfen zu werden. Darüber hinaus fürchte er, daß im spanischen Strafvollzug die Behandlung seiner HIV-Erkrankung nicht gewährleistet sei. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an und er-

<sup>66</sup> Vgl. aber den Beschluß des OVG Nordrhein Westfalen vom 4.9.1996 (25 A 5830/95.A = DVBl. 1997, 192 ff. = DÖV 1997, 382 ff. = NVwZ-Beilage 3/1997, 21 ff.), das zum gegenteiligen Ergebnis gelangte. Nach Auffassung des OVG führe das nach §26 AsylVfG gewährte Familienasyl zur Anerkennung als Asylberechtigter, also zu derselben Rechtsstellung, die politisch Verfolgte i.S.d. Art. 16 a Abs.1 GG erlangten. Damit fielen auch diese Ausländer unter die Drittstaatenregelung. Insbesondere gebe §25 AsylVfG dem Bundesamt keine Handhabe, von Amts wegen quasi ungefragt dem betroffenen Personenkreis unter den in der Vorschrift normierten Voraussetzungen Asyl zu gewähren. In diesem Sinne vgl. auch Urteil des VG Schleswig vom 9.10.1996 (16 A 501/95 = NVwZ-Beilage 3/1997, 24).

klärte, die Zulässigkeitsklärung der Auslieferung verletze den Beschwerdeführer nicht in seinen Grundrechten. Insbesondere habe das Kammergericht die Merkmale einer politischen Tat mit verfassungsrechtlichen tragfähigen Erwägungen verneint. Es habe auf die Entscheidung des BVerfG vom 20.10.1977<sup>67</sup> Bezug genommen, in der es als abwegig angesehen wurde, die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung, deren Zielsetzung auf die Begehung schwerster Verbrechen gerichtet sei, als politische Tat zu behandeln. So sei die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Tat nicht schon deshalb als eine politische Straftat zu behandeln, weil dabei politische Motive eine Rolle gespielt hätten. Bei der Abgrenzung von Maßnahmen politischer Verfolgung gegenüber Maßnahmen zur Abwehr des Terrorismus sei die Grenze der Asylverheißung für politische Straftäter dort überschritten, wo der Asylsuchende seine politische Überzeugung unter Einsatz terroristischer Mittel bestätigt habe. Repressive oder präventive Maßnahmen des Staates zur Abwehr des Terrorismus seien daher keine politische Verfolgung im asylrechtlichen Sinne, wenn sie gegenüber aktiven Terroristen und Teilnehmern im strafrechtlichen Sinne ergriffen würden. Zwar könne eine politische Verfolgung solcher Täter gleichwohl gegeben sein, wenn sonstige Umstände darauf schließen ließen, daß der Betroffene wegen eines asylerblicklichen Merkmales verfolgt werde. Doch stehe der Auslieferung nicht die Gefahr einer menschenunwürdigen Behandlung entgegen, da es keine begründeten Anhaltspunkte für eine solche Gefahr gebe. Der Beschwerdeführer habe geltend gemacht, bereits Opfer solch grausamer und unmenschlicher Behandlungen durch Polizeibehörden geworden zu sein. Doch sei das Kammergericht mit nachvollziehbaren Erwägungen davon ausgegangen, daß der Beschwerdeführer solchen Haftbedingungen nach seiner Auslieferung nicht unterworfen sein würde. Diese Auffassung gründe sich u. a. auf ein von der spanischen Botschaft vorgelegtes *Aide-Mémoire*, bei dem es sich jedoch nicht um eine Zusicherung, sondern lediglich um eine Bestätigung der herrschenden Verhältnisse handele. Schließlich werde diese Einschätzung des Kammergerichts auch von dem Bericht des Ausschusses des Europäischen Übereinkommens vom 26.11.1987 zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe<sup>68</sup> gestützt, der die Feststellung einer positiven Entwicklung in den Vollzugsanstalten Spaniens anlässlich eines Besuchs 1994 beinhalte. Auch habe das Kammergericht aufgrund nachvollziehbarer Erwägungen die Auffassung gewonnen, daß der Beschwerdeführer nicht konkret zu befürchten habe, daß seine Erkrankung infolge der HIV-Infektion aufgrund des Vollzuges von Untersuchungshaft oder späterer Strafvollstreckung in ihrem Verlauf verschlimmert oder vorzeitig zu seinem Tode führen könne. Schließlich gebe es keine Anhaltspunkte dafür, daß die spanischen Gerichte Aussagen, die durch Folter erreicht worden seien, in einem Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer verwerfen würden. Hierbei nahm das BVerfG Bezug auf Art. 15 des Übereinkommens vom 10.12.1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedri-

<sup>67</sup> BVerfGE 46, 214 ff.

<sup>68</sup> BGBl. 1989 II, 946 ff.

gende Behandlung oder Strafe<sup>69</sup>, das für Spanien am 20.11.1987<sup>70</sup> in Kraft trat. Nach Art. 15 dieses Übereinkommens seien die Vertragsstaaten verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß Aussagen, die nachweislich durch Folter herbeigeführt seien, nicht als Beweis in einem Strafverfahren verwendet würden. Das BVerfG führte weiter aus, daß selbst wenn der Beschwerdeführer dieses Beweisverwertungsverbot nicht im Rahmen des spanischen Strafverfahrens geltend machen könne, ihm dies vor dem unter dem Antifolterübereinkommen gebildeten Folterausschuß möglich sei, da sich Spanien der Individualbeschwerde gem. Art. 22 des Übereinkommens unterworfen habe<sup>71</sup>. Weiterhin stellte das BVerfG fest, eine Entscheidung, welche die Auslieferung für zulässig erklärt, sei verfassungsrechtlich nicht schon dann zu beanstanden, wenn das Strafverfahren, das den Verfolgten im Ausland erwarte, nicht allen Anforderungen entspreche, die nach deutschem Verfassungsverständnis und dem Rechtsstaatsprinzip geboten seien. Das GG stehe einer Auslieferung nur dann entgegen, wenn das ausländische Strafverfahren dem Verfolgten nicht den wesentlichen Kern und damit nicht einen Mindeststandard rechtsstaatlicher Verfahrensgestaltung gewährleiste.

49. Auf Vorlage des OLG Frankfurt/M. hatte der BGH die Frage zu entscheiden, ob eine Straftat als auslieferungsfähig i.S.d. Art. 2 Abs.1 Buchst. a des deutsch-amerikanischen Auslieferungsvertrages vom 20.6.1978 anzusehen ist, wenn die Tat im Zeitpunkt ihrer Begehung nur nach dem US-amerikanischen Recht – nicht aber nach dem deutschen Recht – strafbar gewesen ist, eine Strafbarkeit auch nach deutschem Recht aber im Zeitpunkt der Auslieferung vorgelegen hat (Beschluß vom 17.9.1996 – 4 ARs 21/95 = BGHStE 42, 243 ff. = NJW 1997, 533 ff.). Der BGH nahm die grundsätzliche Bedeutung der vorgelegten Rechtsfrage an. Die Bundesregierung hatte nämlich die Auffassung vertreten, es komme im Auslieferungsverkehr für die Beurteilung der beiderseitigen Strafbarkeit grundsätzlich nicht auf den Zeitpunkt der Begehung der Tat, sondern auf den der Auslieferung an, während die US-amerikanische Rechtsansicht dahin geht, daß, falls vertraglich nichts anderes vereinbart sei, das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit nicht erst im Zeitpunkt der Auslieferung, sondern bereits zur Zeit der Tatbegehung gegeben sein müsse. Das Gericht stellte zunächst fest, daß die Tat zur Zeit ihrer Begehung nach deutschem Recht nicht mit Strafe bedroht war, da es sich um verbotene Insidergeschäfte handelte, die erst nach dem 1.8.1994 in Deutschland mit Strafe belegt wurden. Nach der Auslegung des Ursprungsvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 20.6.1978 sowie dem Zusatzvertrag vom 21.10.1986 kam der BGH zu dem Ergebnis, daß eine Auslieferung nur dann in Betracht komme, wenn die Tat nach dem Recht beider Staaten auch zur Tatzeit strafbar gewesen sei. Zwar werde in der Rechtsprechung und im Schrifttum die Auffassung vertreten, daß als maßgeblicher Zeitpunkt die Auslieferung anzusehen sei, nicht der Zeitpunkt der

<sup>69</sup> BGBl. 1990 II, 246 ff.

<sup>70</sup> BGBl. 1993 II, 715 f.

<sup>71</sup> BGBl. 1993 II, 727.

Tat, doch werde eine solche Auslegung dem Inhalt, Sinn und Zweck des Zusatzvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten nicht gerecht. Somit kam der BGH zu dem Schluß, daß die dem Verfolgten vorgeworfenen, vor dem 11.3.1993 begangenen und in der Bundesrepublik Deutschland erst seit dem 1.8.1994 mit Strafe bedrohten, Insiderstraftaten eine Auslieferung nicht zuließen.

50. In einem Beschluß vom 3.12.1996 erklärte das OLG Hamm eine Auslieferung nach Italien aufgrund eines Abwesenheitsurteils für unzulässig ((2) 4 Ausl 140/94 (39/96) = NSStZ 1997, 194f.). Gegenstand des Verfahrens war das Auslieferungersuchen Italiens für einen Verfolgten, der in Italien in einem Abwesenheitsverfahren zu einer 13-jährigen Haftstrafe verurteilt worden war, ohne daß dieser in irgendeiner Form die Möglichkeit des rechtlichen Gehörs gehabt hatte. Während des Verfahrens wurde er von einer Pflichtverteidigerin verteidigt, ohne zu dieser je Kontakt gehabt zu haben. Schließlich waren keine Rechtsmittel oder Wiederaufnahmeverfahren bzgl. dieses Urteils in Italien zugelassen. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, daß in dem Verfahren, das zu dem Urteil des Appellationsgerichts Lecce vom 16.2.1993 geführt hatte, die Mindestrechte des Verfolgten nicht gewahrt worden seien. Zwar hätten die deutschen Gerichte bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Auslieferung die Rechtmäßigkeit des Zustandekommens eines ausländischen Strafurteils nicht zu prüfen, doch seien sie nicht an der Prüfung gehindert, ob die Auslieferung und die ihr zugrunde liegenden Akte mit dem nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen der öffentlichen Ordnung vereinbar seien. Zu diesen Mindeststandards verfassungsrechtlicher Garantien gehöre die tatsächliche und wirksame Einräumung der Möglichkeit eines Beschuldigten in einem strafrechtlichen Abwesenheitsverfahren, sich rechtliches Gehör zu verschaffen und sich zu verteidigen. Das OLG kam zu dem Schluß, daß diese Möglichkeit vorliegend nicht gewährt worden sei. Weiterhin stellte das OLG fest, daß eine Verteidigung des Verfolgten auch nicht von vornherein aussichtslos gewesen sei, da der Verfolgte geltend mache, zur Zeit der in Italien abgeurteilten Tat eine Haftstrafe im Straf- und Besserungsgefängnis in Zenica verbüßt zu haben. Außerdem stehe dem Verfolgten im Fall der Auslieferung nach Italien gegen das rechtskräftige Urteil kein Rechtsmittel mehr zur Verfügung. Schließlich lägen auch die Voraussetzungen des Art. 3 des 2. Zusatzprotokolls vom 17.3.1978 zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957 nicht vor. Hiernach werde die Auslieferung bei einem Abwesenheitsurteil bewilligt, wenn die ersuchende Vertragspartei eine als ausreichend erachtete Zusicherung gebe, dem Verfolgten das Recht auf ein neues Gerichtsverfahren zu gewährleisten, in dem die Rechte der Verteidigung gewahrt werden. Hierfür gebe es jedoch keine Anhaltspunkte.

*IX. Internationaler Menschenrechtsschutz*

## 1. Europäische Menschenrechtskonvention

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

51. Mit Urteil vom 19.11.1996 entschied das BVerwG (1 C 6/95 = JZ 1997, 508 ff. = InfAuslR 1997, 193 ff.), daß Art. 3 EMRK und §53 AuslG einen Abschiebungsschutz auch im Falle von Bürgerkriegsgefahren gewähren können, wenn der Krieg gewissermaßen für jeden Betroffenen mit so erheblichen Gefährdungen verbunden sei, daß dem einzelnen eine Abschiebung in dieses Land nicht zugemutet werden könne. Zur ausführlichen Darstellung dieses Urteils vgl. [30].

*b) Anforderungen an Freiheitsentziehungen (Art. 5 Abs. 1 EMRK)*

52. Im Rahmen einer umfangreichen verfassungsrechtlichen Prüfung des Sächsischen Polizeigesetzes (PolG) hatte sich der Sächsische VerfGH in seinem Urteil vom 14.5.1996 (Vf. 44/II/94 = LKV 1996, 273 ff. = NVwZ 1996, 784 f. = EuGRZ 1996, 473 ff. = NJW 1996, 1953 f. = JZ 1996, 957 ff.) u. a. damit zu befassen, ob die Regelungen des Polizeigewahrsams gem. §22 Sächsisches PolG mit Art. 5 Abs. 1 EMRK vereinbar seien<sup>72</sup>. Dabei führte der Gerichtshof aus, bei der Auslegung der Sächsischen Verfassung seien Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK zu berücksichtigen, sofern damit keine Einschränkung oder Minderung des Sächsischen Grundrechtsschutzes verbunden sei, was jedoch bereits durch Art. 60 EMRK ausgeschlossen sei. Die EMRK habe in der deutschen Rechtsordnung aufgrund ihrer innerstaatlichen Anwendung nach Art. 59 Abs. 2 GG zwar nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, doch begründe sie einen inhaltlichen Mindeststandard europäischen Menschenrechtsschutzes und sei von allen Staatsorganen zu beachten. Der Sächsische VerfGH stellte klar, daß er nicht wie ein Organ der europäischen Menschenrechtspflege nach der EMRK durch eigene Rechtsprechung Streitfragen zur Interpretation der EMRK klären und damit zu ihrer Entwicklung beitragen könne. Doch seien die Grundrechte und Grundsätze des Grundgesetzes und der Sächsischen Verfassung im Lichte der EMRK auszulegen. Die zu prüfende Bestimmung des Sächsischen PolG enthielt eine Regelung darüber, daß die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen könne, wenn: "1. auf andere Weise eine unmittelbar bevorstehende erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit nicht verhindert oder eine bereits eingetretene erhebliche Störung nicht beseitigt werden kann, oder 2. es zum Schutz der Personen gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist, insbesondere weil die Person sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet oder Selbstmord begehen will, oder 3. die Identität einer Person auf andere Weise nicht festgestellt werden kann, oder 4. dies unerlässlich ist,

<sup>72</sup> Vgl. auch die Ausführungen von Spöner zu diesem Urteil, LKV 1996, 267 ff.

um einen Platzverweis nach §21 durchzusetzen" (§22 Sächsisches PolG). Hierzu führte der Sächsische VerfGH aus: Art. 5 Abs.1 *lit.* c EMRK sehe die Zulässigkeit einer Freiheitsentziehung bei begründetem Anlaß zu der Annahme vor, daß die Freiheitsentziehung notwendig sei, um den Betroffenen an der Begehung einer strafbaren Handlung zu hindern. Dabei sei der Begriff der strafbaren Handlung nicht lediglich auf Straftaten im eigentlichen Sinne zu begrenzen, vielmehr seien hierunter auch Ordnungswidrigkeiten zu verstehen. Dabei nahm der Gerichtshof Bezug auf den englischen und französischen Vertragstext, indem die Begriffe *offence/infraction* bewußt den Begriffen *crime/délit* vorgezogen worden seien. Insbesondere *infraction* werde nicht selten als Oberbegriff für sämtliche Handlungen verwendet, die mit einer über den bloßen Schadensersatz hinausreichenden staatlichen Sanktion bedroht würden, ohne daß es auf ihre Qualifikation als Straftat oder als Ordnungswidrigkeit ankäme. Darüber hinaus sei eine Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs.1 *lit.* b Alternative 2 EMRK auch zulässig zur Erzwingung der Erfüllung einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung. Es müsse sich allerdings nach der Rechtsprechung des EuGMR um die Erfüllung einer spezifischen und konkreten Pflicht handeln, der der Betroffene bislang nicht nachgekommen sei. Es genüge nicht, daß er dazu angehalten werden solle, in irgendeiner Frage seiner allgemeinen Gehorsamspflicht gegenüber dem Gesetz nachzukommen. Als Beispiel hierfür nannte der Gerichtshof die von dem EuGMR angenommene Pflicht, den Wehrdienst zu leisten, sowie die von der Kommission bejahte Pflicht, die eigene Identitätsfeststellung zuzulassen. Weiterhin würden im Schrifttum z.B. die Duldung gewisser strafprozessualer Ermittlungshandlungen, die Duldung von Vollstreckungsmaßnahmen oder der Schutzgewahrsam gegen den Willen des zu Schützenden angeführt. Das Sächsische VerfGH führte aus, die Rechtsprechung der Kommission und des EuGMR stünden einer solchen Sichtweise nicht entgegen, insbesondere begründeten sie keine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf Regelungen im Zusammenhang mit der Rechtspflege. Insofern ergäben sich keine Bedenken hinsichtlich des Gewahrsams nach §22 Abs.1 Nr.2 und 3 des Sächsischen PolG. Dies gelte ebenso für §22 Abs.1 Nr.4, weil diese Bestimmung sich auf eine auf einem Gesetz beruhende und durch Verwaltungsakt konkretisierte Pflicht des Betroffenen beziehe. Vergleichbares gelte auch für §22 Abs.1 Nr.1 Sächsisches PolG, denn auch bei einer Störung oder einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit gehe es um die Abwehr der Verletzung konkreter, von der Rechtsordnung auferlegter Pflichten. Insoweit hielt der Sächsische VerfGH das Sächsische PolG für mit der EMRK vereinbar.

53. Das OLG Frankfurt stellte mit Beschluß vom 5.11.1996 (20 W 352/96 = NVwZ-Beilage 2/1997, 16) fest, daß die Unterbringung eines Asylsuchenden gegen seinen Willen auf dem Gelände des Rhein-Main Flughafens eine nicht auf richterliche Anordnung beruhende Freiheitsentziehung i.S.d. des Freiheitsentziehungsgesetzes darstelle. Zur Begründung führte das Gericht aus, die körperlich-räumliche Bewegungsfreiheit des Asylsuchenden werde hiermit durch staatliche Maßnahmen entzogen. Deshalb dürfe die Ausländerbehörde einen betroffenen Ausländer, dessen Zurückweisung sie nicht ohne Verzögerung vollziehen könne,

gegen seinen Willen nicht ohne richterliche Anordnung einer Freiheitsentziehung auf dem Gelände des Flughafens unterbringen. Jede andere Sicht würde den betroffenen Ausländer rechtlos stellen und auch Art. 5 Abs.1 Satz 2 *lit. f*, Abs.4 EMRK widersprechen.<sup>73</sup>

54. Das VG Frankfurt/M. entschied mit Beschluß vom 12.8.1996 (5 G 50448/96.A (2) = NVwZ-Beilage 10/1996, 76 ff.), daß ein über 19 Tage hinausgehendes Verweilen eines abgelehnten Asylbewerbers im Transitbereich eines Flughafens verfassungsrechtlich nicht mehr hinzunehmen sei und eine Freiheitsentziehung darstelle, die mit Art. 5 Abs.1 Satz 2 *lit. f* EMRK nicht zu vereinbaren sei. Gegenstand des Verfahrens war der Fall afghanischer Staatsangehöriger, die in Deutschland vergeblich um Asyl nachgesucht hatten. Nachdem die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland verweigert worden und eine Zurückweisung in den Ausgangsstaat nicht erfolgreich war, wurden die Personen wieder für längere Zeit im Transitbereich des Frankfurter Flughafens untergebracht. Das Gericht kam zu dem Schluß, daß die Einreise der Antragsteller u. a. deswegen zu gestatten sei, weil ihr weiteres Verbleiben im Transitbereich eine unzulässige Freiheitsentziehung nach Art. 5 EMRK bedeuten würde. Zwar habe das BVerfG in seinem Urteil vom 14.5.1996 [41] entschieden, daß die Unterbringung von Asylsuchenden während des Verfahrens nach § 18 a AsylVfG in den hierfür vorgesehenen Räumen im Transitbereich eines Flughafens keine Freiheitsentziehung oder -beschränkung darstelle, doch beziehe sich diese Entscheidung auf die Unterbringung während des Asylverfahrens selbst. Eine Aussage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein nach ablehnender gerichtlicher Eilentscheidung anstehendes Verbleiben im Transitbereich wegen mangelnder Rückführungsmöglichkeiten in eine Freiheitsentziehung bzw. -beschränkung i.S.d. Art. 104 GG umzuschlagen vermöge, lasse sich der genannten Entscheidung des BVerfG nicht entnehmen. Somit deute einiges darauf hin, daß ein Verbleiben von Asylsuchenden im Transitbereich eines Flughafens über 19 Tage hinaus verfassungsrechtlich nicht mehr hinzunehmen sei. Doch müsse diese Frage, so das Gericht, nicht abschließend geklärt werden, da das weitere Verbleiben der Antragsteller im Transitbereich des Frankfurter Flughafens sich mit Art. 5 Abs.1 Satz 2 *lit. f* EMRK als unvereinbar darstelle. Nach dieser Vorschrift dürfe die Freiheit eines Menschen nur auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege entzogen werden, "wenn er rechtmäßig festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird, weil er daran gehindert werden soll, unberechtigt in das Staatsgebiet einzudringen oder weil er von einem gegen ihn schwebenden Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren betroffen ist". Weiterhin zitierte das Gericht die Entscheidung *Amuur* des EuGMR<sup>74</sup>, in dem der Gerichtshof festgestellt hatte, daß das Festhalten eines Asylbewerbers in der Transitzone eines Flughafens praktisch einer Freiheitsentziehung gleichkomme und diese bei einer Dauer von über 20 Tagen ohne gerichtliche Überprüfung eine Verletzung des Art. 5 Abs.1 EMRK darstelle. Unter Anwendung dieses Grundsatzes kam das VG zu

<sup>73</sup> Vgl. hierzu aber auch die Entscheidung des BVerfG vom 14.5.1996 [39].

<sup>74</sup> Urteil vom 25.6.1996, Rs. 17/1995/523/609, NVwZ 1997, 1102 ff.

dem Schluß, daß auch in diesem Fall von einer Verletzung des Art. 5 Abs.1 EMRK auszugehen sei. Es mangle an einer gesetzlichen Grundlage, das weitere Verbleiben der Antragsteller im Transitbereich des Frankfurter Flughafens anzuordnen. Der Umstand, daß ausreisepflichtige Asylbewerber unter den Voraussetzungen des §57 AuslG über längere Zeiträume in Abschiebehaft genommen werden könnten, könne keine Rolle spielen. Dazu fehle es hier an der richterlichen Anordnung durch den Haftrichter. Im übrigen könne eine Übertragung des Rechtsgedankens betreffend die Dauer der Abschiebehaft auf die Dauer des Aufenthalts im Transitbereich eines Flughafens den strengen Formerfordernissen des Art. 104 Abs.1 GG und des Art. 5 EMRK nicht genügen. Darüber hinaus sei die Bundesrepublik Deutschland aufgrund Art. 5 Abs.4 EMRK verpflichtet, den Antragstellern die Möglichkeit einzuräumen, von einem Gericht unverzüglich die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung überprüfen und im Falle der Widerrechtlichkeit die Entlassung anordnen zu lassen. Auch insoweit, so das VG, fehle es derzeit an einer gesetzlichen Umsetzung der sich aus Art. 5 Abs.1 Satz 2 *lit. f*, Abs.4 EMRK ergebenden völkerrechtlichen Verpflichtung.

*c) Verfahrensdauer (Art. 6 Abs.1 EMRK)*

55. Der BGH verfügte mit Beschluß vom 26.6.1996 (3 StR 199/95 = NJW 1996, 2739f. = BB 1966, 2167f. = NStZ 1996, 506) die Einstellung eines Strafverfahrens wegen der vorsätzlichen Herbeiführung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft wegen überlanger Verfahrensdauer. Die Begehung der Tat war Ende März 1983 beendet, woraufhin am 11.4.1983 der Angeklagte eine Selbstanzeige erstattet hatte. Die Anklage wurde mit Beschluß vom 11.12.1991 zugelassen, die Hauptverhandlung erstreckte sich bis zum 28.7.1994. Während dieser Zeit befand sich der Angeklagte jeweils für längere Zeit in Untersuchungshaft. Der Senat entschied, daß das am Ende dieser Hauptverhandlung stehende Urteil des LG keinen Bestand habe. Es sei in der Sache in vollem Umfang aufzuheben und zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des LG zurückzuverweisen. Dabei sei davon auszugehen, daß eine neuerliche Hauptverhandlung voraussichtlich nicht vor Ablauf von zwei bis drei Jahren abgeschlossen werden könne. Die Einstellungsverfügung begründete der BGH damit, daß – den außergewöhnlichen Umfang des Verfahrens und die daraus resultierende erhebliche Dauer für die Bearbeitung in den einzelnen Verfahrensabschnitten unterstellt – eine die Rechte des Angeklagten aus Art. 6 Abs.1 Satz 1 EMRK verletzende Verfahrensverzögerung für den Stillstand der Ermittlungen über einen Zeitraum von fast zwei Jahren festgestellt werden müsse. Hierbei habe es sich nicht lediglich um einen vorübergehenden Personalengpaß, sondern um einen andauernden Zustand struktureller Art gehandelt, der organisatorische Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden erfordert hätte. Diese Umstände und die erheblichen Belastungen des Angeklagten durch die Strafverfolgungsmaßnahmen rechtfertigten es im derzeitigen Zeitpunkt, die Schuld des Angeklagten als gering anzusehen und ein öffentliches Interesse an der weiteren Strafverfolgung zu verneinen. Dies gelte be-

sonders wegen der Verbüßung von jeweils mehr als einem Jahr Untersuchungshaft und der Beeinträchtigung durch die nachfolgenden Haftverschonungsbeschlüsse, für die eine Entschädigung nach dem Strafentschädigungsgesetz nicht gewährt werde, sowie wegen der finanziellen Belastungen des Angeklagten.

*d) Recht auf Familienleben (Art. 8 EMRK)*

56. Mit dem Verhältnis zwischen dem Schutzbereich des Art. 8 Abs.1 EMRK und dem Schutzbereich des Art. 6 GG hatte sich das Schleswig-Holsteinische OVG in seinem Urteil vom 30.4.1996 (4 L 62/95 = InfAuslR 1996, 258 ff.) auseinandersetzen<sup>75</sup>. Gegenstand des Verfahrens war das Begehren eines geschiedenen Vaters ausländischer Staatsangehörigkeit auf eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Zusammenlebens mit seiner Tochter, die ihrerseits im Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis für die Bundesrepublik war. Das OVG gab dem Antrag des Klägers statt und führte aus, dieser habe einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht aus innerstaatlichem Recht, jedoch aus Art. 8 EMRK. Nach innerstaatlichem Recht sei der Antrag an §17 Abs.1 AuslG zu messen, nach dem Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung zum Zwecke des Zusammenlebens mit Familienangehörigen das Bestehen einer familiären Lebensgemeinschaft sei. Das Gericht führte weiter aus, daß unter den Schutz des Art. 6 Abs.1 GG und damit in den Anwendungsbereich des §17 Abs.1 AuslG nur tatsächlich bestehende familiäre Lebensgemeinschaften fielen, also ein Zusammenleben der Familienangehörigen unerlässlich sei, während bloße Begegnungsgemeinschaften nicht geschützt seien. Um eine solche bloße Begegnungsgemeinschaft gehe es in dem Fall des Klägers im Umgang mit seiner Tochter. Die Rechtslage stelle sich jedoch anders dar, wenn die Regelungen des Art. 8 EMRK in die Betrachtung einbezogen würden. Nach der Entscheidungspraxis der Europäischen Menschenrechtskommission und der Rechtsprechung des EuGMR entstehe zwischen Eltern und Kindern bereits durch die Geburt eine Familie i.S.d. Art. 8 Abs.1 EMRK. Dabei sei es völlig unerheblich, ob die Eltern miteinander verheiratet seien oder nicht. Dies unterscheide den Art. 8 Abs.1 EMRK in seinem Anwendungsbereich beträchtlich von dem des Art. 6 Abs.1 GG, da das Zusammenleben zwischen Eltern und minderjährigen Kindern keine unabdingbare Voraussetzung für das Vorhandensein eines Familienlebens i.S.d. Art. 8 Abs.1 EMRK sei. Weiterhin führte das Gericht aus, Art. 8 Abs.1 EMRK gebe keinen Anspruch darauf, eine Aufenthaltserlaubnis für einen fremden Staat zu erhalten. Gleichwohl könne durch die Versagung der Aufenthaltserlaubnis eine Verletzung der Rechte aus Art. 8 Abs.1 EMRK vorliegen. So sei in den Fällen der Vater-Kind-Beziehung ein Eingriff in Art. 8 Abs.1 EMRK durch Verweigerung einer Aufenthaltsgenehmigung jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Vater den Kontakt zu dem Kind wolle, ihm dieser auch nicht durch zu respektierende Entscheidungen der Ge-

<sup>75</sup> Vgl. dazu auch die unter Kap. VI dargestellten Entscheidungen im Rahmen des Fremdenrechts mit Bezug zu Art. 8 EMRK.

richte oder der Kindesmutter unmöglich gemacht werde und dem Kind nicht zuzumuten sei, dem Vater in sein Heimatland zu folgen. Schließlich sei dieser Eingriff in die Rechte aus Art. 8 Abs.1 EMRK nicht gerechtfertigt, insbesondere müsse angesichts der relativ geringen Wichtigkeit der öffentlichen Interessen an einer Ausreise des Klägers eine Abwägung zugunsten des Klägers und seines Familienlebens i.S.d. Art. 8 Abs.1 EMRK ausfallen.<sup>76</sup>

57. In einem Beschluß vom 3.6.1996 (4 T 29/96 = FamRZ 1997, 633 f.) wandte das LG Zweibrücken im Verfahren über Prozeßkostenhilfe die Art. 8 und 14 EMRK dahin gehend an, daß bei Beachtung dieser Bestimmungen ein Umgangsrecht eines nicht-ehelichen Vaters lediglich dann völlig zu versagen sei, wenn dies für die psychische Gesundheit des Kindes nötig und im übrigen verhältnismäßig sei. Das Gericht wies weiter darauf hin, daß unter den Schutzbereich des Art. 8 Abs.1 EMRK nicht-eheliche und eheliche Kinder und deren Eltern gleichermaßen fielen.

*e) Recht auf freie Meinungsäußerung/Versammlungsfreiheit (Art. 10, 11 EMRK)*

58. Das BAG hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob eine Kündigung wegen mangelnder persönlicher Eignung insbesondere im Hinblick auf Art. 10 EMRK rechtmäßig sei (Urteil vom 27.6.1996 – 8 AZR 1024/94 = NZA 1997, 258 ff. = DB 1996, 2183 ff.). Gegenstand des Verfahrens war die Kündigung eines Hochschuldozenten wegen mangelnder persönlicher Eignung, der zur Zeit der DDR jahrelang als SED-Funktionär tätig gewesen war. Dabei war er als SED-Gruppenorganisator, als Mitglied der SED-Kreisleitung sowie als Sekretär der Grundorganisation Mathematik tätig gewesen. Das BAG bestätigte die ausgesprochene Kündigung und wies auf die Geltung der in Anlage I zum Einigungsvertrag vereinbarten Regelungen für die Angehörigen des öffentlichen Dienstes zum Zeitpunkt des Beitritts der neuen Bundesländer hin. Hinsichtlich der mangelnden persönlichen Eignung als Kündigungsgrund führte das Gericht aus, diese sei eine der Person des Arbeitnehmers anhaftende Eigenschaft, die sich auch aus der bisherigen Lebensführung herausgebildet haben könne. Die persönliche Eignung eines Angestellten des öffentlichen Dienstes erfordere, daß er sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlich demokratischen Grundordnung i.S.d. des GG bekennen müsse. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung seien mindestens zu rechnen: die Achtung der im GG konkretisierten Menschenrechte, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien. Zwar sei ein Beschäftigter des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR nicht schon deshalb ungeeignet, weil er nach den früheren gesetzlichen Bestimmungen bei der Verwirklichung der Staatsziele der DDR mitgewirkt habe. Eine mangelnde persönliche Eignung sei aber indiziert, wenn er sich in der Vergangenheit in besonderer

<sup>76</sup> Vgl. hierzu auch Röben (Anm. 1), [77] und [78].

Weise mit den Zielsetzungen der SED identifiziert habe. Dies sei anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer nicht nur kurzfristig Funktionen wahrgenommen habe, aufgrund derer er in hervorgehobener Position oder überwiegend an der ideologischen Umsetzung der Ziele der SED mitgewirkt habe. Eine Kündigung aus diesem Grund verstoße auch nicht gegen Art. 10 EMRK, der die Freiheit der Meinungsäußerung garantiere. Die mangelnde Eignung eines Beschäftigten des öffentlichen Dienstes i.S.d. Bestimmung des Einigungsvertrages werde nicht aus der früheren und eventuell aufrechterhaltenen politischen Meinung des Beschäftigten, sondern aus der durch die Ausübung einer hervorgehobenen Funktion indizierten Ablehnung der Ziele einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung hergeleitet. Damit unterfalle eine auf Abs. 4 Ziff. 1 Einigungsvertrag gestützte ordentliche Kündigung, wie im vorliegenden Fall, nicht dem Anwendungsbereich des Art. 10 EMRK. Mit der gleichen Begründung lehnte das Gericht einen Verstoß gegen das ILO-Übereinkommen Nr.111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25.6.1958<sup>77</sup> ab.

59. Mit dieser Problematik hatte sich auch das LAG Chemnitz im Urteil vom 24.1.1996 (2 Sa 977/95 = NJ 1996, 389f.) zu befassen. Dabei kam es in dem zu entscheidenden Fall zu dem Ergebnis, daß die ausgesprochene Kündigung nicht wirksam sei, da sie u.a. gegen die Rechte aus Art. 10 und 11 EMRK verstoße. Grundlage dieses Verfahrens war die Kündigung einer Lehrerin, die zur Zeit der DDR als ehrenamtliche Parteisekretärin für die SED tätig gewesen war. Das Gericht führte zur Begründung aus, daß allein die Innehabung einer Funktion innerhalb der SED nicht ausreichend sei, um als ungeeignet für den Beruf der Lehrerin zu gelten. Außerdem sei im Falle der Klägerin unstreitig, daß diese im Rahmen der SED lediglich rein formale Funktionen wahrgenommen habe. Unabhängig von diesen Gründen ergebe sich die Unwirksamkeit der Kündigung jedenfalls auch daraus, daß diese gegen eine bindende Entscheidung des EuGMR auf der Grundlage der EMRK i.V.m. dem deutschen Verfassungsrecht verstoße. Dabei bezog sich das Landesarbeitsgericht auf die Entscheidung des EuGMR *Vogt/Deutschland*<sup>78</sup>, nach der die in der EMRK enthaltenen Garantien grundsätzlich auch für Beamte gelten. Danach könne die Entlassung eines Beamten aus seinem Dienstverhältnis wegen seiner Mitgliedschaft in einer als verfassungsfeindlich eingestuften Partei ein Eingriff in die Ausübung der Rechte des Betroffenen aus Art. 10 EMRK und aus Art. 11 EMRK sein. Zwar entfalteten die Urteile des EuGMR keine unmittelbare innerstaatliche Wirkung, doch sei der betroffene Staat verpflichtet, sich nach den Entscheidungen des Gerichtshofs zu richten. Allein aus diesem Grund sei die Tatsache, daß die Klägerin Mitglied der SED gewesen sei, nicht ausreichend, um eine Kündigung aus mangelnder persönlicher Eignung zu rechtfertigen. Dabei sei nicht allein auf die Bekleidung bestimmter Funktionen in der DDR abzuheben, vielmehr müsse das innere dienstliche Verhalten der Gekündigten sowie eine gegebenenfalls nach dem Zusammenbruch des SED-Regimes

<sup>77</sup> BGBl. 1961 II, 98ff.

<sup>78</sup> NJW 1996, 375.

erfolgte Hinwendung zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung berücksichtigt werden.

*f) Freizügigkeit (Art. 2 Protokoll Nr. 4 zur EMRK)*

60. Mit Urteil vom 19.3.1996 (1 C 34/93 = BVerwGE 100, 335 ff. = DVBl. 1997, 165 ff. = NVwZ-RR 1997, 317 ff. = InfAuslR 1996, 392 ff. = DÖV 1997, 161 ff.) entschied das BVerwG, daß die räumliche Beschränkung einer Aufenthaltsbefugnis nach § 12 Abs. 1 Satz 2 AuslG nicht gegen Art. 2 des Protokolls Nr. 4 EMRK verstoße. Antragsteller waren abgelehnte Asylbewerber, die eine Duldung erhalten hatten und von der Sozialhilfe lebten. Sie beehrten die Aufhebung der räumlichen Beschränkung ihrer Aufenthaltsbefugnis auf das Land Baden-Württemberg. Das Gericht entschied, daß die angefochtene räumliche Beschränkung sich innerhalb der Grenzen des durch § 12 Abs. 1 Satz 2 AuslG eingeräumten Ermessens halte. Zwar müsse für die räumliche Beschränkung der Aufenthaltsbefugnis ein besonderes öffentliches Interesse bestehen. Dieses sei jedoch darin zu sehen, daß eine Verlagerung von Sozialhilfelasten auf andere Bundesländer durch Binnenwanderungen vermieden werden solle. Zugleich könne durch eine derartige Regelung der mißbräuchlichen (mehrfachen) Inanspruchnahme von Sozialhilfe vorgebeugt werden. Die auf dieser Grundlage erfolgte Abwägung habe auch die privaten Interessen der Antragsteller ausreichend berücksichtigt. Außerdem sei die räumliche Beschränkung der Aufenthaltsbefugnisse der Kläger verhältnismäßig. Schließlich verstoße die Beschränkung nicht gegen Art. 2 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK. Nach dieser Bestimmung habe jedermann, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhalte, das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen. Der Aufenthalt der Kläger, so das Gericht, sei nur insoweit rechtmäßig i.S.d. Bestimmung des Protokolls, als sie sich in den Grenzen hielten, die ihre Aufenthaltsbefugnis vorsehe. Ihr rechtmäßiger Aufenthalt sei auf das Land Baden-Württemberg räumlich beschränkt. Auch Art. 2 des Protokolls Nr. 4 erweitere dieses Recht nicht. Darüber hinaus ergäben sich für die Kläger auch keine weitergehenden Rechte aus Art. 12 Abs. 1 und 3 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte.

2. Genfer Flüchtlingskonvention

61. Das BVerwG hatte sich in einem Verfahren zum Abschiebungsschutz von Kontingentflüchtlings mit der Frage auseinanderzusetzen, unter welchen Voraussetzungen der Status eines Kontingentflüchtlings erlöschen kann (Urteil vom 27.2.1996 – 9 C 145/95 = InfAuslR 1996, 322 = VBlBW 1996, 255). Gegenstand des Verfahrens war die rechtliche Prüfung eines Widerrufs der Asylanerkennung von albanischen Botschaftsflüchtlings, die als Kontingentflüchtlings eingestuft wurden. Das Gericht führte aus, daß nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 AsylVfG das Gesetz nicht für Ausländer i.S.d. Kontingentflüchtlingsgesetzes gelte. Diese seien nach § 1 des Gesetzes Ausländer, die im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen von der Bun-

desrepublik Deutschland aufgrund der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vor der Einreise oder aufgrund einer Übernahmeerklärung nach §33 Abs.1 AuslG in den Geltungsbereich des Gesetzes aufgenommen worden seien. Ein solcher Ausländer genieße die Rechtsstellung nach den Art. 2–34 der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK). Hinsichtlich des Erlöschenstatbestandes des jeweiligen Status führte das Gericht weiter aus, daß sich die Rechtsstellungen eines Asylberechtigten und eines nach der GFK anerkannten Flüchtlings unterschieden. Ein Ausländer, der eine Verfolgungssituation oder ein Flüchtlingsschicksal erlitten habe und als Kontingentflüchtling aufgenommen worden sei, behalte diese Eigenschaft und die durch sie vermittelte Rechtsstellung nach Art. 2–34 der GFK, auch wenn die seine Verfolgung und sein Flüchtlingsschicksal begründenden Umstände ihr Ende gefunden hätten. Hingegen würden die originär durch Art. 1 GFK erworbene Rechtsstellung kraft Gesetzes und die Anerkennung als Asylberechtigter aufgrund gesetzlich vorgeschriebenen Widerrufs enden. Die albanischen Botschaftsflüchtlinge seien erklärtermaßen nur vorübergehend und nicht auf Dauer aufgenommen worden. Jedoch bedürfe es hinsichtlich der vorübergehenden Aufnahme einer rechtlich verbindlichen Verlautbarung des Bundesministers des Innern. Ob eine solche im vorliegenden Fall vorliege, sei noch nicht hinreichend geklärt, weshalb der Fall an die Vorinstanz zurückverwiesen werde.

62. Das OVG Nordrhein-Westfalen entschied mit Beschluß vom 11.11.1996 (8 B 2261/96 = InfAuslR 1997, 37), daß ein Asylberechtigter unter denselben Voraussetzungen wie ein deutscher Staatsangehöriger Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt einschließlich der Kosten einer angemessenen Unterkunft habe. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Vertragsstaaten seien nach der GFK verpflichtet, den Flüchtlingen, die sich rechtmäßig in ihrem Staatsgebiet aufhielten, auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge und sonstigen Hilfeleistungen die gleiche Behandlung wie ihren eigenen Staatsangehörigen zu gewähren, Art. 23 GFK.<sup>79</sup> Handle es sich nicht um einen Asylantragsteller, sondern um einen Asylberechtigten, so gelte die Regelung der GFK, da sich die Rechtsstellung eines Asylberechtigten nach §2 AsylVfG aus den Regelungen dieser Konvention ergebe.

63. In einem Urteil vom 19.1.1996 entschied das Freiburger VG, daß die Unterbringung von Asylbewerbern während des Asylverfahrens in Gemeinschaftsunterkünften nicht gegen das GG oder die GFK verstoße (A 2 K 10233/96 = VBfBW 1997, 112 ff. = NVwZ-Beilage 2/1997, 15). Nach einer detaillierten Auseinandersetzung mit den Verhältnissen in Gemeinschaftsunterkünften für Asylbewerber kam das Gericht zu dem Schluß, daß eine solche Unterbringung während des Asylverfahrens nicht gegen höherrangiges Recht verstoße, wenn die Asylbewerber nicht gezwungen seien, sich ausschließlich in dem gemeinschaftlichen Wohnraum aufzuhalten, ihnen also auch andere Räume zur Benutzung und zum Aufenthalt zur Verfügung stünden und sie das Recht hätten, sich auch in der Umgebung der Unterkunft aufzuhalten. Durch eine solche Regelung werde auch nicht das Recht aus Art. 21 GFK, der die schlechtere Behandlung politischer Flüchtlinge bei der

<sup>79</sup> Vgl. hierzu auch Beschluß des VG Köln vom 30.5.1996, [2].

Wohnversorgung gegenüber sonstigen Ausländern grundsätzlich verbiete, verletzt.

### 3. Konvention über die Rechte des Kindes

64. Im Rahmen einer Entscheidung über das eigenständige Aufenthaltsrecht einer ausländischen Ehefrau und Mutter, deren Partner in Deutschland eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis innehat, prüfte das BVerwG auch die Konvention über die Rechte des Kindes als Anspruchsgrundlage für ein solches Aufenthaltsrecht (Urteil vom 11.6.1996 – 1 C 19/93 = BVerwGE 101, 236 ff. = NVwZ 1997, 295 ff. = DVBl. 1997, 168 ff. = DÖV 1997, 388). Das Gericht führte aus, nach Art. 10 Abs. 1 der Konvention über die Rechte des Kindes<sup>80</sup> seien die von einem Kind oder seinen Eltern zwecks Familienzusammenführung gestellten Anträge auf Einreise in einen Vertragsstaat wohlwollend, human und beschleunigt zu bearbeiten. Es sei zu gewährleisten, daß die Stellung eines solchen Antrags keine nachteiligen Folgen für den Antragsteller oder seine Familienangehörigen habe. Das Gericht kam jedoch zu dem Schluß, daß sich aus dieser Bestimmung kein Rechtsanspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis ergebe, sondern allenfalls das Gebot, von einem nach innerstaatlichem Recht gegebenem Ermessen wohlwollend Gebrauch zu machen.<sup>81</sup>

## X. Europäische Gemeinschaften

### 1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

#### a) Unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien

65. Mit dem Kommunalwahlrecht für EG-Angehörige hatte sich der Baden-Württembergische VGH in seinem Urteil vom 25.3.1996 (1 S 386/96 = BWVP 1996, 208) auseinandersetzen. Dabei lehnte der VGH einen Anspruch auf das Kommunalwahlrecht für EG-Angehörige direkt aus der deutschen Verfassung, Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG, sowie aus der Richtlinie des Rates vom 19.12.1994<sup>82</sup>, ab. Der VGH führte aus, ein solcher Anspruch bedürfe der Regelung durch ein Landesgesetz, welches das Wahlrecht der Unionsbürger konkretisiere. Hinsichtlich einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinien stellte der VGH fest, daß eine solche nicht in Betracht komme, solange die Frist zur Umsetzung durch die Mitgliedstaaten noch nicht abgelaufen sei. Da der zu entscheidende Fall für die fraglichen Wahlen noch vor Ablauf der Umsetzungsfrist und vor Inkrafttreten des entsprechenden Landesgesetzes lag, lehnte der Gerichtshof ein Wahlrecht für EG-Angehörige für die betreffende Wahl ab.

66. In einem Verfahren über das Bestehen von Mitbestimmungsrechten im Zusammenhang mit der Errichtung von Bildschirmarbeitsplätzen und der Tätigkeit

<sup>80</sup> Vom 20.11.1989, BGBl. 1992 II, 122 ff.

<sup>81</sup> Vgl. zur Berücksichtigung die Konvention über die Rechte des Kindes bei Abschiebungen, Röben (Anm. 1), [81].

<sup>82</sup> Richtlinie 94/80/EG des Rates, Abl. L 368/38.

an diesen Arbeitsplätzen entschied das BAG mit Beschluß vom 2.4.1996 (1 ABR 47/95 = BB 1997, 1259 = NZA 1996, 998 ff. = EuZW 1997, 160), daß die EG-Bildschirmrichtlinie (90/270/EWG) nur ihre Adressaten, die Mitgliedstaaten, verpflichte. Das BAG führte dazu aus, im Verhältnis zu den Arbeitnehmern komme eine unmittelbare Anwendung von Bestimmungen einer Richtlinie nicht in Betracht. Doch könnten sich nach ständiger Rechtsprechung des EuGH staatliche Stellen in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber gegenüber ihren Arbeitnehmern nicht darauf berufen, daß eine Richtlinie nicht oder nur mangelhaft umgesetzt worden sei. Sie müßten sich vielmehr so behandeln lassen, als seien die Vorschriften einer Richtlinie, die hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und Rechtsfolgen hinreichend bestimmt sei, ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt worden. Weiter führte das Gericht aus, die Richtlinie entfalte eine mittelbare Wirkung insoweit, als § 120 a Gewerbeordnung (GewO) eine gesetzliche Vorschrift i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 7 Betriebsverfassungsgesetz sei, die bei gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung im Lichte der Bildschirmrichtlinie eine Rahmenregelung für die Unterbrechung von Bildschirmarbeit enthalte. § 120 a Abs. 1 GewO enthalte eine arbeitschutzrechtliche Generalklausel, die den Arbeitgeber u. a. verpflichte, den Betrieb so zu regeln, daß der Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit so weit geschützt sei, wie die Natur des Betriebes es gestatte. Bezugnehmend auf die Rechtsprechung des EuGH führte das Gericht weiter aus, daß ein nationales Gericht die Auslegung innerstaatlichen Rechts so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck einschlägiger Richtlinien auszurichten habe, um das mit den Richtlinien verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Art. 189 Abs. 3 EGV zu genügen. Dieser Grundsatz folge aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht und sei insoweit mit dem deutschen Verfassungsrecht vereinbar. Weiterhin wies das Gericht darauf hin, daß eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung immer bestehe, wenn die Frist zur Umsetzung der betreffenden Richtlinie abgelaufen sei. Eine solche Auslegung sei selbst dann vorzunehmen, wenn das auszuliegende nationale Recht älter sei als die Richtlinie selbst. Das nationale Recht müsse die richtlinienkonforme Auslegung lediglich zulassen. Im zu prüfenden Fall heiße dies, daß die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung von § 120 a Abs. 1 GewO dazu führe, daß die in Art. 7 Bildschirmrichtlinie vorgesehene Verpflichtung des Arbeitgebers zur Organisation der Bildschirmarbeit Bestandteil seiner Pflicht werde, den Betrieb so zu regeln, daß die Arbeitnehmer gegen Gesundheitsgefahren geschützt würden. Jedoch lasse die Verpflichtung der Arbeitgeber, auf der Grundlage einer richtlinienkonformen Anwendung bei der Organisation der Arbeit für Unterbrechungen der Bildschirmtätigkeit zu sorgen, einen gewissen Spielraum hinsichtlich der Erfüllung dieser Verpflichtung zu. Dies gelte jedenfalls, bis der nationale Gesetzgeber diesen Spielraum nicht in einer bestimmten Hinsicht konkretisiere.

67. Im Rahmen der Überprüfung eines Planungsverfahrens hinsichtlich des Baus einer Bundesstraße prüfte der VGH München im Urteil vom 14.6.1996 (8 A 40125/40129/94 = NuR 1997, 45 ff.) die Anwendbarkeit und Voraussetzungen der Europäischen Vogelschutzrichtlinie (79/409 EWG) i.V.m. der Europäischen Flora-

Fauna-Habitat-Richtlinie (92/43/EWG).<sup>83</sup> Dabei kam der VGH zu dem Ergebnis, daß die Planfeststellung nicht gegen europäische Vogelschutzvorschriften verstoße. Zunächst stellte der Gerichtshof fest, daß die Umsetzungsfrist für die einander ergänzenden Richtlinien bereits im Sommer 1994 abgelaufen war. Das Gericht klärte jedoch nicht die Frage, ob sich ein einzelner gegenüber dem Staat deshalb auf diese Richtlinien berufen könne – weil sie inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erschienen und vom Mitgliedstaat nicht fristgemäß oder unrichtig in nationales Recht umgesetzt worden seien –, sondern prüfte die sachlichen Voraussetzungen der jeweiligen Richtlinien. Dabei stellte das Gericht fest, daß eine Verpflichtung zur Erhaltung wildlebender Vogelarten nach den jeweiligen Richtlinien nur unter der Voraussetzung zur Anwendung komme, daß der jeweilige Mitgliedstaat das im Streit befindliche Gebiet nach den Bestimmungen der Richtlinien zu einem besonderen Schutzgebiet erklärt bzw. ein solches Schutzgebiet anerkannt habe.<sup>84</sup> Ohne ein derartiges aktives Tätigwerden des einzelnen Mitgliedstaates seien daher die Verpflichtungen der Vogelschutzrichtlinie nicht einschlägig.

*b) Anwendung und Auslegung von Richtlinien*

68. Mit Urteil vom 6.12.1996 entschied das BVerwG (7 C 64/95 = UPR 1997, 109ff. = NVwZ 1997, 494ff. = NJW 1997, 753ff. = GewArch 1997, 260ff.) über den Umfang des Anspruchs auf Umweltinformationen i.S.d. Umweltinformationsgesetzes (UIG) i.V.m. der Umweltinformationsrichtlinie (90/313/EWG; UIR).<sup>85</sup> Das Gericht stellte fest, nach §4 Abs.1 Satz 1 UIG habe jeder Bürger einen Anspruch auf freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, die bei einer Behörde oder einer Person des Privatrechts i.S.d. Umwelt- und Informationsgesetzes vorhanden seien. Auf einen entsprechenden Antrag könne die Behörde Auskunft erteilen, Akteneinsicht gewähren oder Informationsträger in sonstiger Weise zur Verfügung stellen. Über die Auswahl der Art und Weise des Informationszuganges habe die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Die Einräumung dieses Auswahlermessens solle der Behörde insbesondere die Möglichkeit erhalten, den Verwaltungsaufwand zu berücksichtigen, den eine bestimmte Art und Weise des Informationszuganges hervorrufe. Weiterhin stellte das Gericht fest, die Einräumung des Auswahlermessens sei mit der UIR vereinbar. Auch diese schreibe kein Wahlrecht des Antragstellers i.S. eines strikten Rechtsanspruches vor. Dies ergebe sich mit der erforderlichen Deutlichkeit aus der Richtlinie, so daß es der Anrufung des EuGH nicht bedürfe. Das der Behörde in §4 Abs.1 Satz 2 UIG eingeräumte Ermessen sei unter Beachtung der von der Richtlinie verfolgten Ziele auszuüben. Die Richtlinie wolle für jeden Antragsteller den Informationszugang rechtlich möglichst uneingeschränkt und

<sup>83</sup> Vgl. hierzu auch die Anmerkung von Louis, NuR 1997, 361ff., der das Urteil des VGH für nicht mit den Regelungen der Vogelschutz- und Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie vereinbar hält.

<sup>84</sup> So auch VGH München im Urteil vom 14.6.1996 (8 A 40125/94 = NuR 1997, 361ff.).

<sup>85</sup> Vgl. auch Röben (Anm. 1), [100] und [101].

faktisch möglichst ungehindert gewährleisten. Damit solle ein Beitrag zur Kontrolle der Verwaltung, zur Schärfung des Umweltbewußtseins und damit verbunden zur Effektivierung der von den Mitgliedstaaten fortzusetzenden Umweltpolitik der Europäischen Union geleistet werden. Diese Zielsetzung der Richtlinie begründe nicht nur einen Anspruch des Antragstellers auf fehlerfreie Ermessensausübung, sondern stelle überdies in ermessensbindender Weise die inhaltlichen Maßstäbe bereit, an denen sich die Auswahl des Informationsmittels orientieren müsse. Da der Anspruch auf Information materiell uneingeschränkt sei, dürften die Ermessenserwägungen nicht zu dem Ergebnis führen, daß die von der Behörde gewährte Information diesen Anspruch nicht oder nur unzulänglich erfülle.

69. Über die Notwendigkeit der Durchführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen (UVP) in vorgelagerten Verfahren zur Bestimmung des Standortes von Abfallentsorgungsanlagen hatte das BVerwG in seinem Beschluß vom 14.5.1996 (7 NB 3/95 = NVwZ 1997, 494 ff. = DVBl. 1997, 48 ff. = DÖV 1996, 916 ff. = UPR 1996, 444 ff.) zu befinden. Gegenstand des Verfahrens war ein Normenkontrollantrag bezüglich der Verbindlichkeitserklärung eines Standortes für eine Abfallentsorgungsanlage, für die im vorgelagerten Verfahren keine Umweltverträglichkeitsprüfung vorgenommen worden war. Das BVerwG entschied, daß nach § 2 Abs. 3 Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz (UVPG) bei der Aufstellung eines Abfallentsorgungsplanes auch dann keine Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestehe, wenn nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AbfallG Grundstücksgenaue Standorte für neue Abfallentsorgungsanlagen festgelegt und für verbindlich erklärt würden. Weiterhin kam das Gericht zu dem Schluß, daß auch Art. 2 Abs. 1 Satz 1 Umweltverträglichkeitsprüfungsrichtlinie (85/337/EWG) nicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung in einem vorgelagerten Verfahren verpflichte, wenn in diesem Verfahren der Standort einer Abfallentsorgungsanlage festgelegt werde, welcher dann Gegenstand der nachfolgenden Zulassungsentscheidung sei. Dies ergebe sich zweifelsfrei aus der Richtlinie, so daß es einer Vorlage an den EuGH nicht bedürfe. Das Gericht führte zur Begründung aus, nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie bezögen sich die Umweltverträglichkeitsprüfungen auf solche öffentlichen und privaten Projekte, von denen möglicherweise schädliche Umweltauswirkungen ausgingen. Andere staatliche Handlungsformen wie Programme oder Pläne, aber auch planerische Vorstufen eines konkreten Projektes seien nicht aufgeführt. Somit verlange die Richtlinie lediglich, daß das konkrete zu genehmigende Vorhaben erst dann zugelassen werden dürfe, wenn seine Umweltverträglichkeit zuvor anhand der von der Richtlinie aufgestellten Maßstäbe untersucht worden sei. Die Einzelheiten der Umsetzung dieser Verpflichtung blieben dem nationalen Recht vorbehalten, insbesondere seien durch die Richtlinie keine Anforderungen an die materiell-rechtliche Abwägung geschaffen oder verschärft worden.<sup>86</sup> Der nationale Gesetzgeber könne die UVP erst

<sup>86</sup> Vgl. hierzu auch Urteil des BVerwG vom 21.3.1996 (4 C 19/94 = BVerwGE 100, 370 ff. = DVBl. 1996, 907 ff.).

auf der letzten Stufe vorsehen, sei aber auch nicht gehindert, diese zu einem früheren Zeitpunkt einzusetzen. Daß die Richtlinie den Mitgliedstaaten keine Verpflichtung zur Durchführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen in vorgelagerten Verfahren habe auflagen wollen, werde weiterhin durch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie bestätigt. Etwas anderes, so das Gericht, habe nur dann zu gelten, wenn die im vorgelagerten Verfahren ergehende Entscheidung rechtliche Bindungen erzeuge, die zu einer Begrenzung der UVP in einem abschließenden Zulassungsverfahren führten. Eine solche Verkürzung sei richtlinienwidrig, weil sicherzustellen sei, daß die Auswirkungen auf alle Schutzgüter i.S.d. Richtlinie im Ergebnis umfassend im Rahmen des Genehmigungsverfahrens berücksichtigt würden. Dies sei bei der Planung und Zulassung von Abfallentsorgungsanlagen gewährleistet, weil die verbindliche Feststellung eines Standortes im Abfallentsorgungsplan die Planfeststellungsbehörde nicht von der Pflicht entbinde, bei der Durchführung einer auf das jeweilige Vorhaben bezogenen vollständigen UVP sämtliche Zulassungsvoraussetzungen eigenständig zu prüfen und ggf. den Planfeststellungsantrag abzulehnen.

70. Über das Verhältnis der Umweltverträglichkeitsprüfungsrichtlinie (UVP-RL) vom 27.6.1985<sup>87</sup> mit dem nationalen Umweltrecht hatte sich das BVerwG in seinem Urteil vom 25.1.1996 (4 C 5/95 = NVwZ 1996, 788 ff. = DVBl. 1996, 677 ff.) zu befassen. Gegenstand des Verfahrens war die Anfechtung eines Planfeststellungsbeschlusses, der vor Inkrafttreten des deutschen UVPG, jedoch nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die UVP-RL erlassen worden war. Nach der Regelung des deutschen Gesetzes sollten derartige Fälle nicht von der Anwendbarkeit des UVPG erfaßt werden. Das BVerwG führte hierzu aus, diese gesetzgeberische Entscheidung lasse sich nicht durch eine richtlinienkonforme Auslegung in der Weise überspielen, daß mit dem UVPG gleichwohl ein Anwendungsbereich für solche Sachverhalte eröffnet werde, auf die es sich gerade nicht erstrecken sollte. Die Lücke, die dadurch entstanden sei, daß sich der gesetzliche Anwendungsbefehl nicht auf alle Zulassungsverfahren erstrecke, die nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie eingeleitet worden seien, sei vielmehr durch einen unmittelbaren Rückgriff auf die UVP-RL zu schließen. Dies gelte auch für eine noch nicht umgesetzte Richtlinie, soweit sie eine unbedingte Regelung treffe und hinsichtlich der Verpflichtungen hinreichend bestimmt sei. Diese Bedingungen erfülle die Umweltverträglichkeitsprüfungsrichtlinie. Jedoch habe das Umweltrecht durch die UVP-RL keine materielle Anreicherung erfahren. Die gemeinschaftsrechtliche Regelung enthalte sich materiell-rechtlicher Vorgaben und beschränke sich auf verfahrensrechtliche Anforderungen im Vorfeld der Sachentscheidung. Zu dieser werde ein Bezug nur insoweit hergestellt, als das Ergebnis der Umweltverträglichkeitsprüfung gemäß § 8 UVP-RL im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu berücksichtigen sei. Es werde aber keine Verpflichtung begründet, in den Mitgliedstaaten die Zulassungstatbestände materiell zu verschärfen. Damit unterscheide sich die UVP-RL deutlich von anderen Richtlinien, durch

<sup>87</sup> 85/337/EWG, ABl. L 175, 40.

die die Mitgliedstaaten mit Hilfe von Schutzstandards angehalten würden, konkrete Maßnahmen zum Schutz der Umwelt zu ergreifen. Hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Anforderungen der UVP-RL erkannte das BVerwG an, daß die Richtlinie vier Besonderheiten enthalte. Namentlich seien dies die Erweiterung des Kreises der Mitwirkungspflichten der Antragsteller, der Grundsatz der Frühzeitigkeit der Prüfung der Umweltauswirkungen, die Gewährleistung einer auf die Umweltauswirkungen zentrierten Vorprüfung unter Ausschluß der sonstigen Belange, die sich für oder gegen das Vorhaben ins Feld führen ließen, und ihr integrativer Ansatz. Damit trage die UVP-RL der Erkenntnis Rechnung, daß zwischen den Umweltfaktoren Zusammenhänge bestünden, die es in ihrem Wirkungsgefüge und Beziehungsgeflecht zu erfassen gelte; dies geschehe nicht, wenn die Wirkungen lediglich auf einzelne Schutzgüter subsumiert würden. Hierdurch habe die UVP-RL das Zulassungsverfahren in bis dahin nicht vorgeschriebener Weise strukturiert. Dies rechtfertige aber nicht den Schluß, daß ohne eine derartige Verfahrensgestaltung eine Entscheidung, die den Anforderungen des Abwägungsgebotes genüge, sich in aller Regel nicht treffen lasse. Für die Planungsbehörde sei die UVP als unselbständiger Teil des Planfeststellungsverfahrens ein eingeschobener formalisierter Zwischenschritt mit dem Ziel einer zunächst auf die Umweltbelange beschränkten Bewertung der Auswirkungen des Vorhabens im Rahmen der Abwägung aller Belange. Sie diene als wirkungsvolle Methode, die Umweltbelange in den Abwägungsprozeß einzuführen. Das heiße aber nicht, daß ein anderer Weg in jedem Fall ungeeignet sei, die Umweltauswirkungen mit gleichem Informationsgehalt in der Abwägung zur Geltung kommen zu lassen. Schließlich ersetze die UVP keine fehlenden Umweltstandards. Aus diesen Gründen kam das BVerwG zu dem Ergebnis, daß die Nichtdurchführung der UVP in dem gegebenen Fall nicht die Rechte des Antragstellers verletzt habe<sup>88</sup>.

## 2. Diskriminierungsverbot

### a) Arbeitnehmerfreizügigkeit

71. Mit Urteil vom 24.4.1996 (7 AZR 605/95 = NZA 1996, 1208 ff.) entschied das BAG, daß die Befristung von Arbeitsverträgen für Lektoren nach § 57 b Abs. 3 HSRG rechtswidrig ist, da dieser vereinbarte Befristungsgrund nicht im Einklang mit Art. 48 Abs. 2 EGV steht. Das Gericht führte zur Begründung aus, die Freizügigkeit nach Art. 48 Abs. 2 EGV umfasse die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer hinsichtlich der Arbeits- und Erwerbsbedingungen, die nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt sei. § 57 b Abs. 3 HRG widerspreche dem in Art. 48 Abs. 2 EGV normierten

<sup>88</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Beschluß des BVerwG vom 21.3.1996 (7 B 164/95 = NuR 1996, 522 ff. = UPR 1996, 306 ff. = DVBl. 1997, 78), das im Anschluß des Urteils des EuGH vom 11.8.1995 (Rs. C 431/92) feststellt, daß von einer Umweltverträglichkeitsprüfung abgesehen werden könne, wenn das Genehmigungsverfahren für das jeweilige Projekt bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Umweltverträglichkeitsprüfungsrichtlinie eingeleitet worden war.

Diskriminierungsverbot, weil die unterschiedlichen Anforderungen an den Befristungsgrund bei Lektoren gegenüber sonstigen Lehrkräften geeignet seien, ausländische Staatsangehörige zu diskriminieren<sup>89</sup>. Diese Ungleichbehandlung könne auch nicht durch das Erfordernis der Sicherung eines aktualitätsbezogenen Unterrichts gerechtfertigt werden. Einerseits sei die Gefahr, daß ein Lektor durch einen längeren Auslandsaufenthalt den Kontakt mit seiner Muttersprache verliere, gering zu schätzen. Andererseits sei nicht bewiesen, daß der Aktualitätsbezug des Unterrichts eines Fremdsprachenlektors bei einem längeren Aufenthalt in Deutschland nicht mehr gewährleistet sei. Somit liege keine sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Lektoren nach § 57 b Abs. 3 HRG vor.

72. Über die Anwendbarkeit des Art. 48 EGV sowie der Verordnung des Rates über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (1612/68/EWG) vom 15.10.1968 auf Arbeitsverhältnisse außerhalb des Gebietes der EG hatte das BAG in seinem Urteil vom 8.8.1996 (6 AZR 771/93 (A) = NZA 1997, 434 ff. = BB 1997, 997 f. = EuZW 1997, 351 f.) zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens war die Frage, ob die Klägerin als nicht-entsandte Beschäftigte belgischer Staatsangehörigkeit an der deutschen Botschaft in Algier einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit deutschen nicht-entsandten Botschaftsangestellten habe. Das BAG nahm einen solchen Anspruch der Klägerin unter Anwendung des Art. 48 Abs. 2 EGV und Art. 7 Abs. 1 und 4 der Verordnung 1612/68/EWG an. Nach diesen Bestimmungen seien Tarifverträge nichtig, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten seien, diskriminierende Bedingungen vorsähen oder zuließen. Dies gelte auch für den Tarifvertrag "Angestellte Ausland", soweit er nicht-entsandte Beschäftigte deutscher Botschaften in Drittländern, die Bürger anderer Mitgliedstaaten der EU seien, nicht in seinen Geltungsbereich einbeziehe. Grundsätzlich beschränke sich der Geltungsbereich des EGV und der Verordnung 1612/68/EWG auf das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten. Doch komme hier das Gemeinschaftsrecht trotzdem zur Anwendung. Zur Begründung führte das Gericht aus, zwar sei das Gebäude der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in Algerien, in dem das Arbeitsverhältnis der Klägerin durchgeführt werde, nach Art. 22 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen vom 18.4.1961<sup>90</sup> unverletzlich, doch gehöre es weiterhin zum Staatsgebiet des Empfangsstaates und nicht zu dem des Entsendestaates. Weiterhin bezog sich das BAG auf die Rechtsprechung des EuGH bezüglich beruflicher Tätigkeiten, die teilweise oder vorübergehend außerhalb des Hoheitsgebietes des Mitgliedstaates ausgeübt würden. Danach besäßen Personen, die diese Tätigkeiten ausübten, die Eigenschaft von im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates beschäftigten Arbeitnehmern, sofern das Arbeitsverhältnis einen räumlichen Bezug zum Gebiet der Gemeinschaft oder doch eine hinreichend enge Verbindung mit dem Gebiet aufweise. Hinsichtlich des zu entscheidenden Falles führte das Gericht aus, der Arbeitsvertrag der Klägerin sei nach dem Recht der Bundesrepublik

<sup>89</sup> Vgl. dazu BAG, Urteil vom 20.9.1995 – 7 AZR 249/94, unveröffentlicht.

<sup>90</sup> BGBl. 1964 II, 958 ff.

geschlossen. Weiterhin sei nach einer Klausel im Arbeitsvertrag als Gerichtsstand für alle sich aus dem Vertrag ergebenden Streitigkeiten zwischen den Parteien Bonn bzw. Berlin gewählt worden. Darüber hinaus gehöre die Klägerin auch hinsichtlich der Rentenversicherung dem deutschen Sozialversicherungssystem an. Auf Vorlage des BAG hatte der EuGH ausgeführt, daß das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gemäß Art. 48 Abs.2 EGV und Art. 7 Abs.1 und 4 der Verordnung 1612/68/EWG auf einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates hinsichtlich aller Aspekte des Arbeitsverhältnisses anwendbar sei, wenn dieser ständig in einem Drittland lebe und aufgrund eines dort geschlossenen und dauernd dort erfüllten Arbeitsvertrages von einem anderen Mitgliedstaat bei dessen Botschaft in diesem Drittland beschäftigt werde. Im Anschluß an diese Entscheidung bestätigte das BAG einen Anspruch der Klägerin auf Gleichbehandlung aus den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen.

73. Über die Voraussetzungen der Versagung einer Aufenthaltsverlängerung für eine arbeitslose EG-Bürgerin hatte das LSG Baden-Württemberg mit Urteil vom 2.10.1996 (L 5 Ar 2474/94 = InfAuslR 1997, 116) zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens war das Begehren der Klägerin, einer britischen Staatsangehörigen und Inhaberin einer Aufenthaltserlaubnis-EG, nach höherer Arbeitslosenhilfe. Im Vorwege hatte der deutsche Lebenspartner der Klägerin im Zuge des Verfahrens zur Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis-EG eine Verpflichtungserklärung abgegeben, wonach er während ihres Aufenthaltes für die Klägerin aufkomme. Das LSG nahm trotz dieser Erklärung eine Bedürftigkeit der Klägerin an. Insbesondere sei ohne diese Erklärung die Versagung der Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis-EG nicht zu befürchten gewesen. Zur Begründung führte das Gericht aus, das Aufenthaltsrecht von Bürgern der Gemeinschaft richte sich zunächst nach Gemeinschaftsrecht, insbesondere nach Art. 48 Abs.3 EGV sowie nach den von der Kommission erlassenen Verordnungen und Richtlinien. Das Ausländergesetz finde nur Anwendung, soweit das europäische Gemeinschaftsrecht und das Aufenthaltsgesetz/EWG keine abweichenden Bestimmungen enthielten. Eine Versagung der Aufenthaltserlaubnis-EG oder ihrer Verlängerung sei nach §12 Abs.1 Satz 1 Aufenthaltsgesetz/EWG nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit zulässig; überdies müsse der Ausländer durch sein persönliches Verhalten dazu Anlaß gegeben haben. Dies gelte auch, wenn der Arbeitnehmer unfreiwillig arbeitslos werde. Nach Art. 7 der Richtlinie 68/360/EWG könne eine gültige Aufenthaltserlaubnis einem Arbeitnehmer nicht allein deshalb entzogen werden, weil er unfreiwillig arbeitslos geworden sei. Aufgrund dieser Rechtslage könne die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis-EG der Klägerin nicht, auch nicht für den Fall einer Inanspruchnahme öffentlicher Mittel, abgelehnt werden.

#### *b) Niederlassungsfreiheit/Dienstleistungsfreiheit*

74. Über die zulässigen Einschränkungen des Niederlassungsrechts nach Art. 52 EGV hatte der BGH in seinem Beschluß vom 18.11.1996 (AnwZ (B) 28/96 = EWS

1997, 103 ff. = RIW 1997, 335 ff. = EuZW 1997, 282 ff.) zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens war das Begehren eines griechischen, in Hamburg ansässigen Anwalts, als Rechtsanwalt bei allen Amtsgerichten sowie an den Familiengerichten des Bezirks zugelassen zu werden. Der Antragsteller war Mitglied der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer, hatte jedoch die Eignungsprüfung nach dem Gesetz über die Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft vom 6.7.1990<sup>91</sup> nicht abgelegt. Der BGH bestätigte die ablehnende Entscheidung der Vorinstanz und stellte fest, daß die gesetzliche Regel, die die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft von der Befähigung zum Richteramt nach dem deutschen Richtergesetz bzw. der Eignungsprüfung nach dem Eignungsprüfungsgesetz abhängig mache, die Niederlassungsfreiheit des Antragstellers nicht in einer dem Gemeinschaftsrecht widersprechenden Art und Weise einschränke. Zur Begründung führte das Gericht aus, daß die Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Tätigkeit durch nationale Regelungen von der Beachtung bestimmter durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter Rechts- und Verwaltungsvorschriften, wie den Vorschriften über Organisation, Qualifikation, Standespflichten, Kontrolle und Haftung, abhängig gemacht werden könnten. Dabei bezog sich der BGH auf die Richtlinie des Rates vom 21.12.1988 (89/48/EWG) über die allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, wonach die Zulassung von einem Anpassungslehrgang oder einer Eignungsprüfung abhängig gemacht werden dürfe, wenn sich die bisherige Ausbildung auf Fächer beziehe, die sich wesentlich von denen unterscheiden, die von dem Diplom abgedeckt würden, das in dem Aufnahmestaat vorgeschrieben sei. Der BGH stellte fest, daß diese Voraussetzungen bei dem Abschluß des Antragstellers im griechischen Recht im Vergleich zur ersten und zweiten juristischen Staatsprüfung in Deutschland vorlägen. Weiterhin stehe das in Vollziehung der Richtlinie ergangene Eignungsprüfungsgesetz mit Art. 52 EGV in Einklang. Insbesondere seien die Voraussetzungen erfüllt, nach denen nationale Maßnahmen die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten beschränken könnten. So werde das Eignungsprüfungsgesetz in nicht-diskriminierender Weise angewandt und sei aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Weiterhin sei es geeignet, die Verwirklichung des mit ihm verfolgten Zieles zu gewährleisten und verhältnismäßig. Im weiteren stellte der BGH fest, auf den Antragsteller fänden die Bedingungen des Rechtsanwaltsdienstleistungsgesetzes keine Anwendung, da es sich bei seiner Tätigkeit um eine Niederlassung i.S.d. Art. 52 EGV und nicht um eine Dienstleistung handle, die nur auf eine gewisse Dauer gerichtet sei.

75. Im Rahmen eines Verfahrens über Ansprüche auf Sicherheitsleistung bei Insolvenzsicherung gegen eine GmbH prüfte das BAG in seinem Urteil vom 30.7.1996 (3 AZR 397/95 = NZA 1997, 436 ff. = NJW 1997, 1526) die Voraussetzungen, unter denen eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen kann. Dazu führte das Gericht aus, Art. 52, 58 EGV und die

<sup>91</sup> BGBl. 1990 I, 1349 ff.

Richtlinie 73/148/EWG des Rates<sup>92</sup> verliehen einer Gesellschaft, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats errichtet wurde und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nicht das Recht, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Der EGV habe den unterschiedlichen internationalen Rechtsordnungen Rechnung getragen und enthalte in Art. 220 EGV die Möglichkeit des Abschlusses von Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten, um u. a. die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Staat in einen anderen sicherzustellen. Bislang sei auf diesem Gebiet jedoch keine Übereinkunft in Kraft getreten.

76. In einem Steuerverfahren über Hinzurechnungsvorschriften i.S.d. § 8 und 12 GewStG prüfte der BFH die Voraussetzungen des Diskriminierungsverbotes nach Art. 59f. EGV (Beschluss vom 30.12.1996 – I B 61/96 = BFHE 181, 511 ff. = HFR 1997, 407 ff. = EWS 1997, 179 ff. = BB 1997, 614 ff.).<sup>93</sup> Die Antragstellerin im Verfahren war ein Luftverkehrsunternehmen, das teils mit eigenen, teils mit geleasten Flugzeugen eines in Irland ansässigen Leasinggebers flog. Das Finanzamt rechnete gemäß § 8 GewStG die Hälfte der geleisteten Leasingraten bei der Ermittlung des Gewerbeertrages dem Gewinn der Antragstellerin sowie gemäß § 12 GewStG die Teilwerte der geleasten Fluggeräte bei der Ermittlung des Gewerbekapitals dem Einheitswert des Gewerbebetriebes der Antragstellerin hinzu. Hiergegen wandte sich diese. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens entschied der BFH, es sei nicht auszuschließen, daß durch die Hinzurechnungen bei der Antragstellerin gegen Art. 59f. EGV und das darin enthaltene Verbot von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs verstoßen werde. § 8 und die entsprechende Vorschrift des § 9 GewStG hätten den Zweck, die doppelte Erfassung von Miet- und Pachtzinsen beim Mieter oder Pächter einerseits und beim Eigentümer andererseits zu verhindern. Scheide die Möglichkeit, die Miet- oder Pachtzinsen bei dem Vermieter oder Verpächter zur – inländischen – Gewerbesteuer nach dem Gewerbeertrag heranzuziehen, aus, weil der Vermieter oder Verpächter von Grundsteuer befreit sei oder weil die Entgelte in einem ausländischen Gewerbebetrieb anfielen, so müßten die Miet- oder Pachtzinsen nach der Gesetzessystematik beim Mieter oder Pächter erfaßt werden. Die §§ 8 und 12 GewStG knüpften zwar nicht förmlich an die Ausländereigenschaft des Vermieters oder Pächters an, sie beträfen aber in erster Linie jene Fälle, in denen der Vermieter oder Verpächter Ausländer sei. Eine Vergleichbarkeit mit inländischen Vermietern oder Verpächtern, die im Inland ansässig, hier jedoch ausnahmsweise von Gewerbesteuer befreit sind, sei so gut wie nicht gegeben. Damit bestehe die Gefahr, daß der freie Dienstleistungsverkehr innerhalb der EG behindert werde.

77. Mit der Frage der Rechtmäßigkeit des Remailing durch einen ausländischen Anbieter hatte sich das OLG Frankfurt/M. in seinem Urteil vom 25.6.1996 (11 U (Kart) 6/96 = WuW 1997, 448 ff.) zu befassen. Gegenstand des Verfahrens war die

<sup>92</sup> Vom 21.5.1973 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs.

<sup>93</sup> Vgl. auch Anmerkung von Kaefler, EWS 1997, 288.

Frage, ob das Remailing (sog. ABB-Remailing, bzw. ABC-Remailing) durch einen ausländischen Anbieter mit § 2 des PostG vereinbar sei. Neben wettbewerbs- und kartellrechtlichen Überlegungen prüfte das OLG auch die Vereinbarkeit des § 2 PostG mit den Art. 59ff. EGV. Dazu führte es aus, eine Behinderung bei Ausübung der Dienstleistungsfreiheit sei dann zulässig, wenn eine Diskriminierung nach Staatsangehörigkeit oder Niederlassungsort nicht erfolge, die Behinderung zwingenden Gründen des Allgemeininteresses diene und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, notwendig und verhältnismäßig sei. Diese Voraussetzungen seien hinsichtlich des § 2 PostG erfüllt. Es gehe nicht um rein wirtschaftliche Erwägungen, sondern um die Erhaltung des Systems flächendeckender Postdienste zu sozialverträglichen Preisen, die aus zwingenden Gründen im allgemeinen Interesse lägen und den – nicht nur gegen Unternehmen und Angehörige anderer Mitgliedstaaten gerichteten – Beförderungsvorbehalt unverzichtbar machten. Insbesondere stünden mildere Mittel nicht zur Verfügung, um der Klägerin als Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost die Einnahmen zu verschaffen, die sie benötige, um aus Gründen des Allgemeinwohls auch unrentable Dienstleistungen erbringen und finanzieren zu können. Angesichts der bereits existierenden Rechtsprechung des EuGH zu diesem Bereich hielt der Senat eine Vorlage an den EuGH für nicht erforderlich.

### *c) Gleichbehandlung von Mann und Frau*

78. Über die Vereinbarkeit der Frauenquote mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht bei der Stellenbesetzung und der Beförderung hatte das OVG Lüneburg in seinem Beschluß vom 8.3.1996 (5 M 2835/95 = NVwZ 1997, 611 ff. = DVBl. 1996, 1154) zu entscheiden. Grundlage der Entscheidung waren die §§ 5, 6 Niedersächsisches Gleichberechtigungsg, wonach vorgesehen war, Frauen so lange vorrangig zu berücksichtigen, bis sie mit 50 von 100 in den Besoldungsgruppen oder in Ausbildungsbereichen einer Dienststelle vertreten sind. Nach dieser Bestimmung war keine Härtefallregelung vorgesehen. Im Anschluß an die Entscheidung des EuGH vom 17.10.1995<sup>94</sup> entschied das OVG, daß die niedersächsische Regel nicht mit europäischem Gemeinschaftsrecht vereinbar und damit unanwendbar sei. Zur Begründung führte das Gericht aus, die niedersächsische Regelung entspreche weitestgehend der vom EuGH überprüften Bestimmung des Bremer Rechts, für das der EuGH die Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht festgestellt hatte. Diese Unvereinbarkeit hatte der EuGH damit begründet, daß eine nationale Regelung, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen absoluten und unbedingten Vorrang einräume, über eine Förderung der Chancengleichheit hinausgehe und damit die Grenzen der in Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207/EWG vorgesehenen Ausnahme überschreite. Hieran könne auch die Einfügung einer Härtefallklausel nichts ändern, da selbst diese nicht zu einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung der Bestimmung führen könne.

<sup>94</sup> *Kalanke*-Entscheidung, NJW 1995, 3109 = DVBl. 1995, 1231 ff.

Schließlich wies das Gericht darauf hin, daß der EuGH einen Anwendungsvorrang der Richtlinie angenommen hatte, obwohl diese durch die Bundesrepublik Deutschland noch nicht umgesetzt worden war. Aus diesen Gründen sei auch die niedersächsische Regelung zur Frauenquote mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar und wegen des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechts unanwendbar.

79. Über die gemeinschaftsrechtliche Vereinbarkeit der Berechnungsgrundlage für Zuschüsse zum Mutterschaftsgeld nach §14 Abs.1 MutterschutzG hatte das BAG in seinem Urteil vom 31.7.1996 (5 AZR 9/95 = NZA 1996, 1205 ff. = NJW 1997, 1460 ff.) zu entscheiden. Nach der Bestimmung des §14 Abs.1 MutterschutzG ist für die Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld nur auf die Zeit vor Beginn der Schutzfristen abzustellen. Gegen diese Regelung wandte sich die Klägerin, die wegen des Mutterschutzes bei einer Gehaltserhöhung sowie der Erhöhung des Ortszuschlages infolge der Geburt ihres Kindes nicht berücksichtigt worden war. Das BAG stellte fest, daß es sich bei dem Zuschuß zum Mutterschaftsgeld um ein Entgelt i.S.d. Art. 119 EGV bzw. der Richtlinie 75/117/EWG handele. Die Bestimmung des §14 Abs.1 MutterschutzG habe zur Folge, daß alle Entgelterhöhungen außer Betracht blieben, die erst nach Beginn der Schutzfristen wirksam würden. Hiervon seien naturgemäß nur Frauen betroffen. Dies sei, so das Gericht, mit dem Grundsatz des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen, wie er in Art. 119 EGV und der Richtlinie 75/117/EWG niedergelegt sei, nicht zu vereinbaren.

80. Über die Rechtmäßigkeit der Altersermäßigung in einer Verwaltungsvorschrift über die Arbeitszeit von Lehrern an öffentlichen Schulen hatte der VGH Baden-Württemberg in seinem Beschluß vom 19.12.1996 (4 F 3419/95 = VBfBW 1997, 183 ff.) zu entscheiden. Nach der Verwaltungsvorschrift ist vorgesehen, daß sich bei teilzeitbeschäftigten Lehrern mit mindestens einem halben Lehrauftrag, die ab dem Schuljahr 1995/96 das 55. Lebensjahr vollenden, das Regelstundenmaß erst zu Beginn des Schuljahres ermäßigt, in dem sie das 60. Lebensjahr vollenden. Der VGH entschied, daß diese Bestimmung nicht gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes oder den europäischen Grundsatz des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen bei gleicher Beschäftigung verstößt. Zwar handele es sich wegen der weiten Auslegung des Begriffes Entgelt i.S.d. Art. 119 EGV auch bei der Herabsetzung des Regelstundenmaßes im Wege der Altersermäßigung um ein solches Entgelt, da es die Erhöhung des Arbeitsentgeltes pro Zeiteinheit bewirke. Trotzdem fehle es an einer Verletzung des Art. 119 EGV. Der VGH wies darauf hin, daß diese Bestimmung sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Diskriminierung erfasse. Der Gerichtshof stellte jedoch fest, daß es sich im vorliegenden Fall nicht um eine mittelbare Diskriminierung handele. Zur Begründung führte das Gericht aus, eine mittelbare Diskriminierung liege dann nicht vor, wenn die betreffende Regelung durch objektive Gründe gerechtfertigt sei, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hätten. Dies sei hier der Fall, wenn für die Unterscheidung Gründe der Verwaltungspraktikabilität angeführt würden. Dabei sei die Feststellung, ob und inwieweit solche Gründe für die betreffende Regelung vorlie-

gen, Sache des für die Beurteilung des Sachverhaltes allein zuständigen nationalen Gerichts. Einer Vorlage an den EuGH bedürfe es insofern nicht.

81. Über den Anspruch einer vormals Teilzeitbeschäftigten auf Gewährung einer Zusatzversorgung hatte das BAG in seinem Urteil vom 12.3.1996 (3 AZR 993/94 = NZA 1996, 939 ff. = BB 1996, 1225 ff. = NJW 1996, 2052) zu entscheiden. Grundlage der Entscheidung war der zwischen der deutschen Bundespost und der deutschen Postgewerkschaft abgeschlossene Tarifvertrag für Arbeiter der deutschen Bundespost, wonach Teilzeitbeschäftigten bis zu einer Änderung des Tarifvertrages 1991 kein Anspruch auf Zusatzversorgung nach Eintritt in die Rente zustand. Das Gericht hatte zu klären, in welchem Umfang sich die Beklagte auf einen Vertrauensschutz hinsichtlich der Rückwirkung der nunmehr auch Teilzeitbeschäftigte begünstigenden Regelung berufen kann. Dazu stellte das Gericht fest, daß Art. 119 EGV und die in Maastricht beschlossene Protokollerklärung zu Art. 119 EGV für eine Berufung der Beklagten zur Begründung ihres Anspruchs auf Vertrauensschutz nicht in Betracht kommen<sup>95</sup>. Zur Begründung führte das Gericht aus, es gehe hier nicht um die Frage des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen, sondern nur um die Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigten<sup>96</sup>. Dabei spiele das Geschlecht der Arbeitnehmer, so das Gericht, keine Rolle. Schließlich lasse sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte der in Maastricht beschlossenen Protokollerklärung zu Art. 119 EGV ein allgemeiner Grundsatz ableiten, wonach jede Rückwirkung in allen Fragen der Ungleichbehandlung ausgeschlossen sei.

### 3. Freiheit des Marktes/Wettbewerbsrecht

82. Über die gemeinschaftsrechtliche Vereinbarkeit des Pflanzenschutzgesetzes, nach dem nicht nur die Pflanzenschutzmittel selbst, sondern auch deren Zusatzstoffe zulassungsbedürftig sind, hatte das BayOLG in seinem Beschluß vom 19.7.1996 (3 ObOWi 75/96, BayOLGEST 1996, 117 ff.) zu entscheiden. Zunächst stellte das Gericht fest, die Richtlinie des Rates vom 15.7.1991 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln<sup>97</sup> umfasse nicht auch Zusatzstoffe zu Pflanzenschutzmitteln. Weiter führte das Gericht aus, es komme ein Verstoß gegen Art. 30 EGV in Betracht, weil die Gleichstellung von Zusatzstoffen mit Pflanzenschutzmitteln im PflanzenschutzG zu einer tatsächlichen Einfuhrbeschränkung für Zusatzstoffe führen könne. Das Gericht entschied, daß es sich auch bei der für eingeführte Zusatzstoffe geltenden Zulassungsbedürftigkeit um eine der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung entsprechende Maßnahme gleicher Wirkung handele. Diese sei jedoch nach Art. 36 EGV gerechtfertigt, weil sie zum

<sup>95</sup> Vgl. zur Wirkung der in Maastricht geschlossenen Protokollerklärung auch das Urteil des BAG vom 16.1.1996 (3 AZR 767/94 = NZA 1996, 607 ff.).

<sup>96</sup> Über die unterschiedliche Behandlung von Teil- und Vollzeitbeschäftigten und ihrer gemeinschaftsrechtlichen Vereinbarkeit vgl. auch das Urteil des BAG vom 25.7.1996 (6 AZR 350/93 = ZBR 1997, 185 ff.).

<sup>97</sup> 91/414/EWG, Abl. L 230/1 vom 19.8.1991.

Schutz der Gesundheit und des Lebens der Menschen, Tiere und Pflanzen notwendig und geeignet sei. Weiterhin führte das Gericht aus, eine Vorlagepflicht habe nicht bestanden, da die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig sei, daß für vernünftige Zweifel kein Raum bleibe.

83. Das KG Berlin hatte sich in seinem Urteil vom 27.2.1996 (5 U 8281/95 = NJW 1997, 330 ff.) mit der Rechtmäßigkeit des Vertriebssystems eines weltweit operierenden Software-Herstellers zu beschäftigen, demzufolge dessen Software im Zusammenhang mit dem Kauf von Hardware billiger abgegeben wurde. Das Gericht entschied, diese Form des Vertriebssystems sei mit den deutschen Regeln zum Wettbewerbsrecht vereinbar. Weiterhin stellte das Gericht fest, daß dieser Beurteilung auch nicht Art. 36 EGV entgegenstehe. Zur Begründung führte das Gericht aus, die Bestimmungen der Art. 30–34 EGV stünden solchen Beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt seien, sofern diese Beschränkungen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstelle. Eine solche willkürliche Diskriminierung sei hier nicht zu erkennen, da der verkaufsfördernde Mitverkauf eines Zubehörprogrammes beim Absatz von Hardware einen wirtschaftlich vernünftigen Grund darstelle, solche Partner zu bevorzugen, die ebenfalls die Hardware zu der jeweiligen Software vertrieben. Angesichts dieses Umstandes könne die Vertriebsbeschränkung nicht willkürlich sein, da sie eben durch ein anerkanntes sachliches Erfordernis begründet sei.

84. Über die gemeinschaftsrechtliche Vereinbarkeit eines Boykott-Aufrufes, mit dem eine Leasingfirma ihre Vertragshändler dazu aufforderte, eine Autoherstellerin nicht mit Fahrzeugen zu beliefern, sofern nicht sichergestellt sei, daß der Leasingnehmer, an den das Leasingunternehmen den Wagen verlease, seinen Wohnsitz/Geschäftssitz im Gebiet des leasenden Vertragshändlers habe, hatte der BGH in seinem Urteil vom 2.7.1996 (KZR 20/91, EuZW 1996, 637 = BB 1996, 1857 ff. = EWS 1996, 330 ff. = WuW 1996, 821 ff.) zu entscheiden. Das Gericht stellte fest, daß dieser Aufruf gegen Art. 85 Abs. 1 EGV verstoße und damit eine unbillige Beeinträchtigung darstelle. Weiterhin entschied das Gericht, daß es sich bei dem Boykott-Aufruf nicht um ein Verhalten handle, das nach Art. 85 Abs. 3 EGV freistellungsfähig sei.

#### 4. Assoziationsabkommen Europäische Gemeinschaften – Türkei

85. Über die Assoziationsfreizügigkeit der getrennt lebenden Ehefrau eines türkischen Arbeitnehmers hatte das OVG Berlin in seinem Beschluß vom 25.9.1996 (8 S 35/96 = InfAuslR 1997, 189 ff.) zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens war der Verlängerungsantrag für die Aufenthaltsbefugnis einer türkischen Arbeitnehmerin mit geringfügiger Beschäftigung, die von ihrem Ehemann getrennt lebte, welcher bereits eine Scheidungsklage erhoben hatte. Das Gericht stellte fest, daß sich türkische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen unmittelbar auf den Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei über die Entwicklung der Assoziation berufen könnten, um die Verlängerung nicht nur ihrer Arbeitserlaub-

nis, sondern auch ihrer Aufenthaltserlaubnis zu erlangen. Dabei umfasse das Tatbestandsmerkmal "Arbeitnehmer" prinzipiell auch die Teilzeittätigkeit, die bloße Nebenbeschäftigung, sowie die geringfügige Beschäftigung. Es komme auf eine bestimmte Mindestdauer ebensowenig an wie auf ein Mindesteinkommen. Weiterhin führte das Gericht aus, bei der Antragstellerin handele es sich um eine Familienangehörige des türkischen Arbeitnehmers; daß die Ehegatten seit langem getrennt lebten und das Scheidungsverfahren anhängig sei, ändere hieran nichts. Dem Gemeinschaftsrecht sei es fremd, die Erstreckung der Freizügigkeit auf mit dem Arbeitnehmer verheiratete Familienangehörige vom Erfordernis des ständigen Zusammenlebens abhängig zu machen. Die Eigenschaft des Ehegatten als Familienangehöriger eines Arbeitnehmers gelte vielmehr über die bloße Trennung hinaus bis zur Auflösung der Ehe durch die zuständige Stelle. Hierzu sei es im vorliegenden Fall noch nicht gekommen, so daß der Antragstellerin ein Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zustehe<sup>98</sup>.

86. Ebenfalls über die Teilzeitbeschäftigung eines türkischen Staatsangehörigen hatte der VGH Baden-Württemberg in seinem Urteil vom 11.12.1996 (11 S 1639/96 = InfAuslR 1997, 229ff.) zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens war das Begehren eines türkischen Doktoranden, der eine erlaubte Nebentätigkeit ausübte, auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Der VGH entschied, daß dem Antragsteller ein Anspruch auf Erteilung einer befristeten Aufenthaltserlaubnis nach Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 zustehe, obwohl die Erteilung einer solchen Aufenthaltserlaubnis nach den Regelungen des AuslG zwingend ausgeschlossen sei. Zur Begründung führte das Gericht aus, die Regelung des Art. 6 ARB 1/80 sei Teil des Gemeinschaftsrechts und habe in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft unmittelbare Wirkung. Die daraus entstehenden Rechte hätten im Verhältnis zum nationalen Recht Anwendungsvorrang, und innerstaatliche gesetzliche Regelungen des AuslG, die einem Anspruch aus dem Gemeinschaftsrecht entgegenstünden, seien insoweit unanwendbar. Da Art. 6 ARB 1/80 auch auf eine durch einen Doktoranden ausgeübte Nebentätigkeit von 20 Stunden wöchentlich anwendbar sei, sei über den Antrag auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts erneut zu entscheiden.

87. Der Anspruch auf gleichberechtigten Zugang türkischer Staatsangehöriger zur beruflichen Bildung gem. Art. 9 des ARB 1/80 war Gegenstand des Beschlusses des VG Frankfurt/M. vom 19.12.1996 (9 G 3832/96 (2), NVwZ-RR 1997, 299). Anlaß der Entscheidung war das Begehren einer in Deutschland geborenen und aufgewachsenen türkischen Staatsangehörigen, in den juristischen Vorbereitungsdienst zugelassen zu werden. Das Gericht führte aus, gem. Art. 9 ARB 1/80 würden türkische Kinder, die in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft ordnungsgemäß bei ihren Eltern wohnten, welche dort ihrerseits ordnungsgemäß beschäftigt seien oder gewesen seien, unter Zugrundelegung derselben Qualifikationen

<sup>98</sup> Vgl. auch die Entscheidung des OVG Hamburg (Beschuß vom 30.7.1996 - Bs V 93/96 = InfAuslR 1997, 191), in der das Gericht in einem ähnlich gelagerten Fall entschied, daß ein Anspruch des Ehegatten eines türkischen Arbeitnehmers auf Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis dann nicht bestehe, wenn sich die Eheleute schon vor Ablauf der Drei-Jahresfrist auf Dauer getrennt hätten.

wie die Kinder von deutschen Staatsangehörigen zur Bildung zugelassen. Auf diesen Beschluß könne sich die Antragstellerin auch unmittelbar berufen, da es sich bei dem Beschluß um unmittelbar geltendes Recht handle, wie der EuGH festgestellt habe. Schließlich gelte nach Art. 9 ARB 1/80 keine altersmäßige Begrenzung für Kinder. Aus diesen Gründen habe die Antragstellerin unter Zugrundelegung derselben Qualifikationen einen Anspruch auf die Anwendung derselben Zulassungsbedingungen zu beruflichen Ausbildungen, im vorliegenden Fall zum juristischen Vorbereitungsdienst, wie Kinder deutscher Staatsangehöriger. Die Antragstellerin dürfe wegen ihrer türkischen Staatsangehörigkeit und des Fehlens der Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates nicht anders behandelt werden als Inländer.

88. Die Assoziationsfreizügigkeit lehnte jedoch das OVG Rheinland-Pfalz mit Urteil vom 9.2.1996 (10 A 12882/95 = InfAuslR 1996, 269ff.) im Falle der Täuschung über den ursprünglichen Aufenthaltswort ab. Gegenstand des Verfahrens war die Überprüfung der Rücknahme der Aufenthaltserlaubnis eines türkischen Staatsangehörigen, der mit einer in Deutschland geborenen und aufgewachsenen türkischen Staatsangehörigen eine Scheinehe zum Zwecke der Erlangung der Aufenthaltserlaubnis eingegangen und nun seit über einem Jahr bei einer Firma beschäftigt war und dort auch weiter tätig sein konnte. Das Gericht bestätigte die Rücknahme der Aufenthaltserlaubnis mit der Begründung, eine ordnungsgemäße Beschäftigung i.S.d. ARB 1/80 habe nicht vorgelegen, da der türkische Arbeitnehmer die Aufenthaltserlaubnis durch arglistige Täuschung erwirkt habe. In einem solchen Fall sei der türkische Arbeitnehmer nicht in den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates ordnungsgemäß integriert, und das supranationale Aufenthaltsrecht nach Art. 6 ARB 1/80 gelange gar nicht erst zur Entstehung. Insoweit könne sich der türkische Arbeitnehmer auf keine Rechtsgrundlage berufen, um die Rücknahme der Aufenthaltserlaubnis abzuwehren.

## 5. Vorabentscheidungsverfahren

### *a) Verfahrensrechtliche Aspekte des Vorlageverfahrens*

89. Die Vorlagepflicht von Oberverwaltungsgerichten im Rahmen einer Normenkontrolle war Gegenstand des Beschlusses des BVerwG vom 30.1.1996 (3 NB 2/94 = NVwZ 1997, 178ff. = BayVBl. 1996, 473ff. = NJW 1997, 1251). Die Antragsteller und Beschwerdeführer in dem Verfahren hatten im Wege der Normenkontrolle vor dem VGH die Ungültigerklärung eines berufsordnungsrechtlichen Verbotes bestimmter Werbemaßnahmen außerhalb von Apotheken begehrt. Der VGH hatte das Verfahren ausgesetzt und bestimmte Fragen dem BVerwG zur Vorentscheidung, sowie dem EuGH die Frage vorgelegt, ob Art. 36 i.V.m. Art. 30 EGV dahin gehend auszulegen sei, daß die Regelung in einer Berufsordnung gerechtfertigt sei, mit der eine Landesapothekerkammer den Apotheken in ihrem Zuständigkeitsbereich die Werbung außerhalb der Apotheke auch für den Vertrieb apothekenüblicher Waren i.S.v. §25 ApBetrO verbiete.

Nach der Entscheidung des EuGH sei Art. 30 EGV dahin auszulegen, daß er nicht auf eine von der Apothekerkammer eines Mitgliedstaates erlassene Standesregel anwendbar sei, hatten die Antragsteller die Einholung einer weiteren Vorabentscheidung des EuGH zur Vereinbarkeit von Werbebeschränkungen mit Art. 85 EGV beantragt. Diesen Antrag hatte der VGH abgelehnt. Das BVerwG entschied, eine Rechtssache habe grundsätzliche Bedeutung i.S.d. §47 Abs.5 Satz 1 Nr.1 VwGO, wenn die Normenkontrolle die Auslegung von Gemeinschaftsrecht erfordere, da Fragen des Gemeinschaftsrechts aufgeworfen würden, die durch die Rechtsprechung des EuGH noch nicht beantwortet worden und in ihrer möglichen Beantwortung unzweifelhaft seien, oder wenn in einer das Gemeinschaftsrecht betreffenden Frage von der Rechtsprechung des EuGH abgewichen werde. Lege das Normenkontrollgericht in einer das Gemeinschaftsrecht berührenden, von ihm für entscheidungserheblich gehaltenen Frage die Sache weder dem EuGH noch dem BVerwG vor, so habe das BVerwG auf die Nichtvorlagebeschwerde die Rechtsfrage zu entscheiden, nämlich die Auslegung des Gemeinschaftsrechts vorzunehmen. Werde dabei festgestellt, daß die das Gemeinschaftsrecht betreffende Rechtsfrage durch die Rechtsprechung des EuGH noch nicht beantwortet oder in ihrer möglichen Beantwortung nicht unzweifelhaft sei, so habe das BVerwG seinerseits eine Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 177 Abs.3 EGV einzuholen. Hinsichtlich des konkreten Falles entschied das BVerwG, die von den Antragstellern für vorlagepflichtig gehaltene Rechtsfrage, ob die Apothekerkammer in ihrer Funktion als Satzungsgeberin von Wettbewerbsbeschränkungen als Unternehmen oder Unternehmensvereinigung i.S.von Art. 85 EGV anzusehen sei, stelle sich nicht, da Art. 85 EGV für die Beurteilung der angegriffenen Satzungsbestimmungen nicht einschlägig sei. Dies ergebe sich zweifelsfrei aus der Rechtsprechung des EuGH, ohne daß es hierzu der Einholung einer Vorabentscheidung nach Art. 177 EGV bedürfe. Dies gelte insbesondere, wenn bestimmte Verkaufsmodalitäten nicht geeignet seien, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern. In einem solchen Falle fehle es an dem Bezug, der die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln des Art. 85 EGV in Betracht kommen lasse.

90. Über die Vorlagepflichten des FG und des BFH entschied der BFH mit Urteil vom 2.4.1996 (VII R 119/94 = RIW 1996, 792 ff. = BB 1996, 1974 ff. = DStR 1996, 1245 = EWS 1996, 327 ff.). Dabei kam der BFH zu dem Ergebnis, daß das FG als nicht letztinstanzliches Gericht zur Vorlage an den EuGH nach Art. 177 Abs.2 und 3 EGV nicht verpflichtet, sondern nur befugt sei. Unterlasse das FG die Einholung einer Vorabentscheidung zur Auslegung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts, so liege darin weder ein Verstoß gegen Verfahrensrecht noch werde einem Beteiligten dadurch sein gesetzlicher Richter entzogen. Dies gelte selbst dann, wenn sich für das FG Zweifel hinsichtlich der Auslegung der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ergeben könnten.

## b) Einzelfälle

91. Im Anschluß an die Entscheidung des EuGH vom 17.10.1995 in der Sache *Kalanke*<sup>99</sup> entschied das BAG im Urteil vom 5.3.1996 (1 AZR 590/92 (A) = EuZW 1996, 474 = NZA 1996, 751 ff. = NJW 1996, 2529 ff. = BB 1996, 1332 ff. = MDR 1996, 937 ff. = FamRZ 1996, 1211 f.), daß der Kläger einen Anspruch auf eine erneute Auswahlentscheidung habe. Bei dieser erneuten Entscheidung dürfe die fragliche Regelung des Bremer Landesgleichstellungsgesetzes nicht angewendet werden. Jedoch stehe dem Kläger kein Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Diskriminierung wegen des Geschlechts zu. Zur Begründung führte das Gericht aus, die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch seien nicht erfüllt. Es fehle bereits an dem nach § 823 Abs. 1 BGB erforderlichen Verschulden. Ein Verschulden käme nur dann in Betracht, wenn die Unanwendbarkeit der Regelung offensichtlich gewesen wäre. Gegen die Annahme solcher Offensichtlichkeit spreche hier schon der Gang des vorliegenden Verfahrens mit der Vorlage an den EuGH.

92. Mit Beschluß vom 7.3.1996 (VII R 73/95 = BFHE 179, 518 ff. = HFR 1996, 527 ff. = RIW 1996, 614 = EuZW 1996, 607 f.) legte der BFH dem EuGH Fragen zur Gültigkeit eines Handelszugeständnisses nach dem Kooperationsabkommen EWG/Jugoslawien hinsichtlich dessen Kündigung und den Folgen einer völkerrechtswidrigen Aussetzung des Wirtschaftsabkommens vor. Grundlage des Verfahrens war das Problem, ob die Einführung von Waren aus dem Kosovo im Jahre 1992 noch unter den Präferenzzollsatz i.S.d. Kooperationsabkommens EWG/Jugoslawien falle. Dazu war die Frage entscheidend, ob die Verordnung Nr. 3300/91 des Rates, mit der die Aussetzung der vertraglichen Handelszugeständnisse bestimmt wurde, gültig sei. In seiner Begründung führte das Gericht aus, die Verordnung, durch welche die mit den Kooperationsabkommen zwischen der EWG und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien vom 2.4.1980 nur aufgrund dieses Abkommens gewährten Handelszugeständnisse mit Wirkung ab 15.11.1991 ausgesetzt worden seien, bildeten die Rechtsgrundlage für die hier streitige Nacherhebung. In dem für die Verzollung maßgeblichen Zeitpunkt, Anfang Mai 1992, sei das Abkommen gemäß seinem Art. 60 zwar bereits gekündigt gewesen, doch sei die Frist für das kündigungsbedingte Außerkrafttreten des Abkommens noch nicht abgelaufen gewesen. Desgleichen habe auch das gemeinschaftsrechtliche Wirtschaftsembargo gegenüber Serbien und Montenegro<sup>100</sup> noch nicht gegolten. Fraglich sei, ob die einseitige Suspendierung der vertraglichen Handelsregelung völkerrechtskonform gewesen sei. So führte der BFH aus, die Gemeinschaft sei nicht nur an die von ihr geschlossenen Abkommen gebunden, sondern auch an die Regeln des allgemeinen Völkerrechts, wie z.B. an die Grundsätze der Wiener Konvention über das Recht der Verträge<sup>101</sup>. In Betracht komme hier die Anwendung des Grundsatzes *clausula rebus sic stantibus*, Art. 62

<sup>99</sup> EuZW 1995, 762 = NZA 1995, 1095 = NJW 1995, 3109 = EuGRZ 1995, 546.

<sup>100</sup> Verordnung EWG Nr. 1432/92 vom 1.6.1992, ABl. L 151/4.

<sup>101</sup> Vom 21.5.1969, BGBl. 1985 II, 927 ff.

des Wiener Übereinkommens, auf die Vertragssuspendierung mit der Folge einer Befreiung von den Vertragspflichten. Voraussetzung dafür sei aber, daß das Vorhandensein der bezeichneten Umstände eine wesentliche Grundlage für die vertragliche Bindung darstelle und die Änderung der Umstände das Ausmaß der aufgrund des Vertrages noch zu erfüllenden Verpflichtungen tiefgreifend umgestalten würde. Fraglich sei, ob die letztere Voraussetzung für die Anwendung des Grundsatzes *clausula rebus sic stantibus* in diesem Fall vorliege. Schließlich sei fraglich, ob trotz Anwendung des Grundsatzes *clausula rebus sic stantibus* der Ablauf einer Drei-Monatsfrist bis zur Durchführung der beabsichtigten Maßnahme hätte abgewartet werden müssen. Dazu führte das Gericht aus, daß in besonders dringenden Fällen zwar die Einhaltung dieser Frist nicht geboten sei, sich jedoch die Frage stelle, ob besondere Dringlichkeit gegeben gewesen sei und ob etwaige verfahrensmäßige Mängel durch Zeitablauf dem hier maßgeblichen Verzollungszeitpunkt geheilt werden konnten. Somit legte der BFH dem EuGH folgende Fragen vor: 1. Ist die Verordnung (EWG) Nr. 3300/91 des Rates vom 11.11.1991 zur Aussetzung der Handelszugeständnisse nach dem Kooperationsabkommen zwischen der EWG und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien (ABl. der EG L 315/1) gültig? 2. Im Falle der Verneinung von Frage 1: Welche Folgen sind aus einer Ungültigkeit (1.) für eine Anfang Mai 1992 erfolgte Verzollung von Weinen serbischen Ursprungs zu ziehen, die in der Zeit von Mitte November 1991 bis April 1992 eingeführt und zur Zollagerung abgefertigt worden waren? Sind insoweit die 1992 gewährten kontingent-gebundenen Zollbegünstigungen für Weine aus dem Gebiet des früheren Jugoslawiens mit Ausnahme von Serbien anwendbar?

#### 6. Staatshaftungsfragen

93. Über die Voraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches entschied der BGH mit Urteil vom 24.10.1996 (III ZR 127/91 = BGHZ 134, 30 = BayVBl. 1997, 218 ff. = DVBl. 1997, 124 ff. = NVwZ 1997, 206). Grundlage der Entscheidung war das Urteil des EuGH vom 5.3.1996 (*Brasserie des Pêcheurs*)<sup>102</sup>, in dem u. a. festgestellt wurde, daß es mit Art. 30 EWGV nicht vereinbar sei, die Vorschrift des §10 BiersteuerG, wonach die Bezeichnung "Bier" dem nach dem Reinheitsgebot gebrauten Bier vorbehalten sei, auch auf in den anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Biere anzuwenden. Weiterhin habe die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtung aus Art. 30 EGV verstoßen, indem sie es untersage, in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestelltes und in Verkehr gebrachtes Bier im Inland in den Verkehr zu bringen, wenn dieses Bier nicht den §§9 und 10 des BiersteuerG entspreche. Die Klägerin verlangte nunmehr von der beklagten Bundesrepublik Deutschland Ersatz des ihr durch die Einfuhrbeschränkung in den Jahren 1981 bis 1987 entstandenen Schadens in Höhe eines Betrages von 1 800 000 DM. Das Ge-

<sup>102</sup> Rs. C-46/93.

richt lehnte die Klage als unbegründet ab und führte hierzu aus, alleiniger Anknüpfungspunkt für eine Haftung der Bundesrepublik Deutschland sei die Nichtanpassung der seinerzeitigen §§ 9 und 10 BiersteuerG an die höherrangigen Normen des europäischen Gemeinschaftsrechts (legislatives Unrecht). Durch dieses Unterlassen sei jedoch keine drittgerichtete Amtspflicht i.S.d. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG zu Lasten der von der Importbeschränkung möglicherweise betroffenen ausländischen Bierbrauer verletzt. Soweit sich Amtspflichten darin erschöpfen, den Allgemeininteressen zu dienen und keine besondere Beziehung zwischen den Amtspflichten und bestimmten Personen bestehe, kämen bei einer Verletzung solcher Amtspflichten Schadensersatzansprüche für außenstehende Dritte nicht in Betracht. Auch komme eine Haftung wegen eines enteignungsgleichen Eingriffes nicht in Betracht. Der Ausgleich von Nachteilen, die unmittelbar oder mittelbar durch ein gegen das europäische Gemeinschaftsrecht verstößendes formelles Gesetz herbeigeführt werden, halte sich nicht mehr im Rahmen eines richterrechtlich geprägten und ausgestalteten Haftungsinstitutes, wie es der enteignungsgleiche Eingriff nach der Rechtsprechung des Senates darstelle. Schließlich prüfte der Senat, ob sich ein Anspruch der Klägerin unmittelbar aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht herleiten lasse. Zur Begründung führte der Senat aus, der EuGH habe im Urteil vom 19.11.1991<sup>103</sup> die unmittelbare Haftung eines Mitgliedstaates gegenüber dem einzelnen betroffenen Bürger bei Nichtumsetzung einer Richtlinie bejaht und in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß der Grundsatz einer Haftung des Staates für Schäden, die dem einzelnen durch dem Staat zurechenbare Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, untrennbar zu der durch den EGV geschaffenen Rechtsordnung gehöre. In einem entsprechenden Vorlageverfahren habe der EuGH ausgeführt<sup>104</sup>, der Geschädigte habe einen Entschädigungsanspruch, wenn der Verstoß eines Mitgliedstaates gegen das Gemeinschaftsrecht dem nationalen Gesetzgeber zuzurechnen sei, der auf einem Gebiet tätig werde, auf dem er im Hinblick auf normative Entscheidungen über einen weiten Ermessensspielraum verfüge. Ein solcher Entschädigungsanspruch entstehe, sofern die verletzte gemeinschaftsrechtliche Vorschrift bezwecke, ihm Rechte zu verleihen, der Verstoß hinreichend qualifiziert sei und zwischen dem Verstoß und dem dem einzelnen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehe. Der BGH kam zu dem Ergebnis, daß die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall dazu führt, daß der Klägerin auch ein gemeinschaftsrechtlicher Schadensanspruch nicht zusteht. Insbesondere stehe das besonders weite Ermessen des Gesetzgebers hinsichtlich der Umsetzung des Gemeinschaftsrechtes einem Entschädigungsanspruch i.S.d. Entscheidung des EuGH entgegen.

94. Mit Urteil vom 6.12.1996 (1 O 294/96 = NJW-RR 1997, 727ff. = EuZW 1997, 352) entschied das LG Bonn, daß die Bundesrepublik Deutschland nach den

<sup>103</sup> Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 = NJW 1992, 165, Fall *Francovich*.

<sup>104</sup> Urteil vom 5.3.1996, Rs. C-46/93 und C-48/93, NJW 1996, 1267.

Grundsätzen des EuGH-Urteils vom 8.10.1996<sup>105</sup> nicht für die Schäden solcher Urlauber hafte, die ihren Reisevertrag vor dem 1.1.1993 abgeschlossen, aber Zahlungen sowohl vor als auch nach diesem Termin geleistet hatten. Insbesondere verlange die Pauschalreise-Richtlinie 90/314/EWG in ihrem Art. 9 nicht von den Mitgliedstaaten, in bestehende Verträge einzugreifen.

### XI. Stationierungsstreitkräfte

95. Die Berücksichtigung ausländischer Entscheidungen für eine Rechtsfolgenentscheidung war Gegenstand des Beschlusses des BayOLG vom 24.7.1996 (2 ObOWi 545/96 = NJW 1997, 335 ff. = BayOLGEST. 1996, 123 ff.). In dem zugrundeliegenden Sachverhalt war der Antragsgegner wegen einer fahrlässig begangenen Verkehrsordnungswidrigkeit zu einer Geldstrafe verurteilt und mit einem Fahrverbot für die Dauer eines Monats belegt worden. Der Antragsgegner rügte die Entscheidung unter Hinweis auf die Verletzung materiellen Rechts, da er durch die US-Militärbehörde wegen des gleichen Vorfalles bereits zu einem Fahrverbot für die Dauer von sechs Monaten und der Ableistung von 40 Stunden eines sozialen Hilfsdienstes verurteilt worden war. Zunächst stellte das Gericht fest, daß der Entscheidung ein Prozeßhindernis wegen Fehlens der deutschen Gerichtsbarkeit nicht entgegenstehe. Zwar gelte das NATO-Truppenstatut gem. Teil 1 des Unterzeichnungsprotokolls<sup>106</sup> auch für Ordnungswidrigkeiten, doch unterstehe der Betroffene nicht dem Militärstrafrecht der Vereinigten Staaten und unterliege somit gem. Art. VII Abs. 1 a und 2 b des NATO-Truppenstatuts uneingeschränkt der deutschen Gerichtsbarkeit. Weiter führte das Gericht aus, das Verbot der Doppelbestrafung in Art. 103 Abs. 3 GG finde im Ordnungswidrigkeitenverfahren keine unmittelbare, sondern allenfalls analoge Anwendung. Der sich aus allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen ergebenden Beschränkung einer doppelten Sanktionierung trügen aber die eigenständigen Verfahrenshindernisse des Ordnungswidrigkeitenrechts Rechnung. Allerdings gelte das Verbot der Doppelbestrafung nicht im Verhältnis zu ausländischen Entscheidungen und disziplinarrechtlichen Ahndungen. Das Gericht kam bei der Überprüfung der amtsgerichtlichen Entscheidung zu dem Ergebnis, daß der Schuldspruch keinen rechtlichen Bedenken begegne. Hinsichtlich der Rechtsfolgenentscheidung habe das Amtsgericht es aber zu Unrecht unterlassen, die durch die US-Militärbehörden verhängten Sanktionen zu berücksichtigen. Auch wenn der Grundsatz *ne bis in idem* nicht gelte, forderten die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Ideen der Gerechtigkeit und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Prüfung der Frage, ob und in welchem Umfang mit den bereits verhängten und ggf. vollstreckten Sanktionen der US-Militärbehörden das Unrecht der Tat abgegolten sei. Ohne Bedeutung sei dabei, daß es sich im vorliegenden Fall um keine gerichtliche Ahndung, sondern nur um eine Disziplinarmaßnahme handele.

<sup>105</sup> Dillenhofer, EuZW 1996, 654 = NJW 1996, 3141.

<sup>106</sup> BGBl. 1961 II, 1313 ff.

96. Die verfassungsgerichtliche Überprüfung von NATO-Stationierungsverträgen war Gegenstand des Beschlusses des BVerfG vom 8.10.1996 (1 BvL 15/91 = BVerfGE 95, 39ff. = NJW 1997, 1359ff. = ZBR 1997, 122ff. = NVwZ 1997, 681ff.). Grundlage der Entscheidung war der Antrag einer Betriebsvertretung der zivilen Arbeitnehmer einer US-Dienststelle auf ein Mitbestimmungsrecht gem. §69 BundespersonalvertretungsG bei der Einstellung von Arbeitnehmern. Das Gericht stellte fest, die Bestimmung, die die Betriebsvertretung bei US-Dienststellen anders behandle als die Vertretung bei vergleichbaren Einheiten der Bundeswehr, widerspreche dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs.1 GG. Dazu führte es aus, die Zivilangestellten bei den ausländischen Stationierungsstreitkräften seien im Hinblick auf eine Beteiligung ihrer Vertretung bei Einstellungsentscheidungen gegenüber Zivilangestellten der Bundeswehr benachteiligt, weil deren Vertretungen durch das Mitbestimmungsverfahren ein größerer Einfluß eingeräumt werde. Für diese Ungleichbehandlung gebe es keinen im Regelungsgegenstand liegenden Grund. Insbesondere seien keine militärischen Notwendigkeiten hierfür erkennbar. Bundeswehr und Stationierungsstreitkräfte erfüllten vergleichbare Funktionen innerhalb des militärischen Bündnisses, was auf dem Grundsatz gleichberechtigter Partnerschaft beruhe. Jedoch sei der Widerspruch zu Art. 3 Abs.1 GG mit Rücksicht darauf hinzunehmen, daß die Bundesrepublik beim Aushandeln der Stationierungsverträge in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt gewesen und es ihr trotz fortlaufender Bemühungen nicht gelungen sei, die Beteiligungsrechte der Zivilangestellten bei den Stationierungsstreitkräften denen der Bundeswehr völlig anzugleichen. Das Grundgesetz gestatte in diesem zeitgeschichtlichen Zusammenhang eine schrittweise Annäherung an eine volle Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Gebote, solange eine uneingeschränkte Beachtung nicht möglich sei. Um eine solche Regelung gehe es hier. Die Stationierungsstreitkräfte stünden in unlösbarem Zusammenhang mit dem Abbau der besatzungsrechtlichen Ordnung nach dem 2. Weltkrieg. Nach Art. 44 Abs.9 des Truppenvertrages vom 26.5.1952<sup>107</sup>, der die Mitwirkungsregelung enthalte, seien die Regelungen in den Nachfolgeverträgen auf Drängen der Bundesrepublik Deutschland schrittweise dem deutschen Personalvertretungsrecht angepaßt worden. Der jetzige Zustand entspreche diesem Recht bereits weitgehend. Schließlich habe die Bundesregierung überzeugend dargelegt, daß sie sich fortlaufend um eine volle Gleichstellung bemüht habe, eine uneingeschränkte Übernahme des deutschen Rechts in das Vertragswerk jedoch nicht habe erreichen können. Diese Bemühungen hätten sich zuletzt in dem völkerrechtlich noch nicht in Kraft getretenen Änderungsabkommen vom 18.3.1993 niedergeschlagen<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> BGBl. 1955 II, 213 ff.

<sup>108</sup> Abkommen zur Änderung des Zusatzabkommens vom 3.8.1959 in der durch das Abkommen vom 21.10.1971 und die Vereinbarung vom 18.5.1981 geänderten Fassung zu dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrages über die Rechtsstellung ihrer Truppen hinsichtlich der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten ausländischen Truppen vom 18.3.1993, BGBl. 1994 II, 2598.

*XII. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung*

97. Über die Verfassungsgemäßheit von strafrechtlichen Verurteilungen der Verantwortlichen für die Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze hatte das BVerfG in einem Beschluß vom 24.10.1996 (2 BvR 1851, 1853, 1875, 1852/94 = BVerfGE 95, 96 ff. = NJW 1997, 929 ff. = DtZ 1997, 218 = DVBl. 1997, 115 ff. = NJ 1997, 19 ff.) zu entscheiden.<sup>109</sup> Das BVerfG bestätigte grundsätzlich die Strafbarkeit der Verantwortlichen für die Tötungen an der innerdeutschen Grenze und führte zur Begründung aus, das BVerfG könne nur dann eingreifen, wenn die Gerichte Verfassungsrecht verletzt hätten. Dies sei aber nicht schon dann der Fall, wenn eine Entscheidung – am Straf- oder Strafprozeßrecht gemessen – objektiv fehlerhaft sei. Vielmehr müsse der Fehler gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen. Diese Einschränkung der Prüfungskompetenz des BVerfG gelte auch, wenn es um die Feststellung, Auslegung und Anwendung von Normen einer fremden Rechtsordnung durch die Strafgerichte gehe, von denen nach den Vorschriften der Bundesrepublik Deutschland die strafrechtliche Beurteilung abhängt. Das BVerfG habe nicht nachzuprüfen, ob die Strafgerichte Vorschriften der DDR zutreffend ausgelegt oder angewendet hätten. Im weiteren stelle das BVerfG fest, daß die DDR i.S.d. Völkerrechts ein Staat und Völkerrechtssubjekt gewesen sei, so daß die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Verhältnis zu der DDR herangezogen werden könnten. Jedoch lehnte das Gericht die im anglo-amerikanischen Rechtskreis entwickelte *act of state doctrine* als allgemeine Regel des Völkerrechts i.S.d. Art. 25 GG ab, da diese außerhalb des anglo-amerikanischen Rechtskreises nicht anerkannt sei. Weiterhin stellte das Gericht fest, es sei völkerrechtlich anerkannt, daß eine Immunität die Existenz des Staates, dem der Betreffende angehöre, nicht überdauere. Schließlich sei auch dem Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands zum 31.8.1990<sup>110</sup> nicht zu entnehmen, daß Handlungen von Mitgliedern staatlicher Organe der ehemaligen DDR von der Strafverfolgung ausgenommen seien sollten. Es liege auch kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG darin, daß es dem Beschwerdeführer versagt worden sei, sich auf einen Rechtfertigungsgrund zu berufen, der sich aus den Vorschriften der DDR über das Grenzregime zur Tatzeit ergab. So führte das Gericht aus, daß Art. 103 Abs. 2 GG für den Bürger das Vertrauen darauf begründe, daß der Staat nur ein solches Verhalten als strafbare Handlung verfolge, für das der Gesetzgeber die Strafbarkeit und die Höhe der Strafe zum Zeitpunkt einer Tat gesetzlich bestimmt habe. Art. 103 Abs. 2 GG schütze davor, daß die Bewertung des Unrechtsgehalts der Tat nachträglich zum Nachteil des Täters geändert werde. Diese besondere Vertrauensgrundlage entfalle aber, wenn der andere Staat für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts zwar Straftatbestände normiere, die Strafbarkeit aber gleich-

<sup>109</sup> Vgl. zu diesem Themenkomplex auch Willnow, Die Rechtsprechung des 5. (Berliner) Strafsenats des Bundesgerichtshofs zur strafrechtlichen Bewältigung der mit der deutschen Vereinigung verbundenen Probleme, JR 1997, 221 ff.

<sup>110</sup> BGBl. 1990 II, 889 ff.

wohl durch Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen sei. In dieser ganz besonderen Situation untersage es das Gebot der materiellen Gerechtigkeit, das auch die Achtung der völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte aufnehme, einen solchen Rechtfertigungsgrund zuzulassen. Somit müsse der strikte Schutz des Vertrauens durch Art. 103 Abs. 2 GG zurücktreten und eine Verletzung dieser Bestimmung könne nicht gerügt werden.

98. Mit Fragen des Rentenbezuges durch in der ehemaligen DDR lebende Ausländer hatte sich das BVerfG in seinem Beschluß vom 12.11.1996 (1 BvL 4/88 = BVerfGE 95, 143 ff. = DtZ 1997, 86 ff.) auseinanderzusetzen. Gegenstand der Entscheidung war die Frage, ob es verfassungsrechtlich geboten sei, einem ausländischen Rentenberechtigten, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt vor dem 19.5.1990 in der DDR genommen und bis zum 31.12.1991 in diesem Gebiet beibehalten hatte, ein Altersruhegeld nach westdeutschem Rentenrecht zu gewähren, soweit es auf Versicherungsjahre entfalle, die im alten Bundesgebiet unter Geltung der Rentenversicherungsordnung zurückgelegt wurden. Das Gericht entschied, das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG werde nicht dadurch verletzt, daß an solche Personen keine Rentenleistungen von seiten westdeutscher Rentenversicherungsträger erbracht würden, wohl aber an deutsche und ausländische Rentenberechtigte mit gewöhnlichem Aufenthalt im Geltungsbereich der Rentenversicherungsordnung<sup>111</sup>. Zur Begründung führte das Gericht aus, der Gesetzgeber habe mit der Herbeiführung der Rechtseinheit in der gesetzlichen Rentenversicherung durch Zusammenführung unterschiedlicher Rentenversicherungssysteme nach dem Einigungsvertrag vor einer umfassenden und schwierigen Aufgabe gestanden. Die Neuordnung des Rentenrechts mit dem Ziel der Überführung der in der DDR erworbenen Ansprüche und Anwartschaften in die gesamtdeutsche Rentenversicherung habe nur schrittweise erfolgen können. Die dem Gesetzgeber dafür unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten einzuräumende Frist sei aber jedenfalls am 31.12.1991 mit der an diesem Tag wirksam werdenden Aufhebung des § 1317 RentenversicherungsO noch nicht überschritten. Weiterhin sei Art. 3 Abs. 1 GG auch deshalb nicht verletzt, weil der von § 1317 RentenversicherungsO erfaßte Personenkreis im Vergleich zu deutschen und solchen ausländischen Rentenberechtigten benachteiligt werde, die sich gewöhnlich im Ausland aufhielten und denen Rentenleistungen gewährt würden. Schließlich stellte das Gericht fest, daß die zu prüfende Vorschrift der Rentenversicherungsordnung auch nicht gegen das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG verstößt, da sie keinen Rechtsentzug bewirkt.

99. Über die Rechtmäßigkeit einer ordentlichen Kündigung wegen falscher Beantwortung der Frage nach einer Stasi-Mitarbeit hatte das BAG in seinem Urteil vom 13.6.1996 (2 AZR 483/95, BtZ 1997, 98 ff.) zu entscheiden.<sup>112</sup> Gegenstand des Verfahrens war die Kündigung einer Lehrerin, die bei Übernahme nach der Eini-

<sup>111</sup> Vgl. hinsichtlich des Gleichbehandlungsgebotes bei der Anwendung des Fremdrengengesetzes auf Aussiedler, die vor der Wiedervereinigung ihren Wohnsitz in der DDR genommen hatten, Urteil des BSG vom 30.4.1996 (8 RKn 2/95 - BSGE 78, 168 ff.).

<sup>112</sup> Vgl. auch Röben (Anm. 1), [111].

gung in ihrem Personalfragebogen wahrheitswidrig angegeben hatte, nicht für das frühere Ministerium für Staatssicherheit (MfS) tätig gewesen zu sein und keine Verpflichtungserklärung zur Zusammenarbeit unterschrieben zu haben. Das BAG entschied, die ausgesprochene Kündigung sei nach § 1 Abs. 2 KündigungsschutzG nicht sozial gerechtfertigt gewesen. Zur Begründung führte das Gericht aus, das LAG habe allein die wahrheitswidrige Beantwortung im Personalfragebogen als schuldhaftes Pflichtverletzung angesehen, obwohl es nach eigener Feststellung nicht von einer früheren Tätigkeit der Klägerin für das MfS ausgehe und außerdem von einer seit 1990 fachlich kompetenten Arbeit der Klägerin spreche, die bei Eltern und Kindern Anerkennung gefunden habe. Es seien jedoch die Interessen der Klägerin damit nicht ausreichend berücksichtigt worden. Schließlich sei die Kündigung unter dem personenbedingten Gesichtspunkt ebensowenig gerechtfertigt wie unter dem verhaltensbedingten Gesichtspunkt. Die Kündigung aus personenbedingten Gründen scheide aus, weil die Klägerin gerade nicht tatsächlich für das MfS gearbeitet habe. Hinsichtlich der Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen habe die Klägerin zwar die Frage nach ihrer früheren Mitarbeit auch subjektiv falsch beantwortet, doch habe sie andere Fragen in diesem Zusammenhang (z. B. zur Vergütung durch das Ministerium) wahrheitsgemäß beantwortet. Das Gericht wies darauf hin, es sei in der Rechtsprechung anerkannt, daß derjenige, der wahrheitswidrig versichere, keine Verpflichtungserklärung gegenüber dem MfS abgegeben zu haben, in der Regel als ungeeignet für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst anzusehen sei. Begründet werde dies damit, daß, wer sich in der Vergangenheit besonders mit den Zielsetzungen der SED identifiziert habe, allein deshalb Zweifel an seiner Verfassungstreue wecke. Jedoch komme es auch auf die Feststellung an, unter welchen näheren Umständen es zur Unterzeichnung der Verpflichtungserklärung gekommen sei. Im vorliegenden Fall nahm das BAG an, daß die Umstände, die zu der Unterzeichnung der Verpflichtungserklärung geführt hatten, nicht so schwer seien, daß sie eine Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen rechtfertigen könnten<sup>113</sup>. Vgl. in diesem Zusammenhang auch [56] und [57].

100. Über Enteignungen auf besatzungshoheitlicher Grundlage hatte das BVerwG in seinem Beschluß vom 16.10.1996 (7 B 232/96 = DÖV 1997, 211 f. = DtZ 1997, 173) zu befinden. Das BVerwG entschied, daß Enteignungen nach dem 7.10.1949 durch deutsche Stellen dann auf besatzungshoheitlicher Grundlage erlangen seien, wenn ein entsprechender, die Gründung der DDR überdauernder, Vollzugsauftrag der sowjetischen Besatzungsmacht festgestellt werden könne. Für Enteignungen zwischen dem 8.5.1945 und dem 7.10.1949 sei demgegenüber eine besatzungshoheitliche Grundlage bereits dann zu bejahen, wenn die Enteignung

<sup>113</sup> Vgl. aber auch die Ausführungen des BVerwG in seinem Urteil vom 24.10.1996 (2 C 23/96 = DVBl. 1997, 374 = LKV 1997, 254) zu dem Vorliegen einer arglistigen Täuschung durch einen Soldaten, der bei seiner Bewerbung auf die Frage nach einem Dienst-, Arbeits- oder sonstigen Verhältnis bzw. Kontakten zu Nachrichtendiensten der DDR bewußt nur Angaben zu seiner dienstlichen, nicht aber zu seiner außerdienstlichen informellen Zusammenarbeit mit dem früheren MfS gemacht hatte, und bei dem die Ernennung in Kenntnis dieser Zusammenarbeit nicht erfolgt wäre.

dem generellen oder im Einzelfall geäußerten Willen der sowjetischen Besatzungsmacht entsprochen habe. Eines konkreten Vollzugsauftrages oder einer nachträglichen Bestätigung der durchgeführten Enteignung durch die Besatzungsmacht habe es nicht bedurft. Dies gelte auch dann, wenn die deutschen Stellen die geschaffenen Enteignungsgrundlagen extensiv ausgelegt oder nach rechtsstaatlichen Maßstäben willkürlich angewendet hätten<sup>114</sup>.

101. Die Verfassungsgemäßheit des Restitutionsausschlusses für Enteignungen in der sowjetischen Besatzungszone war Gegenstand des Beschlusses des BVerwG vom 18.4.1996 (1 BvR 1452/90 u. a. = DÖV 1996, 696 ff. = NJW 1996, 1666 ff. = NJ 1996, 417 ff.). Ansatzpunkt der Verfassungsbeschwerden waren der Vertrag vom 31.8.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR über die Herstellung der deutschen Einheit<sup>115</sup> und dessen Regelungen sowie die zu ihrer Durchführung bestimmten Vorschriften, nach denen die in der sowjetischen Besatzungszone auf besatzungsrechtlicher bzw. besatzungshoheitlicher Grundlage (1945–1949) durchgeführten Enteignungen nicht mehr rückgängig gemacht würden. Das BVerfG wies die Verfassungsbeschwerden als unbegründet ab und erklärte, der Ausschluß der Rückgabe von Vermögenswerten sei im Grundgesetz selbst für bestandskräftig erklärt worden. Das Gericht könne somit nur prüfen, ob dabei die Anforderungen gewahrt worden seien, die nach Art. 79 Abs. 3 GG an Verfassungsänderungen gestellt würden. Dies sei jedoch der Fall, da die angegriffenen Regelungen nicht Grundelemente des Gleichheitssatzes verletzten, die nach Art. 79 Abs. 3 GG unantastbar seien. Vielmehr liege ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung von Eigentümern, die Vermögenswerte vor 1949, und solchen, die sie nach 1949 durch Enteignungsmaßnahmen verloren hätten, vor, da dadurch die Wiedervereinigung Deutschlands, die im Grundgesetz den Organen der Bundesrepublik als anzustrebendes Ziel ihrer Politik verfassungsrechtlich vorgegeben gewesen sei, ermöglicht worden sei. Im Hinblick auf dieses Ziel, so das Gericht, und auf seine überragende Bedeutung habe dem Restitutionsausschluß für die Enteignungen vor 1949, auch wenn dies von den Betroffenen als schweres Unrecht empfunden worden sei, der Vorrang vor einer Gleichbehandlung aller Enteignungen eingeräumt werden dürfen. Dies gelte um so mehr, als die Interessen der früheren Eigentümer bei einem Scheitern der Wiedervereinigung ebenfalls nicht hätten befriedigt werden können. Schließlich sei die Einschätzung, ob die Wiedervereinigung in der Tat von der Zustimmung zum Restitutionsausschluß abhängt, Sache der Bundesregierung, der im Bereich der Außenpolitik ein breiter Raum politischen Ermessens zustehe. Dieses könne vom BVerfG nur in sehr geringem Umfang überprüft werden. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, daß die von der Bundesregierung vorgenommene und bis heute aufrechterhaltene Einschätzung, sowohl die DDR als auch die Sowjetunion hätten ihre Zustimmung zur deutschen Wiedervereinigung von der Unumkehrbarkeit der

<sup>114</sup> Vgl. aber Urteil des BVerwG vom 27.6.1996 (7 C 3/96 = NVwZ 1997, 282) zu einer von deutschen Stellen vorgenommenen Enteignung, die gegen ein von der sowjetischen Besatzungsmacht ausgesprochenes Verbot verstieß.

<sup>115</sup> BGBl. 1990 II, 889 ff.

besatzungsrechtlichen und besatzungshoheitlichen Enteignungen abhängig gemacht, nach wie vor nicht als pflichtwidrig angesehen werden könne. Schließlich seien auch keine Anhaltspunkte erkennbar, die dazu Anlaß geben könnten, von der Beurteilung des BVerfG vom 23.4.1991 abzurücken. Auch ergäben sich aus dem Eigentumsschutz, soweit er von Art. 79 Abs. 3 GG umfaßt werde, gegen den Restitutionsausschluß für die Enteignungen der Jahre 1945–1949 keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere führten auch keine völkerrechtlichen Gesichtspunkte zu der Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Regelung. Es sei fraglich, ob eine Bindung der Sowjetunion zu der fraglichen Zeit der Enteignungen an die Haager Landkriegsordnung, deren Art. 46 Abs. 2 verletzt sein könne, tatsächlich zu bejahen sei. Weiterhin sei ebenso zweifelhaft, ob ein Verstoß gegen die Haager Landkriegsordnung zur Nichtigkeit der fraglichen Maßnahmen geführt hätte. Auch sei fraglich, ob Rückgabeansprüche gegen die sowjetische Besatzungsmacht in Betracht gekommen wären. Das BVerfG entschied jedoch, daß diese Fragen keiner Entscheidung bedürften, da derartige Rechtspositionen auch ohne die angegriffenen Regelungen jedenfalls nicht durchsetzbar und damit praktisch wertlos gewesen seien. Schließlich stehe auch der Gesichtspunkt des *ordre public* der Verfassungsgemäßheit der angegriffenen Regelung nicht entgegen. Den Betroffenen habe vor der Wiedervereinigung keine durchsetzbare Rechtsposition zugestanden. Auch ließen sich unter dem Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes aus der auf dem 2. Vermögensrechtsänderungsgesetz beruhenden Fassung des § 1 Abs. 8 a VermögensG 1992 oder aus dem Art. 153 der Weimarer Reichsverfassung keine verfassungsrechtlichen Bedenken ableiten<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Beschluß des BVerfG vom 26.11.1996 (1 BvR 1508/95 = VIZ 1997, 283 ff.) zu Fragen der besatzungshoheitlichen Enteignung aufgrund der Berliner Liste A sowie des Restitutionsausschlusses für Enteignungen im sowjetisch besetzten Sektor von Berlin nach der sog. Berliner Liste A.