

Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1999

*Ludger Radermacher**

Übersicht

(for an English version of this Survey see p. 200)

Seite

I.	Völkerrecht und innerstaatliches Recht	202
II.	Staatsukzession	205
III.	Völkerrechtliche Verträge	206
IV.	Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität	208
V.	Staatsangehörigkeit	209
	1. Erwerb	209
	2. Verlust	211
	3. Staatenlosigkeit	212
VI.	Fremdenrecht:	213
	Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts	213
VII.	Asylrecht	217
	1. Politische Verfolgung	217
	2. Anderweitiger Verfolgungsschutz, Drittstaaten-Regelung	220
	3. Familienangehörige von Asylberechtigten	221
	4. Rechtsstellung der Flüchtlinge	222
VIII.	Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe	226
IX.	Internationaler Menschenrechtsschutz:	232
	Europäische Menschenrechtskonvention	232
	1. Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 Abs.1 EMRK)	232
	2. Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs.1 S.1 EMRK)	233
	3. Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK)	236
	4. Schutz der Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 10 und 11 EMRK)	238
X.	Schutz geistigen Eigentums	239
XI.	Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung	240
XII.	Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen	252

* Referendar am Institut.

Abkürzungen: ABIEG = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; Abs. = Absatz; AG = Amtsgericht; AfnS = Amt für nationale Sicherheit; ARB = Assoziationsratsbeschuß EWG-Türkei; Art. = Artikel; ASlBLG = Asylbewerberleistungsgesetz; AsylVfG = Asylverfahrensgesetz; AuslG = Ausländergesetz; BAG = Bundesarbeitsgericht; BayVbl. = Bayerische Verwaltungsblätter; BB = Betriebsberater; BFH = Bundesfinanzhof; BFHE = Entscheidungen des Bundesfinanzhofes; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; BG = Beamtengegesetz; BGH = Bundesgerichtshof; BGHStE = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; BKiGeldG = Bundeskindergeldgesetz; BNatSchG = Bundesnaturschutzgesetz; BRRG = Beamtenrechtsrahmengesetz; BSG = Bundessozialgericht; BSGE = Entscheidungen des Bundessozialgerichts; BSHG = Bundessozialhilfegesetz; BVerfG = Bundesverfassungsgericht; BVerfGG = Bundesverfassungsgerichtsgesetz; BVerwG = Bundesverwaltungsgericht; BVG = Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts; DDR = Deutsche Demokratische Republik; DÖV = Die öffentliche Verwaltung; DStR = Deutsches Steuerrecht; DVbl. = Deutsches Verwaltungsblatt; EFG = Entscheidungen der Finanzgerichte; EG = Europäische Gemeinschaft; EGV = Vertrag über die Europäische Gemeinschaft; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EStG = Einkommensteuergesetz; EU = Europäische Union; EuGH = Europäischer Gerichtshof; EGMR =

XIII. Europäische Gemeinschaften	253
1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht	253
2. Allgemeines Diskriminierungsverbot	257
3. Unionsbürgerschaft	259
4. Freier Warenverkehr	260
5. Freizügigkeit	264
6. Dienstleistungsfreiheit	270
7. Wettbewerbs- und Kartellrecht	272
8. Umweltpolitik	275
9. Steuerpolitik	279
10. Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Art. 119 EG-Vertrag)	284
11. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften – Türkei	289
12. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EG-Vertrag)	291

Survey

I. International Law and Municipal Law	202
II. Succession of States	205
III. International Treaties	206
IV. Effects and Limits of State Sovereignty	208
V. Nationality	209
1. Acquisition of Nationality	209
2. Loss of Nationality	211
3. Statelessness	212
VI. Legal Status of Aliens:	213
General Aspects of Entry and Residence	213
VII. Asylum Law	217
1. Political Persecution	217
2. Protection Found elsewhere in the State of Persecution, Protection by other States, Third-State-Rule	220
3. Family Members of Refugees	221
4. Legal Status of Refugees	222

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; EuGVÜ = Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen; EuZW = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; EWS = Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; FG = Finanzgericht; GewArch = Gewerbearchiv; GFK = Genfer Flüchtlingskonvention; GG = Grundgesetz; GRUR = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht; GRUR Int. = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International; GVG = Gerichtsverfassungsgesetz; HZÜ = Haager Zivilprozeßübereinkommen; i.S.d. = im Sinne des; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; IPRax = Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts; i.V.m. = in Verbindung mit; IRG = Internationales Rechtshilfegesetz; JZ = Juristenzeitung; LG = Landgericht; 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; NVwZ-RR = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport; NZA = Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht; NZS = Neue Zeitschrift für Sozialrecht; OLG = Oberlandesgericht; OVG = Oberverwaltungsgericht; RIW = Recht der internationalen Wirtschaft; RuStAG = Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz; SED = Sozialistische Einheitspartei Deutschlands; SG = Sozialgericht; SGB = Sozialgesetzbuch; StGB = Strafgesetzbuch; UPR = Umwelt- und Planungsrecht; VBlBW = Verwaltungsblätter Baden-Württemberg; VermG = Vermögensgesetz; VG = Verwaltungsgericht; VGH = Verwaltungsgerichtshof; VIZ = Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht; WpflG = Wehrpflichtgesetz; WRV = Weimarer Reichsverfassung; WuW = Wirtschaft und Wettbewerb; ZBR = Zeitschrift für Beamtenrecht; ZIP = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.

VIII. Extradition and other Forms of International Legal Cooperation	226
IX. International Protection of Human Rights:	232
European Convention on Human Rights	232
1. Right to Freedom and Security (Art. 5 para. 1 ECHR)	232
2. Right to Fair Trial (Art. 6 para. 1 sent. 1 ECHR)	233
3. Right to Family Life/Privacy (Art. 8 ECHR)	236
4. Freedom of Speech, Assembly and Association (Art. 10 and 11 ECHR)	238
X. Protection of Intellectual Property	239
XI. Legal Status of Germany after 1945 and Reunification of Germany	240
XII. Transfer of Sovereign Powers to Inter-Governmental Institutions	252
XIII. European Communities	253
1. Community Law and Municipal Law	253
2. Rule of Non-Discrimination	257
3. Citizenship of the Union	259
4. Free Movement of Goods	260
5. Freedom of Establishment	264
6. Free Movement of Services	270
7. Competition/Antitrust Law	272
8. Environmental Policy	275
9. Fiscal Policy	279
10. Equal Rights for Men and Women (Art. 119 EC Treaty)	284
11. Association Agreement EEC-Turkey	289
12. Reference Procedure (Art. 177 EC Treaty)	291

Vorbemerkung

Im nachfolgenden Bericht¹ wird die Darstellung der deutschen Rechtsprechung zu völkerrechtlichen, europarechtlichen und damit im Zusammenhang stehenden verfassungsrechtlichen Fragen fortgesetzt.² Auch in diesem Jahr wurde die Rechtsprechung zu einzelnen Verträgen nur insoweit aufgenommen, als sie rechtliche Fragen allgemeiner Art oder die Anwendung wesentlicher europäischer Verträge wie der EMRK oder der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften betraf.

Die für den Bericht erforderliche Auswahl und Beschränkung, insbesondere im Bereich des Fremden- und Asylrechts, erfolgte, wie bislang üblich, am Maßstab der Behandlung grundlegender Fragen. Zur Orientierung diente dabei die Bedeutung der Entscheidung für das nationale Recht und das Verhältnis von nationalem Recht und Völkerrecht.

Besonders hingewiesen werden soll auf die Entscheidung des BGH zur Frage, ob der Verurteilung eines Angeklagten durch die deutsche Strafgerichtsbarkeit kraft des Weltrechtsprinzips ein völkerrechtliches Verbot entgegensteht [9], sowie

¹ Der Bericht wurde im Februar 2001 abgeschlossen.

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

auf die Entscheidung des VGH Kassel [18], das in einer kritischen Analyse die Argumentation des BVerwG [17] zum Bestehen eines Terrorismusvorbehalts bei Art. 16 a GG verwirft. Von grundlegender Bedeutung sind auch die Entscheidungen des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der Überführung von Ansprüchen und Anwartschaften aus Zusatz- und Rentenversorgungssystemen der DDR in die gesetzliche Rentenversicherung des wiedervereinigten Deutschlands [44–47] sowie die Bestätigung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Zentralkomitees der SED für vorsätzliche Tötungen von Flüchtlingen durch Grenzsoldaten der DDR durch den BGH [48].

I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht

1. In seinem Urteil vom 25.2.1999 erkannte der BGH (I ZR 118/96 – JZ 1999, 1000 ff.), daß aufgrund der in jüngster Zeit gestiegenen Bedeutung der von öffentlichen Zentralbibliotheken betriebenen Kopienversanddienste es u. a. die Art. 9 Abs. 2 der Revidierten Berner Übereinkunft (im folgenden: RBÜ)³, Art. 9, 13 des TRIPS-Übereinkommens⁴ sowie die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG verlangen, daß der Urheber angemessen am wirtschaftlichen Nutzen seines Werkes zu beteiligen ist. Zugrunde lag dem Urteil eine Klage des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e. V., der sich gegen die Praxis der in Trägerschaft des beklagten Landes stehenden Technischen Informationsbibliothek Hannover wandte, auf Bestellung auswärtiger Nutzer Kopien von Zeitschriftenbeiträgen anzufertigen, die mittels Post oder Fernkopie übersandt wurden. Der BGH führte aus, daß gemäß Art. 9 Abs. 1 RBÜ die Urheber von Werken der Literatur und Kunst, die durch die Berner Übereinkunft geschützt sind, das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung ihrer Werke genießen. Es bleibe nach Art. 9 Abs. 2 RBÜ der Gesetzgebung der Verbandsländer lediglich vorbehalten, die Vervielfältigung in gewissen Sonderfällen zu gestatten, wenn eine solche Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzen würde. Ein solcher Sonderfall sei auch die Vervielfältigung geschützter Werke auf Einzelbestellung im Rahmen eines Kopienversanddienstes. Die berechtigten Interessen der Urheber würden aber unzumutbar beeinträchtigt, wenn diesen bei der Nutzung ihrer Werke durch Kopienversanddienste eine angemessene Beteiligung versagt bliebe. Dies gelte gerade deshalb, weil sich der Kopienversand nunmehr als Vertriebsweg anböte, der nach dem erreichten Stand der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung zur Massennutzung geeignet sei. Die Vorschrift des Art. 9 Abs. 2 RBÜ lasse es in ihrem auf

³ Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9.9.1886, zuletzt revidiert in Paris am 24.7.1971, BGBl. 1973 II 1071, geändert durch Beschluß vom 2.10.1979, BGBl. 1985 II 81.

⁴ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums vom 15.4.1994 (TRIPS-Übereinkommen: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), BGBl. 1994 II 1730.

Sonderfälle beschränkten Anwendungsbereich zu, eine unzumutbare Verletzung der berechtigten Interessen des Urhebers durch die Zuerkennung eines Vergütungsanspruchs zu beseitigen. Den Anforderungen des Konventionsrechts könne nur entsprochen werden, wenn den Urhebern ein zusätzlicher, auf Werknutzungen der streitgegenständlichen Art zugeschnittener Vergütungsanspruch zugestanden werde. Auch aus Art. 9, 13 des TRIPS-Übereinkommens ergebe sich, daß Vervielfältigungen in der hier vorgenommenen Art nicht vom Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers freigestellt werden dürfen, ohne daß diesem ein Anspruch auf eine angemessene Vergütung gewährt werde. Infolge der neueren technischen und wirtschaftlichen Entwicklung sei somit nachträglich eine Gesetzeslücke entstanden, die durch rechtsanaloge Anwendung des § 27 Abs. 2 und 3 UrhG, des § 49 Abs. 1 UrhG sowie des § 54 a Abs. 2 i.V.m. § 54 h Abs. 1 UrhG zu schließen sei.

2. Das OVG Greifswald unterstrich in einem Beschluß vom 22.12.1999 (2 M 99/99 – DVBl. 2000, 1972 ff.), daß auch Kirchengemeinden als rechtlich selbständige Untergliederungen der Kirche eine Verletzung von Rechten der Kirche hinsichtlich ihres Zuständigkeitsbereiches geltend machen können. Bei der Klage gegen eine als Allgemeinverfügung erlassene Bäder- und Fremdenverkehrsregelung vermittele Art. 7 bzw. Art. 23 der in Landesrecht transformierten Staatskirchenverträge des Landes M.-V. mit dem heiligen Stuhl und den evangelischen Landeskirchen den Kirchen ein subjektiv-öffentliches Recht, das über den in Art. 139 WRV gewährleisteten Schutz der staatlich anerkannten Feiertage hinausgehe. Dem Fall zugrunde lag das Begehren zweier Kirchengemeinden auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klagen gegen eine als Allgemeinverfügung erlassene "Bäder- und Fremdenverkehrsregelung". Hiernach dürften Verkaufsstellen in genauer bezeichneten Städten und Gemeinden während der Jahre 1999 bis 2003 vom 1.1. bis zum 30.11. samstags bis 20.00 Uhr und sonn- und feiertags von 11.00 Uhr bis 18.30 Uhr für den Verkauf von Gegenständen des täglichen Gebrauchs sowie von Souvenirartikeln geöffnet sein. Das VG lehnte den Antrag ab, während das OVG auf die dagegen gerichtete Beschwerde die aufschiebende Wirkung bejahte. Das OVG führte aus, daß das Bestehen eines subjektiven Rechts voraussetzt, daß die in Frage stehenden Rechtssätze zumindest auch dem Schutz der Individualinteressen des Klägers zu dienen bestimmt sind. Eine Klagebefugnis lasse sich hier aus Art. 7 bzw. Art. 23 der in Landesrecht transformierten Verträge zwischen dem Land M.-V. und dem Heiligen Stuhl bzw. der Ev. Luth. Landeskirche Mecklenburgs und der Pommerschen Evangelischen Kirche ableiten. Soweit einer vertragsgeschützten Kirche in einem Kirchenvertrag konkret fixierte öffentlich-rechtliche Ansprüche eingeräumt worden seien, könnten diese vom betroffenen Rechtsträger in einemungsverfahren durchgesetzt werden. Die Auslegung der Kirchenverträge lasse auf eine über den durch Art. 139 WRV i.V.m. Art. 9 Abs. 1 Verf. M.-V. gewährleisteten Sonn- und Feiertagsschutz hinausgehende Schutzgewährleistung insoweit schließen, als der Schutz hiermit den Kirchen selbst gewährt werde und nicht etwa nur dem allgemeinen Wohl diene. Die Klagebefugnis stehe dabei auch den einzelnen Kirchengemeinden als rechtlich eigenständigen Untergliederungen der Kirchen zu.

3. Der BGH unterstrich mit Beschluß vom 24.2.1999 (IX ZB 2/98 – JZ 1999, 1117), daß nach dem Maßstab des EuGVÜ⁵ bei der Frage der Zulässigkeit einer Vollstreckbarerklärung einer ausländischen Entscheidung in Deutschland im Hinblick auf das Grundrecht des Bürgen auf Selbstgestaltung seiner Rechtsverhältnisse regelmäßig nur geprüft werden kann, ob der Schuldner wegen besonders krasser struktureller Unterlegenheit durch die Vollstreckbarkeit zweifelsfrei zum wehrlosen Objekt der Fremdbestimmung gemacht wird und hierdurch auf unabsehbare Zeit auf das wirtschaftliche Existenzminimum der Pfändungsfreigrenzen verwiesen wird. Im Fall verbürgte sich ein später nach Deutschland verzogener Franzose für ein Darlehen und wurde nach ausbleibender Tilgung durch das Landgericht Straßburg im Verfahren der einstweiligen Verfügung zur Zahlung verurteilt. Auf Antrag der Gläubigerin ordnete ein für den Schuldner zuständiges deutsches LG an, daß der Beschluß mit der deutschen Vollstreckungsklausel zu versehen ist. Das durch den Schuldner angerufene OLG sah durch die Vollstreckbarerklärung jedoch Art. 27 Nr.1 EuGVÜ verletzt. Dieser Auffassung trat der BGH entgegen. Er führte aus, daß die Entscheidung eines anderen Vertragsstaates nach Art. 34 Abs.2 i.V.m. Art. 27 Nr.1 EuGVÜ dann nicht in Deutschland für vollstreckbar erklärt wird, wenn dies der inländischen öffentlichen Ordnung widerspricht. Gerade die Vollstreckbarerklärung müsse gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts verstoßen, was regelmäßig bei Grundrechtsverletzungen anzunehmen sei. Hingegen sei es in erster Linie Sache des französischen Gerichts, in einem Erkenntnisverfahren und auf der Grundlage französischer Grundrechtsvorstellungen den nach französischem Recht geschlossenen Vertrag in seinem allgemeinen Inhalt im Hinblick auf eine mögliche strukturelle Unterlegenheit einer Vertragspartei zu untersuchen. Es komme einer unzulässigen Überprüfung der Gesetzmäßigkeit einer ausländischen Entscheidung gleich, wenn hier am Maßstab des § 138 Abs.1 BGB geprüft würde, ob nach deutschen Vorstellungen ein Leistungsurteil des vorliegenden Inhalts hätte erlassen werden können. Habe sich die Bundesrepublik Deutschland gegenüber anderen Staaten mit gleichartiger, rechtsstaatlicher und freiheitlich-demokratischer Grundordnung verpflichtet, deren Urteile ohne inhaltliche Überprüfung anzuerkennen, so müsse Entscheidungsmaßstab sein, ob gerade die Unterwerfung des Schuldners unter das ausländische Zahlungsgebot seine Handlungsfreiheit in verfassungswidriger Weise einschränken würde [Es folgt der eingangs erwähnte Leitsatz]. Wegen der durchgeführten streitigen mündlichen Verhandlung liege auch eine Entscheidung i.S. des Art. 25 EuGVÜ vor, da als solche auch einstweilige Verfügungen anerkannt seien, wenn sie aufgrund eines zweiseitig angelegten Verfahrens ergingen.

4. Nach dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 28.1.1999 (5 U 128/98 – ZIP 1999, 1521) ist die Anwendung des § 23 ZPO (Gerichtsstand des Vermögens) für das Eilverfahren nicht durch das EuGVÜ⁶ ausgeschlossen. Nach Art. 24 EuGVÜ

⁵ Übereinkommen der Europäischen Gemeinschaft über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968, BGBl. 1972 II 773, i.d.F. des dritten Beitrittsübereinkommens vom 26.5.1989, BGBl. 1994 II 3707.

⁶ *Ibid.*

könnten im Recht eines Vertragsstaats vorgesehene einstweilige Maßnahmen bei einem Gericht dieses Staats auch dann beantragt werden, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache das Gericht eines anderen Vertragsstaats aufgrund des Übereinkommens zuständig sei. Nur für das Hauptverfahren sei durch Art. 3 Abs. 2 EuGVÜ die Anwendung des § 23 ZPO ausgeschlossen. Eine derartige Einschränkung enthalte Art. 24 EuGVÜ für das einstweilige Verfügungsverfahren aber gerade nicht. Die dadurch entstehende Möglichkeit, daß im Eilverfahren ein nationales Gericht entscheiden könne, das keine Zuständigkeit für das Hauptverfahren habe, sei durch Art. 24 EuGVÜ gerade gedeckt.

5. Der Beklagte läßt sich nach einem Urteil des OLG Frankfurt vom 9.9.1999 (4 U 13/99 – IPRax 2000. 525 ff.) – abweichend von der Regelung des § 39 ZPO – dann rügelos auf das Verfahren i.S. des Art. 18 EuGVÜ⁷ ein, wenn er in seiner schriftlichen Klageerwidern gemäß §§ 275, 277 ZPO zu einem anderen Aspekt als dem der internationalen Zuständigkeit Stellung nimmt. Eine die internationale und örtliche Zuständigkeit begründende Einlassung im Sinne des Art. 18 EuGVÜ liege dann vor, wenn die Rüge der fehlenden Zuständigkeit nach Abgabe derjenigen Stellungnahme erhoben wird, die nach dem innerstaatlichen Prozeßrecht als das erste Verteidigungsvorbringen vor dem angerufenen Gericht zu sehen sei. In dem hier gegebenen Fall der Anordnung einer Frist zur schriftlichen Klageerwidern gemäß §§ 275, 277 ZPO sei diese Klageerwidern ersichtlich das erste Klagevorbringen vor dem angerufenen Gericht. Zwar verlange § 39 ZPO nach innerstaatlichem Recht zur Begründung der von Amts wegen zu prüfenden örtlichen und sachlichen Zuständigkeit ein rügeloses mündliches Verhandeln vor dem an sich unzuständigem Gericht. Daraus ergebe sich jedoch nicht, daß das den Gegenstand der mündlichen Verhandlung bestimmende Verhandeln zur Sache als erstes Verteidigungsvorbringen im Sinne von Art. 18 EuGVÜ zu gelten hätte. Das in seinem Geltungsbereich vorrangige internationale Recht habe durch den EuGH eine klare Definition erfahren, mit der ersichtlich nicht auf die gesamten hochstreitigen Prinzipien der nationalen Rechte der Vertragsstaaten habe verwiesen werden sollen.

II. Staatensukzession

6. Mit Beschluß vom 1.7.1999 (7 B 2/99 – VIZ 1999, 658 ff.) erklärte das BVerwG, daß die Bundesrepublik Deutschland nicht für eine in der ehemaligen DDR vorgenommene und tatsächlich entschädigungslos gebliebene Enteignung völkerrechtlich in der Weise einstehen muß, daß sie die Enteignung rückgängig zu machen hat. Als niederländische Staatsangehörige machte die Klägerin vermögensrechtliche Ansprüche an einem Grundstück geltend, das von der ehemaligen DDR zunächst als ausländisches Vermögen verwaltet und später auf der Grundlage des Aufbaugesetzes enteignet wurde. Die festgesetzte Entschädigung wurde mit den auf den Grundstück lastenden Hypotheken verrechnet. Die nach Abwei-

⁷ *Ibid.*

sung der Klage durch das VG auf die Zulassung der Revision gerichtete Beschwerde blieb mangels geltend gemachter grundsätzlicher Bedeutung erfolglos. Das BVerwG erklärte, daß ein in § 1 Abs. 1 *lit. a* VermG vorausgesetzter entschädigungsloser hoheitlicher Eigentumszugriff nicht gegeben ist, da die Enteignungen nach dem Aufbaugesetz aufgrund des hierzu erlassenen Entschädigungsgesetzes entschädigungspflichtig gewesen sind. Auf einen tatsächlichen Zufluß der Enteignungsentschädigung komme es nach der Rechtsprechung des BVerwG nicht an.⁸ Ein Verstoß gegen die nach Art. 25 GG einen Bestandteil des Bundesrechts bildenden allgemeinen Regeln des Völkerrechts sei schon deshalb nicht gegeben, weil Enteignungen auf dem Gebiet der sowjetischen Besatzungszone und der späteren DDR nicht der Bundesrepublik Deutschland zugerechnet werden könnten. Die Staatsgewalt der Bundesrepublik habe sich nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich auf das seinerzeitige Gebiet der Bundesrepublik beschränkt. Es sei einhellige Auffassung in der völkerrechtlichen Literatur, daß im Falle des Untergangs eines Staates der Nachfolgestaat nicht für Verletzungen des Völkerrechts durch den früheren Staat hafte. Völkerrechtliche Schadensersatz- und Wiedergutmachungsansprüche, die sich gegen den untergegangenen Staat richteten, gingen mit dessen Untergang ebenfalls ersatzlos unter. Das Völkerrecht kenne keine Pflicht, der von einem anderen Staat vorgenommenen entschädigungslosen Enteignung die Anerkennung zu versagen.

III. Völkerrechtliche Verträge

7. Der BGH entschied in seinem Urteil vom 15.12.1999 (I ZR 114/97; „Playboy“ – BGHZ 143, 303 ff.), daß Angehörige von Vertragsstaaten der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ)⁹ sich aufgrund von Art. 5 des Übereinkommens zwischen dem Deutschen Reich und der Schweiz betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz zur Erfüllung des Benutzungszwanges für eine IR-Marke in Deutschland auch auf Benutzungshandlungen berufen können, die in der Schweiz stattgefunden haben. Dem Fall zugrunde lag ein Streit der Parteien über die Verwendung der Bezeichnung „PLAYBOY“ auf dem deutschen Markt. Die Klägerin ist Inhaberin der unter verschiedenen Registernummern und für unterschiedliche Erzeugnisse eingetragenen Wortmarke „PLAYBOY“. Sie nahm die Beklagte, ein französisches Unternehmen des Bekleidungssektors, u. a. auf Einwilligung in die Löschung der von dieser ebenfalls verwendeten Wortmarke „PLAYBOY“ in Anspruch. Die Beklagte verlangte ihrerseits widerklagend von der Klägerin die Einwilligung in die Löschung und Unterlassung der Verwendung der Bezeichnung „PLAYBOY“. Die Revision führte zur Zurückverweisung der Klage an das Berufungsgericht. Eine Schutzzentziehungsreife sei jedenfalls wegen der behaupteten Benutzung der IR-Marken in der Schweiz nicht gegeben, da insoweit das Überein-

⁸ BVerwGE 95, 248 = VIZ 1994, 292 = NJW 1994, 2105.

⁹ Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20.3.1883, RGBl. 1903, 147, zuletzt revidiert durch die Stockholmer Fassung vom 14.7.1967, BGBl. 1970 II, 293, 391.

kommen zwischen dem Deutschen Reich und der Schweiz betreffend den beiderseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz vom 13.4.1892¹⁰ der Beklagten zugute komme. Dieses Übereinkommen sei weder durch den damaligen Vertrag von Rom noch sonst durch Gemeinschaftsrecht berührt worden und habe auch durch das Inkrafttreten des Markengesetzes keine Veränderung erfahren. In Art. 5 des Abkommens werde bestimmt, daß die Rechtsnachteile, welche nach den Gesetzen der vertragschließenden Parteien eintreten, wenn eine Handels- und Fabrikmarke nicht innerhalb einer bestimmten Frist benutzt werde, auch dadurch ausgeschlossen werden sollten, daß die Benutzung in dem Gebiet der anderen Partei erfolge. Aus den für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge geltenden Grundsätzen, nach denen in erster Linie der aus dem Gesamtinhalt, dem Zweck sowie der Entstehungsgeschichte zu ermittelnde Wille der vertragschließenden Parteien maßgeblich sei, folge, daß nicht nur die Benutzung durch den Markeninhaber in seinem Heimatland für eine entsprechende Marke im fremden Staat rechtserhaltend wirke, sondern auch die Benutzung im anderen Vertragsstaat rechtserhaltend für den Heimatstaat wirke. Art. 5 des Übereinkommens bezwecke eine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip. Die Benutzung nur im anderen Vertragsstaat mit der Folge des Rechtserhalts auch im Heimatstaat habe zwar nicht notwendig der staatsvertraglichen Regelung bedurft. Ihre Erfassung i.S. einer Gesamtregelung folge jedoch aus der Aufhebung des Art. 1 des Übereinkommens vom 13.4.1892 durch das Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und der Schweiz vom 26.5.1902¹¹, das im Zusammenhang mit dem Beitritt des Deutschen Reiches zur PVÜ gestanden habe. In der Denkschrift zu diesem Abkommen werde erwähnt, daß der Hauptgrundsatz, welcher die Gleichstellung der beiderseitigen Staatsangehörigen hinsichtlich des gewerblichen Schutzes gewährleiste habe, in den Art. 2 und 3 der PVÜ enthalten sei. Aus der vorgenommenen Änderung müsse geschlossen werden, daß jedenfalls mit dem Änderungsabkommen auch die Benutzung der Marke in einem anderen Vertragsstaat rechtserhaltende Wirkung für den Heimatstaat haben solle, da durch Art. 2 und 3 PVÜ die im Übereinkommen von 1892 nur den eigenen Staatsangehörigen gewährte Gleichstellung durch das Prinzip der Inländergleichbehandlung für alle Angehörigen der Verbandsländer und die ihnen gleichgestellten Gebietsansässigen ersetzt worden sei. Weder Deutschland noch die Schweiz wären – was nicht beabsichtigt gewesen sein könnte – der ihnen nach der PVÜ obliegenden Verpflichtung zur Inländergleichbehandlung der Verbandsstaaten nachgekommen, wenn nicht die Benutzung der Marke im anderen Vertragsstaat mit der Folge des Rechtserhalts im Heimatstaat durch das geänderte Abkommen hätte erfaßt sein sollen. Irrelevant sei daher auch, daß die Beklagte nicht Angehörige der Schweiz oder Deutschlands sei und hier auch keinen Sitz oder eine Niederlassung habe. Insofern müsse das Berufungsgericht eine Feststellung zur Benutzung der IR-Marke durch die Beklagte treffen.

¹⁰ RGBl. 1894, 511 = BIPMZ 1895, 70.

¹¹ RGBl. 1903, 181 = BIPMZ 1903, 132.

8. Das OLG Hamm erklärte mit Zwischenurteil vom 18.3.1999 (18 U 84/98 – RIW 1999, 541 f.), daß völkerrechtliche Verträge zwischen der ehemaligen Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien und der Bundesrepublik Deutschland im Verhältnis von Deutschland zur heutigen Bundesrepublik Jugoslawien (= Serbien-Montenegro) weiterhin wirksam sind. Im zugrundeliegenden Fall ging es um die Frage, ob die jugoslawisch/serbische Klägerin in einem in Deutschland geführten Zivilprozeß Sicherheit wegen der Prozeßkosten leisten müsse. Das Gericht erkannte, daß die Klägerin nach § 110 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO von der Leistung einer Sicherheit freigestellt ist, weil aufgrund völkerrechtlicher Verträge keine Sicherheit verlangt werden kann. Die Klägerin sei Angehörige der sich selbst so nennenden Bundesrepublik Jugoslawien. Die Bundesrepublik Jugoslawien sei als Vertragsstaat des Haager Zivilprozeßübereinkommens (HZPrÜbK)¹² anzusehen. Die frühere Sozialistische Föderative Republik Jugoslawien sei Vertragsstaat dieses Abkommens gewesen. Zwar spreche viel dafür, daß diese Republik durch Dismembration untergegangen sei. Trotz fehlender Identität der Bundesrepublik Jugoslawien folge eine Bindung aus der ausdrücklichen Erklärung dieser Republik, daß sie alle Verpflichtungen, an die die frühere Sozialistische Föderative Republik Jugoslawien gebunden gewesen sei, strikt befolgen werde. Diese verbindliche Erklärung begründe die rechtliche Verpflichtung, sich an das HZPrÜbK zu halten, wie auch die Bundesrepublik Deutschland sich im Verhältnis zur Bundesrepublik Jugoslawien an diese Verpflichtungen weiterhin gebunden fühle. Mithin könne eine Sicherheit wegen der Prozeßkosten nicht verlangt werden (Art. 17 HZPrÜbK).

IV. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität

9. In seinem Urteil vom 30.4.1999 (3 StR 215/98 – BGHSt 45, 65) nahm der BGH aus Anlaß der Verurteilung eines bosnischen Serbens wegen Völkermordes zu der Frage Stellung, ob der Verurteilung des Angeklagten durch die deutsche Strafgerichtsbarkeit kraft des Weltrechtsprinzips des § 6 Nr. 1 StGB bzw. nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB ein völkerrechtliches Verbot entgegensteht. Dies wird verneint: Ein solches Verbot ergebe sich insbesondere nicht aus Art. VI der Völkermordkonvention (Genozid-Konvention)¹³, der die Aburteilung durch ein Gericht des Tatortstaates oder einen internationalen Gerichtshof vorsehe. Aus der Entstehungsgeschichte wie auch aus der in Art. 1 der Genozid-Konvention übernommenen Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Ächtung und Bestrafung des Völkermordes folge, daß diese Regelung nicht abschließend sei und die Aburteilung durch ein anderes nationales Gericht als das des Tatortes nicht verbiete. Eine effektive Strafverfolgung durch den Tatortstaat sei häufig deshalb nicht zu erwarten, weil besonders schwerwiegende Fälle des Völkermordes durch den Heimatstaat selbst oder wenigstens mit dessen Duldung begangen würden. Zudem habe es an dem in der Genozid-Konvention vorgesehenen internationalen Straf-

¹² Haager Zivilprozeßübereinkommen vom 1.3.1954, BGBl. 1958 II 576.

¹³ Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9.12.1948, BGBl. 1954 II 730.

gerichtshof bis zur Errichtung des Jugoslawien-Tribunals im Jahre 1993, des Ruanda-Tribunals im Jahre 1994 und des Ständigen Internationalen Gerichtshofes durch das – noch nicht in Kraft getretene – Römische Statut vom 17.7.1998¹⁴ gefehlt. Die in Art. 9 Abs.1 des Statuts des Jugoslawien-Strafgerichtshof vorgesehene konkurrierende Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte für die Verfolgung des Völkermordes bestätige diese Auslegung, da die Anklagebehörde beim Tribunal hierunter neben der Gerichtsbarkeit des Tatortstaates auch die jedes anderen Staates verstehe. Auch habe der Internationale Gerichtshof (IGH) in Den Haag im Rahmen eines von Bosnien-Herzegowina gegen die Bundesrepublik Jugoslawien angestrebten Klageverfahrens am 11.7.1996 in einem Zwischenurteil entschieden, daß die in die Genozid-Konvention aufgenommenen Rechte und Pflichten *erga omnes* gälten und die Verpflichtung jedes Staates, das Verbrechen des Völkermordes zu verhüten und zu bestrafen, durch die Konvention nicht territorial begrenzt sei.¹⁵ Das in der Völkermordkonvention nicht vorgeschriebene Weltrechtsprinzip bedeute daher nur, daß die Vertragsstaaten nicht verpflichtet seien, dieses Prinzip einzuführen. Ihnen sei es jedoch völkerrechtlich nicht verwehrt, bei der Verfolgung des Völkermordes innerstaatlich mehr zu tun als das völkerrechtliche Minimum. Zudem liege wegen des längeren ständigen Aufenthaltes des Angeklagten in der Bundesrepublik Deutschland ein Inlandsbezug vor, so daß mit der Strafverfolgung nicht gegen das Nichteinmischungsprinzip verstoßen werde. Zu Unrecht jedoch habe das OLG unter Verkennung der Tatbestandsstruktur und der Schutzrichtung des §220 a StGB die Taten des Angeklagten als tatmehrheitlich begangene Verbrechen des Völkermordes gewertet. Der Gesetzgeber habe sich bei der Formulierung der Vorschrift bewußt an Art. II der Genozid-Konvention angelehnt. §220 a StGB sei Spiegelbild des sich nach dem 2. Weltkrieg entwickelnden Verständnisses des Genozids als Teil des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Schutzgüter dieser Vorschriften seien nicht die Individualinteressen der von den objektiven Tathandlungen betroffenen einzelnen Personen, sondern die soziale Existenz der verfolgten nationalen, rassischen, religiösen oder durch ihr Volkstum bestimmten Gruppe als solcher. Daraus folge, daß die verschiedenen Begehungsweisen des §220 a Abs.1 Nr.1 bis 5 StGB keine selbständigen Tatbestände, sondern Tatmodalitäten desselben von der Völkermordabsicht des Täters geprägten Verbrechens darstellten.

V. Staatsangehörigkeit

1. Erwerb

10. Das OVG Bremen entschied mit Urteil vom 18.5.1999 (1 HB 497/98 – NVwZ-RR 2000, 58), daß das Wohlwollensgebot des Art. 34 S.1 der Genfer

¹⁴ Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.7.1998, UN-Doc. A/CONF.183/9.

¹⁵ International Court of Justice, Reports 1996, 595, 616.

Flüchtlingskonvention (Genf-Konv.)¹⁶ es ausschließt, die Einbürgerung eines staatenlosen Konventionsflüchtlings allein deshalb abzulehnen, weil dieser nur über eine Aufenthaltsbefugnis nach § 70 AsylVfG verfügt. Bei der Ermessensentscheidung über seine Einbürgerung sei auch ein mehrjähriger Aufenthalt in Deutschland vor Eintritt der Staatenlosigkeit und vor Beginn des Verfahrens zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft in die Abwägung einzustellen. Zugrunde lag der Fall eines 1979 zu Studienzwecken eingereisten türkischen Staatsbürgers. Sein 1995 gestellter Asylantrag wurde zwar abgelehnt; jedoch wurde festgestellt, daß die Voraussetzungen des § 51 AuslG hinsichtlich der Türkei vorlagen. Der Kläger wurde 1997 durch die Türkei ausgebürgert. Ein Antrag des Klägers auf Einbürgerung wurde auch im Widerspruchsverfahren und vor dem VG abgelehnt. Das OVG hielt einen Anspruch auf Neubescheidung für gegeben, da die Einbürgerung ermessensfehlerhaft versagt worden sei. Es führte aus, daß der an sich bei der nach § 8 RuStAG zu treffenden Einbürgerungsentscheidung bestehende weite Ermessensspielraum bei Flüchtlingen i.S. der Genf-Konv. und bei Staatenlosen durch Art. 34 S. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge bzw. Art. 32 S. 1 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen (StlÜbk)¹⁷ eine Einengung erfährt. Hieraus sei ein innerstaatlich unmittelbar anwendbares Wohlwollensgebot ableitbar, das Behörden und Gerichte binde und auf das die begünstigten Personen einen unmittelbaren Anspruch hätten. Ein staatliches Interesse an der Einbürgerung dieser Personen sei wegen ihres gruppentypischen Schicksals vorgezeichnet und könne nur abgelehnt werden, wenn überwiegende staatliche Belange entgegenständen. Die Ermessensausübung sei hier fehlerhaft gewesen, weil die Einwanderungsbehörde ohne Abwägung mit widerstreitenden öffentlichen Interessen davon ausgegangen sei, daß Konventionsflüchtlings mit einer Aufenthaltsbefugnis nach § 70 AsylVfG die Einbürgerung generell zu versagen sei. Ermessensfehlerhaft sei es im übrigen auch, wenn die Einwanderungsbehörde der Auffassung gewesen sein sollte, daß das öffentliche Interesse an der Einbürgerung regelmäßig dann zurückzutreten habe, wenn ein verfestigter aufenthaltsrechtlicher Status nicht vorliege. Das Wohlwollensgebot werde in sein Gegenteil verkehrt, wenn das öffentliche Interesse aufgrund eines Kriteriums verneint werde, das unmittelbar an die Flüchtlingseigenschaft anknüpfe. Die Verleihung einer nur befristeten Aufenthaltsbefugnis sei nämlich unmittelbare Folge des Flüchtlingsstatus. Es sei zwar nicht generell ausgeschlossen, eine bestimmte Mindestdauer des Aufenthaltes oder andere Merkmale für das Hineinwachsen in die hiesigen Lebensverhältnisse zur Voraussetzung für eine Einbürgerung zu machen. Jedenfalls aber seien die Besonderheiten des Einzelfalles angemessen zu berücksichtigen. Dabei komme es nicht auf die ursprünglich mit dem Aufenthalt verfolgten Zwecke an, sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Einbürgerung.

¹⁶ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, BGBl. 1953 II 559, ergänzt durch das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967, BGBl. 1967 II 1293.

¹⁷ Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954, BGBl. 1976 II 473.

2. Verlust

11. In seinem Urteil vom 4.5.1999 entschied das BVerwG (1 C 1/98 – NVwZ-RR 1999, 687 ff.), daß ein bisher im Westen Deutschlands wohnender deutscher Staatsangehöriger polnischer Abstammung nicht gemäß § 25 Abs. 1 RuStAG die deutsche Staatsangehörigkeit verloren hat, wenn er sich 1948 in den damals unter polnischer Verwaltung gestellten Oder-Neiße Gebieten angesiedelt und auf seinen Antrag die polnische Staatsbürgerschaft erworben hat. Die 1962 in Polen geborene Klägerin begehrt die Feststellung ihrer deutschen Staatsangehörigkeit. Ihre Mutter wurde 1937 im damaligen Gebiet des deutschen Reiches geboren. Ihr Vater ist polnischer Staatsangehöriger. Beide schlossen 1968 in Polen die Ehe. Die Klägerin selbst heiratete 1982 einen polnischen Staatsangehörigen. Die Großeltern der Klägerin mütterlicherseits wurden in einer Aufgebotsverhandlung vom 28.2.1916 als "Staatsangehörige in Preußen" bezeichnet. Am 18.7.1989 meldete sich die Klägerin in Berlin im Durchgangslager für Aussiedler und Zuwanderer. Mit einem an das Bundesverwaltungsamt gerichteten Schreiben und unter Abgabe der Erklärung gemäß Art. 3 Abs. 1 RuStAÄndG 1974 machte sie geltend, daß sie die "BRD Bürgerschaft" erwerben wolle. Die Beklagte lehnte eine solche Feststellung ab. Die Klage auf Feststellung ihrer deutschen Staatsangehörigkeit führte in der Revision teilweise zum Erfolg. Das BVerwG führte aus, daß die Klägerin die deutsche Staatsbürgerschaft nicht durch eine Erklärung nach Art. 3 RuStAÄndG 1974 erworben hat [wird ausgeführt]. Zu Unrecht habe das OVG angenommen, daß die Mutter der Klägerin die deutsche Staatsangehörigkeit jedenfalls im Jahr 1948 nach §§ 17 Nr. 2, 25 Abs. 1 RuStAG aufgrund des Erwerbs der polnischen Staatsangehörigkeit verloren habe. Nach §§ 17 Nr. 2, 25 Abs. 1 RuStAG a.F. habe ein Deutscher ohne Wohnsitz oder dauerhaften Aufenthalt im Inland seine Staatsangehörigkeit mit dem Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit verloren, wenn dieser Erwerb auf seinen Antrag oder auf Antrag des Ehemannes oder des gesetzlichen Vertreters erfolgt sei. Unter dem Begriff des Inlands i.S. des § 25 Abs. 1 RuStAG a.F. sei – insoweit in Parallele zu den im Potsdamer Abkommen vom 2.8.1945 definierten Grenzen Deutschlands – das Gebiet des deutschen Reiches in den Grenzen vom 31.12.1937 verstanden worden. § 25 Abs. 1 RuStAG a.F. gelte somit nicht für den Erwerb der polnischen Staatsangehörigkeit durch einen deutschen Staatsangehörigen, wenn dieser sich dauerhaft in dem unter polnische Verwaltung gestellten, jedoch noch innerhalb der Grenzen des deutschen Reiches vom 31.12.1937 befindlichen Gebiet niedergelassen habe. Zu klären sei, ob die Mutter der Klägerin mit ihrer Geburt als eheliches Kind im Jahre 1937 gemäß § 4 Abs. 1 Halbs. 1 RuStAG a.F. die deutsche Staatsangehörigkeit erworben habe. Dies setze die deutsche Staatsangehörigkeit des Großvaters mütterlicherseits voraus. Dieser habe 1916 die deutsche Staatsangehörigkeit besessen. Er könnte diese jedoch aufgrund der Bestimmungen des Versailler Vertrages¹⁸ sowie der Bestimmungen des Minderheitenschutzvertrages zwischen den alliierten und assoziierten

¹⁸ Friedensvertrag von Versailles vom 28.6.1919, RGBl. 479.

Hauptmächten und Polen vom 28.6.1919 und des deutsch-polnischen Abkommens über Staatsangehörigkeits- und Optionsfragen vom 30.8.1924¹⁹ – Wiener Abkommen – verloren haben. Dies sei möglich im Falle einer Option für die polnische Staatsangehörigkeit nach Art. 91 Abs.4 des Versailler Vertrages bzw. bei Beibehaltung der Staatsangehörigkeit nach Art. 7 Abs.4 des Wiener Abkommens. Ergebe sich danach der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit der Mutter der Klägerin durch Geburt, so sei weiter zu klären, ob sie die Staatsangehörigkeit vor der Geburt der Klägerin durch Entlassung nach den §§ 17 Nr.1, 23 RuStAG a.F. verloren habe. Nach § 17 Nr.5 RuStAG a.F. habe die Klägerin die deutsche Staatsbürgerschaft jedenfalls nicht verloren. Eine dort vorausgesetzte wirksame Legitimation des nichtehelichen Kindes sei nach den Vorschriften des deutschen internationalen Privatrechts zu beurteilen. Nach dem danach maßgeblichen polnischen Recht als Heimatrecht des Vaters gebe es keine Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern. Nach der Senatsrechtsprechung zu § 5 RuStAG a.F.²⁰ sei jedoch für den Staatsangehörigkeitserwerb vorauszusetzen, daß der maßgebende Rechtsvorgang des ausländischen Rechts innerstaatlich als Legitimation gewertet werden könne. Dies sei mangels Geltung einer Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern in Polen nicht möglich.

3. Staatenlosigkeit

12. Das FG Köln entschied in seinem Urteil vom 10.6.1999 (2 K 93/99 – EFG 1999, 1139), daß ein Staatenloser hinsichtlich des Kindergeldes ab dem 1. Januar 1996 einem Deutschen gleichgestellt ist. Die entgegenstehende Rechtsprechung des BSG sei aufgrund der Ausgestaltung des Kindergeldes als einer Steuervergütung überholt. Die Regelung des § 62 Abs.2 S.1 EStG, wonach ein Ausländer nur dann Anspruch auf Kindergeld hat, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Aufenthaltserlaubnis ist, gelte für den lediglich eine Aufenthaltsbefugnis besitzenden Kläger nicht, da dieser im Streitfall aufgrund des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen (Staatenlosenübereinkommen – StlÜbk -)²¹ einem Deutschen gleichgestellt sei. Eine explizite Anerkennung als Staatenloser sei weder durch das Übereinkommen vorgesehen noch werde sie vom Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge überhaupt ausgesprochen. Sie sei daher keine Voraussetzung, um sich auf das StlÜbk berufen zu können. Art. 29 StlÜbk stelle Staatenlose hinsichtlich der steuerlichen Lasten den Staatsangehörigen des Wohnsitzstaates gleich. Eine Berufung auf diese Vorschrift sei dem Kläger möglich, nachdem das Kindergeld seit der Neugestaltung durch das JStG 1996 als Steuervergütung (§ 31 S.3 EStG) und nicht mehr als Sozialleistung gezahlt werde. Eine Einschränkung des Art.29 StlÜbk durch Art.24 Abs.1 Buchst. b Doppelbuchst. ii StlÜbk bestehe nicht. Nach dieser Vorschrift sei

¹⁹ RGBl. 1925 II, 33.

²⁰ BVerwGE 68, 22.

²¹ Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954, BGBl. 1976 II 473.

Staatenlosen die gleiche Behandlung wie den eigenen Staatsangehörigen in bezug auf die soziale Sicherheit zu gewähren, vorbehaltlich besonderer innerstaatlicher Rechtsvorschriften über Leistungen oder Leistungsteile, die ausschließlich aus öffentlichen Mitteln bestritten werden. Die Anwendung dieser Vorschrift durch das BSG auf das Kindergeld nach dem Bundeskindergeldgesetz sei durch die Neuregelung des Kindergeldes überholt.

VI. Fremdenrecht

Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts

13. Das BayObLG betonte in einem Beschluß vom 18.06.1999 (4 St RR 51/99 – StV 2000, 368f.), daß der Begriff des Vertragsstaats des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ)²² nur solche Staaten erfaßt, in denen das Abkommen bereits in Kraft getreten ist. Das Fehlen der Bekanntmachung des Inkrafttretens des Beitritts eines Landes zum SDÜ im deutschen Bundesgesetzblatt sei für die Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht ohne Belang und stelle keinen Verstoß gegen die *nulla poena sine lege* Regel dar. Art. 82 Abs.2 S.1 Grundgesetz verlange bei Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen lediglich die Angabe des Inkrafttretens mit einer hinreichenden Bestimmtheit. Zu befinden hatte das Gericht über zwei Einschleusungsfälle, die einerseits die Einschleusung rumänischer Staatsbürger aus Tschechien über Österreich nach Italien im November 1997, zum anderen die Einschleusung rumänischer Staatsbürger im Dezember 1997 aus Tschechien nach Österreich betrafen. Das Gericht führte aus, daß eine Strafbarkeit des Schleusers im ersten Fall schon nach dem insoweit einschlägigen § 92 a Abs.4 AuslG nicht gegeben ist, weil für Österreich das SDÜ erst am 1.12.1997 in Kraft getreten ist. Für die Weiterschleusung von Österreich nach Italien scheitere die Strafbarkeit an dem in § 92 a Abs.4 AuslG enthaltenen Erfordernis, daß in Italien dem § 92 Abs.1 Nr.1 und Nr.6 AuslG entsprechende Vorschriften bestehen müssen. Hingegen ergebe sich die Strafbarkeit des Schleusers im zweiten Fall daraus, daß zum Tatzeitpunkt das SDÜ in Österreich in Kraft getreten sei und auch eine dem § 92 Abs.1 Nr.1 AuslG entsprechende Strafbestimmung existiere. Eine Verletzung des *nulla poena sine lege* Grundsatzes folge nicht daraus, daß zur Tatzeit das Inkrafttreten des Beitritts Österreichs zum SDÜ noch nicht im Bundesgesetzblatt bekannt gemacht worden sei. Es zähle allein, daß die Strafbarkeit der Einschleusung auf einem zur Tatzeit bestehenden Gesetz beruhe, dessen Anwendbarkeit im konkreten Fall allein davon abhängе, daß das Inkrafttreten des Beitritts Österreichs zum SDÜ mittels einer förmlich gesetzten Rechtsnorm verkündet worden sei. Das hierfür erforderliche Zustimmungsgesetz

²² Übereinkommen 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, BGBl. 1993 II 1013.

habe der Deutsche Bundestag am 13.5.1997 beschlossen und am gleichen Tage ausgefertigt sowie im Bundesgesetzblatt verkündet. Zwar habe nach dem auch bei Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen Anwendung findenden Art. 82 Abs. 2 S. 1 GG jedes Gesetz den Tag seines Inkrafttretens zu bestimmen. Jedoch sei bei einem Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag das Inkrafttreten dieses Vertrages aufschiebend bedingt und hänge davon ab, ob und wann der völkerrechtliche Vertrag selbst verbindlich werde. Art. 82 Abs. 2 S. 1 GG verlange im übrigen lediglich, daß der Zeitpunkt des Inkrafttretens eines Gesetzes mit hinreichender Bestimmtheit zu regeln sei. Dem Rechtsstaatsprinzip sei bereits dann Genüge getan, wenn der Rechtsunterworfenen verlässlich vom Inhalt einer Rechtsnorm Kenntnis erlangen könne. Hierfür genüge die Kenntnis des Inhalts der völkerrechtlichen Vereinbarung mit Österreich, der erfolgten Zustimmung Deutschlands sowie des Umstandes, daß der Zeitpunkt des Inkrafttretens von der noch ausstehenden Ratifizierung anderer Staaten abhängig sei.

14. Mit Urteil vom 30.3.1999 entschied das OVG Hamburg (OVG Bf VI 25/96 – InfAuslR 1999, 536 ff.), daß die Vorschriften der UN-Kinderkonvention²³ in der Bundesrepublik Deutschland innerstaatlich keine Anwendung finden und damit keine ausländerrechtlichen Individualrechte gewähren. Kläger war ein 1983 geborener togoischer Staatsangehöriger, der 1995 über einen bestellten Amtsvormund die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis und hilfsweise die Erteilung einer Duldung beantragte. Mit Bescheid vom 21.6.1995 lehnte dies die Beklagte unter Androhung der Abschiebung ab. Die hiergegen eingelegten Rechtsmittel blieben erfolglos. Das Gericht erklärte, daß das Ausländerrecht zwar in diesem Fall keine Ansprüche auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis gewährt, jedoch nicht die Erteilung einer solchen Befugnis aufgrund anderer Rechtsgrundlagen sperrt. Allerdings ergebe sich aus dem Grundgesetz und namentlich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kein unmittelbarer Grundsatz des Inhalts, daß im Rahmen ausländerrechtlicher Entscheidungen über den Aufenthalt eines unbegleiteten Minderjährigen die Frage des Kindeswohls in der Weise zu berücksichtigen sei, daß eine Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen sei. Auch die UN-Kinderkonvention schaffe keine Rechtsansprüche, da sie in der Bundesrepublik Deutschland innerstaatlich keine Anwendung finde und keine ausländerrechtlichen Individualrechte gewähre. Dies folge aus Nrn. I und IV der von der Bundesrepublik Deutschland bei der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde abgegebenen Erklärung²⁴, nach der das Übereinkommen lediglich völkerrechtliche Staatenverpflichtungen begründe und nichts in dem Übereinkommen dahin ausgelegt werden könne, daß die widerrechtliche Einreise eines Ausländers in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland oder dessen widerrechtlicher Aufenthalt dort erlaubt sei. Diese Erklärung sei ein rechtlich relevanter und zulässiger Vorbehalt i.S.d. Art. 51 der UN-Kinderkonvention. Nach der maßgeblichen Begriffsbestimmung des Art. 2

²³ Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, in Kraft getreten am 9.2.1990. Für Deutschland in Kraft getreten durch Gesetz vom 17.2.1992, BGBl. 1992 II 121.

²⁴ BGBl. 1992 II 990.

Nr. 1 *lit. d* des Wiener Übereinkommens vom 23.5.1969 über das Recht der Verträge²⁵ bedeute "Vorbehalt" eine wie auch immer formulierte oder bezeichnete, von einem Staat bei der Unterzeichnung, Ratifikation, Annahme oder Genehmigung eines Vertrages oder bei dem Beitritt zu einem Vertrag einseitig abgegebene Erklärung, durch die der Staat bezwecke, die Rechtswirkungen einzelner Vertragsbestimmungen in der Anwendung auf diesen Staat auszuschließen oder zu ändern. Verstoßen werde dabei nicht gegen Art. 51 Abs. 2 UN-Kinderkonvention, da der Vorbehalt nur einzelne Bestimmungen des Abkommens betreffe und deshalb mit Sinn und Zweck des Abkommens nicht unvereinbar sei. Auch die Regelungen des Minderjährigenschutzabkommens seien nicht einschlägig, da sie sich lediglich auf den zivilrechtlichen Schutz von Minderjährigen und nicht auf Maßnahmen nach dem Ausländergesetz bezögen. Die nach der Kollisionsregel des Art. 1 dieses Abkommens zuständigen Behörden hätten darüber hinaus nach Art. 2 ohnehin das innerstaatliche Recht und damit auch das Ausländerrecht anzuwenden. Auch aus Art. 8 EMRK sei nach der Rechtsprechung des BVerwG nicht die Verpflichtung zu entnehmen, die Wahl des Wohnsitzes zu achten und dem Ausländer Einreise und Aufenthalt zu ermöglichen.²⁶ Aus § 53 Abs. 4 AuslG i.V.m. Art. 3 oder 8 EMRK folge die Unzulässigkeit der Abschiebung schon deshalb nicht, weil eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung des Klägers auch dann nicht vorliege, wenn er in Togo auf sich allein gestellt sei. Art. 8 EMRK könne schon deshalb nicht betroffen sein, weil § 53 Abs. 4 AuslG lediglich zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse erfasse und der Vollzug der Abschiebung als Eingriff in das Privatleben des Klägers allenfalls die Verletzung eines geschützten Rechts in der Bundesrepublik Deutschland darstellen könne.

15. In seinem Urteil vom 2.8.1999 stellt der hessische VGH (12 UE 1471/99 – GewArch 2000, 21 ff.) klar, daß die Rückbeförderungspflicht eines Beförderungsunternehmers betreffend eines von ihm beförderten und an der Grenze zurückgewiesenen Ausländers nicht von einem Verschulden abhängt. Die Klagebefugnis eines ausländischen Luftverkehrsunternehmens ergebe sich jedenfalls aufgrund eines möglichen Eingriffs in die ihm durch die Betriebsgenehmigung i.V.m. einem zweiseitigen Luftverkehrsabkommen gewährte, öffentlich-rechtliche Rechtsposition. Streitgegenstand waren dem Kläger, einem in Bahrain ansässigen Luftverkehrsunternehmen, auferlegte Personalkosten für die amtliche Begleitung zweier von ihm beförderter Ausländer auf den Fahrten zwischen Flughafen und Polizeigewahrsam. Das Gericht führte aus, daß die Klagebefugnis des ausländischen Luftverkehrsunternehmens sich aus der nach den §§ 20, 21 a S. 1 Luftverkehrsgesetz²⁷ verliehenen Betriebsgenehmigung i.V.m. den Bestimmungen des Abkommens über die Internationale Zivilluftfahrt vom 7.12.1944²⁸ – ICAO – und des zu ihren Gunsten anwendbaren, am 5.11.1993 in Kraft getretenen deutsch-bahraini-

²⁵ Gesetz vom 3.8.1985, BGBl. II 926.

²⁶ Urteil vom 9.12.1997 – 1 C 12.96, BVerwGE, Bd. 106, 13.

²⁷ Luftverkehrsgesetz vom 1.8.1922, RGBl. I 681; zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.08.1998, BGBl. I 2431 – LuftVG.

²⁸ Gesetz vom 7.4.1956, BGBl. II, 411.

schen Luftverkehrsabkommen vom 18.06.1991²⁹ ableiten läßt. Auch wenn in diesem Abkommen überwiegend Rechte der Vertragsparteien, also der Bundesrepublik Deutschland und des Staates Bahrain, vereinbart worden seien, ergäben sich doch aus den einzelnen Vertragsbestimmungen subjektive Rechtspositionen der Klägerin. Auch sprächen gewichtige Gründe dafür, daß die Klägerin als ausländische juristische Person jedenfalls in begrenztem Umfang am Schutz der Grundrechte teilhaben könne. Aus einem Umkehrschluß zu Art. 19 Abs.3 GG folge nicht zwingend, daß Grundrechtsschutz nur inländischen juristischen Personen zu gewähren sei. Zu berücksichtigen sei nunmehr, daß aufgrund zahlreicher Abkommen mit ausländischen Staaten ausländischen natürlichen und juristischen Personen in weitem Umfang die Inanspruchnahme subjektiver Freiheitsrechte und wirtschaftlicher Betätigungsrechte gewährt worden sei. Das allgemeine Freiheitsrecht des Art. 2 Abs.1 GG gewinne so für ausländische juristische Personen eine ähnliche Geltung wie das Deutschengrundrecht des Art. 12 GG für Deutsche. In materieller Hinsicht hafte die Klägerin gemäß §§82 Abs.3 S.1, 83 Abs.2 Nr.3 i.V.m. Abs.1 Nr.3 AuslG für die Kosten der Rückbeförderung. Die Rückbeförderungspflicht sei Teil der auf europäischer Ebene verabredeten Maßnahmen zur Verhinderung illegaler Einwanderung und als solche sowohl mit Art. 33 der Genfer Konvention³⁰ wie auch mit sonstigem Völkerrecht vereinbar.

16. Ebenfalls zur Rückbeförderungspflicht des Luftfahrtunternehmers äußerte sich das BVerwG mit Urteil vom 23.11.1999 (1 C 12.98 – GewArch 2000, 324f.). Das Gericht entschied, daß die Verpflichtung des Luftfahrtunternehmers, an der Grenze zurückgewiesene Fluggäste zurückzubefördern, seine Betriebsrechte nicht berührt. Diese würden auch nicht durch das Grundrecht auf Asyl und die Genfer Flüchtlingskonvention erweitert. Die Präambel des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Demokratischen Republik Algerien über den Luftverkehr vom 6.5.1976³¹ bestimme, daß beide Vertragsparteien von den Grundsätzen und Bestimmungen des am 7.12.1944 in Chicago unterzeichneten Abkommens über die Internationale Zivilluftfahrt ausgingen³². Dieses Abkommen sehe in Art. 13 vor, daß die Gesetze eines Vertragsstaates u.a. über den Ein- und Ausflug von Fluggästen zu befolgen seien. Nach Standard 3.36 des Anhangs 9 zu diesem Abkommen stelle jeder Vertragsstaat sicher, daß eine Person, die nicht einreisen dürfe, in die Aufsicht des Beförderers zurücküberstellt werde. Die Betriebsrechte der Klägerin seien somit von vornherein durch die deutschen Einreise- und Beförderungsbestimmungen inhaltlich beschränkt. Das Grundrecht auf Asyl erweitere diese Betriebsrechte nicht, zumal die hier fraglichen Regelungen auch erst griffen, nachdem der Ausländer Gelegenheit hatte, einen Asylantrag zu stellen. Eine Einreiseverweigerung könne nach §18 a Abs.4 S.7 AsylVfG vor Abschluß des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht vollzogen werden.

²⁹ Gesetz vom 27.04.1993, BGBl. II 818.

³⁰ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, BGBl. 1953 II 559, ergänzt durch das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967, BGBl. 169 II 1293.

³¹ BGBl. II 1979, 353, 896.

³² BGBl. II 1956, 411, 934.

VII. Asylrecht

1. Politische Verfolgung

17. In zwei am gleichen Tage verkündeten Urteilen erklärte das BVerwG, daß das Asylgrundrecht des Art. 16 a GG unter einem Terrorismusvorbehalt steht. Wegen der Ähnlichkeit der zugrundeliegenden Sachverhalte wird nur eines dieser Urteile in der Argumentation nachgezeichnet. Lediglich einige ergänzende Argumentationsstränge des zweiten Urteils werden skizziert. Im Mittelpunkt der Entscheidung des BVerwG vom 30.3.1999 (9 C 31/98 – NVwZ 1999, 1346 ff.) stand die Frage nach den Voraussetzungen und Wirkungen des in § 51 Abs. 3 AuslG normierten Ausschlusses des Anspruchs auf Abschiebungsschutz für politische Flüchtlinge i.S. des § 51 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 2 AuslG. Kläger war ein türkischer Staatsangehöriger kurdischer Volkszugehörigkeit, der im September 1989 in die Bundesrepublik Deutschland einreiste und dort Asyl mit der Begründung beantragte, daß er in seinem Wohnort Sympathisant der TDKP (Türkische Revolutionäre Kommunistische Partei) und seit 1986 aktives Mitglied der GKB (Genc Komünistler Birliği) gewesen sei. Nachdem das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge den Asylantrag abgelehnt hatte, verwies der Kläger in einem hiergegen gerichteten Klageverfahren auf seine auch dem türkischen Geheimdienst bekannte Betätigung für die Arbeiterpartei Kurdistans und ihre Unterorganisation Nationale Befreiungsfront Kurdistan (PKK). Wegen dieser Betätigung habe er sich in Deutschland in einem Prozeß vor dem LG Rottweil verantworten müssen. Die Revision des Klägers blieb ohne Erfolg. Das BVerwG führte aus, daß die Bestimmung des § 51 Abs. 3 AuslG nicht nur den Anspruch auf Abschiebungsschutz nach § 51 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 2 AuslG ausschließt, sondern zugleich den Asylanspruch nach Art. 16 a GG beschränkt. Dies bedeute, daß der Asylantragsteller, der vor einer bestandskräftigen Anerkennung den Tatbestand des § 51 Abs. 3 AuslG verwirklicht habe, seine Anerkennung als Asylberechtigter nicht mehr verlangen könne. Verfassungsrechtlich sei dieses Ergebnis nicht zu beanstanden, da das Asylgrundrecht hier mit dem Verfassungswert der Sicherheit des Staates als verfaßter Ordnungs- und Friedensmacht kollidiere und auch für die Gewährung des Asylrechts eine Opfergrenze bestehe, die unter Abwägung prinzipiell gleichrangiger Güter und unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu ziehen sei. Eine Lösung im Wege praktischer Konkordanz sei hier nicht auf einer Art Mittelweg möglich, da das den abwehrrechtlichen Kern des Asylgrundrechts bildende Abschiebungsverbot seinem Wesen nach nicht teilbar sei. Die Entscheidung des Gesetzgebers für einen präventiven Schutz dokumentiere zudem, daß er eine ausschließlich repressive Reaktion durch den Einsatz strafrechtlicher Mittel für unzureichend gehalten habe. Unter der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland sei bei der gebotenen engen Auslegung in Abgrenzung vom polizeirechtlichen Begriff der öffentlichen Sicherheit nur die innere und äußere Sicherheit des Staates zu verstehen. Die innere Sicherheit umfasse den Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen. Diese

sei auch gefährdet durch gewalttätige Auseinandersetzungen zwischen verfeindeten Volksgruppen in der Bundesrepublik Deutschland. Ein Ausländer selbst könne eine Gefahr für die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland dadurch darstellen, daß er eine Organisation unterstütze, die ihrerseits die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährde. Dies sei v. a. dann der Fall sei, wenn die Organisation aus diesem Grunde nach Vereinsrecht verboten sei. Die Unterstützung müsse jedoch in qualifizierter Weise entweder durch eigene Gewaltbeiträge oder als Funktionär erfolgen. Das Vorliegen einer solchen Unterstützung sei in einer wertenden Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalles zu ermitteln und in erster Linie eine Frage der tatrichterlichen Würdigung. In seinem zweiten, ebenfalls am 30.9.1999 verkündeten Urteil (9 C 23/98 – NVwZ 1999, 1349ff.), dem ein sehr ähnlicher Sachverhalt zugrunde lag, leuchtete das BVerwG den Terrorismusvorbehalt des Asylgrundrechts genauer aus und erklärte, daß sich derjenige nicht auf Art. 16 a GG berufen könne, der den politischen Kampf mit terroristischen Mitteln vom Boden der Bundesrepublik Deutschland aus fortsetze oder erstmals im Rahmen exilpolitischer Aktivitäten aufnehme. Die Betätigung politischer Überzeugungen unter Einsatz terroristischer Mittel werde von der Bundesrepublik Deutschland in Übereinstimmung mit der von ihr mitgetragenen Völkerrechtsordnung grundsätzlich mißbilligt. Eine solche mit der Kammer-Rechtsprechung des BVerfG³³ übereinstimmende Sicht sei auch auf die Fälle anzuwenden, in denen der Asylbewerber erstmals von deutschem Boden aus die Umsetzung politischer Ziele mit terroristischen Mitteln betreibe. Es werde in diesem Fall nicht der Schutz des Asylrechts in einer neuen Friedensordnung, sondern ein Kampfplatz zur Unterstützung des völkerrechtlich geächteten Terrorismus gesucht.

18. Die vorstehend skizzierte Argumentation des BVerwG zum Terrorismusvorbehalt bei Art. 16 a GG lehnte der VGH Kassel in seinem Urteil vom 13.12.1999 (12 UE 2984/97.A – NVwZ-Beilage I 9/2000, 103f.) ab. Der vorbehaltlos formulierte und trotz der Änderung des Art. 16 Abs. 2 GG in Art. 16 a GG so beibehaltene Schutzbereich des Asylgrundrechts sei allenfalls durch andere Grundrechte oder in gleichem Verfassungsrang stehende Rechte als verfassungsimmanente Schranken beschränkbar. Weder aus der Grundrechtsordnung noch aus dem Völkerrecht lasse sich eine Einschränkung dieses Schutzbereiches oder eine Verwirkung dieses Grundrechts für Terroristen ableiten. § 51 Abs. 3 AuslG sei als einfaches Gesetzesrecht, das nicht nur Grundrechtspositionen schütze, nicht zur Konkretisierung verfassungsimmanenter Schranken des Art. 16 a Abs. 1 GG geeignet. Zugrunde lag der Entscheidung wiederum ein den vorstehend besprochenen Fällen des BVerwG im wesentlichen vergleichbarer Sachverhalt. Das Gericht führte im Einzelnen aus, daß durch die Änderungen im Rahmen des Asylkompromisses und die damit direkt in den neuen Art. 16 a GG aufgenommenen Beschränkungen der grundsätzlich vorbehaltlos und unbedingt formulierte Asylanspruch nicht geändert worden ist. Zwar

³³ BVerfG, NVwZ 1982, 261.

habe der Verfassungsgeber eine engere Auslegung des Schutzbereiches des Art. 16 II S.2 GG a.F. in Betracht gezogen. Er habe zuletzt jedoch ausdrücklich die vorbehaltlose Regelung im Blick auf völkerrechtliche Regelungen beibehalten. Auf der Ebene des Vertragsvölkerrechts stimme die Flüchtlingsdefinition der Genfer Flüchtlingskonvention (Genf-Konv.)³⁴ im wesentlichen mit der des Art. 16 a GG überein. Die Einschränkung dieses Begriffs in Art. 1 F Genf-Konv. erfasse nur Kriegsverbrecher und ähnliche Fälle sowie Straftäter ohne politischen Hintergrund, nicht jedoch Terroristen. Der in Art. 33 Abs.2 Genf-Konv. statuierte Ausschluß des Refoulement-Verbots des Art. 33 Abs.1 bei Personen, die aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit des Landes anzusehen seien oder die wegen zuvor begangener Verbrechen oder schwerer Vergehen eine Gefahr für die Allgemeinheit des Staates darstellten, gehe in seiner Formulierung deutlich über die Erfassung des Terrorismus hinaus und schließe in ihrer zweiten Alternative auch die rein kriminelle Strafbarkeit ein. Gegen eine Ausdehnung auf den Flüchtlingsstatus und damit auf den Schutzbereich des Art. 16 a GG spräche vor allem, daß die von Art. 33 Abs.2 Genf-Konv. in den Blick genommenen Ausnahmetatbestände erst nach Aufnahme im fremden Staat entstanden sein könnten und damit – soweit eine Asylgewährung nach Art. 16 a GG erfolgt sei oder begehrt werde – in der Verfassungssystematik als Verwirkungsgründe i.S. des Art. 18 GG zu betrachten seien. Auch sonst enthielten weder das Völkervertragsrecht noch das allgemeine Völkerrecht allgemein verbindliche Regelungen über den Ausschluß von Terroristen von der Asylgewährung. Die vielfach in bilateralen und multilateralen Verträgen über die Auslieferung getroffenen entsprechenden Vereinbarungen formulierten in aller Regel einen Vorbehalt zu Gunsten der Möglichkeit der Asylgewährung trotz geäußerter Auslieferungsbegehren. Auch die unter den Europaratsstaaten geschlossene Konvention zur Bekämpfung des Terrorismus³⁵ sei nicht geeignet, den Begriff der politischen Verfolgung und damit den Schutzbereich des Asylgrundrechts einzuschränken. Diese sehe vor, daß an die Stelle der Auslieferung die eigene Strafverfolgung des Aufnahmestaates treten könne (Art. 6, 7 der Terrorismuskonvention). Eine Ausnahme vom Vorrang der Auslieferung komme jedoch dann in Betracht, wenn Gründe für die Annahme beständen, daß eine typische Asylsituation vorliege (Art. 5). Damit aber sei die Ausgangssituation wieder hergestellt, nämlich die Feststellung des Tatbestandes der Verfolgung i.S. des Art. 1 A der Genf-Konv. als Rechtfertigung für den an sich völkerrechtsverletzenden Eingriff in die Personalhoheit des die Auslieferung begehrenden Staates. Es sei bisher nicht zu einer völkerrechtlich verbindlichen Ausnahme des Terroristen von der Asylwürdigkeit gekommen, weil in der Völkerrechtsgemeinschaft keine Einigkeit über den Begriff des politischen Delikts bestehe. Das politische Delikt könne gerade umgekehrt zur Asylgewährung auch

³⁴ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, BGBl. 1953 II 559, ergänzt durch das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967, BGBl. 169 II 1293.

³⁵ Europäisches Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus vom 27.1.1977, BGBl. II, 1978, 321–327.

in Fällen zuvor begangener Gewaltanwendung führen, wie zahlreiche auch neuere Beispiele aus der Staatenpraxis zeigten. Die Europäische Menschenrechtskonvention bestimme etwa aus humanitären Gründen Grenzen für die Auslieferung und die sonstige Verbringung in andere Staaten. Auch enthalte die UN-Konvention gegen Folter ein Verbot der Auslieferung bei drohender Folter, so daß jedenfalls in diesen Fällen eine Aufnahmeverpflichtung des Fluchtstaates auch nach Völkerrecht bestehe. Eine Einschränkung des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts des Art. 16 a GG könne mithin nur im Rahmen der innerstaatlichen Verfassungssystematik in Form kollidierender Grundrechte in Betracht kommen. Allenfalls dem Tatbestandsmerkmal der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland könne ein vergleichbarer Rang eingeräumt werden.

2. Anderweitiger Verfolgungsschutz, Drittstaaten-Regelung

19. Das VG Regensburg unterstrich in seinem Beschluß vom 20.10.1999 (RN 4 S 99.31287 – InfAuslR 2000, 143 f.), daß die Überstellungsfrist gemäß Art. 11 Abs. 5 des Dubliner Übereinkommens³⁶ (DÜ) dann keine Ausschußfrist ist, wenn ihr Überschreiten auf Gründen beruht, die in die Sphäre des Asylbewerbers fallen. Sei der Antragsteller ein Kind, so werde er bezüglich des Wunsches nach einer Übernahme des Asylantrages bei an sich nicht gegebener Zuständigkeit (Art. 9 DÜ) von seinen Eltern vertreten. Für die am 13.1.1999 in Deutschland geborene Antragstellerin wurde durch ihre Eltern – jugoslawische Staatsangehörige aus dem Kosovo – am 8.2.1999 ein Asylantrag gestellt. Die Eltern hatten nach Verlassen des Kosovo in Italien befristete Aufenthaltserlaubnisse erhalten und stellten danach in Deutschland Asylanträge. Auf ein entsprechendes Übernahmeersuchen erklärte sich Italien zur Übernahme der Eltern nach Art. 6 DÜ und zur Übernahme der Antragstellerin nach Art. 9 DÜ bereit. Daraufhin wurde der Asylantrag der Antragstellerin als unbeachtlich abgelehnt, sie zur Ausreise binnen Wochenfrist aufgefordert und gleichzeitig die Abschiebung angedroht. Der hiergegen im Eilverfahren vorgebrachte Antrag blieb ohne Erfolg. Das VG führte aus, daß nach § 29 Abs. 3 S. 1 AsylVfG ein Asylantrag dann unbeachtlich ist, wenn aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages ein anderer sicherer Drittstaat für die Durchführung eines Asylverfahrens zuständig ist oder die Zuständigkeit übernimmt. Hier habe Italien – auch für die Antragstellerin – die Zuständigkeit nach Art. 9 DÜ übernommen. Das DÜ enthalte keine asylrechtlichen Vorschriften materieller Art, sondern lediglich Kriterien zur Bestimmung der Zuständigkeit. Die in Art. 4 bis 8 DÜ aufgeführten Kriterien seien gemäß Art. 3 Abs. 2 DÜ in der aufgezählten Reihenfolge anzuwenden. Subsidiär ermögliche Art. 9 DÜ die Übernahme eines Asylantrages aus humanitären Gründen bei an sich nicht gegebener Zuständigkeit, wenn dies dem Wunsch des Asylbewerbers entspreche. Italien habe sich auf Er-

³⁶ Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrages vom 15.6.1990, BGBl. 1994 II 792.

suchen Deutschlands mittels *transfer acceptance* zu Recht zur Prüfung des Asyl-antrags nach Art. 9 DÜ bereiterklärt. Die humanitären Gründe lägen darin, daß mit Italien nur ein einziger Vertragsstaat mit der Prüfung der Asylanträge der Familie befaßt sei und so die Familieneinheit erhalten werden solle. Die Zuständigkeit Italiens für die Asylanträge der Eltern sei trotz Ablaufs der Monatsfrist nach Art. 11 Abs. 5 DÜ, innerhalb derer die Überstellung der Eltern nach Italien hätte erfolgen müssen, gegeben. Dies sei damit zu begründen, daß von der Überstellung bislang nur mit Rücksicht auf das Verfahren der Antragstellerin abgesehen worden sei und somit die Gründe für die Fristüberschreitung in der Sphäre des Asylbewerbers lägen. Die Übernahme durch Italien entspreche auch dem mutmaßlichen Wunsch der Antragstellerin. Da die Vertretungsmacht der die Personensorge ausübenden Eltern zum Wohl des Kindes auszuüben sei (vgl. § 1627 BGB), könne nicht auf den Wunsch der Eltern abgestellt werden. Der Wunsch der 9 Monate alten Antragstellerin könne vielmehr nur darauf gerichtet sein, bei ihren Eltern als wichtigsten und die Primärbedürfnisse erfüllenden Bezugspersonen zu bleiben.

3. Familienangehörige von Asylberechtigten

20. Das BayObLG erkannte mit Beschluß vom 18.2.1999 (1 Z BR 128/98 – NJW-RR 1999, 1452f.), daß das aufgrund der Kollisionsnorm des Art. 10 Abs. I EGBGB grundsätzlich anzuwendende Heimatrecht eines in Deutschland geborenen Kindes aus Vietnam stammender Eltern, die als Flüchtlinge anerkannt worden sind, hinter Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen zurückzutreten hat, die unmittelbar anwendbares Recht geworden sind. Gemäß Art. 12 I der Genfer Flüchtlingskonvention (Genf-Konv.)³⁷ bestimme sich das Personalstatut eines Flüchtlings nach dem Recht des Wohnsitzstaates, ersatzweise seines Aufenthalts. Diese Rechtsstellung sei unter anderem auf solche Ausländer ausgedehnt worden, die im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen von der Bundesrepublik Deutschland aufgenommen worden seien.³⁸ An das nunmehr für die Eltern geltende deutsche Personalstatut könne auch für die kollisionsrechtliche Beurteilung des nicht als Flüchtling anerkannten minderjährigen Kindes angeknüpft werden. Zwar treffe Art. 1 Genf-Konv. keine ausdrückliche Bestimmung dahingehend, daß unter sie auch Personen fallen, die – wie i.d.R. minderjährige Kinder – ihre Staatsangehörigkeit von einem Flüchtling ableiteten. Dem Wesen des Flüchtlingsrechts sei jedoch zu entnehmen, daß aus dem Flüchtlingsstatus abgeleitete Rechtsfolgen auch für die minderjährigen Kinder des Flüchtlings gelten. Den gemeinsamen Belangen werde durch eine für Eltern und Kinder gleichermaßen geltende Rechtsordnung am ehesten Rechnung getragen.

³⁷ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, BGBl. 1953 II 560.

³⁸ § 1 des Gesetzes über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommene Flüchtlinge vom 22.7.1980, BGBl. I 1057.

4. Rechtsstellung der Flüchtlinge

21. In einem Urteil vom 15.11.1999 vertrat das OVG Münster (22 A 45/99 – NVwZ-RR 2000, 719) die Auffassung, daß Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens³⁹ (EFA) für die in den Schutzbereich des Abkommens fallenden Ausländer, d.h. auch für Flüchtlinge i.S.d. Genfer Flüchtlingskonvention, die Anwendung von § 120 Abs. 2 BSHG und § 120 Abs. 5 S. 2 BSHG ausschließt. Im Fall ging es um einen seit 1994 in Deutschland lebenden irakischen Staatsangehörigen, bei dem das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge das Bestehen eines Abschiebungshindernisses nach § 51 AuslG anerkannt hatte. Die dem Kläger zunächst gewährte Hilfe zum Lebensunterhalt sollte nach einer Ankündigung der Beklagten mit Verweis auf § 120 Abs. 5 S. 2 BSHG eingestellt werden. Die hiergegen eingelegten Rechtsmittel hatten in der Berufungsinstanz Erfolg. Das OVG führte aus, daß der Anwendung des § 120 Abs. 2 und Abs. 5 BSHG Art. 1 des EFA i.V.m. Art. 1 und 2 des Zusatzprotokolls zu diesem Abkommen⁴⁰ entgegensteht. Art. 1 EFA enthalte die Verpflichtung des Vertragsstaates, die Angehörigen der anderen Vertragsstaaten, die sich auf seinem Gebiet erlaubt aufhielten und nicht über ausreichende Mittel verfügten, in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie seinen eigenen Staatsangehörigen Leistungen der sozialen und der Gesundheitsfürsorge zu gewähren. Da Art. 2 des Zusatzprotokolls zum EFA bestimme, daß die Vorschriften des Teils I des Fürsorgeabkommens auf Flüchtlinge unter den gleichen Voraussetzungen Anwendung fänden wie auf die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten, gehöre auch der Kläger als Flüchtling i.S.d. Genfer Flüchtlingskonvention⁴¹ (§ 3 AsylVfG) zum geschützten Personenkreis. Es finde sich kein Ansatz im Wortlaut des Zusatzprotokolls für eine einschränkende Auslegung dergestalt, daß er sich nur auf Flüchtlinge beziehe, die in einem anderen als dem die Fürsorge gewährenden Vertragsstaat als Flüchtlinge anerkannt worden seien. Ein solches Verständnis hätte zur Folge, daß die Flüchtlinge sich bemühten, in einen anderen Vertragsstaat weiter zu wandern, um in den Genuß von Fürsorgeleistungen zu kommen. Zweck des Zusatzprotokolls sei es jedoch gerade, solche Wanderungsbewegungen zu vermeiden. Nach Art. 11 (a) S. 2 EFA dürfe die Fürsorge auch nicht deswegen versagt werden, weil der Kläger die rechtzeitige Verlängerung seiner Aufenthaltsbefugnis versäumt habe, da die Verlängerung lediglich infolge einer bloßen Nachlässigkeit unterblieben sei. Die gebotene einschränkende Auslegung der § 120 Abs. 2 und 120 Abs. 5 BSHG werde auch nicht durch die *lex posterior* Regel in Frage gestellt. Diese Regel sei nicht anwendbar, da sich keinerlei Gesichtspunkte dafür ergäben, daß der Gesetzgeber mit der Schaffung von § 120 Abs. 2 und Abs. 5 BSHG von dem sich aus dem EFA ergebenden völkerrechtlichen Verpflichtungen habe abweichen wollen. Hinsichtlich des von § 120 II BSHG erfaßten Personenkreis folge dies bereits daraus, daß die dort erfaßten Personen als Anspruchsinhaber auf Leistungen nach dem Asyl-

³⁹ Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA) vom 11.12.1953, BGBl. 1956 II 564.

⁴⁰ BGBl. 1956 II 578.

⁴¹ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, BGBl. 1953 II 560.

bewerberleistungsgesetz sich in aller Regel gerade nicht erlaubt i.S. des EFA im Bundesgebiet aufhielten. Auch die Entstehungsgeschichte des § 120 Abs. 5 BSHG lasse erkennen, daß damit gerade nicht von völkerrechtlichen Verpflichtungen habe abgewichen werden sollen.

Siehe zu diesen Fragestellungen auch die Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs (Beschuß vom 12.2.1999, 1 TG 404/99 – InfAuslR 1999, 245 ff.) und des VG Aachen (Beschuß vom 18.11.1999, 2 L 1166/99 – InfAuslR 2000, 85 ff.) mit im wesentlichen gleichlautenden Leitsätzen. Das VG Aachen unterstrich in seiner Entscheidung ergänzend, daß auf ein anders als seine Eltern nicht als Konventionsflüchtling anerkanntes Kind § 120 Abs. 5 BSHG bei verfassungskonformer Auslegung unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 und 2 GG ebenfalls keine Anwendung findet, da das Interesse am Zusammenleben von Mutter und Kind höher zu gewichten ist als das mit § 120 Abs. 5 BSHG verfolgte Interesse an einer gleichmäßigen Verteilung der Soziallasten zwischen den Ländern

22. In seinem Urteil vom 24.11.1999 (5 A 193/99 – InfAuslR 2000, 140 ff.) erkannte das VG Osnabrück, daß eine Beschränkung der Aufenthaltsbefugnis bei Sozialhilfebezug auf den Bereich der zuständigen Ausländerbehörde (§ 12 Abs. 1 S. 2 AuslG) weder gegen Art. 26 der Genfer Konvention⁴² (Genf-Konv.) noch gegen Art. 2 Abs. 1 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK verstößt. Der Kläger, bei dem die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG festgestellt wurden, wehrte sich mit der Anfechtungsklage vergeblich gegen die räumliche Beschränkung seiner Aufenthaltsbefugnis. Das VG unterstrich, daß eine solche Beschränkung auch nach Art. 26 der Genf-Konv. zulässig ist. Das dort gewährte Recht auf freie Wahl des Aufenthaltsortes und auf Freizügigkeit im Hoheitsgebiet des aufnehmenden Staates stehe unter dem Vorbehalt der Bestimmungen, die auf Ausländer allgemein unter den gleichen Umständen Anwendung fänden. Ausweislich der in Art. 6 der Genf-Konv. vorgenommenen Legaldefinition des Ausdrucks "unter den gleichen Umständen" sei dieser Begriff dahingehend zu verstehen, daß der Betreffende alle Erfordernisse erfüllen müsse, die er, wenn er nicht Flüchtling wäre, erfüllen müßte, um in den Genuß des in Betracht kommenden Rechts zu gelangen. Ausgenommen hiervon seien Erfordernisse, die Flüchtlinge ihrer Natur nach nicht erfüllen könnten. Die hier vorgenommene Beschränkung des Aufenthalts nach dem Kriterium der Sozialhilfebedürftigkeit ermögliche aber auch die räumliche Beschränkung der Aufenthaltsbefugnisse solcher Ausländer, die nicht politische Flüchtlinge seien, sondern aus anderen Gründen eine Aufenthaltsbefugnis erhalten hätten. Auch das Protokoll Nr. 4 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 16.9.1993⁴³, nach dem jedermann, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhält, das Recht habe, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen, stehe der Anwendung des § 12 Abs. 1 S. 2 AuslG nicht entgegen. Der Aufenthalt des Klägers sei dort

⁴² Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, BGBl. 1953 II 560.

⁴³ BGBl. 1968 II, 423, 1109.

nämlich nur insoweit rechtmäßig, als er sich in den Grenzen der verliehenen Aufenthaltsbefugnis bewege.

23. Nach dem Urteil des BVerwG vom 24.6.1999 (5 C 24.98 – DVBl. 2000, 629) schließen die Regelungen des AsylVfG und des AsylbLG die Gewährung von Jugendhilfe an Minderjährige nicht aus, da minderjährige Asylbegehrende jedenfalls nach Ablauf von 6 Monaten einen gewöhnlichen Aufenthalt i.S. von Art. 1 des Haager Minderjährigenschutzabkommens (MSA)⁴⁴ begründen. Die klagende Stadt beehrte von dem Beklagten als überörtlichem Träger der Jugendhilfe gemäß § 89 d SGB VIII die Erstattung von Aufwendungen, die ihr durch die Inobhutnahme und anschließende Hilfe zur Erziehung für ein aus der Türkei stammendes Kind entstanden sind. Das BVerwG erkannte, daß die Gewährung der Jugendhilfe zu Recht erfolgt ist, weil der Hilfesuchende einen gewöhnlichen Aufenthalt i.S. des § 6 Abs. 2 SGB VIII oder des MSA gehabt hat. Das MSA modifiziere über § 6 Abs. 4 SGB VIII den für den Anspruch von Ausländern auf Jugendhilfe maßgeblichen Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts. Gemäß § 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 MSA hätten die Behörden des Staates, in dem der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe, die nach ihrem innerstaatlichem Recht vorgesehenen Maßnahmen zum Schutz der Person des Minderjährigen zu treffen, wozu auch Maßnahmen der öffentlichen Jugendhilfe gehörten. Die Regelung des MSA habe für den dort geschützten Personenkreis im Verhältnis zur allgemeinen Regelung des § 6 Abs. 2 VIII SGB den Vorrang. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts i.S. des Art. 1 MSA sei durch das OVG im Interesse einer möglichst gleichmäßigen Anwendung in allen Vertragsstaaten zutreffend autonom und unter Beachtung der Faustregel ausgelegt worden, daß der Aufenthalt eines Minderjährigen jedenfalls nach 6 Monaten zum gewöhnlichen Aufenthalt i.S. dieser Bestimmung erstarke.

24. Das VG Neustadt erkannte mit Urteil vom 6.10.1999 (8K 37/99.NW – InfAuslR 2000, 293 ff.), daß das Kontingentsflüchtlingsgesetz (HumAG)⁴⁵ im Rahmen des Verfahrens zur Aufnahme jüdischer Emigranten nur entsprechende Anwendung findet, so daß Modifizierungen im Hinblick auf die Besonderheiten des Verfahrens möglich seien. Ein allgemeiner Anspruch auf Umverteilung jüdischer Emigranten von einem Bundesland in ein anderes ergebe sich weder aus dem Grundgesetz noch aus dem Völkervertragsrecht. Die räumliche Beschränkung des Erhalts bestimmter Sozialleistungen sei weder verfassungs- noch völkerrechtlich zu beanstanden. Zugrunde lag dem Fall folgender Sachverhalt: Die Kläger, jüdische Emigranten aus der Ukraine und Moldavien, erhielten 1994 einen Aufnahmebescheid des Bundesverwaltungsamtes und wurden zugleich dem Freistaat Sachsen zugewiesen. 1997 wurden ihnen unbefristete Aufenthaltserlaubnisse unter Hinzufügung der Nebenbestimmung "Wohnsitznahme Freistaat Sachsen" erteilt. 1998

⁴⁴ Übereinkommen über die Zuständigkeit und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5.10.1961. Beitritt der Bundesrepublik durch Gesetz vom 30.4.1971, BGBl. I 217.

⁴⁵ Gesetz über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommener Flüchtlinge vom 22.7.1980, BGBl. 1989 I 1057, zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 9.7.1990, BGBl. 1990 I 1354.

beantragten die Kläger die Umsiedlung vom Freistaat Sachsen in das Bundesland Rheinland-Pfalz. Die Klage blieb erfolglos. Das VG führte aus, daß die Aufnahme jüdischer Emigranten aus der ehemaligen Sowjetunion keine gesetzliche Sonderregelung gefunden hat, sondern auf einer zwischen den Ministerpräsidenten der Länder und der Bundesregierung am 9. Januar 1991 vereinbarten Verwaltungspraxis beruht. Hiernach solle die Aufnahme entsprechend den Vorschriften des Gesetzes über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommener Flüchtlinge erfolgen. Aus dieser nur entsprechenden Anwendung folge, daß die Vorschriften des HumAG nur mit bestimmten Modifizierungen entsprechend den Besonderheiten des Verfahrens gelten sollten. Hierfür spreche auch, daß das HumAG nicht allgemein für Ausländer gelte, sondern nur für ausländische Flüchtlinge. Im vorliegenden Aufnahmeverfahren sei auf eine qualifizierte Prüfung hinsichtlich des Vorliegens einer Flüchtlingseigenschaft jedoch gerade verzichtet worden. Infolge der Freiwilligkeit der Aufnahme wohne dem Verfahren ein quasivertragliches Element inne, daß den jeweiligen Antragstellern die Pflicht aufgäbe, sich an die Bedingungen des Programms zu halten. Auch folge kein Anspruch aus Art. 26 der Genfer Konvention⁴⁶, wonach jeder Staat den sich regelmäßig in seinem Gebiet befindlichen Flüchtlingen das Recht zur freien Wahl des Aufenthaltsortes zu gewähren habe. Dieses Recht sei nämlich nur vorbehaltlich der Bestimmungen, die allgemein auf Ausländer unter den gleichen Bedingungen Anwendung fänden, gewährt. Relevante Vergleichsgruppe seien aber nicht die anerkannten Asylbewerber, sondern die jüdischen Emigranten aus der ehemaligen UdSSR, für die eine Beschränkung der Aufenthaltsbefugnis auf ein Bundesland generell gelte. Ebenso wie es verfassungs- und völkerrechtlich zulässig sei, daß Konventionsflüchtlinge räumliche Beschränkungen beim Bezug von Sozialhilfe hinnehmen müßten, gelte der dabei zugrundeliegende Gedanke einer angemessenen Lastenverteilung zwischen den Bundesländern erst recht im Falle der lediglich freiwillig aufgenommenen Kläger. Ein Verstoß gegen Art. 23 der Genfer Konvention mit der postulierten Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Flüchtlinge auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge und der sonstigen Hilfeleistungen könne schon deshalb nicht vorliegen, weil den Emigranten lediglich zugemutet werde, diese Leistungen bei einem bestimmten Sozialhilfeträger geltend zu machen. Nichts anderes folge aus dem Europäischen Fürsorgeabkommen bzw. aus dem entsprechenden Zustimmungsgesetz vom 11.12.1953 und dem Zusatzprotokoll⁴⁷, da die Ukraine und Moldavien keine Vertragsparteien des Fürsorgeabkommens seien. Art. 2 Abs. 1 des Vierten Zusatzprotokolls zur EMRK vom 16.9.1963⁴⁸ sei deshalb nicht verletzt, weil weder die Reisefreiheit noch das Recht der freien Wohnsitznahme berührt seien. Die Beschränkung auf den Freistaat Sachsen gelte nämlich nur insoweit und solange, als die Kläger Sozialhilfe und die besonderen Eingliederungshilfen erhielten.

⁴⁶ Abkommen vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. 1953 II, 559 ff.

⁴⁷ BGBl. 1956 II, 562 ff.

⁴⁸ BGBl. 1968 II, 423.

VIII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe

25. Das LG Düsseldorf erkannte mit Urteil vom 25.3.1999 (4 O 198/97 – GRUR 1999, 775 ff.), daß der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft gemäß Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ⁴⁹ für einen von mehreren Beklagten vor dem Gericht eines Vertragsstaates nicht schon dadurch begründet wird, daß einer der anderen Beklagten irgendwo in diesem Vertragsstaat seinen Wohnsitz bzw. Sitz hat. Zugleich erkannte das Gericht, daß im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ auch eine vorbeugende Unterlassungsklage erhoben werden kann. Der dem Fall zugrunde liegende Sachverhalt betraf Patentverletzungsklagen, die unter anderem auch gegen eine italienische Beklagte angestrengt wurden und hier zunächst den italienischen Teil des Klagepatents erfaßten. Das Gericht führte aus, daß die internationale Zuständigkeit hier nicht nach Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ eröffnet ist (Gerichtsstand der Streitgenossenschaft). Nach dieser Vorschrift könne eine Person auch vor dem Gericht verklagt werden, in dessen Bezirk einer der übrigen Beklagten seinen Wohnsitz habe. Dieser Gerichtsstand werde also nicht schon dadurch eröffnet, daß einer der Beklagten irgendwo in diesem Vertragsstaat seinen Wohnsitz habe. Es müsse sich vielmehr um einen Sitz/Wohnsitz im gleichen Gerichtsbezirk handeln, da Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ zu den Normen des EuGVÜ gehöre, die neben der internationalen gleichzeitig auch die örtliche Zuständigkeit regelten. Die strittige und vom EuGH bislang nicht beantwortete Frage, ob Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ – wie Art. 32 ZPO – auch den vorbeugenden Unterlassungsanspruch erfasse, sei trotz des Wortlautes, der von einem bereits eingetretenen Ereignis spreche, zu bejahen. Aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich, daß ein gezielter Ausschluß vorbeugender Unterlassungsklagen nicht beabsichtigt gewesen sei. Nach den nationalen Modellregelungen habe es mehr als ferngelegen, in der Formulierung auf etwas anderes als die begangene unerlaubte Handlung abzustellen. Im übrigen sei es auch nach anderen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen so (Art. 14 Abs. 4, Art. 17 Abs. 3 des Protokolls über die Regelungen von Streitigkeiten über die Verletzung und Rechtsgültigkeit von Gemeinschaftspatenten⁵⁰ sowie Art. 93 Abs. 5, Art. 94 Abs. 2 der Gemeinschaftsmarkenverordnung⁵¹) so, daß Gerichte der unerlaubten Handlung auch gegen erst drohende Verletzungshandlungen angerufen werden könnten.

26. Der BGH entschied mit Urteil vom 26.10.1999 (1 StR 109/99 – NJW 2000, 370), daß bei der Auslieferung aufgrund einer nach Ausschreibung im Schengener Informationssystem⁵² erfolgten Festnahme und/oder nach festgestellten Verzicht

⁴⁹ Übereinkommen der Europäischen Gemeinschaft über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968, BGBl. 1972 II 773 i.d.F. des dritten Beitrittsübereinkommens vom 26.5.1989, BGBl. 1994 II 3707.

⁵⁰ ABIEG Nr. L 401 vom 30.12.1989, 34–44.

⁵¹ Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke vom 20.12.1993, ABIEG Nr. L 11 vom 14.1.1994, 1–36.

⁵² Übereinkommen 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, BGBl. 1993 II 1013.

auf den Spezialitätsschutz durch den Auszuliefernden ohne weiteres davon auszugehen ist, daß sich die Auslieferung auf die in der Ausschreibung bezeichnete Tat ohne jede Einschränkung durch den ersuchten Staat bezieht. Der BGH hatte über die Frage zu befinden, ob ein Verfahrenshindernis besteht, wenn bei einem durch Portugal ausgelieferten Angeklagten ein Dokument portugiesischer Behörden nicht erlangt werden konnte, das ausdrücklich belegt, wegen welcher Tat der Angeklagte von Portugal nach Deutschland ausgeliefert worden ist. Der BGH führte aus, daß zwar grundsätzlich die einer Auslieferung zugrunde liegende Entscheidung des ausländischen Staats zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden muß, um etwaige sich aus dem Spezialitätsgrundsatz ergebende Verfolgungsschranken zweifelsfrei feststellen zu können. Erfolge jedoch eine Auslieferung aufgrund einer nach Ausschreibung im Schengener Informationssystem erfolgten Festnahme und/oder nach festgestelltem Verzicht auf den Spezialitätsschutz durch den Auszuliefernden, sei bei Fehlen weiterer Anhaltspunkte ohne weiteres davon auszugehen, daß sich die Auslieferung auf die in der Ausschreibung bezeichnete Tat ohne jede Einschränkung durch den ersuchten Staat beziehe.

27. Das OLG Karlsruhe erklärte in seinem Beschluß vom 12.3.1999 (9 W 69/97 – RIW 1999, 538 ff.), daß die französische *remise au parquet* nicht den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Zustellung nach Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ⁵³ genügt und gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 6 Abs. 1 EGV verstößt. Der Beschluß bezog sich auf die durch eine französische Gläubigerin erstrebte Erteilung einer deutschen Vollstreckungsklausel für eine *Ordonnance de référé* des Tribunal de Grande Instance de Colmar. Die Beschwerde des deutschen Schuldners gegen die Klauselerteilung durch das LG war erfolgreich. Das Gericht erkannte, daß die Erteilung der deutschen Vollstreckungsklausel zu Unrecht angeordnet worden ist, da es an der rechtzeitigen und ordnungsgemäßen Zustellung der Klageschrift (Art. 34 Abs. 2, 27 Nr. 2 EuGVÜ) gefehlt hat. Ordnungsmäßigkeit und Rechtzeitigkeit der Zustellung müßten nach der Rechtsprechung des EuGH kumulativ vorliegen. Die Ordnungsmäßigkeit richte sich nach dem Verfahrensrecht des Urteilsstaates einschließlich der für ihn geltenden völkerrechtlichen Verträge. Nach französischem Recht habe der Kläger die Wahl zwischen der *signification* in Gestalt einer *remise au parquet* (Art. 683 Abs. 1, 684 Abs. 1 n.c.p.c.) und der Zustellung nach Vertragsrecht (Art. 683 Abs. 3 n.c.p.c.). Die *remise au parquet* sei eine fiktive Inlandszustellung, bei der der Kläger die Klage und Ladung bei der Staatsanwaltschaft niederlegen lasse und diese dann die Schriftstücke zur Übermittlung auf vertraglichem bzw. diplomatischem Wege weiterleite. Die ausländische Partei werde durch den Gerichtsvollzieher durch Einschreibebrief gegen Rückschein von der erfolgten Zustellung benachrichtigt. Konstitutiv für die Zustellung seien nur Niederlegung und Absendung des Einschreibebriefes. Eine solche *remise au parquet* erfülle nicht die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Zustellung gemäß

⁵³ Übereinkommen der Europäischen Gemeinschaft über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968, BGBl. 1972 II 773 i.d.F. des dritten Beitrittsübereinkommens vom 26.5.1989, BGBl. 1994 II 3707.

Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ. Zwar gebe der Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 des Haager Zustellungsabkommens⁵⁴ HZÜ ebenso wenig Klarheit wie der von Art. 20 Abs. 3 EuGVÜ, da hier jeweils die Notwendigkeit einer Übermittlung nach dem HZÜ bereits vorausgesetzt werde. Immerhin sei hiermit bereits eine Handhabung des nationalen Zuständigkeitsrechts nahegelegt, die den Zweck dieser Vorschriften nicht unterlaufen dürfe. Dies folge auch aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 6 Abs. 1 EGV (künftig Art. 12 EGV), da durch die Nachteile der *remise au parquet* typischerweise nichtfranzösische Bürger belastet würden. Dieser Nachteil liege in der Belastung mit einer frühzeitigen Zustellungsfiktion. Im Extremfall werde ein EU-Bürger mit einer postalisch übersandten Klage in einer fremden Sprache überzogen. Es bleibe sein Risiko, die Reaktion zu wählen, die bei späterer Anerkennung die Billigung der Gerichte des Anerkennungsstaats finde. Dies sei auch vor dem Hintergrund zu sehen, daß Deutschland der nach dem HZÜ grundsätzlich möglichen postalischen Direktzustellung in völkervertraglich verbindlicher Form widersprochen habe. Die verständliche Information des Beklagten unter Beachtung klarer Anforderungen gehöre im übrigen auch zum fairen Rechtsschutz im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Mithin sei der Kläger in einer das Diskriminierungsverbot beachtenden Auslegung vor französischen Gerichten angehalten, die Zustellungsart zu wählen, mit der eine Diskriminierung von EU-Bürgern ausgeschlossen werde und die das französische Recht wahlweise selbst vorsehe (Art. 683 Abs. 3 n.c.p.c.).

28. Der BGH betonte in einem Urteil vom 2.2.1999 (5 StR 596/96 – HFR 2000, 49f.), daß ein Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ⁵⁵ nach dem Willen der Vertragsparteien nur Urteilen oder zumindest gerichtlichen Entscheidungen zukommt, nicht jedoch verfahrensabschließenden Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde. Ein sich gegen eine deutsche Firma richtendes und durch belgische Zollbehörden vorgenommenes sog. *transactie*-Verfahren, durch das sich der deutsche Firmeninhaber gegenüber dem Finanzministerium des Königreiches Belgien zur Zahlung von Zollstraf und Säumniszinsen verpflichtet habe, um eine gerichtliche Verfolgung durch die Zollverwaltung abzuwenden, stelle lediglich eine verfahrensabschließende Entscheidung einer Verwaltungsbehörde dar. Gegen den Eintritt eines Strafklageverbrauches durch diese Entscheidung spreche, daß das Königreich Belgien selbst keinen allgemeinen Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ geltend mache und auch ausländischen *transacties* keine strafklageverbrauchende Wirkung zuerkenne. Der Vertragsstaat Belgien könne unter Bedacht des im Rechtshilferecht bekannten Gedanken der Gegenseitigkeit für seine *transactie* Verfahren keine weiterreichende Anerkennung erwarten, als er selbst im Verhältnis zu anderen Vertragsstaaten anzuerkennen bereit sei. Das *transactie*-Verfahren

⁵⁴ Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15.11.1965, BGBl. 1977 II 1452.

⁵⁵ Übereinkommen 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, BGBl. 1993 II 1013.

besitze keine einer gerichtlichen Sanktion vergleichbare Wertigkeit und entferne sich in seiner Ausgestaltung so weit von den im SDÜ verwendeten Rechtsbegriffen – *définitivement jugée*, rechtskräftige Aburteilung –, daß daraus keine *ne-bis-in-idem*-Regel hergeleitet werden könne.

29. In seinem Urteil vom 10.6.1999 entschied der 4. Strafsenat des BGH (4 StR 87/98 – BGHSt 45, 123 ff.), daß bei der Einstellung des Verfahrens (*ordonnance de nonlieu*) aus tatsächlichen Gründen durch den französischen Appellationsgerichtshof Art. 54 des SDÜ einer weiteren Strafverfolgung nicht entgegensteht. Im Fall ging es um einen französischen Staatsbürger, der 1985 in Frankreich einen deutschen Staatsbürger ermordet haben soll. Im März 1990 stellte die Anklagekammer des Appellationsgerichtshofes in Metz (*chambre d'accusation de cour d'appel de Metz*) das Strafverfahren ein. Nach dem Ende der Strafvollstreckung in Frankreich wurde der Angeklagte in Österreich aufgrund eines dort bestehenden Haftbefehls festgenommen und am 8.8.1994 an Deutschland ausgeliefert. Der BGH erkannte, daß nach Art. 54 SDÜ derjenige, der in einem der Vertragsstaaten des Schengener Übereinkommens rechtskräftig abgeurteilt worden ist, wegen derselben Tat in einem anderen Vertragsstaat nicht verfolgt werden darf. Die Fassung des amtlichen deutschen Textes des Art. 54 SDÜ, wie auch der Wille zumindest der deutschen Vertragspartei spreche für die Auffassung, daß der Grundsatz *ne bis in idem* nur auf ausländische Urteile und den Freispruch erstreckt werden solle, nicht jedoch auf die bloße Einstellung eines Verfahrens mangels hinreichender Beweise. Einem auf Freispruch erkennenden Urteil stehe die *non-lieu*-Entscheidung schon deshalb nicht gleich, da ihr nach einer Rechtsauskunft des französischen Justizministeriums bereits nach französischem Recht keine Rechtskraftwirkung zukomme. Die Entscheidung entspreche somit gerade nicht einem Hauptverfahren nach der deutschen Strafprozeßordnung, sondern gleiche vielmehr dem mit einem Nichteröffnungsbeschluß gemäß §§ 204, 211 StPO endenden Zwischenverfahren. Anderes folge auch nicht aus dem Übereinkommen vom 25.5.1987 zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft über das Verbot der doppelten Strafverfolgung.⁵⁶ Zwar könne dieses noch nicht in Kraft getretene Übereinkommen gemäß Art. 6 Abs. 3 nach Notifizierung im Verhältnis zu Frankreich antizipiert angewandt werden werden. Jedoch würden in den Art. 1 bis 5 dieses Abkommens die Vorschriften der Art. 54–58 SDÜ nahezu wortgleich wiederholt, so daß sich keine andere Bewertung ergebe. Ein Verzicht auf weitere Strafverfolgung und somit ein *Betreibungshindernis* sei auch nicht wegen des deutschen Ersuchens um die Übernahme der Strafverfolgung gemäß Art. 6 Abs. 2 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens (EuAIÜbk)⁵⁷ i.V.m. Art. XI des zwischen beiden Staaten am 24.10.1974 geschlossenen Ergänzungsvertrages⁵⁸ eingetreten. Ein *Übernahmeersuchen* werde nach Art. 6 Abs. 2 EuAIÜbk im ersuchten Staat so behandelt wie eine Strafanzeige, so daß ein *Betreibungshindernis* nicht abgeleitet werden könne.

⁵⁶ EG-*Ne bis in idem*-Übk, BGBl. 1998 II 2227.

⁵⁷ Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13.9.1957, BGBl. 1964 II 1371.

⁵⁸ BGBl. 1978 II 329; 1980 II 1435.

30. Der BGH erkannte mit Urteil vom 15.9.1999 (1 StR 286/99 – BGHSt 45, 188 ff.), daß § 247 a StPO es dem Tatrichter ermöglicht, auch einen sich im Ausland befindlichen Zeugen im Rahmen der Hauptverhandlung durch eine zeitgleiche Bild- und Tonübertragung zu vernehmen. Die Rechtshilfeleistung des ersuchten Staates müsse im konkreten Fall die Einhaltung der für die Hauptverhandlung geltenden wesentlichen Verfahrensgarantien gewährleisten. Der BGH gab in diesem Urteil der Rüge der Revision statt, daß das LG unzutreffend von einer Unerreichbarkeit eines sich in New York aufhaltenden Zeugen ausgegangen sei, der sich geweigert habe, in Deutschland als Zeuge auszusagen. Das LG habe in seiner nach Inkrafttreten des Zeugenschutzgesetzes am 1.12.1998⁵⁹ ergangenen Entscheidung nicht die Frage geprüft, ob der Zeuge mittels einer durch dieses Gesetz ermöglichten Videokonferenz im Rahmen der Hauptverhandlung (§ 247 a StPO) hätte gehört werden können. § 247 a StPO gebe die Möglichkeit, eine Aussage zeitgleich in Bild- und Ton in das Sitzungszimmer zu übertragen und dabei eine Konfrontation – wenn auch mediatisiert – unmittelbar mit dem zu vernehmenden Zeugen herzustellen. Eine Vernehmung im Ausland sei zwar zugleich hoheitliches Handeln im Ausland, da die Achtung der territorialen Integrität ganz allgemein alle Staatshandlungen erfasse, durch die in die Gebietshoheit ohne generell oder im Einzelfall erteilte Einwilligung oder ohne Vorliegen eines anderen völkerrechtlichen Rechtstitels eingegriffen werde. Im konkreten Fall jedoch könne nach den völkerrechtlichen Regeln des internationalen vertragslosen Rechtshilfeverkehrs verfahren werden. In dem auf deutscher Seite nach seinem § 1 Abs. 3 allein zum Zuge kommende Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen⁶⁰ sei bewußt auf eine abschließende Aufzählung möglicher Rechtshilfeleistungen verzichtet worden, da sich der Gesetzgeber möglichen zukünftigen Entwicklungen nicht habe verschließen wollen. Nach dem Recht der Vereinigten Staaten sei die Möglichkeit transnationaler Kooperation durch Zeugenvernehmung mittels Videokonferenz gegeben. Im Lichte des Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbPR⁶¹ verstehe es sich dabei von selbst, daß sich ein Zeuge bei einer derartigen Aussage nicht selbst zu belasten brauche. Die Durchführung einer audiovisuellen Vernehmung im Wege der Rechtshilfe entspreche einer solchen im Inland weitgehend, wenn die Einhaltung der für die Hauptverhandlung geltenden wesentlichen Verfahrensgarantien gewährleistet und die ungeschmälerte Ausübung der prozessualen Befugnisse der Prozeßparteien möglich sei.

31. In Anknüpfung an den Beschluß des BVerfG vom 29.10.1998 (2 BvR 1206/98 – FamRZ 1999, 85) und unter Anwendung der dort entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäbe faßte das BVerfG im Jahr 1999 die folgenden, hier nur in den Leitsätzen wiedergegebenen Beschlüsse zum Themenbereich des Haager Übereinkommens vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationa-

⁵⁹ BGBl. 1998 I 820.

⁶⁰ Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 22.12.1982, BGBl. 1982 I 2071.

⁶¹ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II 1533.

ler Kindesentführungen (HKiEntÜ)⁶²: Zunächst erkannte das BVerfG mit Beschluß vom 9.3.1999 (2 BvR 420/99 – IPRax 2000, 221 ff.), daß die Rückkehr an den ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalt für den entführenden Elternteil als Folge der Entführung grundsätzlich zumutbar ist. In einem weiteren Beschluß vom 31.3.1999 (2 BvR 559/99 – IPRax 2000, 224) führte das BVerfG aus, daß es nicht den im Beschluß des Zweiten Senats vom 29.10.1998 aufgestellten Grundsätzen widerspricht, wenn ein Fachgericht die durch die gegenläufigen Rückführungsanträge hervorgerufene erhebliche Unsicherheit reduziert, indem es sich ausnahmsweise im Rückführungsverfahren von sorgerechtlichen Maßstäben leiten läßt. Schließlich erkannte das BVerfG mit Beschluß vom 3.5.1999 (2 BvR 6/99 – IPRax 2000, 224 ff.), daß es wegen des verfassungsrechtlichen Vorrangs des Kindeswohls bei einer Kollision zwischen Eltern- und Kindesinteressen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, daß eine Rückführung des Kindes unterbleibt, wenn die Voraussetzungen des Art. 13 Abs.2 HKiEntÜ vorliegen, weil die Berücksichtigung des Willens des Kindes in diesem Fall dem Kindeswohl dient.

32. Ebenfalls an den Beschluß des BVerfG vom 29.10.1998 anknüpfend erkannte das OLG Hamm mit Beschluß vom 2.3.1999 (7 UF 43/99 – FamRZ 2000, 371 f.), daß die Ausnahmebestimmung des Art. 13 HKiEntÜ eng auszulegen ist. Bei ihrer Anwendung sei, anders als bei Sorgerechtsentscheidungen, nicht allein das Wohl des Kindes bestimmender Maßstab, sondern in erster Linie die Zielsetzung des Übereinkommens, die schnelle Rückführung entführter Kinder an ihren früheren Aufenthaltsort und eine dort zu treffende Sorgerechtsentscheidung zu ermöglichen. Übereinstimmend hiermit unterstrich das OLG Bamberg mit Beschluß vom 9.6.1999 (7 UF 39/99 – FamRZ 2000, 371 ff.), daß bei feststehender Widerrechtlichkeit der Entführung nur ungewöhnlich schwerwiegende Beeinträchtigungen des Kindes geeignet sind, die Rückführung des Kindes zu verhindern. Es genüge nicht, daß das Kind sich noch im Kleinkindalter befinde, an den Kontakt mit der – entführenden – Mutter gewohnt sei und mit dieser schon längere Zeit in der neuen Umgebung verbracht habe.

33. Mit Beschluß vom 8.6.1999 (7 UF 199/99 – FamRZ 2000, 373 f.) erkannte das OLG Hamm, daß Art. 16 HKiEntÜ dahingehend zu verstehen ist, daß die Behörden und Gerichte des ersuchten Staates eine Sachentscheidung erst dann treffen dürfen, wenn ein Rückgabeantrag nicht binnen angemessener Frist gestellt oder über das Rückgabeersuchen negativ entschieden worden ist. Im letzteren Fall dauere das Entscheidungsverbot jedenfalls so lange fort, wie über den am früheren Aufenthaltsort schwebenden Sorgerechtsstreit noch nicht entschieden worden sei. Nicht gefolgt werden könne der Ansicht, daß das Verbot der Sachentscheidung nur bis zu einer – wie auch immer gearteten – rechtskräftigen Entscheidung über das Rückgabeersuchen gelten solle. Durch ein solches Verständnis werde die Zielsetzung der Bestimmung verfehlt, die darin bestehe, im Zufluchtsstaat den Vorrang des HKiEntÜ zu wahren. Das Verbot der Sorgerechtsentscheidung nach

⁶² BGBl. 1990 II 206.

Art. 16 HKiEntÜ schließe das Verbot ein, über das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entscheiden, da dieses zum Kernbereich des Sorgerechts gehöre.

34. Die Sperrwirkung des Art. 16 HKiEntÜ gegen eine Sorgerechtsentscheidung im Aufenthaltsstaat des entführten Kindes erstreckt sich nach einem Beschluß des OLG Stuttgart vom 8.11.1999 (17 UF 347/99 – FamRZ 2000, 374f.) auch auf ein unverzüglich eingeleitetes Verfahren auf Vollziehung der Rückgabeanordnung. Zwar betreffe die Vorschrift nach ihrem Wortlaut nur die Fälle, in denen nach Mitteilung des rechtswidrigen Verbringens oder Zurückhaltens eines Kindes an die Behörde des Aufnahmestaates entweder ein Rückführungsantrag anhängig gemacht worden sei oder die angemessene Frist zum Anhängigmachen noch nicht abgelaufen sei. In dem hier vorliegenden Fall einer schon unanfechtbaren Rückführungsanordnung, aus welcher der Vollzug betrieben werde, führe eine erweiternde Auslegung entsprechend dem Sinn und Zweck der Vorschrift dazu, daß eine Sperrwirkung der Vorschrift gegen eine Sorgerechtsentscheidung auch während der vom Herausgabeberechtigten in angemessener Form eingeleiteten Vollziehung der Rückgabeanordnung anzunehmen sei. Andernfalls nämlich könne die vom HKiEntÜ beabsichtigte Rückführung regelmäßig dadurch unterlaufen werden, daß durch bloße Verzögerung der Rückgabe der entführten Kinder eine Sachentscheidungskompetenz des Aufnahmestaates erreicht werde.

IX. Internationaler Menschenrechtsschutz

Europäische Menschenrechtskonvention

1. Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 Abs. 1 EMRK)

35. In seinem Urteil vom 15.6.1999 (3 A 209/97 – NJW 2000, 970f.) überprüfte das VG Schleswig in einem Fall, in dem es um die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Ingewahrsamnahme eines Ruhestörers ging, die Vorschrift des § 204 Abs. 1 Nr. 2 SchlHLVwG auch am Maßstab des Art. 5 EMRK. Die genannte Vorschrift des Landesrechts erlaubt es, eine Person in Gewahrsam zu nehmen, wenn dies unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern. Das Gericht führte aus, daß nach Art. 5 Abs. 1 c EMRK eine Freiheitsentziehung nur dann zulässig ist, wenn sie notwendig ist, um den Betreffenden an der Begehung einer strafbaren Handlung zu hindern. Entgegen einer strikten Wortlautauslegung sei damit auch die Ingewahrsamnahme zwecks Verhinderung von Ordnungswidrigkeiten erfaßt. Es könne kaum angenommen werden, die Staaten hätten sich insoweit binden wollen, daß in einem Staat präventiv-polizeilicher Gewahrsam ausgeschlossen sein solle, wenn der Staat das zu verhindernde Unrecht nur unter die Sanktion einer Geldbuße und nicht einer Kriminalstrafe gestellt habe. Nicht nur könne die Einordnung für dasselbe Unrecht in den einzelnen Staaten unterschiedlich sein, sondern es könne auch die Einstufung einer Handlung als Ordnungswidrigkeit oder Straftat aus kriminalpo-

litischen Gründen wechseln, ohne daß dies etwas an dem Bedürfnis zur Verhinderung einer solchen Handlung, notfalls auch durch Ingewahrsamnahme, ändere.

2. Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK)

36. In einer Entscheidung vom 16.12.1999 (4 CN 9.98 – DVBl. 2000, 807) betonte das BVerwG, daß ein Normenkontrollgericht bei der Ausübung seines Verfahrensermessens nach § 47 Abs. 5 S. 1 VwGO verpflichtet ist, Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK mit dem Inhalt, den die Vorschrift in der Entscheidungspraxis des EGMR gefunden hat, vorrangig zu beachten. Das Normenkontrollgericht sei verpflichtet, über den Einwand des Eigentümers gegen eine Festsetzung, die sich auf sein im Gebiet eines B-Planes gelegenes Grundstück unmittelbar auswirke, aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung zu entscheiden. Zwar betreffe Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK nach dem deutschen Vertragstext nur zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen. Aus den völkerrechtlich authentischen Fassungen des EMRK Vertragstextes in englischer und französischer Sprache gehe jedoch hervor, daß der Rechtscharakter des strittigen Anspruchs entscheidend sei. Ebenso komme es nach der Rechtsprechung des EGMR für die Frage, ob ein Streit zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen zum Gegenstand habe, nicht auf eine innerstaatliche Rechtswegzuweisung, auf die Rechtsnatur der für die Entscheidung maßgeblichen Rechtsvorschriften (Privatrecht oder öffentliches Recht) oder den Rechtsstatus der Beteiligten an (Privatpersonen oder Träger hoheitlicher Gewalt).⁶³ Entscheidend sei vielmehr allein, daß ein Verfahren im Ergebnis unmittelbare Auswirkungen auf zivilrechtliche Rechte und Pflichten haben könne, was auch bei einer Reihe von Streitigkeiten der Fall sei, die nach deutschem Recht verwaltungsrechtlicher Natur seien. Dies gelte gerade für das Recht am Grundeigentum. Im zu entscheidenden Fall könne sich aufgrund der eigentumsgestaltenden Wirkung des B-Planes und der Form des durch § 47 VwGO dem Grundstückseigentümer eröffneten Rechtsschutzes auch die Entscheidung über die Gültigkeit eines B-Planes nach § 47 Abs. 5 VwGO unmittelbar auf das Grundeigentum auswirken. Auch der *lex posterior*-Grundsatz greife hier nicht, da ein Vorrang des späteren Gesetzes nur dann gegeben sei, wenn der Gesetzgeber seinen Willen zur Abweichung von völkervertraglichen Verpflichtungen ausdrücklich bekundet habe. Die Gesetzesmaterialien zu § 47 VwGO ließen jedoch nicht die Schlußfolgerung zu, daß der Gesetzgeber den bei der gerichtlichen Kontrolle von B-Plänen erwünschten Vereinfachungs- und Beschleunigungseffekt dem Öffentlichkeitsgebot des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK grundsätzlich habe überordnen wollen.

37. In einem Urteil vom 18.11.1999 nahm der 1. Strafsenat des BGH (1 StR 221/99 – BGHSt 45, 321) Stellung zu der Frage der Konsequenzen eines gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens i.S. von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verstößenden

⁶³ EGMR, Urteil vom 28.6.1978, Série A No. 27, Ziff. 88 ff. = EuGRZ 1978, 406, 416 – Fall *König*; W. Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996, Rdnr. 15 ff. zu Art. 6.

Lockspitzeinsatzes, bei dem eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zuzurechnenden Weise zu einer Straftat verleitet worden ist und dies zu einem Strafverfahren geführt hat. Wie schon in vorangegangenen Entscheidungen⁶⁴ hielt der entscheidende Senat auch hier eine Strafzumessungslösung für das geeignete Mittel, um einen im Einzelfall erforderlichen Ausgleich für einen Konventionsverstoß zu schaffen. Der EGMR habe mehrfach betont, daß sich die konkrete Ausgestaltung der Grundprinzipien der EMRK nach nationalem Recht richteten.⁶⁵ Nach deutschem Recht aber komme die Anerkennung eines Verfahrenshindernisses nur in Betracht, wenn der Tatrichter der Tatprovokation nicht bei der Strafzumessung, durch Absehen von Strafe oder sonst durch Anwendung und Auslegung des Straf- und Strafverfahrensrechts in angemessener Weise Rechnung tragen könnte. Ansonsten wäre man gezwungen, einem "Alles oder Nichts"-Prinzip zu folgen, das die möglichen vielgestaltigen Abstufungen in der Schuld des Täters unberücksichtigt lasse. Im deutschen Recht ziehe selbst der massive Verstoß gegen § 136 a StPO nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung lediglich ein Beweisverwertungsverbot und kein Verfahrenshindernis nach sich.⁶⁶ Ein Verfahrenshindernis werde gar bei Grundrechtsverstößen abgelehnt.⁶⁷ Allerdings sei der Verstoß gegen Art. 6 Abs.1 EMRK im Urteil ausdrücklich auszusprechen. Ein solcher Konventionsverstoß erfordere eine gerechte Entschädigung, die durch die Anerkennung eines besonderen, gewichtigen und schuldunabhängigen Strafmilderungsgrunds erfolgen solle, der zur Unterschreitung der ansonsten schuldangemessenen Strafe zu führen habe.⁶⁸ Hierbei bedürfe das Ausmaß der dadurch bedingten Strafmilderung der exakten Bestimmung in den Urteilsgründen. Der Tatrichter könne die Strafmilderung in vielfältiger Weise berücksichtigen. So könne etwa ein besonders schwerer Fall trotz Vorliegen eines Regelbeispiels abgelehnt, auf die gesetzliche Mindeststrafe zurückgegangen werden oder auch die Einstellung der Verfahren nach §§ 153, 153 a StPO bei Vergehen ausgesprochen werden.

Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, das in einem Beschluß vom 29.6.1999 (4 St RR 133/99 NStZ 1999, 527f.) die Auffassung vertrat, daß die Tatprovokation durch einen polizeilichen Lockspitzel jedenfalls dann nicht zu einem Verfahrenshindernis führt, wenn die Verurteilung des Täters nicht auf der Aussage dieser polizeilichen Vertrauensperson beruht.

38. Mit Urteil vom 10.11.1999 entschied der BGH (3 StR 361/99 – BGHSt 45, 308ff.), daß das Verschlechterungsverbot dem neuen Tatrichter nicht gebietet, das Ausmaß der Kompensation für die Verletzung des Beschleunigungsgebots des Art. 6 Abs.1 S.1 EMRK im Vergleich zu der bisherigen Strafe des früheren

⁶⁴ Grundlegend BGHSt 32, 345 = NJW 1984, 2300.

⁶⁵ EGMR, StV 2990, 481 [482]; NStZ 1999, 47 [48].

⁶⁶ BGHSt 38, 214 [222] = NJW 1992, 1463.

⁶⁷ BGHSt 43, 53 [56] = NJW 1997, 2689.

⁶⁸ BGH, StV 1995, 131.

Tatrichters zu bestimmen. Er habe vielmehr die an sich – ohne die Verletzung des Beschleunigungsgebots – verwirkte Strafe in einem neuen, eigenständigen Strafzumessungsvorgang zu ermitteln, ohne an die Höhe der früheren Strafe gebunden zu sein. Zugrunde lag die landgerichtliche Verurteilung eines Angeklagten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten. Nach Revision und Zurückverweisung – gestützt auf eine Verletzung des Beschleunigungsgebots nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK – hielt das dann zuständige LG eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und 6 Monaten für angemessen, die es aufgrund der Verletzung des Beschleunigungsgebotes um ein Jahr auf zwei Jahre und sechs Monate ermäßigte. Die hiergegen gerichtete Revision blieb erfolglos. Der BGH erkannte, daß es nicht gegen das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 StPO verstößt, daß die Strafkammer bei der konkreten Bestimmung der Kompensation von einer an sich verwirkten Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und 6 Monaten ausgegangen ist. § 358 Abs. 2 StPO verbiete nur, daß das angefochtene Urteil in Art und Höhe der Rechtsfolgen zum Nachteil des Angeklagten verändert werde. Folge sei jedoch nicht, daß die Auffassungen und Wertungen, die der angefochtenen, aber aufgehobenen Entscheidung zugrunde liegen, den neuen Tatrichter in irgendeiner Form bänden. § 358 Abs. 2 StPO ziehe lediglich eine Obergrenze. Bestätigt werde dieses Ergebnis dadurch, daß gerade in den Fällen, in denen eine Aufhebung erfolgt sei, weil der frühere Tatrichter eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK nicht ausreichend berücksichtigt und sich mit der strafmildernden Wirkung der allgemeinen Verfahrensdauer begnügt habe, der neue Tatrichter nicht beurteilen könne, in welchem Umfang in der bisherigen Strafhöhe die dem Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK zugrunde liegenden Gesichtspunkte bereits berücksichtigt worden seien.

39. In einem Beschluß vom 12.3.1999 (4 B 112/98 – NStZ 1999, 551) erkannte das BVerwG, daß eine mündliche Verhandlung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK jedenfalls dann im allgemeinen nicht im verwaltungsgerichtlichen Berufungsverfahren zwingend geboten ist, wenn eine Beweisaufnahme vor der voll besetzten Richterbank des Berufungsgerichts an Ort und Stelle stattgefunden hat, den Beteiligten hierbei Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden ist, das Berufungsgericht seine Auffassung über das Ergebnis der Beweisaufnahme mitgeteilt hat und – aus einem anderen Gesichtspunkt heraus – nur noch Rechtsfragen zu entscheiden gewesen sind. Aufgrund mündlicher Verhandlung hatte das VG der Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung für das angeblich im ungeplanten Innenbereich liegende Vorhaben des Klägers stattgegeben. Auf die Berufung der beklagten Behörde hin nahm der VGH in vollbesetzter Richterbank unter Beteiligung der Parteien die Lage des Grundstücks in Augenschein. Die bauplanungsrechtliche Qualifizierung des klägerischen Grundstücks als Außenbereichsgrundstück teilten die Richter während der Beweisaufnahme vor Ort den Parteien mit. Durch Beschluß hielt der VGH die Berufung gemäß § 130 a VwGO einstimmig und ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung für begründet, weil § 35 BauGB dem Vorhaben entgegensteht. Die gegen die Nichtzulassung der Revision beim BVerwG eingelegte Beschwerde blieb erfolglos. Ein Ermessensfehler bei der

Handhabung des § 130 a VwGO sei nicht gegeben, da die Beteiligten die Gelegenheit gehabt hätten, zum Ergebnis der Beweisaufnahme und der ihnen bekannten Würdigung seitens des Gerichts Stellung zu nehmen. Art. 6 Abs. 1 EMRK erfordere nicht die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren. Nach der Rechtsprechung des EGMR sei auf die Besonderheiten des jeweiligen Rechtsmittelverfahrens abzustellen. Keiner öffentlichen Verhandlung bedürfe es insbesondere, wenn im Rechtsmittelzug nur noch über Rechtsfragen zu urteilen sei. Die vorliegend zunächst auch zu entscheidende Tatsachenfrage sei von der voll besetzten Richterbank mit den Prozeßbeteiligten im Rahmen der Beweisaufnahme erörtert worden.

3. Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK)

40. Mit Beschluß vom 8.2.1999 (BVerwG 1 B 2.99 – InfAuslR 1999, 330f.) unterstrich das BVerwG, daß ein zielstaatsbezogenes Abschiebungshindernis auf der Grundlage der EMRK nicht stets schon dann vorliegt, wenn dem abzuschiebenden Ausländer in seinem Heimatland nicht alle Rechte der Konvention gewährleistet sind. Die Bundesrepublik Deutschland sei nicht aufgrund des Art. 8 EMRK ohne weiteres verpflichtet, ausländischen Ehegatten verschiedener Staatsangehörigkeit, von denen keiner ein Bleiberecht in Deutschland habe und die beide ausreisepflichtig seien, die Führung der Ehe in Deutschland zu ermöglichen. Zwar möge es einem gemeinsamen europäischen Menschenrechtsstandard entsprechen, daß die Staaten den eigenen Angehörigen das Zusammenleben mit einem ausländischen Ehepartner in ihrem Staatsgebiet grundsätzlich ermöglichen, wenn nicht ausnahmsweise schwerwiegende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gegen den Aufenthalt des Ausländers sprächen. Sollte dies von Art. 8 EMRK gedeckt sein, so sei im zugrundeliegenden Fall Kroatien als Heimatstaat der Klägerin hieran gebunden, da es mit Wirkung vom 5.11.1997 der Konvention beigetreten sei.⁶⁹ Es sei dann aber in erster Linie Sache der Klägerin und ihres Ehemannes, etwaige Ansprüche insoweit gegebenenfalls auf dem Rechtsweg in Kroatien durchzusetzen, selbst wenn damit eine zeitweise Trennung der Ehegatten verbunden sein sollte.

41. Das OVG Bremen befand mit Urteil vom 18.5.1999 (1 A 33/99.A – NVwZ-Beilage I 10/1999, 101f.), daß nicht jede Unterschreitung des von der EMRK für die Vertragsstaaten gewährleisteten Schutzstandards im Heimatstaat eines Ausländers ein konventionsrechtliches Abschiebungsverbot begründet. Ein solches Verbot bestehe nur dann, wenn dem Ausländer im Heimatstaat eine besonders krasse Verletzung eines fundamentalen Menschenrechts drohe, die der Verletzung des von Art. 3 EMRK geschützten Menschenwürdekerns vergleichbar sei. § 53 IV AuslG i.V.m. Art. 8 EMRK stehe der Abschiebung eines Homosexuellen nach Äthiopien nicht entgegen. Der Kläger suchte im zugrundeliegenden Fall die Anerkennung als Asylberechtigter mit dem Argument zu erreichen, daß er homo-

⁶⁹ Bekanntmachung vom 30.3.1998, BGBl. 1998 II 898.

sexuell und als Transvestit in Erscheinung getreten sei, so daß er bei seiner Rückkehr nach Äthiopien mit Bestrafung und menschenverachtender Behandlung durch Vollzugsbeamte sowie mit der Ablehnung durch seine Familie zu rechnen habe. Seine Klage wurde auch in der Berufungsinstanz zurückgewiesen. Das OVG erkannte, daß der durch Art. 8 I EMRK gewährte Anspruch auf Achtung des Privatlebens zwar auch das Recht umfaßt, in seinem privaten Sexualverhalten respektiert zu werden und ungestört zu bleiben, was das Recht auf nicht öffentlich in Erscheinung tretende einverständliche homosexuelle Betätigung unter Erwachsenen einschließt.⁷⁰ Allerdings schütze diese Vorschrift nicht gegen Beeinträchtigungen des Privatlebens, die nicht unmittelbar durch die Abschiebung selbst eintreten, sondern erst als Folge der Abschiebung außerhalb der Herrschaftsgewalt des abschiebenden Staates im Heimatland von den dortigen Behörden bewirkt würden. Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK, nach der auch solche Handlungen verboten seien, die – wie die Abschiebung – zur direkten Folge hätten, daß die betreffende Person im Zielstaat der Abschiebung verbotenen Mißhandlungen ausgesetzt würde⁷¹, könne nicht ohne weiteres auf die anderen Verbürgungen der EMRK übertragen werden. Die schrankenlose Gewährleistung des Art. 3 EMRK verbiete besonders schwere Menschenrechtsverletzungen, die die körperliche und seelische Unversehrtheit des Individuums als Grundlage seiner Existenz betreffen. Würde Drittstaatsangehörigen ein Recht auf umfassenden Schutz vor Abschiebung in Staaten zugebilligt, in denen der Menschenrechtsstandard der EMRK nicht gewährleistet sei, so würde die Reichweite der EMRK aufenthaltsrechtlich nahezu unbegrenzt ausgeweitet. Aus den übrigen Verbürgungen der EMRK lasse sich eine Schutzpflicht gegenüber den Auslandsfolgen aufenthaltsbeendender Maßnahmen deshalb nur insoweit ableiten, als auch hier eine besonders krasse Verletzung eines fundamentalen Menschenrechts drohen müsse, die der Verletzung des von Art. 3 EMRK geschützten Menschenwürdekerns vergleichbar sei. Dies sei bei einer Verletzung des unter einem Schrankenvorbehalt stehenden Art. 8 EMRK nicht der Fall. Würde man den in der Schranke des Art. 8 Abs.2 EMRK definierten Maßstab auf die Verhältnisse in Äthiopien anlegen, so verstoße eine Bestrafung wegen homosexueller Handlungen nicht gegen Art. 8 EMRK. Der EGMR habe nämlich grundsätzlich anerkannt, daß gewisse Regelungen des homosexuellen männlichen Verhaltens i.S. des Art. 8 Abs.2 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der Moral notwendig sein könnten. Ob dies in einem Vertragsstaat der EMRK tatsächlich notwendig sei, hänge davon ab, ob aufgrund der in dem betreffenden Land herrschenden Moralvorstellungen ein dringendes öffentliches Bedürfnis bestehe. Die Einschätzung eines solchen Bedürfnisses sei Sache der nationalen Behörden. Die in einem Land herrschenden moralischen Vorstellungen dürften auch dann berücksichtigt werden, wenn sie nicht mehr mit der Haltung in anderen Gesellschaften übereinstimmten.

⁷⁰ EGMR, NJW 1984, 541, 542.

⁷¹ EGMR, NJW 1991, 3079 – *Cruz Varas*.

4. Schutz der Meinungs-, Versamlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 10 und 11 EMRK)

42. Mit Urteil vom 14.9.1999 entschied das OVG Bremen (1 HB 433/98 – DVBl. 2000, 128 ff.), daß das Kabelbelegungsmonopol der Landesmedienanstalt mit Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Die Beteiligten stritten im Fall über die Weiterverbreitung von Fernsehprogrammen in Kabelanlagen. Die Klägerin betreibt in Bremen Kabelnetzanlagen. Die beklagte Landesmedienanstalt hatte auf der Grundlage des § 32 Abs. 4 des Brem. LandesmedienG (BremLMG) am 5.11.1997 einen Kabelbelegungsplan erlassen. Darin wurde unter gleichzeitiger Zuweisung von Kabelplätzen an die Veranstalter eine Rangfolge für die Einspeisung der insgesamt 43 Programme festgelegt. Die Klägerin klagte gegen die konkrete Festsetzung der Rangfolge. Das OVG hat die zugelassene Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Es erkannte, daß die angewandten Regelungen auch mit Art. 10 EMRK vereinbar sind. Der Schutzbereich des Art. 10 EMRK umfasse auch die Rundfunkfreiheit⁷² und die Weiterübertragung von Rundfunkprogrammen durch Kabel. Die Vorschrift beziehe sich nicht nur auf den Informationsinhalt, sondern auch auf die Übertragungs- und Empfangsmittel. Somit würden Maßnahmen, die daran hinderten, bestimmte Sendungen zu empfangen, einen Eingriff in die Meinungsfreiheit darstellen. Der Schutz der Meinungsfreiheit schließe nach Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK nicht aus, daß die Staaten Rundfunk- oder Fernsehsendungen einem Genehmigungsverfahren unterwerfen. Neben den in solchen Genehmigungsverfahren vorrangig eine Rolle spielenden technischen und praktischen Aspekten seien jedoch auch Regelungen zur Wahrung der Rechte und Bedürfnisse einer bestimmten Hörergruppe oder zur Wahrung der Qualität und Ausgewogenheit der Programme möglich. Allerdings unterlägen nach der Rechtsprechung des EGMR auch Regelungen nach Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK den Anforderungen, die Art. 10 Abs. 2 EMRK an Einschränkungen der Meinungsfreiheit stelle. Hier seien die Beschränkungen gesetzlich vorgesehen. Der legitime Zweck liege darin, daß durch eine faire Zuweisung von ihrer Zahl nach beschränkten Übertragungsregelungen der Pluralismus und die Meinungsfreiheit gefördert werden und damit zugleich dem Schutz der Rechte anderer gedient werden solle. Aus diesem Grunde seien die Regelungen auch in einer demokratischen Gesellschaft notwendig. Eine Verletzung des Gemeinschaftsrecht, insbesondere eine unzulässige Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 59 EGV a.F. = Art. 49 EGV n.F.), liege nicht vor. Eine offene Diskriminierung i.S. einer Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit der Dienstleistungserbringer sei nicht gegeben, da die Vorschriften des BremLMG nicht danach unterschieden, ob die Rundfunkprogramme aus Deutschland oder einem anderen Mitgliedstaat stammten. Aber auch bei Einbezug des weiteren Schutzbereiches der Dienstleistungsfreiheit, die auch solchen nationalen Regelungen entgegenstehe, die ohne Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit die Ausübung der vertraglich vereinbarten Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machten,

⁷² EGMR, NJW 1990, 615 – *Radio Groppera AG./ Schweiz.*

sei die Regelung des § 32 BremLMG jedenfalls gerechtfertigt, da sie der Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunks- und Fernsehwesens und somit einem zwingenden Allgemeininteresse diene. Zudem habe die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf die essentielle Funktion gesetzlich bestimmter Rundfunkprogramme für die demokratische Ordnung und das kulturelle Leben in Deutschland⁷³ Rücksicht zu nehmen. Dies folge aus der Verpflichtung der Union nach Art. F Abs. I EUV a.F. (jetzt Art. 6 Abs. 3 EUV n.F.) zur Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten. Die wesentlichen Elemente der nationalen Verfassungsordnung, die zu den unverwechselbaren Eigenarten der Mitgliedstaaten beitrügen, seien zu respektieren. Zum andere trage die Gemeinschaft nach Art. 128 Abs. 4 EGV a.F. bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen des Vertrages den kulturellen Aspekten Rechnung. Es sei somit eine Kulturverträglichkeitsprüfung veranlaßt.

X. Schutz geistigen Eigentums

43. Aus völkerrechtlicher Sicht von Interesse war die Feststellung des 1. Zivilsenates des BGH vom 29.4.1999 (I-ZR 65/96 – NJW 2000, 2202 ff.), daß die Erstveröffentlichung eines Werkes in einem Verbandsland i.S. des Art. 6 Abs. 1 der Revidierten Berner Übereinkunft in der Rom-Fassung⁷⁴ (RBÜ) auch bei einer erstmaligen Veröffentlichung des Werkes in einer Übersetzung gegeben ist. Klägerin war ein italienisches Verlagsunternehmen, das im November 1957 den Roman „Dr. Shiwago“ von Boris Pasternak in Italien erstmals in italienischer Fassung veröffentlichte. Das in russischer Sprache geschriebene Originalwerk erschien mit Genehmigung der Klägerin 1958 in den USA. Ein englischer Rechtsanwalt schrieb unter dem Pseudonym Alexander Mollin als Fortsetzung von „Dr. Shiwago“ einen Roman mit dem Titel „Lara’s Child“. Der in Moskau lebende Sohn von Pasternak stimmte dem Vorhaben nicht zu. Der englische Verlag T, von dem wiederum die deutsche Beklagte die Nutzungsrechte an dem Roman für Deutschland erworben hatte, erwarb von Mollin die Rechte für die weltweite Nutzung des Werkes. Der Kläger beantragte u.a. die Verurteilung der Beklagten, es zu unterlassen, das Werk von Mollin zu vervielfältigen und zu verbreiten. Die Revision bestätigte die der Klage stattgebende Entscheidung des Berufungsgerichts. Der Roman „Dr. Shiwago“ sei in Deutschland nach § 121 Abs. 4 UrhG aufgrund staatsvertraglicher Regelung urheberrechtlich geschützt. Der Schutz sei nach Art. 6 Abs. 1 RBÜ durch die erstmalige Veröffentlichung des Werkes in Italien als einem Verbandsland der RBÜ begründet worden. Irrelevant sei, daß der Roman im Jahr 1957 nicht in seiner russischen Originalfassung, sondern in italienischer Übersetzung erschienen sei. Dies folge aus Sinn und Zweck des Art. 6 Abs. 1 RBÜ. Eine Übersetzung enthalte mit Ausnahme des Wortlautes alle wesentlichen Elemente des

⁷³ BVerfGE 73, 118, 157 f.

⁷⁴ Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9.9.1886, revidiert in Rom am 2.6.1928, zuletzt revidiert in Paris am 24.7.1971, BGBl. 1973 II 1071, geändert durch Beschluß vom 2.10.1979, BGBl. 1985 II 81.

Originalwerkes und ermögliche insoweit der Öffentlichkeit ein Kennenlernen des Werkes. Mit der Schutzgewährung bei einer Erstveröffentlichung in einem Verbandsland verfolge Art. 6 Abs. 1 RBÜ das Ziel, einen Anreiz für verbandsfremde Urheber zu schaffen, ihre Werke in einem Verbandsland der Berner Übereinkunft erscheinen zu lassen. Dies werde in aller Regel nur in einer Übersetzung in die Sprache des betreffenden Verbandslandes geschehen können. Dementsprechend könne das Ziel nur dann in der angestrebten Weise erreicht werden, wenn das Originalwerk durch die Erstveröffentlichung in einer Übersetzung Schutz nicht nur in dieser Form, sondern auch in seiner Originalgestalt erlange.

XI. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung

In vier Urteilen äußerte sich der erste Senat des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der Überführung von Ansprüchen und Anwartschaften aus Zusatz- und Sondersversorgungssystemen der DDR in die gesetzliche Rentenversicherung des wiedervereinigten Deutschlands. Hier sollen nur die wesentlichen Leitsätze wiedergegeben werden:

44. In einem ersten Urteil (1 BvL 32/95; 1 BvR 2105/95 (Leiturteil) – NJ 2000, 356 ff.) erkannte das Gericht, daß Ansprüche und Anwartschaften aus Zusatz- und Sondersversorgungssystemen der DDR nach den Maßgaben des Einigungsvertrages als Rechtspositionen der gesamtdeutschen Rechtsordnung anerkannt sind. Sie genossen seitdem und insoweit den Schutz des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Die Überführung dieser Ansprüche und Anwartschaften ausschließlich in die gesetzliche Rentenversicherung der Bundesrepublik sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Einigungsvertrag enthalte für Bestandsrentner (Rentenzugang vor dem 3.10.1990) aus den Zusatz- und Sondersversorgungssystemen der DDR und Angehörige rentennaher Jahrgänge eine Zahlbetragsgarantie (= Betrag, der noch zu DDR-Zeiten für Juli 1990 aus der Rentenversicherung und den Versorgungssystemen zu erbringen war oder zu erbringen gewesen wäre). Diese Garantie sei für Bestandsrentner verfassungskonform dahingehend auszulegen, daß der garantierte Zahlbetrag ab dem 1.1.1992 an die Lohn- und Einkommensentwicklung anzupassen sei. Die im AAÜG⁷⁵ in Abänderung des Einigungsvertrages rückwirkend ab dem 1.8.1991 geregelte Zahlbetragsbegrenzung verstoße gegen die Eigentumsgarantie und sei nichtig. Bereits bestandskräftige Rentenbescheide blieben für den Rentenbezugszeitraum bis zur Bekanntgabe des Urteils des BVerfG von dieser Entscheidung unberührt.

45. Das zweite Urteil des BVerfG (1 BvL 22/95; 1 BvL 34/95 – NJ 2000, 373 ff.) betraf die Absenkung des rentenwirksamen Arbeitsentgelts oder Arbeitseinkommens im Falle der Zugehörigkeit zu staats- oder systemnahen Versorgungssystemen (§ 6 Abs. 2 AAÜG⁷⁶; z. B. Zusatzversorgungsprogramm für haupt-

⁷⁵ Gesetz zur Überführung der Ansprüche und Anwartschaften aus Zusatz- und Sondersversorgungssystemen des Beitrittsgebietes vom 25.7.1991, BGBl. I 1606, 1677.

⁷⁶ *Ibid.*

amtliche Mitarbeiter des Staatsapparates oder Sonderversorgungssystem der Deutschen Volkspolizei) sowie im Falle der Ausübung systemnaher Funktionen (§6 Abs.3 Nr.7 AAÜG; Richter oder Staatsanwalt). Die genannten Vorschriften hätten seit dem 1.7.1993 (Erlaß des Rentenüberleitungs-Ergänzungsgesetzes) bis zum 31.12.1996 (Inkrafttreten einer neuen Regelung) gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs.1 GG) sowie gegen die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs.1 GG) verstoßen und seien deshalb mit dem Grundgesetz unvereinbar gewesen. Der Gesetzgeber sei verpflichtet, bis zum 30.6.2001 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen. Bereits bestandskräftige Rentenbescheide blieben von dieser Entscheidung unberührt.

46. Das dritte Urteil des BVerfG (1 BvR 1926/96; 1 BvR 485/97 – NJ 2000, 367 ff.) betraf u. a. §307b Abs.1 SGB VI (in Kraft getreten am 1.1.1992). Nach dieser Vorschrift werde für die Neuberechnung von Bestandsrenten aus Zeiten der Zugehörigkeit zu einem Zusatz- oder Sonderversorgungssystem der DDR für die Ermittlung der Entgeltpunkte (Ost) die während der gesamten Versicherungszeit bezogenen tatsächlichen Arbeitsentgelte oder Arbeitnehmerinkommen zugrunde gelegt. Hingegen erfolge für die übrigen Bestandsrentner (solche aus der Sozialpflichtversicherung und der Freiwilligen Zusatzrentenversicherung) die Neuberechnung ihrer Renten auf der Grundlage eines – für den Versicherten regelmäßig günstigeren – 20 Jahre-Zeitraums. Für diese Unterscheidung gebe es keinen rechtfertigenden Grund. Insoweit verstoße §307 b Abs.1 SGB VI gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs.1 GG) und sei mit dem Grundgesetz unvereinbar. Der Gesetzgeber sei verpflichtet, bis zum 30.6.2000 eine verfassungsgemäße Regelung zu erlassen. Bereits bestandskräftige Rentenbescheide blieben von dieser Entscheidung für den Rentenbezugszeitraum bis zur Bekanntgabe des Urteils des BVerfG unberührt.

47. Im letzten Urteil in diesem Zusammenhang entschied das BVerfG (1 BvL 33/95; 1 BvL 11/94; 1 BvR 1560/97 – NJ 2000, 380 ff.), daß die durch §7 Abs.1 S.1 AAÜG⁷⁷ für Angehörige des Sonderversorgungssystems des MfS/AfNS vorgenommene Begrenzung der berücksichtigungsfähigen Arbeitsentgelte oder Arbeitsinkommen auf 70 v.H. des jeweiligen Durchschnittsentgelts im Beitrittsgebiet nicht mit Art. 3 Abs.1 und Art. 14 GG vereinbar und nichtig ist, soweit für die Rentenberechnung das zugrunde zu legende Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen unter das jeweilige Durchschnittsentgelt im Beitrittsgebiet abgesenkt wird. Nichtig wegen Verstoßes gegen Art. 14 GG sei auch die Vorschrift des §10 Abs.2 S.1 Nr.1 AAÜG über die Begrenzung von Zahlungsbeträgen der Leistungen des Sonderversorgungssystems des MfS/AfNS auf 802 DM monatlich bei Versichertenrenten. Bereits bestandskräftige Rentenbescheide würden von dieser Entscheidung für den Rentenbezugszeitraum bis zur Bekanntgabe des Urteils des BVerfG unberührt bleiben. Die bereits vom Gesetzgeber der DDR (§2 a Aufhebungsgesetz) vorgenommene, ab dem 3.10.1990 als Bundesrecht fortgeltende pauschale Kürzung von Versicherungsleistungen auf 990 DM monatlich sei mit dem Grundgesetz vereinbar.

⁷⁷ *Ibid.*

48. Mit Urteil vom 8.11.1999 (5 StR 632/98 – BGHSt 45, 270) bestätigte der BGH die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Zentralkomitees der SED für vorsätzliche Tötungen von Flüchtlingen durch Grenzsoldaten der DDR. In dem gegen die Angeklagten Schabowski, Kleiber und Krenz geführten Prozeß verwies der BGH zunächst auf die tatsächlichen Feststellungen des LG, die sich u.a. auf die Grenze und deren Sicherung, die Bewachung der Grenzen durch die Grenztruppen der DDR, den Widerspruch zwischen einer offiziellen und einer tatsächlichen Befehlslage wie auch auf die eingeschränkte Souveränität der DDR durch die Einbindung in den Warschauer Pakt mit der dominierenden Rolle der UdSSR bezogen hätten. Auch wurde verwiesen auf Erklärungen des LG zum Politbüro und zum Nationalen Verteidigungsrat als den dominierenden politischen Machtzentren, die in enger wechselseitiger Verknüpfung durch eine Vielzahl von Beschlüssen das Grenzregime an der innerdeutschen Grenze bestimmt hätten. Der BGH erkannte, daß die Verurteilungen wegen (z.T. mehrfachen) Totschlags aufgrund der Beteiligung der Angeklagten an Beschlüssen des Politbüros bzw. des nationalen Sicherheitsrates zu Recht erfolgt sind. Kausalität liege vor, da die Beschlüsse des Politbüros und des Nationalen Verteidigungsrates Befehlsketten ausgelöst hätten, die letztlich Bedingungen für die tödlichen Schüsse gewesen seien. Darauf, wie das weitere Geschehen sich entwickelt hätte, wenn die Angeklagten jeweils ihre Zustimmung zu den Gremienbeschlüssen verweigert hätten, komme es nicht an. Eine Handlung könne auch dann nicht hinweggedacht werden, ohne daß der konkrete Erfolg entfiere, wenn die Möglichkeit oder die Wahrscheinlichkeit bestehe, daß ohne die Handlung des Täters ein anderer eine – in Wirklichkeit jedoch nicht geschehene – Handlung vorgenommen hätte, die ebenfalls den selben Erfolg herbeigeführt hätte. Die Beteiligungsform der mittelbaren Täterschaft liege vor, da durch staatliche Organisationsstrukturen, die durch Politbüro und nationalen Verteidigungsrat geschaffen worden seien, bestimmte Rahmenbedingungen ausgenutzt worden seien, innerhalb derer ein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöse. Auch sei hier durch die Hintermänner in Kenntnis dieser Umstände gehandelt und der Erfolg gewollt gewesen. Unschädlich für die Annahme von Tatherrschaft sei der allgemeinkundige historische Umstand der unter dem dominierenden Einfluß der UdSSR nur eingeschränkten Souveränität der DDR in bezug auf das Grenzregime. Zum einen habe das Politbüro ein im wesentlichen gleichgerichtetes ureigenes Interesse an der Aufrechterhaltung des Grenzregimes gehabt, zum anderen sei der DDR die Aufrechterhaltung und Ausgestaltung des Grenzregimes weitgehend überlassen worden. Auch das Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs.2 GG stehe der Verurteilung nicht entgegen. Die besondere Vertrauensgrundlage der Strafgesetze, die durch einen an die Grundrechte gebundenen demokratischen Gesetzgeber erlassen werden, entfalle in Fällen extremen staatlichen Unrechts. Hier seien zwar Straftatbestände für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts normiert, die Strafbarkeit gleichwohl jedoch durch Rechtfertigungsgründe für Teilbereiche ausgeschlossen worden. Das Gebot materieller Gerechtigkeit, das auch die Achtung der völkerrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründe einschließe, erlaube in einem solchen Fall

keine Rechtfertigung. Hinsichtlich des Strafmaßes seien im übrigen Grundsätze der Spezialprävention auch in Fällen eines Systemwechsels anwendbar. Dies gelte gerade angesichts der jüngeren Entwicklung des Völkerrechts, die durch eine erhöhte Sensibilisierung für eine Ahndung von solchen Gewaltverbrechen gekennzeichnet sei, die in Ausübung von Staatsgewalt begangen worden seien.

49. Mit Urteil vom 21.1.1999 äußerte sich der BGH (5 StR 565/98 – NStZ 1999, 245) zur Frage, unter welchen Umständen Richtern und Staatsanwälten der ehemaligen DDR die Anwendung des Vertrauens- und Zweifelsgrundsatzes zugute kommen könne. Die angeklagten Richter und Staatsanwälte waren an einem 1981 durchgeführten Ausgangsverfahren beteiligt, das sich mit dem Vorwurf der Vorbereitung eines ungesetzlichen Grenzübertretts in einem schweren Fall (§ 213 Abs.1 und Abs.3 Nr.1, 2, 3 und 5 StGB-DDR) gegen die einzelnen Mitglieder einer Familie richtete, die mit einem selbstgebauten Leichtflugzeug die DDR verlassen wollten. Der BGH führte aus, daß zwar die Rechtsstaatswidrigkeit des Ausgangsverfahrens bei einer durch die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes geprägten und auf die Achtung anerkannter Menschenrechte ausgerichteten Betrachtungsweise nicht in Frage stehen kann, da in solchen Strafverfahren eine grundlegende Mißachtung des Menschenrechts der Ausreisefreiheit und der persönlichen Freiheit zum Ausdruck kommt. Allerdings müßten mit Blick auf den rechtsstaatlich gleichfalls gebotenen Vertrauensschutz sowie auf Art. 103 Abs.2 GG die Tatzeitschauungen der verantwortlichen DDR-Justizangehörigen unter Berücksichtigung von DDR-Recht und DDR-Justizpraxis weitgehend Beachtung finden.⁷⁸ Hiernach könne den Angeklagten nicht vorgeworfen werden, daß sie die von ihnen zu beurteilende Tat als besonders schwerwiegend bewertet haben. Die durch den BGH entwickelten Maßstäbe, nach denen Rechtsbeugung jedenfalls ab Verhängung einer Freiheitsstrafe von drei Jahren gegeben sei, könnten hier deshalb keine Anwendung finden, weil sie lediglich für nicht besonders schwerwiegende Fälle entwickelt worden seien. Allerdings stehe der Fall wegen der im Vergleich dazu beträchtlich höheren Freiheitsstrafe (6 Jahre), die gegen den Haupttäter verhängt worden sei, sowie wegen der Wirkung des Strafverfahrens auf die zuvor sozial eingeordnet lebende Familie, an der Schwelle zur Rechtsbeugung. Die Annahme eines offensichtlichen Übermaßverstoßes liege auch nach den Maßstäben des DDR-Rechts keinesfalls fern. Aus subjektiver Sicht könne Rechtsbeugung daher lediglich wegen des beträchtlichen Gewichts der Tat aus der Sicht der DDR-Justizpraxis sowie mit Rücksicht auf eine immerhin erfolgte differenzierte Abstufung der gegen die einzelnen Verfolgten verhängten Sanktionen scheitern. Auch für die hier betroffenen Angeklagten streite mit nicht minderem Gewicht als in anderen Fällen der Zweifelsgrundsatz.⁷⁹

50. Ebenfalls zu den Voraussetzungen der Rechtsbeugung durch einen DDR-Richter bei der Anwendung des politischen Strafrechts der DDR äußerte sich der

⁷⁸ BGHSt 41, 247, 253 ff.

⁷⁹ BGH, Urteil vom 24.11.1998 – 5 StR 253/98.

BGH mit Urteil vom 31.3.1999 (5StR 596/98 – NStZ 1999, 455 f.).⁸⁰ Der Angeklagte hatte als Richter einen damals 25-jährigen und in Berlin West wohnenden Studenten zu einer Zuchthausstrafe von acht Jahren und zur Einziehung des Vermögens wegen des Vorwurfs eines Verbrechens des Staatsverrats nach § 13 Nr. 1 Alt. 2 (planmäßige Untergrabung der Gesellschaftsordnung) des Gesetzes zur Ergänzung des Strafgesetzbuches vom 11.12.1957⁸¹ – im folgenden StEG – verurteilt. S hatte heftige Kritik am Funktionärswesen in der DDR geübt. Die angedrohte Mindeststrafe von fünf Jahren wurde dabei wegen der außerordentlichen Gemeinschaftsgefährlichkeit um drei Jahre überschritten. Der BGH sah hier den Rechtsbeugevorsatz als gegeben an: Die festgestellten Aktivitäten der Verbreitung systemkritischer Ideen durch einen jungen, überzeugten Kommunisten ließen sich kaum unter den Wortlaut des mehrfach offen gestalteten § 13 StEG subsumieren. Die Strafe sei offensichtlich rechtsstaatswidrig. Der vorliegende Fall sei auch für einen DDR-Richter offensichtlich im Grenzbereich der Anwendbarkeit der Strafnorm gelegen, womit ihm mindestens auf der Sanktionsseite eine ganz besondere Zurückhaltung auferlegt gewesen sei.⁸² Jedenfalls die deutliche Überschreitung der bereits überaus massiven Mindeststrafe des § 13 StEG um drei Jahre sei als rechtsbeugerisch zu werten. Eine Bestrafung in der hier erkannten Höhe dürfte – auch nach den maßgeblichen Vorstellungen eines DDR-Juristen zur Tatzeit – ersichtlich nur für Fälle schwerer Kriminalität verhängt werden.

51. Nach der Entscheidung des BVerfG vom 7.12.1999 (2 BvR 1533/94 – EuGRZ 2000, 86 ff.) verletzt die Vorschrift des § 1 Abs. 1 des Strafrechtlichen Rehabilitierungsgesetzes (StrRehaG)⁸³ den Verurteilten nicht in seinen Grundrechten aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG. Das Rehabilitierungsgericht habe jedoch den Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip des GG) durch die schlichte Übernahme der Tatsachenfeststellungen des DDR-Gerichts verletzt, obwohl der Vortrag politischer Verfolgung Anlaß zur Prüfung gegeben habe. Der Beschwerdeführer war von einem Militärgericht der DDR wegen Fahnenflucht zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt worden. Er wandte sich mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen die Ablehnung seiner Rehabilitierung nach dem Strafrechtlichen Rehabilitierungsgesetz durch das OLG. Das BVerfG hielt die Verfassungsbeschwerde für begründet. § 1 Abs. 1 StrRehaG verstoße nicht gegen Art. 1 Abs. 1 des GG (Menschenwürde), obwohl Verurteilungen wegen Fahnenflucht – anders als Verurteilungen wegen Wehrdienstentziehung und Wehrdienstverweigerung – nicht in den Regelkatalog des § 1 Abs. 1 StrRehaG aufgenommen worden seien. Gegenstand der Rehabilitierung sei im Gegensatz zur strafrechtlichen Verurteilung, die ein sozial-ethisches Unwerturteil enthalte und den in der Men-

⁸⁰ NStZ 1999, 455 f.

⁸¹ DDR-GBR I Nr. 78, 643.

⁸² BGHSt 41, 247, 275.

⁸³ Gesetz über die Rehabilitierungsmaßnahmen von Opfern rechtsstaatswidriger Verfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet in der Neufassung vom 1.7.1997, BGBl. 1997 I 1613.

schenwürde wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch des Verurteilten berühre, gerade die Beseitigung eines solchen Unwerturteils. Die grundsätzliche Anordnung der Wirksamkeit der Entscheidungen der DDR-Gerichte durch Art. 18 des Einigungsvertrages (EV)⁸⁴ sowie die in Art. 17 EV enthaltene Aufforderung zu einer Rehabilitierung aller Personen, die Opfer einer politisch motivierten Strafverfolgungsmaßnahme geworden seien, habe vom Gesetzgeber verlangt, aus der Vielzahl fortgeltender gerichtlicher Entscheidungen unter Beachtung des Rechtsstaatsprinzips diejenigen herauszufiltern, die rechtsstaats- und verfassungswidrig gewesen seien. Hierbei sei ihm von Verfassungs wegen ein weiter Gestaltungsspielraum einzuräumen. Mit der Generalklausel habe er der Norm einen weiten Anwendungsbereich gegeben, der durch exemplarisch aufgeführte Straftatbestände strukturiert worden sei. Der DDR-Straftatbestand der Fahnenflucht habe nicht in den Regelkatalog des § 1 Abs. 1 StrRehaG aufgenommen werden müssen, da solche Verurteilungen nicht die in der Völkerrechtsgemeinschaft anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise verletzt. Die DDR sei ein Staat im Sinne des Völkerrechts gewesen und habe die Möglichkeit gehabt, eine Armee zu bilden und diese auch strafrechtlich abzusichern. Das Militärstrafrecht der DDR habe sich im Rahmen militärstrafrechtlichen Herkommens gehalten und – wie für derartige Vorschriften üblich – darauf abgezielt, die ständige Einsatzbereitschaft und Kampffähigkeit der Streitkräfte sicherzustellen. Die konkreten Aufgaben der einzelnen Soldaten seien nicht notwendig oder auch nur etwa regelmäßig menschenrechtswidrig gewesen. Allerdings sei der Beschwerdeführer in seinem Grundrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip durch die vermutete Bindung des Rehabilitierungsgerichts an die Tatsachenfeststellung des DDR-Gerichts verletzt worden. Dies gelte namentlich deshalb, weil auch bei Nichterwähnung der Fahnenflucht im Regelkatalog des § 1 Abs. 1 StrRehaG eine rehabilitierungsfähige Entscheidung dann vorliegen könne, wenn im Einzelfall – was hier geltend gemacht worden sei – die Verurteilung auf politischer Verfolgung beruhen würde und somit die in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise mißachtet worden wären.

52. Nach dem Urteil des OVG Frankfurt vom 24.3.1999 (3 A 60/97 – NuR 1999, 587 ff.) kann sich die Bundesrepublik Deutschland zur Rechtfertigung einer in die Planungshoheit einer Gemeinde eingreifenden Nutzung eines ehemals von den sowjetischen Streitkräften als Schieß- und Bombenabwurfplatz genutzten Geländes durch die Bundeswehr als Truppenübungsplatz und Luft-Boden-Schießplatz weder auf Art. 21 Einigungsvertrag (EV)⁸⁵ oder das Protokoll zum EV noch auf Vorschriften des Zustimmungsgesetzes zum Deutsch-Sowjetischen Truppen(abzugs)vertrag berufen. Die klagende Gemeinde wandte sich im zugrundeliegenden Fall gegen die Nutzung eines ehemals von den sowjetischen Streitkräften als Schieß- und Bombenabwurfplatz genutzten Geländes durch die Bundeswehr. Das

⁸⁴ Vertrag vom 31.8.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands, BGBl. 1990 II 889.

⁸⁵ *Ibid.*

OVG erklärte, daß die Klägerin einen Anspruch gegen die Beklagte auf Unterlassung der Nutzungen hat, da nachhaltig und ohne die dafür erforderliche gesetzliche Grundlage in ihre Planungshoheit eingegriffen wird. Eine Rechtfertigung der Nutzung des Geländes könne auch nicht mit Erfolg auf Art. 21 EV gestützt werden. Art. 21 Abs. 1 S. 1 EV sei eine bloße Vorschrift über die Verteilung des Verwaltungsvermögens. Das Vermögen des Zentralstaats habe den Ebenen Bund, Land und Kommune sachgerecht zugeordnet werden sollen, ohne daß der jeweils begünstigte Träger öffentlicher Verwaltung dazu habe ermächtigt werden sollen, den Gegenstand zu Lasten privater oder sonstiger Dritter wie einer Gemeinde zu nutzen. Auch Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes zu dem Vertrag vom 12.10.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken über die Bedingungen des befristeten Aufenthalts und die Modalitäten des planmäßigen Abzugs der sowjetischen Truppen aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 21.12.1990⁸⁶, wonach die den sowjetischen Truppen nach diesem Vertrag zur Verfügung stehenden Grundstücke als rechtlich in Anspruch genommen gälten, soweit sie für die im Vertrag genannten Ziele weiter benötigt würden, komme als Rechtsgrundlage der militärischen Nutzung durch die Beklagte nicht in Betracht. Diese Vorschrift sei im Zusammenhang zu sehen mit der in Art. 4 Abs. 1 des genannten Vertrages statuierten Pflicht der sowjetischen Truppen zum Abzug aus Deutschland und des bis zu diesem Abzug durch Art. 8 Abs. 1 des Vertrages garantierten Rechts zur weiteren Nutzung der Grundstücke auch insoweit, als diese nicht im Bundeseigentum ständen. Zur Sicherung genau dieses Rechts – und zu keinem weiteren Zweck – habe die genannte Rechtsfiktion des Art. 2 Abs. 1 des Vertrages greifen sollen. Über eine weitere anschließende Nutzung dieser Flächen durch die Bundeswehr sage der Vertrag hingegen nichts. Der Gesetzgeber sei bei der Regelung der Nutzung von Flächen durch die sowjetischen Truppen nicht von einer Kontinuität ausgegangen. Auch auf eine Widmung der Flächen als Truppenübungsplatz könne sich die Beklagte nicht berufen. Eine konkrete, einzelfallbezogene Verwaltungsentscheidung der DDR über die Widmung des Geländes zur militärischen Nutzung, die nach Art. 19 EV wirksam geblieben wäre, habe es nicht gegeben. Eine solche einzelfallbezogene Widmung sei auch nicht durch Art. 15 Abs. 1 des Regierungsabkommens zu den mit der zeitweiligen Stationierung sowjetischer Streitkräfte auf dem Territorium der DDR verbundenen Fragen vom 12.3.1957⁸⁷ begründet worden, wonach den sowjetischen Truppen weiterhin das Recht zur Nutzung des kraft Besatzungsrechts in Anspruch genommenen Geländes gewährt worden sei. Im übrigen hätte eine solche Widmung ohnehin nur die Nutzung durch die Sowjettruppen erfaßt.

53. Nach dem Urteil des BVerwG vom 27.4.1999 (BVerwG 2 C 26.98 – BVG 109, 59 ff.) ist § 15 Abs. 1 Nr. 3 SächsBG a.F. mit den rahmenrechtlichen Bestimmungen des Bundes unvereinbar. Es unterliege in vollem Umfang verwaltungsgerichtlicher Kontrolle, ob das Festhalten am Beamtenverhältnis wegen Tätigkeit für

⁸⁶ BGBl. 1991 II 256.

⁸⁷ GBl. I. 237.

das frühere Ministerium für Staatssicherheit unzumutbar sei. Es ging in diesem Fall um einen seit Oktober 1991 beim Landeskriminalamt Sachsen tätigen, ehemaligen Oberstleutnant der Deutschen Volkspolizei der früheren DDR, der bei der Einstellung die Frage nach einer Arbeit für das Ministerium für Staatssicherheit (MfS) bzw. das Amt für nationale Sicherheit (AfnS) verneint hatte und später in das Beamtenverhältnis auf Probe berufen wurde. Nach Bekanntwerden seiner Mitarbeit für das MfS nahm die Beklagte die Ernennung zum Beamten auf Probe nach § 15 Abs. 1 Nr. 3 SächsBG zurück. Die Revision des Beklagten führte zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das BVerwG erkannte, daß die als Rechtsgrundlage für die mit der früheren Tätigkeit für das MfS begründete Rücknahmeverfügung allein in Betracht kommende Regelung des § 15 Abs. 1 Nr. 3 SächsBG a.F. vom 17.12.1992⁸⁸ mit Bundesrecht nicht vereinbar ist. Die Regelung weiche hinsichtlich der Rechtsfolge, der zeitlichen und persönlichen Geltung wie auch partiell hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen von den rahmenrechtlichen Vorgaben der Anlage I, Kapitel XIX, Sachgebiet A, Abschnitt III (im folgenden: EV Anlage) Nr. 3 zum Einigungsvertrag (EV)⁸⁹ ab, an die die neuen Länder nach EV Anlage Nr. 2 Buchst. b und c zum EV bei Erlass des in eigener Gesetzgebungskompetenz geschaffenen Beamtenrechts gebunden gewesen seien. Die Vorschriften des EV seien nach den für die Interpretation von Gesetzen allgemein geltenden Regeln auszulegen, da sie als Modifikationen des Beamtenrahmengesetzes (BRRG) deren normativen Charakter teilten und die Begriffswahl dem Sprachgebrauch des Beamtenrechts folge. Eine Abweichung von der EV Anlage Nr. 3 d liege u.a. darin, daß diese nur die Beendigung des Beamtenverhältnisses auf Probe zulasse, die landesrechtliche Rücknahmeregelung sich aber auf jegliche Ernennung beziehe. Auch mit den Rahmenregelung der §§ 9, 10 BRRG stehe § 15 Abs. 1 Nr. 3 SächsBG nicht in Einklang: Der rahmenrechtliche Katalog der Tatbestände, die die Rücknahme einer Ernennung rechtfertigten, sehe eine solche Maßnahme wegen Tätigkeit für das frühere MfS nicht vor. § 9 BRRG regele erschöpfend die Voraussetzungen, unter denen der Landesgesetzgeber die Zurücknahme einer Ernennung obligatorisch zu normieren hat, während § 10 BRRG – ebenfalls abschließend, jedoch fakultativ – weitere landesgesetzliche Rücknahmeregelungen zulasse. Diese Normen seien Ausdruck des hergebrachten Grundsatzes der Ämterstabilität mit einer grundsätzlichen Rechtsbeständigkeit der Ernennung. Eine Aussetzung des Revisionsverfahrens und eine Vorlage an das BVerfG seien gleichwohl deshalb ausgeschlossen, weil nicht abschließend festgestellt werden könne, daß es auf die Gültigkeit des § 15 Abs. 1 Nr. 3 SächsBG a.F. ankomme. Die Gründe, aus denen das OVG der Klage stattgegeben hat, seien ungeachtet der Gültigkeit des § 15 Abs. 1 Nr. 3 SächsBG a.F. mit revisiblem Recht nicht vereinbar, so daß die Sache an das OVG zurückzuweisen sei. Die in § 15 Abs. 1 Nr. 3 SächsBG a.F. enthaltenen Verweisung auf § 6 Abs. 2 Nr. 2 SächsBG

⁸⁸ GVBl. 615.

⁸⁹ Vertrag vom 31.8.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands, BGBl. 1990 II 889.

knüpfe materiellrechtlich an ein Einstellungshindernis an, das inhaltsgleich bereits vor Inkrafttreten des SächsBG aufgrund der Geltung der EV Anlage Nr. 3 Buchst. d i.V.m. Nr. 1 Abs. 5 Ziff. 2 auch als Landesrecht (EV Anlage Nr. 2 Buchst. a) normiert und damit bei Ernennung des Klägers am 1.9.1992 zu beachten gewesen sei. § 6 Abs. 2 Nr. 2 SächsBG und EV Anlage Nr. 3 Buchst. d i.V.m. Nr. 1 Abs. 5 Ziff. 2 hätten trotz unterschiedlicher Formulierungen die gleichen tatbestandlichen Voraussetzungen. Bei einer den Einigungsvertrag berücksichtigenden bundesrechtskonformen Auslegung dieser Voraussetzungen schließe nicht schon allein die Tätigkeit für das frühere MfS die Eignung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 zwingend aus, lasse jedoch eine Schlußfolgerung auf mangelnde Eignung zu. Die Zusammenarbeit mit dem MfS stelle die Vertrauenswürdigkeit des Bediensteten sowie seine innere Bereitschaft, Bürgerrechte zu respektieren und rechtsstaatliche Regeln als verbindlich einzuhalten, nachhaltig in Frage. Berechtigte Zweifel an der rechtsstaatlichen und demokratischen Integrität würden geweckt. Bei der Frage der Unzumutbarkeit/Untragbarkeit sei eine einzelfallbezogene Würdigung verlangt, in der der Grad der persönlichen Verstrickung sich vor allem aus Art, Dauer und Intensität sowie aus dem Grund der Aufnahme und Beendigung der Tätigkeit für das MfS ergebe. Des weiteren sei von Bedeutung, zu welcher Zeit und in welchem Ausmaß der Beamte für das MfS tätig gewesen und für welche Laufbahn er vorgesehen gewesen sei. Der Begriff der Unzumutbarkeit/Untragbarkeit unterliege dabei im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts der vollen gerichtlichen Kontrolle. Für das MfS sei jemand tätig gewesen, wenn er dieses bewußt und final unterstützt habe. In subjektiver Hinsicht sei erforderlich, daß der spätere Beamte wissentlich und willentlich für das MfS tätig geworden sei.

54. In einem Urteil vom gleichen Tag erkannte das BVerwG (2 C 34.98 – BVG 109, 68), daß es für die Entlassung eines Beamten auf Probe im Dienst des Freistaates Sachsen wegen Tätigkeit für das frühere MfS nach Inkrafttreten des SächsBG an einer Rechtsgrundlage fehlt. Vorschriften über die Entlassung von Bundesbeamten könnten jedenfalls dann nicht auf Landesbeamte entsprechend angewandt werden, wenn das Rahmenrecht nicht zwingend eine solche Rechtsgrundlage vorsehe. Wieder ging es um einen 1992 in das Beamtenverhältnis auf Probe berufenen Kläger, der 1995 nach Aufdeckung seiner Verstrickung in das MfS entlassen wurde. Seine Sprungrevision gegen das klageabweisende Urteil war erfolgreich. Das BVerwG führte aus, daß es an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage für die Entlassung fehlt. Die Regelung in Anlage I, Kapitel XIX, Sachgebiet A, Abschnitt III – im folgenden EV Anlage – Nr. 3 Buchst. d i.V.m. Nr. 1 Abs. 5 Ziff. 2 zum Einigungsvertrag (EV)⁹⁰ habe als eine gemäß EV Anlage Nr. 2 Buchst. a S. 2 unmittelbar bis zum Inkrafttreten des jeweiligen Landesbeamtengesetzes für Landesbeamte geltende Vorschrift nach Inkrafttreten des Beamtengesetzes für den Freistaat Sachsen nicht mehr angewandt werden können und sodann den Charakter einer den § 23 BRRG ergänzenden Rahmenregelung angenommen. Die Regelungen des Einigungsvertrages über die Entlassung eines Beamten wegen

⁹⁰ *Ibid.*

Tätigkeit für das frühere MfS seien nicht in das Sächsische Beamtenrecht übernommen worden. Auch über die auf den Einigungsvertrag verweisende Regelung des Art. 119 S.1 der Verfassung des Freistaates Sachsen habe der Verfassungsgeber nicht den Vorschriftenbestand des Einigungsvertrages für die Zukunft des Landes festschreiben wollen. Die fehlende Rechtsgrundlage stelle keine planwidrige Gesetzeslücke dar, die durch Anwendung der Vorschriften des Einigungsvertrages geschlossen werden könne. Die Kodifikation des Beamtenrechts durch die Länder im Rahmen ihrer Gesetzgebungszuständigkeit bestimme ausdrücklich, abschließend und vollständig die Tatbestände, die die Auflösung des Beamtenverhältnisses rechtfertigten.

55. Der BFH erklärte mit Urteil vom 19.1.1999 (VII R 24/98 – DStRE 9/99), daß die rechtlichen Regelungen über den innerdeutschen Handel in dem Zeitraum zwischen dem Abschluß des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18.5.1990 und der Wiedervereinigung am 3.10.1990 ungeachtet dessen in Kraft geblieben sind, ob sie von den Behörden noch stets in vollem Umfang tatsächlich angewandt worden sind. Die Klägerin und Revisionsklägerin begehrte Ausfuhrerstattungen für Fleisch, das von in der ehemaligen DDR aufgezogenen, im Mai und Juni 1990 in das damalige Bundesgebiet verbrachten Rindern stammte und Anfang 1991 in die UdSSR ausgeführt wurde. Gegen die den Antrag abweisende Entscheidung des FG blieb die Revision erfolglos (§126 Abs.2 FGO). Der BFH erkannte, daß der nach der Verordnung (EWG) Nr. 885/68 des Rates vom 28.6.1968 über die Grundregeln für die Gewährung von Erstattungen bei der Ausfuhr von Rindfleisch und über die Kriterien für die Festsetzung dieser Erstattungen zu erbringende Nachweis, daß es sich um Erzeugnisse mit Ursprung in der Gemeinschaft handelt, nicht erfüllt ist. Es handele sich weder um aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft stammende Ware noch um Ware dritter Länder, die in den Mitgliedstaaten in den freien Verkehr gelangt seien. Zwar hätten Waren, die sich am Tag der Wiederherstellung der staatlichen Einheit Deutschlands im freien Verkehr der DDR befunden hätten, nach der für den Senat bindenden Vorabentscheidung des EuGH auf die Vorlagefrage des erstinstanzlich mit diesem Fall befaßten FG⁹¹ mit rechtlicher Wirkung für die Zukunft Gemeinschaftsursprung. Dies gelte jedoch nicht bei vorheriger Verbringung der Waren in die Bundesrepublik nach den Bestimmungen des innerdeutschen Handels. Durch das Protokoll über den innerdeutschen Handel und die damit zusammenhängenden Fragen vom 25.3.1957⁹², das i.S. des Art. 239 EGV Bestandteil des Vertrages geworden sei, sei zur Vermeidung eines ansonsten mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaften auftretenden Konflikt festgelegt worden, daß die Anwendung des EGV in Deutschland keinerlei Änderungen des bestehenden Systems erfordere, die Bundesrepublik also berechtigt gewesen sei, die Vorschriften über den innerdeutschen Handel auch nach dem Beitritt zur EWG anzuwenden. An der Gültigkeit dieser rechtlichen Bestimmungen habe sich bis zum

⁹¹ Urteil des EuGH vom 7.5.1997, Rs. C. 223/95 – EuGHE 1997, I-2379, ZfZ 1997.

⁹² BGBl. 1957 II 984.

Mai/Juni 1990 nichts geändert. Durch eine mögliche Beendigung des Interzonenhandels mit Abschluß des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR vom 18.5.1990⁹³ sei die DDR nicht in das Zollgebiet der Gemeinschaft per 18.5.1990 einbezogen worden. Rechtsnormen blieben ungeachtet ihrer tatsächlichen Anwendung im allgemeinen in Kraft, bis sie aufgehoben würden. Die Regelungen des Transithandelsverfahrens seien auch durch den Beitritt der ehemaligen DDR zur Bundesrepublik Deutschland nicht rückwirkend aufgehoben worden. Auch die gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften böten keinen Anhaltspunkt dafür, daß die infolge des Einigungsvertrages erfolgte Ausdehnung des Gemeinschaftsrechts auch Waren erfaßt habe, die sich am 3.10.1990 nicht mehr in einem zollrechtlich unbeschränkten freien Verkehr befunden hätten.

56. Mit Urteil vom 27.1.1999 entschied das BSG (B 4 RA 29/98 R – ZfS 1999, 117), daß das Abkommen zwischen der Regierung der DDR und der Regierung der Tschechoslowakischen Republik über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Sozialpolitik (DDRTschSozPAbk) vom 11.9.1956⁹⁴ mit dem Untergang der DDR mit Ablauf des 2.10.1990 völkerrechtlich erloschen ist. Art. 12 des Einigungsvertrages (EV)⁹⁵ beschränke sich auf eine völkerrechtliche (Selbst-)Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, vor einer abschließenden Meinungsbildung zum Schicksal der Verträge der ehemaligen DDR deren Vertragspartner zu konsultieren. Eine den Anforderungen von Art. 59 GG genügende Transformation des DDRTschSozPAbk in Bundesrecht sei nicht erfolgt. Folgender Sachverhalt lag dem Fall zugrunde: Die 1950 in der DDR geborene Klägerin lebte zwischen 1971 und 1988 mit ihrer Familie in der Tschechoslowakei und legte dort nach tschechischem Recht rentenversicherungsrechtlich relevante Beschäftigungs- und Erziehungszeiten zurück. 1988 siedelte die Klägerin in die Bundesrepublik über, wo sie seitdem lebt. Nach dem DDRTschSozPAbk und der dazu erlassenen Verordnung v. 27.6.1957⁹⁶ hätte die Klägerin bei Wiederbegründung eines Wohnsitzes in der DDR dort einen Anspruch auf Berücksichtigung der in der Tschechoslowakei zurückgelegten Rentenzeiten in der Sozialpflichtversicherung gehabt. Ein von der Klägerin im Rahmen eines Kontenklärungsverfahrens bei der BFA gestellter Antrag auf Anerkennung der zwischen 1971 und 1988 zurückgelegten Zeiten blieb erfolglos. Die Klage hatte auch in der Revision keinen Erfolg. Das BSG führte aus, daß sich ein Anspruch auf Berücksichtigung der streitigen Zeiten auch nicht aus einem die Bundesrepublik Deutschland bindenden Sozialversicherungsabkommen herleiten läßt. Ein solches existiere mit der Tschechoslowakei bzw. deren Nachfolgestaaten nicht. Das zwischen der DDR und der Tschechoslowakei abgeschlossene DDRTschSozPAbk scheide als Grundlage für einen Vormerkungsanspruch der Klägerin aus. Die DDR sei als Staats- und Völkerrechtssubjekt mit Ablauf des

⁹³ BGBl. 1990 II 537.

⁹⁴ GBl. I 1957 393.

⁹⁵ Vertrag über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31.8.1990, BGBl. 1990 II 889.

⁹⁶ GBl. I 393.

2.10.1990 untergegangen. Damit sei jeder Geltungsgrund für ihre innerstaatliche Rechtsordnung entfallen. Auch für das DDRTschSozPAbk und die dazu erlassene Verordnung fehle der Geltungsgrund. Regelungen des Völkerrechts oder allgemeine völkerrechtliche Rechtsgrundsätze, aus denen sich im konkreten Fall im Verhältnis zu anderen Staaten eine Rechtsnachfolge der Bundesrepublik Deutschland ergeben könnte, fehlten. Art. 12 EV beschränke sich auf eine völkerrechtliche (Selbst-)verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, vor einer abschließenden Meinungsbildung zum Schicksal der Verträge der ehemaligen DDR deren Vertragspartner zu konsultieren. Eine den Anforderungen des Art. 59 GG genügende Transformation des DDRTschSozPAbk in Bundesrecht durch ein Bundesgesetz sei nicht erfolgt. Die auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 1 EVtrG ergangene Abk-AnwendungsVO vom 3.4.1991⁹⁷ i.d.F. der AnwendungsÄnderungsVO⁹⁸ erfasse die Klägerin schon deshalb nicht, weil sie am 2.10.1990 in der DDR keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt gehabt habe; damit habe ihr hinsichtlich der streitigen Auslandszeiten gegenüber der DDR aus deren völkerrechtlichen Verträgen keine Berechtigung zugestanden, welche im Wege des bundesrechtlichen Vertrauensschutzes ab dem 3.10.1990 im Beitrittsgebiet hätte aufrechterhalten werden müssen. Ohnehin wären die DDR und die Tschechoslowakei nicht in der Lage gewesen, im Wege von Abkommensregelungen die Bundesrepublik Deutschland zu verpflichten.

Zu diesem Komplex mit im wesentlichen gleicher Argumentation ist auch das am gleichen Tag ergangene Urteil des BSG (B 4 RA 44/98 R) zu beachten, in dem es um rentenversicherungsrechtliche Ansprüche aus einem Abkommen zwischen der DDR und der ungarischen Volksrepublik ging.

57. In einem Fall, in dem es um Ansprüche einer Gemeinde auf Rückübertragung von Grundstücken aus sog. Rückfallvermögen des Bundes i.S. des § 5 Reichsvermögensgesetzes (RVG)⁹⁹ ging, entschied der Hessische VGH mit Urteil vom 26.10.1999 (11 UE 661/99 – DVBl. 2000, 357 ff.), daß für die gerichtliche Beurteilung der prognostischen Einschätzung eines geltend gemachten Bundesbedarfs i.S. des § 5 Abs. 2 und Abs. 3 RVG die während des in § 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 RVG vorgesehenen Verfahrens – hier Ende des Jahres 1963 – bekannten und vorhersehbaren Tatsachen maßgebend gewesen sind. Ein zu diesem Zeitpunkt gegebener, durch Art. 48 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut gedeckter Stationierungsbedarf ausländischer Streitkräfte sei aufgrund der damaligen Rechtslage vorübergehender Natur gewesen, sofern nicht ein konkreter Anschlussbedarf, insbesondere der Bundeswehr, absehbar gewesen sei. Dem Anspruch der Klägerin auf Rückübertragung der von ihr unentgeltlich für militärische Zwecke überlassenen Grundstücke habe nicht Art. 134 Abs. 3 und Abs. 4 GG i.V.m. § 5 Abs. 2 und 3 RVG entgegengestanden, da der Bund im maßgeblichen Zeitpunkt des Anmeldeverfahrens nach § 5 Abs. 1 S. 2 und 3, Abs. 2 S. 2 RVG die Grundstücke weder

⁹⁷ BGBl. 1991 II 614.

⁹⁸ BGBl. 1992 II 1231.

⁹⁹ Reichsvermögensgesetz vom 16.5.1961, BGBl. 1961 I 597.

unmittelbar für eigene Verwaltungsaufgaben benötigt habe noch sein Bedarf ein nicht nur lediglich vorübergehender i.S. des § 5 Abs. 3 RVG gewesen sei. Aufgrund der damaligen völkerrechtlichen Situation sei die Verpflichtung der Beklagten, die weitere Überlassung der streitgegenständlichen Liegenschaften an die US-Streitkräfte zur militärischen Nutzung zu gewährleisten, auf einen zeitlich nicht bestimmbar, aber von der Anlage vorübergehenden Zeitraum begrenzt gewesen. Dies ergebe sich aus den Regelungen der Art. 48 Abs. 2 und Abs. 5 der am 1.7.1963 in Kraft getretenen Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut vom 3.8.1959¹⁰⁰, aus denen hervorgehe, daß die Vereinbarungen nicht auf eine Dauerstationierung ausländischer NATO-Truppen in der Bundesrepublik Deutschland angelegt gewesen seien. Die Teilung Deutschlands und der sich daraus ergebende erhöhte Stationierungsbedarf sei sowohl nach dem innerstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland wie auch völkerrechtlich als vorübergehendes Provisorium anzusehen gewesen. Dies habe sich sowohl aus der damaligen Fassung der Präambel des Grundgesetzes wie auch insbesondere aus Art. 23 GG ergeben, nach dem das GG in den anderen Teilen Deutschlands nach deren Beitritt in Kraft zu setzen sei. Auch die damals maßgebenden völkerrechtlichen Vereinbarungen seien von dem Grundsatz ausgegangen, daß es sich bei der Teilung Deutschlands und dem daraus resultierenden Stationierungsbedarf um ein Provisorium gehandelt habe. Hierfür spräche neben Art. 2 des Deutschlandvertrags¹⁰¹, wonach die Drei Mächte die bisher von ihnen ausgeübten Rechte und Verantwortlichkeiten in bezug auf Berlin und auf Deutschland als Ganzes nur im Hinblick auf die nationale Lage, die bisher die Wiedervereinigung Deutschlands und den Abschluß eines Friedensvertrages verhindert hat, hätten beibehalten sollen, auch der Art. 10 dieses Vertrages, der eine Überprüfung der Bestimmungen des Vertrages u.a. bei einer Wiedervereinigung Deutschlands vorgesehen habe.

XII. Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen

58. Das VG München erkannte in seinem Urteil vom 8. Juli 1999 (M 29 K 97.8476 – GRUR 2000, 77f.), daß der Widerruf eines europäischen Patents mit Wirkung für Deutschland durch eine Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamts als Organ der Europäischen Patentorganisation ein Hoheitsakt einer zwischenstaatlichen Einrichtung und kein Akt der Ausübung deutscher öffentlicher Gewalt ist, so daß der Rechtsweg zu den deutschen Gerichten nicht eröffnet ist. Die deutsche Gerichtsbarkeit erstreckte sich gemäß § 173 VwGO i.V.m. § 20 Abs. 2 GVG nicht auf Personen, die nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, aufgrund Völkerrechtsvereinbarungen oder sonstiger Rechtsvorschriften von ihr befreit seien. Die Befreiung von der nationalen Gerichtsbarkeit folge aus Art. 8 des

¹⁰⁰ BGBl. 1961 II 1183, 1212.

¹⁰¹ Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den drei Mächten vom 26.5.1952, BGBl. 1954 II 59ff.

Europäischen Patentübereinkommens¹⁰² (EPÜ) i.V.m. Art. 3 des Protokolls über die Vorrechte und Immunitäten der Europäischen Patentorganisation.¹⁰³ Gemäß Art. 3 Abs. 1 und 4 dieses Protokolls erstreckt sich die Immunität der Europäischen Patentorganisation auf den Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit. Darunter seien alle Tätigkeiten zu verstehen, die für ihre im Übereinkommen selbst vorgesehene Verwaltungsarbeit und technische Arbeit unbedingt erforderlich seien. Der Europäischen Patentorganisation, die nach Art. 5 EPÜ den Status einer eigenen Rechtspersönlichkeit besitze, seien durch völkerrechtlichen Akt unmittelbar Hoheitsrechte in bezug auf die Erteilung wie auch den Widerruf von Europäischen Patenten eingeräumt worden (Art. 1, 2, 4, 102 EPÜ). Handelt es im Fall des Widerrufs eines Europäischen Patents die Beschwerdekammer nach Art. 102, 106, 111 EPÜ als Untereinheit des Europäischen Patentamtes, so gehe es jedenfalls nicht um einen Akt der Ausübung deutscher öffentlicher Staatsgewalt. Es liefe dem Sinn und Zweck der Ermächtigung des Art. 24 GG entgegen, wenn eine internationale Organisation im Kernbereich ihrer Autonomie divergierender Rechtsprechung nationaler Gerichte unterläge. Unterschreite der Rechtsschutz im Rahmen der zwischenstaatlichen Einrichtung den rechtsstaatlich unverzichtbaren Grundstandard, so sei durch die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland Art. 24 Abs. 1 GG und nicht Art. 19 verletzt. Eine Parallele zur "Maastricht-Entscheidung" des BVerfG vom 12.10.1993¹⁰⁴ gebe es nicht, da es dort um die Ausübung von Hoheitsgewalt einer supranationalen Organisation im Bereich der Gewährleistung von Grundrechten der rechtsunterworfenen Bürger gehe, während sich hier der Kläger durch die Patentanmeldung freiwillig in Rechtsbeziehungen zur Beklagten begeben habe. Im übrigen bestünden keine Zweifel, daß das in den Art. 106 und 113 ff. EPÜ i.V.m. der Ausführungsverordnung über die Erteilung Europäischer Patente¹⁰⁵ beschriebene Rechtsschutzsystem dem Mindeststandard des Art. 19 Abs. 4 GG genüge. Dies gelte gerade mit Blick auf die durch Art. 23 und 24 EPÜ gewährleistete Unabhängigkeit der Mitglieder der Beschwerdekammer.

XIII. Europäische Gemeinschaften

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

59. Mit Urteil vom 16.4.1999 (1 O 186/98 – RIW 2000, 384 ff.) entschied das LG Bonn, daß die Europäische Einlagensicherungsrichtlinie auch die Verleihung individueller, konkret bestimmbarer Rechte an den einzelnen Anleger bezweckt. Sie schütze alle Einlagen, die nach dem Ende der Umsetzungsfrist noch verfügbar seien, unabhängig davon, wann die Einlage geleistet worden sei. Unternehmen ein Mitgliedstaat keine Maßnahme zur fristgerechten Umsetzung einer EG-Richtlinie,

¹⁰² Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente vom 5.10.1973, BGBl. 1976 II 826 ff.

¹⁰³ BGBl. 1976 II 985 ff.

¹⁰⁴ BVerfG NJW 1993, 3047.

¹⁰⁵ BGBl. 1976 II 915 ff.

so stelle dies auch dann einen haftungsbegründenden Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht dar, wenn der Mitgliedstaat eine Nichtigkeitsklage gegen diese Richtlinie vor dem EuGH erhebt. Der Fall basierte auf einer Klage auf Schadenersatz wegen verspäteter Umsetzung der EG-Richtlinie 94/19/EWG (Einlagensicherungsrichtlinie)¹⁰⁶. Die Klägerin erhielt ihre an eine Bank vor Ablauf der Umsetzungsfrist erbrachten Einlagen wegen Zahlungsunfähigkeit nicht mehr zurück. Eine durch die Bundesrepublik Deutschland erhobene Nichtigkeitsklage gegen die Richtlinie blieb erfolglos.¹⁰⁷ Die Entschädigungsklage hatte im wesentlichen Erfolg. Die nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH für einen Entschädigungsanspruch nach Art. 189 Abs.3 EGV (jetzt Art. 249 Abs.3 EG) i.V.m. § 839, Art. 34 GG zu erfüllenden Voraussetzungen, namentlich die Verleihung hinreichend konkret bestimmbarer Rechte, ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht sowie das Bestehen eines unmittelbaren Kausalzusammenhangs zwischen dem Verstoß und dem entstandenen Schaden, seien gegeben. Für eine Verleihung hinreichend konkret bestimmbarer Rechte spreche neben der Pflicht der Kreditinstitute zum Anschluß an das zu schaffende Einlagensicherungssystem auch der den Kunden individuell gegebene und in seiner Mindesthöhe detailliert geregelte Anspruch. Der Umstand, daß die Richtlinie in den Begründungserwägungen allein auf Art. 57 Abs.2 EGV und nicht auch auf die den Verbraucherschutz behandelnden Art. 100 und Art. 129 a EGV gestützt sei, schließe die Verleihung eines Rechts nicht aus, da die Harmonisierung des Bankrechts und der Verbraucherschutz sich als Ziele nicht ausschlossen. Der hinreichend qualifizierte Verstoß, für dessen Feststellung nach der Rechtsprechung des EuGH eine Reihe von Kriterien zu untersuchen seien (u.a. Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, Verschulden, eingeräumtes Ermessen, Vorsatz), ergebe sich allein daraus, daß bis zur Umsetzungsfrist der Richtlinie keine Umsetzungsmaßnahmen getroffen worden seien. Die Erhebung der Nichtigkeitsklage sei ohne Relevanz, da nach Art. 185 EGV Klagen vor dem EuGH keine aufschiebende Wirkung entfalten würden. Unerheblich sei, daß die Entscheidungen des EuGH, in denen dieser die Haftungsvoraussetzungen des qualifizierten Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht näher präzisiert und allein schon die nicht fristgerechte Umsetzung der Richtlinie als einen qualifizierten Verstoß gewertet habe, erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist ergangen seien. Diese Entscheidungen beträfen lediglich die Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruches, nicht jedoch die entscheidende Frage der Verpflichtung zur fristgemäßen Umsetzung. Die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden sei auch für die schon vor der Umsetzungsfrist geleisteten Einlagen gegeben. Hierfür spräche der in Art. 1 Abs.1 der Einlagensicherungsrichtlinie definierte Einlagenbegriff als Guthaben auf dem Konto ebenso wie die Sachgerechtigkeit dieses Ergebnisses angesichts eines sich laufend ändernden Guthabens.

¹⁰⁶ Richtlinie 94/19 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.1994 über Einlagensicherungssysteme, ABIEG. Nr.L 135 vom 31.5.1994, 5–14.

¹⁰⁷ EuGH, 13.5.1997 – Rs. C-233/97, RIW 1997, 607.

60. Das LG Hamburg erkannte mit Urteil vom 6.8.1999 (303 O 48/99 – NVwZ 2000, 477f.), daß § 2 a II der BSE-Verordnung¹⁰⁸ selbst bei angenommener Gemeinschaftsrechtswidrigkeit nicht gegen solche Vorschriften verstößt, die einem Fleischimporteur Rechte verleihen. Der Kläger machte in diesem Fall gemeinschaftsrechtlich geprägte Amtshaftungsansprüche geltend, die darauf gestützt wurden, daß anlässlich der Einfuhr argentinischen Rindfleischs das Landesveterinäramt die BSE-Verordnung gemeinschaftswidrig angewandt habe. Das LG wies die Klage ab. Art. 22 i.V.m. der Anlage A der Richtlinie 72/462/EWG¹⁰⁹ regelt lediglich viehseuchenrechtliche und gesundheitliche Fragen bei der Einfuhr von Rindern, Schweinen und frischem Fleisch aus Drittländern, nicht jedoch Rechte Einzelner. Art. 43 EGV verleihe dem Kläger ebenfalls keine subjektive Rechtsposition, da diese Vorschrift lediglich eine Ermächtigungsnorm zum Erlaß solcher Rechtsnormen darstelle, die die Grundlinien einer gemeinsamen Agrarpolitik definierten. Aus der an sich subjektive Rechtspositionen verleihenden Vorschrift des Art. 30 EGV könne der Kläger für sich nichts herleiten, da hiermit nur die Warenverkehrsfreiheit innerhalb der Gemeinschaft geregelt werde, nicht jedoch die Einfuhr von Produkten aus Drittländern. Im übrigen sei die von der Bundesregierung unter Verweis auf die Praxis in anderen Mitgliedstaaten vorgenommene Auslegung, daß mit der Richtlinie nur eine Mindestharmonisierung habe vorgenommen werden sollen, nicht völlig von der Hand zu weisen. Dies aber spreche gegen einen qualifizierten Verstoß. Bestätigend komme hinzu, daß die Kommission trotz Beschwerden in diesem Bereich bislang kein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet habe. Eine Passivlegitimation des hier allein in Anspruch genommenen Landes sei im übrigen auch deshalb zu verneinen, weil die vom EuGH entwickelte Konzeption eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs lediglich das Verhältnis zwischen den einzelnen Bürgern und den Mitgliedstaaten betreffe.

Siehe zur Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruches im übrigen die Entscheidung des LG Bonn vom 25.10.1999 (1 O 173/98 – RIW 2000, 144 ff.), bei der in den Leitsätzen festgehalten wird, daß Art. 18 RL/94/62/EWG¹¹⁰ (europäische Verpackungsrichtlinie) das Recht verleiht, Waren in der EU frei zu handeln, und daß die Bundesrepublik Deutschland gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, indem sie die europäische Verpackungsrichtlinie nicht fristgerecht umgesetzt hat. Weder die deutsche Verpackungsverordnung noch das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz hätten das Binnenmarktkonzept der Richtlinie berücksichtigt.

61. In seinem Urteil vom 18.8.1999 (5 UE 2660/98 – UPR 2000, 198) erkannte der Hessische VGH, daß ein Schadensersatzanspruch, der auf die Nichtumsetzung

¹⁰⁸ BSE-Verordnung vom 28.3.1996 i.d.F. der Änderungsverordnung vom 29.7.1996, BGBl. 1996 I 1027.

¹⁰⁹ Richtlinie 72/462/EWG des Rates vom 12.12.1972 zur Regelung viehseuchenrechtlicher und gesundheitlicher Fragen bei der Einfuhr von Rindern, Schweinen und frischem Fleisch aus Drittländern, ABIEG. Nr. L 302 vom 31.12.1972, 28–54.

¹¹⁰ Richtlinie 94/62 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20.12.1994 über Verpackungen und Verpackungsabfälle, ABIEG Nr. L 365 vom 31.12.1994, 10–23.

einer Richtlinie durch den nationalen Normgeber gestützt wird, auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen ist. Nach § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO sei für Schadenersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, der ordentliche Rechtsweg gegeben. Darunter falle auch der Anspruch gegen den Mitgliedstaat aufgrund der Nichtumsetzung einer Richtlinie. Zwar entscheide gemäß § 17 Abs. 2 GVG das Gericht des unter einem bestimmten Gesichtspunkt zulässigen Rechtswegs den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten ohne Rücksicht darauf, welchem Rechtsgebiet die jeweilige Norm angehöre. Allerdings gelte der Grundsatz der umfassenden Prüfung aller Klagegründe im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Rechtswegregelung nicht (Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG, Art. 34 S. 3 GG i.V.m. § 17 Abs. 2 S. 2 GVG). Diese Ausnahme erfasse auch den auf der Rechtsprechung des EuGH fußenden Schadenersatzanspruch gegen den Mitgliedstaat. Sehe man diesen im nationalen Recht begründet (Art. 34 GG, § 839 BGB, Art. 14 Abs. 3 GG), folge dies bereits direkt aus § 17 Abs. 2 S. 2 GVG. Entnehme man die Rechtsgrundlage allein dem Gemeinschaftsrecht, gelte nichts anderes, weil es sich auch insofern um einen Ersatzanspruch für staatliches Fehlverhalten im Sinne der genannten Vorschriften handle.

62. Die Eintragung einer Prokura im Handelsregister stellt nach dem Beschluß des OLG Köln vom 6.12.1999 (2 Wx 26/99 – NJW-RR 2000, 1527) eine Formalität i.S. von Art. 10 *lit. c* der Richtlinie des Rates 69/335/EWG vom 17.7.1969 dar.¹¹¹ Die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH betreffend die Erhebung von Gebühren für die Eintragung einer Gesellschaft¹¹² gälten daher auch für die Gebühren für die Eintragung oder Löschung einer Prokura im Handelsregister. Art. 10 *c lit. c* der Richtlinie 69/335/EWG erfasse Abgaben für die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden könne. Die Formalitäten müßten somit einen Bezug zu ihrer Rechtsform haben. Der mit dieser Formulierung umschriebene Bezug sei nach dem Zweck der Richtlinie zu beurteilen, der nach ständiger Rechtsprechung des EuGH darin liege, daß die Erhebung von indirekten Steuern mit den gleichen Merkmalen wie eine Gesellschaftssteuer vermieden werden solle. Das Ziel der Richtlinie solle nicht dadurch gefährdet werden, daß Abgaben zwar nicht auf die Kapitalzuführung als solche, wohl aber wegen Formalitäten im Zusammenhang mit der Rechtsform der Gesellschaft erhoben werden. Dieser Zusammenhang sei bereits nach dem Wortlaut weit auszulegen. Es müsse genügen, daß die Rechtsform die Möglichkeit eröffne, eine Formalität zu verlangen. In diesem Sinne verlange der EuGH lediglich einen sachlichen Zusammenhang zwischen der abgaberechtlich relevanten Formalität und der Rechtsform der Gesellschaft. Bei der Prokuraerteilung sei ein solcher Zusammenhang gegeben,

¹¹¹ Richtlinie des Rates vom 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital, ABIEG Nr. L 249 vom 3.10.1969, 25–29.

¹¹² EuGH EuZW 1998, 172.

da sie eine im Handelsverkehr typische Form der Bevollmächtigung darstelle. Irrelevant sei, daß die Prokuraerteilung keine für die Rechtsform einer AG spezifische Formalität sei. Die Richtlinie wäre weitgehend wirkungslos, wenn sie auf Formalitäten beschränkt wäre, die das nationale Recht ausschließlich für die jeweils betroffene Gesellschaft vorsehe. Jeder Staat könnte sie dadurch leicht umgehen, daß er die Formalität auch für andere Gesellschaften vorschreibe.

2. Allgemeines Diskriminierungsverbot

63. Das BVerwG unterstrich in seinem Beschluß vom 20.7.1999 (6 B 51/99 – NJW 1999, 3572f.), daß es nicht gegen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 48 EGV verstößt, wenn die Zulassung zur deutschen Rechtsanwaltsseignungsprüfung einem österreichischen Staatsangehörigen versagt wird, der in seinem Heimatland zwar ein rechtswissenschaftliches Studium, nicht aber die dort für den Zugang zum Anwaltsberuf ebenfalls erforderliche berufspraktische Zeit mit anschließender Rechtsanwaltsprüfung absolviert hat. Der rechtserhebliche Unterschied zu Personen etwa aus Portugal und Griechenland liege darin, daß diese allein durch das Hochschulstudium in ihrem Land eine unmittelbar den Zugang zum Anwaltsberuf eröffnende Qualifikation erworben hätten. Nur unter der Voraussetzung des Erwerbs dieser Qualifikation könne mit Blick auf die aus Art. 48 Abs. 2 und 52 Abs. 2 EGV herzuleitenden Diskriminierungsverbote der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Gleichwertigkeit der Diplome gelten.¹¹³ Nur hier sei die objektive Feststellung möglich, daß ein ausländisches Diplom seinem Inhaber die gleichen oder zumindest gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie das innerstaatliche Diplom bescheinige.¹¹⁴ Dieser Grundsatz konkretisiere sich in Art. 3 *lit. a* der Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung von Hochschuldiplomen, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen.¹¹⁵ Hiernach könne, wenn der Zugang zu einem reglementierten Beruf (Art. 1 *lit. c* und *d* Richtlinie 89/48/EWG) oder dessen Ausübung im Aufnahmestaat von dem Besitz eines Diploms abhängig gemacht werde, die zuständige Stelle einem Angehörigen eines Mitgliedstaates den Zugang zu diesem Beruf nicht wegen mangelnder Qualifikation verweigern, wenn der Antragsteller ein Diplom besitzt, das in einem anderen Mitgliedstaat erforderlich ist, um Zugang zu diesem Beruf zu erhalten oder ihn dort auszuüben. Auf diese sonach vorausgesetzte Qualifikation beziehe sich auch die Regelung in Art. 4 *lit. b* der Richtlinie, wonach die Ablegung einer Eignungsprüfung verlangt werden könne. Diese diene also nicht dem Ausgleich von Defiziten, aufgrund derer der Betreffende bereits schon im Herkunftsmitgliedstaat nicht zur Ausübung des fraglichen Berufes berechtigt gewesen sei. Auch aus Art. 1 *lit. a* Unterabs. 1 Alt. 2 Richtlinie 89/48/EWG, wonach eine Berufsauf-

¹¹³ EuGH, Slg. 1995 I-4165 [4198] = NJW 1996, 579, Rdnr. 38 – *Reinhard Gebhard*.

¹¹⁴ EuGH, Slg. 1991, I-2357 [2384] = NJW 1991, 2973 – *Vlassopoulou*.

¹¹⁵ Richtlinie 89/48/EWG, ABIEG Nr. L 19 vom 24.1.1989, S. 16 = NVwZ 1990, 45.

nahme nach dreijähriger Berufserfahrung möglich sei, ergebe sich nichts anderes, da unter Berufserfahrung nach Art. 1 *lit. e* dieser Richtlinie die tatsächliche und rechtmäßige Ausübung des betreffenden Berufes in einem Mitgliedstaat zu verstehen sei. Hiermit werde der vorherige Erwerb einer den Berufszugang eröffnenden Qualifikation also vorausgesetzt.

64. Mit Urteil vom 7.7.1999 entschied das BAG (10 AZR 571/98 – NZA 2000, 51 ff.), daß eine in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften erworbene oder anerkannte Befähigung für einen Lehrberuf hinsichtlich der vergütungsrechtlichen Gleichbehandlung mit einer deutschen Lehrkraft nach innerstaatlichem Recht von einem verwaltungsrechtlichen Gleichstellungsverfahren abhängig gemacht werden darf. Es ging in diesem Fall um einen britischen Staatsangehörigen, der über eine insgesamt fünfjährige Lehramtsausbildung nach britischem Recht verfügte und der unter Hinweis auf die Richtlinie 89/48/EWG¹¹⁶ die Gleichstellung dieser in Großbritannien erworbenen Lehrbefähigung mit der Lehrbefähigung für ein Lehramt im Land Berlin erstrebte. Das beklagte Land Berlin lehnte die Gleichstellung mit Bescheid vom 24.4.1995 ab. Nach Rechtskraft des Bescheides schloß der Kläger einen Arbeitsvertrag mit dem beklagten Land. Die vergütungsrechtliche Eingruppierung in VergGr. IVa BAT wollte der Kläger nicht hinnehmen. Seine Klage blieb in allen Instanzen erfolglos. Der Kläger erfülle nicht die beamtenrechtlichen Voraussetzungen, da er weder einen Vorbereitungsdienst absolviert noch die Zweite Staatsprüfung abgelegt habe. An die Ablehnung des Antrags auf Anerkennung bzw. Gleichstellung gemäß § 16 LBiG i.V.m. § 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 89/48/EWG (EG-RL-LehrG) vom 9.6.1993¹¹⁷ seien die Arbeitsgerichte nach innerstaatlichem Recht gebunden. Die an die Lehrbefähigung anknüpfende unterschiedliche vergütungsrechtliche Regelung verstoße nicht gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, da in- und ausländische Lehrer nicht ungleich behandelt würden, wenn sie die beamtenrechtlichen Voraussetzungen erfüllten. Die Anknüpfung der besoldungsrechtlichen Regelung an eine unterschiedliche Ausbildung und unterschiedliche Ausbildungsabschlüsse sei sachlich gerechtfertigt. Eine Ungleichbehandlung nach den europarechtlichen Diskriminierungsverboten des Art. 48 Abs. 2 EGV bzw. Art. 7 I VO 1612/68¹¹⁸ liege schon deshalb nicht vor, weil die Ungleichbehandlung durch die unterschiedliche Ausbildung sachlich gerechtfertigt sei. Zudem könne durch ergänzende Ausbildung (§ 16 LBiG) bzw. nach nachgewiesener Berufserfahrung oder nach Anpassungsmaßnahmen bzw. einer Eignungsprüfung (vgl. §§ 1, 3, 4 EG-RL-LehrG) eine vergütungsrechtliche Gleichstellung von EU-Ausländern erreicht werden. Ein vorgeschaltetes Gleichstellungsverfahren sei nach Art. 4 der Richtlinie 89/48/EWG europarechtskonform, da vom Antragsteller Berufserfahrung

¹¹⁶ Richtlinie 89/87EWG des Rates vom 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung von Hochschuldiplomen, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABIEG Nr. L 19 vom 24.1.1989, 16.

¹¹⁷ GVBl. 250.

¹¹⁸ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft vom 15.10.1968, ABIEG L 257 vom 19.10.1968, 2–12.

verlangt werden dürfe, wenn seine Ausbildung wie hier um mindestens ein Jahr unter der im Aufnahmestaat geforderten Ausbildungsdauer liege.

65. Die Regelung des § 15 Abs. 5 BJagdG und die ermessenslenkenden Vorgaben für Entscheidungen nach § 15 Abs. 6 BJagdG verstoßen nach dem Urteil des VGH Mannheim vom 14.1.1999 (5 S 1357/97 – NuR 2000, 97 ff.) nicht gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts. Im Fall stritten die Beteiligten über die Rechtmäßigkeit der Versagung des vom Kläger – einem italienischen Staatsangehörigen mit ständigem Wohnsitz in der Bundesrepublik – beantragten Jagdscheins. Die untere Jagdbehörde lehnte die Erteilung eines Jagdscheins ab. Der VGH führte aus, daß nach § 15 Abs. 1 BJagdG Voraussetzung für die Erteilung eines Jagdscheins das Bestehen der deutschen Jagdprüfung ist. Die nach § 15 Abs. 6 zugelassenen Ausnahmen seien durch Selbstbindung der Verwaltung insofern eingeschränkt, als nur solchen Ausländern Jagdscheine ohne Ablegung einer deutschen Jägerprüfung erteilt werden könnten, die sich der mit der deutschen vergleichbaren österreichischen oder schwedischen Jägerprüfung unterzogen hätten. Die Regelung des § 15 Abs. 5 BJagdG und die ermessenslenkenden Vorgaben für Entscheidungen nach § 15 Abs. 6 BJagdG verstießen nicht gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot. Die Regelung des § 15 Abs. 5 BJagdG knüpfte nicht an die Staatsangehörigkeit der Bewerber für den Jagdschein an, sondern an das Bestehen der deutschen Jagdprüfung. Der Kläger werde insofern nicht anders behandelt als ein deutscher Staatsangehöriger, der die deutsche Jägerprüfung ebenfalls nicht vorweisen könne. Anknüpfungspunkt der ermessenslenkenden Vorschriften des § 15 Abs. 6 BJagdG sei wiederum nicht die Staatsangehörigkeit der Bewerber, sondern der Nachweis des Jägerprüfungszeugnisses aus Schweden oder Österreich. Der Anerkennung nur dieser Zeugnisse als gleichwertig liege ein sachgerechtes Kriterium zugrunde. Auch Art. 57 Abs. 1 EGV verpflichte die Mitgliedstaaten nur dann zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen oder sonstigen Befähigungsnachweisen, wenn diese mit dem inländischen Befähigungsnachweis völlig gleichwertig seien. Der Rechtsgedanke der Gleichwertigkeit der Befähigungsnachweise sei in den Verwaltungsvorschriften umgesetzt worden.

3. Unionsbürgerschaft

66. Das VG Stuttgart äußerte sich mit Beschluß vom 10.6.1999 (9 K 2702/99 – VBIBW 2000, 86 ff.) zum Antrag eines britischen Staatsbürgers, der im Wege der einstweiligen Anordnung als wahlberechtigter Unionsbürger in das Wählerverzeichnis für die Europawahl am 13.6.1999 eingetragen werden wollte. Der Antrag blieb erfolglos. Die Frist des § 17 a Abs. 2 der Europawahlordnung¹¹⁹, wonach der Antrag auf Eintragung in das Wählerverzeichnis spätestens zum 34. Tag vor der Wahl bei der zuständigen Gemeindebehörde zu stellen sei, verstoße nicht gegen höherrangiges und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht. Die geringe

¹¹⁹ Europawahlordnung vom 20.3.1994, BGBl. 1994 I 958–984.

Wahlbeteiligung von ausländischen Unionsbürgern bei der Europawahl 1994 lasse nicht den Schluß zu, daß § 17 a Abs. 2 EuWO die Ausübung des aktiven Wahlrechts zum Europäischen Parlament unmöglich mache oder übermäßig erschwere. Für eine solche geringe Wahlbeteiligung könnten eine Reihe anderer Einflußfaktoren ausschlaggebend sein. Die Fristregelung sei durch Art. 9 der Richtlinie 93/109/EG¹²⁰ gedeckt, wonach die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen haben, damit die aktiv Wahlberechtigten der Gemeinschaft rechtzeitig vor den Wahlen in das Wählerverzeichnis eingetragen werden können. Hiermit sei ausdrücklich kein einheitliches Wahlverfahren geschaffen worden. Allerdings müsse ein Mißbrauch des Wahlrechts durch doppelte Stimmabgabe ausgeschlossen werden. Die Festsetzung einer Frist erlaube es zum einen, in Zweifelsfällen im Herkunftsmitgliedstaat nachzufragen, ob der Unionsbürger dort vom Wahlrecht ausgeschlossen sei. Zum anderen könne der Antrag auf Eintragung in ein Wählerverzeichnis an den Herkunftsmitgliedstaat des Unionsbürgers zur Verhinderung der dortigen Wahlteilnahme übermittelt werden. Mit Blick auf den hierfür erforderlichen internationalen Behördenverkehr sei die Frist von 34 Tagen auch in dieser Länge nicht unangemessen. Die Regelung des § 19 Abs. 3 EuWO verstoße auch nicht gegen Art. 12 der Richtlinie 93/109/EWG. Die dort unverzüglich nach Bestimmung des Wahltages vorzunehmende Bekanntmachung der genaueren Modalitäten der Wahl für in Deutschland lebende Unionsbürger durch die Bundeswahlleiter und die Kreis- oder Stadtwahlleiter sowie die Bekanntgabe in regionalen wie überregionalen Zeitungen sei eine rechtzeitige und geeignete Information im Sinne der Richtlinie. Insbesondere seien von den am politischen Leben in Deutschland interessierten Personen die zur Erfassung dieser Information notwendigen Deutschkenntnisse zu erwarten.

4. Freier Warenverkehr

67. In einem Beschluß vom 23.3.1999 (10 S 3242/98 – NVwZ-RR 1999, 733 ff.) erklärte der VGH Mannheim, daß die Verbringung von Abfällen in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union, die als Abfälle zur Verwertung notifiziert werden – anders als Abfälle zur Beseitigung – keiner Erlaubnis durch die am Notifizierungsverfahren beteiligten Behörden bedarf. Die Erhebung von Einwänden nach Art. 7 VO (EWG) 259/93¹²¹ – Abfallverbringungsverordnung – durch die Behörde am Versandort sei deshalb nur als eine die notifizierende Person belastende Maßnahme und nicht zugleich als die Versagung einer Begünstigung anzusehen. Das Notifizierungsverfahren sei trotz gewisser Parallelen unterschiedlich

¹²⁰ Richtlinie 93/109/EG des Rates vom 6.12.1993 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Wahlen zum Europäischen Parlament für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, ABIEG 1993 L 329, 34.

¹²¹ Verordnung (EWG) Nr. 259/93 des Rates vom 1.2.1993 zur Überwachung der Kontrolle der Verbringung von Abfällen in der, in die und aus der Europäischen Gemeinschaft, ABIEG Nr. L 30 vom 6.2.1993, 1–28.

geregelt, je nachdem, ob es um die Verbringung von zur Beseitigung bestimmten oder von zur Verwertung bestimmten Abfällen gehe. In den Erwägungsgründen werde die Notwendigkeit der Anwendung unterschiedlicher Verfahren in Abhängigkeit von der Art des Abfalles und des Bestimmungsortes betont. Die Behördenbeteiligung sei unterschiedlich geregelt: Für Abfälle zur Beseitigung ergebe sich eine Genehmigungspflicht durch die Behörde am Bestimmungsort (Art. 4 II *lit.* a S.1, V und 5 I VO (EWG) 259/93), während für Abfälle zur Verwertung eine solche Genehmigung überhaupt nicht – auch nicht durch die Behörde am Bestimmungsort – vorgesehen sei. Vielmehr könnten nach Art. 7 II 1 VO (EWG) 259/93 lediglich Einwände gegen das Verbringen erhoben werden. Nach Art. 7 VI der VO, wonach im Falle einer vorangegangenen schriftlichen Zustimmung die zuständige Behörde ihre Genehmigung durch einen Stempel auf dem Begleitschein erteilen könne, gelte nichts anderes. Der Begriff der Genehmigung sei – wie die englische und französische Sprachfassung nahelege – in diesem Fall ein Synonym für den Begriff der Zustimmung. Diese Rechtsauffassung werde bestätigt durch die Rechtsprechung des EuGH. Dieser habe mit Urteil vom 28.6.1994¹²² erklärt, daß bei den zur Verwertung bestimmten Abfällen der Versand-, der Empfänger- und der Durchfuhrmitgliedstaat Einwände gegen eine Verbringung erheben könnten, obwohl keine ausdrückliche Genehmigung erforderlich sei.¹²³ Auch die primärrechtlichen Ziele des EG-Vertrages stritten gegen das Bestehen eines Erlaubnisvorbehalts. Die vom EuGH unbeanstandet gelassene Stützung der Abfallverbringungsverordnung auf das Umweltregime des Art. 130 r EGV schließe es nicht aus, daß Abfälle – wie der EuGH mit Urteil vom 9.7.1992 erkannt habe –¹²⁴, auch der Warenverkehrsfreiheit unterfielen. Gerade bei Abfällen zur Verwertung komme der Warenverkehrsfreiheit – anders als bei Abfällen zur Beseitigung – ein besonderes Gewicht zu.

68. Am 14.12.1999 entschied der BGH (X ZR 61/98 – GRUR Int. 2000, 635 ff.), daß die Erschöpfung der Rechte aus einem für die Bundesrepublik Deutschland erteilten Patent grundsätzlich auch dann eintritt, wenn das geschützte Erzeugnis durch den Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung in Deutschland, einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder einem dem europäischen Wirtschaftsraum angehörigen Staat in den Verkehr gebracht worden ist. Die Erschöpfung stelle eine Ausnahme gegenüber den Ausschließlichkeitsrechten des Patentinhabers dar, für deren Voraussetzungen grundsätzlich derjenige darlegungs- und beweispflichtig sei, der sich auf die Erschöpfung berufe. Auch die Bestimmungen des EGV führten regelmäßig zu keiner anderen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Als Sachverhalt lag der Entscheidung eine Klage eines in Großbritannien ansässigen Unternehmens wegen einer Patentverletzung zugrunde. Die Revision gegen die der Klage stattgebenden vorinstanzlichen Urteile blieb erfolglos. Der BGH führte aus, daß eine Erschöpfung der Rechte aus einem mit Wir-

¹²² Slg. 1994, I-2874, 2877.

¹²³ EuGH, Slg. 1994, I-2859, 2863.

¹²⁴ Slg. 1992, I-4431.

kung für die Bundesrepublik Deutschland erteilten Patent jedenfalls dann eintritt, wenn das geschützte Erzeugnis durch den Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung in Deutschland, einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder einem dem Europäischen Wirtschaftsraum angehörigen Staat in den Verkehr gebracht worden ist. Da das Patent seinem Inhaber als Belohnung für die Bekanntgabe der Erfindung ein (zeitlich befristetes) Ausschließlichkeitsrecht gewähre, müsse diesem auch die Entscheidung darüber verbleiben, ob und in welchem Umfang von dem Patentrecht Gebrauch gemacht werden könne. Nach Ausübung des Rechts bestehe jedoch kein Grund mehr, ihm darüber hinaus weitere Einwirkungsmöglichkeiten auf das Schicksal des geschützten Gegenstandes zu geben. Beim Inverkehrbringen in einem Land der EG folge das gleiche Ergebnis aus Art. 28 des EGV (vormals Art. 30 EGV). Das hiernach grundsätzlich bestehende Verbot aller mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen sowie aller Maßnahmen mit gleicher Wirkung sei auch nicht durch Art. 30 EGV (vormals Art. 36 EGV) für solche Einfuhrverbote und Beschränkungen außer Kraft gesetzt, die zum Schutze des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt seien. Die Rechtsprechung des EuGH verlange, daß solche Verbote den spezifischen Gegenstand des Eigentums betreffen müßten, der bei Patentrechten darin liege, daß der Inhaber die Erfindung entweder selbst oder im Wege der Lizenzvergabe an Dritte verwerten und sich gegen jede Zuwiderhandlung zur Wehr setzen könne. Nicht betroffen sei dieser spezifische Gegenstand dann, wenn das erfindungsgemäße Erzeugnis in dem Mitgliedstaat, aus dem es eingeführt wird, durch den Inhaber selbst oder mit dessen Zustimmung auf den Markt gebracht worden sei. Ansonsten würde dem Patentinhaber die Möglichkeit zur Abriegelung der nationalen Märkte eröffnet, ohne daß eine derartige Beschränkung notwendig sei, um ihm die aus den Parallelpatenten fließenden Ausschließlichkeitsrechte zu erhalten. Die gleichen Grundsätze gälten für den Europäischen Wirtschaftsraum (vgl. Art. 2 Protokoll 28 über geistiges Eigentum zum EWR-Abkommen).¹²⁵ Keine Erschöpfung träte ein, wenn das Inverkehrbringen außerhalb des Gebiets der Europäischen Union stattfinde (Grundsatz der nationalen Erschöpfung). Jüngere, dem Grundsatz der internationalen Erschöpfung folgende Entscheidungen aus Japan und der Schweiz gäben keinen Anlaß, diese schon vom Reichsgericht vertretene Rechtsprechung zu ändern. Weder dem Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS)¹²⁶, noch der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20.3.1883 (PVÜ)¹²⁷ könne ein solcher Inhalt entnommen werden. Art. 6 TRIPS werde entweder mit der h.M. so verstanden, daß die materiell-rechtliche Regelung der Erschöpfung von Rechten des geistigen Eigentums den einzelnen Vertragsstaaten

¹²⁵ BGBl. 1993 II 414.

¹²⁶ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums vom 15.4.1994 (TRIPS-Übereinkommen: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), BGBl. 1994 II 1730.

¹²⁷ Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20.3.1883, RGBl. 1903, 147, zuletzt revidiert durch die Stockholmer Fassung vom 14.7.1967, BGBl. 1970 II, 293, 391.

überlassen bleibe, oder es solle nach anderer Ansicht alleine der Grundsatz der nationalen Erschöpfung mit Art. 6 i.V.m. Art. 27 Abs.1 und Art. 28 Abs.1 TRIPS vereinbar sein. Gleiches gelte für Art. 4 Abs.1 und 2 PVÜ. Hinzu komme, daß der bislang von der deutschen Rechtsprechung im Warenzeichenrecht vertretene Grundsatz der internationalen Erschöpfung mit Inkrafttreten des Gesetzes über den Schutz der Marken vom 25.10.1994 aufgegeben worden sei und nunmehr in Umsetzung von Artikel 7 der Markenrechtsrichtlinie¹²⁸ durch §24 Abs.1 MarkenG eine EU-weite Erschöpfung vorgesehen sei. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Erschöpfung trage grundsätzlich derjenige, der sich auf die Erschöpfung beruft, da diese eine Ausnahme gegenüber den Ausschließlichkeitsrechten des Patentinhabers darstelle. Durch die nach Art. 28 EGV geschützte Warenverkehrsfreiheit ergebe sich regelmäßig keine andere Verteilung der Beweislast. Eine Beweislastumkehr könne nur dann in Betracht kommen, wenn die Offenlegung der Bezugsquelle durch den als Verletzer in Anspruch genommenen Benutzer den Patentinhaber in die Lage versetzen würde, diese Bezugsquelle zu verschließen und damit die nationalen Märkte in der Gemeinschaft abzuschotten.

69. In einem Fall, in dem die Frage zu klären war, ob der beklagte Freistaat Bayern berechtigt war, eine Fertigpackung eines von der Klägerin vertriebenen Kosmetikproduktes nach §7 Abs.2 EichG zu beanstanden, erkannte das VG München mit Urteil vom 19.01.1999 (M 16 K 97.8454 – GewArch 1999, 345 ff.), daß es offenbleiben kann, ob §7 Abs.2 EichG auf Kosmetika angesichts des abschließenden Charakters der Richtlinie 76/768/EWG¹²⁹ überhaupt anwendbar ist. Eine Beanstandung der Verpackung sei jedenfalls deshalb auszuschließen, weil bei der notwendigen europarechtskonformen Auslegung von §7 Abs.2 EichG ein Verbot nicht durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sei. Bereits die Anwendbarkeit des §7 Abs.2 EichG auf Kosmetika sei fraglich, weil das Recht der kosmetischen Mittel einschließlich der Verpackung durch die Richtlinie 76/768/EWG harmonisiert worden sei. Bei Unterstellung der Anwendbarkeit des §7 Abs.2 EichG habe eine die Art. 30 ff. EGV berücksichtigende europarechtskonforme Auslegung dieser Vorschrift zur Folge, daß nur zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes ein Verpackungsverbot rechtfertigen könnten. Das Verbot, eine in Belgien bzw. Großbritannien hergestellte und dort sowie in den anderen EU-Mitgliedstaaten in einer bestimmten Verpackung unbeanstandet auf den Markt gebrachten Hautcreme auch in Deutschland in gleicher äußerer Gestalt an den Endverbraucher zu verkaufen, zeitige im Sinne von Art. 30 EGV die gleiche Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung. Zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes seien nicht erkennbar. Bei der für die Ermittlung einer möglichen Irreführung notwendigen Bestimmung der Verbrauchererwartung sei nach der Rechtsprechung des EuGH – anders als bei dem

¹²⁸ Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABIEG Nr.L 40 vom 11.2.1989, 1–7.

¹²⁹ Richtlinie 76/768 des Rates vom 27.7.1976 zur Angleichung des Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel, ABIEG Nr.L 262 vom 27.9.1976, 169–200.

nach § 3 UWG zum Teil für maßgeblich gehaltenen Eindruck des flüchtigen Durchschnittsverbrauchers – von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher auszugehen und zu fragen, welche Schlüsse er aus der Präsentation der Waren voraussichtlich ziehen werde.¹³⁰ Gerade im Kosmetikbereich, in dem als Erwerber der Produkte ohnehin nur ein kleiner Personenkreis mit gesteigerter Kaufkraft und Interesse an einer aufwendigen Verpackung der Produkte in Betracht komme, sei eine solche Irreführung des Verbrauchers zu verneinen.

Zur Maßgeblichkeit des europäischen Verbraucherleitbildes hinsichtlich der Frage der Irreführung des Verkehrs durch Werbung für Lebensmittel gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 5 b LMBG siehe auch OLG Nürnberg, Urteil vom 28.12.1999 (3 U 2355/99 – RIW 2000, 227 f.).

5. Freizügigkeit

70. Die in § 3 Abs. 2 Wehrpflichtgesetz (WPfLG) getroffene Regelung über die Genehmigungspflicht von Auslandsaufenthalten Wehrpflichtiger ist nach Auffassung des BVerwG (6 C 30.98 – BVG 110, 40 ff.) mit Europäischem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit der Freizügigkeitsgarantie des Art. 18 Abs. 1 EG, vereinbar. Streitgegenstand zwischen den Beteiligten war die Frage, ob der Kläger für den zu Promotionszwecken verlängerten Aufenthalt in Großbritannien der Genehmigung der Wehersatzbehörde bedürfe. In diesem Zusammenhang wurde auch die Vereinbarkeit von § 3 Abs. 2 WPfLG mit Gemeinschaftsrecht überprüft. Das BVerwG erkannte, daß Art. 18 Abs. 1 EG (früher Art. 8 a Abs. 1 EGV) das Recht eines jeden Unionsbürgers formuliert, sich vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsbestimmungen vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten. Diese politische Grundfreiheit finde jedoch keine Anwendung auf solche Beschränkungen der Ausreisefreiheit, die ausschließlich verteidigungspolitischer Natur seien. Aus der für diesen Sachverhalt maßgeblichen Fassung des Vertrages über die Europäische Union ("Vertrag von Maastricht") vom 7.2.1992¹³¹ folge, daß die nationale Verteidigungspolitik als Teilbereich der Sicherheitspolitik von den Vertragsstaaten nicht in die supranationale Zuständigkeitsordnung der Europäischen Gemeinschaften eingegliedert worden sei. Dies folge aus Formulierungen wie denen in Erwägungsgrund 9 der Präambel, Art. B Unter-Abs. 1. Spiegelstrich 2 EU-Vertrag (jetzt Art. 2 Unter-Abs. 1 Spiegelstrich 2 EU) sowie Art. J. 4 EU-Vertrag (jetzt Art. 17 Abs. 1 Unter-Abs. 1 EU), wonach die Verwirklichung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik nur auf längere Sicht oder zu gegebener Zeit geschehen solle und mithin in konjunktivischer Formulierung in eine unbestimmte Zeit verwiesen werde. Dem habe das in Art. J. 4. formulierte strikte Konsensprinzip für verteidigungspolitische Beschlüsse entsprochen. Dieses

¹³⁰ EuGH, Urteil vom 16.7.1998, NJW 1998, 3183, 3185.

¹³¹ BGBl. 1992 II 1523.

Ergebnis folge auch aus dem in Art. E EU-Vertrag (jetzt Art. 5 EU) formulierten Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, wonach die Gemeinschaftsorgane nur tätig werden dürften, wenn ihnen eine vertragliche Ermächtigungsnorm Kompetenzen und Befugnisse verleihe. Zudem sei zu sehen, daß der Verfassungsgeber in Art. 12 a, 73 Nr.1, 87a und 115 b GG eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine wirksame militärische Landesverteidigung getroffen habe. Die konkretisierenden Bestimmungen des Wehrpflichtgesetzes aktualisierten somit eine in der Verfassung enthaltene Grundentscheidung. Würde man Art. 18 Abs.1 EG in der vom Kläger gewünschten Weise verstehen, so könnte sich jeder Wehrpflichtige der Erfüllung der Wehrpflicht durch Verlegung seines Aufenthalts in einen anderen EU-Mitgliedstaat sanktionslos entziehen. Selbst bei einer gedachten Anwendbarkeit des Art. 18 Abs.1 EG ändere sich nichts an diesem Ergebnis, da bezüglich dieses Rechts auf den hinsichtlich der Verkehrsfreiheiten formulierten Vorbehalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit nach Art. 39 Abs.3, 46 Abs.1 EG (früher Art. 48 Abs.3, 56 Abs.1) zurückgegriffen werden könne. Dieser sich zudem durchweg in den die Freizügigkeit konkretisierenden Bestimmungen des sekundären Gemeinschaftsrechts findende Vorbehalt umfasse mit dem Begriff der öffentlichen Sicherheit auch die äußere Sicherheit. Die Mitgliedstaaten könnten somit – vom Gemeinschaftsrecht anerkannt – die zu deren Gewährleistung geeigneten und erforderlichen Maßnahmen treffen. Die in §3 Abs.2 WPflG getroffene Regelung verstoße aufgrund ihrer zeitlichen Begrenzung und einer Ausnahmeregelung für Härtefälle auch nicht gegen den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Gegen das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art 12 Unter-Abs.1 EG; früher Art. 6 EGV) werde nicht verstoßen, da die Lage deutscher Wehrpflichtiger nicht mit derjenigen junger Männer in anderen EU-Mitgliedstaaten vergleichbar sei, die über eine Berufsarmee verfügten. Auch ein Verstoß gegen Art. 2 Abs.2 des Protokolls Nr.4 zur EMRK¹³², nach der es jeder Person frei stehe, jedes Land einschließlich des eigenen zu verlassen, sei deshalb nicht gegeben, weil die Voraussetzungen der nach Art. 2 Abs.3 Protokoll Nr.4 EMRK möglichen Beschränkungen erfüllt seien. Die Einschränkung sei im Sinne der Rechtsprechung des EGMR in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit notwendig. Bei der Bestimmung des Begriffes "notwendig" billige der Gerichtshof den Behörden, Gerichten und Gesetzgebungsorganen der Vertragsstaaten einen Ermessensspielraum zu, der unzweifelhaft nicht überschritten worden sei. Aus den gleichen Gründen sei §3 Abs.2 WPflG auch eine im Sinne des Art. 12 Abs.3 IPbüRG¹³³ zulässige Einschränkung gegenüber der Verbürgung der Ausreisefreiheit in Art 12 Abs.2 IPbüRG.

71. Mit Urteil vom 29.2.1999 entschied das BSG (B 1 KR 1/98 – NZS 1999, 607 ff.)¹³⁴, daß die gesetzliche Krankenkasse für Rücktransporte aus dem Ausland

¹³² Protokoll Nr.4 vom 16.9.1963, BGBl. 1968 II 422.

¹³³ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II 1533.

¹³⁴ NZS 1999, 607 ff.

auch dann nicht aufzukommen hat, wenn der Versicherte von einem Mitgliedstaat der Europäischen Union zur Weiterbehandlung ins Inland verlegt wird. Die Klägerin ist Mitglied der beklagten Ersatzkasse. Durch einen Unfall in Griechenland erlitt sie eine Schädelfraktur und wurde nach stationärer Behandlung in Athen nach Deutschland zurücktransportiert. Die Übernahme der durch diesen Transport entstandenen Kosten lehnte die Beklagte ab. Das BSG bestätigte die Klagabweisung durch das LSG und erkannte, daß der einzig in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage des § 13 Abs. 3 SGB V jedenfalls der Ausschlußtatbestand des § 60 Abs. 4 S. 1 SGB V entgegensteht. Der Krankentransport sei als inländische Leistung zu behandeln und falle in die grundsätzliche Zuständigkeit der Beklagten. Die Vorschrift kennzeichne Krankenfahrten sinngemäß als akzessorische Nebenleistungen, die ausschließlich dazu dienten, die im konkreten Fall erforderliche Krankenhausbehandlung als Hauptleistung zu erbringen. Auf die Behandlung in Athen als einer vorhergehenden Hauptleistung könne der Transport somit nicht bezogen werden. Den griechischen Träger der Krankenversicherung träfen über die ihm gemeinschaftsrechtlich zugewiesene Zuständigkeit als aushelfender Träger (Art. 22 Abs. 1 Buchst. a Ziff. I EWGV 1408/71)¹³⁵ keine weitergehenden Leistungspflichten, da der Akzessorietätsgrundsatz auch im Gemeinschaftsrecht gelte und die gemeinschaftsrechtlich angeordnete Leistungsaushilfe und das dabei anzuwendende griechische Recht nicht die Weiterbehandlung in einem ausländischen Krankenhaus umfasse. Die Leistungsaushilfe des örtlichen Trägers habe lediglich den begrenzten Zweck, die kostenfreie Krankenbehandlung für den Zeitraum sicherzustellen, in dem der eigentlich zuständige Träger die Sachleistung wegen des Territorialitätsprinzips nicht zur Verfügung stellen könne. Im übrigen sei eine unterschiedliche soziale Absicherung in den Mitgliedstaaten der EU hinzunehmen. Bei einem Wechsel des Versicherten in ein anderes Land sei er auf den dort geltenden Leistungskatalog beschränkt.

72. Mit Urteil vom 16.6.1999 entschied das BSG (B 1 KR 5/98 – BSGE 84, 98 ff.), daß ein Pflichtversicherter in der Krankenversicherung der Rentner, der ausschließlich eine Rente aus der deutschen Rentenversicherung bezieht, seinen Status als Versicherter nicht dadurch verliert, daß er seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union verlegt. Krankenversicherungsleistungen, die während eines vorübergehenden Deutschlandaufenthalts erforderlich werden, richteten sich in ihrem Umfang nach deutschem Recht. Zugrunde lag der Fall eines Klägers, der als Bezieher einer Rente aus der deutschen Rentenversicherung zusammen mit seiner Ehefrau seinen Wohnsitz nach Spanien verlegt hatte. Krankenversicherungsbeträge zahlte er an die beklagte AOK. Während eines Deutschlandaufenthalts ließen sich die Eheleute Zahnersatz eingliedern. Die Zahlung der nach deutschem Recht hierfür vorgesehenen Zuschüsse lehnte die Beklagte ab. Die Klage des Ehemannes, der sich die Ehefrau später anschloß, hatte

¹³⁵ Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABIEG Nr. L 149 vom 5.7.1971, 2–50.

letztlich Erfolg. Das BSG führte aus, daß der Kläger aufgrund der Art. 22, 31 der EWG-Verordnung 1408/71¹³⁶ für sich und seine Ehefrau in allen Mitgliedstaaten der EU vollen Krankenversicherungsschutz genießt, der alle Leistungen am Wohnort sowie ggf. auch Geldleistungen umfaßt. Nach Art. 28 Abs.1 Buchst. a EWG-Verordnung 1408/71 sei der Träger am Wohnort für die Erbringung von Sachleistungen verantwortlich. Es werde dabei fingiert (Versicherungsfiktion), daß der Rentner nach den Rechtsvorschriften des Wohnsitzstaates zum Bezug einer Rente berechtigt sei und Anspruch auf Sachleistungen habe. Daneben nehme Art. 28 Abs.1 S.1 EWG-Verordnung 1408/71 auf das Recht Bezug, das für einen Bewohner des die Rente gewährenden Staates gelte (Wohnsitzfiktion). Diesen Leistungsansprüchen ständen Beiträge gegenüber, die dem Rentner von seiner Rente und anderen deutschen Versorgungsbezügen einbehalten würden. Art. 33 EWG-Verordnung 1408/71 unterstelle ein Junktim zwischen Versicherungslast und Beitragsrecht. Hinsichtlich der Versicherteneigenschaft nach § 30 SGB V könne dann der Status des Klägers kein anderer sein.

73. Das Hamburgische OVG erkannte mit Beschluß vom 2.12.1999 (3 Bs 402/98 – InfAuslR 2000, 168 ff.), daß Widerspruch und Anfechtungsklage eines Ehegatten gegen die Ablehnung eines Antrags auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis/EG auch dann aufschiebende Wirkung haben, wenn die Ehegatten getrennt lebten und es sich womöglich um eine sog. Scheinehe handelt. Für den Ausschluß des § 72 Abs.1 AuslG genüge es grundsätzlich, daß der formelle rechtliche Status als Ehegatte eines freizügigkeitsberechtigten Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates (§ 1 Abs.2 AufenthG/EWG)¹³⁷ nachgewiesen sei. Die Antragstellerin erstrebte die Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltsgenehmigung. Sie war mit einem in Deutschland wohnhaften Griechen verheiratet, der eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis/EG besaß. Sie lebte jedoch mittlerweile getrennt von ihrem Ehemann. Nach ablehnendem Bescheid der Hamburger Ausländerbehörde hatte der Eilrechtsschutz im wesentlichen Erfolg. Das OVG erkannte, daß der Klage gegen die Verfügung der Antragsgegnerin gemäß § 80 Abs.1 VwGO i.V.m. §§ 12 Abs.9 AufenthG/EWG, § 72 Abs.1 AuslG aufschiebende Wirkung zukommt, soweit sie sich gegen die Versagung der Aufenthaltsgenehmigung richtet. § 12 Abs.9 AufenthG/EWG schließe die Anwendung des § 72 Abs.1 AuslG auf Ausländer aus, die zu dem in § 1 Abs.1 und 2 AufenthG/EWG umschriebenen Kreis der freizügigkeitsberechtigten Personen gehörten. Der Bezug auf diesen Personenkreis finde in § 12 Abs.1 AufenthG/EWG seinen Ausdruck darin, daß dessen Abs.1 an den in § 1 AufenthG/EWG umschriebenen Personenkreis anknüpfe. Ohne Bedeutung für den Ausschluß des § 72 Abs.1 AuslG sei demgegenüber, ob nach den weiteren Bestimmungen des AufenthG/EWG beschränkende Maßnahmen vorgesehen seien oder im Einzelfall Einschränkungen vorgenommen werden könnten. Die Anwendbarkeit des § 12 Abs.9 AufenthG/EWG

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 31.1.1980, BGBl. 1980 I 116.

hänge somit auch nicht von einem weiteren Zusammenleben der Ehegatten ab. Im übrigen sei die Freizügigkeit für den Ehegatten auch nach Art. 10 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68¹³⁸ nicht vom Fortbestehen einer gemeinsamen Familienwohnung abhängig. Für den Ausschluß des § 72 Abs. 1 AuslG genüge es grundsätzlich, daß der formelle rechtliche Status eines freizügigkeitsberechtigten Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats (§ 1 Abs. 2 AufenthG/EWG) nachgewiesen ist. Dies gelte unabhängig davon, daß der Aufenthalt nach Gemeinschaftsrecht im Ergebnis wohl versagt werden dürfte, wenn eine bloße Scheinehe feststände. Es widerspreche der Funktion des § 12 Abs. 9 AufenthG/EWG und schränke dessen Funktion über Gebühr ein, wenn das Verfahren mit der Frage befrachtet würde, ob eine Scheinehe vorliege.

74. In seinem Beschluß vom 5.8.1999 (3 Bs 113/99 – InfAuslR 1999, 486 ff.) entschied das Hamburgische OVG, daß ein ohne das erforderliche Visum eingereister Drittstaatsangehöriger nach der Heirat mit einem freizügigkeitsberechtigten EG-Angehörigen das Bundesgebiet nicht zur Durchführung des Visumsverfahrens verlassen muß. Dem Fall zugrunde lag der Antrag eines ägyptischen Staatsangehörigen auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis/EG. Der Antragsteller, gegen den eine bestandskräftige asylrechtliche Abschiebungsandrohung vorlag, war verheiratet mit einer in Deutschland lebenden Italienerin, die die unbefristete Aufenthaltserlaubnis/EG besaß. Die Antragsgegnerin lehnte den Antrag unter Berufung auf Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach § 12 Abs. 1 S. 1 AufenthG/EG ab. Das VG untersagte der Antragsgegnerin im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO, den Antragsteller vor einer rechtskräftigen Entscheidung über seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis/EG aus der Bundesrepublik Deutschland abzuschieben. Die durch die Antragsgegnerin beantragte Zulassung der Beschwerde blieb ohne Erfolg. Das OVG erkannte, daß § 17 Abs. 5 AuslG einem Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis/EG nicht im Wege steht, da der Anspruch seine Grundlage nicht im Ausländergesetz, sondern im europäischen Gemeinschaftsrecht hat. Vom allgemeinen Ausländerrecht abweichende und hier anwendbare Bestimmungen (§ 2 Abs. 2 AuslG) seien die Vorschriften der §§ 1 Abs. 2, 7, 12 AufenthG/EWG. Die in § 12 AufenthG/EWG genannten Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit nach Art. 48 Abs. 3, 56 Abs. 1 EWGV seien andere Gründe als diejenigen, die bei § 17 Abs. 5 AuslG das Versagen einer Aufenthaltserlaubnis trotz Vorliegens eines Anspruchs ermöglichten. Wegen der Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts könne die Rechtsposition des Antragstellers sogar stärker sein als diejenige, die er im Falle der Eheschließung mit einer deutschen Staatsangehörigen hätte. § 12 AufenthG finde auch schon bei der Ersterteilung der Aufenthaltserlaubnis/EG Anwendung, da die Freizügigkeit ein unmittelbar aus Art. 48 EWG fließendes Recht sei. Es gehöre nicht zu den Vorbedingungen für den Erwerb des Rechts auf Einreise und Aufenthalt, daß die den

¹³⁸ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft vom 15.10.1968, ABIEG L 257 vom 19.10.1968, 2–12.

Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung betreffenden Vorbehalte nach Art. 48 Abs.3 und 56 Abs.1 EWG-Vertrag nicht eingriffen. Für die Freizügigkeit von Familienangehörigen bestehe ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit im Grundsatz die gleiche Rechtslage. Art. 10 Abs.1 Buchst. a der Verordnung (EWG) Nr.1612/68¹³⁹ erlaube dem Ehegatten eines Arbeitnehmers, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist, ungeachtet der eigenen Staatsangehörigkeit bei Erfüllung der in Abs.3 dieses Artikels genannten Voraussetzungen Wohnung zu nehmen. Ein Sichtvermerk könne von dieser Personengruppe zwar verlangt werden. Jedoch dürfe die Sanktion gegen einen solchen Sichtvermerksverstoß nicht in der Entfernung aus dem Hoheitsgebiet bestehen, da eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des EG-Vertrages nicht gegeben sei.

75. Mit Beschluß vom 8.6.1999 (11 S 655/99 – NVwZ 2000, 345 f.) erkannte der VGH Mannheim, daß die Regelung des §9 Abs.1 i.V.m. VI 1 DVAuslG ohne Rücksicht auf Zweck und Dauer des beabsichtigten Aufenthalts gilt. Sie hebe, soweit es Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten betreffe, nicht darauf ab, ob diese auf der Grundlage des europäischen Gemeinschaftsrechts Freizügigkeit genossen. Dem Beschluß zugrunde lag der Eilantrag einer französischen Prostituierten gegen die ihr gegenüber erlassene Ausweisungsverfügung und Abschiebungsandrohung, dem das VG stattgegeben hatte. Die Beschwerde wurde nicht zugelassen. Der VGH erklärte, daß die verfügte Ausweisung nicht auf den Tatbestand einer Ermessensausweisung nach §§45 I, 46 Nr.2 (i.V.m. §92 I Nr.1) AuslG hat gestützt werden dürfen, da der Antragsteller die Regelung des §9 I 1 i.V.m. VI 1 DVAuslG zugute kommt. Nach dieser Regelung könnten die Staatsangehörigen der EG-Staaten und der EFTA-Staaten eine erforderliche Aufenthaltsgenehmigung innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Einreise einholen. Die Regelung stelle nicht darauf ab, ob der Ausländer einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung habe. Es gebe auch keinen normativen Anhaltspunkt dafür, daß sich diese Vorschrift, soweit sie Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EU betreffe, nur auf solche Personen beziehe, die nach den Freizügigkeitsvorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts ein Recht auf Einreise und Aufenthalt haben. §9 I DVAuslG stelle allein auf die Staatsangehörigkeit ab.

76. Das BVerwG unterstrich in einer Entscheidung vom 7.12.1999 (1C 13.99 – BVerwGE 110, 140–151), daß das mangels Kenntnis der Behörde unterlassene Einstellen einer gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsberechtigung in die einer Ausweisungsverfügung zugrundeliegenden Ermessenserwägungen dann unschädlich ist, wenn die Ausweisung auch unter Berücksichtigung dieser Freizügigkeitsberechtigung rechtmäßig gewesen ist. Die Sperrwirkung einer Ausweisung nach §8 Abs.2 S.3 AuslG stehe der Erteilung einer beantragten Aufenthaltserlaubnis/EG entgegen. Der Entscheidung zugrunde lag der Fall eines wegen mehrerer Straftaten mit bestandskräftiger Verfügung ausgewiesenen Bürgers mit jugoslawischer und griechischer Staatsangehörigkeit, dessen Abschiebung nicht vollzogen

¹³⁹ VO vom 15.10.1968 (ABIEG EG Nr.L 257 S.2 mit Änd.).

wurde und der die Rücknahme der Ausweisungsverfügung sowie die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis/EG erstrebte. Das BVerwG betonte, daß trotz einer dem Kläger zukommenden gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsberechtigung die Ausweisung rechtmäßig gewesen ist, da die Voraussetzungen von § 12 Abs. 1 AufenthG/EWG vorgelegen haben. Eine Ausweisung sei danach möglich, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliege, die ein Grundinteresse der Gemeinschaft berühre. Irrelevant sei, daß die Behörde die Freizügigkeitsberechtigung mangels Kenntnis nicht in ihre Ermessenserwägungen eingestellt habe, wenn die Ausweisungsverfügung bei Berücksichtigung dieser Tatsache rechtmäßig gewesen wäre. Der begehrten Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis/EG stehe die Sperrwirkung der Ausweisung nach § 8 Abs. 2 S. 3 AuslG entgegen. Die Sperrwirkung erstreckte sich auf alle Arten von Aufenthaltsgenehmigungen, die nach dem Ausländergesetz erteilt würden. Hierzu gehöre auch die Aufenthaltserlaubnis/EG nach § 1 Abs. 4 AufenthG/EWG, da dieses Gesetz seinerseits das Ausländergesetz für anwendbar erkläre (§ 15 AufenthG/EWG). Mit dem gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsrecht sei diese Regelung vereinbar, da der Kläger spätestens bei Fortfall der die Einschränkung der Freizügigkeit rechtfertigenden Gründe eine Befristung der Ausweisungswirkungen verlangen könne und eine Pflicht zur vorherigen Ausreise dann nicht bestehe.

Hingewiesen sei noch auf die vorinstanzliche Entscheidung des VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 10.3.1999 (13 S 2209/97 – VBIBW 1999, 427 ff.).

6. Dienstleistungsfreiheit

77. Mit Beschluß vom 18.10.1999 (AnwZ (B) 99/98 – NJW-RR 2000, 438 f.) erklärte der BGH, daß für einen verbeamteten Professor an einer Fachhochschule die gleichzeitige Zulassung als Rechtsanwalt auch dann nicht möglich ist, wenn er beabsichtigt, sich im Rahmen der europäischen Dienstleistungsfreiheit im Ausland niederzulassen. Der Antragsteller verzichtete auf die Rechte aus einer Rechtsanwaltszulassung, nachdem er 1995 unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zum Professor an einer Fachhochschule ernannt wurde. Sein erneuter Antrag auf Zulassung mit der Begründung, eine Kanzlei u. a. in Madrid einrichten zu wollen, wurde durch die Landesjustizverwaltung abgelehnt. Auch die sofortige Beschwerde vor dem BGH blieb erfolglos. Der BGH führte aus, daß nach § 7 Nr. 11 BRAO a.F. die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu versagen ist, wenn der Bewerber Beamter ist. Eine Berufung auf die den freien Dienstleistungsverkehr regelnden Vorschriften der Art. 59, 60 EGV (nunmehr Art. 49, 50 EG) sowie auf die Regelungen der Rechtsanwalts-Dienstleistungsrichtlinie¹⁴⁰ mit der Konsequenz einer Nichtanwendung der Vorschriften in seinem Fall sei schon vom Ansatz verfehlt, da diese Vertragsbestimmungen auf rein interne Verhältnisse eines Mitgliedsstaates nicht anwendbar seien. Eigene Staatsangehörige könnten sich grundsätzlich

¹⁴⁰ Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22.3.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABLEG Nr. L 78 vom 26.3.1977, 17.

nur dann gegenüber ihrem Staat auf diese Vertragsbestimmungen berufen, wenn sie sich gegenüber ihrem Heimatstaat in einer Situation befänden, die mit derjenigen anderer EG-Ausländer vergleichbar sei. Dies sei etwa dann der Fall, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat gewohnt hätten oder dort eine nach Gemeinschaftsrecht anerkannte Qualifikation erworben hätten. Ein Gemeinschaftsbezug werde auch nicht durch ein beabsichtigtes Tätigwerden in einem anderen Mitgliedstaat nach der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft geschaffen. Die Entscheidung über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft in seinem Heimatstaat sei eine der Wahrnehmung der Grundfreiheit vorausgehende, einen rein innerstaatlichen Vorgang betreffende Entscheidung.

78. Das FG Düsseldorf erklärte mit Urteil vom 27.8.1999 (10 K 2890/98 Kg – EFG 1999, 1140), daß bei einem EU-Bürger die Regelungen zu kurzfristigen Beschäftigungsverhältnissen in der VO (EWG) Nr.1408/71¹⁴¹ für die Auslegung des Begriffes “vorübergehende Dienstleistung” i.S.des §62 Abs.2 S.2 EStG heranzuziehen sind. Der in §62 Abs.2 S.1 EStG normierte Anspruch auf Kindergeld eines Ausländers mit Wohnsitz im Inland – im konkreten Fall eines von seiner Arbeitgeberin in Athen zu Dienstleistungen nach Deutschland entsandten und mittlerweile hier seit fünf Jahren arbeitenden Griechen – hing von der Auslegung des Begriffes der nur “vorübergehenden Dienstleistung” in §62 Abs.2 S.2 EStG ab, bei deren Bejahung der Anspruch entfallen wäre. Das FG führte aus, daß aufgrund einer fehlenden Definition des Begriffes der vorübergehenden Dienstleistung im Einkommenssteuerrecht bei EU-Bürgern auf die Regelungen der VO (EWG) Nr.1408/71 zurückzugreifen ist. Diese gelte nach Art. 4 Abs.1 h auch für Familienleistungen wie die des Kindergeldes, seitdem diese als Steuervergütung ausgestaltet worden sei. Art. 3 VO (EWG) Nr.1408/71 enthalte einen Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach von der Verordnung erfaßte und im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnende Personen die gleichen Rechte und Pflichten hätten wie die Staatsangehörigen dieses Staates. Nach Art. 13 Abs.2 a VO (EWG) Nr.1408/71 fänden auf eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaates im Lohn- und Gehaltsverhältnis beschäftigt ist, die Rechtsvorschriften dieses Staates Anwendung, auch wenn ihr Arbeitgeber seinen Wohnsitz oder Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat habe. Ausnahmsweise unterliege nach Art. 14 Nr.1 a VO (EWG) Nr.1408/71 ein Arbeitnehmer, der in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaates entsandt worden sei, weiterhin den Rechtsvorschriften des bisherigen Mitgliedstaates, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet. Dies gelte auch bei einer ursprünglich nicht vorhersehbaren weiteren Verlängerung um zwölf Monate (Art. 14 Nr.1b VO (EWG) Nr.1408/71). Eine vorübergehende Entsendung sei demnach auf eine Höchstdauer von zwei Jahren begrenzt. Eine Vereinbarung i.S.des Art. 17 VO (EWG) Nr.1408/71, nach der eine weitere Unterstellung unter die Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit des Hei-

¹⁴¹ Verordnung (EWG) Nr.1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABLEG Nr.L 149 vom 5.7.1971, 2–50.

matlandes des Ausländers möglich wäre, sei zwischen Deutschland und Griechenland nicht geschlossen worden. Allein durch die fehlende Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen seitens der Arbeitgeberin bzw. durch den Kläger selbst seien die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 S. 2 Halbs. 1 EStG nicht erfüllt. Die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen werde in § 62 Abs. 2 EStG nicht als Anspruchsvoraussetzung benannt. Der Regelung des § 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG, wonach Kindergeld nicht gezahlt werde, wenn im Ausland Kindergeld gewährt wird, sei bei EG-Bürgern durch Art. 76 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 verdrängt, wonach für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen die Rechtsvorschriften des Staates, in dem die Familienangehörigen wohnen, anzuwenden seien, und lediglich im Herkunftsland eine Aussetzung des Anspruchs erfolge.

Zur Auslegung von § 62 Abs. 2 S. 2 EStG siehe auch Hessisches Finanzgericht, Urteil vom 28. April 1999 (2 K 6347/97 – EFG 1999, 785 f.).

79. Das OVG NW erkläre mit Beschluß vom 17.12.1999 (5 A 4915/98 – Gew-Arch 2000, 11), daß die Dienstleistungsfreiheit des Art. 59 EGV auch unmittelbar gegenüber dem Bürger gilt. Sie begründe jedoch keinen Anspruch, ein gegenüber einem Dritten ergangenes Handlungsverbot anzugreifen. Aus Art. 59 EGV folge kein Anspruch auf Aufhebung oder Anfechtung der gegenüber einem Dritten ergangenen Ordnungsverfügung. Art. 59 sei eine normvernichtende Bestimmung, die als höherrangige europäische Norm diskriminierende oder in sonstiger Weise beschränkende Normen Vorschriften des nationalen Rechts unanwendbar mache. Mit diesem Sinn und in diesem Inhalt könnten die von Art. 59 EGV Begünstigten die Dienstleistungsfreiheit unmittelbar für sich geltend machen und für sie hinderliche Normen etwa mittels eines Normenkontrollverfahrens zu Fall bringen. Da die Norm somit auch im Verhältnis zum Bürger gelte, könne von einem subjektiven Recht der von der Norm Begünstigten gesprochen werden. Ein subjektiv öffentliches Recht i.S. des deutschen Verwaltungsrechts sei darunter jedoch nicht zu verstehen. Auf Art. 59 EGV könne keine Popularklage gestützt werden.

7. Wettbewerbs- und Kartellrecht

80. Das OVG Schleswig befand in seinem Urteil vom 7.9.1999 (6 U/87/97 – NuR 2000, 473 ff.), daß die §§ 1–4 des Stromeinspeisungsgesetzes¹⁴² keine staatliche Beihilferegulierung oder eine Änderung einer solchen Regelung darstellen. Die Abnahmepflicht für regenerativ erzeugten Strom sei zwar geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern, verstoße jedoch nicht gegen EG-Recht, solange diese Stromproduktion gering sei und keine Gemeinschaftsregelung entsprechende Maßnahmen vorsehe. Die Klägerin betreibt im Versorgungsgebiet der

¹⁴² Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (Stromeinspeisungsgesetz) vom 7.12.1990, BGBl. 1990 I 2633, zuletzt geändert durch Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes vom 24.4.1998, BGBl. 1998 I 730.

Beklagten eine Biogasanlage, in der aus Biomasse Strom erzeugt wird. Die Beklagte nimmt auf der Grundlage der vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien den gewonnenen Strom ab. Die Beklagten streiten darüber, ob die Klägerin die privilegierten Preise nach dem Stromeinspeisungsgesetz verlangen kann. Das OVG führte aus, daß nach der Neuformulierung des Stromeinspeisungsgesetzes jeglicher aus Biomasse hergestellter Strom privilegiert ist. Der Anspruch scheitere auch nicht an einem Verstoß der §§ 1–4 Stromeinspeisungsgesetz gegen EG-Recht. Vor Inkrafttreten des Stromeinspeisungsgesetzes sei das Gesetzesvorhaben der EG-Kommission zur Prüfung unter Beihilfezwecken mitgeteilt und von ihr genehmigt worden. In der Novellierung des Stromeinspeisungsgesetzes durch das Gesetz vom 24.4.1998 liege keine Umgestaltung einer Beihilfe i.S. des Art. 93 Abs. 3 S. 1 (jetzt Art. 88 Abs. 3 S. 1) EGV mit der Folge einer Sperrwirkung nach Art. 93 Abs. 3 S. 3 (jetzt Art. 88 Abs. 3 S. 3) EGV. Eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe i.S.d. Art. 92 EGV (jetzt Art. 87 Abs. 1 EGV) sei nicht gegeben, weil die gesetzlich festgelegte, den Marktpreis übersteigende Einspeisungsvergütung vom Netzbetreiber an den Stromerzeuger entrichtet werde und das Gesetz somit lediglich Einfluß auf den zwischen privaten Unternehmen in deren Handelsbeziehungen geltenden Preis nehme. Es gehe somit um einen reinen Finanztransfer von einem privaten Unternehmen zu einem anderen privaten Unternehmen, der durch einen staatlichen Hoheitsakt lediglich veranlaßt werde. Selbst bei einer Wertung als staatliche Beihilfe liege aber im Stromeinspeisungsgesetz jedenfalls keine Änderung oder Umgestaltung einer Beihilfe i.S. von Art. 93 Abs. 3 EGV, da durch die Novelle kein wesentlicher über die Genehmigung von 1990 hinausgehender Förderungstatbestand eingeführt worden sei und auch die Kommission keine Notifizierung verlangt habe. Auch ein Verstoß gegen Art. 30 (jetzt Art. 28 EGV) liege nicht vor. Zwar sei die Regelung geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern. Dies aber stelle dann keinen Verstoß dar, wenn die so abzunehmende inländische Stromproduktion gering sei und keine Gemeinschaftsregelung entsprechende Maßnahmen vorsehe.

81. Das OLG München betonte mit Urteil vom 20.5.1999 (U (K) 3915/98 – WuW 1999, 1126) in einem Fall, in dem der Kläger die Zulassung zur Erbringung von Betankungsdienstleistungen auf dem Flughafen München gegenüber der beklagten Flughafengesellschaft erstrebte, daß die Zielsetzungen des EG-Vertrages auch durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht definiert werden. Eine Maßnahme aufgrund eines nationalen Gesetzes, das eine Ratsrichtlinie konform umgesetzt habe, sei grundsätzlich nicht mißbräuchlich im Sinne von Art. 82 EGV. Der in erster Linie auf Art. 86 EGV in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB gestützte Anspruch auf Zulassung scheitere daran, daß hier eine beherrschende Stellung nicht i.S. des Art. 86 EGV mißbräuchlich ausgenutzt worden sei. Ein solches mißbräuchliches Verhalten läge nur dann vor, wenn es sich im Hinblick auf die im Vertrag festgesetzten Zielsetzungen objektiv als Fehlverhalten darstellen würde. Die im Vertrag festgesetzten Zielsetzungen seien auch durch sekundäres Gemeinschaftsrecht definiert. Gerade für das in Art. 85 f. EGV geregelte Kartellrecht gelte, daß es keine bis in die Einzelheiten ausgearbeitete Kartellrechtsordnung für den

gemeinsamen Markt darstelle. Es sei unmittelbar geltendes Recht und enthalte Grundsätze, die auf Durchführung und Ausfüllung angelegt seien. Daher stehe die Anwendung des Art. 86 EGV unter dem Vorbehalt der Sekundärgesetzgebung. Für den Streitfall maßgebliches Sekundärrecht stelle die Richtlinie 96/67/EWG dar.¹⁴³ Durch Art. 6 dieser Richtlinie werde den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, die zur Erbringung der Betankungsdienste zuzulassenden Dienstleister auf nicht weniger als zwei zu begrenzen. Diese Richtlinie sei Ergebnis der Abwägung verschiedener Gemeinschafts- und Individualinteressen, wobei einerseits der Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste habe liberalisiert werden sollen, andererseits der Marktzugang aus Gründen der betrieblichen Sicherheit sowie der verfügbaren Kapazitäten habe begrenzt werden sollen. Diese Dienstleister sollten in einem transparenten und unparteiischen Verfahren ausgewählt werden. Diese Abwägung korrespondiere mit der Interessenabwägung, die auch für die Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals mißbräuchlich des Art. 86 EGV im Einzelfall geboten sei. Diese Ratsrichtlinie sei mit dem Gesetz über die Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen richtlinienkonform in nationales Recht umgesetzt und in das Luftverkehrsgesetz¹⁴⁴ (§ 19 c) eingefügt worden. Die aufgrund der Ermächtigung des Luftverkehrsgesetzes erlassene Verordnung bestimme, daß die Zahl der Betankungsdienste für den Flughafen München auf zwei beschränkt sei. Da sich diese Festsetzung somit letztlich an die Vorgaben der Ratsrichtlinie halte, könne ein mißbräuchliches Verhalten wegen der zahlenmäßigen Beschränkung der Dienstleister nicht vorliegen.

82. Die vergleichende Werbung eines KFZ-Händlers ist nach dem Urteil des OLG Saarbrücken vom 2.6.1999 (1 U 727/98–133 – NJW-RR 1999, 1424 ff.) dann zulässig, wenn er mit der Kundennähe seiner Niederlassungen und einem günstigen Preis für in Zahlung genommene Gebrauchtwagen typische Eigenschaften der angebotenen Ware vergleicht. Da der BGH es für zulässig und auch für sachlich geboten halte¹⁴⁵, bei der Auslegung der Generalklausel des § 1 UWG sich bereits jetzt am Maßstab der Richtlinie 97/55/EG¹⁴⁶ zu orientieren, sei vergleichende Werbung nunmehr als grundsätzlich zulässig anzusehen, sofern die unter Art. 3 a I *lit.* a–h der Richtlinie genannten Voraussetzungen erfüllt seien. Vergleichende Werbung sei nach Art. 2 Nr. 2 a der Richtlinie jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von ihm angeboten werden, erkennbar mache. Dieser Begriff sei nach dem sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie weit zu verstehen. Die vergleichende Werbung sei jedoch nach Art. 3 a I *lit.* c der Richtlinie zulässig, da objektiv mehrere wesent-

¹⁴³ Richtlinie des Rates vom 15.10.1996 über den Zugang zum Markt für Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen der Gemeinschaft, ABIEG Nr. L 272 vom 25.10.1996, 36–45.

¹⁴⁴ Luftverkehrsgesetz vom 1.8.1922, RGBl. 1922 I 681 i.d.F. der Bekanntmachung vom 27.3.1999, BGBl. I 1999 550.

¹⁴⁵ BGH NJW 1999, 948.

¹⁴⁶ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABIEG Nr. L 290 vom 23.10.1997, 18.

liche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften von Waren verglichen würden. Eine solche objektive Nachprüfbarkeit sei nicht nur bei reinen Tatsachenbehauptungen gegeben, sondern auch bei Aussagen, die sich äußerlich als bloße Werturteile darstellten, jedoch einen nachprüfbaren Tatsachenkern enthielten. Im zugrundeliegenden Falle seien mit den Aspekten der Kundennähe, der Werkstattdichte, der Wartungsfreundlichkeit sowie den für die Inzahlungnahme offerierten Preisen objektiv nachprüfbare Tatsachenbehauptungen formuliert worden. Eine unzulässige pauschale Abwertung i.S. des Art. 3 a I *lit. e* der Richtlinie sei nicht gegeben. Hierfür müßten über die mit jedem Werbevergleich verbundenen negativen Wirkungen hinaus besondere Umstände hinzutreten, die den Vergleich in besonderer Weise abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen ließen.

Hingewiesen sei an dieser Stelle auf das Urteil des LG München vom 1.4.1999 (29 U 2044/99 – NJW-RR 1999, 1423), das unter Anwendung der aufgezeigten, für vergleichende Werbung geltenden Kriterien es nicht für eine Eigenschaft eines Produktes i.S. von Art. 3 a I *lit. c.* der Richtlinie 97/55/EG hält, daß ein Lebensmittel (hier: ein Hamburger "Whopper") bei einem Geschmackstest einer größeren Zahl von Testpersonen besser schmeckt als ein Konkurrenzprodukt ("Big Mac"). Auch sei diese Werbung irreführend (Art. 3 a *lit. a* der Richtlinie), da die verglichenen Produkte durch unterschiedliche geschmacksbestimmende Zutaten auf verschiedene Verbraucherpräferenzen ausgerichtet seien und in der Werbung darüber nicht aufgeklärt werde.

8. Umweltpolitik

83. Der Anspruch auf freien Zugang zu Informationen über die Umwelt kann nach dem Urteil des BVerwG vom 25.3.1999 (7 C 21.98 – GewArch 1999, 378 ff.) auch dem Ortsverband einer politischen Partei zustehen. Die Klägerin begehrte als Ortsverband einer politischen Partei Einsicht in die Unterlagen betreffend die Gewährung einer nicht rückzahlbaren Zuwendung nach Förderrichtlinien des Landes Niedersachsen. Die Zuwendungen wurden an die Betreiberin einer nach dem BImSchG genehmigten Anlage zur Verbrennung von halogenhaltigen organischen Produktionsabfällen (Reststoffverwertungsanlage) geleistet. Die Revision gegen die klageabweisenden erstinstanzlichen Urteile war erfolgreich. Das BVerwG erkannte, daß das auf § 4 Abs. 1 des Umweltinformationsgesetzes (UIG)¹⁴⁷ gestützte Klagebegehren ausreichend bestimmt i.S. des § 5 Abs. 1 UIG gewesen ist. Da der Kläger den Förderungsvorgang im Einzelnen nicht kenne, sei ihm eine weitere Konkretisierung seines Antrages weder möglich noch zumutbar gewesen. Der Antrag habe auch nicht als rechtsmißbräuchlich mit dem Argument abgelehnt werden dürfen, daß der Kläger aus dem öffentlich durchgeführten Verfahren über die Genehmigung der Anlage die technische Konzeption der Anlage sowie die von ihr ausgehenden Umweltbelastungen kenne. Der Gegenstand des Genehmigungsverfahrens stimme nicht mit dem des Förderungsverfahrens überein. Die Klägerin

¹⁴⁷ Umweltinformationsgesetz vom 8.7.1994, BGBl. I 1490.

könne auch als Ortsverband einer politischen Partei den Informationsanspruch geltend machen. Die Umschreibung des Informationsberechtigten mit jedem in § 4 Abs. 1 UIG spreche bereits für dieses Ergebnis. Sinn und Zweck der bei der Auslegung zu berücksichtigenden Umweltinformationsrichtlinie¹⁴⁸ erforderten ebenfalls ein weites Verständnis der Anspruchsberechtigten. Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie spreche zwar nur von der Verpflichtung der Behörden, allen natürlichen oder juristischen Personen auf Antrag ohne Nachweis eines Interesses Informationen über die Umwelt zur Verfügung zu stellen. Aus der ausdrücklichen Erwähnung der juristischen und natürlichen Personen lasse sich jedoch nicht herleiten, daß der Kreis der Informationsberechtigten auf diese Rechtssubjekte begrenzt sei. Auch nicht rechtsfähige Personenvereinigungen kämen als Anspruchsinhaber in Betracht, sofern sie organisatorisch hinreichend verfestigt seien. Die Zielsetzung dieser Richtlinie, durch eine Verbesserung des Zugangs zu Informationen über die Umwelt eine bessere Anwendung der Umweltschutzvorschriften und eine erhöhte Akzeptanz in der Bevölkerung zu schaffen, gebiete es, auch politischen Parteien mit einzubeziehen. Dies gelte namentlich wegen des Charakters der Parteien als verfassungsrechtlich privilegierte Zusammenschlüsse von Bürgern, die bei der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken und für eine ständige lebendige Verbindung zwischen dem Volk und den Staatsorganen sorgen (Art. 21 GG sowie § 1 PartG). Dies gelte auch für örtliche Untergliederungen der Parteien mit ihren spezifisch örtlichen Informationsbedürfnissen. Erforderlich und ausreichend für das Vorliegen einer Behörde i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 UIG sei ein auf Rechtsvorschriften oder der Anordnung einer vorgesetzten Stelle beruhender umweltbezogener Handlungsauftrag. Die Förderung des Vorhabens der Beigeladenen gehöre auch zu den vom freien Informationszugang erfaßten Tätigkeiten oder Maßnahmen zum Schutz der Umwelt i.S.v. § 3 Abs. 2 Nr. 3 UIG. Der Sammelbegriff der "Tätigkeiten und Maßnahmen" sei aufgrund des Zwecks des Umweltinformationsgesetzes weit auszulegen. Irrelevant sei – wie die englische und französische Sprachfassung der Umweltinformationsrichtlinie belegten –, ob der Schutz der Umwelt unmittelbar oder nur mittelbar erreicht werde. Die Art und Weise des zu gewährenden Informationszugangs stehe im Ermessen der Behörde, sei jedoch unter Beachtung der von der Umweltinformationsrichtlinie verfolgten Ziele auszuüben. Äußere der Bürger ausdrücklich einen Wunsch hinsichtlich der Modalitäten der Informationsaufnahme, so könne die Behörde den Informationswunsch nur dann auf andere Weise befriedigen, wenn hierfür gewichtige Gründe sprächen.

84. In einem weiteren Urteil zum Umweltinformationsgesetz (UIG)¹⁴⁹ erkannte das BVerwG (Urteil vom 28.10.1999, 7 C 32.98 – GewArch 2000, 165 ff.), daß der Anspruch auf freien Zugang zu Umweltinformationen während eines Gerichts- oder strafrechtlichen Verfahrens hinsichtlich aller Daten ausgeschlossen ist, die Gegenstand des anhängigen Verfahrens sind. Auf die Frage, ob die Daten der Um-

¹⁴⁸ Richtlinie 90/313/EWG des Rates vom 7.6.1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABIEG Nr. L 158 vom 23.6.1990, 56–58.

¹⁴⁹ Umweltinformationsgesetz vom 8.7.1994, BGBl. I 1490.

weltbehörde aufgrund des Verfahrens zugegangen seien oder dort bereits vor dem Beginn des Verfahrens vorhanden gewesen seien, komme es nicht an. Die Klägerin beantragte als Zeitungsverlag Einsicht in die beim Regierungspräsidium geführten Akten über Abwassereinleitungen eines chemischen Werkes. Der Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, daß gegen mehrere Mitarbeiter des Unternehmens ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Gewässerverunreinigung anhängig sei. Die Revision führte zur teilweisen Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidungen. Das BVerwG erkannte, daß § 7 Abs. 1 Nr. 2 UIG den durch Art. 4 Abs. 1 UIG gewährten Informationsanspruch während der Dauer eines Gerichtsverfahrens oder eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens sowie eines verwaltungsbehördlichen Verfahrens hinsichtlich derjenigen Daten ausschließt, die der Behörde aufgrund des Verfahrens zugehen. Die zuletzt genannte Einschränkung beziehe sich lediglich auf die dritte Variante der Vorschrift (verwaltungsbehördliches Verfahren) und nicht auf die beiden vorangegangenen (Gerichtsverfahren oder strafrechtliches Ermittlungsverfahren). Diese sich aus Gesetzessystematik und Sinn der Vorschrift ergebende Auslegung sei mit europäischem Gemeinschaftsrecht vereinbar, da sie durch Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 1, 3. Spiegelstrich der Umweltinformationsrichtlinie¹⁵⁰ gedeckt werde. Die Mitgliedstaaten könnten hiernach vorsehen, daß ein Antrag auf Informationszugang abgelehnt wird, wenn er bei Gericht anhängig oder den Gegenstand von Ermittlungsverfahren bildende Sachverhalte berühre. Diesem Ermächtigungszweck entspreche gerade eine Auslegung, die alle zum Verfahren gehörenden Informationen einschließe und nicht nur solche, die der um Auskunft ersuchten Behörde aufgrund des Verfahrens zugegangen seien. Rechnung getragen werde mit diesem Auslegungsergebnis auch dem sich sowohl aus dem siebten Erwägungsgrund der Umweltinformationsrichtlinie wie auch aus nationalem Verfassungsrecht (Art. 20 Abs. 3 GG) ergebenden Gebot der hinreichenden Bestimmtheit einer Norm.

85. In seinem Beschluß vom 11.5.1999 erkannte das OVG Münster (20 B 1464/98.AK – NuR 2000, 165 ff.), daß es sich nach den konkreten Umständen beurteilt, ob ein Gebiet eine herausgehobene Bedeutung für den Vogelschutz hat, die es als faktisches Vogelschutzgebiet i.S. der Vogelschutzrichtlinie (VogelschutzRL)¹⁵¹ qualifizieren. Nach vorläufiger Prüfung finde das Schutzregime der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (FFH-RL)¹⁵² schon unabhängig von der normativen Umsetzung dieser Richtlinie in deutsches Recht auf faktische Vogelschutzgebiete Anwendung. Die rechtliche Möglichkeit eines potentiellen FFH-Gebietes sei zugrunde zu legen. In diesem Fall ging es um das Begehren vorläufigen Rechtsschutzes einer gemeinnützigen Stiftung gegen einen Planfeststellungsbeschluß, mit dem das Eisenbahn-Bundesamt den Plan für den Bau eines Teilstücks der Anbin-

¹⁵⁰ Richtlinie 90/313/EWG des Rates vom 7.6.1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABIEG Nr. L 158 vom 23.6.1990, 56–58.

¹⁵¹ Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABIEG Nr. L 103 vom 25.4.1979, 1–18.

¹⁵² Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABIEG Nr. L 206 vom 22.7.1992, 7–50.

dung des Flughafens Köln/Bonn im Zusammenhang mit der Eisenbahnneubaustrecke Köln-Rhein-Main festgestellt hat. Sie machte u. a. geltend, daß die Zulassung für das Vorhaben im Gebiet der Wahner Heide nach der Vogelschutzrichtlinie und der FFH-RL zwingend ausgeschlossen sei. Das Gericht führte aus, daß die Wahner Heide zwar bislang nicht als Schutzgebiet i.S. des Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 4, Abs. 2 der Vogelschutz-RL förmlich unter Schutz gestellt worden ist. Da jedoch die zweijährige Frist zur Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht (Art. 18 Vogelschutz-RL) bereits abgelaufen sei und das BVerwG im Anschluß an die Rechtsprechung des EuGH die rechtliche Möglichkeit faktischer Vogelschutzgebiete anerkannt habe, spreche auch in diesem Fall vieles für das Bestehen eines faktischen Vogelschutzgebietes. Der den Mitgliedstaaten zustehende Beurteilungsspielraum bei der Gebietsauswahl in Umsetzung der Richtlinie könne so weit reduziert sein, daß eine Ausweisung erfolgen müsse. Die herausgehobene Bedeutung für den Vogelschutz sei nach den jeweiligen konkreten Umständen wertend zu ermitteln. Unterstelle man hier, daß die Maßgaben für faktische Vogelschutzgebiete beachtet werden müssen, so hänge die Frage, welche Maßgaben dies sind davon ab, ob die Schutzanforderungen des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutz-RL einschlägig sind oder ob diese durch das weniger strenge, weil weitere Ausnahmen zulassende, Schutzregime des Art. 6 Abs. 3 und 4 der FFH-RL abgelöst worden seien. Art. 7 FFH-RL knüpfe die Ersetzung der Verpflichtung aus der Vogelschutzrichtlinie durch diejenige der FFH-Richtlinie an das Datum der Unterschutzstellung an und stelle somit auf förmlich unter Schutz gestellte Gebiete ab. Das Schutzregime ändere sich jedoch auch bei faktischen Schutzgebieten. Der Wortlaut des Art. 7 FFH, der auf förmlich ausgewiesene Vogelschutzgebiete abstelle, sei naturgemäß auf den Regelfall der ordnungsgemäßen Umsetzung der einschlägigen Richtlinien zugeschnitten. Nach der Rechtsprechung des EuGH über die unmittelbare Bindungswirkung nicht rechtzeitig umgesetzter Richtlinien für staatliche Behörden beständen aufgrund der hinreichenden Bestimmtheit und inhaltlichen Unbedingtheit von Art. 7 FFH-RL keine Bedenken, diese Vorschrift auf ausgewiesene Vogelschutzgebiete anzuwenden. Für faktische Vogelschutzgebiete könne deshalb nichts anderes gelten, weil die Bindungswirkung einer nicht umgesetzten Richtlinie nur dazu diene, den mit der Richtlinie verfolgten Regelungszweck zur Geltung zu bringen, und dies nicht zu weitergehenden Verpflichtungen der staatlichen Verwaltung führen dürfe als im Falle rechtzeitiger Umsetzung. Im übrigen komme das Schutzregime der FFH-RL schon deshalb zum Tragen, weil die Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht durch das Änderungsgesetz zum BNatSchG vom 30.4.98 erfolgt (Art. 19 c BNatSchG i.V.m. Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL) und deshalb in der Situation der Anfechtungsklage zu berücksichtigen sei. Unschädlich sei, daß eine Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung, an deren Vorhandensein die Schutzregelung des § 19 c BNatSchG i.V.m. Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL anknüpfe, bislang von der Kommission nicht aufgestellt worden sei. Es sei nämlich die rechtliche Möglichkeit eines potentiellen FFH-Gebietes zugrunde zu legen. Hierfür spreche, daß die Auswahl der Schutzgebiete durch die zuständigen staatlichen Behörden gemäß

§ 19 b BBatSchG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Anhang III Phase 1 FFH-RL und durch die Kommission gemäß Art. 4 Abs. 2, Anhang III, Phase 2 FFH-RL fachlichen Kriterien zu folgen habe. Für die Möglichkeit potentieller FFH-Gebiete streite auch die Erwägung des BVerwG¹⁵³, daß den Mitgliedstaat kraft des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der Vertragstreue – zumal im hier einschlägigen Fall nicht rechtzeitiger Umsetzung der Richtlinie – eine Stillhaltepflicht treffe. Es müsse vermieden werden, daß schutzwürdige Gebiete zerstört oder anderweitig beeinträchtigt werden. Ob diese Pflicht jedoch schon dann greife, wenn ein Gebiet als potentielles FFH-Gebiet ernsthaft in Betracht komme, erscheine –insbesondere mit Blick auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und gegebenenfalls betroffene Rechtspositionen von Projektträgern– bedenklich. Dies brauche jedoch nicht entschieden zu werden, da selbst bei Anerkennung der rechtlichen Möglichkeit potentieller FFH-Gebiete die Klage der Antragstellerin aller Voraussicht nach nicht erfolgreich sein wird.

Zur Anwendbarkeit der FFH-Richtlinie auf europäische Vogelschutzgebiete sowie zur Möglichkeit potentieller FFH-Gebiete ist weiter auf den in der Argumentationsführung ähnlichen Beschluß des VG Oldenburg vom 26.10.1999 (1 B 3319/99 – NuR 2000, 398 ff.) zu verweisen.

9. Steuerpolitik

86. Mit Urteil vom 21.5.1999 (VII R 25/97 – DStRE 1999, 929 ff.) entschied der BFH, daß die seit dem 1.1.1993 geltende Schaumweinbesteuerung nach den Vorschriften des nationalen SchaumwZwStG weder verfassungsrechtlichen noch gemeinschaftsrechtlichen Bedenken begegnet und insbesondere keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz der Verfassung darstellt (Art. 3 Abs. 1 GG). Die Nichtbelegung von Stillwein mit einer Wein- oder Alkoholsteuer sei vielmehr eine von den Gerichten hinzunehmende politische Entscheidung des Gesetzgebers. Im zugrunde liegenden Fall wandte sich die Klägerin und Revisionsklägerin als Schaumweinhersteller erfolglos gegen die Festsetzung einer Schaumweinsteuer durch die Beklagte und Revisionsbeklagte. Der BFH erkannte, daß nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 92/83/EWG des Rates (Strukturrichtlinie)¹⁵⁴ die Mitgliedstaaten nach Maßgabe der Richtlinie eine Verbrauchssteuer auf Wein zu erheben haben. Vorgegeben sei den Mitgliedstaaten indes durch die Richtlinie 92/84/EWG (Steuersatzrichtlinie)¹⁵⁵ lediglich die Festlegung von Untergrenzen der Verbrauchssteuersätze, die indes im Falle von stillem Wein und Schaumwein auch auf Null festgesetzt werden könnten (Art. 5). Höchstsätze seien nicht festgelegt worden. Ausdrücklich betone der 6. Erwägungsgrund der Richtlinie, daß die Mitgliedstaaten auf Schaumweine wegen anderer Verbrauchsgewohnheiten einen an-

¹⁵³ BVerwG, Urteil vom 18.12.1997 – C 129/96.

¹⁵⁴ Richtlinie 92/83/EWG des Rates vom 19.10.1992 zur Harmonisierung der Struktur der Verbrauchssteuern auf Alkohol und alkoholische Getränke, ABIEG Nr. L 316 vom 31.10.1992, 21–27.

¹⁵⁵ Richtlinie 92/84/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Annäherung der Verbrauchssteuersätze auf Alkohol und alkoholische Getränke, ABIEG Nr. L 316 vom 31.10.1992, 29–31.

deren Steuersatz anwenden könnten als für nicht schäumende Weine. Gleiches ergebe sich aus einem Umkehrschluß aus Art. 9 Abs.2 S.3 der Strukturrichtlinie, nach dem die Mitgliedstaaten auf Schaumwein und nicht schäumenden Wein denselben Steuersatz anwenden könnten, dies also nicht tun müßten. Im übrigen stehe der nationalen Schaumweinbesteuerung nach der wiederholten Rechtsprechung des Senates zu dem bis zum 31.12.1992 geltenden SchaumwStG i.d.F. des Gesetzes vom 4.6.1971¹⁵⁶ mit seinen im wesentlichen gleichen Besteuerungsgegenständen weder das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen oder Maßnahmen gleicher Wirkung (Art. 28 Abs.1 EGV) noch das Diskriminierungsverbot des Art. 95 Abs.1 EGV entgegen.¹⁵⁷ Auch entfalte die deutsche Schaumweinbesteuerung keine i.S. des Art. 95 Abs.2 EGV (jetzt Art. 90 Abs.2 EGV) unzulässige Schutzwirkung zugunsten des bei der Schaumweinherstellung verwendeten Stillweins deutscher Herkunft. Bestätigt werde dieses Ergebnis dadurch, daß das harmonisierte EG-Richtlinienrecht die Kernmerkmale der bisherigen deutschen Schaumweinbesteuerungsmerkmale übernommen habe, wie der Vergleich von §1 Abs.3 Nr.1 SchaumwStG und Art. 8 Nr.2 der Strukturrichtlinie zeige. Entbehrlich sei die Prüfung der Frage, ob §1 Abs.2 Nr.1 i.V.m. §2 Abs.1 Nr.1 SchaumwZwStG und die diesen Vorschriften zugrundeliegenden gemeinschaftsrechtlichen Sekundärvorschriften (insbesondere Art. 8 Nr.2 der Strukturrichtlinie) mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Gemeinschaftsrechts vereinbar seien. Der allgemeine Gleichheitssatz des Gemeinschaftsrechts reiche nach dem derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts jedenfalls nicht weiter als der allgemeine Gleichheitssatz des deutschen Verfassungsrechts (Art. 3 Abs.1 GG). Da der Gesetzgeber bei der Erschließung von Steuerquellen und bei der Ausgestaltung von Steuergesetzen eine weitgehende Gestaltungsfreiheit habe, die nur durch das Willkürverbot begrenzt werde und hier eine evidente Unsachlichkeit der Differenzierung verlange¹⁵⁸, sei der allgemeine Gleichheitsgrundsatz nach deutschem Recht nicht verletzt, so daß eine Verletzung des europäischen Gleichheitsgrundsatzes nicht in Betracht komme.

87. Der BFH erklärte mit Beschluß vom 23.11.1999 (VII R 17/97 – DStRE 2000, 261 ff.), daß die für die Verwendung von gekennzeichneten Gasölen zum Antrieb von Verbrennungsmotoren in ortsfesten Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung vorgesehene Steuersatzermäßigung nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstößt und auch nicht den Charakter einer Beihilfe hat. Die gesetzliche Regelung des §3 Abs.3 S.1 Nr.1 i.V.m. Abs.2 S.1 Nr.1 und Abs.2 S.2–4 des Mineralölsteuergesetzes 1993, nach der leichtes gekennzeichnetes Heizöl zum Antrieb von Verbrennungsmotoren in ortsfesten Anlagen zu einem ermäßigten Steuersatz dann verwendet werden könne, wenn diese Anlagen ausschließlich der gekoppelten Erzeugung von Wärme und Kraft dienen und im Jahresdurchschnitt mindestens 60 v.H. des Energiegehaltes des verwendeten Mineralöls in Form von begünstigt erzeug-

¹⁵⁶ BGBl. 1971 I 745.

¹⁵⁷ BFHE 169, 266 m.w.N.

¹⁵⁸ BVerfGE 89, 132, 141 f.

ter Wärme und mechanischer Energie verwendet werde, sei mit Art. 8 Abs.2 Buchst. a der Richtlinie 92/81/EWG (Strukturrichtlinie)¹⁵⁹ vereinbar. Bereits nach seinem Wortlaut enthalte Art. 8 Abs.2 Buchst. a der Strukturrichtlinie eine umfassende und weitreichende Ermächtigung zur Gewährung von Steuervergünstigungen für die Verwendung von Mineralöl in Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung. Auch das zusätzliche Erfordernis eines zu erreichenden Nutzungsgrades von 60 v.H. halte sich im Rahmen der gemeinschaftlichen Ermächtigungsvorschrift. Ein Verstoß gegen das Verbot unerlaubter Beihilfen gemäß Art. 92 Abs.1 EGV (jetzt Art. 87 Abs.2 EG) liege nicht vor, da es sich nicht um eine Steuerermäßigung handle, die den Rahmen allgemeiner Maßnahmen der Wirtschaftspolitik sprengt, bestimmte Unternehmen oder Gruppen selektiv begünstigt und damit zu einer Verfälschung des Wettbewerbs und der Möglichkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führe. Selbst wenn man unterstellen würde, daß die angegriffene Regelung aus tatsächlichen und wirtschaftlichen Gründen eine Begünstigung großer Energieversorgungsunternehmen darstellen würde, wäre der dann möglicherweise bestehende selektive Charakter der Regelung durch die Natur und den inneren Aufbau des gemeinschaftlichen und nationalen Mineralölbesteuerungssystems gerechtfertigt. Gerade weil der Gemeinschaftsgesetzgeber in Kenntnis seines Harmonisierungsauftrags bei den indirekten Steuern nach Art. 99 EGV (jetzt Art. 93 EGV) in einem ersten Vollzugsschritt die mineralölsteuerliche Behandlung von Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen bewußt den Mitgliedstaaten überlassen habe, habe er die Möglichkeit unterschiedlicher inhaltlicher Ausgestaltung in den einzelnen Mitgliedstaaten einschließlich daraus möglicherweise resultierender Wettbewerbsverzerrungen hingenommen.

88. In seinem Urteil vom 7. Oktober 1999 (V R 79, 80/98 – HFR 2000, 122 f.) entschied der BFH, daß seit Inkrafttreten der Richtlinie 77/388/EWG¹⁶⁰ auch Steuerpflichtige, die bei der Erbringung von Dienstleistungen in eigenem Namen, aber für Rechnung Dritter tätig werden, so zu behandeln sind, als ob sie diese Dienstleistung selbst erhalten und erbracht haben (Abgrenzung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung zur sog. Leistungskommission). Deshalb sei auch der Unternehmer, der Reiseleistungen im eigenen Namen, aber für Rechnung eines Dritten erbringe, so zu behandeln, als ob er die vom Dritten bezogenen Reisevorleistungen selbst erhalten hätte. Im Fall ging es um die Frage, ob es eine gemäß § 25 Abs.1 UStG zu versteuernde Reiseleistung sei, wenn eine deutsche GmbH als Generalvertreterin einer Schweizer Muttergesellschaft ihren Kunden auf Provisionsbasis u. a. solche Ferienhäuser als Mietobjekte anbietet, die von der Schweizer Muttergesellschaft angemietet wurden. Das Gericht erkannte, daß die Weitervermietung angemieteter Ferienhäuser, Ferienwohnungen und Hotelzimmer eine Reiseleistung i.S. des § 25 UStG ist. Falls die deutsche GmbH die Räume im eige-

¹⁵⁹ Richtlinie 92/81/EWG des Rates vom 19.10.1992 zur Harmonisierung der Struktur der Verbrauchssteuern auf Mineralöle, ABIEG Nr. L 316 vom 31.10.1992, 12–15.

¹⁶⁰ Sechste Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerliche Bemessungsgrundlage, ABIEG Nr. L 145 vom 13.6.1977, 1–40.

nen Namen weitervermietet habe, sei sie so zu behandeln, als ob die Schweizer Muttergesellschaft die Räume zunächst an sie weitervermietet hätte. Nach Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie 77/388/ EWG würden Steuerpflichtige, die bei der Erbringung von Dienstleistungen im eigenen Namen, aber für Rechnung Dritter tätig werden, so behandelt, als ob sie diese Dienstleistungen selbst erhalten und erbracht hätten. Zwar kenne das UStG eine entsprechende Regelung nur für das Kommissionsgeschäft bei Lieferungen (§ 3 Abs. 3 UStG). Bei richtlinienkonformer Auslegung müsse jedoch für sonstige Leistungen entsprechendes gelten. Die bisher durch den Senat abgelehnte entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 3 Abs. 3 UStG, die nach ihrem Wortlaut nur für Warenkommissionäre des Handelsrecht gelte, werde somit aufgegeben.

89. Das BVerwG erkannte mit Urteil vom 22.12.1999 (11 CN 3/99 – NVwZ 2000, 933 ff.), daß die Erhebung der Spielautomatensteuer nicht gegen Art. 33 der Richtlinie 77/388/EWG¹⁶¹ verstößt, da sie nicht die Merkmale einer Mehrwertsteuer und deshalb nicht den Charakter einer Umsatzsteuer i.S. von Art. 33 der genannten Richtlinie hat. Bei diesem Urteil ging es um den Normenkontrollantrag eines Besitzers eines Unterhaltungscentrums, der sich gegen die Festsetzung von Vergnügungssteuer in der Vergnügungssteuersatzung der Stadt Magdeburg wandte. Auch in der Revision blieb der Antragsteller erfolglos. Nach Art. 33 der Richtlinie 77/388/EWG i.d.F. der Richtlinie 91/680/EWG¹⁶² seien die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert, Abgaben u.a. auf Spiele und Wetten sowie ganz allgemein alle Steuern, Abgaben und Gebühren, die nicht den Charakter einer Umsatzsteuer hätten, beizubehalten oder einzuführen. Zwar scheine der Wortlaut der Vorschrift dafür zu sprechen, daß es sich bei der hier in der Vergnügungssteuersatzung geregelten Spielautomatensteuer um eine Abgabe auf Spiele handle, die unabhängig von einem Umsatzsteuercharakter zulässig sei. Der EuGH habe jedoch als die zur letztverbindlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts berufene Instanz gleichwohl auch in diesen Zusammenhängen stets die Frage gestellt, ob es sich um Steuern, Abgaben oder Gebühren mit dem Charakter von Umsatzsteuern handeln würde. Dies hänge vor allem davon ab, ob sie das Funktionieren des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems beeinträchtigten, indem sie den Waren- oder Dienstleistungsverkehr so belasteten, wie es für die Mehrwertsteuer kennzeichnend sei. Nach der Rechtsprechung des EuGH seien wesentliche Merkmale der Mehrwertsteuer die allgemeine Geltung der Steuer für alle sich auf Gegenstände und Dienstleistungen beziehenden Geschäfte, die Festsetzung ihrer Höhe proportional zum Preis, den der Steuerpflichtige als Gegenleistung für die Gegenstände und Dienstleistungen erhalte, die Erhebung der Steuer auf jeder Produktions- und Vertriebsstufe einschließlich der Einzelhandelsstufe sowie der Abzug der auf den vorhergehenden Stufen bereits entrichteten Beträge von der vom Steuerpflichtigen geschuldeten Steuer. Es bestehe kein Zweifel daran, daß diese Voraussetzungen für

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Richtlinie 91/680/EWG des Rates vom 16.12.1991 zur Ergänzung des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems und zur Änderung der Richtlinie 77/388 im Hinblick auf die Beseitigung der Steuergrenzen, ABIEG Nr. L 376 vom 31.12.1991, 1–19.

die nach der Stückzahl der Automaten erhobene Spielautomatensteuer nicht erfüllt seien.

Zu diesem Thema sei hingewiesen auf die am gleichen Tag verkündete Entscheidung des BVerwG (11 CN 1/99 – NVwZ 2000, 936 ff.).

90. In den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft gegründete Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland können nach einem Beschluß des Niedersächsischen FG vom 17.11.1999 (5 S 9/95 S – EFG 2000, 590 ff.) Unternehmer sein. In diesem Beschluß wurden die Konsequenzen aus dem *Centros*-Urteil des EuGH in einem Fall gezogen, in dem durch den Antragsteller nach spanischem Recht eine spanische Aktiengesellschaft gegründet und später eine Zweigniederlassung der Gesellschaft ins deutsche Handelsregister eingetragen wurde. Zu der Frage, ob diese Gesellschaft Steuerrechtssubjekt in Deutschland ist, führte das Gericht aus: Zwar sei das Gesellschaftsstatut in Deutschland und den meisten anderen europäischen Staaten von der bislang h.M. nach der sogenannten Sitztheorie bestimmt worden, die für das Gesellschaftsstatut auf den tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung der Gesellschaft abstelle. Verlangt werde hiermit neben der Rechtsfähigkeit einer juristischen Person, daß diese ihren Verwaltungssitz und damit ihre hauptsächliche Tätigkeit in dem Staat der Gründung habe. Die Sitztheorie erkenne somit Gesellschaften, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz im Inland haben, jedoch nach dem Recht eines fremden Staats gegründet worden seien, nicht an. Durch das Urteil des EuGH vom 9.3.1999¹⁶³ sei jedoch die Sitztheorie verworfen und entschieden worden, daß im Falle einer Gesellschaftsgründung in der Ausnutzung der weniger strengen Gründungsvorschriften in einem anderen Mitgliedstaat kein Mißbrauch liege. Der EuGH habe ausgeführt, daß durch den EG-Vertrag die Gleichwertigkeit aller nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeter Gesellschaften zur Tätigkeit im gesamten Gemeinschaftsgebiet statuiert worden sei. Insbesondere taue der Zweck des Gläubigerschutzes nicht als Rechtfertigung zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, da auch eine tatsächlich im Ausland tätige und dort gegründete Kapitalgesellschaft den Gläubigern keine höhere Sicherheit böte. Mittels der durch andere gemeinschaftsrechtliche Vorschriften, wie der Richtlinien 78/660/EWG¹⁶⁴ und 89/666/EWG¹⁶⁵, garantierten Transparenz, sei vielmehr der Gläubigerschutz gegenüber ausländischen Gesellschaften mit ausländischer Niederlassung allgemein hinreichend gesichert. Der EuGH habe somit das internationale Gesellschaftsrecht gemeinschaftsweit auf die Gründungstheorie verwiesen. Das Gesellschaftsstatut richte sich somit ausschließlich nach dem Ort, an dem die Gesellschaft gegründet worden sei.

¹⁶³ Rs. C 212/97 *Centros Ltd./Erhvervs – og Selskabsstyrelsen*, DB 1999, 625.

¹⁶⁴ Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25.7.1978 aufgrund von Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABIEG Nr. L 222 vom 14.8.1978, 11–31.

¹⁶⁵ Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegen, ABIEG Nr. L 395 vom 30.12.1989, 36–39.

Die Frage der Fortgeltung der Sitztheorie wird auch durch das LG Potsdam in seinem Urteil vom 30.9.1999 (31 O 134/98 – RIW 2000, 145 f.) erörtert. Hiernach finde für die Frage, ob eine in einem anderen EU-Mitgliedstaat niedergelassene Gesellschaft parteifähig ist, die Sitztheorie des deutschen IPR Anwendung, und zwar ungeachtet der *Centros*-Entscheidung des EuGH, die nur die Frage betreffe, ob eine in einem Mitgliedstaat der EU ordnungsgemäß gegründete juristische Person in einem anderen Mitgliedstaat eine Zweigniederlassung gründen könne. Nur in diesem Fall könnten Handlungen der Vertreter der hier ansässigen Zweigniederlassung anders beurteilt werden, da dann – aber auch nur dann – dem Prinzip der Geschäftswahrheit und Geschäftsklarheit hinreichend Rechnung getragen wäre.

11. Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Art. 119 EG-Vertrag)

91. Der VGH Mannheim entschied mit Beschluß vom 6.12.1999 (4 S 253/98 – NVwZ-RR 2000, 694), daß die in § 4 MuSchVO 1985/1992 einer Beamtin während ihrer Schwangerschaft gegebenen Rechte weder gegen Art. 119 EWGV noch gegen die Richtlinie 76/207/EWG¹⁶⁶ verstoßen. Die als Ärztin tätige Klägerin begehrte die Auszahlung einer Erschwerniszulage für den Dienst zu ungünstigen Zeiten und einer Mehrarbeitsvergütung für den Zeitraum ihrer beiden Schwangerschaften in den Jahren 1991 und 1993. Die gegen den ablehnenden Bescheid des Landesamtes für Besoldung und Versorgung erhobene Klage wies das VG ab. Die zugelassene Berufung hatte keinen Erfolg. Die nach Art. 119 des damals geltenden EWG-Vertrages gebotene Gleichheit des Arbeitsentgelts bei gleicher Arbeit ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zwingt den Ordnungsgeber nicht zu einer pauschalen Vergütung von unter erschwerten Bedingungen geleisteter Arbeit und von Mehrarbeit i.S. des § 9 Abs. 2 MuSchVO 1992. Dies folge bereits daraus, daß die Klägerin eine zusätzliche Vergütung begehre, obwohl sie die für die Lohngleichheit erforderliche Voraussetzung einer gleichen Arbeit aufgrund des Beschäftigungsverbots gar nicht erbringen könne. Mangels tatsächlicher Arbeitsleistung seien diese Vergütungen daher auch kein Arbeitsentgelt i.S. des Art. 119 EWGV. Dem stehe nicht entgegen, daß die Klägerin wegen ihrer Schwangerschaft an der Erbringung von Arbeitsleistungen gehindert gewesen sei, da der Ausgleich dadurch bedingter Nachteile in den Gestaltungsspielraum des Gesetz- und Verordnungsgebers falle und nicht den speziellen Anforderungen des Art. 119 EWGV unterliege. Ein Verstoß gegen die Richtlinie 76/207/EWG liege ebenfalls nicht vor, da auch diese den Mitgliedstaaten ein Ermessen hinsichtlich der sozialen Maßnahmen einräume, durch die der Schutz

¹⁶⁶ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABLEG Nr. L 39 vom 14.2.1976, 40.

der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie der Ausgleich für die dadurch entstehenden tatsächlichen Nachteile gewährt werde.

92. In seinem Urteil vom 18.2.1999 entschied das BVerwG (3 C 10.98 – BVG 108, 289 ff.), daß die Bestimmung des Hamburgischen Ärztegesetzes, daß die für die Weiterbildung zur praktischen Ärztin bzw. zum praktischen Arzt vorgeschriebene Ausbildung in einer Praxis für Allgemeinmedizin zwingend als Vollzeittätigkeit zu absolvieren sei, im Einklang mit höherrangigem Recht steht und das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts nicht verletzt. Ausgangspunkt des Falles war das Begehren der Klägerin, einer approbierten Ärztin, ein Zeugnis über die spezifische Ausbildung in der Allgemeinmedizin zu erhalten und die Bezeichnung „praktische Ärztin“ führen zu können. Dieses Begehren wurde unter Berufung auf § 13 b Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 13 a Abs. 3 S. 3 HmbÄrzteG abgelehnt, da die Klägerin die vorgeschriebene Ausbildung, die eine mindestens sechsmonatige Vollzeittätigkeit in einer Praxis für Allgemeinmedizin umfassen müsse, nicht erfüllt habe. Die Sprungrevision gegen das Urteil des VG blieb erfolglos. Die Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung von Frauen treffe die hier zur Entscheidung stehende Problematik bereits nicht, da es vorliegend nicht darum gehe, daß an bestimmte Beschäftigungsmodalitäten nachteilige Rechtsfolgen geknüpft würden, sondern eine bestimmte Beschäftigungsform – die Teilzeit – für alle in Betracht kommenden Arbeitnehmer ausgeschlossen werde. Auf einen Verstoß der streitigen Regelung gegen die Richtlinie 76/207/EWG komme es nicht an, da diese Richtlinie für den zu beurteilenden Regelungsbereich durch Gemeinschaftsrecht verdrängt werde, das dem nationalen Gesetzgeber eine Regelung der hier streitigen Art eindeutig zur Pflicht mache. Die gemeinschaftsrechtliche Grundlage der Ausbildung zur praktischen Ärztin sei in den Art. 30 ff. der Richtlinie 93/16/EWG¹⁶⁷ zu finden. Art. 34 Abs. 1 dieser an die Mitgliedstaaten gerichteten Richtlinie schreibe in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise vor, daß die gebotene Ausbildung in einer Allgemeinpraxis Abschnitte einer Vollzeitausbildung umfassen müsse. Eine nationale Regelung, die die Ausbildung in einer Allgemeinpraxis vollständig in Teilzeit zuließe, sei mithin unzulässig. Diese Richtlinie trete auch nicht gegenüber dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts zurück. Nach allgemeinen Grundsätzen ergebe sich vielmehr, daß unter gleichrangigen Normen die speziellere – hier die Richtlinie 93/16/EWG mit der konkreten Regelung der Zulässigkeit der Ausbildung in einer Allgemeinpraxis – die allgemeinere Norm verdränge. Auch der Grundsatz des Vorrangs der später ergangenen Norm streite für die Geltung der Richtlinie 93/16/EWG. Diese Regelung sei auch rechtsgültig, da ein Verstoß gegen die Verpflichtung der Gemeinschaft zur Achtung der Prinzipien des Rechtsstaats einschließlich individueller Rechte – hier namentlich des Willkürverbots sowie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – ersichtlich nicht vorliege.

¹⁶⁷ Richtlinie 93/16/EWG des Rates vom 5.4.1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit der Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise, ABLEG Nr. L 165 vom 7.7.1993, 1–24.

93. Mit Beschluß vom 20.5.1999 (1 WB 94.98 – ZBR 1999, 311) erklärte das BVerwG, daß die Regelungen, die den Zugang von Frauen zur Bundeswehr auf die Laufbahnen des Sanitätsdienstes und des Militärmusikdienstes beschränken, mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Die Richtlinie 76/207/EWG¹⁶⁸ (Gleichbehandlungsrichtlinie) finde auf Wehrdienstverhältnisse keine Anwendung. Die Antragstellerin begehrte als Oberfeldwebel im Sanitätsdienst eine Zulassung als Militärkraftfahrer. Ihr Antrag auf gerichtliche Entscheidung über die Ablehnung des Bundesministers für Verteidigung blieb ohne Erfolg. Nach § 5 Abs. 3 S. 1 SLV sei für Frauen ein Wechsel von der Laufbahn des Sanitätsdienstes in die Laufbahn des Truppendienstes ausgeschlossen. Das hinter dieser Regelung stehende generelle Verbot des Art. 12 a Abs. 4 S. 2 GG, wonach Frauen auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten dürften, bedürfe auch unter Berücksichtigung der Richtlinie 76/207/EWG keiner einschränkenden Auslegung dahingehend, daß es nicht für den freiwilligen Dienst in der Bundeswehr gelte. Die Gleichbehandlungsrichtlinie sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da die Europäische Gemeinschaft in den Bereichen der Außen- und Sicherheitspolitik keine Zuständigkeit besitze. Dies folge aus dem in Art. 5 Abs. 1 EGV festgelegten Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Eine Kompetenz für den Bereich der Streitkräfte bestehe nicht. Das in Art. 11 ff. des Vertrages über die Europäische Union vorgesehene Ziel der Erarbeitung und Verwirklichung einer gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik sei ebensowenig zuständigkeitsbegründend wie die vorgesehene schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (Art. 17 Abs. 1 EUV). Die durch den EuGH anerkannte Anwendung der Gleichbehandlungsrichtlinie auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse¹⁶⁹ bedeute keine Ausweitung des Geltungsanspruchs der Richtlinie auf Bereiche, für die die Gemeinschaft keine Kompetenz besitze. Der Unionsvertrag selbst verdeutliche durch ausdrückliche Hinweise auf das Erfordernis einer Vertragsänderung oder einer Vertragserweiterung die Trennungslinie zwischen einer Rechtsfortbildung innerhalb der Verträge und einer deren Grenzen sprengenden, vom geltenden Vertragsrecht nicht gedeckten Rechtssetzung.¹⁷⁰ Selbst wenn man jedoch von einer Anwendbarkeit der Gleichbehandlungsrichtlinie ausginge, sei die Arbeitnehmertätigkeit als Soldat nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen. Danach stehe die Richtlinie nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, solche beruflichen Tätigkeiten und die gegebenenfalls dazu erforderliche Ausbildung von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen, für die das Geschlecht aufgrund ihrer Art oder der Bedingung ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstelle. Der EuGH¹⁷¹ habe dem jeweiligen Mitgliedstaat die Kompetenz zuerkannt, für seinen Bereich zu beurteilen, ob das Geschlecht für die Ausübung einer

¹⁶⁸ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABIEG Nr. L 39 vom 14.2.1976, 40.

¹⁶⁹ EuGH, Urteil vom 21.5.1985, Rs. C 248/83 – Slg. 1985, 1474, 1480, Rdnr. 16.

¹⁷⁰ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134, 2159/9, 209.

¹⁷¹ EuGH, Urteil vom 15.5.1986 – Rs. 222/74, Slg. 1986, 1663, 1687, Rdnr. 37.

Tätigkeit eine unabdingbare Voraussetzung darstelle. Er habe damit anerkannt, daß unterschiedliche soziokulturelle Gegebenheiten zu unterschiedlichen Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten führen könnten. Der Ausschluß von Frauen bei der Mitwirkung in militärischen Kampfhandlungen sei ein legitimes rechtspolitisches Ziel und erkläre sich als Konsequenz aus der deutschen Geschichte.

94. In einem Beschluß vom 22.2.1999 (6 B 439/98 – NVwZ-RR 2000, 176 ff.) erklärte das OVG Münster, daß nach den europarechtlichen Vorgaben eine Beförderungsentscheidung zu Gunsten des männlichen Mitbewerbers einerseits voraussetzt, daß deutliche Unterschiede für ihn sprechen, andererseits jedoch nicht verlangt werden kann, daß seine Zurückstellung eine unerträgliche oder besonders schwere Benachteiligung für ihn sein muß. Nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt bewarben sich der Antragsteller und die Beigeladene um die Stelle eines Oberstudienrats/einer Oberstudienrätin. Das VG lehnte den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung zur Freihaltung der streitigen Stelle ab. Die zugelassene Beschwerde wurde zurückgewiesen. Sei nach dem Prinzip der Bestenauslese die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Konkurrenten (Art. 33 Abs. 2 GG, § 7 Abs. 1 NWBG) gleich, so halte sich die dann in das pflichtgemäße Ermessen des Dienstherrn gestellte Auswahlentscheidung im Rahmen der durch die Entscheidung des EuGH vom 11.11.1997¹⁷² eröffneten Möglichkeiten, wenn das zutreffend als Hilfskriterium gewertete Gesetzesziel der Frauenförderung den Ausschlag gegeben habe. Nach dem Urteil des EuGH stehe Art. 2 II und IV der Richtlinie 76/207/EWG¹⁷³ (Gleichbehandlungsrichtlinie) einer nationalen Regelung nicht entgegen, nach der bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts in Bezug auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung weibliche Bewerber in behördlichen Geschäftsbereichen, in denen im jeweiligen Beförderungsamte einer Laufbahn weniger Frauen als Männer beschäftigt sind, bevorzugt zu befördern seien. Vorausgesetzt werde dabei, daß den männlichen Mitbewerbern in jedem Einzelfall eine objektive Beurteilung unter Berücksichtigung aller für sie sprechenden Kriterien garantiert werde. Schließlich müsse der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfallen, wenn eines oder mehrere Kriterien zu Gunsten des männlichen Bewerbers überwiegen, sofern nicht diese Kriterien gegenüber den weiblichen Bewerbern eine diskriminierende Wirkung entfalten würden. Hieraus sei zu entnehmen, daß in der Person eines männlichen Bewerbers liegende Gründe nur dann überwiegen, wenn deutliche Unterschiede zu Gunsten dieses Bewerbers beständen. Bei gleicher Qualifikation müßten stets sämtliche relevanten Hilfskriterien und nicht nur das der Frauenförderung ernst genommen und in die jeweiligen Auswählerwägungen ihrem Gewicht entsprechend einbezogen werden. Ansatzpunkte, nach denen entweder nur

¹⁷² EuGH, Urteil vom 11.11.1997 – Rs. C-409/95 – NJW 1997, 3429.

¹⁷³ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABLEG Nr. L 39 vom 14.2.1976, 40.

besonders krasse, ins Auge fallende Sachverhalte die Anwendung der Öffnungsklausel nach sich zögen oder aber die Zurückstellung des Mannes nach den Umständen des Einzelfalles unbillig und unerträglich sein müsse, seien somit ausgeschlossen. Dieser grundsätzliche Ausgangspunkt werde jedoch wesentlich relativiert durch die Entscheidungsfreiheit des Dienstherrn bei Bestimmung der maßgeblichen Hilfskriterien. Er könne in den Grenzen des Leistungsprinzips und des Willkürverbotes frei entscheiden, welchen zusätzlichen Gesichtspunkten er bei im Wesentlichen gleicher Qualifikation der Konkurrenten größere Bedeutung beimesse. Die so bestimmten Entscheidungsparameter würden freilich im hier gegebenen Sonderfall einer Konkurrenz gleichqualifizierter Bewerber unterschiedlichen Geschlechts durch das weitere Kriterium der Frauenförderung zwingend ergänzt und nicht selten überlagert. Dem männliche Bewerber gebühre nur dann der Vorrang, wenn die sonst herangezogenen Hilfskriterien zu seinen Gunsten deutlich überwiegen.

95. Der Beschluß des OVG Saarlouis vom 18.5.1999 (1 W 16/98 – NVwZ-RR 2000, 31 ff.) erörterte die Vereinbarkeit des § 13 des Saarländischen Gleichstellungsgesetzes (SaarGleichstellungsG) mit den europäischen Vorgaben. Diese Norm schreibt vor, daß Frauen unter der Voraussetzung gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung so lange vorrangig zu berücksichtigen sind, bis sie in der betreffenden Besoldungsgruppe der Dienststelle mindestens zu 50 % vertreten sind, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Das OVG kam zu dem Schluß, daß dieser Vorschrift eine europarechtskonforme Lesart gegeben werden könne. Auch diese Entscheidung orientierte sich an dem vom EuGH¹⁷⁴ formulierten Kriterienkatalog (zur Darstellung siehe den zuvor aufgenommenen Beschluß des OVG Münster vom 22.2.1999 [94]). Aufbauend auf diesen Kriterien, führt das Gericht aus: Die Öffnungsklausel des § 13 SaarGleichstellungsG sei so auszulegen, daß sie den Anforderungen des letztgenannten Entscheidungssatzes sowohl hinsichtlich der Art der in Betracht zu ziehenden Gründe als auch hinsichtlich des für ein Überwiegen nötigen Gewichts der in der Person des männlichen Bewerbers liegenden Gründe genüge. Ein nationales Gericht müsse die Auslegung innerstaatlichen Rechts so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck einschlägiger EG-Richtlinien ausrichten, um das mit ihnen verfolgte Ziel zu erreichen. Grenzen der Auslegung seien der Wortlaut der nationalen Gesetzesnorm und der klar erkennbare Wille des Gesetzgebers. Die verlangte Berücksichtigung aller die Person des männlichen Bewerbers betreffenden Kriterien zeige, daß der EuGH nicht die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte habe genügen lassen wollen. Auch traditionelle Hilfskriterien wie Beförderungsdienstalter, Dienstalter und Lebensalter seien zu werten, soweit diese nicht im Einzelfall eine diskriminierende Wirkung entfalten würden. Nach den europarechtlichen Vorgaben könne es nicht mit einer Härtefallregel zu Gunsten des Mannes sein Bewenden haben. Der in § 13 SaarGleichstellungsG enthaltene Ausnahmetatbestand sei indes auch nicht als Härteklausel formuliert und müsse auch in

¹⁷⁴ EuGH, Urteil vom 11.11.1997 – Rs. C-409/95 – NJW 1997, 3429.

seinem systematischen Zusammenhang nicht so verstanden werden. Nicht klar herauslesen lasse sich jedoch aus der Rechtsprechung des EuGH, welches Gewicht die in der Person des männlichen Bewerbers liegenden Gründe haben müssen, um ihm in Anwendung der Öffnungsklausel den Vorrang vor der gleich qualifizierten Frau zu verschaffen. Nicht überzeugend sei jedenfalls ein Verständnis der Entscheidung des EuGH, wonach der Frauenvorrang nur durchgreife, wenn bei zwei gleichqualifizierten Bewerbern auch eine Gleichheit hinsichtlich aller Hilfskriterien bestehe und das Geschlecht somit zum Hilfs-Hilfskriterium werde. Die Formulierung des EuGH decke auch eine Gesamtabwägung dergestalt, daß das Ziel der Frauenförderung ein beim Mann gegebenes Übergewicht hinsichtlich anderer Hilfskriterien ausgleichen könne, zumal ansonsten das Geschlechtskriterium fast nie zum Zuge käme.

11. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften – Türkei

96. In einem die Zulassung einer Beschwerde ablehnenden Beschluß vom 27.8.1999 (18 B 1448/99 – InfAuslR 1999, 485) betonte das OVG Nordrhein-Westfalen, daß Art. 37 des Zusatzprotokolls vom 23.11.1970¹⁷⁵ zum Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Türkei¹⁷⁶ dem Antragsteller subjektive Aufenthaltsrechte auch dann nicht verleiht, wenn ihm eine unbefristete Arbeitserlaubnis erteilt worden ist. Dieses in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH stehende Ergebnis¹⁷⁷ folge daraus, daß sich Art. 37 des Zusatzprotokolls nach seinem eindeutigen Wortlaut nicht mit der Begründung eines eigenständigen assoziationsrechtlichen Aufenthaltsrechts befasse. Hiermit würden die Mitgliedstaaten lediglich zum Erlaß einer Regelung verpflichtet, die in bezug auf die Arbeitsbedingungen und das Entgelt keine auf der Staatsangehörigkeit beruhende Diskriminierung gegenüber solchen Arbeitnehmern enthält, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten seien. Die systematische Stellung dieser Vorschrift unter Titel II – Freizügigkeit und Dienstleistungsverkehr – in Kapitel I – Arbeitskräfte – zeige, daß in Art. 37 des Zusatzprotokolls die Zugehörigkeit des türkischen Arbeitnehmers zum regulären Arbeitsmarkt bereits vorausgesetzt sei. Allein Art. 36 des Zusatzprotokolls sowie der in Ausführung dieses Protokolls erlassene Beschluss Nr. 1/80¹⁷⁸ und hier namentlich Art. 6, würde die zur Verwirklichung der Freizügigkeit notwendigen arbeits- und aufenthaltsrechtlichen Regelungen erfassen. Seien diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so könne die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auch dann nicht beansprucht werden, wenn das Arbeitsamt eine unbefristete Arbeitserlaubnis bzw. eine Arbeitsberechtigung nach § 2 Arbeitsgenehmigungsverordnung erteilt habe. Art. 6 ARB 1/80

¹⁷⁵ BGBl. II 1972, 385.

¹⁷⁶ Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei, ABIEG Nr. 217 vom 29.12.1964, 3687–3700.

¹⁷⁷ EuGH, Urteil vom 2.3.1999 – Rs. C – 416/96 (*El-Yassini*).

¹⁷⁸ Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19.9.1980.

ergebe keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Erteilung einer Arbeitserlaubnis zugleich anspruchsbegründend für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sei.

97. Das VG Sigmaringen klärte mit Beschluß vom 14.10.1999 (1 K 2011/99 – InfAuslR 2000, 169 ff.) die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt i.S.d. Art. 6 ARB 1/80¹⁷⁹ gegeben ist. Dem Beschluß zugrunde lag der Antrag einer türkischen Lehrerin auf Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis. Arbeitgeber der Lehrerin war das türkische Erziehungsministerium. Der Antrag wurde abgelehnt. Von dem in § 4 Abs. 6 S. 1 der ArbeitsaufenthalteVO (AAV)¹⁸⁰ vorgesehenen Ausschluß der Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis sei auch aufgrund der Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 3. Spiegelstrich ARB 1/80 nicht abzusehen. Der durch diese Vorschrift nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung eröffnete Zugang zu jeder Beschäftigung im Lohn- oder Gewerbeverhältnis verlange, daß der Beschäftigte während dieser Zeit dem regulären Arbeitsmarkt angehört habe. Nach der Rechtsprechung des EuGH komme es hierfür maßgeblich darauf an, ob das Arbeitsverhältnis im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates lokalisiert werden könne oder ob es eine hinreichend enge Verknüpfung mit diesem Gebiet aufweise. Hierbei seien der Ort der Einstellung des türkischen Staatsangehörigen, das Gebiet, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird, sowie die auf den Arbeitnehmer anzuwendenden nationalen Vorschriften im Bereich des Arbeitsrechts und der sozialen Sicherheit zu berücksichtigen.¹⁸¹ Mit der Vorschrift solle vermieden werden, daß aufgrund einer irregulären Erwerbstätigkeit eine Verfestigung und damit ein Übergang in den regulären Arbeitsmarkt stattfinden könne. Bei den nichtregulären Arbeitsverhältnissen könne es sich um Sonderarbeitsverhältnisse handeln, die nur für bestimmte Personengruppen vorgesehen seien, nicht den ökonomischen Regeln der Marktkräfte unterlägen und somit als Grundlage für eine Verfestigung nicht in Frage kämen. Hiervon ausgehend gehöre die Antragstellerin nicht dem regulären Arbeitsmarkt an, da ihr Arbeitgeber das Türkische Ministerium für Erziehung sei, ihr Gehalt vom türkischen Generalkonsulat ausgezahlt werde, und sie weder dem deutschen Sozialversicherungsrecht noch dem Beamten(versorgungs)recht unterfalle. Freiwerdende Stellen würden durch aus der Türkei entsandte Kräfte besetzt. Durch diese enge Verknüpfung werde die Bedeutung des in Deutschland gelegenen Einsatzortes völlig überlagert. Aus einer Qualifikation der Antragstellerin als Arbeitnehmerin – in Abgrenzung von einer Beschäftigten in der öffentlichen Verwaltung i.S.d. Art. 39 Abs. 4 EGV – lasse sich nicht auf die Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt schließen. Diese Ansicht vermenge in unzulässiger Weise den Begriff des Arbeitnehmers mit dem Tatbestandsmerkmal der Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ ArbeitsaufenthalteVO vom 18.12.1990, BGBl. 1990 I 2994, geändert durch VO vom 15.8.1994, BGBl. I 2115.

¹⁸¹ EuGH, Urteil vom 30.9.1997, Rs. C 8/96 – *Ertanir*.

12. Vorabentscheidungsverfahren

98. Mit Beschluß vom 23.3.1999 rief das BAG (3 AZR 631/97 – MDR 2000, 90f.) den EuGH zur Entscheidung der Frage an, ob Art. 119 EGV dahingehend auszulegen ist, daß Pensionskassen als Arbeitgeber anzusehen sind und die Gleichbehandlung von Mann und Frau bei Leistungen der betrieblichen Altersversorgung schulden, obwohl den benachteiligten Arbeitnehmern gegenüber ihren unmittelbaren Versorgungsschuldnern, den Arbeitgebern als Parteien der Arbeitsverträge, ein insolvenzgeschützter, die Diskriminierung ausschließender Anspruch zusteht. Es stehe fest, daß der für den Anspruch des Klägers maßgebliche §11 Nr.2 a der Satzung der beklagten Pensionskasse in Widerspruch zu Art. 119 EGV insoweit stehe, als er eine Witwenversorgung davon abhängig mache, daß die verstorbene Arbeitnehmerin den Unterhalt ihrer Familie überwiegend bestritten habe. Eine derartige einschränkende Bedingung bestehe für den entsprechenden Anspruch des Arbeitnehmers nämlich nicht. Fraglich sei jedoch, ob der Kläger den sich hieraus ergebenden Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung auch gegenüber der beklagten Pensionskasse habe. Entscheidungen des EuGH¹⁸², nach denen rechtlich selbständige, nicht am Arbeitsverhältnis beteiligten Dritte, die mit der Durchführung eines betrieblichen Versorgungssystems betraut seien, Art. 119 EG zu beachten hätten, seien nach Auffassung des Senats nicht auf eine Versorgung unter Einschaltung einer Pensionskasse nach deutschem Recht zu übertragen. Es entstünden schwer auflösbare Brüche und Ungereimtheiten im deutschen Recht, ohne daß es dessen zur Herbeiführung eines effektiven und sicheren Rechtsschutzes für Arbeitnehmer vor Geschlechterdiskriminierung bedürfte. Wenn auch die Pensionskasse nach §1 Abs.3 BetrAVG eine selbständige rechtsfähige Versorgungseinrichtung sei, so ändere dies nichts daran, daß der Arbeitgeber im arbeitsrechtlichen Grundverhältnis Versorgungsschuldner bleibe und sich ergebende Versorgungslücken zu schließen habe. Eine solche vom Arbeitgeber zu schließende Lücke liege gerade dann vor, wenn die Satzungsbestimmungen einer Pensionskasse das Diskriminierungsverbot verletzen würden. Vom Ausgangspunkt eines somit bestehenden Anspruchs des Arbeitnehmers¹⁸³ werde daher in der deutschen Literatur eine eigene Einstandspflicht einer Pensionskasse oder Direktversicherung für arbeitsrechtliche Gleichbehandlungspflichten überwiegend abgelehnt. Die Eigenschaft einer Pensionskasse als Versicherung und der eigenständige versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach gleiche Versicherungsleistungen für gleiche Beiträge zu erbringen seien, hätte bei einem unter Anwendung des Gleichbehandlungsgebotes erhöhten Volumen der Versicherungsleistungen und bei einer Finanzierung der Pensionskasse auch durch Arbeitnehmerbeiträge zur Folge, daß die Arbeitnehmer für Verbindlichkeiten durch erhöhte Beitragszahlungen einzustehen hätten, die zunächst nur anderen, aus dem Arbeitsleben ausgeschiedenen und nicht mehr beitragspflichtigen

¹⁸² Urteil vom 28.9.1994, Rs. C-200/91 – *Coloroll* –, Rz. 22 f, Slg. I 1994, 4389.

¹⁸³ BAG, Urteil vom 7.3.1995 – 3 AZR 282/94, BAGE 79, 236, 249 ff. = MDR 1996, 290 L.

Mitgliedern zugute kämen. Diese Folge könne nach deutschem Recht vermieden werden, weil die Effektivität des Rechtsschutzes vor Diskriminierungen auch dadurch gewahrt sei, daß die Einstandspflicht des Arbeitgebers eine auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung beruhende Versorgungsverbindlichkeit i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 4 BetrAVG sei und der einzelne Anspruch von daher nach § 7 BetrAVG insolvenzgeschützt sei.

99. Durch Beschluß vom 15.7.1999 legte das FG Hamburg (IV 132/99 – EuZW 1999, 431) dem EuGH die Frage vor, ob Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 404/93¹⁸⁴ i.d.F. der Verordnung (EG) Nr. 1637/98¹⁸⁵ wegen Verstoßes gegen Art. I und XIII GATT¹⁸⁶ (1994) unanwendbar ist und der einzelne sich hierauf vor Gericht berufen kann. Der Antragsteller wandte sich gegen die Festsetzung eines Zollbetrages für aus Ecuador eingeführte Bananen. Der Senat hielt eine nach dem Streitschlichtungsabkommen der WTO ergangene Panel-Entscheidung¹⁸⁷ für zutreffend, die das Außenhandelsregime auch der novellierten EG-Bananenmarktordnung (Verordnung (EWG) Nr. 404/93) für unvereinbar mit dem Meistbegünstigungsgebot des Art. I und dem Diskriminierungsverbot des Art. XIII GATT (1994) erklärt habe. Ein Verstoß gegen Art. 1 I GATT sei gegeben, weil das Lomé-Abkommen die Gemeinschaft nicht verpflichte, im Rahmen des Zollkontingents von 857700 t Bananen den AKP Staaten zollfreie Einfuhren in die Gemeinschaft zu ermöglichen. Dieser Vorteil der zollfreien Einfuhr müßte nach Art. 1 I GATT auch anderen Vertragsparteien wie Ecuador eingeräumt werden. Dies könne dafür sprechen, daß Art. 18 I Unterabs. 2 Verordnung (EWG) Nr. 404/93, wonach auf Drittlandseinfuhren ein Zoll von 75 ECU/t zu erheben sei, insoweit unangewendet bleiben müsse. Der Sachverhalt unterscheide sich von demjenigen, der der Entscheidung des EuGH vom 10.3.1998¹⁸⁸ zugrundegelegen habe. Nach dieser Entscheidung habe eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts nach Art. 234 I EGV (Art. 307 EGV i.d.F. des Amsterdamer Vertrages) nur dann gegenüber einer völkerrechtlichen Übereinkunft zurückzutreten, wenn diese vor Inkrafttreten des EG-Vertrages geschlossen worden sei und das fragliche Drittland hieraus Rechte herleiten könne, deren Beachtung es von dem betreffenden Mitgliedstaat verlangen könne. Im Ausgangsfall sei jedoch gerade ein Zeitraum betroffen, in dem Ecuador Mitglied des GATT gewesen sei. Es habe dessen Beachtung seit dem 21.1.1996 von allen Mitgliedern, u.a. der Bundesrepublik Deutschland und der EU, verlangen können. Sollten sich der Vorrang und die Durchgriffswirkung des GATT nicht aus Art. 307 I EGV herleiten lassen, so könnte die seit dem 1.1.1995 möglicherweise eingetretene Durchgriffswirkung des

¹⁸⁴ Verordnung (EWG) Nr. 404/93 des Rates vom 13.2.1993 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen, ABIEG Nr. L 47 vom 25.2.1993, 1–11.

¹⁸⁵ Verordnung (EG) Nr. 1637/98 des Rates vom 20.7.1998 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 404/93 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen, ABIEG Nr. L 210 vom 28.7.1998, 28–31.

¹⁸⁶ Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen 1994, ABIEG 1994 L 336/11.

¹⁸⁷ WT/D27/RW/ECU, auszugsweise EuZW 1999, 431.

¹⁸⁸ EuZW 1998, 247 – T. Port.

GATT die Unanwendbarkeit des Art. 18 I Unterabs. 2 Verordnung (EWG) Nr. 404/93 zur Folge haben.

100. Mit Beschluß vom 21.1.1999 (B 11 AL 53/98 – NZS 514 ff.) legte das BSG dem EuGH die Frage vor, ob die Art. 6 und 7 der EWG-Verordnung 1408/71¹⁸⁹ so auszulegen sind, daß sie wegen des Grundsatzes der Freizügigkeit der Arbeitnehmer der Weitergeltung eines für den Versicherten günstigeren zwischenstaatlichen Abkommens auf dem Gebiet der Arbeitslosenversicherung nicht entgegenstehen, obwohl infolge der Rahmenfrist ein Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung aus der Zeit vor Inkrafttreten der Verordnung nicht mehr hergeleitet werden kann. Der Kläger, der für die Zeit vom 4.3.1996 bis zum 31.7.1996 beim Arbeitsamt Trier Arbeitslosengeld beantragte, hatte seit 1986 in Österreich gelebt und dort während verschiedener Zeiträume eine nach österreichischem Recht zur Arbeitslosenversicherung beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt. Das Verfahren wurde in der Revisionsinstanz ausgesetzt. Das BSG führte aus, daß nach dem 1996 geltenden Arbeitsförderungsgesetz¹⁹⁰ (§ 100 Abs. 1 AFG) sich kein Anspruch auf Arbeitslosengeld ergibt, da der Kläger die Anwartschaftszeit nicht erfüllt hat. Eine Anrechnung von Versicherungs- und Beschäftigungszeiten könne nach Art. 67 Abs. 3 EWG-Verordnung 1408/71 nur dann erfolgen, wenn die betreffende Person unmittelbar zuvor die fraglichen Zeiten nach den Rechtsvorschriften zurückgelegt habe, nach denen die Leistungen beantragt worden seien. Der Leistungsanspruch sei hiernach also gegen den Träger des Mitgliedstaats zu richten, in dem der Versicherte seine letzte Beschäftigung gehabt habe. Allerdings erfülle der Kläger die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 S. 1 des deutsch-österreichischen Abkommens über Arbeitslosenversicherung¹⁹¹, bei dessen Anwendung die Anwartschaftszeit erfüllt wäre. Fraglich jedoch sei, ob diese Vorschrift nach Inkrafttreten der EWGV 1408/71 in Österreich im Verhältnis zu Deutschland noch Anwendung finden könne, da Art. 6 EWGV 1408/71 bestimme, daß die Verordnung im Rahmen ihres persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches u. a. an die Stelle von Abkommen trete, die ausschließlich zwischen zwei oder mehreren Mitgliedstaaten in Kraft seien. Ausnahmsweise könnte sich eine Weitergeltung von Art. 7 des deutsch-österreichischen Abkommens zugunsten des Klägers aus dem Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer ergeben. Der EuGH habe zum einen entschieden¹⁹², daß die Art. 48 Abs. 2 und 51 des Vertrages es nicht zuließen, daß Arbeitnehmer Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlören, weil in das nationale Recht eingeführte Abkommen zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten aufgrund des Inkrafttretens der EWGV 1408/71 unanwendbar geworden seien. In Abgrenzung hierzu habe er andererseits

¹⁸⁹ Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABLEG Nr. L 149 vom 5.7.1971, 2–50.

¹⁹⁰ Arbeitsförderungsgesetz vom 25.6.1969, BGBl. I 582 (aufgehoben).

¹⁹¹ Deutsch-Österreichisches Abkommen über die Arbeitslosenversicherung vom 19.7.1978, BGBl. Nr. 392, 1979.

¹⁹² EuGH, Urteil vom 7.2.1991, Rs. C-227/91 – *Rönfeld* – EuGHE I 1991 323.

klargestellt¹⁹³, daß der vorgenannte Grundsatz nicht für Arbeitnehmer gelte, die ihr Recht auf Freizügigkeit erst nach Inkrafttreten der EWGV 1408/71 ausgeübt hätten. In einer weiteren Entscheidung sei diese Rechtsprechung dahingehend präzisiert worden¹⁹⁴, daß die Vorschriften zwischenstaatlicher Abkommen, soweit die Voraussetzungen für ihre Weitergeltung vorlägen, auch auf Versicherungszeiten anzuwenden seien, die nach dem Inkrafttreten der EWGV 1408/71 zurückgelegt worden seien. Da der Kläger dieses Verfahrens bereits vor Inkrafttreten der EWGV 1408/71 aufgrund der in Österreich zurückgelegten Beitragszeiten einen Anspruch auf Arbeitslosengeld in Deutschland hätte geltend machen können, könnten möglicherweise die Grundsätze über die Weitergeltung der bilateralen Abkommen über soziale Sicherheit zu seinen Gunsten Anwendung finden. Der EuGH sei jedoch deshalb zu befragen, weil sämtliche Entscheidungen zur Berücksichtigung der Versicherungs- und Beitragszeiten zu Systemen der Rentenversicherung ergangen seien. Aufgrund der Besonderheiten der hier in Frage stehenden Arbeitslosenversicherungssysteme könnte sich eine abweichende Auffassung ergeben. Dies gelte gerade wegen der bei den Systemen der Altersversorgung unbekannten Anknüpfung der Arbeitslosenversicherung an Anwartschaftszeiten, bei der erworbene Anwartschaften auf Versicherungsleistungen allein durch Zeitablauf wieder verloren gehen könnten und länger zurückliegende Zeiten für die Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen irrelevant seien. Auf solche lange zurückliegende Zeiten müßte aber bei Übertragung der Rechtsprechung des EuGH auch im System der Arbeitslosenversicherung zurückgegriffen werden.

101. Mit Beschluß vom 25.8.1999 (10 h Ca 10428/98 fe – BB 1999, 2404 ff.) legte das ArbG Bremen dem EuGH eine Reihe von Fragen zur Nachweispflicht für Überstunden nach der Nachweisrichtlinie vor. Mit einer ersten Frage möchte das ArbG geklärt wissen, ob Art. 2 Abs. 2 Buchstabe i) der Richtlinie des Rates vom 14. Oktober 1992 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen¹⁹⁵ (Nachweisrichtlinie) auch Vereinbarungen des Arbeitnehmers erfaßt, mit denen er sich allgemein zur Leistung von Überstunden verpflichtet hat. Zwar deute die Formulierung der Nachweisrichtlinie, darauf hin, daß lediglich die Grundarbeitszeit, nicht aber unregelmäßige Arbeitszeiten gemeint seien. Hiergegen spreche jedoch der Zweck der Richtlinie, die ersichtlich dem Arbeitnehmer einen klaren Hinweis über die von ihm abzuleistende Arbeitszeit habe geben wollen. In einer zweiten Frage möchte das ArbG wissen, ob es Art. 2 der Richtlinie gebietet, ein ihrer Umsetzung dienendes nationales Gesetz so auszulegen, daß Vereinbarungen, die nicht die geforderte Genauigkeit enthalten, sondern dem Arbeitgeber inhaltlich ungenau bestimmte, einseitige Rechte zuweisen, auch materiell unwirksam sind. Es werde ersichtlich davon ausgegangen, daß die Formulierungen einen bestimmten Präzisionsgrad erreichen müssten und daß andernfalls die Regelungen

¹⁹³ EuGH, Urteil vom 9.11.1995, Rs. C-475/93 – *Thévenon* – EuGHE I 1995, 3813.

¹⁹⁴ EuGH, Urteil vom 9.10.1997, Rs. C-31/95, C-32/96, C-33/95 – *Maranjo Arjona u. a.*

¹⁹⁵ Richtlinie 91/553/EWG, ABIEG Nr. L 288 vom 18.10.1991, 32 ff.

auch materiell-rechtlich unwirksam seien. In einer letzten Frage möchte das ArbG wissen, ob es die Richtlinie gebietet, nationale Grundsätze, die eine Beweisvereitelung annehmen, wenn eine Prozeßpartei gesetzlichen Dokumentationspflichten nicht nachgekommen ist, im Wege europarechtskonformer Auslegung auch dann heranzuziehen sind, wenn ein Arbeitgeber einen Nachweis im Sinne der Richtlinie nicht erstellt hat. Hintergrund der Frage seien die in der deutschen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Beweisvereitelung bei Dokumentationspflichten, die der Gegenpartei bei Verletzung dieser Pflicht Beweiserleichterungen zukommen ließen.

102. Das BVerwG faßte am 29.7.1999 (7 CN 2.98 – NuR 2000, 41 ff.) im Revisionsverfahren den Beschluß, dem EuGH die Frage vorzulegen, welche Anforderungen sich aus Art. 4 Abs.3 der Verordnung (EWG) Nr.259/93 (EG-AbfVerbVO) und Art. 5 der Richtlinie 75/442/EWG (Abfallrahmenrichtlinie) an die Einführung landesrechtlicher Andienungspflichten für besonders überwachungsbedürftige Abfälle zur Beseitigung ergeben. Dabei ging es um die in Baden-Württemberg bestehende grundsätzliche Verpflichtung, alle anfallenden besonders überwachungsbedürftigen Abfälle zur Beseitigung der SBW Sonderabfallentsorgung Baden-Württemberg GmbH anzudienen (§ 3 Abs.1 S.1 SAbfVO), die diese Abfälle zentralen Einrichtungen (§ 4 Abs.1 SAbfVO), u. a. einer Hamburger Anlage, zuweist. Eine Verbringung in ausländische Anlagen ist somit untersagt. Einer anderweitigen Zuweisung zu einer vom Erzeuger vorgeschlagenen Anlage stimmt die Sonderabfallagentur nur zu, soweit die Abfälle nach deutschem Umweltrecht ordnungsgemäß entsorgt werden (§ 4 Abs.3 SAbfVO). Das Gericht führte aus, daß die Sonderabfallverordnung eine Maßnahme im Sinne des Art. 4 Abs.3 Buchst. a Ziff. 1 der Verordnung (EWG) Nr.259/93¹⁹⁶ ist. Sie trage den in der Verordnung zum Ausdruck kommenden Prinzipien der Nähe, dem Vorrang der Verwertung sowie dem Grundsatz der Entsorgungsautarkie gemäß Richtlinie 75/442 EWG Rechnung¹⁹⁷. Die auch hier beachtliche Länge der Transportwege von 600 bis 800 Kilometer dürfe nicht isoliert betrachtet werden, da das Nähekriterium mit dem Eignungskriterium eines hohen Niveaus des Gesundheits- und Umweltschutzes verbunden sei (Art. 5 Abs.2 RL 75/442 EWG). Der Grundsatz der Entsorgungsautarkie knüpfe nach Art. 5 Abs.1 S.2 der RL 75/442/EWG bei Abfällen hinsichtlich der Beseitigung an die in der Gemeinschaft bestehenden Verhältnisse an, verlange jedoch andererseits die Verwendung der modernsten, keine übermäßig hohe Kosten verursachenden Technologien. Dem Vorrang der Verwertung sei insofern Rechnung getragen, als ansonsten entgegen dem Ursprungsprinzip (Art. 174 Abs.2 EGV n.F.) eine Lenkung der Abfallströme in eher minderwertige Beseitigungsanlagen einsetzen würde. Das mengenmäßig beschränkte Ausfuhrverbot von Abfällen sei letztlich ein zwingendes Erfordernis des Umwelt-

¹⁹⁶ Verordnung (EWG)Nr.259/93 des Rates vom 1.2.1993 zur Überwachung der Kontrolle der Verbringung von Abfällen in der, in die und aus der Europäischen Gemeinschaft, ABIEG Nr.L 30 vom 6.2.1993, 1–28.

¹⁹⁷ Richtlinie 75/442/EWG des Rates vom 15.7.1975 über Abfälle, ABIEG Nr.L 194 vom 25.7.1975, 39–41.

schutzes im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs¹⁹⁸ und verstoße schon aus diesem Grunde nicht gegen die Art. 28 ff. EGV n.F. Der EuGH solle darüber befinden, ob zusätzlich nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Maßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verbot der mengenmäßigen Handelsbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten zu überprüfen seien, wenn und soweit sich andere, näher gelegene Entsorgungsmöglichkeiten in einem anderen Mitgliedstaat anböten. Bei Bejahung einer solchen Pflicht solle der EuGH auch klären, ob diese Prüfung auf die gesetzliche Regelung als solche und die bei deren Erlaß bestehenden oder absehbaren Verhältnisse zu beziehen oder in jedem Einzelfall vorzunehmen sei, in dem aufgrund des Ausfuhrverbotes eine Abfallverbringung in einen anderen Mitgliedstaat untersagt werden solle. Ausdrücklich mit eigenen Zweifeln richtet das BVerwG in bezug auf § 4 Abs. 3 SAbfVO die Anfrage an den EuGH, ob die Verbringung von besonders überwachungsbedürftigen Abfällen zur Beseitigung in einem anderen Mitgliedstaat von der Voraussetzung abhängig gemacht werden dürfe, daß die beabsichtigte Beseitigung den umweltrechtlichen Anforderungen des Versandstaates und hier somit dem deutschen Umweltrecht zu entsprechen habe. Endlich sei durch den EuGH auch zu klären, ob es mit den Regelungen der Art. 3 ff. der Verordnung (EWG) Nr. 259/93 vereinbar sei, wenn ein Mitgliedstaat für die beabsichtigte grenzüberschreitende Verbringung von Abfällen zwecks Beseitigung dem Notifizierungsverfahren der Art. 3 ff. der Verordnung (EWG) Nr. 259/93 ein eigenständiges Verfahren über die Andienung und Zuweisung dieser Abfälle vorschalte.

103. Das LG Mainz legte mit Beschluß vom 22.1.1999 (11 HK O 62/98 Kart. – RIW 1999, 707 ff.) dem EuGH die Frage vor, ob die Art. 59 ff. EGV, 52 ff. EGV, 30 ff. EGV so auszulegen sind, daß es einem Unternehmen innerhalb der Europäischen Union freisteht, von der Konzernmutter im Mitgliedstaat A aus zentral Werbung für eine Tochtergesellschaft im Mitgliedstaat B zu betreiben, und ob dies zur Folge habe, daß die Befugnis zur Erhebung von Inlandsgebühren für die Zustellung durch die Postverwaltung des Mitgliedstaates B einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit darstellt. Dem Beschluß zugrunde lag ein Streit über einen Anspruch auf Gebühren für die (Weiter-)Beförderung von Werbesendungen, den die Klägerin (Deutsche Post AG) aufgrund einer deutschen Rechtsvorschrift gegen die Beklagte geltend macht. Die Beklagte ist einhundertprozentiges Tochterunternehmen eines Unternehmens mit Sitz in den Niederlanden. Die Klägerin erhielt 1996 von der französischen Post eine bei dieser eingelieferte größere Menge von Briefsendungen zur Zustellung. Die an deutsche Kunden adressierten Schreiben warben in deutscher Sprache für das Freizeitangebot der Beklagten. Lediglich auf dem Umschlag der Sendungen befand sich mit einem Logo und einer Adresse der Hinweis auf die niederländische Muttergesellschaft. Die Klägerin verlangte die Nachzahlung des Inlandportos unter Abzug der von der Beklagten an die ausländische Postverwaltung des Absendeortes entrichteten Gebühren. Das Gericht führte aus, daß als Anspruchsgrund-

¹⁹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 9.7.1992 – Rs. C-2/90, Slg. 1992 I-4431 = NuR 1993, 504 – *Wallonien*.

lage allein die Vorschrift des Art. 25 §1 S.2 und Abs.3 S.1 des Weltpostvertrages von 1989 (WPV)¹⁹⁹ i.V.m. dem deutschen Ratifizierungsgesetz vom 31.8.1992.²⁰⁰ in Betracht kommt. Danach sei kein Mitgliedstaat verpflichtet, Briefsendungen zu befördern oder den Empfängern zuzustellen, die auf seinem Gebiet ansässige Absender im Ausland eingeliefert hätten. Die betreffende Verwaltung sei berechtigt, die Sendungen mit ihren Inlandsgebühren zu belegen. Für die Anspruchsentstehung komme es somit allein auf die Bestimmung des Absenders an. Der Begriff des Absenders erschließe sich vor allem aus dem Sinn und Zweck des Art. 25 WPV. Absender sei demnach derjenige, der die Leistungen der Post in Anspruch nähme. Die nahezu einhellige deutsche Rechtsprechung gehe hierüber noch insofern hinaus, als sie für die Frage, ob ein unzulässiges *Remailing* vorliege, ausschließlich auf den materiellen Absenderbegriff abstelle. Danach sei der Absender derjenige, der dem Empfänger nach dem Gesamteindruck der Sendung als Mitteilender entgegentrete. Bei dieser Definition wäre nicht die niederländische Muttergesellschaft, sondern die Beklagte Absender der streitgegenständlichen Werbebroschüren gewesen. Diese generelle Verknüpfung des Absenderbegriffs mit der Person des Mitteilenden könnte einen Verstoß gegen die Garantie des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen. Der Fall gehe über eine unzulässige Auslagerung des Postversands ins Ausland hinaus, da die Beklagte weder die geistige Vorlage für den Inhalt des Schreibens geliefert habe noch in irgendeiner Form an deren Herstellung beteiligt gewesen sei. Deshalb müßten die Sendungen der Konzernmutter im Empfängerstaat wie echte Auslandspost gewertet werden. Eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit in Form einer mittelbaren Diskriminierung könne darin liegen, daß das deutsche Ratifizierungsgesetz zum WPV es der inländischen Postverwaltung ermögliche, inländische Postentgelte nachzufordern, während dies bei einem beauftragten inländischen Unternehmen unzweifelhaft nicht statthaft wäre. Umgekehrt könnte es eine Diskriminierung des deutschen Unternehmens darstellen, wenn dieses selbst das Inlandsporto für solche Werbesendungen zahlen solle, die es durch ein niederländisches, nicht aber ein inländisches Unternehmen hat entwerfen, durchführen und zustellen lassen. Auch die Niederlassungsfreiheit der Art. 52 Abs.1, 58 EGV sowie allgemein die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung könnten insofern betroffen sein, als daß es die Grundfreiheiten den Gesellschaften ermöglichten, die Gesellschaftsstrukturen anhand wirtschaftlicher Gegebenheiten grenzüberschreitend auszugestalten. Diese Freiheiten seien beschränkt, wenn es der niederländischen Konzernmutter nur unter Hinnahme der Inlandsgebühren möglich wäre, in Deutschland eine Tochtergesellschaft zu gründen und weiterhin zentral von den Niederlanden aus Werbung für das Konzernangebot zu betreiben. Bejahe der EuGH einen solchen Eingriff, so sei der Absenderbegriff des Art. 25 WPV einengend dahingehend auszulegen, daß *Remailing* nur dann vorliege, wenn die Post im Inland physisch oder unverkörpert im wesentlichen bereits hergestellt worden sei und nur noch die Postaufgabe

¹⁹⁹ BGBl. 1992 II 785 ff.

²⁰⁰ BGBl. 1992 II 749 f.

ins Ausland verlagert werde. In einer zweiten Vorlagefrage möchte das LG geklärt wissen, ob Art. 90 Abs. 1 EGV so auszulegen ist, daß das Ratifizierungsgesetz zum WPV mit dem dort eingeräumten Recht zur Erhebung von Inlandsgebühren als mitgliedstaatliche Maßnahme in einer sachlich nicht durch Art. 90 Abs. 2 EGV gedeckten Weise gegen das Mißbrauchsverbot des Art. 86 Abs. 2 *lit.* a und c EGV verstößt. Die Klägerin sei ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes. Art. 90 Abs. 1 EGV verpflichte die Mitgliedstaaten, in bezug auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewährten, keine Maßnahmen in einer die Bestimmungen des EGV verletzenden Weise zu treffen. Durch die hier mit den Inlandsgebühren entstehenden Kosten werde aber die Inanspruchnahme ausländischer Dienstleistungsanbieter für inländische Unternehmen unrentabel. Zugleich werde es ausländischen Unternehmen unmöglich gemacht, im Hinblick auf eine zentral im Ausland betriebene Werbung für ein inländisches Unternehmen lukrative Angebote zu unterbreiten. Ebenso werde inländischen Unternehmen die wirtschaftlich realisierbare Möglichkeit erschwert, mittels Auslagerung Geschäftsfelder wie die der Werbeabteilung in einen ausländischen Mitgliedstaat zu verlagern.