

Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 2001

*J. Christina Gille**

* Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut.

Abkürzungen: ABL.EG = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; AEMR = Allgemeine Erklärung der Menschenrechte; AfNS = Amt für Nationale Sicherheit; AKG = Allgemeines Kriegsfolgengesetz; AMG = Arzneimittelgesetz; Anm. = Anmerkung; ARB = Assoziationsratsbeschluss; AsylVfG = Asylverfahrensgesetz; AuslG = Ausländergesetz; AuAS = Schnelldienst Ausländer- und Asylrecht; AWG = Außenwirtschaftsgesetz; BAG = Bundesarbeitsgericht; BauGB = Baugesetzbuch; BauNVO = Baunutzungsverordnung; BayObLG = Bayrisches Oberstes Landesgericht; BB = Betriebs-Berater; BEG = Bundesentschädigungsgesetz; BErzGG = Bundeserziehungsgeldgesetz; BesG = Besoldungsgesetz; BfA = Bundesversicherungsanstalt für Angestellte; BFH (E) = Bundesfinanzhof (Entscheidungen); BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH = Bundesgerichtshof; BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; BIPMZ = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen; BPatG = Bundespatentgericht; BR-Ds. = Bundesrats-Drucksachen; BSG(E) = Bundessozialgericht (Entscheidungen); BSHG = Bundessozialhilfegesetz; BT-Ds. = Bundestags-Drucksachen; BverfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerfGG = Bundesverfassungsgerichtsgesetz; BverwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); BVFG = Bundesvertriebenengesetz; CPP = Codice di Procedura Penale; DISVA = Deutsch-Israelisches Sozialversicherungsabkommen; DÖV = Die öffentliche Verwaltung; DtAmAuslV = Deutsch-Amerikanischer Auslieferungsvertrag; DtAmPEA = Deutsch-Amerikanisches Pauschalentschädigungsabkommen; DublinÜ = Dubliner Übereinkommen; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; DWA = Direktwahlakt; EAGV = Vertrag über die Europäische Atomgemeinschaft; ECOSOC = Economic and Social Council; EG = Europäische Gemeinschaft(en); EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; EGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EGV = Vertrag über die Europäische Gemeinschaft; Einigungsvertrag; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EntschG = Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen; EPA = Europäisches Patentamt; EPO = Europäische Patentorganisation; EPÜ = Europäisches Patentübereinkommen; EStG = Einkommenssteuergesetz; ESVGH = Entscheidungen des Hessischen VGH und des VGH Baden-Württemberg; ETS = European Treaty Series; EU = Europäische Union; EuAuslÜ = Europäisches Auslieferungsübereinkommen; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EuGRZ = Europäische Grundrechte-Zeitschrift; EuSC = Europäische Sozialcharta; EuSIÜ = Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität; EUV = Vertrag über die Europäische Union; EuZW = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; EWG = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; FFH = Flora, Fauna, Habitat; FolterÜ = Übereinkommen gegen Folter; FPÖ = Freiheitliche Partei Österreichs; GATT = General Agreement on Tariffs and Trade; GebrMG = Gebrauchsmustergesetz; GFK = Genfer Flüchtlingskonvention; GK = Genfer Konvention; GMBL = Gemeinsames Ministerialblatt; GRUR = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht; GVG = Gerichtsverfassungsgesetz; HZÜ = Haager Zustellungsübereinkommen; IAO = Internationale Arbeitsorganisation; ICTY = International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; I.L.M. = International Legal Materials; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; IPbPR = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; IPRax = Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; IPwskR = Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; IRG = Gesetz über die Internationale Rechtshilfe; IStGH = Internationaler Strafgerichtshof; i.V.m. = in Verbindung mit; KFOR = Kosovo Force; KG = Kammergericht; KPdSU = Kommunistische Partei der Sowjetunion; LAG = Landesarbeitsgericht; LG = Landgericht; LHGebG = Landeshochschulgebührengesetz; LSA = Londoner Schuldenabkommen; LSG = Landessozialgericht; Lovt. = Lovtidende for Kongeriget Danmark; MarkenG = Markengesetz; MDR = Monatschrift für deutsches Recht; MfS = Ministerium für Staatssicherheit; MSÜ = Mehrstaaterübereinkommen; NATO = North Atlantic Treaty Organization; NJOZ = Neue Juristische Online-Zeitschrift;

Übersicht

(for an English version of this Survey see p. 1029)

	Seite
I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht	1032
II. Völkerrechtliche Verträge	1035
1. Fortentwicklung und Änderung	1035
2. Schutz geistigen Eigentums	1041
III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität	1042
1. Grenzen der Ausübung eigener Staatsgewalt	1042
a. Staatenimmunität	1042
b. Deutsche Gerichtsbarkeit	1045
c. Anwendung deutschen Rechts	1048
2. Anerkennung fremder Hoheitsakte	1049
IV. Staatsangehörigkeit	1050
1. Erwerb	1050
2. Verlust	1054
3. Mehrfache Staatsangehörigkeit	1055
4. Staatenlosigkeit	1056
V. Rechtsstellung deutscher Volkszugehöriger	1057
VI. Fremdenrecht	1061
1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts	1061
2. Ausweisung und Abschiebung	1068
3. Konsularrecht	1073

NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NJW-RR = Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport; NPD = Nationaldemokratische Partei Deutschlands; NS = Nationalsozialismus; NSDAP = Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; NStZ-RR = NStZ-Rechtsprechungs-Report; NVwZ-RR = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Rechtsprechungs-Report; NZS = Neue Zeitschrift für Sozialrecht; OEG = Opferentschädigungsgesetz; OLG = Oberlandesgericht; OVG = Oberverwaltungsgericht; PDS = Partei des Demokratischen Sozialismus; PLO = Palestine Liberation Organization; PVÜ = Pariser Verbandsübereinkunft; RBÜ = Revidierte Berner Übereinkunft; RGBL = Reichsgesetzblatt; RIW = Recht der internationalen Wirtschaft; RuStAG = Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz; RVO = Reichsversicherungsordnung; RzW = Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht; SachenRBERG = Sachenrechtsbereinigungsgesetz; SDÜ = Schengener Durchführungsübereinkommen; SG = Soldatengesetz; SGB = Sozialgesetzbuch; SIS = Schengener Informationssystem; Slg. = Sammlung der Entscheidungen; StAG = Staatsangehörigkeitsgesetz; StAngRegG = Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit; StGB = Strafgesetzbuch; StiftungsG = Stiftungsgesetz; StÜ = Staatenlosenübereinkommen; StPO = Strafprozeßordnung; ThürVerf = Thüringer Verfassung; ThürVerfGH = Thüringer Verfassungsgerichtshof; UdSSR = Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken; ÜRK = Übereinkommen über die Rechte des Kindes; UNTS = United Nations Treaty Series; UNÜ = Übereinkommen über die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche; UrhG = Urhebergesetz; VBlBW = Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg; VermG = Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen; VG = Verwaltungsgericht; VGH = Verwaltungsgerichtshof; VIZ = Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht; VN = Vereinte Nationen; VwGO = Verwaltungsgerichtsordnung; WDO = Wehrdisziplinarordnung; WGSVG = Gesetz über die Wiedergutmachung von NS-Unrecht in der Sozialversicherung; WTO = World Trade Organization; WUA = Welturheberrechtsabkommen; WÜD = Wiener Übereinkommen über Diplomatische Beziehungen; WÜK = Wiener Übereinkommen über Konsularische Beziehungen; WVK = Wiener Vertragsrechtskonvention; WZG = Gesetz über Währung und Zahlungsmittel; ZAR = Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik; ZPEMRK = Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention; ZP-EuAuslÜ = Zusatzprotokoll zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen; ZPO = Zivilprozeßordnung.

VII. Asylrecht	1073
1. Politische Verfolgung	1073
2. Inländische Fluchtalternative	1078
3. Familienangehörige von Asylberechtigten	1080
4. Verfahrensfragen	1081
VIII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe	1083
1. Auslieferung	1083
2. Rechtshilfe	1088
IX. Internationaler Menschenrechtsschutz	1091
1. Europäische Menschenrechtskonvention	1091
a. Verbot der Folter (Art. 3 EMRK) als Abschiebungshindernis	1091
b. Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK)	1092
c. Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK)	1092
d. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK)	1096
e. Gedanken- Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK)	1098
f. Freiheit der Meinungsäußerung; Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 10 und 11 EMRK)	1099
g. Schutz des Eigentums (Art. 1 Erstes Zusatzprotokoll zur EMRK)	1100
h. Verfahrensfragen	1101
2. Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen	1101
3. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; Europäische Sozialcharta	1103
4. Übereinkommen über die Rechte des Kindes	1105
5. Genfer Flüchtlingskonvention	1105
X. Internationale Organisationen	1107
1. Schutz von Hoheitszeichen	1107
2. Durchführung von Rechtsakten Internationaler Organisationen	1108
XI. Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen	1110
XII. Europäische Gemeinschaften	1112
1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht	1112
2. Freier Warenverkehr	1115
3. Freizügigkeit der Arbeitnehmer	1117
4. Niederlassungsfreiheit	1119
5. Dienstleistungsfreiheit	1120
6. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften – Türkei	1121
7. Vorabentscheidungsverfahren	1123
XIII. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung	1125
1. Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts	1125
a. Pauschalentschädigungsabkommen	1125
b. Politische Verfolgung	1127
c. Zwangs- und Ostarbeiter	1129
2. Wiedervereinigung	1132
a. Rechtsnachfolge	1132
b. Strafrecht	1133
c. Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit	1134
d. Regelung von Vermögensfragen	1136

Survey

I. International and Municipal Law	1032
II. International Treaties	1035
1. Further Development and Amendment	1035
2. Protection of Intellectual Property	1041
III. Effects and Limits of State Sovereignty	1042
1. Limits as to the Exercise of Jurisdiction	1042
a. State Immunity	1042

b. Jurisdiction of German Courts	1045
c. Application of German Law	1048
2. Recognition of Foreign Sovereign Acts	1049
IV. Nationality	1050
1. Acquisition of Nationality	1050
2. Loss of Nationality	1054
3. Multiple Nationality	1055
4. Statelessness	1056
V. Legal Status of Persons with German Ethnic Origin	1057
VI. Legal Status of Foreigners	1061
1. General Aspects of Entry and Residence	1061
2. Expulsion and Deportation	1068
3. Consular Law	1073
VII. Asylum Law	1073
1. Political Persecution	1073
2. Alternative Internal Refuge in the State of Persecution	1078
3. Family Members of Refugees	1080
4. Procedural Questions	1081
VIII. Extradition and other Forms of International Legal Cooperation	1083
1. Extradition	1083
2. International Legal Cooperation	1088
IX. International Protection of Human Rights	1091
1. European Convention on Human Rights	1091
a. Prohibition of Torture (Art. 3 ECHR) as Obstacle to Deportation	1091
b. Right to Liberty and Security (Art. 5 ECHR)	1092
c. Right to a Fair Trial (Art. 6 para. 1 ECHR)	1092
d. Right to Respect for Private and Family Life (Art. 8 ECHR)	1096
e. Freedom of Thought, Conscience and Religion (Art. 9 ECHR)	1098
f. Freedom of Expression; Freedom of Assembly and Association (Art. 10 and 11 ECHR)	1099
g. Protection of Property (Art. 1 First Additional Protocol to the ECHR)	1100
h. Procedural Questions	1101
2. European Charter for Regional or Minority Languages	1101
3. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; European Social Charter	1103
4. Convention on the Rights of the Child	1105
5. Geneva Convention Relating to the Status of Refugees	1105
X. International Organizations	1107
1. Protection of Emblems	1107
2. Implementation of Acts of International Organizations	1108
XI. Transfer of Sovereign Powers to International Organizations	1110
XII. European Communities	1112
1. Community and Municipal Law	1112
2. Free Movement of Goods	1115
3. Free Movement of Workers	1117
4. Freedom of Establishment	1119
5. Freedom of Services	1120
6. Association Agreement EEC-Turkey	1121
7. Reference Procedure	1123
XIII. Legal Status of Germany after 1945 and Reunification of Germany	1125
1. Compensation for Damages Caused by the National-Socialist Regime	1125
a. Lump Sum Agreements	1125
b. Political Persecution	1127
c. Forced and Eastern Labourers	1129
2. Reunification	1132

a. State Succession	1132
b. Criminal Matters	1133
c. Activities for the Ministry of State Security	1134
d. Settlement of Property-Related Questions	1136

Vorbemerkung

Mit dem nachfolgenden Bericht wird die Darstellung der deutschen Rechtsprechung zu völkerrechtlichen, europarechtlichen und damit im Zusammenhang stehenden verfassungsrechtlichen Fragen fortgesetzt.¹ Wie bereits im Vorjahr wurde die Berichterstattung zur Rechtsprechung deutscher Gerichte auf dem Gebiet des Europarechts beschränkt auf einzelne Entscheidungen von besonderem Interesse, ganz verzichtet wurde hierbei auf die Darstellung von Vorlagefragen deutscher Gerichte an den EuGH.

Die erforderliche Auswahl der zu den Themenbereichen des Berichts dargestellten Entscheidungen erfolgte auch in diesem Jahr am Maßstab der Behandlung grundlegender oder neuer Fragen, wobei die Bedeutung der Entscheidung für das nationale Recht sowie für das Verhältnis von nationalem Recht und Völkerrecht zur Orientierung herangezogen wurde.

Besonders hingewiesen sei auf die Entscheidungen des BVerfG zur Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge und dem Erfordernis einer Zustimmung des Bundestags nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1, 24 Abs. 2 GG [5], zur Gewährleistung des Grundrechtsschutzes gegenüber Akten aller zwischenstaatlichen Einrichtungen i.S.d. Art. 24 Abs. 1 GG [70] sowie zur Verletzung des Grundrechts aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG durch, u.a., die Beantwortung einer gemeinschaftsrechtlichen Frage allein nach nationalen Maßstäben ohne erkennbare Orientierung an Gemeinschaftsrecht und -rechtsprechung [80]. Aus der Rechtsprechung des BGH hervorzuheben ist das Urteil zur Reichweite des deutschen Strafrechts nach § 6 Nr. 9 StGB bei Auslandstaten [9] sowie zum Kreis der nach der IV. Genfer Konvention geschützten Personen und zum Folterbegriff [67]. Weiterhin von besonderem Interesse ist das Urteil des BGH zu den durch den Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK festgelegten rechtlichen Grenzen der zulässigen Tatprovokation [54]. Auch auf die Entscheidungen des BVerwG zur politischen Verfolgung durch eine Bürgerkriegspartei [34] und [35] sowie zur Zumutbarkeit des Verweises eines Asylbewerbers auf eine inländische Fluchtalternative [38] sei besonders hingewiesen. Mit vergleichsweise neuen Fragestellungen befaßt sich der Beschluß des OLG Frankfurt a.M. zum Einfluß von Entscheidungen eines Streit-schlichtungs-Panels oder des Appellate Body der WTO auf die Gewährung von Rechtshilfe [50].

¹ Der Bericht wurde im November 2002 abgeschlossen und schließt an an C. Stahn, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 2000, ZaöRV 62 (2002), 477; zu den Vorjahren siehe Anm. 2 des Berichts von C. Stahn.

I. Völkerrecht und innerstaatliches Recht

1. Nach einem Kammerbeschluß des BVerfG vom 14.3.2001 (1 BvR 1931/96 – NJOZ 2001, 2151) liegt bei einer Differenzierung von ausländischen Staatsangehörigen gegenüber Deutschen nach dem Merkmal der völkerrechtlichen Gegenseitigkeitsverbürgung kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war die Versagung von Leistungen nach dem Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten (OEG) an eine jugoslawische Staatsangehörige, die 1990 in Deutschland Opfer eines Vergewaltigungsversuchs geworden war, mit der Begründung, es sei kein Entschädigungstatbestand gegeben, insbesondere fehle es im Verhältnis zu Jugoslawien an der Gegenseitigkeit. Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG sei nicht ersichtlich. Bezüglich der Ungleichbehandlung gegenüber Deutschen habe das BVerfG bereits wiederholt entschieden, daß bei einer Differenzierung nach dem Merkmal der Gegenseitigkeitsverbürgung nicht an die bloße Eigenschaft als Ausländer angeknüpft, sondern vielmehr innerhalb der Gruppe "Ausländer" nach dem Fehlen oder Vorhandensein der Gegenseitigkeit unterschieden werde. Als Erscheinungsform des völkerrechtlichen Gegenseitigkeitsprinzips diene die Gegenseitigkeitsverbürgung der Wahrnehmung eigener staatlicher Belange gegenüber anderen Staaten mit dem Zweck, die Rechtsstellung deutscher Staatsangehöriger im Ausland zu verbessern oder zu festigen. Hierbei handle es sich um ein legitimes und sachgerechtes Anliegen des Gesetzgebers. Die Gegenseitigkeitsverbürgung könne auch nicht als ein zur Zweckerreichung völlig ungeeignetes Mittel bezeichnet werden. Die Bemühungen um Gegenseitigkeit seien nicht erfolglos geblieben wie Unterzeichnung eines entsprechenden Übereinkommens durch die Mitgliedstaaten des Europarates² zeige. Ebenfalls verletze die Ungleichbehandlung gegenüber Angehörigen eines EG-Mitgliedstaates Art. 3 Abs. 1 GG nicht. Die Zugehörigkeit zu einem Mitgliedstaat der EG stelle ein sachgerechtes Differenzierungsmerkmal dar. Die Bundesrepublik Deutschland habe als deren Mitglied das primäre Gemeinschaftsrecht und damit auch das Diskriminierungsverbot des Art. 12 Satz 1 EGV³ unmittelbar anzuwenden. Dem trage § 1 Abs. 4 Nr. 1 OEG Rechnung.

2. In einem Kammerbeschluß vom 14.8.2001 (2 BvR 1140/00 – NStZ 2001, 658) befaßte sich das BVerfG mit den Maßnahmen der deutschen Bundesregierung und 13 weiterer Staaten gegenüber der Republik Österreich im Zusammenhang mit der Bildung einer Koalitionsregierung unter Beteiligung der FPÖ. Bei diesen Maßnahmen handelte es sich insbesondere um ein Statement der portugiesischen Präsident-

² Europäisches Übereinkommen über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten vom 24.11.1983, ETS 116, BGBl. 1997 II, 740.

³ Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25.3.1957, BGBl. 1957 II, 766, i.d.F. des Vertrages von Amsterdam zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte vom 2.10.1997, BGBl. 1998 II, 387.

schaft der EU⁴ im Namen der 14 Mitgliedstaaten, in dem bilaterale Reaktionen auf die Regierungsbeteiligung der FPÖ angedroht worden waren. Diese waren von der deutschen Regierung in der Folge entsprechend durchgeführt worden. Der Beschwerdeführer rügte eine Verletzung seines Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip. Das BVerfG sah in den gegen Österreich gerichteten Maßnahmen jedenfalls auch Handlungen der "XIV", also der Bundesrepublik Deutschland und der 13 anderen Staaten als Völkerrechtssubjekte auf der völkerrechtlichen Ebene. Offenbleiben könne, ob die Akte der "XIV" und insbesondere die Stellungnahme der portugiesischen Präsidentschaft dem EUV⁵ unterlegen hätten. Der Beschwerdeführer sei jedenfalls durch die Maßnahmen nicht unmittelbar in Grundrechten betroffen, was auch für den Bereich der auswärtigen Gewalt Voraussetzung der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde sei. Aus den Grundrechten ergebe sich insoweit kein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch. Adressat der Akte der Bundesregierung und der anderen Staaten sei die Republik Österreich. Die behauptete Völkerrechtswidrigkeit der Maßnahmen begründe für sich genommen keine besondere Nähe des Beschwerdeführers zum Sachverhalt. Auch auf Art. 25 GG, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 10 EMRK⁶ könne die Verfassungsbeschwerde nicht gestützt werden, wobei dahinstehen könne, ob Art. 10 EMRK als regionales Völkergewohnheitsrecht i.S.d. Art. 25 GG anzusehen sei, dessen individualschützende Wirkung der Einzelne gestützt auf Art. 2 Abs. 1 GG geltend machen könne. Dies würde allenfalls die Beschwerdebefugnis österreichischer Staatsbürger als derjenigen, deren Meinungsäußerung beschnitten worden sein könnte, begründen können.

3. Mit Urteil vom 20.3.2001 (X ZR 177/98 – BGHZ 147, 137) stellte das BPatG klar, daß, wenn ein europäisches Patent mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland sowohl in einem deutschen Beschränkungsverfahren als auch im europäischen Einspruchsverfahren beschränkt wird, nur als geschützt verbleibt, was zugleich nach beiden Entscheidungen noch unter Schutz steht. Die Entscheidung des BPatG erging in einem Nichtigkeitsverfahren gegen ein Patent, das zuvor bereits Gegenstand eines bestandskräftig gewordenen Beschränkungsbeschlusses des Deutschen Patentamts und einer Änderung durch die beschränkte Aufrechterhaltung im europäischen Einspruchsverfahren gewesen war. Beide Änderungen seien für das weitere Verfahren zu beachten. Für die Entscheidung über den Einspruch folge dies ohne weiteres aus der in Art. 68 EPÜ⁷ geregelten Wirkung der in Bestandskraft erwachsenen beschränkt aufrechterhaltenden Entscheidung. Die Konkurrenz der Entscheidungen im nationalen Beschränkungsverfahren und im europäischen Einspruchsverfahren sei gesetzlich nicht geregelt. Da von einer Wirksam-

⁴ Bulletin Quotidien Europe No. 7645 (2000), 9.

⁵ Vertrag über die Europäische Union vom 7.2.1992, BGBl. 1992 II, 1523, i.d.F. des Vertrages von Amsterdam (Anm. 3).

⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, BGBl. 1952 II, 685, 953; BGBl. 1968 II, 1116, 1120; i.d.F. des Protokolls Nr. 11 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 11.5.1994, BGBl. 1995 II, 579.

⁷ Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente vom 5.10.1973, BGBl. 1976 II, 826.

keit beider Entscheidungen auszugehen sei, müßten schon zur Vermeidung der Gefahr späterer Erweiterungen durch eine weniger oder anders beschränkende zweite Entscheidung beide Beschränkungen beachtlich sein. Demnach könne als geschützt insgesamt nur das verbleiben, was zugleich nach beiden Entscheidungen noch unter Schutz stehe.

4. Das BSG unterstrich in einem Urteil vom 24.7.2001 (B 4 RA 45/99 R – Juris), daß es sich bei Bundesgesetzen zu Sozialversicherungsabkommen in der Regel um Spezialregelungen im Verhältnis zum innerstaatlichen Recht handelt, die durch ein allgemeines späteres Gesetz nicht außer Kraft gesetzt werden können. Der Kläger, ein israelischer Staatsbürger, der als Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung i.S.d. BEG anerkannt war, stritt mit der BfA über den Wert seines Rechts auf Regelaltersrente. Im einzelnen ging es um die Anwendung von Art. 22 Nr. 3 des deutsch-israelischen Sozialversicherungsabkommens⁸ (DISVA), nach dem deutsche Träger bestimmte israelische Beitragszeiten zu berücksichtigen haben. Das BSG sah keinen Anhalt dafür, daß die Bundesrepublik Deutschland durch ihr Gesetzgebungsorgan mittels notwendig einseitiger innerstaatlicher Gesetzgebung diese völkerrechtliche Vertragspflicht habe obsolet werden lassen und damit völkerrechts- und verfassungswidrig habe leerlaufen lassen wollen. Art. 22 Nr. 3 DISVA sei vielmehr vertragsgetreu bei der Feststellung der durch Anrechnungszeiten erworbenen Rangstellenwerte auch innerhalb der neuen Regeln der §§ 71-74 SGB VI zu befolgen. Somit seien die nach Art. 22 Nr. 3 DISVA nur für den Rangstellenwert von Ausfallzeiten der deutschen Pflichtbeitragszeiten gleichgestellten israelischen Versicherungszeiten keine Beitragszeiten i.S. der §§ 71-73 SGB VI. Andernfalls würde der Durchschnittswert aus deutschen Beitragszeiten abkommenswidrig zum Nachteil der von Art. 22 Nr. 3 DISVA Begünstigten gesenkt. Eine vertragsgetreue Anwendung des Art. 22 Nr. 3 DISVA könne nur dadurch erfolgen, daß die israelischen Zeiten zeitgleich gelagerte Versicherungslücken im deutschen Versicherungsverlauf schließen und insoweit die Anzahl der belegbaren Kalendermonate verringern würden. Die These, Art. 22 Nr. 3 DISVA sei mit Inkrafttreten des SGB VI zum 1.1.1992 obsolet geworden, lasse sich auch nicht mit dem Hinweis halten, das SGB VI sei gegenüber den Gesetzen zum DISVA und zum Änderungsabkommen das spätere Gesetz (*lex posterior*). Schon § 30 Abs. 2 SGB I, § 6 SGB IV und § 104 Abs. 3 SGB VI wiesen, indem sie für den Bereich des Sozialrechts des SGB den Anwendungsvorrang über- und zwischenstaatlichen Rechts betonten, in eine andere Richtung, auch wenn sie als dem Range nach einfache Bundesgesetze ebenso wie die Vertragsgesetze zu Sozialversicherungsabkommen einer (grundsätzlich) jederzeitigen Abänderbarkeit durch ein späteres Parlamentsgesetz unterliegen würden, da die *lex posterior*-Regel alle ranggleichen Gesetze mit gleichem (zeitlichen, örtlichen, persönlichen und sachlichen) Geltungsbereich erfasse. Art. 22 Nr. 3 DISVA enthalte aber als Bestandteil des Gesetzes zum DISVA und zum Ände-

⁸ Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Staat Israel über die Soziale Sicherheit vom 17.12.1973, BGBl. 1975 II, 246, 443; geändert durch Abkommen vom 7.1.1986, BGBl. 1986 II, 863, 1099; Zusatzabkommen vom 12.2.1995, BGBl. 1996 II, 298.

rungsabkommen eine *lex specialis*, während die §§ 71-74 SGB VI nur allgemeine Vorschriften über den Rangstellenwert beitragsfreier Zeiten enthielten. Ein allgemeines späteres Gesetz könne (ohne eine seine Allgemeinheit aufhebende spezielle Norm) ein früheres Gesetz nicht außer Kraft setzen. Bei Bundesgesetzen zu Sozialversicherungsabkommen handle es sich aber in der Regel um Spezialregelungen im Verhältnis zum innerstaatlichen Recht. Die Praxis der BfA verstoße zudem gegen die allgemeine Regel des Völkerrechts, daß völkerrechtliche Verträge einzuhalten seien (*pacta sunt servanda*). Diese habe Vorrang vor allen Bundesgesetzen und sei ein Pflichten begründender Bestandteil des Bundesrechts (Art. 25 GG). Das DISVA und das Änderungsabkommen seien völkerrechtlich wirksam, die jeweiligen Vertragsgesetze innerstaatlich gültig. Zwar könne der Bundestag gültige Gesetze erlassen, die mit gültigen völkerrechtlichen Verträgen unvereinbar seien. Ein Gesetz dürfe aber nur dann i.S. eines solchen Vertragsbruchs ausgelegt und angewandt werden, wenn ein dem Gebot der vertragsfreundlichen Auslegung genügendes Verständnis schlechthin ausgeschlossen sei. Folglich habe die BfA israelische Zeiten nach Art. 22 Nr. 3 DISVA berücksichtigen müssen.

II. Völkerrechtliche Verträge

1. Fortentwicklung und Änderung

5. Mit Urteil vom 22.11.2001 (2 BvE 6/99 – BVerfGE 104, 126) stellte das BVerfG klar, daß die Fortentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit i.S.d. Art. 24 Abs. 2 GG, die keine Vertragsänderung ist, keiner gesonderten Zustimmung des Bundestages bedarf, daß die Zustimmung der Bundesregierung zur Fortentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit aber nicht die durch das Zustimmungsgesetz bestehende Ermächtigung und deren verfassungsrechtlichen Rahmen gemäß Art. 24 Abs. 2 GG überschreiten darf.

In einem Organstreitverfahren hatte die Fraktion der PDS im Deutschen Bundestag beantragt festzustellen, daß die Bundesregierung mit ihrer Zustimmung zu den Beschlüssen über das neue strategische Konzept der NATO⁹ auf der Gipfelkonferenz der Staats- und Regierungschefs in Washington am 23. und 24.4.1999, ohne das verfassungsmäßig vorgeschriebene Zustimmungsverfahren beim Deutschen Bundestag einzuleiten, gegen Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG verstoßen und damit die Rechte des Deutschen Bundestages verletzt habe. Die Antragstellerin trug vor, daß das von der Bundesregierung am 23. und 24.4.1999 mitbeschlossene neue strategische Konzept der NATO, insbesondere dessen Bestimmungen zu den Voraus-

⁹ The Alliance's Strategic Concept, Approved by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Washington D.C. on 23/24.4.1999, NATO Press Release NAC-S(99)65 vom 24.4.1999, verfügbar unter <http://www.nato.int/docu/pr/1999/p99-065e.htm>; sowie A. Cragg, A New Strategic Concept for a New Era, 47-2 NATO Review (1999), 19.

setzungen, unter denen Militäreinsätze der NATO möglich sind, auch wenn es sich nicht um einen Fall kollektiver Verteidigung i.S.d. Art. 5 *_{Ref25728632}NATO-Vertrag^{10*_{Ref25728632} handelt, eine so erhebliche inhaltliche Änderung des NATO-Vertrags darstelle, daß eine Zustimmung des Bundestags in Gestalt eines Bundesgesetzes gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG hierfür erforderlich gewesen wäre. Das Zustimmungsgesetz vom 24.3.1955 zum ursprünglichen NATO-Vertrag umfasse nicht die neuen Aufgaben, die der NATO mit den Beschlüssen der Gipfelkonferenz 1999 übertragen worden seien. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG müsse auch auf solche zwischenstaatliche Vereinbarungen Anwendung finden, die nicht in der äußeren Form eines völkerrechtlichen Vertrags oder einer ausdrücklichen Vertragsänderung beschlossen worden seien, aber gleichwohl für die Vertragsparteien Auswirkung von vergleichbarem Gewicht und vergleichbarer Intensität zeitigten.}

Das BVerfG wies den Antrag als zulässig aber unbegründet ab. Die Bundesregierung sei nicht verpflichtet gewesen, ein Zustimmungsverfahren zum neuen strategischen Konzept 1999 nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1, Art. 24 Abs. 2 GG einzuleiten. Der Beschluß über das neue strategische Konzept 1999 der NATO sei kein Vertrag, der die politischen Beziehungen des Bundes regle. Er finde vielmehr seine Rechtsgrundlage im NATO-Vertrag, dem die für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften im Verfahren nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1, Art. 24 Abs. 2 GG zugestimmt hätten. Der Beschluß lasse weder einen Willen der Mitglieder erkennen, den bestehenden Vertrag förmlich abzuändern, noch sei der Inhalt des Beschlusses als objektive Änderung des bestehenden Vertragswerks anzusehen. Es sei in der internationalen wie in der nationalen Rechtsprechung anerkannt, daß ein Organakt einer internationalen Organisation zugleich einen Vertrag zwischen zwei oder mehr Mitgliedern der Organisation darstellen könne. Ob ein Dokument des internationalen Verkehrs ein völkerrechtlicher Vertrag sei, sei aus den Umständen zu schließen. Bezeichnung und Form der Annahme seien nicht maßgeblich. Auch ein Vertragsänderungsvertrag könne konkludent abgeschlossen werden. Das Fehlen einer Ratifikationsklausel sei aber Indiz gegen den Vertragscharakter, wenn auch hieraus allein nicht zwingend geschlossen werden könne, daß es an einem völkerrechtlichen Vertragsschluß fehle. Völkerrechtlich könne ein Staat vertragliche Verpflichtungen auch durch den Außenminister und andere typischerweise für die Außenrepräsentanz eines Staates zuständige Mitglieder der Exekutive eingehen, Art. 7 WVK¹¹. Die Staaten seien darin frei, wie sie die Zustimmung, durch einen Vertrag gebunden sein zu wollen, zum Ausdruck bringen, Art. 11 WVK. Ratifikation durch das Parlament sei nur eine der völkerrechtlich zur Wahl stehenden Zustimmungformen, Art. 14 WVK. Strengere, insbesondere an den Inhalt des Vertrags anknüpfende Anforderungen könnten sich insoweit allerdings aus nationalem Verfassungsrecht ergeben, wie dies etwa für die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG der Fall sei. Auch die gesamten Umstände der Annahme des neuen strategischen Konzepts 1999 ließen aber nicht auf einen rechtlichen Bin-

¹⁰ Nordatlantikvertrag vom 4.4.1949, i.d.F. vom 17.10.1951, BGBl. 1955 II, 256, 289, 293.

¹¹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl. 1985 II, 926.

dungswillen der Parteien schließen. Zwar spreche für einen solchen Bindungswillen die allseits hervorgehobene besondere Bedeutung des neuen strategischen Konzepts für die längerfristige Ausrichtung der NATO. Allein aus dem insoweit hochpolitischen Gegenstand des neuen strategischen Konzepts könne aber nicht auf einen Vertragsänderungswillen geschlossen werden. Das neue strategische Konzept sei ein Konsenspapier, in dem die neuen Aufgaben und Instrumente der NATO nur in allgemeiner Form beschrieben würden. Gegen die Vertragsnatur spreche vor allem der Wortlaut des neuen strategischen Konzepts, dessen Text weitgehend aus Schilderungen und Analysen der aktuellen politischen Lage im euro-atlantischen Raum und der neuen Gefahren, die sich daraus ergeben, sowie aus Absichtserklärungen bestehe, die zu allgemein gehalten seien, um aus dem Konzept als solchem vertragliche Verpflichtungen herzuleiten. Auch der Inhalt der Beschlüsse sei mangels objektiver Hinweise auf einen Abänderungswillen der Parteien nicht als konkludente Vertragsänderung anzusehen. Auf einen solchen könne geschlossen werden, wenn sich Festlegungen des strategischen Konzepts 1999 in einen nicht überwindbaren und deutlich erkennbaren Widerspruch zu dem im Vertrag definierten Einsatzbereich setzten, oder eine Erweiterung des Vertrages über den bisherigen Rahmen enthielten. Ohne Anhaltspunkte für einen entsprechenden subjektiven Bindungs- und Änderungswillen müsse der Widerspruch zum bestehenden Vertrag aber hinreichend deutlich im Beschluß zutage treten, um das Verfahren nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG auszulösen. Dies sei vorliegend aber nicht der Fall. Es handele sich insbesondere bei der Frage der Erweiterung des sicherheitspolitischen Ansatzes des Bündnisses auf Krisenreaktionseinsätze noch um eine Fortentwicklung des NATO-Vertrags, die sich jedenfalls nicht mit der für die Annahme eines konkludenten Vertragsänderungswillens nötigen Gewißheit als Widerspruch zum bestehenden Vertragsinhalt oder als dessen Erweiterung deuten lasse. Das neue strategische Konzept 1999 lasse die kollektive Verteidigungsfunktion des Bündnisses vielmehr unberührt und schreibe den in der Präambel des Vertrags niedergelegten Sicherheits- und Friedensauftrag des Bündnisses im Hinblick auf eine grundlegend neue Sicherheitslage fort. Ziel und Zweck der NATO sei weiterhin die Abwehr bzw. die Abschreckung einer Aggression seitens eines dritten Staates.

Eine bedeutsame, im Vertrag nicht implizierte Erweiterung der Aufgabenstellung finde sich allerdings in der Möglichkeit sogenannter Krisenreaktionseinsätze. Die der NATO nach dem neuen strategischen Konzept 1999 zukommenden Krisenreaktionsfähigkeiten stellten eine Funktion regionaler Sicherheit i.S. von Kapitel VIII VN-Charta¹² dar, da sie Einsätze außerhalb des Bündnisgebiets vorsähen. Zentraler Begriff sei insoweit die Umschreibung eines "nicht unter Art. 5 (NATO-Vertrag) fallenden Krisenreaktionseinsatzes", also eines Einsatzes, der keinen Angriff auf das Territorium eines Vertragsstaats voraussetze. Bei der Krisenreaktion in diesem Sinne handele es sich entsprechend der Struktur der NATO als eines primär militärischen Bündnisses um militärische Aktivitäten zur Krisenbewältigung. Das

¹² Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945, i.d.F. vom 20.12.1965, BGBl. 1973 II, 430, 505, BGBl. 1974 II, 769, 1397, BGBl. 1980 II, 1252.

neue strategische Konzept 1999 sei gegenüber dem aus dem Jahre 1991, in dem noch Absichtserklärungen dominiert hätten, gerade in den hier interessierenden Teilen wesentlich verdichtet. Insbesondere die maßgeblichen Aussagen zu den nicht unter Art. 5 NATO-Vertrag fallenden Aufgaben würden nicht mehr nur als Teil der sicherheitspolitischen Analyse, sondern auch als Teil des Sicherheitsansatzes des Bündnisses behandelt. Der Begriff des Krisenreaktionseinsatzes sei tatbestandlich ausgeformt in Teil III Nr. 31 ff. des Washingtoner Beschlusses¹³: Wenn sich ein Konflikt krisenhaft so zugespitzt habe, daß präventives Vorgehen nicht mehr erfolgversprechend erscheine, könne der Rat gegebenenfalls in Kooperation mit den befaßten internationalen Organisationen tätig werden und hierfür auf eine Reihe von Handlungsinstrumenten zurückgreifen, welche die nicht unter Art. 5 NATO-Vertrag fallenden Krisenreaktionseinsätze militärischer Natur einschließen. Der Einsatz habe in Übereinstimmung mit dem jeweils anwendbaren Völkerrecht zu erfolgen. Hierdurch würden die seit 1994 entwickelten Verfahren verallgemeinert. Der Bestimmung der Kernfunktion des Bündnisses schließe sich nicht, wie noch im Konzept 1991, eine Klausel an, wonach die Mitgliedstaaten mit der Formulierung dieser Kernfunktion bestätigten, „daß der Wirkungsbereich des Bündnisses, wie auch ihre Rechte und Pflichten aus dem NATO-Vertrag unverändert bleiben“. Aus alledem könne jedoch nicht geschlossen werden, daß eine objektive Änderung des NATO-Vertrags vorliege. Die getroffenen Inhaltsbestimmungen ließen sich noch als Fortentwicklung und Konkretisierung der offen formulierten Bestimmungen des NATO-Vertrags verstehen. Der Nordatlantikrat erkläre ausdrücklich, daß Zweck und Wesen des Bündnisses unverändert blieben. Die Dichte der vertraglichen Verpflichtungen sei im Bereich der Krisenreaktion geringer ausgeprägt. Die Mitgliedstaaten koordinierten ihre Maßnahmen „von Fall zu Fall“ aufgrund von Konsultationen nach Art. 4 NATO-Vertrag. Eine Pflicht zur kollektiven Reaktion sei im Gegensatz zur kollektiven Verteidigung gemäß Art. 5 NATO-Vertrag nicht vorgesehen. Der Primat der Politik sowie der Mechanismus konsensualer Willensbildung im Nordatlantikrat über die Feststellung der Voraussetzungen, die Festsetzung und den Vollzug einer Maßnahme würden auch und gerade für diese neue Funktion der NATO gelten. Die Mitgliedstaaten handelten dabei auf der Grundlage des jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts. Dem entspreche es, daß die Bundesregierung einer Beteiligung Deutschlands an Krisenreaktionseinsätzen im Rat unter dem Vorbehalt vorheriger konstitutiver Zustimmung des Bundestages zustimme.

Das Bündnis habe bereits mehrfach auf gravierende Änderungen der politischen Situation reagiert, ohne den Vertrag förmlich zu ändern. Der NATO-Vertrag sei insoweit entwicklungs offen. Eine solche Elastizität im Hinblick auf die Fortentwicklung des dem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit zugrundeliegenden Vertrags sei auch erforderlich, um das Bündnis seinen Zielen entsprechend leistungs- und anpassungsfähig zu halten. Die Auslegung des Art. 59 Abs. 2 Satz 1

¹³ Siehe Anm. 9.

GG habe auf diese besonderen Erfordernisse eines von Art. 24 Abs. 2 GG ausdrücklich gewollten Sicherheitssystems Rücksicht zu nehmen und dürfe deshalb nicht bereits bei einer, wenn auch erheblichen, Fortentwicklung des Vertrags durch die Organe des Sicherheitssystems einen hinreichend deutlich erkennbaren Widerspruch zum Vertrag annehmen, der auf einen konkludent zum Ausdruck gebrachten Vertragsänderungswillen schließen ließe.

Die nicht als Vertragsänderung erfolgende Fortentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit i.S.d. Art. 24 Abs. 2 GG bedürfe keiner gesonderten Zustimmung des Bundestags. Es könne dahinstehen, ob und welche völkerrechtlichen Bindungen für die Bundesrepublik Deutschland durch die Zustimmung zum neuen strategischen Konzepts 1999 unterhalb des Vertragsschlusses entstanden seien. In Betracht kämen bei entsprechender Interpretation des neuen strategischen Konzept 1999 verbindliche Konkretisierungen des Vertragsinhalts durch die dazu berufenen Organe der NATO oder eine authentische Interpretation des NATO-Vertrags durch die Vertragsparteien, aber auch die außervertragliche gemeinsame Verstärkung einer völkerrechtlichen Übung. Ungeachtet der Frage, ob eine solche Vertragsfortbildung durch Organakt oder sonstiges völkerrechtlich rechtserhebliches Handeln vom Integrationsprogramm des NATO-Vertrags und des Grundgesetzes gedeckt sei, bestehe jedenfalls keine Pflicht der Bundesregierung aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG, in bezug auf solche völkerrechtlichen Handlungsformen ein Gesetzgebungsverfahren einzuleiten oder die Zustimmung des Bundestages einzuholen. Die Konkretisierung des Vertrags, die Ausfüllung des mit ihm niedergelegten Integrationsprogrammes, sei Aufgabe der Bundesregierung, der das Grundgesetz in Anknüpfung an die traditionelle Staatsauffassung der Regierung im Bereich auswärtiger Politik einen weit bemessenen Spielraum zu eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung überlassen habe. Eine erweiternde Auslegung von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG und Anwendung auf die Beteiligung der Bundesregierung an nichtförmlichen Fortentwicklungen der Vertragsgrundlage eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit würde nicht nur Rechtsunsicherheit hervorrufen und die Steuerungswirkung des Zustimmungsgesetzes in Frage stellen, sondern auch die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung ungerechtfertigt beschneiden und auf eine nicht funktionsgerechte Teilung der Staatsgewalt hinauslaufen. Es bestehe zwar die Gefahr, daß durch rechtserhebliches Handeln unterhalb der förmlichen Vertragsänderung eine allmähliche Inhaltsveränderung des Vertrages eintrete. Aber der Bundestag sei gegenüber einer – reversiblen – Veränderung der Vertragsgrundlage und damit des Zustimmungsgesetzes nicht schutzlos. Er verfüge über ausreichende Instrumente für die politische Kontrolle der Bundesregierung und das Budgetrecht. Darüber hinaus sei wegen des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts jeder Einsatz der Bundeswehr im Rahmen der NATO sowohl zur kollektiven Verteidigung als auch zur Krisenreaktion von der Zustimmung des Bundestages abhängig, so daß auch im Hinblick darauf die Bundesregierung bei der Fortentwicklung des Einsatzbereichs der NATO und damit der völkervertraglichen Grundlage für Auslandseinsätze der Bundeswehr vorsorglich um die politische Unterstützung des Bundestages nachsu-

chen werde. Dies sei auch im Falle des neuen strategischen Konzepts 1999 geschehen.

Die verfassungswidrige Überschreitung des weit bemessenen Gestaltungsspielraums der Bundesregierung, insbesondere die Überschreitung des im Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag enthaltenen Integrationsprogramms, könne zwar von einer Parlamentsminderheit im Organstreitverfahren vor dem BVerfG gerügt werden, mit der Zustimmung zum neuen strategischen Konzept 1999 habe die Bundesregierung aber nicht die durch das Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag bestehende Ermächtigung und deren verfassungsrechtlichen Rahmen gemäß Art. 24 Abs. 2 GG überschritten. Mit dem Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag werde das Integrationsprogramm dieses Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit festgelegt und Bundestag und Bundesrat übernehmen gegenüber dem Bürger dafür die politische Verantwortung nach Art. 20 Abs. 2 GG. Die rechtliche und politische Verantwortung des Parlaments erschöpfe sich nicht in einem einmaligen Zustimmungsakt, sondern erstrecke sich auch auf den weiteren Vertragsvollzug. Innerstaatlich enthalte die Zustimmung zu dem Vertrag die Ermächtigung der Regierung, diesen Vertrag in den Formen des Völkerrechts fortzuentwickeln. Der Bundestag werde aber in seinem Recht auf Teilhabe an der Auswärtigen Gewalt verletzt, wenn die Bundesregierung die Fortentwicklung der NATO jenseits der ihr erteilten Ermächtigung – *ultra vires* – betreibe. Gerade im Falle von Sicherheitssystemen i.S.d. Art. 24 Abs. 2, wie auch von Integrationssystemen nach Art. 23 und Art. 24 Abs. 1 GG, sei es Aufgabe der institutionell legitimierten Regierung, die Rechte der Bundesrepublik, die sich aus der Mitgliedschaft auf der völkerrechtlichen Ebene ergeben, wahrzunehmen. Dazu gehöre auch die konsensuale Fortentwicklung der vertraglichen Grundlagen selbst nach Maßgabe der jeweiligen vertraglichen Regelungen. Die Bundesregierung handele aber nicht schon dann außerhalb des vom Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag gezogenen Ermächtigungsrahmens, wenn gegen einzelne Bestimmungen des NATO-Vertrags verstoßen werde. Das BVerfG könne auf Antrag des Bundestages eine Überschreitung des gesetzlichen Ermächtigungsrahmens nur dann feststellen, wenn die konsensuale Fortentwicklung des NATO-Vertrags gegen wesentliche Strukturentscheidungen des Vertragswerkes verstoße. Eine solche Überschreitung des im Zustimmungsgesetz festgestellten Integrationsprogramms des NATO-Vertrags durch das neue strategische Konzept 1999 lasse sich sowohl im Hinblick auf die Entwicklung offen formulierter Bestimmungen des NATO-Vertrags als auch im Hinblick auf die weite Gestaltungsfreiheit der Bundesregierung bei der Ausfüllung des Integrationsrahmens nicht feststellen. Dies betreffe auch die Frage, ob der militärische Einsatz der NATO auch außerhalb der durch Art. 5 NATO-Vertrag erfaßten Fälle erlaubt sei. Der NATO-Vertrag sei in Übereinstimmung mit den Zielen der Vereinten Nationen nach seinem Gesamtkonzept ersichtlich auf umfassende regionale Friedenssicherung im europäischen und nordamerikanischen Raum gerichtet. Wenn sich das Erscheinungsbild möglicher Friedensbedrohungen ändere, lasse der Vertrag Spielraum für anpassende Entwicklungen auch in Bezug auf den konkreten Einsatzbereich und Zweck, soweit und solange der grundlegende Auftrag zur Frie-

denssicherung in der Region nicht verfehlt werde. Die Krisenreaktionseinsätze stellten insoweit keine grundlegend neue Einsatzart dar. Aus dem Inhalt des neuen strategischen Konzepts 1999 gehe auch nicht hervor, daß das Nordatlantische Bündnis seine Bindung an die Ziele der Vereinten Nationen und die Beachtung ihrer Satzung aufgeben wolle.

Schließlich verlasse die mit der Zustimmung zum neuen strategischen Konzept 1999 eingeleitete und bekräftigte Fortentwicklung des NATO-Vertrags nicht die durch Art. 24 Abs. 2 GG festgelegte Zweckbestimmung des Bündnisses zur Friedenswahrung. Die im Konzept konkretisierten Einsatzvoraussetzungen der NATO-Streitkräfte sollten ausdrücklich nur in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht erfolgen. Die Konkretisierung sowohl der Art. 5 NATO-Vertrag Einsätze zur Verteidigung des Bündnisgebietes als auch der nicht unter Art. 5 NATO-Vertrag fallenden Einsätze (Krisenreaktionseinsätze) lasse keine machtpolitisch oder gar aggressiv motivierte Friedensstörungsabsicht erkennen. In der Gewichtung der verschiedenen Instrumente des Sicherheitsansatzes wie auch in seinem Beitrag zum Prozeß der Völkerrechtsentwicklung sei das Konzept ein entwicklungsoffenes Dokument, das im weiteren von den Mitgliedstaaten zu konkretisieren sei.

2. Schutz geistigen Eigentums

6. Der BGH entschied mit Urteil vom 29.3.2001 (I ZR 182/98 – BGHZ 147, 178), daß der durch das Ausscheiden Estlands aus der Sowjetunion und die damit verbundene Beendigung der Mitgliedschaft im Welturheberrechtsabkommen¹⁴ (WUA) unterbrochene urheberrechtliche Schutz von Werken estnischer Urheber, die während der Zugehörigkeit Estlands zur UdSSR in Deutschland nach § 121 Abs. 4 Satz 1 UrhG i.V.m. Art. II Abs. 2 WUA geschützt waren, 1994 durch den Beitritt Estlands zur Revidierten Berner Übereinkunft¹⁵ (RBÜ) wiederaufgelebt ist. Die Kläger, Erben eines im Jahr 2000 verstorbenen estnischen Komponisten stritten mit der Beklagten, einer deutschen Musikverlegerin, über das Bestehen von Verlagsrechten an Kompositionen, die noch zur Zeit des Bestehens der Sowjetunion und der Zugehörigkeit der estnischen SSR zur UdSSR geschaffen worden waren und über die die Beklagte einen Generalvertrag mit der staatlichen sowjetischen Urheberrechtsorganisation abgeschlossen hatte. Obwohl die Sowjetunion seit 1973 Mitglied des WUA gewesen sei, sei für Estland, so der BGH, nach dem Wiedererlangen der Unabhängigkeit im Jahre 1991 eine Mitgliedschaft nicht begründet worden. Anders als andere ehemals der UdSSR angehörende Staaten, die ihren Verbleib im WUA gesondert erklärt hätten, wodurch eine Kontinuität der Mitgliedschaft

¹⁴ Welturheberrechtsabkommen vom 6.9.1952, BGBl. 1955 II, 102, revidiert in Paris am 24.7.1971, BGBl. 1973 II, 1069, 1111.

¹⁵ Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9.9.1886, RGBl. 1887, 493, zuletzt revidiert in Paris am 24.7.1971, BGBl. 1973 II, 1071, geändert durch Beschluß vom 2.10.1979, BGBl. 1985 II, 81.

gewährleistet erscheine, habe Estland keine solche Erklärung abgegeben. Unter diesen Umständen könne der Schutz der Werke estnischer Urheber nicht auf die Erwartung gestützt werden, Estland werde künftig dem WUA beitreten. Im Streitfall komme es auf eine künftige Mitgliedschaft Estlands im WUA auch nicht an, denn Estland sei seit 26.10.1994 Mitglied der Pariser Fassung der Revidierten Berner Übereinkunft. Ungeachtet eines früheren, über das WUA vermittelten Schutzes seien die Werke estnischer Urheber deshalb jedenfalls seither in Deutschland ebenso geschützt wie die Werke inländischer Urheber. Dies gelte nicht nur für neu geschaffene Werke, sondern rückwirkend auch für die Werke, deren Schutzdauer in Estland im Zeitpunkt des Beitritts noch nicht abgelaufen gewesen sei. Die Beklagte habe die Verlagsrechte an den in Rede stehenden Werken wirksam erworben. Das zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Jahre 1978 in der Sowjetunion geltende Außenhandelsmonopol müsse grundsätzlich aufgrund völkerrechtlicher Verträge¹⁶ auch in Deutschland beachtet werden. Der Wirksamkeit der Verfügungen der staatlichen sowjetischen Urheberrechtsorganisation stünde auch nicht der deutsche *ordre public* entgegen, zumal eine Anwendung von Art. 6 EGBGB hier mit der völkerrechtlichen Verpflichtung zur Beachtung des Außenhandelsmonopols nicht ohne weiteres vereinbar gewesen wäre. Zwar sei nicht auszuschließen, daß Estland in der Zeit vor dem Beitritt zur Berner Union im Oktober 1994 während einer Übergangszeit keinem der beiden urheberrechtlichen Abkommen angehört habe. Auch enthalte das WUA weder für den Fall der Sezession noch für den der Dismembration eines Bundesstaates eine Übergangsregelung. Aber selbst wenn der urheberrechtliche Schutz der Werke des Klägers in Deutschland vor dem erneuten Beitritt Estlands zur Berner Union unterbrochen gewesen sei, sei das der Beklagten eingeräumte Verlagsrecht dadurch nicht endgültig erloschen. Vielmehr sei für den Fall der Unterbrechung des urheberrechtlichen Schutzes von einem Ruhen der verlagsvertraglichen Verpflichtungen und von einem Wiederaufleben des Verlagsrechts mit der erneuten Begründung des urheberrechtlichen Schutzes auszugehen.

III. Wirkungen und Grenzen staatlicher Souveränität

1. Grenzen der Ausübung eigener Staatsgewalt

a. Staatenimmunität

7. Das BAG betonte mit Urteil vom 25.10.2001 (2 AZR 501/00 – BB 2002, 787), daß ein ausländischer Staat hinsichtlich arbeitsrechtlicher Bestandsstreitigkeiten mit Konsulatsangestellten, die nach dem Inhalt ihres Arbeitsverhältnisses originär konsularische (hoheitliche) Aufgaben wahrzunehmen haben, grundsätzlich nicht

¹⁶ Vgl. insbesondere das Abkommen über Allgemeine Fragen des Handels und der Seeschifffahrt zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken vom 25.4.1958, BGBl. 1959 II, 222; siehe auch BGHZ 64, 183, 189.

der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen ist und daß dies auch für ein Arbeitsverhältnis eines Vertragsstaats des Europäischen Übereinkommens über Staatenimmunität¹⁷ (EuSIÜ) mit einer deutschen Botschafts- bzw. Konsulatsangestellten gilt.¹⁸ Die Klägerin, eine deutsche Staatsangehörige, war seit dem 2.3.1973 Angestellte des beklagten Königreichs Belgien. Ab 5.7.1991 war sie im Kölner Büro der belgischen Botschaft in Bonn tätig. Dort war sie, auch nach dem Inkrafttreten des Schengener Abkommens¹⁹, befugt, in der Visumabteilung des Büros Visa zu unterzeichnen. Außerdem war sie in der Liste der Unterschriftsbefugten aufgeführt, und ihr blieb der Dienststempel der Botschaft überlassen. Nachdem ihr gekündigt worden war, stritten die Parteien vor dem BAG darüber, ob für eine Klage der Klägerin gegen die Kündigung die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben war. Das BAG entschied, daß nach § 20 Abs. 2 GVG die deutsche Gerichtsbarkeit nicht gegeben sei. Nach Art. 5 Abs. 1 EuSIÜ könne zwar ein Vertragsstaat vor einem Gericht eines anderen Vertragsstaats keine Immunität von der Gerichtsbarkeit beanspruchen, wenn das Verfahren einen zwischen dem Staat und einer natürlichen Person geschlossenen Arbeitsvertrag betreffe und die Arbeit im Gerichtsstaat zu leisten sei. Jedoch berühre das EuSIÜ nach Art. 32 EuSIÜ nicht die Vorrechte und Immunitäten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Aufgaben der diplomatischen Missionen und der konsularischen Vertretungen sowie der diesen angehörenden Personen. Dies stelle klar, daß das Übereinkommen die diplomatische und konsularische Immunität weder mittelbar noch unmittelbar beeinträchtigen solle. Im Falle eines Widerspruchs zwischen dem Übereinkommen und den Bestimmungen der Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen²⁰ (WÜD) und über konsularische Beziehungen²¹ (WÜK) sollten letztere den Vorrang haben. Auch ein Vertragsstaat des EuSIÜ könne deshalb bei einem Rechtsstreit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einer Angestellten seiner Botschaft bzw. seines Konsulats nach dem WÜK und den allgemeinen Regeln des Völkerrechts in weiterem Umfang Immunität beanspruchen als bei einem sonstigen Arbeitnehmer, für den nur Art. 5 EuSIÜ gelte. Insbesondere gelte der allgemeine völkerrechtliche Grundsatz *ne impediatur legatio*, der auch im WÜK verankert sei. Nach dessen Art. 71 Abs. 2 dürfe der Empfangsstaat über andere Mitglieder der konsularischen Vertretung, etwa wenn sie Angehörige seines Staates seien, seine Hoheitsgewalt nur so

¹⁷ Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität vom 16.5.1972, ETS 74, BGBl. 1990 II, 34.

¹⁸ Zur fehlenden deutschen Gerichtsbarkeit für die Kündigungsschutzklage einer deutschen, mit der Ausübung hoheitlicher Aufgaben betrauten Botschaftsangehörigen der Vereinigten Staaten von Amerika siehe LAG Berlin, Urteil vom 4.7.2001 (13 Sa 131/01 – MDR 2001, 1421).

¹⁹ Übereinkommen 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 14.6.1985, GMBL 1986, 79; i.V.m. dem dazugehörigen Durchführungsübereinkommen (Anm. 37).

²⁰ Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18.4.1961, BGBl. 1964 II, 957, 1006, 1018.

²¹ Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24.4.1963, BGBl. 1969 II, 1585, 1674, 1688.

ausüben, daß er die Wahrnehmung der Aufgaben der konsularischen Vertretung nicht ungebührlich behindere. Aus Art. 32 EuSIÜ ergebe sich, daß dieses, was Botschafts- und Konsulatsangestellte anbelange, die Hoheitsgewalt des jeweiligen Vertragsstaates nicht weiter einschränken wolle, als dies nach den allgemeinen völkerrechtlichen Regeln und dem WÜK bei Inkrafttreten des EuSIÜ der Fall gewesen sei. Dafür spreche ebenfalls, daß bei dem sogenannten Fakultativregime des Art. 24 Abs. 1 EÜSI ausdrücklich geregelt sei, daß die Immunität von der Gerichtsbarkeit, die fremde Staaten hinsichtlich der in Ausübung der Hoheitsgewalt vorgenommenen Handlungen (*acta iure imperii*) hätten, unberührt bleibe. Nach § 20 Abs. 2 GVG sei ein ausländischer Staat hinsichtlich arbeitsrechtlicher Bestandsstreitigkeiten mit Konsulatsangestellten, die nach dem Inhalt ihres Arbeitsverhältnisses originär konsularische (hoheitliche) Aufgaben wahrzunehmen hätten, grundsätzlich nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen. Dies gelte auch für eine Botschaftsangestellte, die in einer Nebenstelle der Botschaft konsularische Aufgaben verrichte. Andernfalls drohe ein Konflikt mit dem Grundsatz *ne impediatur legatio* und eine zumindest abstrakte Gefährdung der Funktionsfähigkeit der ausländischen Behörde. An dieser Rechtsprechung sei auch für ein Arbeitsverhältnis zwischen einem Vertragsstaat des EuSIÜ mit einer deutschen Botschafts- bzw. Konsulatsangestellten festzuhalten.

8. Mit Beschluß vom 16.2.2001 (28 Sch 23/99 – NJOZ 2001, 727) stellte das KG Berlin fest, daß der Russischen Föderation keine generelle Staatenimmunität bei Klagen nach §§ 1061, 1062 ZPO aufgrund des deutsch-sowjetischen Investitionsschutzvertrages²² zusteht. Streitig war die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs des Internationalen Schiedsgerichts in Stockholm vom 7.7.1998, in dem dieses seine Zuständigkeit wegen einer Enteignung von Kapitalanlagen nach dem beiderseits ratifizierten Investitionsschutzvertrag bejahte und dem Antragsteller einen Teil der geltend gemachten Forderungen als Entschädigung zusprach. Diesem Schiedsspruch lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Antragsteller hatte 1990/91 gemeinsam mit einer St. Petersburger Behörde eine geschlossene Aktiengesellschaft nach russischem Recht gegründet, in die neben Geld seitens der St. Petersburger Behörde Liegenschaften eingebracht worden waren. 1992 schuf die Antragsgegnerin im Rahmen neuer Gesetze einen Bundesvermögensfonds, mit dem während der stattfindenden Privatisierung das staatliche Vermögen einschließlich Einlagen in Gemeinschaftsunternehmen gesichert werden sollte. In Umsetzung dessen ordnete der Präsident der Antragsgegnerin am 4.12.1994 durch eine Direktive die Übertragung der in die Aktiengesellschaft eingebrachten Liegenschaften auf das ihm zugeordnete "Beschaffungsamt" an. Nach einem Gerichtsbeschuß wurden die Liegenschaften vom Antragsgegner im Oktober 1995 teilweise versiegelt und im Januar 1996 beschlagnahmt. Das KG erachtete den Antrag auf Vollstreckbarerklärung nach §§ 1061 Abs. 1, 1062 Abs. 2 ZPO i.V.m. mit dem Schiedsspruch-Überein-

²² Vertrag der Bundesrepublik Deutschland und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen vom 13.6.1989, BGBl. 1990 II, 342.

kommen²³ sowie dem Investitionsschutzvertrag als zulässig und begründet. Die Antragsgegnerin sei nicht von der deutschen Gerichtsbarkeit nach §§ 18 ff. GVG befreit. Ebenso bestehe für sie keine generelle Vollstreckungsimmunität. Verfahrensgegenstand sei kein Eingriff in hoheitliche Rechte der Antragsgegnerin. Es gebe ferner kein allgemeines Verbot der Zwangsvollstreckung in das Vermögen fremder Staaten. Hinzu komme, daß die Partner des Investitionsschutzvertrages in Art. 10 Abs. 4 Unterabsatz 2 ausdrücklich bestimmt hätten, daß der Schiedsspruch anerkannt und nach Maßgabe des Schiedsspruch-Übereinkommens vollstreckt werde. Hierin liege ein Verzicht der Parteien des Investitionsschutzvertrages auf zuvor etwaig angenommene Immunitätsrechte betreffend die Vollstreckbarerklärung eines im Geltungsbereich des Investitionsschutzvertrages ergangenen Schiedsspruchs. Im vorliegenden Fall werde der Schiedsspruch von Art. 4 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 2 des Investitionsschutzvertrages (Maßnahmen der Enteignung einschließlich Verstaatlichung durch eine Vertragspartei) erfaßt. Es würde den Grundsätzen des Völkerrechts widersprechen, wenn die Antragsgegnerin an dieser von ihr bewußt eingegangenen Bindung durch die innerstaatlichen Gerichte des anderen Vertragsstaats nicht festgehalten werden könnte.

b. Deutsche Gerichtsbarkeit

9. Der BGH bekräftigte in einem Urteil vom 21.2.2001 (3 StR 372/00 – NStZ 2001, 658), daß nach § 6 Nr. 9 StGB deutsches Strafrecht auf im Ausland von Ausländern begangene Straftaten anwendbar ist, wenn die Bundesrepublik Deutschland aufgrund eines zwischenstaatlichen Abkommens völkerrechtlich zur Verfolgung dieser Auslandstaten verpflichtet ist, und daß eine Verfolgungspflicht sich aus der IV. Genfer Konvention²⁴ (IV.GK) jedenfalls dann ergibt, wenn ein internationaler bewaffneter Konflikt vorliegt und die Straftaten die Voraussetzungen einer schweren Verletzung dieser Konvention i.S.d. Art. 147 erfüllen. Der Angeklagte hatte sich an einer in seinem Heimatort O. und dessen Umgebung am 27. und 28.5.1992 durchgeführten militärischen serbischen Aktion gegen die dort lebende muslimische Bevölkerung beteiligt, die darauf gerichtet war, diese systematisch zu vertreiben oder zu eliminieren.

Bezüglich der Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zum Völkermord gemäß §§ 220a Abs. 1 Nr. 1 und 3, 27 StGB verwies der BGH auf seine Grundsatzentscheidung BGHSt 45, 64²⁵, in der er zur Begründung der deutschen Ge-

²³ Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UNÜ) vom 10.6.1958, BGBl. 1961 II, 121; zur Geltendmachung der Befangenheit des Schiedsrichters im Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* siehe BGH, Urteil vom 1.2.2001 (III ZR 332/99 – IPRax 2001, 580); zum Verstoß gegen den deutschen *ordre public* bei willkürlicher Bejahung der eigenen Zuständigkeit durch das ausländische Schiedsgericht siehe OLG Rostock, Urteil vom 22.11.2001 (1 Sch 3/2000 – IPRax 2002, 401).

²⁴ Genfer Abkommen zum Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten vom 12.8.1949, BGBl. 1954 II, 781, 917, 1133, BGBl. 1956 II, 1586.

richtsbarkeit für die Verfolgung von Völkermord bereits entschieden hatte, daß für ein als Auslandstat von Ausländern an Ausländern begangenes Verbrechen des Völkermords (§ 220a StGB) nach § 6 Nr. 1 StGB kraft Weltrechtsprinzips deutsches Strafrecht gilt. Eine Milderung nach § 28 StGB komme nicht in Betracht, da die Völkermordabsicht kein persönliches, sondern ein tatbezogenes Merkmal sei.²⁶

Deutsches Recht sei im vorliegenden Fall nach § 6 Nr. 9 StGB auch auf die Beihilfe zur Freiheitsberaubung und die gefährliche Körperverletzung anwendbar. Nach § 6 Nr. 9 StGB gelte das deutsche Strafrecht unabhängig vom Recht des Tatorts für im Ausland begangene Taten, die aufgrund eines für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Abkommens auch dann zu verfolgen seien, wenn sie im Ausland begangen wurden. Ein derartiges Abkommen sei die IV.GK mit den Zusatzprotokollen I und II²⁷. Unabhängig von der Frage, ob Bosnien-Herzegowina schon als einer der Nachfolgestaaten der ehemaligen Föderativen Volksrepublik Jugoslawien²⁸ mit dem Tag seiner Unabhängigkeitserklärung vom 6.3.1992 die Verpflichtungen aus dieser IV.GK ohne weiteres übernommen habe, sei Bosnien-Herzegowina selbst am 31.12.1992 mit Wirkung zum 6.3.1992 allen vier Genfer Konventionen vom 12.8.1949 beigetreten. Nach Art. 2 IV.GK finde das Abkommen in allen Fällen eines erklärten Kriegs oder eines anderen bewaffneten Konflikts Anwendung, der zwischen zwei oder mehreren Vertragsparteien entstehe, auch wenn der Kriegszustand von einer der Parteien nicht anerkannt werde, aber auch in allen Fällen vollständiger oder teilweiser Besetzung des Gebiets einer der Vertragsparteien, selbst wenn diese Besetzung auf keinen bewaffneten Widerstand stoße. Nach Art. 4 Abs. 1 IV.GK unterfielen solche Personen dem Schutz, die sich im Falle eines Konflikts oder einer Besetzung zu irgendeinem Zeitpunkt und gleichgültig auf welche Weise im Machtbereich einer am Konflikt beteiligten Partei oder einer Besatzungsmacht befänden, deren Angehörige sie nicht seien. Die Verpflichtung einer Vertragspartei zur Strafverfolgung von Verletzungen der Konvention sei in Art. 146 Abs. 1 IV.GK auf die Personen beschränkt, die eine der in Art. 147 IV.GK umschriebenen Verletzungen der Konvention gegen geschützte Personen begangen oder den Befehl zu einer solchen schweren Verletzung erteilt hätten. Nach Art. 148 IV.GK könne zudem keine der Vertragsparteien sich oder eine andere Partei von den Verantwortlichkeiten nach Art. 147 IV.GK befreien.

Im Einklang mit dem Urteil der Berufungskammer des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien in der Sache gegen *Dusko Tadić*²⁹ habe

²⁵ BGH, Urteil vom 30.4.1999 (3 StR 215–98 – NStZ 1999, 396); vgl. L. Radermacher, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1999, ZaöRV 2001, 199, 208 [9].

²⁶ Zur Völkermordabsicht des § 220a StGB siehe auch ein weiteres Urteil des BGH vom 21.2.2001 (3 StR 244/00 – NJW 2001, 2732).

²⁷ Zusatzprotokolle I und II zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8.6.1977, BGBl. 1990 II, 1550, 1637.

²⁸ Die ehemalige Föderative Volksrepublik Jugoslawien ist der IV.GK im Jahre 1954 beigetreten, siehe Bekanntmachung BGBl. 1954 II, 1133.

²⁹ ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-A, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Judgment of 15.7.1999, I.L.M. 38 (1999), 1518; verfügbar unter <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/tad-aj990715e.pdf>.

das sachverständig beratende OLG zu Recht festgestellt, daß die Übergriffe der bosnischen Serben gegen die muslimische Bevölkerung in Bosnien-Herzegowina im Rahmen der sogenannten ethnischen Säuberungen auch nach dem offiziellen Rückzug der jugoslawischen Volksarmee aus Bosnien-Herzegowina am 19.5.1992 noch im Zusammenhang mit einem internationalen Konflikt i.S.d. Art. 2 IV.GK gestanden hätten. Der ICTY sei in diesem Urteil aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Verhältnisse in Bosnien-Herzegowina, der faktischen Kräfteverteilung sowie der politischen Entwicklung bis hin zum Dayton/Paris-Abkommen³⁰ davon ausgegangen, daß es sich bei der bewaffneten Auseinandersetzung im muslimisch-serbischen Konflikt in Bosnien-Herzegowina wegen der nach dem 19.5.1992 andauernden Verwicklung der Republik Jugoslawien in die militärischen Auseinandersetzungen auch um einen internationalen Konflikt gehandelt habe. Soweit staatliche jugoslawische Truppen nicht an konkreten Auseinandersetzungen beteiligt gewesen seien, komme es nach Auffassung des ICTY darauf an, ob dem auswärtigen Staat – (Rest-)Jugoslawien – das Verhalten der nichtstaatlichen Truppen, d.h. konkret der bosnischen Serben, als eigenes zugerechnet werden könne. Dies sei anzunehmen, wenn diese Truppen oder paramilitärischen Einheiten im großen und ganzen unter der Kontrolle Jugoslawiens gestanden hätten und damit zu dessen *de facto*-Organen geworden seien. Vorliegend sei dies zu bejahen, da der Angeklagte insbesondere Weisungen bosnisch-serbischer Militärs zur Verfolgung und Festnahme flüchtiger muslimischer Männer entgegengenommen habe. Zu Recht habe das OLG die betroffenen Muslime zu den geschützten Personen i.S.d. Art. 4 Abs. 1 IV.GK gezählt, selbst wenn sie offiziell dieselbe – bosnische – Staatsangehörigkeit wie die bosnisch-serbischen Täter besaßen.³¹ Deshalb könne offengelassen werden, ob die im völkerstrafrechtlichen Schrifttum vordringende Ansicht zutreffe, daß internationale und innerstaatliche Konflikte im Hinblick auf die Strafbarkeit der Verstöße gegen die IV.GK gleichbehandelt werden könnten und schon nach gegenwärtiger Rechtslage die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts aus § 6 Nr. 9 StGB auch bei innerstaatlichem Konflikt hinsichtlich schwerer Verstöße gegen Art. 3 IV.GK ohne Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot abgeleitet werden könne. Auch die Annahme des OLG, sämtliche nach §§ 239 Abs. 2 StGB, 223a StGB a.F. strafbaren Handlungen des Angeklagten seien als schwere Verletzungen i.S.d. Art. 147 IV.GK anzusehen, sei jedenfalls im Ergebnis zutreffend.³²

Im übrigen habe das OLG im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung, die über den Wortlaut des § 6 StGB hinaus einen legitimierenden Anknüpfungspunkt im Einzelfall verlange, der einen unmittelbaren Bezug der Strafverfolgung im Inland herstelle und die Anwendung innerstaatlichen (deutschen) Strafrechts rechtfertige, geprüft, ob solche Anknüpfungstatsachen vorgelegen hätten. Das OLG habe das Vorliegen solcher Anknüpfungspunkte zu Recht bejaht, der BGH neige

³⁰ General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina of 14.12.1995, I.L.M. 35 (1996), 75, 89.

³¹ Siehe im einzelnen unten [67].

³² Siehe im einzelnen unten [67].

jedoch dazu, jedenfalls bei § 6 Nr. 9 StGB, solche zusätzlichen legitimierenden Anknüpfungstatsachen für nicht erforderlich zu halten. Wenn die Bundesrepublik Deutschland in Erfüllung einer völkerrechtlich bindenden, aufgrund eines zwischenstaatlichen Abkommens übernommenen Verfolgungspflicht die Auslandstat eines Ausländers an Ausländern verfolge und nach deutschem Strafrecht ahnde, könne schwerlich von einem Verstoß gegen das Nichteinmischungsprinzip die Rede sein.

10. In einem Beschluß vom 20.9.2001 (2 WDB 9/01 – BVerwGE 115, 147) betonte das BVerwG, daß im Fall der Ermittlung und Ahndung einer Straftat eines deutschen Soldaten im Ausland die einschlägigen Regelungen des NATO-Truppenstatuts³³ hinsichtlich konkurrierender Gerichtsbarkeit zweier NATO-Staaten zu beachten sind. Die Vorschrift des § 76 Abs. 1 Satz 2 WDO, die als Ausnahmeregelung vom Grundsatz der Aussetzungspflicht nach Satz 1 bei sachgleichen Strafverfahren die Fortführung des disziplinargerichtlichen Verfahrens in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts stelle, sei eng auszulegen. Habe der Aufnahmestaat das Vorrecht auf Ausübung der Gerichtsbarkeit geltend gemacht, erlangten rechtskräftige Feststellungen eines Strafurteils des NATO-Partners auch für das im Inland anhängige disziplinargerichtliche Verfahren gemäß § 77 Abs. 1 Satz 1 WDO Bindungswirkung, die nach Satz 2 nur dann aufgehoben werde, wenn das Wehrdienstgericht die nochmalige Prüfung dieser Feststellungen beschließe. Die Auffassung, daß in §§ 76 Abs. 1 Satz 1 und 77 Abs. 1 Satz 1 WDO ausschließlich das Strafverfahren nach der deutschen Strafprozeßordnung gemeint sei, weil danach auf die "öffentliche Klage" oder ihr gleichzusetzende Handlungen nach der deutschen Strafprozeßordnung abzustellen sei, berücksichtige nicht hinreichend die einschlägigen Regelungen des NATO-Truppenstatuts hinsichtlich der konkurrierenden Gerichtsbarkeit zweier NATO-Staaten. Die Fortsetzung des disziplinargerichtlichen Verfahrens gemäß § 76 Abs. 1 Satz 2 WDO möge zwar im Interesse des Soldaten liegen, würde aber der Wahrnehmung der vorrangigen Gerichtsbarkeit des NATO-Partners zuwiderlaufen, falls dadurch vor Eintritt der Rechtskraft der tatsächlichen Feststellung eines Urteils der zuständigen Gerichte des NATO-Partners das disziplinargerichtliche Verfahren nicht nur fortgesetzt, sondern auch abgeschlossen würde.

c. Anwendung deutschen Rechts

11. Das BayObLG stellte mit Beschluß vom 8.2.2001 (4 StRR 9/2001 – BayObLG in Strafsachen 2001, 8) klar, daß das deutsche Strafrecht auch für Verstöße gegen Vorschriften der Bundesrepublik Deutschland über die Ein-, Aus- und Durchfuhr von Waren, zu denen auch die Bestimmungen des Außenwirtschaftsgesetzes gehören, gilt, die auf vorgeschobenen deutschen Grenzdienststellen in

³³ Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrags (Anm. 10) über die Rechtsstellung ihrer Truppen vom 19.6.1951, BGBl. 1961 II, 1183, 1190.

Tschechien begangen werden. Dies folge aus dem deutsch-tschechischen Grenzabfertigungsvertrag³⁴, vorliegend insbesondere aus Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 und Art. 2a des Vertrages. Gleiches gelte für entsprechende Gesetzesverletzungen, die von tschechischen Staatsangehörigen begangen würden. Art. 7 des Vertrages schränke nicht die Befugnis der Bundesrepublik Deutschland, solche Verstöße nach deutschem Recht zu ahnden, für Taten tschechischer Staatsangehöriger ein, sondern beschränke lediglich die Befugnis ihrer Bediensteten zur Anwendung von Zwangsmaßnahmen auf tschechischem Hoheitsgebiet. Bei der Tat des Angeklagten, der versuchten Einfuhr irakischer Dinare³⁵ nach Deutschland, handele es sich um einen Verstoß gegen § 34 Abs. 4 Satz 1 AWG. Die am 9.1.1997 bekanntgemachte Verordnung (EG) Nr. 2465/96 des Rates vom 17.12.1996³⁶ verbiete in Art. 1 Nr. 1 u.a. die Verbringung aller Erzeugnisse mit Ursprung im oder Herkunft aus dem Irak in das Hoheitsgebiet der Gemeinschaft. Hiervon würden auch irakische Dinar-Scheine erfaßt, die in Europa als Ware gehandelt würden.

2. Anerkennung fremder Hoheitsakte

12. In einem Beschluß vom 28.2.2001 (2 StR 458/00 – NStZ 2001, 557) erklärte der BGH, daß auch ein rechtskräftiger Freispruch Strafklageverbrauch i.S.v. Art. 54 SDÜ³⁷ und Art. 1 EG-*Ne bis in idem*-Übereinkommen³⁸ bewirkt.³⁹ Nach Art. 54 SDÜ dürfe derjenige, der durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden sei, durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, daß im Fall der Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt sei, gerade vollstreckt werde oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden könne. Der von Deutschland gemäß Art. 54 SDÜ erklärte Vorbehalt greife im vorliegenden Fall nach dem 2. Halbsatz der Regelung nicht, da die Tat auch im Hoheitsgebiet der Vertragspartei begangen worden sei, in dem das Urteil ergangen sei. Auch ein rechtskräftiger Freispruch bewirke Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ. Andernfalls sei die Wendung “im Fall der Verurteilung” sowie die Differenzierung zwischen Ab- und Verurteilung in Art. 54 SDÜ nicht ver-

³⁴ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Tschechischen Republik über Erleichterungen der Grenzabfertigung im Eisenbahn-, Straßen- und Schiffsverkehr vom 19.5.1995, BGBl. 1996 II, 18.

³⁵ Siehe hierzu auch das Urteil des BGH unten [69].

³⁶ Verordnung (EG) Nr. 2465/96 des Rates vom 17.12.1996 über die Unterbrechung der wirtschaftlichen und finanziellen Beziehungen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und Irak, AB-I. EG 1996 L 337/1.

³⁷ Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen (Anm. 19) vom 19.6.1990, BGBl. 1993 II, 1010; für Deutschland und die Niederlande in Kraft seit dem 26.3.1995, BGBl. 1996 II, 242.

³⁸ Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften über das Verbot der doppelten Strafverfolgung vom 25.5.1987, BGBl. 1998 II, 2227.

³⁹ Zum Strafklageverbrauch i.S.v. Art. 54 SDÜ im Falle eines gnadenähnlichen Absehens von weiterer Vollstreckung einer Freiheitsstrafe unter Ausweisung des Verurteilten siehe OLG München, Beschluß vom 27.6.2001 (2 Ws 491/01 – NStZ 2001, 614).

ständig. Diese Auslegung ergebe sich auch aus der Denkschrift der Bundesregierung zum gleichlautenden Art. 1 des EG-*Ne bis in idem*-Übereinkommens vom 25.5.1987. Danach solle der Grundsatz *ne bis in idem* auch auf ausländische Urteile erstreckt werden, durch die ein Angeklagter freigesprochen worden sei. Das EG-*Ne bis in idem*-Übereinkommen sei zwar mangels Ratifikation durch alle Mitgliedsstaaten zum Urteilszeitpunkt noch nicht in Kraft getreten, es sei jedoch gemäß seinem Art. 6 Abs. 3 für Deutschland bereits vorzeitig im Verhältnis zu den Staaten anwendbar, die dieselbe Erklärung abgegeben hätten (wie vorliegend die Niederlande).⁴⁰ Entscheidend für die Frage des Strafklageverbrauchs sei im Einzelfall, ob es sich bei dem bereits abgeurteilten und dem zu beurteilenden Sachverhalt um dieselbe Tat im verfahrensrechtlichen Sinne handele.

IV. Staatsangehörigkeit

1. Erwerb

13. Das BVerwG entschied mit Urteil vom 2.5.2001 (1 C 18.99 – BVerwGE 114, 195), daß im Rahmen der Ermessensausübung nach § 13 StAG zugunsten der Abkömmlinge der von der Sammeleinbürgerung der Danziger Staatsangehörigen ausgeschlossen Juden der Rechtsgedanke des Art. 116 Abs. 2 GG zu berücksichtigen ist und daß hieraus folgt, daß die Ermessenseinbürgerung in diesen Fällen nicht auf die "Erlebensgeneration" beschränkt werden darf.

Kläger waren der Sohn und die Enkelin des 1936 in Danzig geborenen Gideon G., dessen Eltern, Dr. Leo Eleaser G., geboren 1902 in Danzig, und Sophie G., geboren 1911 in Königsberg, 1935 geheiratet und zunächst in Danzig gelebt hatten. Dr. Leo Eleaser G. war im Oktober 1926 in den Freistaat Danzig eingebürgert worden. Sophie G. war deutsche Rechtsangehörige, bis sie mit Wirkung vom 12.12.1933 als Jüdin ausgebürgert worden war. 1938 flohen beide, zusammen mit dem Sohn Gideon aus Danzig nach Palästina. Sie erwarben dort zunächst die palästinensische Mandatszugehörigkeit und später die israelische Staatsangehörigkeit. Die Großeltern des Gideon G. wurden im Oktober 1943 in das Konzentrationslager Auschwitz gebracht und sind dort zu Tode gekommen. Dr. Leo Eleaser und Gideon G. wurden 1988 auf ihren Antrag in den deutschen Staatsverband eingebürgert. 1993 hatten auch die Kläger die Einbürgerung beantragt. Das Bundesverwaltungsamt verneinte das Bestehen eines Einbürgerungsanspruchs und lehnte eine Einbürgerung im Ermessenswege ab. Die hiergegen erhobene Klage der Kläger wurde vom VG abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger wurde die Beklagte verpflichtet, die Kläger in den deutschen Staatsverband einzubürgern. Zur Begründung führte das Berufungsgericht aus, daß die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 13 und

⁴⁰ Vgl. W. Schomburg, Strafsachen in der Europäischen Union, NJW 1999, 540, 542; zur Problematik der Reichweite von Art. 54 SDÜ und *Ne bis in idem*-Übereinkommen siehe auch J. Jöckisch, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren (2000), 237.

des § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 RuStAG erfüllt seien und das infolgedessen eröffnete Einbürgerungsermessen der Beklagten auf Null reduziert sei, so daß die Kläger jedenfalls nach §§ 8, 13 RuStAG einen Anspruch auf Einbürgerung besäßen. Auf die Revision der Beklagten wurde das Berufungsurteil durch das BVerwG aufgehoben und die Beklagte zur erneuten Bescheidung der Kläger verpflichtet.

Als Anspruchsgrundlage für die von den Klägern erstrebte Einbürgerung komme § 13 StAG in Betracht, da sie sich für ihr Begehren weder unmittelbar auf Art. 116 Abs. 2 Satz 1 GG noch auf §§ 11, 12 Abs. 2 StAngRegG vom 22.2.1955 berufen könnten. Nach § 13 StAG könne ein ehemaliger Deutscher, der sich nicht im Inland niedergelassen habe, eingebürgert werden, wenn er den Erfordernissen des § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StAG entspreche. Einem ehemaligen Deutschen stehe nach § 13 Satz 1 Halbsatz 2 StAG unter anderem gleich, wer von einem solchen abstamme. Der Anwendung des § 13 StAG auf Abkömmlinge von der Sammeleinbürgerung aus rassistischen Gründen ausgeschlossener Personen stehe auch nicht die Regelung des § 11 StAngRegG entgegen. Die Kläger stammten i.S.d. § 13 StAG von einer ehemaligen Deutschen, ihrer Großmutter bzw. Urgroßmutter Sophie G. ab. Zu Unrecht habe aber das Berufungsgericht den Klägern einen Anspruch auf Einbürgerung mit der Begründung zuerkannt, das der Beklagten in § 13 StAG eingeräumte Ermessen sei auf Null reduziert. § 13 StAG eröffne der Einwanderungsbehörde einen weiten Ermessensspielraum, der seine Schranken insbesondere in den Grundentscheidungen der Verfassung einschließlich der Grundrechte und der sich aus ihnen ergebenden Wertentscheidungen finde. Die Beklagte habe aber bei ihrer Ermessensentscheidung nicht hinreichend berücksichtigt, daß der Vater bzw. Großvater der Kläger als Jude aus rassistischen Gründen von der Sammeleinbürgerung der Danziger Staatsangehörigen ausgeschlossen worden war. Der Rechtsgedanke des Art. 116 Abs. 2 GG hätte hier in einer Weise berücksichtigt werden müssen, daß dem darin verbürgten Grundsatz der Wiedergutmachung Rechnung getragen werde.

Die staatsangehörigkeitsrechtlichen Verhältnisse der Bevölkerung der Freien Stadt Danzig seien nach der Besetzung durch das Deutsche Reich zunächst vorläufig geregelt worden. § 2 des Gesetzes über die Wiedervereinigung der Freien Stadt Danzig mit dem Deutschen Reich vom 1.9.1939 habe bestimmt, daß die Staatsangehörigen der bisherigen Freien Stadt Danzig deutsche Staatsangehörige nach Maßgabe näherer Vorschriften, insbesondere der sogenannten Volkslistenverordnung, seien. Gemäß § 4 Abs. 1 Verordnung über die Deutsche Volksliste hätten alle ehemaligen Danziger Staatsangehörigen ohne Aufnahme in die Deutsche Volksliste mit Wirkung vom 1.9.1939 die deutsche Staatsangehörigkeit erworben. Ein Aufenthalt der Betroffenen im Ausland sei insoweit unbeachtlich gewesen. Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 Volkslistenverordnung seien von der Sammeleinbürgerung jedoch u.a. Juden ausgeschlossen gewesen.

Abgesehen von den Ausschlußbestimmungen zu Lasten der Juden habe der Vater bzw. Großvater der Kläger Gideon G. unstreitig diese Voraussetzungen für einen Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit im Wege der Sammeleinbürgerung erfüllt.

Im Hinblick auf die zu Ausbürgerungen aufgestellten Maßstäbe des BVerfG⁴¹ habe das Berufungsgericht zu Recht angenommen, daß der in § 4 Abs. 2 Satz 1 Volkslistenverordnung normierte Ausschluß unter anderem der Juden vom Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit von Anfang an nichtig gewesen sei. Trotz des Bestehens erheblicher Unterschiede zwischen dem Ausschluß vom Staatsangehörigkeitserwerb und der Ausbürgerung seien die konkreten Auswirkungen des § 4 Abs. 2 Satz 1 Volkslistenverordnung für die verfolgten Danziger Juden, die bereits vor dem 1.9.1939 im nationalsozialistischen Machtbereich gelebt hätten, mit denjenigen der Ausbürgerung durchaus vergleichbar gewesen. Aus der Nichtigkeit des § 4 Abs. 2 Satz 1 Volkslistenverordnung folge aber nicht ohne weiteres, daß die davon Betroffenen zu behandeln seien, als wenn sie zum 1.9.1939 durch die Sammel-einbürgerung deutsche Staatsangehörige geworden wären. Einerseits sei der im nachhinein erkannten Nichtigkeit einer vorkonstitutionellen staatsangehörigkeitsrechtlichen Regelung den Besonderheiten dieses Rechtsgebiets entsprechend nicht notwendig dadurch Rechnung zu tragen, daß sie als nicht ergangen anzusehen sei. Andererseits sei die Frage der Rechtswirksamkeit der Sammeleinbürgerungen in den vom Deutschen Reich völkerrechtswidrig annektierten Gebieten lange Zeit äußerst umstritten gewesen, so daß die unmittelbar aus der Nichtigkeit des § 4 Abs. 2 Satz 1 Volkslistenverordnung folgenden rechtlichen Konsequenzen für die Betroffenen offenbleiben würden. Die Praxis sei insoweit nach Kriegsende in den einzelnen Besatzungszonen uneinheitlich gewesen. Auch nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland sei die Rechtslage zunächst unklar gewesen. Die Verhältnisse hinsichtlich der (ehemaligen) Danziger hätten sich als besonders schwierig dargestellt, weil das BVerfG die Wirksamkeit der Kollektiveinbürgerungen davon abhängig gemacht habe, daß die betreffenden Personen von dem Staat, dessen Gebiet annektiert worden war, als seine Staatsangehörigen nicht mehr in Anspruch genommen würden. Dies sei für die Freie Stadt Danzig, deren völkerrechtliche Existenz einerseits nicht beendet gewesen sei, die andererseits aber keine handlungsfähige Regierung besessen habe, nicht ohne weiteres zu entscheiden gewesen. Diese Rechtsunsicherheit sei erst durch das Erste Staatsangehörigkeitsregelungsgesetz beendet worden, nach dessen § 1 Abs. 1 grundsätzlich die Rechtswirksamkeit der dort aufgeführten Verleihungen der deutschen Staatsangehörigkeit, u.a. aufgrund der Volkslistenverordnung, anerkannt worden sei, indem festgestellt worden sei, daß die betreffenden deutschen Volkszugehörigen vorbehaltlich einer Ausschlagung deutsche Staatsangehörige geworden seien. In § 1 StAngRegG seien aber nicht diejenigen einbezogen worden, die aus rassistischen Gründen von einer Sammeleinbürgerung ausgeschlossen worden waren. Gegen eine Einbeziehung hätten völkerrechtliche Bedenken, der möglicherweise entgegenstehende Wille der Betroffenen und eventuell damit für die Betroffenen verbundene Nachteile gesprochen. Deshalb habe sich der Gesetzgeber hier für eine Einbürgerung auf Antrag der Betroffenen entschieden (§ 11 StAngRegG).

⁴¹ BVerfG, Beschluß vom 14.2.1968 (2 BvR 557/62 – BVerfGE 23, 98).

Trotz der anfänglichen Nichtigkeit der Ausschlußklausel sei daher Gideon G. nicht nach § 1 Abs. 1 StAngRegG i.V.m. § 4 Abs. 1 Volkslistenverordnung deutscher Staatsangehöriger geworden. Die Kläger hätten daher die deutsche Staatsangehörigkeit nicht nach § 4 Abs. 1 RuStAG erwerben können, und auch über § 11 StAngRegG sei ihnen das nicht möglich gewesen, da die Bestimmung auf Personen beschränkt sei, die selbst durch den Ausschluß von der Sammeleinbürgerung betroffen gewesen seien.

Das krasse Unrecht des Ausschlusses von der Sammeleinbürgerung wirke aber auch auf die Abkömmlinge der unmittelbar Betroffenen weiter, die insofern gebotene Wiedergutmachung müsse im Rahmen der Ermessensvorschrift des § 13 StAG Berücksichtigung finden. Dem Grundsatz der Wiedergutmachung bei der Ermessensausübung nach § 13 StAG sei in Fällen wie dem vorliegenden durch Berücksichtigung des Rechtsgedankens der Wiedergutmachung des Art. 116 Abs. 2 GG Rechnung zu tragen, der auch für die Abkömmlinge gelte. Der darin zum Ausdruck kommende Grundsatz müsse bei der Ausübung des Einbürgerungsermessens zugunsten der Abkömmlinge der von der Sammeleinbürgerung Ausgeschlossenen ebenfalls berücksichtigt werden, jedenfalls gelte dies – wie hier – für die Kinder und Enkel dieser Personengruppe. Der Grundsatz der Wiedergutmachung führe allerdings nicht generell zu einer Reduzierung des in § 13 StAG eingeräumten Einbürgerungsermessens auf Null, da dies einer unmittelbaren Anwendung des Art. 116 Abs. 2 GG gleichkäme, ohne daß dessen Voraussetzungen vorliegen würden. Vielmehr müßten die Behörden ungeachtet der großen Bedeutung, die dem Rechtsgedanken des Art. 116 Abs. 2 GG in § 13 StAG zukomme, ihr Ermessen anhand der Umstände des Einzelfalls ausüben. Hierbei sei allerdings zu berücksichtigen, daß in Fällen wie dem vorliegenden der Gedanke der Wiedergutmachung so sehr im Vordergrund stehe, daß eine Einbürgerung nach § 13 StAG nur unter besonderen Umständen abgelehnt werden könne.

14. Mit Beschluß vom 26.6.2001 (5 ZB 01.65 – NVwZ 2001, 1437) stellte der VGH Bayern klar, daß der Einbürgerung einer mit einem Deutschen verheirateten Iranerin unter Hinnahme der Mehrstaatigkeit nicht Nr. II des Schlußprotokolls⁴² zum deutsch-iranischen Niederlassungsabkommen⁴³ entgegensteht, wonach sich die Regierungen beider Staaten verpflichten, keinen Angehörigen des anderen Staates ohne vorherige Zustimmung von dessen Regierung einzubürgern. Nr. II des Schlußprotokolls betreffe als Regierungsabkommen nur in der Dispositionsmacht der Exekutive liegende Einbürgerungen (sog. Ermessenseinbürgerungen), nicht aber solche, bei denen die Entscheidung durch das innerstaatliche Recht zwingend vorgegeben sei. § 9 StAG i.d.F. des Gesetzes zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts vom 15.7.1999 enthalte (seit dem 1.1.2000) eine Soll-Einbürgerung auch in gewissen Fällen der Hinnahme der Mehrstaatigkeit. Dies bedeute, daß im Regelfall eingebürgert werden müsse (ohne behördlichen Ermessensspielraum). Nur in aty-

⁴² Protokoll vom 4.11.1954, BGBl. 1955 II, 829; Abschn. II wurde durch Vereinbarung vom 1.5.1995 aufgehoben, BGBl. 1997 II, 2.

⁴³ Niederlassungsabkommen vom 17.2.1929, RGBl. 1930 II, 1002.

pischen Fällen, wenn der Regelungszweck des § 9 StAG (Herstellung einer einheitlichen deutschen Staatsangehörigkeit in der Familie) verfehlt würde, dürfe die Einbürgerung ausnahmsweise versagt werden. Für diese Gesetzesauslegung sprächen nach dem Wortlaut auch die Beratungen im Deutschen Bundestag und seinem Innenausschuß, nach denen davon ausgegangen worden sei, daß eine ermessensbindende Sollvorschrift praktisch gleichbedeutend mit einer "Mußvorschrift" sei.⁴⁴ Auch zwingt Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit verheirateter Frauen⁴⁵, wonach jeder Vertragsstaat anerkenne, "daß die ausländische Ehefrau eines seiner Angehörigen auf eigenen Wunsch die Staatsangehörigkeit des Mannes im Wege einer vereinfachten Einbürgerung erwerben kann", zu dieser Auslegung des § 9 StAG. Aus diesen Erwägungen ergebe sich, daß bei Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes des § 9 StAG grundsätzlich von einer Reduzierung des Einbürgerungsermessens auf Null auszugehen sei.

2. Verlust

15. In einem Kammerbeschluß vom 10.8.2001 (2 BvR 2101/00 – NJW 2002, 668) bestätigte das BVerfG, daß es sich bei dem Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit durch Antragswerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit nach § 17 Nr. 2, § 25 Abs. 1 RuStAG nicht um eine unzulässige Entziehung der Staatsangehörigkeit i.S.d. Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG handelt, auch wenn der Betroffene sich im Irrtum befand über den Zeitpunkt des Erwerbs der fremden Staatsangehörigkeit und daher zu diesem Zeitpunkt noch nicht die gemäß § 25 Abs. 2 RuStAG erforderliche Genehmigung zur Beibehaltung der deutschen Staatsangehörigkeit besaß⁴⁶. Eine Entziehung i.S.d. Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG sei nur der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit, den der Betroffene nicht beeinflussen könne. Dies sei bei dem Verlust durch Antragswerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit nach §§ 17 Nr. 2, 25 Abs. 1 RuStAG nicht der Fall. Zwar trete der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit als automatische Rechtsfolge ein, wenn der Betroffene den gesetzlichen Tatbestand des § 25 Abs. 1 RuStAG verwirklicht habe und keine Ausnahme nach § 25 Abs. 2 RuStAG gegeben sei. Dies sei jedoch nicht allein die Folge eines auf dem Willen des Staates zur Wegnahme der deutschen Staatsangehörigkeit beruhenden Aktes, sondern trete aufgrund von selbstverantwortlichen und freien Handlungen des Betroffenen ein.

⁴⁴ Vgl. BT-Ds. 5/3971.

⁴⁵ Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit verheirateter Frauen vom 20.2.1957, BGBl. 1973 II, 1249.

⁴⁶ Zum vorgängigen Beschluß des BVerwG (1 B 53/00) vom 23.10.2000 siehe Stahn (Anm. 1), 494 [18].

3. Mehrfache Staatsangehörigkeit

16. Der VGH Hessen führte in einem Urteil vom 28.5.2001 (12 UE 3734/00 – ESVGH 51, 256) aus, daß im Verhältnis zwischen innerstaatlich verbindlichem Völkervertragsrecht und sonstigem Bundesrecht der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* nicht anwendbar ist. Im Streitfall wehrte sich ein italienischer Staatsangehöriger, seine italienische Staatsangehörigkeit durch die Einbürgerung in Deutschland zu verlieren, und verpflichtet zu sein, seinen italienischen Reisepaß Zug um Zug gegen Aushändigung der Einbürgerungsurkunde zur Weiterleitung an die italienischen Behörden abzugeben. Nach Ansicht des VGH komme es auf die mögliche Rechtsgrundlage einer Einbürgerung und auf die jeweils anzuwendenden Regeln über die Vermeidung von Mehrstaatigkeit letztlich nicht an, weil der Kläger in jedem Fall mit der Einbürgerung in Deutschland seine italienische Staatsangehörigkeit verliere. Eine Entscheidung über die Hinnahme von Mehrstaatigkeit werde von der deutschen Einbürgerungsbehörde nur verlangt, wenn die Voraussetzungen des § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AuslG nicht erfüllt seien. Auf die Bereitschaft des Klägers, seine italienische Staatsangehörigkeit aufzugeben, komme es aber nicht an, weil er sie nach dem insoweit allein maßgeblichen italienischen Recht verliere. Gemäß Art. 1 Abs. 1 des sowohl von Deutschland als auch von Italien ratifizierten Mehrstaaterübereinkommens⁴⁷ (MSÜ) verlören volljährige Staatsangehörige einer Vertragspartei ihre vorherige Staatsangehörigkeit bei Erwerb der Staatsangehörigkeit einer anderen Vertragspartei infolge einer ausdrücklichen Willenserklärung durch Einbürgerung, Option oder Wiedereinbürgerung. Diese Bestimmungen wendeten sich nicht an die deutsche Einbürgerungsbehörde, sondern regelten die Folgen der Einbürgerung in Deutschland für die italienische Staatsangehörigkeit des Klägers. Sie seien in Italien aufgrund der dortigen Ratifizierung ebenso unmittelbar anwendbar wie in Deutschland. Für das deutsche Recht sei als unstreitig und geklärt anzusehen, daß das MSÜ durch die zwischenzeitlichen Änderungen des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes und des Ausländergesetzes nicht in seiner innerstaatlichen Verbindlichkeit berührt worden sei. Entgegen der Auffassung des VG sei der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* im Verhältnis zwischen innerstaatlich verbindlichem Völkervertragsrecht und sonstigem Bundesrecht nicht anwendbar.⁴⁸ Es sei ohne weiteres und ohne ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers zu unterstellen, daß dieser durch die Änderung von Bundesgesetzen nicht die Geltung zuvor ratifizierten Völkervertragsrechts zu beeinträchtigen beabsichtige. Auch wenn der Grundsatz, daß völkerrechtliche Verträge unberührt blieben, nicht mehr wie zuvor noch in § 55 AuslG 1965 im Ausländerrecht ausdrücklich erwähnt werde, gelte er nach wie vor. Ebenso verhalte es sich mit dem MSÜ. Nach alledem verliere der Kläger durch eine Einbürgerung in Deutschland seine italienische Staatsangehörigkeit aufgrund von Art. 1 Abs. 1 MSÜ.

⁴⁷ Übereinkommen über die Verringerung der Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern vom 6.5.1963, BGBl. 1969 II, 1953, 2232.

⁴⁸ Siehe hierzu Stahn (Anm. 1), 494 [19].

17. Mit Urteil vom 11.1.2001 (8 K 5678/98 – InfAuslR 2001, 301) entschied das VG Düsseldorf, daß politische Betätigung kein Grund für eine Einbürgerung unter Beibehaltung der bisherigen Staatsangehörigkeit nach § 87 Abs. 1 AuslG ist. Mehrstaatigkeit werde nur hingenommen, wenn der Ausländer seine bisherige Staatsangehörigkeit nicht oder nur unter besonders schwierigen Bedingungen aufgeben könne, etwa bei Drohen erheblicher Nachteile insbesondere wirtschaftlicher oder vermögensrechtlicher Art. Gerade der Verlust staatsbürgerlicher Teilhaberechte, wie etwa das aktive und passive Wahlrecht auf allen Ebenen oder die Möglichkeit sonstiger an die Staatsangehörigkeit geknüpfter Mitwirkung bei der staatlichen Willensbildung, sei hiervon nicht erfaßt. Dies stelle lediglich die allgemeine Folge der Entscheidung des Einbürgerungsbewerbers dar, sich unter Hinnahme der rechtspolitischen Entscheidung der Vermeidung der Mehrstaatigkeit einbürgern zu lassen und dadurch die staatsbürgerlichen Teilhaberechte in seinem Herkunftsstaat zu verlieren. Eine doppelte Staatsangehörigkeit als Symbol der Verständigung und Vermittlung zwischen den Nationen sei ebenfalls kein von § 87 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AuslG erfaßter, erheblicher Nachteil. Erfaßt würden nur objektive Nachteile, hierzu gehöre nicht der Symbolwert einer Doppelstaatigkeit als subjektive Bewertung des Klägers, die derjenigen des Gesetzgebers entgegengesetzt sei. Dieser habe sich bei der Reform des Staatsangehörigkeitsrechts entsprechend seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen – etwa aus dem Mehrstaaterübereinkommen⁴⁹ – bewußt gegen eine weitergehende Hinnahme der Mehrstaatigkeit ausgesprochen. Die Aufgabe oder der Verlust der bisherigen Staatsangehörigkeit sei auch in der am 1.1.2000 in Kraft getretenen Fassung des Gesetzes (§ 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AuslG) weiter Voraussetzung für eine Einbürgerung.

4. Staatenlosigkeit

18. In einem Urteil vom 1.3.2001 (4 K 3022/99 – InfAuslR 2001, 338) betonte das VG Aachen, daß auch mit der Entstehung der palästinensischen Selbstverwaltungsgebiete keine palästinensische Staatsangehörigkeit erworben werden kann und daß Palästinenser, die keine andere Staatsangehörigkeit erworben haben, Staatenlose i.S.d. Staatenlosenübereinkommens⁵⁰ sind.⁵¹ Auch mit der Schaffung der palästinensischen Autonomiegebiete durch das Kairoer Autonomieabkommen⁵² bzw. dessen Umsetzung für den Gaza-Streifen am 13.5.1994 sowie die nachfolgenden Vereinbarungen sei nicht die Entstehung eines Zuordnungsobjektes für eine neue palästinensische Staatsangehörigkeit bewirkt worden. Eine Staatsangehörig-

⁴⁹ Siehe Anm. 47.

⁵⁰ Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954, BGBl. 1976 II, 473, BGBl. 1977 II, 235.

⁵¹ Zum Status jezidischer, aus Syrien ausgebürgerter Kurden nach dem StlÜ siehe OVG Niedersachsen, Urteil vom 27.3.2001 (2 L 2505/98 – Juris).

⁵² Agreement on the Gaza Strip and the Jericho Area (with annexes) vom 4.5.1994, I.L.M. 33 (1994), 626.

keit könne nur von einem souveränen Staat i.S.d. Völkerrechts vermittelt werden. Weder Israel noch die Palästinenser gingen aber bislang von der Existenz eines gegenwärtigen palästinensischen Staates aus, und die Bundesrepublik Deutschland habe das palästinensische Autonomiegebiet bislang nicht als Staat anerkannt. Unabhängig davon fehle es aber auch nach der klassischen Drei-Elemente-Lehre an der Existenz eines palästinensischen Staates. Den zwischen Israel und der PLO abgeschlossenen Verträgen lasse sich durchweg entnehmen, daß Israel der palästinensischen Behörde keine volle Souveränität über das Autonomiegebiet (inklusive Gaza-Streifen) übertragen habe. So sei im Oslo-II-Abkommen⁵³ Israel u.a. ausdrücklich die vollständige Zuständigkeit für die äußere Sicherheit sowie für alle Israelis und alle israelischen Siedlungen im Gaza-Streifen vorbehalten worden. Damit fehle es aber für das Autonomiegebiet an einer von einem in diesem Gebiet sesshaften Volk selbstgesetzten, von keinem Staat abgeleiteten, effektiv wirksamen und dauerhaften Organisation staatlicher Ordnung.

V. Rechtsstellung deutscher Volkszugehöriger

19. Das BVerwG erklärte in einem Urteil vom 29.3.2001 (5 C 17.00 – BVerwGE 114, 116), daß die Ausschlußvorschrift des § 5 Nr. 2 *lit.* b BVFG davon ausgeht, daß derjenige, der in den Aussiedlungsgebieten eine der von § 5 Nr. 2 *lit.* b BVFG erfaßten Funktionen ausgeübt hat, den Schutz dieses Systems genoß, so daß für ihn die für Volksdeutsche sonst bestehende Gefahrenlage nicht fortbestand. Den Status als Spätaussiedler nach § 4 Abs. 1 oder 2 BVFG erwerbe gemäß § 5 Nr. 2 *lit.* b BVFG nicht, wer in den Aussiedlungsgebieten eine Funktion ausgeübt habe, die für die Aufrechterhaltung des kommunistischen Herrschaftssystems gewöhnlich als bedeutsam gegolten habe oder aufgrund der Umstände des Einzelfalls gewesen sei. Die Vorschrift knüpfe an das fehlende Kriegsfolgenschicksal des Antragstellers an. § 5 Nr. 2 *lit.* b BVFG mache dies jedoch nicht an dem Erreichen einer bestimmten beruflichen Stellung und der hiermit verbundenen wirtschaftlichen Privilegierung in der Gesellschaft des Herkunftslandes fest, sondern an der Ausübung einer für die Aufrechterhaltung des kommunistischen Herrschaftssystems gewöhnlich bedeutsamen Funktion⁵⁴ und dem damit verbundenen Schutz durch dieses System. Es werde nicht verkannt, daß auch diese Gruppe deutscher Volkszugehöriger nach dem Ende ihrer Funktionsausübung und insbesondere nach dem Untergang des

⁵³ Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip (with selected Annexes) vom 28.9.1995, I.L.M. 36 (1997), 551, 557.

⁵⁴ Zum Abstellen i.R.v. § 5 Nr. 2b BVFG auf die konkret ausgeübte Funktion und nicht auf die gesamte Einrichtung, in der die Funktion ausgeübt wurde, siehe BVerwG, Urteil vom 29.3.2001 (5 C 15.00 – DVBl. 2001, 1526); speziell zum Ausschluß von politischen Offizieren der Sowjetarmee vom Staterwerb nach § 5 Nr. 2b BVFG siehe BVerwG, Urteil vom 29.3.2001 (5 C 24.00 – DVBl. 2001, 1546); zur möglichen Einbeziehung in den Aufnahmebescheid eines Angehörigen gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 BVFG trotz Statusausschluß nach § 5 Nr. 2b BVFG siehe BVerwG, Urteil vom 12.4.2001, unten [20].

kommunistischen Herrschaftssystems gegebenenfalls mit Nachteilen wegen ihrer deutschen Volkszugehörigkeit rechnen müsse. Das für die Rechtsstellung als Spätaussiedler nach § 4 BVFG maßgebliche Kriegsfolgenschicksal knüpfe aber nicht nur an die Benachteiligung als deutscher Volkszugehöriger oder deren Nachwirkungen an, sondern setze weiter einen örtlichen und zeitlichen Bezug voraus und stelle damit wesentlich auf eine in den Aussiedlungsgebieten entstandene und fortdauernde Gefahrenlage ab. Fehle sie oder sei sie unterbrochen, so seien spätere Benachteiligungen aufgrund deutscher Volkszugehörigkeit kein die Rechtsstellung als Spätaussiedler nach § 4 BVFG begründendes Kriegsfolgenschicksal. Entsprechend betreffe auch § 5 Nr. 2 *lit. b* BVFG Fälle, in denen die ursprünglich für den deutschen Volkszugehörigen bestehende Gefahrenlage durch die Ausübung bedeutender Funktionen und den damit verbundenen Schutz durch das System entfallen sei. Wenn dieser Volksdeutsche dann später doch Benachteiligungen unterliegen sollte, so sei doch die ursprüngliche, für die Rechtsstellung als Spätaussiedler maßgebliche, Gefahrenlage unterbrochen gewesen und vermöge eine neu entstehende Gefahrenlage nicht mehr die Rechtsstellung als Spätaussiedler zu begründen.

Die Frage, welche Funktionen i.S.d. § 5 Nr. 2 *lit. b* BVFG gewöhnlich als bedeutsam gegolten hätten, sei nach den zur Zeit des kommunistischen Herrschaftssystems herrschenden politischen und rechtlichen Auffassungen im Aussiedlungsgebiet zu beantworten. Diese seien in der früheren Sowjetunion geprägt gewesen durch die führende Rolle der Kommunistischen Partei der Sowjetunion (KPdSU) in Staat und Gesellschaft. Folglich sei davon auszugehen, daß hauptamtlich tätige Parteifunktionäre der KPdSU eine von § 5 Nr. 2 *lit. b* BVFG erfaßte Funktion ausgeübt hätten.

Auch die Erweiterung des Ausschlußtatbestandes von § 5 Nr. 2 *lit. b* BVFG durch § 5 Nr. 2 *lit. c* BVFG auf Personen, die mit einer nach § 5 Nr. 2 *lit. b* BVFG statusausgeschlossenen Person mindestens drei Jahre in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben, begegne keinen Bedenken. Für diesen Personenkreis sei gleichermaßen, jedenfalls in der Zeit der häuslichen Gemeinschaft mit der statusausgeschlossenen Person, das fortwirkende Kriegsfolgenschicksal unterbrochen gewesen. Verfassungsrechtliche Bedenken zu § 5 Nr. 2 *lit. c* BVFG ergäben sich auch nicht aus Art. 6 Abs. 1 GG als Benachteiligungsverbot. § 5 Nr. 2 *lit. c* BVFG knüpfe nicht an die verwandtschaftlichen oder familiären Beziehung der ausgeschlossenen Person zu dem Funktionsträger i.S.v. § 5 Nr. 2 *lit. b* BVFG an, sondern an das Zusammenleben mit diesem in häuslicher Gemeinschaft. Auch eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG sei wegen des weiter bemessenen Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers bei Regelungen zur Beseitigung von Kriegsfolgelasten nicht ersichtlich.

20. Mit Urteil vom 12.4.2001 (5 C 19.00 – DVBl. 2001, 1527) stellte das BVerwG klar, daß die Statusausschlußvorschrift des § 5 Nr. 2 *lit. b* BVFG einer Einbeziehung in den Aufnahmebescheid eines Angehörigen gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 BVFG nicht entgegensteht. In § 27 Abs. 1 Satz 2 BVFG sei nicht vorgeschrieben, daß die den Ausschluß vom Erwerb des Spätaussiedlerstatus regelnde Vorschrift des § 5 BVFG entsprechend anzuwenden sei und deshalb bei Vorliegen eines der dort genannten Ausschlußtatbestände in der Person des Ehegatten oder Abköm-

lings auch deren Einbeziehung in den der jeweiligen Bezugsperson erteilten Aufnahmebescheid hindere. Vielmehr sei eine sinngemäße Anwendung des § 5 BVFG lediglich in § 7 Abs. 2 Satz 2 BVFG angeordnet, der "Ehegatten und die Abkömmlinge des Spätaussiedlers, die die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 oder 2 nicht erfüllen, aber die Aussiedlungsgebiete im Wege des Aufnahmeverfahrens verlassen haben", aber nur von den in § 7 Abs. 2 Satz 1 BVFG vorgesehenen Rechten und Vergünstigungen ausschließe, wenn sie von § 5 BVFG erfaßt würden. Wäre bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 BVFG in der Person des Ehegatten oder Abkömmlings bereits eine Einbeziehung in den Aufnahmebescheid der jeweiligen Bezugsperson ausgeschlossen, sei § 7 Abs. 2 Satz 2 BVFG ohne Sinn, da dann Ehegatte oder Abkömmlinge nicht – wie § 7 Abs. 2 Satz 1 BVFG verlange – die Aussiedlungsgebiete "im Wege des Aufnahmeverfahrens" verlassen haben könnten. § 7 Abs. 2 BVFG gehe somit gerade davon aus, daß § 5 BVFG einer Einbeziehung des Ehegatten oder Abkömmlings in den Aufnahmebescheid der jeweiligen Bezugsperson nicht entgegenstehe. Allerdings müsse die volksdeutsche Bezugsperson bei Einbeziehung des Ehegatten oder Abkömmlings in den Aufnahmebescheid noch ihren Wohnsitz in den Aussiedlungsgebieten haben.

21. In einem Urteil vom 19.6.2001 (1 C 26.00 – BVerwGE 114, 332) entschied das BVerwG, daß aufgrund eines Aufnahmebescheids (§ 26 BVFG) eingereiste Personen nur unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 Satz 1 BVFG die Eigenschaft als Statutsdeutsche (Art. 116 Abs. 1 GG) erwerben können und daß die Zulassung der Einreise im Wege des Aufnahmeverfahrens als solche noch nicht den Erwerb dieser Eigenschaft bewirkt. Unter welchen Voraussetzungen eine Person i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG "als Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit" in dem dort genannten Gebiet "Aufnahme gefunden hat", sei seit dem Inkrafttreten der durch das Kriegsfolgenbereinigungsgesetz vom 21.12.1992 geänderten Fassung des Bundesvertriebenengesetzes am 1.1.1993 abschließend nach dessen Bestimmungen zu beurteilen. Seitdem könnten Personen, die wie der Kläger im vorliegenden Fall die Aussiedlungsgebiete nach dem 31.12.1992 verlassen hätten, nur noch dann Aufnahme in der Bundesrepublik Deutschland finden, wenn sie Spätaussiedler i.S.d. § 4 Abs. 1 oder 2 BVFG seien. Die einschlägigen Bestimmungen des BVFG stellten insoweit die in Art. 116 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber vorbehaltene gesetzliche Regelung für den Erwerb des Deutschenstatus dar. Der Gesetzeszweck, den Veränderungen in den früheren Ostblockstaaten Rechnung zu tragen und die Zuwanderung aus den Aussiedlungsgebieten stärker als bislang zu steuern und zu begrenzen, schließe es aus, für den genannten Personenkreis eine Aufnahme i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG unter anderen als den im BVFG aufgestellten Voraussetzungen zuzulassen. In materiell-rechtlicher Hinsicht regele allein § 4 Abs. 1 und 2 BVFG, wer Spätaussiedler und damit Deutscher i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG (§ 4 Abs. 3 Satz 1 BVFG) sei und die Rechte und Vergünstigungen nach §§ 7 ff. BVFG genieße. Habe die mit einem Aufnahmebescheid eingereiste Person ihren ständigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland genommen, erhalte sie zum Nachweis ihrer Spätaussiedlereigenschaft auf Antrag eine Bescheinigung (§ 15 Abs. 1 Satz 1 BVFG), die zwar keine konstitutive Wirkung habe, aber nur erteilt werden dürfe,

wenn die Prüfung ergebe, daß der Antragsteller die in § 4 BVFG genannten Anforderungen erfülle. Dieses Regelungskonzept mache deutlich, daß das BVFG für die Rechtsstellung "als Spätaussiedler" der eingereisten Personen verlange, daß sie tatsächlich Spätaussiedler seien, was insbesondere auch für den Erwerb des Deutschenstatus i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG gelte. Entsprechend knüpfe auch das Staatsangehörigkeitsrecht an den Nachweis der Spätaussiedlereigenschaft und nicht an den Aufnahmebescheid i.S.d. § 26 BVFG an. Folglich verbiete sich die Annahme, bereits durch den Aufnahmebescheid werde rechtsverbindlich über den Deutschenstatus i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG entschieden. Das Aufnahmeverfahren nach §§ 26 ff. BVFG solle nach Systematik und Zweck des BVFG allein gewährleisten, daß nur solche Personen in das Bundesgebiet einreisen könnten, die aufgrund einer vorläufigen Prüfung voraussichtlich auch zu dem berechtigten Personenkreis gehörten.

22. In mehreren Urteilen vom 12.7.2001 (5 C 30.00 – DÖV 2002, 250; 5 C 10/01 – BVerwGE 115, 10) stellte das BVerwG klar, daß dem Anspruch des Abkömmlings eines Spätaussiedlers auf Erteilung einer Bescheinigung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BVFG nicht entgegensteht, daß die Aufnahme des Betroffenen nicht aufgrund seiner Abkömmlingeigenschaft im Wege der Einbeziehung nach § 27 Abs. 1 Satz 2 BVFG, sondern aufgrund eigenen Aufnahmebescheids nach § 27 Abs. 1 Satz 1 BVFG erfolgt ist.⁵⁵ Die Rechtsprechung des BVerwG zu Art. 116 Abs. 1 GG, wonach eine Aufnahme "als Abkömmling" eines Vertriebenen deutscher Volkszugehörigkeit voraussetze, daß ein "kausaler Zusammenhang zwischen der Eigenschaft als Abkömmling eines vertriebenen Volksdeutschen und der Aufnahme im Bundesgebiet" bestehe, lasse sich nicht auf § 15 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 2 BVFG übertragen. Diese Rechtsprechung stütze sich auf den Wortlaut des Art. 116 Abs. 1 GG sowie dessen Sinn und Zweck. Schon im Wortlaut würden § 15 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 2 BVFG hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen erheblich von Art. 116 Abs. 1 GG abweichen. Während Art. 116 Abs. 1 GG voraussetze, daß eine Person "als ... Abkömmling ... Aufnahme gefunden" habe, fehle in § 7 Abs. 2 BVFG eine entsprechende Verknüpfung zwischen Aufnahme und Eigenschaft als Abkömmling. § 7 Abs. 2 BVFG fordere lediglich, daß der Ehegatte und die Abkömmlinge "die Aussiedlungsgebiete im Wege des Aufnahmeverfahrens verlassen haben", ohne zwischen Personen, die selbst einen Aufnahmebescheid nach § 27 Abs. 1 Satz 1 BVFG erhalten hätten, und solchen, die nach § 27 Abs. 1 Satz 2 BVFG einbezogen worden seien, zu differenzieren und die Vergünstigungsregelung auf letztere zu beschränken. Eine an Art. 116 Abs. 1 GG anknüpfende Verbindung zwischen dem Aufnahmeverfahren des Abkömmlings und dem Aufnahmeverfahren des volksdeutschen Aszendenten werde folglich von den Regelungen des Aufnahmeverfahrens in §§ 26 ff. BVFG und des Bescheinigungsverfahrens nach § 15 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 2 BVFG nicht vorausgesetzt. Vielmehr umfasse der Begriff des Verlassens der Aussiedlungsgebiete "im Wege des Aufnahmeverfahrens".

⁵⁵ Ebenso BVerwG, Urteil vom 12.7.2001 (5 C 10/01 – NJW-RR 2002, 387).

rens" alle nach § 27 BVFG möglichen Verfahrensgestaltungen. Das Aufnahmeverfahren der §§ 26 ff. BVFG habe gegenüber dem Bescheinigungsverfahren nach § 15 BVFG eine eigenständige Bedeutung und präjudiziere dieses nicht. Indem das Gesetz in § 7 Abs. 2 BVFG an die erfolgreiche Durchführung des Aufnahmeverfahrens anknüpfe, messe es dem Vorliegen eines Aufnahmebescheids im Rahmen des Bescheinigungsverfahrens nach § 15 Abs. 2 BVFG Tatbestandswirkung bei, ohne aber darüber hinaus auch an die materiellen Voraussetzungen der Aufnahme anzuknüpfen. Ebenso wenig wie der Wortlaut verknüpfe die Systematik des Gesetzes Aufnahme und Bescheinigung derart, daß eine Bescheinigung nach § 15 Abs. 2, § 7 Abs. 2 BVFG eine Aufnahme "als" Ehegatte oder Abkömmling voraussetze. Eine solche Verknüpfung ergebe sich ebenfalls weder aus Sinn und Zweck des Aufnahmeverfahrens, den Zustrom von Ausreisewilligen aus den Aussiedlungsgebieten in geordnete Bahnen zu lenken, noch des Bescheinigungsverfahrens, Ehegatten und Abkömmlinge des Spätaussiedlers und damit auch den Spätaussiedler selbst einzugliedern. Der Regelungszweck von § 15 Abs. 2, § 7 Abs. 2 BVFG werde folglich nicht dadurch berührt, daß das Aufnahmeverfahren für den Angehörigen nicht durch dessen Einbeziehung in den Aufnahmebescheid einer Bezugsperson nach § 27 Abs. 1 Satz 2 BVFG, sondern auf der Grundlage von § 27 Abs. 1 Satz 1 BVFG durchgeführt worden sei.

VI. Fremdenrecht

1. Allgemeine Fragen der Einreise und des Aufenthalts

23. Das BVerfG entschied in einem Kammerbeschluß vom 9.2.2001 (1 BvR 781/98 – DVBl. 2001, 892), daß die fachgerichtliche Auslegung von § 120 Abs. 5 Satz 2 BSHG dahin gehend, daß Ausländern, für die ein Abschiebungshindernis besteht und die über eine räumlich nicht beschränkte Aufenthaltsbefugnis verfügen, Hilfe zum Lebensunterhalt bei Wohnsitzbegründung außerhalb des Bundeslandes versagt werden darf, indem die Aufenthaltsbefugnis erstmals erteilt worden ist, nicht willkürlich ist, nicht in einer gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßenden Weise auf der Nichtbeachtung oder fehlerhaften Anwendung völkerrechtlicher Regelungen beruht und auch nicht gegen das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verstößt. Zwar stehe § 120 Abs. 5 Satz 2 BSHG faktisch dem Umzug in ein anderes Bundesland entgegen, die Betroffenen seien aber sozialhilferechtlich nicht daran gehindert, innerhalb des Bundeslandes umzuziehen, in dem die Aufenthaltsbefugnis erstmals erteilt worden sei. Damit könnten sie ihren besonderen Lebensumständen und besonderen Lebensvorstellungen durch Veränderung des Lebensmittelpunktes auf dem Gebiet eines Flächenstaats hinreichend Rechnung tragen. Im Hinblick auf das für ein Bundesland uneingeschränkt eingeräumte Aufenthaltsbestimmungsrecht sei es nicht willkürlich, der mit § 120 Abs. 5 Satz 2 BSHG verfolgten Zielsetzung Vorrang vor dem Interesse an einem bundesweit nicht beschränkten Sozialhilfebezug einzuräumen. Die Vorschrift trage zur angemessenen Vertei-

lung der Sozialhilfeleistungen auf die einzelnen Bundesländer und zur Integration der Betroffenen bei. Zugleich erschwere sie die mißbräuchliche (mehrfache) Inanspruchnahme von Sozialhilfe. Hierbei handele es sich um hinreichende, dem Gemeinwohl dienende Anliegen. Es sei auch nicht ersichtlich, daß bei der Auslegung des § 120 Abs. 5 Satz 2 BSHG völkerrechtliche Regelungen in einer gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßenden Weise nicht beachtet oder fehlerhaft angewendet worden seien. Das BVerfG prüfe und beanstande nur die Verletzung von Verfassungsrecht. Hierzu zählten weder Art. 23 und 26 GFK⁵⁶ noch die inhaltsgleichen Art. 23 und 26 StlÜ⁵⁷. Diese Bestimmungen, wonach die Vertragsstaaten verpflichtet seien, den Flüchtlingen und Staatenlosen, die sich rechtmäßig in ihrem Staatsgebiet aufhalten, auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge sowie sonstigen Hilfe- und Unterstützungsleistungen die gleiche Behandlung wie ihren eigenen Staatsangehörigen zu gewähren und ihnen das Recht auf freie Wahl des Aufenthaltsortes einzuräumen, stünden einfachen Bundesgesetzen gleich. Ihre Anwendung und Auslegung als Völkervertragsrecht sei Aufgabe der Fachgerichte, die hier keiner anderen verfassungsgerichtlichen Kontrolle als bei der Anwendung einfachen Rechts unterlägen. Das BVerfG könne daher nur prüfen, ob die Fachgerichte gegen Verfassungsrecht verstoßen hätten. Das sei in der Regel erst dann anzunehmen, wenn eine grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs oder wenn eine fehlerhafte Rechtsanwendung vorliege, die bei verständiger Würdigung der Grundgedanken des Grundgesetzes nicht mehr verständlich sei. Hiernach begegneten die angegriffenen Entscheidungen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Im übrigen sei die fachgerichtliche Auslegung des § 120 Abs. 5 Satz 2 BSHG auch mit Art. 2 Abs. 1 GG vereinbar, der unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung stehe. Lasse die gesetzliche Beschränkung der freien Persönlichkeitsentfaltung – wie vorliegend – den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung unberührt, habe jedermann staatliche Maßnahmen hinzunehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes getroffen würden.

24. Mit Urteil vom 10.7.2001 (1 C 35.00 – BVerwGE 114, 356) betonte das BVerwG, daß ein inländischer religiöser Verein, der sich mit einer Feststellungsklage gegen die Ausschreibung seines ausländischen geistlichen Oberhauptes zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS) wendet, aus seinem Grundrecht auf Freiheit der Religionsausübung (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) klagebefugt sein kann.

Der Kläger, ein eingetragener deutscher Verein deutscher Mitglieder der weltweit tätigen Vereinigungskirche, hatte sich dagegen gewendet, daß ihr Gründer und Oberhaupt Sun Myung Mun und seine Ehefrau, beide Staatsangehörige der Repu-

⁵⁶ Genfer 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. 1969 II, 1293.

⁵⁷ Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen (Anm. 50); i.V.m. den Einschränkungen des Art. 1 Nr. 1 des Zustimmungsgesetzes vom 12.4.1976.

blik Korea (Südkorea) mit Wohnsitz in den Vereinigten Staaten von Amerika, Anfang November 1995 gemäß § 96 Abs. 2 SDÜ⁵⁸ für die Dauer von zunächst drei Jahren zur Einreiseverweigerung ausgeschlossen worden waren. Die Maßnahme war damit begründet worden, daß die Einreise der Eheleute Mun in schwerwiegendem Maße die Interessen Deutschlands beeinträchtige und deshalb die Voraussetzungen für eine Zurückweisung an der Grenze nach § 60 AuslG vorlägen. Hiergegen hatte der klagende Verein im Dezember 1995 Klage zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ausschreibung der Eheleute Mun zur Einreiseverweigerung erhoben. Zur Begründung hatte er im wesentlichen geltend gemacht, er habe als Religionsgemeinschaft nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG bzw. Art. 9 EMRK⁵⁹ ein eigenes subjektives öffentliches Recht darauf, daß seine Interessen an der geistlichen Betreuung seiner Mitglieder durch die Eheleute Mun bei der Entscheidung über deren Einreise ermessensfehlerfrei berücksichtigt würden.

Das BVerwG entschied, daß das Berufungsgericht die Feststellungsklage zu Recht als zulässig angesehen habe. Ein Feststellungsinteresse des Klägers nach § 43 Abs. 1 VwGO sei zu bejahen. Der Kläger erstrebe die Feststellung des Bestehens eines eigenen Rechtsverhältnisses zu der Beklagten, das nach seiner Auffassung durch die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung der Eheleute Mun entstanden sei. Es gehe dem Kläger ersichtlich um die Feststellung, daß die Beklagte bei der Entscheidung über die Ausschreibung der Eheleute Mun zur Einreiseverweigerung eigene Rechte des Klägers, insbesondere aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu berücksichtigen habe. Der Einwand der Beklagten, die Ausschreibung sei eine rein innerbehördliche Maßnahme und erlange erst durch die tatsächliche Zurückweisung an der Grenze Außenwirkung, stehe dem nicht entgegen. Es könne dahinstehen, ob die Ausschreibung kein Verwaltungsakt, sondern eine verwaltungsinterne Maßnahme sei, die lediglich ein Hilfsmittel für die Grenzbehörde bei der möglicherweise in Zukunft notwendigen Entscheidung über die Zurückweisung des Ausländers an der Grenze nach § 60 AuslG darstelle. Denn unabhängig von ihrem rechtlichen Charakter wirke sich jedenfalls die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im SIS nach Art. 96 Abs. 2 SDÜ wegen ihrer über die nationalen Grenzen hinausgehenden Bedeutung bereits hinreichend konkret auf die von der beabsichtigten Einreiseverweigerung Betroffenen aus. Die Ausschreibung führe gemäß Art. 5 Abs. 1 *lit. d* und Abs. 2 SDÜ regelmäßig zur Zurückweisung an den Außengrenzen des sogenannten Schengenraumes durch die Grenzbehörden des jeweils zuständigen Vertragsstaates des Schengener Übereinkommens⁶⁰. Sie werde also – anders als eine nur nationale Ausschreibung – nicht notwendig von deutschen Behörden durch Zurückweisung an der Grenze mit entsprechenden Rechtsschutzmöglichkeiten in Deutschland umgesetzt, sondern auch durch die übrigen Vertragsstaaten, die ihrerseits die Berechtigung der Ausschreibung durch den anderen Vertragsstaat allenfalls in beschränktem Umfang überprüfen könnten und dürften. Mit der Ausschreibung

⁵⁸ Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen (Anm. *37).

⁵⁹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Anm. 6).

⁶⁰ Vgl. Anm. 19.

zur Einreiseverweigerung sei danach auch gegenüber dem Kläger die maßgebliche Entscheidung gefallen. An der Klärung dieser Rechtsbeziehung habe der Kläger ein berechtigtes Interesse.

Ebenfalls sei das Vorliegen einer Klagebefugnis nach §§ 43, 42 Abs. 2 VwGO zu bejahen. Jedenfalls im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit der Klage sei davon auszugehen, daß der Kläger gemäß Art. 19 Abs. 3 GG Träger des Grundrechts der Religionsausübungsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sei. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts könne ein subjektives Recht des Klägers allerdings nicht damit begründet werden, daß Art. 96 Abs. 2 SDÜ (Ausschreibungsgründe) – zumindest auch – eine Norm mit Schutzwirkung zugunsten Dritter darstelle, die in Verbindung mit der grundrechtlich geschützten Religionsfreiheit dem Kläger eine subjektive Rechtsposition vermittele. Angesichts der Konzeption des Schengener Übereinkommens spreche viel dafür, daß diese Bestimmung nur die Vertragsstaaten des Schengener Übereinkommens berechtige und verpflichte, aber keine unmittelbare Wirkung gegenüber den Betroffenen entfalte. Eine Berücksichtigungspflicht zugunsten eines religiösen Vereins bzgl. der Einreise seines geistlichen Oberhauptes sei aber nicht von vornherein ausgeschlossen. Zwar komme den ausländerrechtlichen Bestimmungen zu Einreise und Aufenthalt von Ausländern einfachgesetzlich in der Regel keine Schutzwirkung zugunsten Dritter zu. Falls aber das Gesetz wie hier der Behörde einen Ermessensspielraum eröffne, seien bei der Ausübung dieses Ermessens auch verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und Grundrechte Dritter zu berücksichtigen. Dieser Pflicht entspreche grundsätzlich auch ein subjektives Recht des betroffenen Grundrechtsträgers mit der Folge, daß die das Ermessen eröffnende Norm im Lichte der Grundrechte auch Schutzwirkung zu seinen Gunsten entfalte. Vorliegend sei der Schutzbereich dieses dem Kläger als Religionsgemeinschaft zustehenden Grundrechts möglicherweise berührt, da es nicht von vornherein auszuschließen sei, daß auch das Interesse an der persönlichen Anwesenheit des ausländischen Oberhauptes eines religiösen Vereins bei religiösen Veranstaltungen je nach dessen Stellung in der Vereinigung durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt sein könne.

25. In einem Beschluß vom 21.2.2001 (8 S 2/00 – NVwZ Beilage I 11/2001, 116) stellte das OVG Berlin klar, daß der Aufenthalt in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, der das SDÜ⁶¹ unterzeichnet hat, nicht als Inlandsaufenthalt i.S.d. § 69 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AuslG gewertet werden kann. Das fiktive Aufenthaltsrecht könne nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes nur entstehen, wenn der Ausländer sich im Zeitpunkt der Antragstellung tatsächlich im Inland aufgehalten habe. Falls er sich im Ausland aufhalte, müsse er die Erteilung eines Visums beantragen. Das SDÜ greife nicht zugunsten des Ausländers ein. Insbesondere gebiete es nicht, den Aufenthalt in einem anderen Staat der Europäischen Union wie einen Inlandsaufenthalt zu bewerten mit der Folge, daß der Ausländer so zu behandeln wäre, als ob er seinen tatsächlichen Aufenthalt im Bundesgebiet beibehalten hätte. Dritt aus-

⁶¹ Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen (Anm. 37).

ländern werde der Aufenthalt unter den in Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 *lit.* a, c und e SDÜ genannten Voraussetzungen für einen kurzfristigen, bis zu drei Monate dauernden Aufenthalt lediglich erleichtert. Der Grenzübertritt bleibe im übrigen ausländerrechtlich relevant. Auf die Möglichkeit einer visumsfreien Wiedereinreise nach Art. 23 Abs. 2 SDÜ könne sich der Ausländer in einem solchen Fall nur dann berufen, wenn er dessen tatbestandliche Voraussetzungen erfülle, nämlich über eine gültige Aufenthaltserlaubnis oder einen von der Bundesrepublik Deutschland als andere Vertragspartei ausgestellten vorläufigen Aufenthaltstitel in der Gestalt eines fiktiven verfahrensbedingten Aufenthaltsrechts verfüge.

26. Mit Beschluß vom 11.6.2001 (13 S 542/01 – InfAuslR 2001, 432) entschied der VGH Baden-Württemberg, daß die Verwahrung des Reisepasses eines ausreisepflichtigen Ausländers bis zu dessen Ausreise nach § 42 Abs. 6 AuslG (Ausländergesetz 1990) nicht gegen Völkerrecht verstößt. Der ausreisepflichtige Ausländer habe keinen Anspruch auf generelle Herausgabe seines verwahrten Reisepasses. Es könne dahingestellt bleiben, ob eine natürliche Person überhaupt aus einem völkerrechtswidrigen Handeln von Behörden des Aufenthaltsstaates gegenüber dem Heimatstaat ein subjektives Recht auf Herausgabe des verwahrten Reisepasses unmittelbar an sich haben könne. Die Verwahrung des Reisepasses eines ausreisepflichtigen Ausländers berühre die Personalhoheit des Herkunftsstaates des betreffenden Ausländers nicht. Das aus der Staatsangehörigkeit folgende Schutz- und Treueverhältnis des Ausländers zu seinem Herkunftsstaat werde von den Behörden des Aufenthaltsstaates durch die durch sachliche Interessen gerechtfertigte Verwahrung des Reisepasses nicht in Frage gestellt. Insbesondere maßten sich die Behörden des Völkerrechtssubjekts Bundesrepublik Deutschland hierdurch keine eigene Personalhoheit gegenüber dem ausreisepflichtigen Ausländer an. Es entspreche einem feststehenden Grundsatz des Völkerrechts, daß ein Staat, vorbehaltlich seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen, berechtigt sei, die Bestimmungen für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in seinem Hoheitsgebiet festzulegen. Dies schließe auch die Befugnis ein, Anordnungen zu treffen, die den tatsächlichen Erfolg von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sicherstellen sollten, wie durch § 42 Abs. 6 AuslG die Verwahrung des Reisepasses. Eine Ausnahme von der Regel des § 42 Abs. 6 AuslG komme aber im Einzelfall in Betracht, wenn glaubhaft gemacht werde, daß eine beglaubigte Kopie des Reisepasses nicht ausreiche zum Nachweis der Zugehörigkeit zum Herkunftsstaatsverband.

27. In einem Urteil vom 15.11.2001 (10 B 00.1873 – DVBl. 2001, 56) befaßte sich der VGH Bayern mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein straffällig gewordener Familienangehöriger eines türkischen Arbeitnehmers über ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland verfügt.

Rechtsgrundlage für die vom Kläger begehrte Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis sei Art. 7 Satz 1 ARB 1/80⁶², der ebenso wie Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 un-

⁶² Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei vom 19.9.1980 über die Entwicklung der Assoziation, veröffentlicht in: Rat der EG (Hrsg.), Assoziierungsabkommen und Protokolle EWG-Türkei sowie andere Basisdokumente (1992), 327 ff.; InfAuslR 1982, 33.

mittelbare Wirkung habe. Zwar regelten Art. 6 und 7 ARB 1/80 ihrem Wortlaut nach nur die beschäftigungsrechtliche Stellung türkischer Arbeitnehmer und ihrer Angehörigen. Jedoch habe der EuGH entschieden, daß das Recht, sich auf jedes Stellenangebot zu bewerben, zwangsläufig die Anerkennung eines Aufenthaltsrechts des Bewerbers beinhalte.⁶³ Nichts anderes gelte für den hier anzuwendenden Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 dessen Voraussetzungen der Kläger erfülle. Der Geltendmachung eines Anspruchs aus Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 stehe mit Blick auf den Gesetzeszweck – die tatsächliche Zusammenführung der türkischen Arbeitnehmer mit ihren Familienangehörigen im Aufnahmemitgliedstaat zu fördern – nicht entgegen, daß der Kläger im Bundesgebiet geboren und nicht im Wege der Familienzusammenführung eingereist sei. Ein genehmigungsfreier Aufenthalt eines hier geborenen Kindes sei jedenfalls dann der Genehmigung zum Familiennachzug gleichzustellen, wenn die Behörde wie vorliegend von ihrem Recht aus § 3 Abs. 5 AuslG zur nachträglichen Beschränkung des genehmigungsfreien Aufenthalts keinen Gebrauch gemacht habe.

Der Anspruch aus Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 sei auch nicht durch die Abschiebung des Klägers in die Türkei am 14.11.1998 und seinen dortigen Aufenthalt seit der Abschiebung entfallen. Nach der Rechtsprechung des EuGH könne der türkische Familienangehörige zumindest nach einem fünfjährigen ordnungsgemäßen Wohnsitz hinsichtlich einer Beschäftigung ein individuelles Recht aus Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 herleiten.⁶⁴ Die praktische Wirksamkeit dieses Rechts setze zwangsläufig die Existenz eines entsprechenden Aufenthaltsrechts voraus, das ebenfalls auf dem Gemeinschaftsrecht beruhe und vom Fortbestehen der Voraussetzungen für den Zugang zu diesen Rechten unabhängig sei. Dies bedeute, so der VGH, daß es für die Geltendmachung eines Anspruchs nach dieser Vorschrift nicht darauf ankomme, ob der Kläger derzeit noch einen ordnungsgemäßen Wohnsitz i.S.d. Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 habe. Ein Verlust der erworbenen Rechtsstellung könne – abgesehen von Art. 14 ARB 1/80 – lediglich dann eintreten, wenn der Familienangehörige des türkischen Arbeitnehmers das Gebiet des Mitgliedstaates für einen nicht unerheblichen Zeitraum ohne berechtigte Gründe verlasse. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

Das aus Gemeinschaftsrecht erwachsene Aufenthaltsrecht des Klägers sei auch nicht durch die seiner Abschiebung vorausgehende Untersuchungshaft erloschen. Nach der Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 sei geklärt, daß ein türkischer Arbeitnehmer nach einem langjährigen rechtmäßigen Aufenthalt die ihm nach dem Gemeinschaftsrecht zustehenden Vergünstigungen nicht verliere, wenn er sich eine gewisse Zeit in Untersuchungshaft befinde.⁶⁵ Für die Rechte von Familienangehörigen türkischer Arbeitnehmer aus Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 müsse glei-

⁶³ Zu Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80: EuGH, Urteil vom 16.12.1992 (C-237/91, *Kus/Landeshauptstadt Wiesbaden* – Slg.1992, I-6781) sowie zu Art. 7 Satz 2 ARB 1/80: EuGH, Urteil vom 5.10.1994 (C-355/93, *Eroglu/Land Baden-Württemberg* – Slg. 1994, I-5113).

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 16.3.2000 (C-329/97, *Ergat* – Slg. 2000, I-1487).

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 10.2.2000 (C-340/97, *Nazli u.a.* – Slg. 2000, I-957).

ches gelten. Dafür spreche auch, daß eine Art. 6 Abs. 2 ARB 1/80 vergleichbare Vorschrift bei Art. 7 ARB 1/80 fehle und daß nach nationalem Recht sogar bei einer Strafhaft des Ausländers dessen Aufenthalt nicht ohne weiteres als nicht rechtmäßig angesehen werde. Die Frage, ob eine Strafhaft Ansprüche aus Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 vernichte, brauche hier nicht beantwortet zu werden.

Der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis des Klägers nach Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 stehe auch nicht entgegen, daß sich dieser bislang weder auf ein Stellenangebot im Bundesgebiet beworben habe, noch einer Beschäftigung nachgegangen sei. Zweck der Regelung des Art. 7 ARB 1/80 sei die Zusammenführung der Familien türkischer Arbeitnehmer zur Stärkung der Stellung der Familienangehörigen eines dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehörenden, türkischen Arbeitnehmers, insbesondere unter Berücksichtigung des Grundrechts auf Ehe und Familie aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK⁶⁶. Art. 7 ARB 1/80 unterscheide sich damit von Art. 6 ARB 1/80, der die Aufenthaltserlaubnis mit einer ordnungsgemäßen Beschäftigung verknüpfe. Jedoch ermögliche Art. 14 Abs. 1 ARB 1/80 den Mitgliedstaaten, den Aufenthalt eines türkischen Familienangehörigen in ihrem Gebiet in Einzelfällen bei Vorliegen triftiger Gründe zu beschränken, wenn dieser durch sein persönliches Verhalten die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit tatsächlich und schwerwiegend gefährde. Allerdings dürfe die Aufenthaltsbeendigung eines unmittelbar aus den Vorschriften des ARB 1/80 berechtigten türkischen Staatsangehörigen nicht allein aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung zu generalpräventiven Zwecken erfolgen.⁶⁷ Eine Aufenthaltsbeendigung aus spezialpräventiven Gründen sei aber dann zulässig, wenn außer der Störung der öffentlichen Ordnung eine tatsächliche und hinreichende Gefährdung vorliege, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre. In den vom Kläger begangenen Straftaten sei zwar eine schwere Störung der öffentlichen Ordnung zu sehen, diese deute aber nicht auf die konkrete Gefahr von weiteren schweren Störungen der öffentlichen Ordnung hin.

28. Das VG Frankfurt a.M. vertrat in einem Urteil vom 28.6.2001 (1 E 2443/99 (3) – NVwZ Beilage I 2/2002, 31) die Ansicht, daß sich aus Art. 40 des Kooperationsabkommens EWG – Marokko⁶⁸ ein Rechtsanspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis ergeben kann, wenn der Aufnahmemitgliedstaat dem marokkanischen Wanderarbeitnehmer in Bezug auf die Ausübung einer Beschäftigung weitergehende Rechte als in Bezug auf den Aufenthalt verliehen hat. Das Diskriminierungsverbot des Art. 40 Abs. 1 Kooperationsabkommen habe nach der Rechtsprechung des EuGH⁶⁹ unmittelbare Wirkung. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts sei es einem Mitgliedstaat aber grundsätzlich nicht untersagt, die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis eines marokkanischen Staatsangehörigen, dem er die

⁶⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Anm. 6).

⁶⁷ EuGH, Urteil vom 10.2.2000 (Anm. 65).

⁶⁸ Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und dem Königreich Marokko vom 27.4.1976, BGBl. 1978 II, 690; ABL. EG 1969 L 197/3.

⁶⁹ EuGH, Urteil vom 2.3.1999 (C-416/96, *Eddline El-Yassini* – Slg. 1999, I-1209).

Einreise und die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt habe, abzulehnen, wenn der ursprüngliche Grund für die Gewährung des Aufenthaltsrechts nach Ablauf der Aufenthaltserlaubnis nicht mehr bestehe. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn der Aufnahmemitgliedstaat dem marokkanischen Wanderarbeitnehmer in Bezug auf die Ausübung einer Beschäftigung weitergehende Rechte als in Bezug auf den Aufenthalt verliehen habe, etwa wenn der Mitgliedstaat vor Ablauf der Arbeitserlaubnis eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis abgelehnt habe, ohne daß dies aus Gründen des Schutzes eines berechtigten Interesses des Staates geschehen sei. Die Rechtsprechung des EuGH sei dahin gehend zu verstehen, daß es allein auf die formale Rechtslage ankomme und daß das formale Bestehen einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis im Verhältnis zu einer befristeten Aufenthaltsgenehmigung zur Anwendung von Art. 40 Kooperationsabkommen ausreiche. Die vom EuGH verwendete Formulierung der "Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit" finde sich auch in Art. 48 Abs. 3 EGV⁷⁰ als Einschränkungsmöglichkeit der Freizügigkeit von Arbeitnehmern. Durch die Verwendung dieser Formulierung stelle der EuGH klar, daß insoweit seine Rechtsprechung zu Art. 48 Abs. 3 EGV auch auf das Kooperationsabkommen Anwendung finde und der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit restriktiv auszulegen sei. Damit könnten reine einwanderungspolitische Ziele des nationalen Ausländergesetzes nicht unter den Begriff der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit subsumiert und der Berufung auf Art. 40 des Kooperationsabkommens EWG – Marokko auch nicht entgegeng gehalten werden.

2. Ausweisung und Abschiebung

29. Das BVerfG bekräftigte in einem Beschluß vom 5.12.2001 (2 BvR 527/99, 1337, 1777/00 – BVerfGE 104, 220), daß ein Freiheitsverlust durch Inhaftierung, insbesondere Abschiebungshaft, ein Rehabilitierungsinteresse des Betroffenen indiziert, das ein von Art. 19 Abs. 4 GG umfaßtes Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellung der Rechtswidrigkeit auch dann begründet, wenn die Maßnahme erledigt ist. Art. 19 Abs. 4 GG enthalte ein Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt, der aber grundsätzlich von einem vorhandenen und fortbestehenden Rechtsschutzinteresse abhängig gemacht werden könne. Trotz Erledigung des ursprünglichen Rechtsschutzziels könne ein Bedürfnis nach richterlicher Entscheidung jedoch fortbestehen, wenn das Interesse des Betroffenen an der Feststellung der Rechtslage in besonderer Weise schutzwürdig sei.

Ein trotz Erledigung fortbestehendes Rechtsschutzinteresse sei allgemein anerkannt zur Beseitigung einer Wiederholungsgefahr oder einer fortwirkenden Beeinträchtigung durch einen an sich beendeten Eingriff sowie in Fällen tiefgreifender

⁷⁰ Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Anm. 3), i.d.F. des Vertrages über die Europäische Union (Maastricht-Vertrag) vom 7.2.1992, BGBl. 1992 II, 1253, 1256.

Grundrechtseingriffe, worunter vornehmlich solche fielen, die schon das Grundgesetz – wie in den Fällen der Art. 13 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 2 und 3 – unter Richtervorbehalt gestellt habe. Bei derart schwerwiegenden Grundrechtseingriffen habe das BVerfG ein durch Art. 19 Abs. 4 GG geschütztes Rechtsschutzinteresse in Fällen angenommen, in denen die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt habe, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozeßordnung gegebenen Instanz kaum habe erlangen können. Im Bereich der Abschiebungshaft komme hiernach ein Rechtsschutzinteresse trotz prozessualer Überholung etwa bei Haftanordnungen im Wege der einstweiligen Anordnung oder zur Vorbereitung der Ausweisung in Betracht, bei denen die Haft auf sechs Wochen begrenzt sei oder werden solle.

Fälle längerfristig angeordneter Sicherungshaft – wie vorliegend – seien davon zu unterscheiden. Der BGH habe insoweit darauf hingewiesen, daß die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei typischem Verfahrensablauf in der Lage seien, über Rechtsmittel gegen die Anordnung von Haft zur Sicherung der Abschiebung innerhalb der Haftdauer zu entscheiden.⁷¹ Hierauf komme es jedoch bei Eingriffen in das Grundrecht der Freiheit der Person nicht maßgeblich an. Jede Inhaftierung greife in schwerwiegender Weise in das Recht auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ein, das einen besonders hohen Rang habe. Schon dies lasse in der Regel ein Interesse des Betroffenen der Feststellung der Rechtswidrigkeit auch nach Erledigung des Eingriffs als schutzwürdig erscheinen. Zudem könne ein Rechtsschutzinteresse für eine (nachträgliche) Feststellung der Rechtswidrigkeit anerkanntermaßen auch aus dem diskriminierenden Charakter einer Maßnahme folgen. Ein Freiheitsverlust durch Inhaftierung indiziere ein solches Rehabilitierungsinteresse, auch wenn er nicht mit einer strafrechtlichen Unwerterklärung verbunden sei. Die Anordnung von Haft zur Sicherung der Abschiebung sei – wie sich aus den in § 57 Abs. 2 AuslG angeführten Haftgründen ergebe – notwendig mit der Feststellung verbunden, der Betroffene werde ohne die Inhaftierung seine Abschiebung wesentlich erschweren oder vereiteln. Implizit sei damit der Vorhalt verbunden, der betroffene Ausländer habe sich in einer Weise gesetzwidrig verhalten – oder drohe sich so zu verhalten –, die seine Inhaftierung rechtfertige. Die Haftanordnung sei damit auch geeignet, das Ansehen des Betroffenen in der Öffentlichkeit herabzusetzen. Die Gewährung von Rechtsschutz könne im Hinblick auf das bei Freiheitsentziehungen bestehende Rehabilitierungsinteresse weder vom konkreten Ablauf des Verfahrens und dem Zeitpunkt der Erledigung der Maßnahme noch davon abhängen, ob in Abschiebungshaftfällen Rechtsschutz typischerweise noch vor Beendigung der Haft erlangt werden könne.

30. Mit Urteil vom 12.7.2001 (1 C 2.01 – BVerwGE 114, 379) betonte das BVerwG, daß das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge und die Verwaltungsgerichte bei allgemeinen Gefahren i.S.d. § 53 Abs. 6 Satz 2 AuslG

⁷¹ BGH, Beschluß vom 25.6. 998 (V ZB 7-98 – BGHZ 139, 254).

nur dann befugt sind, Schutz vor der Durchführung der Abschiebung in verfassungskonformer Auslegung des § 53 Abs. 6 AuslG zu gewähren, wenn dies zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Schutzlücke erforderlich ist.⁷² Hierbei stellte das BVerwG klar, daß die verfassungskonforme Anwendung von § 53 Abs. 6 AuslG zwar dann auf jeden Fall geboten ist, wenn der einzelne Asylbewerber sonst gänzlich schutzlos bliebe, daß sie aber mit Rücksicht auf das gesetzliche Schutzkonzept auch dann zulässig ist, wenn der Abschiebung zwar anderweitige – nicht unter § 53 Abs. 1, 2, 4 oder 6 Satz 1 oder § 54 AuslG fallende – Hindernisse entgegenstehen, diese aber keinen gleichwertigen Schutz bieten. Gleichwertig sei der anderweitige Schutz nur, wenn er dem entspreche, den der Ausländer bei Vorliegen eines Erlasses nach § 54 AuslG gehabt hätte oder den er bei Anwendung des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG hätte erreichen können. Dann bedürfe der Asylbewerber nicht des zusätzlichen Schutzes durch verfassungskonforme Anwendung des § 53 Abs. 6 AuslG. Hieraus folge, daß ebenso wie bei einem Erlaß nach § 54 AuslG, der nicht auf die Gewährung von verfassungsrechtlich gebotenen humanitären Abschiebungsschutz beschränkt sei, auch jede andere ausländerrechtliche Erlaßlage die Durchbrechung der Sperrwirkung des § 53 Abs. 6 Satz AuslG hindere, weil und sofern sie dem einzelnen Ausländer einen vergleichbar wirksamen Schutz vor Abschiebung vermittele. Welche sonstigen Schutzmöglichkeiten oder Vollstreckungshindernisse ausreichten, um eine verfassungskonforme Anwendung des § 53 Abs. 6 AuslG auszuschließen, bedürfe vorliegend keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls werde diese nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß ein faktisches Hindernis der Vollstreckung der Abschiebung vorübergehend entgegenstehe. Die verfassungskonforme Anwendung des § 53 Abs. 6 AuslG sei nur nachrangig, wenn ein gleichwertiger Schutz vor Abschiebung tatsächlich bestehe. Dies gelte auch dann, wenn der Ausländer im entscheidungserheblichen Zeitpunkt bereits im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung oder mindestens einer asylverfahrensunabhängigen Duldung gewesen sei, deren Schutzwirkung nicht hinter der einer Duldung nach § 41 AsylVfG zurückbleibe. Der Asylbewerber stehe hier im Ergebnis nicht schlechter, als er im Falle der Gewährung von Abschiebungsschutz nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG in unmittelbarer Anwendung stünde. Auf die zusätzlichen Vorteile aus der weitreichenden Bindungswirkung der Bundesamtsentscheidung (§§ 42, 73 Abs. 3 AsylVfG) komme es nicht an, diese Regelungen dienten nicht dem Interesse des Asylbewerbers. Allerdings verlange das Schutzkonzept des Asylverfahrens und des Ausländergesetzes, den Asylbewerber nicht mit Rücksicht auf noch unentschiedene sonstige Bleiberechte und Duldungsansprüche oder wegen eines vorübergehenden faktischen Vollstreckungshindernisses ohne zielstaatsbezogene Schutzentscheidung nach § 53 Abs. 6 AuslG zu lassen. Hier seien das Bundesamt und die Verwaltungsgerichte befugt und verpflichtet, dem Ausländer Abschie-

⁷² Zum Rechtsschutzbedürfnis bei einer Klage auf Gewährung von Abschiebungsschutz nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG bei Vorliegen einer Duldung und zum Begriff der allgemeinen Gefahr in § 53 Abs. 1 Satz 2 AuslG siehe BVerwG, Urteil vom 12.7.2001 (1 C 5.01 – BVerwGE 115, 1).

bungsschutz durch eine positive Feststellung nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG unter ausnahmsweiser Durchbrechung der Sperrwirkung des Satzes 2 zu gewähren.

31. Zum Beschluß vom 10.1.2001 (12 LA 323/01 – Juris) des OVG Niedersachsen zu Art. 3 EMRK⁷³ als Abschiebungshindernis und dessen Reichweite hinsichtlich von Kriegs- und Bürgerkriegsgefahren sowie Rechtsverletzungen durch beliebige private Dritte vgl. unten [51].

32. Das OVG Nordrhein-Westfalen unterstrich in einem Urteil vom 13.6.2001 (17 A 5552/00 – InfAuslR 2001, 424), daß die Anwendung der Regelungen des § 47 AuslG⁷⁴ (AuslG 1990) auf den durch den ARB 1/80⁷⁵ begünstigten Personenkreis weder durch Art. 13 ARB 1/80 noch durch Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zum Assoziierungsabkommen EWG – Türkei⁷⁶ grundsätzlich ausgeschlossen ist.⁷⁷ Nach Art. 13 ARB 1/80 dürften die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und die Türkei für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß seien, keine neuen Beschränkungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einführen. Art. 13 ARB 1/80 habe in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft unmittelbare Wirkung und umfasse auch das Aufenthaltsrecht. Die Neuregelung des Ausweisungsrechts durch die Einführung der Ist- und Regelausweisung (§ 47 Abs. 1 und 2 AuslG) durch das Ausländergesetz vom 9.7.1990 könne hier zu Beschränkungen führen. Das Stillhaltegebot des Art. 13 ARB 1/80 stehe jedoch unter dem Vorbehalt von Art. 14 Abs. 1 ARB 1/80, der Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit zulasse, wobei die Bedeutung dieses Schrankenvorbehalts derjenigen in Art. 48 Abs. 3 EGV⁷⁸ entspreche. Die Ausweisung der durch den ARB 1/80 begünstigten türkischen Staatsangehörigen unterliege damit denselben materiellrechtlichen Schranken wie diejenige von Gemeinschaftsangehörigen, die inhaltlich durch Art. 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 64/221 des Rates der EWG⁷⁹ konkretisiert würden. Hiernach dürfe bei Maßnahmen der öffentlichen

⁷³ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Anm. 6).

⁷⁴ Zu § 47 AuslG und Art. 8 EMRK siehe unten [58].

⁷⁵ Assoziationsratsbeschluß 1/80 (Anm. 62).

⁷⁶ Zusatzprotokoll vom 23.11.1970, BGBl. 1972 II, 385, zum Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei für die Übergangsphase (Assoziierungsabkommen EWG – Türkei) vom 12.9.1963, BGBl. 1964 II, 509; ABLEG 1964, 3687.

⁷⁷ Vgl. zu diesem Themenbereich auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluß vom 29.1.2001 (18 B 116/01 – NVwZ-Beilage I 9/2001, 101); VGH Baden-Württemberg, Beschluß vom 15.2.2001 (13 S 2500/00 – NVwZ-Beilage I 12/2001, 125; VGH Baden-Württemberg, Beschluß vom 14.3.2001 (10 S 536/01 – NVwZ 2001, 1442) sowie OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluß vom 2.4.2001 (18 A 1257/00 – NVwZ 2002, 366).

⁷⁸ Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Anm. 3), i.d.F. des Maasricht-Vertrags (Anm. 70).

⁷⁹ Richtlinie 64/221 des Rates der EWG zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABLEG 1964, 850; zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland wegen der Ausweisungspraxis gegenüber EU-Bürgern siehe die Pressemitteilung der Kommission vom 8.10.2001 (IP/01/1380, Expulsion of Union citizens by Germany on public policy grounds: the Commission decides to refer the matter to the Court of Justice),

Ordnung oder Sicherheit ausschließlich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Personen ausschlaggebend sein und könnten strafrechtliche Verurteilungen allein diese Maßnahmen nicht rechtfertigen. Damit seien Ausweisungen aus generalpräventiven Gründen unzulässig. In diesem Sinne sei § 47 AuslG einschränkend auszulegen, wenn Inhaber unmittelbar durch den ARB 1/80 eingeräumter Rechte ausgewiesen würden. Der Begriff der öffentlichen Ordnung setze im Rahmen des Gemeinschaftsrechts voraus, daß außer der Störung der öffentlichen Ordnung eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliege, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre. Innerhalb der gemeinschaftsrechtlichen Grenzen liege die Ausgestaltung des Vorbehaltes in Art. 48 Abs. 3 EGV bei den Mitgliedstaaten, was auch die Änderung des nationalen Ausweisungsrechts umfasse. Der Anwendung der Ist- und Regelausweisungstatbestände des § 47 AuslG stehe nicht entgegen, daß sie die Ausweisung grundsätzlich allein als Folge bestimmter strafgerichtlicher Verurteilungen – ohne Differenzierung zwischen spezial- und generalpräventiven Gründen – vorschrieben. Der *ordre public*-Vorbehalt der Art. 48 Abs. 3 EGV, Art. 14 Abs. 1 ARB 1/80 verbiete nur Ausweisungen ohne Berücksichtigung des persönlichen Verhaltens des Täters und der von ihm ausgehenden Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Die Anwendung von § 47 AuslG auf Gemeinschaftsangehörige und Assoziationsberechtigte begegne daher keinen Bedenken, wenn im konkreten Fall die materiellrechtlichen Voraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen Ausweisungsschutzes gewahrt würden. Der Entscheidung des EuGH im Fall *Calfa*⁸⁰, nach der Art. 48, 52 und 59 EGV sowie Art. 3 der Richtlinie 64/221 einer Regelung entgegenstünden, derzufolge Gemeinschaftsangehörige nach einer Verurteilung automatisch auszuweisen seien, lasse sich Gegenteiliges nicht entnehmen. Auch im Fall *Nazli* habe der EuGH⁸¹ eine nach deutschem Ausländerrecht ergangene Regelausweisung ausschließlich ihrer generalpräventiven Zielsetzung wegen für mit Art. 14 ARB 1/80 unvereinbar erklärt und nicht schon die Heranziehung von § 47 Abs. 2 AuslG als Rechtsgrundlage der Ausweisung beanstandet. Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zum Assoziationsabkommen Türkei – EWG, der für den Bereich der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs eine dem Art. 13 ARB 1/80 entsprechende Stillhalteklausele enthalte, die nicht durch eine dem Art. 14 ARB 1/80 entsprechende Vorbehaltsklausele modifiziert werde, sei vorliegend nicht anwendbar. Art. 41 Abs. 1 Zusatzprotokoll umfasse seinem eindeutigen Wortlaut nach nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Für eine (entsprechende) Anwendbarkeit lasse sich auch dem Urteil des EuGH im Fall *Savas*⁸² nichts anderes entnehmen.

verfügbar unter http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1380/01/AGED&lg=EN&display=.

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 19.1.1999 (C-348/96, *Calfa* – Slg. 1999, I-11).

⁸¹ Anm. 65.

⁸² EuGH, Urteil vom 11.5.2000 (C-37/98, *Savas* – Slg. 2000, I-2927).

3. Konsularrecht

33. Nach einem Beschluß des BGH vom 7.11.2001 (5 StR 116/01 – NStZ 2002, 168) kann eine Revision nicht mit Erfolg auf die Verfahrensrüge gestützt werden, der Betroffene sei vor seiner polizeilichen Vernehmung nicht gemäß Art. 36 Abs. 1 b WÜK⁸³ belehrt worden. Zwar enthalte die genannte Bestimmung nicht nur zwischenstaatliche Bestimmungen, sondern könne unter den dort genannten Voraussetzungen auch subjektive Rechte eines einzelnen Staatsangehörigen begründen. Dafür spreche insbesondere der Wortlaut der genannten Regelung, nach dem die konsularische Vertretung des Entsendestaates (nur) „auf Verlangen des Betroffenen“ über dessen Festnahme und der Betroffene über seine Rechte zu unterrichten seien. Zudem dürften Konsularbeamte nach Art. 36 Abs. 1 c WÜK für einen festgehaltenen Staatsangehörigen dann nicht tätig werden, wenn der Betroffene ausdrücklich Einspruch dagegen erhebe. Art. 36 Abs. 1 b WÜK solle aber den unmittelbar Betroffenen nicht vor eigenen unbedachten Äußerungen schützen, die er vor der Kontaktaufnahme mit dem für ihn zuständigen Konsularbeamten bzw. der entsprechenden Belehrung über seine diesbezüglichen Rechte gemacht habe. Das WÜK gewähre keinen über § 136 StPO hinausgehenden Schutz. Durch die Benachrichtigung der konsularischen Vertretung solle vielmehr verhindert werden, daß Angehörige eines Entsendestaates, die außerhalb ihrer Heimat vielfach nur über geringe oder gar keine Sozialkontakte verfügten, dort aufgrund staatlichen Zugriffs spurlos aus der Öffentlichkeit verschwinden. Allein insoweit ergänze das WÜK deutsches Strafverfahrensrecht, insbesondere Art. 104 Abs. 4 GG und § 114 b StPO. Schließlich habe die Verfahrensrüge auch deshalb keinen Erfolg, weil „zuständige Behörde“ für die Belehrung des Festgenommenen und die Benachrichtigung dessen konsularischer Vertretung nach Art. 36 Abs. 1 b WÜK nicht die unmittelbar festnehmende Polizei, sondern der in §§ 115, 115 a, 128 StPO genannte Richter sei. Art. 36 Abs. 1 b WÜK verpflichte die nach nationalem Recht zuständigen Behörden des Empfangsstaates zur Belehrung und Benachrichtigung, also nach deutschem Recht ausschließlich den Richter, der für die Benachrichtigung Dritter zuständig sei, wenn ein Beschuldigter nach den §§ 112 ff. StPO festgenommen worden sei.

VII. Asylrecht

1. Politische Verfolgung

34. Durch Urteil vom 20.2.2001 (9 C 20.00 – BVerwGE 114, 16) erklärte das BVerwG, daß politische Verfolgung durch eine Bürgerkriegspartei nicht bereits mit der Erwägung verneint werden kann, es fehle an einer dauerhaft verfestigten Gebiets Herrschaft „nach außen“, daß die anhaltende äußere militärische Bedrohung

⁸³ Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen (Anm. 21).

das Bestehen eines staatsähnlichen (quasi-staatlichen) Herrschaftsgefüges im Inneren nicht zwingend ausschließt und daß auch Bedrohungen der Herrschaft im Inneren die Annahme der Staatsähnlichkeit nicht ausschließen, sofern eine *de facto*-Gebietsgewalt vorhanden ist, die tatsächlich eine prinzipiell schutz- und verfolgungsmächtige Ordnung von gewisser Stabilität errichtet hat.

Die Parteien stritten um die Asylberechtigung eines afghanischen Staatsangehörigen tadschikischer Volkszugehörigkeit.

Eine Verfolgung sei nach der Rechtsprechung des BVerfG dann "politisch", wenn sie in Zusammenhang mit Auseinandersetzungen um die Gestaltung und Eigenart des Zusammenlebens von Menschen stehe, also einen öffentlichen Bezug habe und von einem Träger überlegener, in der Regel hoheitlicher Gewalt ausgehe, der der Verletzte unterworfen sei. Politische Verfolgung sei grundsätzlich staatliche Verfolgung. Dem Staat stünden aber solche staatsähnlichen (quasi-staatlichen) Organisationen gleich, die den jeweiligen Staat verdrängt hätten oder denen dieser das Feld überlassen habe und die ihn daher insoweit ersetzten. Staatlichkeit und Staatsähnlichkeit in diesem Sinne stellten auf das Vorhandensein einer in sich befriedeten Einheit ab. Die Asylgewährleistung im Grundgesetz hebe ganz auf die Gefahren ab, die aus einem bestimmt gearteten Einsatz verfolgender Herrschaftsgewalt erwüchsen. Schutz vor den Folgen anarchischer Zustände oder der Auflösung der Staatsgewalt werde durch Art. 16 a Abs. 1 GG nicht gewährleistet. In diesen Fällen bleibe ein Verfolgter aber nicht schutzlos, da die Bundesrepublik Deutschland solchen sogenannten *de facto*-Flüchtlingen aus humanitären Gründen den Aufenthalt gewähre. Darüber hinaus gewährten das Ausländerrecht sowie Art. 3 EMRK einen Schutz gegen Abschiebung.

Das Element der "Staatlichkeit" oder "Quasi-Staatlichkeit" von Verfolgungen dürfe nicht losgelöst vom verfassungsrechtlichen Tatbestandsmerkmal der "politischen" Verfolgung i.S.v. Art. 16 a Abs. 1 GG betrachtet und geprüft werden. Die Prüfung bestimmter staats-theoretischer Merkmale für die Annahme vorhandener oder neu entstehender Staatlichkeit könne für die Beurteilung, ob Verfolgungsmaßnahmen die Qualität politischer Verfolgung hätten, nicht schlechthin konstitutiv, sondern nur – wenn auch in gewichtiger Weise – indiziell sein. Maßgeblich für die Bewertung einer Maßnahme als politische Verfolgung sei, daß der Schutzsuchende einerseits in ein übergreifendes, das Zusammenleben in der konkreten Gesellschaft durch Befehl und Zwang ordnendes Herrschaftsgefüge eingebunden sei, welches den ihm Unterworfenen in der Regel Schutz gewähre, andererseits aber wegen asyl-erheblicher Merkmale von diesem Schutz ausgenommen und durch gezielt zugefügte Rechtsverletzungen aus der konkreten Gemeinschaft ausgeschlossen werde. Ob in einer Bürgerkriegssituation nach dem Fortfall der bisherigen Staatsgewalt von einer Bürgerkriegspartei politische Verfolgung ausgehen könne, beurteile sich folglich maßgeblich danach, ob diese zumindest in einem Kernterritorium ein solches Herrschaftsgefüge von gewisser Stabilität – im Sinne einer übergreifenden Friedensordnung – tatsächlich errichtet habe. Die Möglichkeit politischer Verfolgung könne daher – abweichend von der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG – nicht bereits mit der Erwägung verneint werden, es fehle bei allen um die Macht im

ganzen Staatsgebiet kämpfenden Bürgerkriegsparteien an einer dauerhaft verfestigten Gebietsherrschaft nach außen. Das Bestehen eines staatsähnlichen Herrschaftsgefüges im Innern werde durch die anhaltende (äußere) militärische Bedrohung nicht zwingend ausgeschlossen, auch wenn einer solchen Bedrohung erhebliches indiziell Gewicht zukommen könne, das aber abnehme, je länger der Bürgerkrieg ohne entscheidende Veränderungen der Machtverhältnisse andauere. Für die Feststellung der Beschaffenheit des Herrschaftsgefüges im Innern des beherrschten Gebietes zwischen dem verfolgenden Machthaber und den ihm unterworfenen Verfolgten bedürfe es der Untersuchung, ob eine übergreifende Friedensordnung mit einem prinzipiellen Gewaltmonopol existiere, die von einer hinreichend organisierten, effektiven und stabilen Gebietsgewalt in einem abgrenzbaren (Kern-)Territorium getragen werde. Das setze eine gewisse Stetigkeit und Dauerhaftigkeit der Herrschaft voraus, die vorrangig in der Durchsetzungsfähigkeit und Dauerhaftigkeit des geschaffenen Machtapparats verkörpert werde. Dabei komme es entscheidend auf die Lage im Innern an und nur ergänzend indiziell auf etwaige äußere Gefährdungen, welche die Herrschaft nachhaltig in Frage stellten. Besondere Bedeutung habe die Bestandsdauer der zu beurteilenden Herrschaftsorganisation. Neben dem Zeitfaktor könnten ferner Anzahl, Größe und machtpolitisches Gewicht autonomer oder nicht befriedeter, dem Zugriff der Herrschaftsorganisation entzogener Gebiete von Bedeutung sein. Je zahlreicher und gewichtiger solche Herrschaftsexklaven seien, um so eher könne dies die staatsähnliche Qualität der Herrschaftsorganisation in Frage stellen.

Nicht entscheidend für die Annahme einer staatsähnlichen Herrschaftsorganisation seien die Legitimität der Machtausübung, ihre Akzeptanz, die Willkürfreiheit der Herrschaft, die Beachtung eines menschenrechtlichen Mindeststandards oder die völkerrechtliche Deliktsfähigkeit. Maßgeblich sei nach der Entscheidung des BVerfG⁸⁴ allein, ob eine *de facto*-Gebietsgewalt mit einer prinzipiell schutz- und verfolgungsmächtigen Ordnung von gewisser Stabilität vorhanden sei. In welchen organisatorischen und rechtlichen Formen, Einrichtungen oder Institutionen die Herrschaftsmacht ausgeübt werde, sei weniger wichtig.

35. Im Anschluß an BVerwGE 114, 16⁸⁵ entschied das BVerwG in einem gleichzeitig ergangenen Urteil vom 20.2.2001 (9 C 21.00 – BVerwGE 114, 27), daß die erleichterten Anforderungen an die Qualifizierung von Verfolgungsmaßnahmen in einem noch andauernden Bürgerkrieg als quasi-staatliche, politische Verfolgung nicht nur für die Asylgewährung nach Art. 16 a GG, sondern auch für § 51 Abs. 1 AuslG und die Bestimmung der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 1 A Nr. 2 GFK⁸⁶ gelten. Der Begriff der politischen Verfolgung in § 51 Abs. 1 AuslG sei nicht anders auszulegen als in Art. 16 a GG. Im Ergebnis hätten nach der Rechtsprechung des BVerwG die gleichen Grundsätze für die nähere Bestimmung des in den

⁸⁴ BVerfG, Beschluß vom 10.8.2000 (2 BvR 260/98 und 1353/98 – NVwZ 2000, 1165); vgl. Stahn (Anm. 1), 506 [38].

⁸⁵ Siehe oben [34].

⁸⁶ Genfer Flüchtlingskonvention (Anm. 56).

Schutzbereich des § 51 AuslG einbezogenen Personenkreises der Flüchtlinge und Verfolgten i.S.v. Art. 1 A Nr. 2, Art. 33 Nr. 1 GFK zu gelten. Die erleichterten Anforderungen an die Qualifizierung von Verfolgungsmaßnahmen durch Bürgerkriegsparteien in einem noch andauernden Bürgerkrieg als quasi-staatliche, politische Verfolgung seien daher auf die – in entsprechender Anwendung der Grundsätze aus Art. 31 WVK⁸⁷ gewonnene – Auslegung des Flüchtlingsbegriffs in Art. 1 A Nr. 2 GFK zu übertragen. Die Frage, ob in einer Bürgerkriegssituation nach dem Fortfall der bisherigen Staatsgewalt von einer Bürgerkriegspartei politische Verfolgung ausgehen könne, sei folglich danach zu beurteilen, ob diese zumindest in einem Kernterritorium ein Herrschaftsgefüge von gewisser Stabilität – i.S. einer übergreifenden Friedensordnung – tatsächlich errichtet habe.⁸⁸

36. Mit Urteil vom 23.8.2001 (34 X 66/01 – NVwZ Beilage I 3/2001, 41) bekräftigte das VG Berlin, daß Tötungen von Frauen in Jordanien aus Gründen der “Familienehre” asylrechtliche politische (geschlechtsspezifische) Verfolgung i.S.d. § 51 Abs. 1 AuslG darstellen und daß die Gefahr, Opfer eines Mordes aus Gründen der “Familienehre” zu werden, zugleich ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG i.V.m. Art. 3 EMRK begründet. Daß es sich bei Tötungen aus Gründen der “Familienehre” um politische Verfolgung handele, ergebe sich zum einen aus dem Gesichtspunkt der Gerichtetheit, denn die rechtsverletzende Maßnahme treffe die Person gerade in Anknüpfung an asylrelevante Merkmale. Zum anderen ergebe sich dies aus dem Moment der politisch motivierten Ausgrenzung. Der Übergriff knüpfe erkennbar an das unverfügbare Merkmal “Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht” an, zu dessen Merkmal “Geschlecht” auch das Merkmal der selbstbestimmten sexuellen Identität gehöre. Nach der jordanischen Rechtspraxis könne sich nur der Mann frei im Sinne einer selbstbestimmten sexuellen Identität im gesellschaftlichen Umfeld bewegen. Exklusiv nur zugunsten des Mannes griffen nach dem jordanischen Strafgesetzbuch Privilegierungstatbestände in Fällen der Tötung aus Gründen der “Familienehre” oder bei Affekttaten. Diese Rechtspraxis sei zugleich Ausdruck für den gesellschaftlich getragenen Konsens, daß (nur) Frauen für ein von der traditionellen Rollenvorstellung abweichendes sexuelles Verhalten mit dem Tod zu bestrafen seien. Die Anknüpfung an das unverfügbare Merkmal “Geschlecht” indiziere dabei das Moment der politisch motivierten Ausgrenzung. Als “politisch” i.S.d. Art. 116 a GG, § 51 Abs. 1 AuslG sei eine Maßnahme dann anzusehen, wenn sie im Zusammenhang mit Auseinandersetzungen um die Gestaltung der allgemeinen Ordnung des Zusammenlebens von Menschen und Menschengruppen stehe. Vorliegend gehe es um die gesellschaftliche Stellung und Rolle der Frau. Entscheidend sei, daß ein nachweisliches oder unterstelltes Sexualverhalten, das gegen die herrschende Sittenordnung verstoße, objektiv als Opposition gegen die politisch gesellschaftliche Grundordnung verstanden werde. Grundsätzlich sei politische Verfolgung staatliche Verfolgung. Jedoch könnten auch Verfolgungsmaßnahmen Dritter einen asyl- bzw. abschiebungsrechtlichen Schutzanspruch begrün-

⁸⁷ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Anm. 11).

⁸⁸ Vgl. im einzelnen das gleichzeitig ergangene Urteil BVerwGE 114, 16 oben [34].

den. Übergriffe von Privatpersonen fielen als mittelbare staatliche Verfolgung dann in den Schutzbereich des § 51 Abs. 1 AuslG, wenn der Staat für das Tun der Dritten verantwortlich sei, weil er die Verfolgungsmaßnahmen anrege, unterstütze, bilige oder tatenlos hinnehme. Die asylerhebliche Verantwortlichkeit des Staates ende erst mit Erreichen der Grenzen seiner Schutzfähigkeit. Vorliegend sei die "Bestrafung" mit dem Tod durch Privatpersonen dem jordanischen Staat als mittelbare politische Verfolgung zuzurechnen, da dem jordanischen Staat kraft seines Machtmonopols die Mittel strafrechtlichen, polizeirechtlichen und ordnungsrechtlichen Handelns zur Verfügung stünden, er diese aber nicht hinreichend zum Schutz der bedrohten Frauen nutze. Die Gefahr, Opfer eines Mordes aus Gründen der "Familienehre" zu werden, begründe zugleich ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG, da die Tötung aus Gründen der "Familienehre" eine unmenschliche und menschenrechtswidrige Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK darstelle.

37. In einem Urteil vom 29.8.2001 (3 E 30495/98.A (2) – NVwZ-RR 2002, 460) entschied das VG Frankfurt a. M., daß sich aus einer drohenden Klitorisbeschneidung in der Elfenbeinküste ein Anspruch auf Anerkennung als Asylberechtigte i.S.d. Art. 16 a Abs. 1 GG und Abschiebungsschutz nach § 51 Abs. 1 AuslG ebenso wie ein Anspruch auf Feststellung von Abschiebungshindernissen gemäß § 53 Abs. 4 und 6 Satz 1 AuslG ergeben kann. Bei der Klägerin handelte es sich um ein neunjähriges Mädchen, das in der Elfenbeinküste geboren worden war und das die Staatsangehörigkeit von Mali besaß. Das VG bejahte den Anspruch auf Anerkennung als Asylberechtigte i.S.d. Art. 16 a Abs. 1 GG. Der Begriff der politischen Verfolgung sei in Anlehnung an den Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention⁸⁹ zu definieren. Danach seien politische Verfolgungsmaßnahmen dadurch gekennzeichnet, daß sie an die Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder die politische Überzeugung anknüpfen. Eine Verfolgung sei dann eine politische, wenn sie dem einzelnen in Anknüpfung an asylerhebliche Merkmale gezielt Rechtsverletzungen zufüge, die ihn, ihrer Intensität nach, aus der übergreifenden Friedensordnung der staatlichen Einheit ausgrenzten. Obwohl politische Verfolgung grundsätzlich staatliche Verfolgung sei, kämen auch Verfolgungsmaßnahmen Dritter als politische Verfolgung in Betracht, wenn sie dem jeweiligen Staat zuzurechnen seien, weil dieser Staat zur Schutzgewährung nicht bereit sei. Die drohende Zwangsbeschneidung würde eine äußerst schwerwiegende Verletzung der physischen und psychischen Integrität sowie des personalen Selbstbestimmungsrechts bedeuten, darüber hinaus würde sie das Leben gefährden. Die in der Elfenbeinküste am weitesten verbreitete Form der genitalen Verstümmelung von Mädchen und Frauen, der Klitorisdektomie, stelle sich als Eingriff dar, der in seiner Intensität den gravierendsten Erscheinungsformen asylerheblicher Verfolgungsmaßnahmen, wie etwa der Folter, nicht nachstehe und der wegen eines asylerheblichen Merkmals, der Zugehörigkeit zur Gruppe der Frauen, erfolge. Bei diesem Ritus handele es sich in einem Land wie der Elfenbeinküste nicht um ein rein

⁸⁹ Vgl. Anm. 56.

gesellschaftliches Phänomen, sondern um politische Verfolgung, auch wenn diese nicht dem klassischen Bild entspreche. Sie sei dem Staat zuzurechnen, obwohl er nicht ihr Urheber sei. Der ausgrenzende Charakter könne dem Ritus nicht deshalb abgesprochen werden, weil die Genitalverstümmelung als Initiationsritus gelte und die gesellschaftliche Ausgrenzung erst mit der Verweigerung der Beschneidung beginne. Maßgeblich sei insoweit der Umgang des Staates damit. Indem die Elfenbeinküste den in der archaischen Tradition der Beschneidung zum Ausdruck kommenden gesellschaftlichen Grundkonflikt weitgehend ungestört von staatlicher Einflußnahme vor sich gehen lasse, nehme der Staat der Elfenbeinküste partiell, ausschließlich zum Nachteil der Frauen und Mädchen seines Herrschaftsbereichs, seine Aufgabe nicht wahr, Gewaltakte in der Gesellschaft zu unterbinden, so daß eine fehlende Schutzbereitschaft bei vorhandener Schutzfähigkeit angenommen werden könne und die Verfolgung der Elfenbeinküste zuzurechnen sei. Ergänzend sei auf einen Wertungswiderspruch in der Rechtsprechung zur Beschneidung hinzuweisen. Während den betroffenen Frauen und Mädchen die Anerkennung als politisch Verfolgte in der Bundesrepublik Deutschland überwiegend versagt bleibe, sei Zwangsbeschneidung bei christlichen Männern durch Muslime im türkischen Militär als Asylgrund anerkannt, obwohl sie im Vergleich zum Schicksal der zwangsbeschnittenen Frauen einen relativ harmlosen Eingriff darstelle. Es könne jedoch keinen Unterschied machen, ob der Übergriff aus religiösen Gründen oder wegen des Geschlechts erfolge, da in beiden Fällen der Staat durch das Unterlassen der gebotenen Schutzgewährung letztlich die Verantwortung für die Verfolgungssituation trage. Zudem erfülle das drohende Verfolgungsschicksal durch Beschneidung in Fällen wie dem vorliegenden die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 53 Abs. 4 AuslG i.V.m. Art. 3 EMRK, weil die weibliche Genitalverstümmelung eine grausame und unmenschliche Behandlung darstelle, die in der Elfenbeinküste als mittelbar staatliche Verfolgung zu qualifizieren sei. Ferner greife in verfassungskonformer Auslegung das Abschiebungshindernis des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG

2. Inländische Fluchtalternative

38. Im Anschluß an BVerwGE 110, 74⁹⁰ und BVerwGE 104, 265⁹¹ unterstrich das BVerwG in einem Urteil vom 16.1.2001 (9 C 16.00 – BVerwGE 112, 345), daß ein Asylbewerber, dem in seinem Heimatstaat politische Verfolgung droht, nur dann auf das Gebiet einer inländischen Fluchtalternative verwiesen werden kann, wenn er es in zumutbarer Weise erreichen kann und daß eine Rückkehr in die sicheren Landesteile unmittelbar vom Ausland aus nur dann in diesem Sinne unzumutbar sein kann, wenn sie dauerhaft nicht möglich ist.

⁹⁰ BVerwG, Urteil vom 16.11.1999 (9 C 4.99 – NVwZ 2000, 331).

⁹¹ BVerwG, Urteil vom 15.4.1997 (9 C 38/96 – NVwZ 1997, 1127).

Streitig war die Gewährung von Abschiebungsschutz nach § 51 Abs. 1 AuslG zugunsten eines 1973 im Nordirak geborenen irakischen Staatsangehörigen kurdischer Volkszugehörigkeit.

Das BVerwG entschied, daß dem Betroffenen politische Verfolgung in seinem Heimatstaat drohe, ihm im kurdisch beherrschten Nordirak jedoch grundsätzlich eine inländische Fluchtalternative zur Verfügung stehe. Die Verweisung auf die inländische Fluchtalternative im Nordirak sei aber nach der Rechtsprechung des BVerwG grundsätzlich von der Erreichbarkeit des sicheren Gebiets in zumutbarer Weise abhängig. Lediglich dann sei es mit Rücksicht auf die Subsidiarität des Asylrechts gerechtfertigt, dem Betroffenen asylrechtlichen Schutz in Deutschland zu versagen. Ergebe die im Asylverfahren anzustellende Prognose aber mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit, daß der Asylbewerber das sichere Gebiet in seinem Heimatstaat nicht zumutbar, insbesondere nicht ohne erhebliche Gefährdungen erreichen könne, bestehe die festgestellte innerstaatliche Zufluchtsmöglichkeit nur theoretisch. Dann gebiete der humanitäre Charakter des Asylrechts die Anerkennung als politischer Flüchtling. Offenbleiben könne, ob hiervon bei Umständen ohne Zusammenhang mit dem Schutzzweck des Asylrechts Ausnahmen in Betracht kommen könnten.

Die Frage der Erreichbarkeit des Gebiets einer inländischen Fluchtalternative stelle sich allerdings für den im Ausland befindlichen Asylbewerber grundsätzlich anders als für denjenigen, der sich in seinem Heimatstaat in einem Gebiet aufhalte, in dem ihm (regionale) politische Verfolgung unmittelbar drohe. Wer bei einer Rückkehr in den Heimatstaat die sicheren Landesteile zwar nicht vom Inland, aber unmittelbar vom Ausland aus erreichen könne, bedürfe keines asylrechtlichen Schutzes. Asylrechtlich unbeachtlich sei in einem solchen Fall auch die nur vorübergehende Nichterreichbarkeit des sicheren Gebietes. Die Anerkennung des Asylbewerbers als politischer Flüchtling nach Art. 16 a GG und § 51 Abs. 1 AuslG i.V.m. Art. 1 A GFK⁹² sei in solchen Fällen erst gerechtfertigt, wenn die Rückkehr in eine alle Anforderungen an eine inländische Fluchtalternative erfüllende, sichere Region des Heimatstaates dauerhaft nicht zumutbar möglich sei. Die nur vorübergehende Unmöglichkeit der Rückreise in den Heimatstaat begründe hingegen regelmäßig lediglich ein von der Ausländerbehörde festzustellendes Vollstreckungshindernis i.S.d. § 55 Abs. 2 oder Abs. 4 Satz 1 AuslG.

Das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge habe die Pflicht, im Streitfall zu klären, ob der Asylbewerber bei seiner Rückkehr die inländische Fluchtalternative entweder bei Ankunft im Heimatstaat oder jedenfalls direkt vom Ausland aus überhaupt zumutbar erreichen könne. Es sei aber in erster Linie Sache des Asylbewerbers, substantiiert Tatsachen vorzutragen, die ausnahmsweise eine Rückkehr in verfolgungsfreie Orte des Heimatstaates als unzumutbar erscheinen lassen könnten.⁹³ Nur wenn die dauerhafte Nichterreichbarkeit der inländischen

⁹² Genfer Flüchtlingskonvention (Anm. 56).

⁹³ BVerwG, Urteil vom 5.10.1999 (9 C 15.99 – BVerwGE 109, 353); BVerwGE 110, 74, 77 (Anm. 90).

Fluchtalternative substantiiert geltend gemacht werde oder sich die Frage ernsthaft aufdränge, bedürfe es der ausdrücklichen Auseinandersetzung damit.

39. Durch Beschluß vom 31.1.2001 (8 L 6555/96 – Juris) bekräftigte das OVG Niedersachsen, daß das Kosovo weiterhin für albanische Volkszugehörige eine zumutbare inländische Fluchtalternative darstellt. Die Grundsätze über die inländische Fluchtalternative seien auch dann anzuwenden, wenn der Verfolgerstaat in einer Region seine Gebietsgewalt vorübergehend faktisch verloren habe und am Ort der inländischen Fluchtalternative eine andere staatliche oder staatsähnliche Friedensordnung bestehe.⁹⁴ Erst wenn die Bundesrepublik Jugoslawien in der Region des Kosovo die faktische Gebietsherrschaft – etwa durch seine Sezession – endgültig verlöre, könne das Kosovo als inländische Fluchtalternative für rückkehrende albanische Volkszugehörige nicht mehr in Betracht kommen. Das Kosovo sei jedoch nach wie vor Teil der Bundesrepublik Jugoslawien. Bisher sei die Völkergemeinschaft zu keinem Zeitpunkt von ihrem in der VN-Sicherheitsratsresolution Nr. 1244 vom 10.6.1999⁹⁵ zum Ausdruck gebrachten Bekenntnis zur Souveränität und territorialen Integrität der Bundesrepublik Jugoslawien abgerückt, die ihren Anspruch auf das Kosovo auch nicht aufgegeben habe. Auch fehle ein Anerkennungsakt der Völkergemeinschaft, der die Entstehung eines neuen Staates indizieren könnte. Daher gelte das Kosovo nach wie vor als Teil der Bundesrepublik Jugoslawien. Die Organe des jugoslawischen/serbischen Staates hätten im Kosovo die effektive Gebietsgewalt, die eine politische Verfolgung der dort lebenden Bevölkerung ermöglichen könnte, seit dem Einrücken der VN-Friedenstruppe Kosovo-Force (KFOR) und seit dem vollständigen Abzug aller serbischen bzw. jugoslawischen Armee- und Polizeieinheiten aus dem Kosovo im Juni 1999 auf Grundlage des von der Bundesrepublik Jugoslawien angenommenen G8-Friedensplans⁹⁶ und der vom VN-Sicherheitsrat beschlossenen Kosovo-Friedensresolution Nr. 1244 vorübergehend verloren. Deshalb seien albanische Volkszugehörige gegenwärtig und auf absehbare Zeit auf dem Territorium des Kosovo hinreichend sicher vor politischer Verfolgung durch ihren Heimatstaat, die Bundesrepublik Jugoslawien.

3. Familienangehörige von Asylberechtigten

40. In einem Urteil vom 1.3.2001 (8 L 1117/99 – DVBl. 2001, 672) entschied das OVG Niedersachsen, daß der Ehegatte eines Asylberechtigten keinen Anspruch auf Gewährung von Familienasyl hat, wenn die Anerkennung des Asylberechtigten zu widerrufen ist. Die Versagung des Familienasyls setze nicht voraus, daß der Widerruf der Anerkennung als Asylberechtigter bereits erfolgt oder ein Widerrufsver-

⁹⁴ Zu dieser Frage siehe auch BVerwG, Beschluß vom 4.7.2001 (1 B 189/01 – Juris); sowie OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 6.8.2001 (14 A 2439/00.A – AuAS 2001, 236).

⁹⁵ EuGRZ 1999, 362; auch verfügbar unter <http://www.un.org/documents/scres.htm>.

⁹⁶ Proposals of the G 8 Presidency in the Light of the Discussions on Civilian Implementation in Kosovo vom 10.6.1999, verfügbar unter <http://www.g7.utoronto.ca/g7/foreign/fm9906010c.htm>.

fahren eingeleitet worden sei. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 26 Abs. 1 Nr. 4 AsylVfG genüge es für die Versagung des Familienasyls, daß die Anerkennung des Asylberechtigten zu widerrufen sei, mithin die materiellen Voraussetzungen für einen Widerruf vorliegen würden. Für die in der Literatur teilweise vertretene Auffassung, daß nicht das bloße Vorliegen von Widerrufsgründen, sondern erst die unanfechtbare Aufhebung der Asylberechtigung der Gewährung von Familienasyl entgegenstehe, sei angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 26 Abs. 1 Nr. 4 AsylVfG kein Raum. Die behördliche Entscheidung über den Widerruf der Asylanerkennung des Stammberechtigten müsse auch nicht etwa abgewartet werden, bevor über die Gewährung von Familienasyl befunden werden könne. § 26 Abs. 1 Nr. 4 AsylVfG stelle nämlich nicht darauf ab, ob die Anerkennung des Asylberechtigten widerrufen werden solle oder widerrufen worden sei. Vielmehr scheide nach dieser Vorschrift schon bei Vorliegen eines Widerrufsgrundes die Gewährung von Familienasyl aufgrund der nur noch formell bestehenden Rechtsposition des Stammberechtigten aus.

4. Verfahrensfragen

41. Das OVG Nordrhein-Westfalen stellte durch Beschluß vom 26.7.2001 (14 A 1989/01.A – DVBl. 2001, 1547) klar, daß die bloße Nichteinhaltung der Frist des Art. 11 Abs. 5 des Dubliner Übereinkommens⁹⁷ (DublÜ) zur Überstellung eines Asylbewerbers an den für die Prüfung des Asylantrags zuständigen Mitgliedstaat nicht zur Änderung der Staatenzuständigkeit führt. Wenn eine Überstellung eines Asylsuchenden in einen Vertragsstaat des Dubliner Übereinkommens nicht möglich sei, sei der Staat, in dem der Asylantrag gestellt worden sei, zur Durchführung des Asylverfahrens verpflichtet. Eine solche Unmöglichkeit sei aber nicht bereits dann anzunehmen, wenn der Asylbewerber nicht innerhalb der Monatsfrist des Art. 11 Abs. 5 DublÜ in den Mitgliedstaat überstellt worden sei. Dies ergebe sich schon aus der Systematik der Regelungen über das Übernahmeverfahren im Dubliner Übereinkommen. Nach Art. 11 Abs. 1 DublÜ könne ein Mitgliedstaat, der einen anderen Mitgliedstaat für die Prüfung eines gestellten Asylantrags für zuständig halte, diesen innerhalb von sechs Monaten ersuchen, den Asylbewerber aufzunehmen. Der ersuchte Mitgliedstaat müsse nach Art. 11 Abs. 4 DublÜ binnen drei Monaten über das Aufnahmegesuch entscheiden. Liege bei Ablauf dieser Frist keine Antwort vor, so komme dies einer Annahme des Aufnahmegesuchs gleich. Die Nichteinhaltung der Fristen in Art. 11 Abs. 1 und 4 DublÜ löse somit jeweils exakt umschriebene Rechtsfolgen aus. Für den Fall, daß die Überstellung des Asylbewerbers nicht innerhalb eines Monats nach Annahme des Aufnahmegesuchs erfolge, seien aber in Art. 11 Abs. 5 DublÜ keine Konsequenzen vorgesehen. Insbe-

⁹⁷ Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags vom 15.6.1990, BGBl. 1994 II, 791.

sondere sehe die Vorschrift keine Auswirkungen auf die Bestimmung des für die Prüfung des Asylantrags zuständigen Staates vor. Auch nach Sinn und Zweck der Regelungen komme ein solches Normverständnis nicht in Betracht. Angesichts der differenzierten Verfahrensregelungen in Art. 11 Abs. 1 bis 4 Dublin II könne nicht angenommen werden, daß der Fortbestand des dadurch gewonnenen verfahrensrechtlichen Ergebnisses, nämlich die Bestimmung des zuständigen Staates, durch bloße Nichteinhaltung der Überstellungsfrist unabhängig vom Willen der beteiligten Staaten von Zufälligkeiten bei der Durchführung der Rückführung abhängen oder gar in der Hand des Asylbewerbers oder der Ausländerbehörde liegen solle.

42. In einem Beschluß vom 5.3.2001 (A 4 K 12393/00 – InfAuslR 2001, 249) entschied das VG Sigmaringen, daß Art. 5 Abs. 2 Dublin II auch dann anwendbar ist, wenn es sich bei einem Asylantrag um einen Folgeantrag nach dem Asylverfahrensgesetz handelt. Der im Bundesgebiet nach Aus- und erneuter Einreise gestellte Asylfolgeantrag nach § 71 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG stelle einen neu zu prüfenden Antrag i.S.d. Art. 11 Abs. 3 Dublin II dar. Dies folge aus der vertraglichen Definition des Art. 1 Abs. 1 *lit. b* Dublin II, nach welcher Asylantrag i.S.d. Dubliner Übereinkommens ein Antrag sei, mit dem ein Ausländer einen Mitgliedstaat um Schutz unter Berufung auf den Flüchtlingsstatus i.S.v. Art. 1 GFK⁹⁸ ersuche. Um einen solchen Antrag handele es sich sowohl bei einem erstmaligen Asylgesuch in der Bundesrepublik Deutschland als auch bei einem dort gestellten Folgeantrag, der einen eigenständigen Antrag i.S.d. § 13 AsylVfG und Art. 1 Abs. 1 *lit. b* Dublin II darstelle und lediglich erhöhte formelle Anforderungen erfüllen müsse. Gleiches folge aus Art. 10 Abs. 4 Dublin II. Hiernach würden die Pflichten aus Art. 10 Abs. 1 *lit. a* bis *e* Dublin II erlöschen, wenn der für die Prüfung des Asylantrags zuständige Staat nach der Ablehnung des Antrags die erforderlichen Maßnahmen getroffen und durchgeführt habe, damit der Ausländer in sein Heimatland zurückkehre. Die Regelung des Art. 10 Abs. 4 Dublin II sei dahin gehend verallgemeinerungsfähig, daß ein Asylverfahren mit der Ablehnung des Antrags und der daran anschließenden Aufenthaltsbeendigung für das Dubliner Übereinkommen als abgeschlossen gelte und ein dann folgender erneuter Antrag nach erneuter Einreise ein völlig neues Verfahren in Gang setze. Somit sei die mitgliedstaatliche Zuständigkeit neu zu bestimmen. Etwas anderes folge auch nicht aus der Regelung des Art. 11 Abs. 3 Dublin II, nach der bei der Bestimmung des zuständigen Staates von der Situation ausgegangen werde, die zu dem Zeitpunkt gegeben sei, zu dem der Asylbewerber einen Antrag zum ersten Mal in einem Mitgliedstaat stelle. Im Einklang mit Art. 10 Abs. 3 und Abs. 4 Dublin II bedeute diese Regelung nicht, daß auch bei einem erneuten Asylantrag auf die Zuständigkeit abzustellen wäre, die bei dem ersten Asylantrag nach dem Dubliner Übereinkommen bestanden habe. Die Regelung des Art. 10 Abs. 4 Dublin II zwingt vielmehr dazu, Art. 11 Abs. 3 Dublin II so zu verstehen, daß dieser für jeden einzelnen zu betrachtenden Asylantrag die jeweils mit der ersten Antragstellung entstandene Zuständigkeit perpetuiere.

⁹⁸ Genfer Flüchtlingskonvention (Anm. 56).

43. Das VG Schwerin erklärte in einem Beschluß vom 27.11.2001 (1 B 942/01 As – ZAR 2002, 245), daß es bei der Prüfung der Unbeachtlichkeit eines Asylantrags wegen der Übernahme der Zuständigkeit für die Durchführung des Asylverfahrens durch einen sicheren Drittstaat nicht auf die Einhaltung der Bestimmungen des Dubliner Übereinkommens⁹⁹ durch den übernehmenden Staat ankommt.¹⁰⁰ Eine Prüfung der Einhaltung der Bestimmungen des Dubliner Übereinkommens durch den übernehmenden Staat sei nach § 29 Abs. 3 Satz 1 AsylVfG nicht erforderlich und würde dazu führen, daß ein deutsches Gericht die Entscheidung einer ausländischen Behörde einer rechtlichen Kontrolle unterziehen könnte. Hoheitliche Maßnahmen ausländischer Staaten unterlägen jedoch nicht der deutschen Gerichtsbarkeit. Im übrigen könnte die Übernahme eines Asylverfahrens entgegen den Bestimmungen des Dubliner Übereinkommens durch den Betroffenen auch mangels Antragsbefugnis nicht geltend gemacht werden. Jedenfalls die Fristbestimmungen des Dubliner Übereinkommens dienten nicht dem Schutz einzelner Asylbewerber. Ein Asylbewerber habe keinen Anspruch auf Durchführung eines Asylverfahrens nach Art. 3 Abs. 1 DublÜ durch einen "gesetzlichen" Vertragsstaat. Diese Normen seien völkerrechtlicher Natur und wendeten sich ausschließlich an die beteiligten Vertragsstaaten. Anderes folge auch nicht durch Transformation des Dubliner Übereinkommens in innerstaatliches Recht. Subjektive Rechte einzelner könnten auch in diesen Fällen nur entstehen, soweit ein Vertrag dies vorsehe. Aus dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 DublÜ und Art. 11 Abs. 1 DublÜ ergebe sich, daß diese Bestimmungen sich nur an die Vertragsstaaten richteten. Ebenfalls folge aus Sinn und Zweck von Art. 16 a Abs. 5 GG, § 29 Abs. 3 Satz 1 AsylVfG und den Bestimmungen des Dubliner Übereinkommens, daß dem Asylsuchenden nur in einem Vertragsstaat, der sicherer Vertragsstaat i.S.d. Art. 16 a Abs. 2 GG, § 26 a AsylVfG sei, ein Asylverfahren nach dem europäischen Mindeststandard gewährleistet werden solle.

VIII. Auslieferung und andere Formen internationaler Rechtshilfe

1. Auslieferung

44. Durch Kammerbeschluß vom 16.2.2001 (2 BvR 200/01 – NStZ 2001, 446) entschied das BVerfG, daß es dem Sinn und Zweck des deutsch-amerikanischen Auslieferungsvertrags¹⁰¹ (DtAmAuslV) als einem Instrument zwischenstaatlicher

⁹⁹ Dubliner Übereinkommen (Anm. 97).

¹⁰⁰ Zum Fehlen subjektiver Rechte des Asylbewerbers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über ein Selbsteintrittsrecht nach Art. 3 Abs. 4 Satz 1 DublÜ durch einen bestimmten Vertragsstaat siehe VG Saarlouis, Beschluß vom 20.6.2001 (12 F 47/01.A – Juris).

¹⁰¹ Auslieferungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 20.6.1978, BGBl. 1980 II, 646, 1300, i.d.F. des Zusatzvertrags vom 21.10.1986, BGBl. 1988 II, 1086.

Kooperation entspricht, in Art. 14 DtAmAuslFV nur eine Mindestpflicht des ersuchten Staates zu sehen, nicht aber den Ausschluß einer darüber hinausgehenden Berücksichtigung der innerstaatlichen Rechtslage des ersuchenden Staates.¹⁰² Die Anordnung der Auslieferungshaft stelle einen staatlichen Eingriff in das Grundrecht auf persönliche Freiheit dar, der gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 2, 104 Abs. 1 Satz 1 GG nur aufgrund eines Gesetzes und nur dann erfolgen dürfe, wenn überwiegende Belange des Gemeinwohls dies zwingend gebieten würden. Gesetzliche Grundlage sei vorliegend § 15 IRG. Nach § 15 Abs. 2 IRG dürfe die Auslieferung nicht von vornherein unzulässig erscheinen. Gemäß § 10 Abs. 1 IRG sei die Auslieferung nur zulässig, wenn wegen der Tat ein Haftbefehl oder eine Urkunde mit entsprechender Rechtswirkung vorgelegt worden seien. Es begegne keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, § 10 Abs. 1 IRG dahin zu verstehen, daß es für den Haftbefehl auf die Prozeßvorschriften des ersuchenden Staates ankomme, denn dies entspreche bereits dem Wortlaut der Vorschrift und der Wertentscheidung des Grundgesetzes für die Eingliederung des von ihm verfaßten Staates in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft. Die Auslegung von Art. 14 Abs. 3 a DtAmAuslFV dahin gehend, daß diese Bestimmung nur eine Mindestpflicht des ersuchenden Staates darstelle, nicht aber den Ausschluß einer darüber hinausgehenden Berücksichtigung der innerstaatlichen Rechtslage des ersuchenden Staates, sei weder offensichtlich unhaltbar noch unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar und daher willkürlich. Demgegenüber würde eine Auslegung der Norm dahin gehend, daß sie einen abstrakten Richtervorbehalt für das gesamte Haftbefehlsverfahren einschließlich der Ausstellung des Haftbefehls in dem ersuchenden Staat vorsehe, nicht dem Sinn und Zweck der Vorschrift im Rahmen des Auslieferungsrechts entsprechen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG¹⁰³ finde das Interesse der Bundesrepublik an zwischenstaatlicher Kooperation im Auslieferungsrecht erst eine Grenze in dem völkerrechtlich verbindlichen Mindeststandard, der nach Art. 25 GG von ihren Gerichten zu beachten sei, sowie in den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ihrer öffentlichen Ordnung.

45. In einem Beschluß vom 12.7.2001 (1 StR 171/01 – NStZ 2001, 588) teilte der BGH mit, daß der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Auslieferungsfähigkeit i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB der Zeitpunkt der Urteilsverkündung in der letzten Tatsacheninstanz ist, daß also das Revisionsgericht nicht überprüfen muß, ob nach der rechtsfehlerfreien Prüfung durch den Tatrichter noch Änderungen eingetreten sind. Für eine Verpflichtung des Revisionsgerichts zur erneuten Amtsermittlung auch in Fällen, in denen der Tatrichter für den damaligen Zeitpunkt zutreffend die Auslieferungsfähigkeit verneint habe, sprächen die bisher nahezu einhellige Einordnung des Fehlens der deutschen Gerichtsbarkeit als Verfahrenshindernis, das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip und die Bezeichnung der stellvertretenden Strafrechtspflege als lediglich subsidiäre Ergänzung der Straf Gewalt anderer Staaten. Andererseits könnte es bei zunehmender Interna-

¹⁰² Siehe OLG Frankfurt a.M., Beschluß vom 17.1.2001 (2 Ausl. I 58/00 – NStZ-RR 2001, 156).

¹⁰³ BVerfG, Beschluß vom 31.3.1987 (2 BvM 2/86 – BVerfGE 75, 1, 19).

tionalisierung die Funktionsfähigkeit der stellvertretenden Strafrechtspflege, die u.a. der Solidarität der Staaten bei der Verbrechensverfolgung im Interesse eines weltweiten Schutzes der Rechtsgüter diene, gefährden, wenn bei umfangreichen Verfahren auch noch in der Revisionsinstanz unter Einbeziehung der betroffenen Bundesministerien immer wieder alle denkbaren Auslieferungsmöglichkeiten im Hinblick auf gegebenenfalls mehrere Heimat- und Tatortstaaten überprüft werden müßten. Daher neige der BGH dazu, den maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Auslieferungsfähigkeit i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB im Zeitpunkt der Urteilsverkündung in der letzten Tatsacheninstanz zu sehen.

46. Der BGH stellte in einem Beschluß vom 16.10.2001 (4 ARs 4/01 – BGHSt 47, 120) klar, daß die Auslieferung zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils, wenn der Verfolgte von einem gegen ihn in Italien geführten Strafverfahren, vom Hauptverhandlungstermin und vom Urteil keine Kenntnis hatte, regelmäßig nur dann zulässig ist, wenn die italienischen Strafverfolgungsbehörden eine Erklärung gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 2 des 2. Zusatzprotokolls zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen¹⁰⁴ (2.ZP-EuAuslÜ) abgeben.

Ausgangspunkt der Entscheidung war die Frage, ob im Falle eines in Italien ergangenen Abwesenheitsurteils allein der Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Art. 175 der Italienischen Strafprozeßordnung (CPP) genüge, um eine Auslieferung zur Vollstreckung der Strafe aus dem Abwesenheitsurteil für zulässig erklären zu können, oder ob es dafür zusätzlich einer Erklärung der italienischen Behörden gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 2.ZP-EuAuslÜ bedürfe.

In seiner Entscheidung verwies der BGH auf die ständige Rechtsprechung, nach der die deutschen Gerichte bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Auslieferung grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Zustandekommens eines ausländischen Strafurteils, zu dessen Vollstreckung der Verfolgte ausgeliefert werden soll, nicht nachzuprüfen haben. Sie seien aber nicht gehindert – und bei Abwesenheitsurteilen regelmäßig dazu verpflichtet – zu prüfen, ob die Auslieferung und ihr zugrundeliegende Akte mit dem nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen der öffentlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland vereinbar seien. Nach deutschem Verfassungsrecht gehöre zu den elementaren Anforderungen des Rechtsstaats insbesondere das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs vor Gericht (Art. 103 Abs. 1 GG). Für das Strafverfahren ergebe sich hieraus das zwingende Gebot, daß der Beschuldigte im Rahmen der von der Verfahrensordnung aufgestellten, angemessenen Regeln die Möglichkeit haben und auch tatsächlich nutzen können müsse, auf das Verfahren einzuwirken, sich persönlich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu äußern, entlastende Umstände vorzutragen sowie deren umfassende und erschöpfende Nachprüfung und gegebenenfalls auch Berücksichtigung zu erreichen. Der wesentliche Kern dieser Gewähr-

¹⁰⁴ Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957, ETS 24, BGBl. 1964 II, 1369; Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 17.3.1978, ETS 98, BGBl. 1990 II, 118.

leistungen gehöre von Verfassungen wegen zum unverzichtbaren Bestand der deutschen öffentlichen Ordnung wie auch zum völkerrechtlichen Mindeststandard. Danach sei die Auslieferung zur Vollstreckung eines ausländischen, in Abwesenheit des Verfolgten ergangenen Strafurteils unzulässig, wenn der Verfolgte weder über die Tatsache der Durchführung und des Abschlusses des ihn betreffenden Verfahrens in irgendeiner Weise unterrichtet gewesen sei, noch ihm die Möglichkeit eröffnet worden sei, sich nach Erlangung dieser Kenntnis nachträglich rechtliches Gehör zu verschaffen und sich wirksam zu verteidigen. Umgekehrt sei die Auslieferung dann zulässig, wenn der Betroffene sich, nachdem er Kenntnis von dem gegen ihn ergangenen Abwesenheitsurteil erlangt habe, rechtliches Gehör verschaffen und wirksam verteidigen könnte.

Ob Art. 175 CPP diesen Anforderungen genüge, hänge von dessen Auslegung ab. Der EGMR habe im Hinblick auf Art. 6 EMRK¹⁰⁵ von Italien gefordert, daß das dem in Abwesenheit Verurteilten zur Verfügung stehende Rechtsmittel "wirksam" sein müsse und dem Verurteilten nicht die Beweislast dafür auferlegt werden dürfe, "daß er sich der Gerechtigkeit nicht entziehen wollte oder daß seine Abwesenheit die Folge höherer Gewalt war". Die Zusage der italienischen Regierung, dem Rechnung zu tragen, werde jedoch in der italienischen Rechtspraxis nur unzureichend beachtet. Bei einer Art. 6 EMRK entsprechenden, "verfolgtenfreundlichen" Auslegung des Art. 175 CPP bestünden aber keine Bedenken, daß dem Verfolgten nachträglich ausreichend rechtliches Gehör gewährt werde. Einer solchen Auslegung stehe der Wortlaut des Art. 175 CPP auch nicht von vornherein entgegen. Allerdings stehe es deutschen Behörden nicht zu, italienischen Gerichten vorzugeben, wie italienische Gesetze auszulegen seien. Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 2 2.ZP-EuAuslFÜ könne jedoch für die Auslieferung bei einem Abwesenheitsurteil die Zusicherung des ersuchenden Staates verlangt werden, daß dem Verfolgten das Recht auf ein neues Gerichtsverfahren gewährleistet werde, in dem seine Rechte der Verteidigung gewahrt würden. Zur Durchsetzung einer dementsprechenden Auslegung des Art. 175 CPP sei derzeit eine solche Zusicherung regelmäßig, abhängig von den Umständen des Einzelfalls, zu fordern, wenn der Verfolgte von einem gegen ihn in Italien geführten Strafverfahren, vom Hauptverhandlungstermin und vom Urteil keine Kenntnis gehabt habe.

47. Mit Beschluß vom 19.1.2001 (3 Ausl. 96/00 – Die Justiz 2001, 198) entschied das OLG Stuttgart, daß es zu den elementaren rechtsstaatlichen Anforderungen der Menschenwürde, die auch im vertraglichen Auslieferungsverkehr zu beachten sind, gehört, daß der Verfolgte, dem im ersuchenden Staat eine zeitliche Freiheitsstrafe im Mindestmaß von 25 Jahren droht, grundsätzlich die Chance haben muß, deutlich vor Vollstreckungsende in die Freiheit zurückzukehren. Nach deutschem Recht sei die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungsgemäß mit der Maßgabe, daß aus der Menschenwürde des zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten folge, daß er grundsätzlich die Chance haben müsse, in die Freiheit zurückzukehren. Bei einer

¹⁰⁵ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Anm. 6).

zeitigen Freiheitsstrafe nach ausländischem Recht, deren Mindestmaß deutlich höher sei, müsse dies in entsprechender Anwendung von BVerfGE 45, 187¹⁰⁶ ebenfalls gelten und als Ausfluß der Menschenwürde des Verurteilten zu den elementaren rechtsstaatlichen Anforderungen gehören, die auch im vertraglichen Auslieferungsverkehr zu beachten seien. Deshalb müsse ein Verfolgter, dem im ersuchenden Staat eine Freiheitsstrafe im Mindestmaß von 25 Jahre drohe, die Chance haben, deutlich vor Vollstreckungsende in die Freiheit zurückzukehren. Hierfür genüge aber, daß das Recht des ersuchenden Staates die Möglichkeit der Strafrestaussetzung oder Begnadigung oder mindestens Strafvollzugslockerung mit Freigang kenne und daß hiervon in der Rechtspraxis Gebrauch gemacht werde.

48. Das OLG Düsseldorf betonte in einem Beschluß vom 22.1.2001 (4 Ausl. (A) 413/00 – 1 und 2/01 III – NStZ 2001, 613), daß die Auslieferung eines Verfolgten wegen einer Straftat, derbezüglich das deutsche Strafverfahren nach § 154 Abs. 2 StPO vorläufig eingestellt worden ist, nicht gegen den Grundsatz *ne bis in idem* verstößt. Zwar könne nach Art. 9 Satz 2 EuAuslÜ¹⁰⁷ die Auslieferung abgelehnt werden, wenn die zuständigen Behörden des ersuchten Staates entschieden hätten, wegen derselben Handlung kein Strafverfahren einzuleiten oder ein bereits eingeleitetes Strafverfahren einzustellen. Hieraus ergebe sich aber i.V.m. Art. 54 SDÜ¹⁰⁸ kein zwingendes Auslieferungshindernis, da es im Fall des § 154 Abs. 2 StPO sowohl an einer rechtskräftigen Verurteilung als auch an einer zu vollstreckenden Sanktion fehle. Im übrigen unterliege Art. 9 Satz 2 EuAuslÜ als Fakultativklausel der Zulässigkeitsprüfung nur insoweit, als grundrechtlich geschützte Interessen der Verfolgten berührt seien. Dies sei vorliegend nicht der Fall, insbesondere sei der Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG nicht betroffen, da das grundgesetzliche Verbot der Doppelbestrafung allein die Einmaligkeit der Strafverfolgung durch deutsche Gerichte betreffe. Art. 103 Abs. 3 GG stehe einer neuerlichen Strafverurteilung im Ausland selbst nach einer Inlandsverurteilung nicht entgegen.

49. In einem Beschluß vom 26.3.2001 (2 S 2.01 – DVBl. 2001, 1004) vertrat das OVG Berlin die Ansicht, daß die Auslieferungsbewilligung der Bundesregierung im zweistufigen Auslieferungsverfahren nach § 12 IRG kein justizfreier Hoheitsakt ist und daß gegen sie nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben ist. Bei dem Streit um die Rechtmäßigkeit der Bewilligung der Auslieferung nach den §§ 12, 74 IRG handele es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art, die nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sei. Das Vorliegen eines Individualrechtsstreits könne nicht mit der Begründung verneint werden, die Auslieferungsbewilligung der Bundesregierung sei ein sogenannter justizfreier Hoheitsakt. Wenn es überhaupt einen der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG entzogenen Regierungsakt geben sollte, könnte dies nur ein solcher staatsleitender

¹⁰⁶ BVerfG, Urteil vom 21.6.1977 (1 BvL 14/76 – NJW 1977, 1525).

¹⁰⁷ Europäisches Auslieferungsübereinkommen (Anm. 104).

¹⁰⁸ Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen (Anm. 37); zu Art. 54 SDÜ siehe auch oben [12].

Hoheitsakt sein, der sich außerhalb der rechtlich geregelten öffentlichen Lebensbereiche im Gebiet der verantwortlichen politischen Leitung vollziehe und somit seiner Struktur und besonderen politischen Funktion nach keine subjektiv öffentlichen Rechte berühren könne. Betreffend die Bewilligung der Auslieferung durch die Bundesregierung habe das BVerfG zunächst gemeint, diese betreffe nur das Verhältnis zwischen der Bundesrepublik und dem die Auslieferung begehrenden Staat und sei daher kein Hoheitsakt, der in Grundrechte eingreifen könne. Später habe es die Frage, ob die in Form einer an die ausländische Regierung gerichteten Verbalnote bekanntgegebene Bewilligungsentscheidung nach § 12 IRG unter Umständen auch rechtliche Wirkungen des innerstaatlichen Rechts in bezug auf den Verfolgten entfalten könne, offengelassen. Nach Ansicht des OVG sei aber die Auslieferungsbewilligung der Bundesregierung, als Akt der zwischenstaatlichen Rechtshilfe auf dem Gebiet der Strafrechtspflege, der nach § 13 Abs. 2 IRG die zweite zwingende Voraussetzung für die sich anschließende Durchführung der Auslieferung eines Verfolgten sei, kein justizfreier Hoheitsakt, sondern falle in den Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Der Verwaltungsrechtsweg sei auch nicht ausgeschlossen, da das IRG keine ausdrückliche Zuweisung i.S.v. § 40 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 VwGO an die ordentlichen Gerichte enthalte. Die Verweisung in §§ 12, 13 Abs. 1 IRG an die ordentlichen Gerichte zur umfassenden und abschließenden Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung erfasste in dem zweistufigen Auslieferungsverfahren nicht die von der Bundesregierung gegenüber dem ersuchenden Staat zu treffende Entscheidung über die Bewilligung der Auslieferung. Mit Bekanntgabe der Bewilligungsentscheidung durch eine Verbalnote der Bundesregierung werde das Ersuchen des ausländischen Staates um Auslieferung angenommen und ein völkerrechtlicher Vertrag geschlossen. Über Einwendungen des Verfolgten gegen die in den völkerrechtlichen Vertrag eingegangene Bewilligungsentscheidung der Bundesregierung habe das ordentliche Gericht nicht zu befinden. In der Auslieferungsbewilligung der Bundesregierung könne auch kein Justizverwaltungsakt i.S.v. § 23 Abs. 1 EGGVG gesehen werden. Folglich sei gegen die Auslieferungsbewilligung der Bundesregierung der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO gegeben.

2. Rechtshilfe

50. Das OLG Frankfurt a.M. stellte mit Beschluß vom 13.2.2001 (20 VA 7/2000 – RIW 2001, 464) fest, daß Rechtshilfe für die Zustellung einer amerikanischen Klage, die die Geltendmachung von Ansprüchen nach dem *Anti-Dumping Act 1916* zum Gegenstand hat, jedenfalls solange die Umsetzungsfristen für eine im Rahmen der Welthandelsorganisation¹⁰⁹ (WTO) ergangene Entscheidung noch nicht abgelaufen sind, nicht deshalb versagt werden kann, weil die Streitschlich-

¹⁰⁹ Errichtet durch das Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15.4.1994, UNTS 1867, 154, BGBl. 1994 II, 1625.

tungsorgane WTO festgestellt haben, daß die für die Klage maßgeblichen Teile des *Act 1916* gegen GATT-Vorschriften¹¹⁰ verstoßen.

Die Antragstellerin verwies darauf, daß die WTO einer Klage der EU¹¹¹ stattgegeben und den *Anti-Dumping Act 1916* für nicht vereinbar mit den internationalen Handelsregeln erklärt hatte. Sie begehrte, die Zustellung einer auf dem amerikanischen *Anti-Dumping Act 1916* beruhenden amerikanischen Klageschrift für unwirksam zu erklären und dem Antragsgegner aufzugeben, ein Zustellungszeugnis derzeit nicht zu erteilen.

Maßgeblich für die Zulässigkeit der Zustellung sei das Haager Zustellungsübereinkommen¹¹² (HZÜ). Nach Art. 13 Abs. 1 HZÜ könne ein Zustellungsersuchen nur abgelehnt werden, wenn der ersuchte Staat die Zustellung für geeignet halte, seine Hoheitsrechte oder seine Sicherheit zu gefährden. Wann dies der Fall sei, sei aber nicht genau definiert. Obwohl die Entstehungsgeschichte des Art. 13 Abs. 1 HZÜ Verbindungslinien zum *ordre public* aufzeige, sei es gleichwohl nicht gerechtfertigt, den Begriff der Gefährdung der Hoheitsrechte mit dem allgemeinen *ordre public* gleichzusetzen. Eine Unvereinbarkeit des Klagebegehrens mit dem deutschen *ordre public* reiche für eine Ablehnung folglich allein nicht aus. Nach Rechtsprechung und Literatur könne ein Zustellungsersuchen nur dann abgelehnt werden, wenn die Zustellung besonders schwere Beeinträchtigungen der Wertungsgrundlagen der Rechtsordnung des ersuchten Staates mit sich brächte. Andererseits bestehe Einigkeit darüber, daß die Bewilligung der Zustellung nichts darüber besage, ob das zu erlassende ausländische Urteil später auch in der Bundesrepublik Deutschland anerkannt und vollstreckt werden könne. Es dürfe keinesfalls bereits im Rahmen der Zustellungsprüfung eine vorweggenommene versteckte *révision au fond* bezüglich des möglichen ausländischen Urteils durchgeführt werden.

Bei der Anwendung von Art. 13 HZÜ müsse darüber hinaus dem supranationalen Charakter der Vorschrift Rechnung getragen werden. Sie dürfe nicht allein aus deutscher Sicht ausgelegt werden. Zu berücksichtigen sei, daß das HZÜ vorrangig sicherstellen solle, daß Empfängern im Ausland zugestellte Schriftstücke rechtzeitig zur Kenntnis gebracht würden. Demgegenüber würde der internationale Rechtshilfeverkehr erheblich beeinträchtigt, wenn die Grundsätze der innerstaatlichen Rechtsordnung bereits zum Maßstab für die Zustellung gemacht würden. Allerdings habe das BVerfG in seiner Rechtsprechung zur Rechtshilfe offengelassen, ob Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip dann zur Verweigerung der internationalen Rechtshilfe zwingen könnte, wenn das mit der zuzustellenden Klage angestrebte Ziel offensichtlich gegen unverzichtbare Grundsätze eines freiheitli-

¹¹⁰ Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 30.10.1947, UNTS 55, 194; i.d.F. des GATT 1994 (Anhang 1 A.1 zum WTO-Abkommen [Anm. 109], enthält die Definition des GATT 1994 und Auslegungsvereinbarungen; nicht im BGBl. veröffentlicht), UNTS 1867, 190.

¹¹¹ Zum Streitbeilegungsverfahren i.R.d. WTO siehe die Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (Dispute Settlement Understanding – DSU) vom 15.4.1994, BGBl. 1994 II, 1749.

¹¹² Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15.11.1965, BGBl. 1977 II, 1452.

chen Rechtsstaates verstieße, wie sie auch in internationalen Menschenrechtsübereinkommen verankert sind. Die Beurteilung, ob eine Partei Rechtsmißbrauch betreibe, müsse aber grundsätzlich dem erkennenden Gericht überlassen werden. Dem Vorbringen der Antragstellerin, das von der Klägerin betriebene Verfahren sei rechtsmißbräuchlich, weil es auf den völkerrechtswidrigen *Anti-Dumping Act 1916* gestützt sei, und nach Treu und Glauben (Art. 31 WVK¹¹³) eine Ausnahme von der Zustellungsverpflichtung dann geboten erscheine, wenn der ersuchte Staat bei der Zustellung Gefahr laufe, sich selbst einer völkerrechtlichen Haftung auszusetzen, oder wenn der ersuchte Staat unverzichtbare Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit gefährdet sehe, wie vorliegend durch den Mißbrauch der Rechtshilfe zur Ausschaltung eines Konkurrenten, könne daher nicht nachgegangen werden.

Ebenfalls könnten die Umstände und Kosten, die der Antragstellerin durch den *Pretrial Discovery* aufgezwungen würden, nicht zu einem Unterlassen der Zustellung führen. Der *Pretrial Discovery* sei ein wichtiger Abschnitt im amerikanischen Zivilprozeßrecht, der das Informationsinteresse der Parteien, das besonders in Wirtschaftsprozessen bestehe, berücksichtige. Das *Discovery*-Verfahren stelle wegen der damit regelmäßig verbundenen Ausforschung für sich allein noch kein Anerkennungshindernis dar. Damit könne es erst recht im Zustellungsverfahren keinen prohibitiven Schutz vor diesem Verfahrensinstrument geben. Mittels des HZÜ könnten sich im Ausland tätige deutsche Unternehmen grundsätzlich nicht vor Rechtsnachteilen schützen, denen sie dort in gleicher Weise ausgesetzt seien wie ihre einheimischen Konkurrenten. Dies müsse auch gelten, wenn – wie vorliegend – Anti-Dumping Regeln gezielt eingesetzt würden, um speziell ausländische Konkurrenten zu treffen.

Im übrigen sei das Streitbeilegungsverfahren der WTO bezüglich des *Anti-Dumping Act 1916* noch nicht vollständig abgeschlossen. Derzeit bestehe noch zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika, Japan und der EU Streit über die Umsetzungsfrist des *Panel*-Entscheids¹¹⁴ vom 31.3.2000, der durch die Berufungsinstanz, den *Appellate Body*, am 28.8.2000¹¹⁵ bestätigt worden sei. Angesichts des vorgegebenen zeitlichen Spielraums und der möglichen Kompensationsmaßnahmen könne es nicht Sache des Zustellungsverfahrens sein, darüber zu entscheiden, ob die angemessene Umsetzungszeit bereits überschritten sei. Die Erledigung des Zustellungsversuchens könne ebenso nicht davon abhängig gemacht werden, daß die Vereinigten Staaten von Amerika den *Panel*-Entscheid umsetzten. Jedenfalls habe dies zu gelten, solange die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen sei oder die Vereinigten Staaten von Amerika nicht zu erkennen gegeben hätten, daß sie von der

¹¹³ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Anm. 11).

¹¹⁴ Panel Report vom 31.3.2000 (WT/DS136/R, *United States – Anti-Dumping Act of 1916, complaint by the European Communities*); sowie Panel Report vom 29.5.2000 (WT/DS162/R, *United States – Anti-Dumping Act of 1916, complaint by Japan*); beide verfügbar unter http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_e.htm.

¹¹⁵ Appellate Body Report vom 28.8.2000, angenommen am 26.9.2000 (WT/DS136/AB/R-WT/DS162/AB/R, *United States – Anti-Dumping Act of 1916*); verfügbar unter http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_e.htm.

Umsetzung Abstand nehmen würden. Solange die Vereinigten Staaten von Amerika innerhalb der ihnen zugebilligten oder zuzubilligenden Fristen an der Umsetzung des Entscheids arbeiteten, könne nicht unterstellt werden, daß der Vertrauensvorschuß für das ausländische Gerichtsverfahren, der in der Gewährung von Rechtshilfe in Form der Zustellung zum Ausdruck komme, nicht gerechtfertigt sei. Daher bedürfe es auch keiner näheren Überprüfung, ob das in den Vereinigten Staaten von Amerika angerufene Gericht nach dem innerstaatlichen Recht der Vereinigten Staaten in der Lage sei, den *Panel*-Entscheid zu beachten, denn auch eine solche Überprüfung würde die Unterstellung voraussetzen, die Vereinigten Staaten von Amerika würden sich insoweit nicht mehr völkerrechtsgemäß verhalten.

IX. Internationaler Menschenrechtsschutz

1. Europäische Menschenrechtskonvention¹¹⁶

a. Verbot der Folter (Art. 3 EMRK) als Abschiebungshindernis

51. Mit Beschluß vom 10.1.2001 (12 LA 323/01 – Juris) bekräftigte das OVG Niedersachsen, daß es weiterhin der Rechtsprechung des BVerwG¹¹⁷ folgt, nach der Kriegs- und Bürgerkriegsgefahren wie auch Rechtsverletzungen durch beliebige private Dritte vom Schutzbereich des Art. 3 EMRK nicht erfaßt werden. Trotz weitergehender Interpretationen durch den EGMR¹¹⁸ habe das BVerwG¹¹⁹ daran festgehalten, daß ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG i.V.m. Art. 3 EMRK nur dann in Betracht komme, wenn die dem Ausländer im Zielstaat drohende Mißhandlung vom Staat oder einer staatsähnlichen Organisation ausgehe oder zu verantworten sei. Die Aussage des EGMR, er dürfe selbst solche Fälle anhand des Art. 3 EMRK prüfen, in denen die Quelle der Gefahr für den Antragsteller auf Umstände zurückzuführen sei, die für sich genommen nicht die Standards des Art. 3 EMRK verletzen, verwische die Grenzen des Schutzbereiches des Art. 3 EMRK. Das OVG halte hieran auch unter Berücksichtigung einer weiteren Entscheidung des EGMR¹²⁰ fest, die die Verpflichtung der Vertragsstaaten, eine Person nicht abzuschieben, wenn diese einem tatsächlichen Risiko einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung ausgesetzt würde, auch auf Situationen erstreckte, in denen die Gefahr von Personen oder Personengruppen, die kein öffent-

¹¹⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Anm. 6).

¹¹⁷ BVerwG, Urteil vom 17.10.1995 (9 C 15/95 – BVerwGE 99, 331, 333 ff.); BVerwG, Urteil vom 15.4.1997 (9 C 38.96 – BVerwGE 104, 265, 269); siehe aber auch das Urteil des BVerwG vom 20.2.2001 zur politischen Verfolgung durch eine Bürgerkriegspartei oben [34].

¹¹⁸ EGMR, Urteil vom 17.12.1996 (71/1995/577/663, *Ahmed/Österreich* – NVwZ 1997, 1100); sowie EGMR, Urteil vom 2.5.1997 (146/1996/767/964, *D/Vereinigtes Königreich* – NVwZ 1998, 161); sämtliche Entscheidungen des EGMR sind recherchierbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Language=en&Advanced=1>.

¹¹⁹ BVerwG, Urteil vom 2.9.1997 (9 C 40/96 – BVerwGE 105, 187, 191).

¹²⁰ EGMR, Beschluß vom 7.3.2000 (43844/98, *T.I./Vereinigtes Königreich* – InfAuslR 2000, 321).

liches Amt innehätten, ausgehe oder von schwerwiegenden Erkrankungen. Jedenfalls für die vorliegend zu entscheidenden Abschiebefälle in den Kosovo folge das OVG weiterhin der Rechtsprechung des BVerwG. Nach dem in § 53 und auch § 55 AuslG geregelten System des Abschiebeschutzes würden diese vom EGMR unter Art. 3 EMRK behandelten Fälle außerhalb von § 53 Abs. 4 AuslG erfaßt. Die unterschiedliche Interpretation von Art. 3 EMRK wirke sich im Regelfall im Ergebnis nicht aus. In diesen Fällen sei Abschiebeschutz nach § 53 Abs. 6 AuslG zu gewähren oder eine Duldung nach § 55 AuslG zu erteilen.

b. Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK)

52. In einem Beschluß vom 2.3.2001 (329 T 77/00 – InfAuslR 2001, 292) entschied das LG Hamburg, daß Art. 5 Abs. 4 EMRK i.V.m. Art. 103 Abs. 1 GG dem mittellosen und der Gerichtssprache nicht kundigen Betroffenen im Abschiebungsverfahren auch für Gespräche mit dem bevollmächtigten Rechtsanwalt einen Anspruch auf unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers einräumen. Nach Art. 5 Abs. 4 EMRK habe jedermann, dem seine Freiheit durch Festnahme oder Haft entzogen werde, das Recht, ein Verfahren zu beantragen, in dem von einem Gericht über die Rechtmäßigkeit der Haft entschieden werde. Abschiebehaft sei eine Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 5 Abs. 4 EMRK. Art. 5 Abs. 4 EMRK verlange ein Verfahren, das gerichtsförmigen Charakter habe und dem Betroffenen der Art des fraglichen Freiheitsentzugs angemessene Garantien gewähre. Art. 103 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) garantiere jedermann einen Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht. Zu den Garantien des fairen Verfahrens gehöre aber auch die Hinzuziehung eines Dolmetschers zu gerichtlichen Anhörungen des Betroffenen, sofern dieser der Gerichtssprache nicht mächtig sei, sowie die Beiordnung eines Rechtsanwalts, wenn die Berücksichtigung der Interessen des Betroffenen nicht anders möglich sei. Wenn aber die Voraussetzungen der Beiordnung eines Rechtsanwalts vorlägen, seien jedenfalls auch damit verbundene Dolmetscherkosten aus der Staatskasse zu erstatten, da die Einschaltung des Rechtsanwalts andernfalls leerliefe.

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

53. Der ThürVerfGH befaßte sich in einem Beschluß vom 15.3.2001 (VerfGH 1/00 – NJW 2001, 2708) mit dem nach Art. 42 Abs. 5 Satz 1 ThürVerf gewährleisteten Recht auf effektiven Rechtsschutz und der Bedeutung von Art. 6 EMRK für die Auslegung der Thüringer Verfassung. Art. 42 Abs. 5 Satz 1 ThürVerf gewährleiste das Recht auf effektiven Rechtsschutz, wobei wirksamer Rechtsschutz auch Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit bedeute. In diesem Zusammenhang sei auch die EMRK zu berücksichtigen. Sie besitze in der deutschen Rechtsordnung nach Art. 59 Abs. 2 GG zwar nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, begründe aber einen inhaltlichen Mindeststandard europäischen Menschenrechts-

schutzes, der von allen Staatsorganen zu beachten sei. Daher sei auch bei der Auslegung der Thüringer Verfassung dieser Standard europäischen Menschenrechtsschutzes zugrunde zu legen. Ob die Dauer des Verfahrens angemessen sei, bestimme sich nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der in der Rechtsprechung des EGMR¹²¹ entwickelten Kriterien. Im vorliegenden Fall könne der öffentliche Aufgabenträger die lange Verfahrensdauer jedenfalls dann nicht mit dem Argument der Personalknappheit rechtfertigen, wenn zunächst zur Bearbeitung eines Aufgabenkomplexes vorhandenes Fachpersonal trotz des Vorliegens einer erheblichen Zahl an Anschlußsachverhalten abgebaut worden sei.

54. Durch Urteil vom 30.5.2001 (1 StR 42/01 – BGHSt 47, 44) entschied der BGH, daß der Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verletzt sein kann, wenn die im Rahmen einer Tatprovokation durch eine von der Polizei geführte Vertrauensperson angesonnene Tat nicht mehr in einem angemessenen, deliktsspezifischen Verhältnis zu dem jeweils individuell gegen den Provozierten bestehenden Tatverdacht steht.¹²² Im vorliegenden Fall sei das Verhalten der Vertrauensperson dem Staat zuzurechnen, da die Vertrauensperson eng geführt worden sei und sich im wesentlichen auf der Linie des erteilten Auftrags bewegt habe. Nach den Feststellungen des LG sei davon auszugehen, daß der Angeklagte zum Handeltreiben gerade mit Heroin in größerer Menge durch eine Einwirkung von einiger Erheblichkeit der Vertrauensperson i.S.e. Provokation gedrängt worden sei. Die Tatprovokation könne hier unzulässig gewesen sein, weil der Angeklagte bis dahin lediglich des Handeltreibens mit Haschisch verdächtig gewesen sei und in dem Verleiten zum Handeltreiben mit Heroin eine erhebliche Steigerung des Unrechtsgehalts der Tat gelegen habe. Zwar stehe insoweit grundsätzlich derselbe Tatbestand in Rede, die provozierte Tat erhalte aber durch Art und Menge des Rauschgifts besonderes Gewicht. Werde jemand auf solche Weise gleichsam unter staatlicher Verantwortung weiter in die Kriminalität gedrängt, so liege darin dann eine Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens, wenn die i.R. einer Tatprovokation angesonnene Tat nicht mehr in einem angemessenen, deliktsspezifischen Verhältnis zu dem jeweils individuell gegen den Provozierten bestehenden Tatverdacht stehe. Die Qualität des Tatverdachts, der sich im Verlaufe des Einsatzes der Vertrauensperson hinsichtlich Intensität und Unrechtscharakter auch verändern könne, begrenze so den Unrechtsgehalt derjenigen Tat, zu der in zulässiger Weise provoziert werden dürfe. Es dürfe nicht Aufgabe einer dem Fairnessgrundsatz verpflichteten Strafrechtspflege sein, einen Unverdächtigen durch Provokation in die Täterschaft zu treiben oder einen Tatverdächtigen zur Begehung einer von ihm abgelehnten oder im Unrechtsgehalt gegenüber der Tatverdachtslage erheblich gesteigerten Tat zu verleiten. Werde über den bestehenden Tatverdacht hinausgehend eine Steigerung der Verstrickung des Tatverdächtigen in qualitativ deutlich höheres Unrecht mit dem Mittel einer Provokation bewirkt, so stehe dies nicht mehr im

¹²¹ EGMR, Urteil vom 16.9.1996 (57/1995/563/649, *Süßmann/Deutschland* – EuGRZ 1996, 514).

¹²² Fortsetzung von BGH, Urteil vom 18.11.1999 (1 StR 221/99 – BGHSt 45, 321); vgl. Radermacher (Anm. 25), 233 [37].

Einklang mit dem generellen Auftrag der dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 EMRK) verpflichteten Strafrechtspflege. Jedoch könne nur, wenn die qualitative Steigerung der Verstrickung des Täters mit einer Einwirkung von einiger Erheblichkeit durch die Vertrauensperson einhergehe, ein Konventionsverstoß angenommen werden, dem nach den Maßstäben von BGHSt 45, 321¹²³ Rechnung zu tragen sei. In allen anderen Fällen erweise sich die (zulässige) Tatprovokation als Umstand, der bei der konkreten Strafzumessung zugunsten des Täters berücksichtigt werden könne.

55. Mit Beschluß vom 30.7.2001 (4 BN 41/01 – DVBl. 2001, 1873 (Ls.)) erklärte das BVerwG, daß die Betroffenheit eines Grundeigentümers außerhalb des Plangebiets im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nicht in jedem Fall gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK eine mündliche Verhandlung erfordert, sondern daß maßgeblich ist, ob die angegriffene planerische Festsetzung auf sein Grundeigentum unmittelbar einwirkt und welche konkreten Beeinträchtigungen erst in einem nachfolgenden Baugenehmigungsverfahren zu beurteilen sind.¹²⁴ Das Normenkontrollgericht habe Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK bei Ausübung seines Verfahrensermessens nach § 47 Abs. 5 Satz 1 VwGO vorrangig zu beachten. Dabei könne der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK durch den EGMR unter bestimmten Voraussetzungen über den entschiedenen Einzelfall hinaus eine normative Leitfunktion zukommen, an der sich die Vertragsstaaten zu orientieren hätten. Ergebe sich aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung des EGMR eine verallgemeinerungsfähige und allgemeine Gültigkeit beanspruchende Auslegung einer Konventionsbestimmung, hätten die deutschen Gerichte dem vorrangig Rechnung zu tragen. Die Rechtsprechung des EGMR ergebe für den vorliegenden Zusammenhang, daß eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK nur in Betracht komme, wenn eine Rechtsposition des Grundeigentümers unmittelbar betroffen sei. Dagegen genüge eine nur mittelbare Betroffenheit mit zudem geringer Intensität grundsätzlich nicht, um als *civil right* oder als *droits et obligations de caractère civil* i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK angesehen zu werden. Aus dem Zusammenwirken von § 47 Abs. 5 Satz 1 VwGO und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK folge, daß über einen Normenkontrollantrag, mit dem sich der Eigentümer eines im Bauplangebiet gelegenen Grundstücks gegen die Festsetzung in einem Bauplan wende, die unmittelbar sein Grundstück betreffe, grundsätzlich nur aufgrund einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu entscheiden sei, da die Unmittelbarkeit der angegriffenen bauplanungsrechtlichen Festsetzung aus § 10 Abs. 1 BauGB folge und die planerischen Festsetzungen eines Bebauungsplans Inhalt und Schranken des Eigentums i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG unmittelbar bestimmten.¹²⁵ Dies lasse sich jedoch für die Betroffenheit eines Grundeigentümers außerhalb des Plangebiets nicht ohne weiteres und in jedem Fall annehmen. Maßgebend sei, welche konkreten Beeinträchti-

¹²³ Anm. 122.

¹²⁴ Ergänzung zu BVerwG, Urteil vom 16.12.1999 (4 CN 9.98 – BVerwGE 110, 203); vgl. Radermacher (Anm. 25), 233 [36].

¹²⁵ Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.12.1999 (Anm. 124).

gungen der Grundeigentümer im Normenkontrollverfahren geltend mache und ob diese auf sein Grundeigentum unmittelbar einwirkten. Aufgrund der Stufigkeit mehrere Entscheidungsebenen im öffentlichen Baurecht lasse sich dies jedoch nicht allgemeingültig entscheiden. Der Bebauungsplan treffe nicht in jeder Hinsicht eine abschließende Entscheidung. Fragen der tatsächlichen Beeinträchtigung durch Vorhaben anderer Grundeigentümer könnten trotz einer für diese an sich günstigen planerischen Festsetzung letztlich erst i.R.d. allgemeinen Prüfung der Gebietsverträglichkeit ihres Vorhabens oder gemäß § 15 Abs. 1 BauNVO zu entscheiden sein, so daß es an einer unmittelbaren rechtlichen Betroffenheit i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK des Grundeigentümers, dessen Grundstück sich außerhalb des Plangebiets befinde, fehle. Im vorliegenden Fall stehe dem Antragsteller das Verfahren der Baugenehmigung und der Rechtsschutz durch eine Nachbarklage zur Verfügung, so daß keine unmittelbare Beeinträchtigung i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK bereits durch die planerische Festsetzung angenommen werden könne.

56. Das LAG Thüringen entschied mit Urteil vom 10.4.2001 (5 Sa 403/00 – BB 2001, 1358), daß in Fällen von Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Arbeitnehmers durch "Mobbing" die vielfach dadurch entstehende Beweisnot des Betroffenen, daß dieser allein und ohne Zeugen den betreffenden Verhaltensweisen ausgesetzt ist, durch eine Art. 6 Abs. 1 EMRK und damit den Grundsätzen eines fairen und auf Waffengleichheit achtenden Verfahrens entsprechende Anwendung der §§ 286, 448, 141 Abs. 1 ZPO auszugleichen ist. Das Gericht dürfe sich bei der zur Wahrheitsfindung nach § 286 Abs. 1 ZPO notwendigen Überzeugungsbildung nicht mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen, sondern müsse sich persönliche Gewißheit verschaffen. Dabei müsse zur Überzeugungsbildung auch die im Zweifel erforderliche Anhörung einer Partei nach § 141 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, der im Einzelfall größere Bedeutung für die Erlangung der erforderlichen Gewißheit zukommen könne als einer Zeugenaussage. Ob dies zur Sicherung des in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerten Prinzips des fairen Verfahrens eine Vernehmung der in Beweisnot befindlichen Partei nach § 448 ZPO erfordere¹²⁶, könne in den Fällen dahingestellt bleiben, in denen die nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu schützende Partei nicht beweisbelastet sei. Bei den unter dem Gesichtspunkt von Mobbing zu prüfenden Fallgestaltungen wachse bei der gerichtlichen Überzeugungsbildung die Bedeutung einer glaubwürdigen Aussage der betroffenen Partei i.R. einer von Amts wegen nach § 141 Abs. 1 ZPO durchgeführten Parteianhörung in dem Maße, in dem ihr Vortrag zum Vorliegen einer systematischen Anfeindung, Schikane und Diskriminierung durch entsprechende Indizien gestützt werde.

¹²⁶ So gefordert in EGMR, Urteil vom 27.10.1993 (37/1992/382/460, *Dombo Bebeer B.V./Niederlande* – NJW 1995, 1413).

d. Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK¹²⁷)

57. Durch Beschluß vom 4.4.2001 (XII ZB 3/00 – NJW 2001, 2472) stellte der BGH fest, daß die Regelung des § 1626a BGB, nach der das gemeinsame Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern die Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen voraussetzt, nicht im Widerspruch zu Art. 8 und 14 EMRK oder zu Art. 18 ÜRK¹²⁸ steht. Es könne dahinstehen, ob EMRK und ÜRK insgesamt oder in Teilbereichen in der Bundesrepublik Deutschland unmittelbar Anwendung finden. Auch die Frage, ob die Konventionen lediglich einfachen Gesetzesrang nach Art. 59 Abs. 2 GG beanspruchen könnten oder ob sie den einfachen Gesetzen entsprechend Art. 25 GG vorgingen, müsse nicht entschieden werden, da die Regelung des § 1626a BGB den völkerrechtlichen Vorgaben entspreche. Sowohl ÜRK als auch EMRK schützten das Familienleben unabhängig von einer Eheschließung der Eltern. Entsprechend habe das BVerfG in seiner neueren Rechtsprechung durch völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG die Elternrechte allen Vätern und Müttern unabhängig von einer Heirat und einem Zusammenleben zugestanden. Eingriffe in das Elternrecht des Art. 8 Abs. 1 EMRK (i.V.m. Art. 14 EMRK) und des Art. 18 ÜRK durch abweichende rechtliche Gestaltung der familiären Beziehungen eines Kindes unverheirateter Eltern gegenüber Kindern von Ehepaaren seien jedoch statthaft, wenn sie gesetzlich vorgesehen und durch sachliche Gründe zur Wahrung des Kindeswohls erforderlich seien (Art. 8 Abs. 2 EMRK, Art. 3 Abs. 2 ÜRK). Die normale Entwicklung der natürlichen Familienbeziehungen i.S.d. Art. 8 EMRK erfordere, daß das nichteheliche Kind rechtlich und sozial in eine derjenigen des ehelichen Kindes vergleichbare Lage gebracht werde. Die durch objektive und vernünftige Gründe gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung sei aber ohne Verletzung des Art. 8 Abs. 1 EMRK (i.V.m. Art. 14 EMRK) möglich, insbesondere zur Sicherstellung der Zugehörigkeit des Kindes zu seiner Familie von seiner Geburt an. In Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 1 ÜRK könnten nach der Rechtsprechung des EGMR¹²⁹ Gründe des Kindeswohls einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht nur rechtfertigen, sondern auch erfordern. Zudem gestehe der EGMR den Staaten bei der Gestaltung der Rechte und Pflichten der Eltern einen weiten Beurteilungsspielraum zu. Die vom BVerfG für Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 5 GG entwickelten Eingriffs- und Regelungskriterien seien gleichermaßen geeignet, Eingriffe in Art. 8 Abs. 1 EMRK (i.V.m. Art. 14 EMRK) zu rechtfertigen. Insbesonde-

¹²⁷ Zur rechtlichen Unmöglichkeit der Abschiebung wegen Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK zum Schutz der familiären Lebensgemeinschaft mit einem minderjährigen deutschen Stiefkind siehe VGH Baden-Württemberg, Beschluß vom 29.3.2001 (13 S 2643/00 – InfAuslR 2001, 283); zum Fehlen der rechtlichen Unmöglichkeit wegen Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK der Abschiebung eines bestandskräftig ausgewiesenen Ausländers allein aufgrund des Bestehens einer ehelichen Lebensgemeinschaft mit einer Deutschen siehe VGH Baden-Württemberg, Beschluß vom 19.4.2001 (13 S 555/01 – Die Justiz 2001, 502).

¹²⁸ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, BGBl. 1992 II, 121, 990.

¹²⁹ EGMR, Urteil vom 13.6.1979 (00006833/74, *Marckx/Belgien* – EuGRZ 1979, 454).

re erlaubten das ÜRK und die EMRK eine unterschiedliche Gestaltung der Rechtspositionen von Mutter und Vater aus Gründen des Kindeswohls. Fordere der nationale Gesetzgeber zum Wohl des Kindes ein Mindestmaß an Übereinstimmung der Eltern zur Übernahme der gemeinsamen elterlichen Sorge, so basiere der Eingriff in das Elternrecht des Vaters bei fehlender Übereinstimmung auf einem objektiven Grund. Daß bei Verweigerung der gemeinsamen Sorge durch die Mutter erst bei drohender Kindeswohlgefährdung eine gerichtliche Änderung herbeigeführt werden könne, diene der kontinuierlichen rechtlichen Zuordnung der Kinder zu einer Familie. Diese am Kindeswohl orientierte Regelung, die die Ausübung des tatsächlichen Familienlebens durch Umgangsrechte gewährleiste, halte sich im Rahmen der Gestaltungsfreiheit des nationalen Gesetzgebers und sei auch verhältnismäßig.

58. Der VGH Baden-Württemberg betonte mit Beschluß vom 14.2.2001 (13 S 2501/00 – InfAuslR 2001, 286) in einem *obiter dictum*, daß auch in Fällen der Ist-Ausweisung nach § 47 Abs. 1 AuslG zu prüfen ist, ob die Ausweisung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK verhältnismäßig ist.¹³⁰ Zwar kenne das Ausländergesetz in seiner derzeitigen Fassung keine ausdrückliche Bestimmung, die die Anwendung der Regel *lex posterior derogat legi priori* für den Bereich von völkerrechtlichen Verträgen ausschließe¹³¹. Die Verweisung auf "andere Gesetze" in § 1 Abs. 1 AuslG sei ebenfalls kaum i.S.e. Ausschlusses der *lex posterior*-Regel für den Anwendungsbereich von völkerrechtlichen Verträgen zu verstehen. Es folge aber jedenfalls aus den allgemeinen Grundsätzen über den Rang von nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG in das innerstaatliche Recht transformierten völkerrechtlichen Verträgen sowie über die völkerrechtskonforme Auslegung von Bundesgesetzen, daß das weitergehende Vertragsrecht, hier die EMRK, nicht von dem späteren Ausländergesetz verdrängt werde. Nach Art. 25 GG seien die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteile des Bundesrechts und gingen den Gesetzen vor. Die EMRK als solche stelle aber keine allgemeine Regel des Völkerrechts i.S.v. Art. 25 GG dar, sondern gelte in der Bundesrepublik Deutschland in Folge des Zustimmungsgesetzes im Range eines einfachen Bundesgesetzes. Die auch in Art. 27 WVK¹³² zum Ausdruck kommende allgemeine Regel des Völkerrechts i.S.v. Art. 25 GG, wonach ein in Kraft getretener Vertrag die Vertragsparteien binde und von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen sei (*pacta sunt servanda*), mache nicht die einzelne Norm eines völkerrechtlichen Vertrags ihrerseits zur allgemeinen Regel des Völkerrechts mit Vorrang vor innerstaatlichen Gesetzen. Aus Art. 25 GG ergebe sich *a contrario*, daß die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes nicht die Sicherung der Einhaltung bestehender völkerrechtlicher Verträge durch eine Bindung des Gesetzgebers

¹³⁰ Im Anschluß hieran, zur Unverhältnismäßigkeit einer Ist-Ausweisung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 EMRK bei Fehlen einer Wiederholungsgefahr siehe VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 26.7.2001 (13 S 2401/99 – VBl.BW 2002, 78); anders VGH Hessen, Beschluß vom 23.9.1996 (13 TG 1316/96 – NVwZ-RR 1997, 126); siehe auch C. Sennekamp, Ist Ausweisung menschenrechtswidrig?, ZAR 2002, 136.

¹³¹ Anders zuvor § 55 Abs. 3 AuslG 1965.

¹³² Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Anm. 11).

umfasse. Dem Gesetzgeber bleibe die Verfügungsmacht über den Rechtsbestand auch dort, wo eine völkervertragliche Bindung bestehe, sofern sie nicht allgemeine Völkerrechtssätze zum Gegenstand habe, selbst wenn hierdurch die Bundesrepublik Deutschland als Vertragsstaat gegen den Vertrag verstoße. Der Anwendung des *lex posterior*-Grundsatzes im Verhältnis zwischen der EMRK und einem neueren Bundesgesetz stehe aber das Prinzip der völkerrechtsfreundlichen Auslegung deutschen Rechts entgegen. Das BVerfG sei gerade im Hinblick auf die EMRK davon ausgegangen, daß auch Gesetze im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen seien, selbst wenn sie zeitlich später erlassen worden seien, denn es sei nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber ohne ausdrückliche Bekundung von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland habe abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen habe ermöglichen wollen.¹³³ Demgemäß sei nicht anzunehmen, der Gesetzgeber habe in den Fällen des § 47 Abs. 1 AuslG die Anwendung des Rechts aus Art. 8 EMRK, das nach Art. 1 EMRK allen der Bundesrepublik Deutschland unterstehenden Personen zustehe und keine Einschränkungen für den Fall einer nach innerstaatlichem Recht zwingenden Ausweisung enthalte, von vornherein ausschließen wollen. Weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte der Norm sei zu entnehmen, der Gesetzgeber habe in Kenntnis der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK¹³⁴, die auch in Fällen schwerster Kriminalität eine Überprüfung der Ausweisung an Hand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes fordere, durch § 47 Abs. 1 AuslG die Anwendung der EMRK auf bestimmte Ausweisungen ausschließen und damit eine Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland begründen wollen. Dies gelte gerade mit Blick auf § 53 Abs. 4 AuslG, der die Anwendung der EMRK ausdrücklich vorschreibe, wovon § 47 Abs. 1 AuslG ausdrücklich hätte ausgenommen werden müssen. Die Anwendung von Art. 8 EMRK in den Fällen des § 47 Abs. 1 AuslG entspreche auch der Auffassung des BVerwG, daß ein völkerrechtlicher Ausweisungsschutz dann zu beachten sei, wenn er über das europäische Gemeinschaftsrecht und das Ausländergesetz hinausgehe. Ferner sehe das BVerwG das differenzierte Regelwerk der Ausweisungsvorschriften der §§ 45 ff. AuslG als grundsätzlich dem Maßstab des Art. 8 Abs. 2 EMRK entsprechend an, so daß eine Korrektur an Hand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Einzelfall nicht ausgeschlossen sei.

e. Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK)

59. Mit Urteil vom 26.6.2001 (4 S 1439/00 – ESVGH 51, 234) entschied der VGH Baden-Württemberg, daß die Einschätzung des Dienstherrn, eine Lehramtsbewerberin sei wegen des von ihr aus religiösen Gründen beabsichtigten Tragens eines Kopftuchs im Unterricht für das angestrebte Amt einer Grund- und Haupt-

¹³³ BVerfG, Beschluß vom 26.3.1987 (2 BvR 589/79 u.a. – BVerfGE 74, 358, 370).

¹³⁴ EGMR, Urteil vom 13.7.1995 (00019465/92, *Nasri/Frankreich* – InfAuslR 1996, 1).

schullehrerin im öffentlichen Schuldienst ungeeignet, sich innerhalb der Grenzen des dem Dienstherrn eingeräumten Beurteilungsspielraums hält und nicht gegen Art. 9 EMRK verstößt.¹³⁵ Das in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verbürgte Grundrecht auf Bekenntnisfreiheit stehe ungeachtet der Art des jeweiligen religiösen Bekenntnisses und unbeschadet des bestehenden öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses auch einem Beamten zu. Das Tragen eines Kopftuches als Ausdruck des muslimischen religiösen Bekenntnisses falle auch in den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. Werde als Voraussetzung der persönlichen Eignung für den Schuldienst das Nichttragen des Kopftuchs im Unterricht verlangt, stelle dies eine Einschränkung der individuellen Glaubens- und Bekenntnisfreiheit dar, die als Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt Einschränkungen unterliege, wenn sie mit Grundrechten Dritter oder anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern kollidiere. Aus Art. 33 Abs. 5 GG folge generell als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums und für Lehrer an staatlichen Schulen folge speziell aus dem durch Art. 7 Abs. 1 GG begründeten staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag, daß die für die Eignung unerlässlichen Anforderungen des konkreten Amtes die Ausübung der Grundrechte i.R.d. Verhältnismäßigen einschränken könnten. Das Fehlen der Fähigkeit oder Bereitschaft, die sich aus der Rücksicht auf die Grundrechte der Schüler und ihrer Eltern ergebende und den Lehrern als Dienstpflicht obliegende staatliche Neutralitätspflicht hinreichend zu wahren, begründe einen Eignungsmangel. Auch der EGMR habe keine Verletzung von Art. 9 EMRK darin gesehen, daß einer zum Islam konvertierten Schweizer Lehrerin, die im Unterricht ein religiös motiviertes Kopftuch getragen habe, von der Schulverwaltung angeordnet worden war, dieses abzulegen.¹³⁶ Diesem Fall sei der vorliegende vergleichbar, soweit dem Gebot der religiösen Neutralität der Schule zum Schutz der negativen Bekenntnisfreiheit jüngerer Schüler, insbesondere solcher im Grundschulalter, und ihrer Eltern der Vorrang vor der Religionsfreiheit der Beschwerdeführerin zuerkannt worden sei. Insoweit sei das Ausmaß der Trennung von Staat und Religion unerheblich. Auch bei der in der Bundesrepublik Deutschland verfassungsrechtlich vorgegebenen, lediglich "vorsorgenden" religiösen Neutralität des Staates bedeute eine dadurch begründete angemessene Einschränkung der Bekenntnisfreiheit einer Lehrperson im Schulunterricht keine Verletzung von Art. 9 EMRK. Diese Einschränkung könne in einer demokratischen Gesellschaft notwendig werden, um den Respekt und die Interessen aller Anschauungen zum Ausgleich zu bringen.

f. Freiheit der Meinungsäußerung, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 10 und 11 EMRK)

60. In einem Urteil vom 18.5.2001 (2 WD 42.00, 43.00 – BVerwGE 114, 258) bekräftigte das BVerwG, daß die Auslegung der Art. 10 und 11 EMRK durch den

¹³⁵ Siehe auch BVerwG, Urteil vom 4.7.2002 (2 C 21.01 – NJW 2002, 3344).

¹³⁶ EGMR, Beschluß vom 15.2.2001 (42393/98, *Lucia Dahlab/Schweiz* – NJW 2001, 2871).

EGMR grundsätzlich nicht der disziplinarischen Ahndung eines Verstoßes gegen die politische Treuepflicht entgegensteht, auch wenn im Einzelfall eine Entfernung aus dem Beamtenverhältnis unverhältnismäßig sein kann. Die politische Betätigung von Soldaten für eine Partei mit einer verfassungsfeindlichen politischen Zielsetzung verletze die politische Treuepflicht gemäß § 8 SG. Dem stehe auch nicht die Auslegung der Art. 10 und 11 EMRK durch den EGMR¹³⁷ entgegen, nach der die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis im Einzelfall gegen das in Art. 10 EMRK verbürgte Recht auf freie Meinungsäußerung und – in Abhängigkeit davon – gegen die in Art. 11 EMRK garantierte Vereinigungsfreiheit verstoßen könne, wenn die Maßnahme zur Gewährleistung der in Art. 10 Abs. 2 EMRK aufgeführten Zwecke – unter Berücksichtigung des staatlichen Beurteilungsspielraums – unverhältnismäßig und also in einer demokratischen Gesellschaft nicht zwingend notwendig sei. Der EGMR habe ausdrücklich bestätigt, daß die Meinungsfreiheit durch gesetzliche Vorschriften zur politischen Treuepflicht des Beamten (und des Soldaten) eingeschränkt werden könne. Im vorliegenden Fall sei allerdings ohnehin die verfassungsfeindliche Zielsetzung der Partei „Die Republikaner“ nicht erwiesen.

g. Schutz des Eigentums (Art. 1 Erstes Zusatzprotokoll zur EMRK)

61. Der BFH vertrat in einem Beschluß vom 24.1.2001 (I R 81/99 – BFHE 195, 119) die Ansicht, daß die Pauschalgewinnbesteuerung nach § 49 Abs. 3 EStG das Eigentumsrecht nach Art. 1 1.ZPEMRK¹³⁸ nicht verletzt. Der BFH betonte zunächst, daß einer ausländischen juristischen Person die den natürlichen Personen durch das Grundgesetz eingeräumten Grundrechte nicht zustünden, da Art. 19 Abs. 3 GG ausdrücklich nur inländische juristische Personen in den Grundrechtsschutz einbeziehe. Diese Rechtslage ändere sich im Ergebnis auch nicht dadurch, daß nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 1.ZPEMRK jede natürliche und – auch ausländische – juristische Person ein Recht auf Achtung ihres Eigentums habe. Zwar hätten die EMRK und auch das Zusatzprotokoll im Inland Geltung mit dem Rang eines einfachen Bundesgesetzes und begründeten deswegen auch entsprechende individuelle Rechte. § 49 Abs. 3 EStG verletze Eigentumsrechte hieraus aber nicht. Einerseits beeinträchtige das in Art. 1 Abs. 1 1.ZPEMRK geschützte Eigentumsrecht nach Art. 1 Abs. 2 1.ZPEMRK nicht das Recht des Staates, diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die Regelung der Benutzung des Eigentums in Übereinstimmung mit dem Allgemeininteresse oder zur Sicherung der Zahlung u.a. der Steuern für erforderlich halte. Andererseits folge aus der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 14 GG, daß der Schutz des Eigentums nicht das Vermögen als solches schütze, sondern ein Schutz nur bei einer übermäßigen, konfiskatorischen Belastung in Betracht komme, welche im Streitfall aber nicht vorliege.

¹³⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 26.9.1995 (7/1994/454/535, *Vogt/Deutschland* – NJW 1996, 375).

¹³⁸ Erstes Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Anm. 6) vom 20.3.1952 (1.ZPEMRK), BGBl. 1956 II, 1879/1880, geändert durch das Protokoll Nr. 11 (Anm. 6).

h. Verfahrensfragen

62. In einem Beschluß vom 21.3.2001 (1 BvR 2307/94 – EuGRZ 2001, 344) lehnte es das BVerfG ab, den Tatbestand eines seiner Urteile im Hinblick auf eine erwogene Beschwerdeinegung beim EGMR zu korrigieren. Die Beschwerdeführer hatten die Ergänzung des Tatbestands um mehrere von ihnen im Verfahren gestellte Beweisanträge sowie die entsprechenden Ablehnungsbeschlüsse des BVerfG unter Angabe des Ablehnungsgrundes begehrt, um in einem erwogenen Verfahren vor dem EGMR das Urteil als urkundlichen Beweis hierüber verenden zu können. Der Antrag blieb ohne Erfolg. Beweisanträge und ihre Ablehnung seien weder nach dem BVerfGG noch nach allgemeinen Grundsätzen des sonstigen Prozeßrechts in den Tatbestand aufzunehmen. Für Entscheidungen des BVerfG gelte besonders, daß Inhalt und Umfang des Tatbestandes auf das unabweisbar Notwendige zu beschränken seien. Daran ändere sich auch nichts, wenn erwogen werde, gegen die Entscheidung des BVerfG Beschwerde beim EGMR einzulegen. Die Beweisanträge und ihre Ablehnung seien dem Protokoll über die mündliche Verhandlung, die Ablehnungsgründe dem Protokoll der Tonbandaufnahme zu dieser Verhandlung zu entnehmen. Es sei nicht erkennbar, daß dies für das Verfahren vor dem EGMR als Nachweis für die verfahrensmäßige Behandlung der Beweisanträge nicht genüge.

2. Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen

63. Das BPatG stellte in einer Entscheidung vom 28.2.2001 (5 W (pat) 12/00 – BlPMZ 2002, 265) fest, daß die Europäische Minderheitensprachen-Charta¹³⁹ der Bewertung des Plattdeutschen als einer "fremden" Sprache i.S.d. § 4a GebrMG nicht entgegensteht und daß dem Antrag, ein Gebrauchsmuster mit der plattdeutschen Bezeichnung "Läägeünnerloage" und mit in Plattdeutsch formulierten Unterlagen allein oder zusammen mit der (hoch-)deutschen Fassung einzutragen, mangels rechtlicher Grundlage nicht stattgegeben werden kann.

Die Antragsteller hatten sich darauf berufen, Plattdeutsch sei deutsch i.S.d. § 126 Satz 1 PatG, da aufgrund der Zuständigkeit des Deutschen Patent- und Markenamtes wie auch des BPatG für das gesamte Bundesgebiet und damit auch für Regionen, in denen Plattdeutsch gesprochen werde, seien die Gewährleistungen für das Plattdeutsche aus den Art. 7, 9 und 10 der Charta anzuwenden.

Das BPatG beurteilte die plattdeutschen Unterlagen jedoch als "fremdsprachige" Unterlagen i.S.d. § 4a GebrMG, auf deren Grundlage zwar bei Nachreichung einer deutschen Übersetzung eine Eintragung vorgenommen werden könne, aber nicht die vorliegend beantragte Eintragung der plattdeutschen und damit fremdsprachigen Fassung, für die es keine gesetzliche Grundlage gebe.

¹³⁹ Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen vom 5.11.1992, ETS 148, BGBl. 1998 II, 1314.

Dieser Beurteilung stünden auch nicht die Regelungen der Charta entgegen, nach denen es sich bei Plattdeutsch (Niederdeutsch) nicht um eine Mundart des (Hoch-)Deutschen handele, sondern um eine eigene Sprache. Niederdeutsch sei in den Erklärungen der Bundesrepublik Deutschland¹⁴⁰ zu der Charta als Regionalsprache bezeichnet. Die Charta gebe dennoch keine Veranlassung, von der Bewertung des Plattdeutschen als "fremde" Sprache i.S.d. § 4a GebrMG ausnahmsweise abzuweichen. Sie verpflichte die Bundesrepublik Deutschland, Teil II der Charta auf alle im deutschen Hoheitsgebiet gebrauchten Regional- oder Minderheitensprachen i.S.v. Art. 1 der Charta anzuwenden und ferner aus Teil III der Charta für jede von Deutschland als Regional- oder Minderheitensprache bezeichnete Sprache eine Mindestzahl von Regelungen anzuwenden.¹⁴¹ Die anzuwendenden Schutzbestimmungen seien aber vorliegend nicht einschlägig. Geltungsbereich eines Gebrauchsmusters und Zuständigkeit von Deutschem Patent- und Markenamt und BPatG erstreckten sich auf das gesamte Bundesgebiet und nicht nur auf die in den Erklärungen genannten Regionen. Keine Vorschrift der Charta oder der Erklärungen gebiete eine Zulassung von Eintragungen und Bekanntmachungen von Gebrauchsmustern in plattdeutscher (niederdeutscher) Sprache. Die Verweisungen in Art. 9 und 10 der Charta auf Gerichts- bzw. Verwaltungsbezirke sowie Gebiete, in denen die Regionalsprache gebraucht werde, seien nicht in dem erweiternden Sinn zu verstehen, daß in den Fällen, in denen in Deutschland ein Regionalsprachengebiet ausgewiesen sei, Bundesbehörden bzw. Bundesgerichte die in den Erklärungen genannten Handlungen in der betreffenden Sprache mit jedem, der sie gebrauche, zuzulassen hätten. Andernfalls sei es unnötig, daß die Erklärungen zur Charta für Regionalsprachen entsprechende Regionen angeben würden, in denen die jeweilige Sprache als Regionalsprache anerkannt sei. Es sei vielmehr von einer Anwendung auszugehen wie bezüglich der sorbischen Sprache, die in Deutschland im angestammten Gebiet der Sorben auch vor Gericht gesprochen werden dürfe, während auch für Sorben in anderen Gerichtsbezirken die Gerichtssprache hochdeutsch sei.¹⁴² Die Charta wolle nach Art. 7 Abs. 1 *lit. d* den Gebrauch des Plattdeutschen als eine Regionalsprache in Wort und Schrift im öffentlichen Leben erleichtern und zu einem solchen Gebrauch ermutigen, allerdings solle sich dies nach Abs. 6 der Präambel der Charta nicht nachteilig auf das Hochdeutsche als Amtssprache auswirken. Mit der Zulassung der Einreichung von Anmeldungsunterlagen in Plattdeutsch werde dem genannten Ziel der Charta Rechnung getragen. Dem Schutzzweck der Charta werde hinreichend entsprochen, wenn für das Gebrauchsmuster die Unterlagen in Plattdeutsch Aktenbestandteil seien und damit Grundlage für die Durchsetzung des Schutzrechts und seine Abwehr auf plattdeutsch in dem Gebiet der Regionalsprache sein könnten.

¹⁴⁰ Erklärungen vom 23. und 26.1.1998, BGBl. 1998 II, 1334, 1336.

¹⁴¹ Siehe hierzu ebenfalls die o.g. Erklärungen (Anm. 140).

¹⁴² Zum fehlenden Recht auf Einrichtung einer Klassenstufe fünf an einer sorbischen Mittelschule trotz Art. 8 Abs. 1 *lit. c* der Charta siehe OVG Bautzen, Beschluß vom 22.8.2001 (2 BS 183/01 – Neue Justiz 2002, 332).

3. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; Europäische Sozialcharta

64. In mehreren Urteilen vom 25.7.2001 (6 C 8.00, 6 C 9.00, 6 C 10.00, 6 C 11.00 – BVerwGE 115, 32) betonte das BVerwG, daß die nach § 1 Abs. 2 LHGebG Baden-Württemberg vorgesehene Studiengebühr für Langzeitstudierende weder gegen Bundesrecht noch gegen Völkerrecht im Rang von Bundesgesetzen verstößt.¹⁴³ Das Landeshochschulgebührengesetz stehe insbesondere nicht im Widerspruch zum IPwskR. Die Vertragsstaaten würden in Art. 13 Abs. 1 Satz 1 das Recht eines jeden auf Bildung und in Art. 13 Abs. 2 *lit. c* anerkennen, daß im Hinblick auf die volle Verwirklichung dieses Rechts der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden müsse. Vorliegend bestehe aber kein Anlaß, den normativen Gehalt dieser Bestimmung, insbesondere auch im Hinblick auf die allgemeinen Bestimmungen der Art. 2, 4 und 5 IPwskR zu erörtern, da der Landesgesetzgeber durch die Gewährung eines Bildungsguthabens und die Übergangsfristen das Angebot eines unentgeltlichen Studiums in einem Umfang aufrechterhalten habe, der die Gewährleistungen des Art. 13 IPwskR auch bei der für die Betroffenen günstigsten Auslegung nicht beeinträchtige. Ebenso berühre die Studiengebühr nicht die Verpflichtungen aus der EuSC. Die Vertragsstaaten würden sich in deren Art. 10 zu bestimmten Maßnahmen verpflichten, um die wirksame Ausübung des Rechts auf berufliche Ausbildung zu gewährleisten. Art. 10 EuSC führe neben der Verpflichtung, Möglichkeiten für den Hochschulzugang nach Maßgabe der persönlichen Eignung zu schaffen (Nr. 1), die Verpflichtung auf, zur vollen Ausnutzung der geschaffenen Möglichkeiten durch geeignete Maßnahmen anzuregen (Nr. 4), z.B. durch die Verringerung oder Abschaffung von Gebühren. Die Bundesrepublik Deutschland habe aber die Ratifikation auf Art. 10 Nr. 1 bis 3 EuSC beschränkt. Die Entscheidung, keine Verpflichtung nach Art. 10 Nr. 4 EuSC einzugehen, könne nicht durch eine erweiternde Auslegung der Verpflichtung nach Art. 10 Nr. 1 EuSC in Frage gestellt werden.

65. Das LSG Bayern entschied mit Urteil vom 29.3.2001 (L 9 EG 18/97 – Juris)¹⁴⁴, daß ein polnischer Staatsangehöriger, der nicht "im Besitz eines Aufenthaltstitels" i.S.d. § 1 Abs. 1a BZG ist, weder aufgrund höherrangigen supranationalen Rechts noch aufgrund in innerstaatliches Recht transformierten internationalen Rechts, insbesondere des IPwskR¹⁴⁵ und der EuSC¹⁴⁶, einen Anspruch auf Bundeserziehungsgeld hat.

¹⁴³ Vgl. hierzu auch VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 6.4.2000, siehe Stahn (Anm. 1), 485 [8].

¹⁴⁴ Anhängig BSG B 10 EG 4/01 R.

¹⁴⁵ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II, 1569.

¹⁴⁶ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, BGBl. 1964 II, 1261, ETS 35.

Der Kläger hatte gegen die Anwendung von § 1 Abs. 1a BErzGG neben Regelungen des Gemeinschafts- und Assoziationsrechts Bestimmungen der EMRK, der EuSC, der AEMR¹⁴⁷, des IPbpr¹⁴⁸, des IPwskR, des ÜRK¹⁴⁹, des Rassendiskriminierungsübereinkommens¹⁵⁰ und des Übereinkommens Nr. 118¹⁵¹ der IAO¹⁵² angeführt.

Das LSG verneinte einen gemeinschaftsrechtlichen Anspruch auf Bundeserziehungsgeld. Anders als der unmittelbar anwendbare Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80¹⁵³ enthalte Art. 37 Abs. 1 des Assoziationsabkommens mit Polen¹⁵⁴ einen ausdrücklichen Vorbehalt bezüglich der in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Bedingungen und Modalitäten, zu denen vorliegend. § 1 Abs. 1a BErzGG gehöre. Weiterhin habe das BSG¹⁵⁵ die Art. 38 und 39 des Assoziationsabkommens als speziell gegenüber Art. 37 angesehen. In Ermangelung eines Beschlusses des Assoziationsrats nach Art. 39 sei aber auch hieraus kein Anspruch auf Bundeserziehungsgeld gegeben.

Nach den vom Kläger zitierten internationalen Abkommen bestehe ebenfalls kein Anspruch des Klägers auf Bundeserziehungsgeld. Der Klagegegenstand berühre weder den universell verbürgten Schutz des Einzelnen vor Eingriffen des Staates in Menschenrechte und Grundfreiheiten noch die universell verbürgten materiellen Grundbedingungen einer menschenwürdigen Existenz. Im übrigen ließen sich aus der innerstaatlichen Geltung internationaler Abkommen dann konkrete individuelle Ansprüche herleiten, wenn die in das innerstaatliche Recht umgesetzte völkerrechtliche Vertragsbestimmung überhaupt auf Ansprüche Einzelner abziele und nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet sei, wie eine innerstaatliche Gesetzesvorschrift rechtliche Wirkungen auszulösen. Andernfalls hätten die vertragschließenden Parteien die vertragsmäßigen Zielvorgaben durch entsprechende Maßnahmen zu verwirklichen. In den Abkommen enthaltene Diskriminierungsverbote könnten dem Einzelnen aber nicht mehr verschaffen, als in den Abkommen

¹⁴⁷ Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der VN-Generalversammlung, GA Resolution 217 A (III) vom 10.12.1948, UN Doc. A/810 (Dez. 1948), 71.

¹⁴⁸ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II, 1533.

¹⁴⁹ Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Anm. 128).

¹⁵⁰ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7.3.1966, UNTS 660, 195, BGBl. 1969 II, 961.

¹⁵¹ Übereinkommen Nr. 118 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Gleichbehandlung von Inländern und Ausländern in der Sozialen Sicherheit vom 28.6.1962, BGBl. 1970 II, 802.

¹⁵² Gegründet durch Teil XIII, Abschn. I (Art. 387 ff.) des Versailler Vertrags vom 28.6.1919, RGBL. 1919, 701, 1269.

¹⁵³ Beschluß Nr. 3/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft auf die türkischen Arbeitnehmer und auf deren Familienangehörige vom 19.9.1980, ABLEG 1983 C 110/60; siehe hierzu auch das Urteil des BVerwG vom 6.12.2001 unten [79].

¹⁵⁴ Europa-Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Polen andererseits vom 16.12.1991, BGBl. 1993 II, 1317; ABLEG 1993 L 348/2.

¹⁵⁵ BSG, Urteil vom 15.10.1998 (B 14/10 KG 27/96 R – ZAR 2000, 88).

an Rechten verbürgt sei. Vorliegend seien allenfalls Art. 2 Abs. 2 IPwskR oder Art. 16 EuSC von Interesse. Das Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 2 IPwskR bezüglich der im IPwskR verbürgten Rechte greife nicht, da sich den "Rechten" des Einzelnen nach Art. 9 bis 11 IPwskR kein den Staatsangehörigen sämtlicher Vertragsstaaten des IPwskR zustehender Anspruch auf eine spezifische familienpolitische Leistung wie das Erziehungsgeld entnehmen lasse. Gleichermassen verhalte es sich bei der EuSC, nach deren Präambel zwar die Ausübung sozialer Rechte ohne Diskriminierung sichergestellt werden müsse. Aus den unspezifischen Vorgaben des allenfalls einschlägigen Art. 16 EuSC lasse sich aber auch i.V.m. der Präambel kein Gleichbehandlungsgebot bezüglich spezieller sozialer Leistungen ableiten. Im Übrigen spreche das für die Durchführung der rechtlichen Pflichten aus der Charta vorgesehene Überwachungssystem nach Teil III EuSC dafür, daß es sich bei den Regelungen der EuSC grundsätzlich nicht um Rechtssätze handele, die einer unmittelbaren, gerichtlich überprüfbaren Anwendung im innerstaatlichen Recht zugänglich seien. Das Übereinkommen Nr. 118 der IAO enthalte zwar ein genau umrissenes Gleichbehandlungsgebot, jedoch habe die Bundesrepublik Deutschland keine Verpflichtungen betreffend "Familienleistungen" nach dessen Art. 2 Abs. 1 *lit. i* übernommen.

4. Übereinkommen über die Rechte des Kindes

66. Zum Fehlen eines Verstoßes gegen Art. 18 ÜRK¹⁵⁶ durch die Regelung des § 1626a BGB wird verwiesen auf den Beschluß des BGH vom 4.4.2001, vgl. oben [57].

5. Genfer Flüchtlingskonvention

67. In seinem Urteil vom 21.2.2001¹⁵⁷ unterstrich der BGH einerseits, daß zu den geschützten Personen i.S.d. Art. 4 Abs. 1 IV.GK¹⁵⁸ auch Personen zählen können, die offiziell dieselbe Staatsangehörigkeit wie die Täter besitzen, andererseits, daß der Begriff der Folter des Art. 147 IV.GK jedes zweckbezogene Zufügen schwerer körperlicher oder seelischer Leiden erfaßt, das durch staatliche Organe oder mit staatlicher Billigung begangen wird, und daß die Folter der engere Begriff ist gegenüber der "unmenschlichen Behandlung", die keine auf das Quälen eines Menschen gerichtete Absicht voraussetzt.

Zur Bestimmung des Kreises der geschützten Personen habe der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien¹⁵⁹ (ICTY) in seiner Auslegung des Art. 4 Abs. 1 IV.GK entgegen dessen Wortlaut nicht auf die Staatsange-

¹⁵⁶ Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Anm. 128).

¹⁵⁷ Siehe oben [9].

¹⁵⁸ Genfer Abkommen zum Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (Anm. 24).

¹⁵⁹ ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-A, *Prosecutor v. Dusko Tadić* (Anm. 29).

hörigkeit der Beteiligten abgestellt, sondern darauf, ob die jeweilige Person bei materieller Betrachtung als dem Staat zugehörig angesehen werden konnte, in dessen Gebiet sie sich befand. Es komme nicht allein auf die formale Bindung an einen bestimmten Staat, sondern darauf an, ob die Betroffenen Schutz von dem Staat ihrer Staatsangehörigkeit erhielten und ihm Loyalität schulden würden. Im Verhältnis zwischen den muslimischen Bosniern und Restjugoslawien sei dies nicht der Fall gewesen, so daß die muslimische Bevölkerung nach diesen Grundsätzen trotz jugoslawischer Staatsangehörigkeit als geschützte Personen anzusehen gewesen seien, wenn sie in die Gewalt der bosnischen Serben bzw. des bosnisch-serbischen Militärs geraten und deren Willkürakten ausgesetzt gewesen seien. Diese Auslegung des Art. 4 Abs. 1 IV.GK durch den ICTY ermögliche es, Sinn und Zweck des auf höchstmöglichen, effektiven Schutz von Zivilpersonen gerichteten Art. 4 IV.GK auch in den schwierig zu beurteilenden Fällen ethnisch bedingter Konflikte, die zum Zerfall eines Staates in einzelne Teile führten, hinreichend Rechnung zu tragen.

Der Begriff der Folter werde durch Art. 1 Abs. 1 FolterÜ¹⁶⁰ völkerrechtlich definiert. Die Folter werde nicht nur in Art. 147 IV.GK, sondern auch beim Folterverbot der Art. 3 EMRK¹⁶¹ und Art. 7 IPbR¹⁶² neben der unmenschlichen Behandlung als vergleichbare, aber besondere Form völkerrechtswidrigen Verhaltens aufgeführt. Folter erfasse dabei vorsätzliche schwere körperliche oder psychische Mißhandlungen einer Person durch staatliche Organe oder durch mit staatlicher Billigung tätig werdende Personen, wobei ein vorbedachtes und gewolltes Handeln erforderlich sei. Folter setze heute allerdings nicht mehr zwingend als Zweck der Mißhandlung die Erlangung von Informationen oder die Erzwingung eines Geständnisses voraus. Nach der Definition des Art. 1 Abs. 1 FolterÜ genüge vielmehr auch die absichtliche Zufügung großer körperlicher oder seelischer Schmerzen oder Leiden zum Zwecke der Einschüchterung anderer, der Diskriminierung einer Person als Angehöriger einer bestimmten Gruppe oder zum Zweck der Bestrafung. Somit könne jede zweckbezogene Quälerei eines Menschen durch staatliche Organe oder mit staatlicher Billigung dem Begriff der Folter unterfallen. Demgegenüber sei für eine "unmenschliche" oder "grausame" Behandlung i.S. dieser Vorschriften keine derartige Absicht erforderlich. Folter sei deshalb die verschärfte und vorbedachte Form der unmenschlichen oder grausamen Behandlung. Ob eine schwere Mißhandlung von Menschen als Folter bewertet werden könne, hänge nach der Rechtsprechung des EGMR¹⁶³ von den Umständen des Einzelfalls ab. Insoweit seien allerdings die steigenden Anforderungen an den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten zu beachten und die herkömmliche Definition von

¹⁶⁰ Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984, BGBl. 1990 II, 246, BGBl. 1993 II, 715, geändert durch Resolution vom 8.9.1992, BGBl. 1996 II, 282.

¹⁶¹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Anm. 6).

¹⁶² Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Anm. 148).

¹⁶³ EGMR, Urteil vom 18.1.1978 (00005310/71, *Republik Irland/Vereinigtes Königreich* – EuGRZ 1979, 149, 153 f.).

Art. 1 FolterÜ im Lichte der heutigen Verhältnisse auszulegen. Dies könne zur Folge haben, daß nach den Umständen des Einzelfalls Verhaltensweisen, die in der Vergangenheit nur als unmenschliche oder erniedrigende Behandlung eingestuft worden seien, künftig als Folter qualifiziert werden könnten.

Allerdings werde der Begriff der Folter in Art. 7 Abs. 2e IStGH-Statut¹⁶⁴ lediglich dahin definiert, "daß einer im Gewahrsam oder unter der Kontrolle des Beschuldigten befindlichen Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden", ohne daß das Verfolgen eines Zwecks vorgesehen sei. Ob damit der Folterbegriff des Art. 1 Abs. 1 FolterÜ dahin erweitert werden solle, daß es auf eine bisher erforderliche Absicht des Täters nicht mehr ankomme, sei fraglich. Neben der Folter in Art. 7 Abs. 1f würden in Art. 7 Abs. 1k IStGH-Statut andere vorsätzliche "unmenschliche Handlungen ähnlicher Art" als Unterfälle des Verbrechens gegen die Menschlichkeit genannt, so daß auch nach der Grundkonzeption des IStGH-Statuts zwischen Folter und unmenschlichen Handlungen ähnlicher Art ein Unterschied bestehen müsse. Jedenfalls solle der Folter nicht der Charakter als typischerweise von staatlichen Organen gestütztes Delikt genommen werden. Vor allem solle die Folter bei massenhafter systematischer Begehung i.R.e. ausgedehnten Angriffs gegen die Zivilbevölkerung als Anwendungsfall des völkerstrafrechtlichen Verbrechens gegen die Menschlichkeit gekennzeichnet werden.

Die konkrete Auslegung des Folterbegriffs in Art. 7 Abs. 1 IStGH-Statut könne hier jedoch offen bleiben, da der bisher völkerrechtlich anerkannte und auch zur Tatzeit geltende Folterbegriff der engere und deshalb hinsichtlich seiner Anwendbarkeit der für den Angeklagten günstigere sei. Gemessen an den zu Art. 1 Abs. 1 FolterÜ sowie Art. 3 EMRK und Art. 7 IPbR entwickelten Auslegungsmaßstäben, die auch für die Auslegung des Art. 147 der IV.GK herangezogen werden könnten, sei vorliegend die Bewertung eines Teils der vorgeworfenen Mißhandlungen als Folter rechtlich vertretbar, für die anderen Taten sei jedenfalls eine unmenschliche Behandlung anzunehmen, so daß diese auch unter Art. 147 IV.GK fielen, und eine Verurteilung nach § 223a StGB a.F. auch diesbezüglich auf § 6 Nr. 9 StGB gestützt werden könne.

X. Internationale Organisationen

1. Schutz von Hoheitszeichen

68. In mehreren Urteilen vom 8.10.2001 (10 W (pat) 702/00 – GRUR 2002, 337; 10 W (pat) 703/00 u.a. – GRUR 2002, 337) entschied das BPatG, daß die Eintragung eines Musters, das Abbildungen von Eurobanknoten enthält, nicht gegen die öffentliche Ordnung verstößt, und daß ihr insbesondere § 8 Abs. 2 Nr. 6 und 8 MarkenG nicht entgegenstehen. Das Eintragungsverbot des § 8 Abs. 2 Nr. 6 Mar-

¹⁶⁴ Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.7.1998, BGBl. 2000 II, 1393.

kenG gehe über den Versagungsgrund des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung wesentlich hinaus. Dies ergebe sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte des Schutzes staatlicher Hoheitszeichen. Während der Schutzverweigerungsgrund des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung einschließlich der Täuschungsgefahr schon in der ursprünglichen Fassung der Pariser Verbandsübereinkunft¹⁶⁵ (PVÜ) von 1883 enthalten gewesen sei, sei das Schutzverbot für Marken, die staatliche Hoheitszeichen enthielten, erst durch die Haager Fassung¹⁶⁶ 1925 in die PVÜ aufgenommen worden. Im übrigen handele es sich bei § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG um eine kennzeichenrechtliche Vorschrift, die nicht jegliche private kommerzielle Ausnutzung staatlicher Hoheitszeichen verbiete. Im Gegensatz dazu gewähre der Musterschutz ein Ausschließlichkeitsrecht an Gestaltungen. Auch deshalb dürfe das markenrechtliche Verbot einer Monopolisierung staatlicher Hoheitszeichen zugunsten einer einzelnen Person nicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz auf Muster übertragen werden. Gleiches gelte für Muster, die Darstellungen von Kennzeichen internationaler zwischenstaatlicher Organisationen i.S.v. § 8 Abs. 2 Nr. 8 MarkenG enthielten, wozu jedenfalls die auf den Euro-Banknoten abgebildete Europaflagge gehöre, die nach der Bekanntmachung zu § 4 WZG vom 29.10.1979¹⁶⁷ als Kennzeichen des Europarats geschützt sei. Allerdings sei diesbezüglich schon in § 8 Abs. 4 Satz 4 MarkenG eine wesentliche Durchbrechung des Eintragungsverbots vorgesehen, das für Marken, die das Kennzeichen einer internationalen zwischenstaatlichen Organisation als Bestandteil aufweisen, beschränkt werde auf Marken, die geeignet seien, den unzutreffenden Eindruck einer Verbindung mit der betreffenden Organisation zu erwecken. Ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung könne folglich nur bei einer ersichtlich mißbräuchlichen Verwendung eines Hoheitszeichens in einem Muster angenommen werden. Bei gesetzlichen Zahlungsmitteln in Form von Euro-Banknoten bestünden zudem Zweifel, ob es sich überhaupt um geschützte staatliche Hoheitszeichen handele. Letztlich könne diese Frage jedoch offenbleiben. Selbst wenn gesetzliche Zahlungsmittel als staatliche Hoheitszeichen i.S.d. §§ 145 Abs. 1 Nr. 1, 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG zu betrachten seien, stelle jedenfalls das Abbilden von Euro-Banknoten auf einem Gebrauchsgegenstand zu dessen ästhetischer Gestaltung keine mißbräuchliche gesetzwidrige Verwendung dar.

2. Durchführung von Rechtsakten Internationaler Organisationen

69. Der BGH stellte mit Urteil vom 19.12.2001 (2 StR 358/01 – NJW 2001, 1357) fest, daß die Einfuhr echter irakischer Dinare in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ein nach § 34 Abs. 4 AWG strafbarer Embargoverstoß sein kann.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ RGBl. 1928 II, 175, 489.

¹⁶⁷ BIPMZ 1980, 1.

Nach § 34 Abs. 4 AWG mache sich strafbar, wer einer Vorschrift dieses Gesetzes oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung oder einem im Bundesgesetzblatt oder im Bundesanzeiger veröffentlichten Rechtsakt der Europäischen Gemeinschaften zur Beschränkung des Außenwirtschaftsverkehrs, die der Durchführung einer vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen nach Kapitel VII der VN-Charta¹⁶⁸ beschlossenen wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahme dienen, zuwiderhandle. Vorliegend erfülle die Verordnung (EG) Nr. 2465/96¹⁶⁹ die Voraussetzungen nach § 34 Abs. 4 AWG. Sie diene der Durchführung der vom Sicherheitsrat gegenüber dem Irak nach Art. 39, 41 der VN-Charta mit den Resolutionen 661, 666, 670 (1990), 687 (1991) und 986 (1995)¹⁷⁰ beschlossenen wirtschaftlichen Sanktionen. Die Verordnung gehe in ihrem Regelungsgehalt nicht über den Inhalt der Resolutionen hinaus und sei somit eine wirksame Ausführungsnorm zur Blankettvorschrift des § 34 Abs. 4 AWG. Durch die Verbringung der irakischen Dinare nach Deutschland seien auch die Voraussetzungen des auf Nr. 3a der Resolution 661 (1990) beruhenden Art. 1 Nr. 1 Verordnung (EG) Nr. 2465/96 erfüllt, der die Verbringung aller Rohstoffe und Erzeugnisse mit Ursprung in oder Herkunft aus Irak in das Hoheitsgebiet der Gemeinschaft untersage. Die irakischen Dinare seien Erzeugnisse mit Ursprung in Irak i.S.v. Art. 1 Nr. 1 Verordnung (EG) Nr. 2465/96. Eine Legaldefinition des Begriffes Erzeugnis enthalte die Verordnung nicht. Der maßgebliche Sinngehalt des Begriffes sei daher nach dem objektivierten Willen des Verordnungsgebers, wie es sich aus dem Wortlaut der Bestimmung, ihrem Sinnzusammenhang und dem erkennbaren Zweck der Vorschrift ergebe, zu ergründen. Der Wortsinn des Begriffes Erzeugnis erfasse alles, was hergestellt worden sei, also auch die irakischen Banknoten. Sinn und Zweck der Verordnung (EG) Nr. 2465/96, zur Umsetzung der vom VN-Sicherheitsrat gegen den Irak beschlossenen wirtschaftlichen Sanktionen den Irak umfassend vom wirtschaftlichen Verkehr auszuschließen, würden ebenfalls eine weite Auslegung gebieten. Aus Überschrift und Präambel der Verordnung sowie aus dem Umkehrschluß aus Art. 2 Nr. 2 Verordnung (EG) Nr. 2465/96 folge, daß diese gerade auch finanzielle Transaktionen erfassen wollte. Diese Auslegung des Begriffes Erzeugnis werde auch durch einen Beschluß des Sanktionsausschusses des VN-Sicherheitsrats vom 12.5.1998¹⁷¹ gestützt, nach dem die Einfuhr irakischer Dinare nach Deutschland Nr. 3a der Resolution 661 (1990) unterliege. Ob Geld Zahlungsmittel oder Ware sei, sei entsprechend den möglichen Funktionen von Geld nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Der fallweisen Behandlung von Geld als Ware stehe auch nicht das Urteil des EuGH vom 23.11.1978¹⁷² entgegen, in dem bestimmte Münzen nicht als Waren i.S.v. Art. 30 ff. des EWG-Vertrags¹⁷³ angesehen worden waren. Diese Entschei-

¹⁶⁸ Charta der Vereinten Nationen (Anm. 12).

¹⁶⁹ Verordnung (EG) Nr. 2465/96 vom 17.12.1996 (Anm. 36).

¹⁷⁰ Res. 661 vom 6.8.1990, Res. 666 vom 13.9.1990, Res. 670 vom 25.9.1990, Res. 687 vom 3.4.1991 und Res. 986 vom 14.4.1995; alle verfügbar unter <http://www.un.org/documents/scres.htm>.

¹⁷¹ Nicht öffentlich verfügbar, der BGH nimmt Bezug auf ein Schreiben des Vorsitzenden des Sanktionsausschusses vom 27.5.1998.

¹⁷² EuGH, Urteil vom 23.11.1978 (7/78, *Thompson* – Slg. 1978, 2247).

dung habe sich mit dem freien Warenverkehr innerhalb der Europäischen Gemeinschaft befaßt und sei auf die Auslegung einer Embargovorschrift nicht übertragbar.

XI. Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen

70. In einem Kammerbeschluß vom 4.4.2001 (2 BvR 2368/99 – NJW 2001, 2705) betonte das BVerfG, daß die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes gegenüber Akten einer supranationalen Organisation nicht auf die Europäischen Gemeinschaften beschränkt ist, sondern sich auf alle zwischenstaatlichen Einrichtungen i.S.d. Art. 24 Abs. 1 GG erstreckt, deren Rechtsakte in die nationale Rechtsordnung hineinwirken.

Der Beschwerdeführer hatte mit seiner Verfassungsbeschwerde gerügt, durch eine Entscheidung der Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts (EPA) und die vorausgegangene Prüfungsentscheidung des EPA in seinen Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG verletzt worden zu sein, da die Überprüfung im organisationsinternen Beschwerdeverfahren der Europäischen Patentorganisation (EPO) nicht den Maßstäben genüge, die das BVerwG¹⁷⁴ für die Überprüfung von Berufsprüfungsentscheidungen aufgestellt habe.

Das BVerfG lehnte die Ausübung seiner Gerichtsbarkeit ab, da nicht hinreichend substantiiert vorgetragen worden sei, daß der Grundrechtsschutz auf der Ebene des Europäischen Patentübereinkommens¹⁷⁵ (EPÜ) nicht den Anforderungen des Grundgesetzes entspreche. Unter öffentlicher Gewalt nach § 90 Abs. 1 BVerfGG sei zwar nicht allein die deutsche Staatsgewalt zu verstehen, sondern auch Akte öffentlicher Gewalt einer supranationalen Organisation, soweit sie aufgrund der Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 24 Abs. 1 GG oder Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG Auswirkungen für die Grundrechtsberechtigten haben könnten. Die dem BVerfG übertragene Aufgabe des Grundrechtsschutzes erstrecke sich dementsprechend auch auf abgeleitete Akte von zwischenstaatlichen Einrichtungen i.S.d. Art. 24 Abs. 1 GG, die in die nationale Rechtsordnung hineinwirkten, und dadurch Rechte von Grundrechtsberechtigten in Deutschland betreffen könnten. Dieses funktionale Verständnis der öffentlichen Gewalt sei geboten, weil es andernfalls zu einer grundgesetzwidrigen Flucht in organisatorisch verselbständigte Einheiten auf zwischenstaatlicher Ebene kommen könnte.

Die EPO sei eine zwischenstaatliche Einrichtung i.S.d. Art. 24 Abs. 1 GG, es handele sich um eine ins Völkerrecht verselbständigte juristische Person am Rande der EG, der die Erledigung von Funktionen der Europäischen Gemeinschaft über-

¹⁷³ Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Anm. 3) in der ursprünglichen Fassung.

¹⁷⁴ BVerwG, Urteil vom 9.12.1992 (6 C 3/92 – NVwZ 1993, 677).

¹⁷⁵ Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente vom 5.10.1973, BGBl. 1976 II, 649, 826; zuletzt geändert durch Beschluß vom 5.12.1996, BGBl. 1997 II, 763.

tragen sei, ohne daß sie bislang Bestandteil der Europäischen Union geworden sei. Gleichwohl seien alle EU-Mitgliedstaaten auch Vertragsparteien des EPÜ. Dem EPA seien Hoheitsrechte zur Ausübung übertragen. Maßgeblich dafür sei die Wirkung der Akte des EPA für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Zu den auf die EPO übertragenen Hoheitsrechten zähle die Erteilung europäischer Patente, die ihrem Inhaber grundsätzlich dieselben Rechte gewährten wie die entsprechenden nationalen Patente, sowie die Zulassung als Vertreter in Verfahren vor dem EPA. Die Entscheidung über die Zulassung sei unmittelbar wirksam und reiche über den organisationsinternen Bereich hinaus in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinein.

Als Verfassungsbestimmung grundsätzlicher Art müsse Art. 24 Abs. 1 GG im Zusammenhang der Gesamtverfassung verstanden und ausgelegt werden, zu deren unaufgebbaren Bestandteilen die in den Grundrechten des Grundgesetzes enthaltenen fundamentalen Rechtsgrundsätze gehörten. Das Grundgesetz verlange jedoch nicht, im Einzelfall Grundrechtsschutz gerade durch das BVerfG zu gewährleisten. Vielmehr bedinge die Offenheit der Verfassung für die internationale Zusammenarbeit i.S. der Ziele der Präambel, daß das BVerfG seine Gerichtsbarkeit dann nicht ausübe, wenn auf der supranationalen Ebene ein im wesentlichen dem grundgesetzlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet sei. Nehme eine supranationale Organisation unmittelbar Verwaltungsaufgaben wahr, ergäben sich allerdings strukturelle Anforderungen an den Rechtsschutz sowie an die Gestaltung der Verwaltungsverfahren.

Diese Anforderungen seien gegenwärtig auf der Ebene des EPÜ generell gewährleistet. Das Rechtsschutzsystem des EPÜ entspreche im wesentlichen dem des Grundgesetzes und damit dem Standard des Art. 24 Abs. 1 GG. Die Mitglieder der Beschwerdekammern seien nach Art. 23 EPÜ sachlich und nach Art. 21 EPÜ persönlich unabhängig. Zumindest ein Mitglied müsse die Qualifikation zum Richteramt haben. Das Verfahren sei rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichtet. Vor allem die gemäß Art. 112 Abs. 1 EPÜ für Grundsatzfragen zuständige Große Beschwerdekammer, aber auch die Beschwerdekammer habe auf der Grundlage der Art. 113 ff. EPÜ für sämtliche Verwaltungsverfahren vor dem EPA Verfahrens- und Organisationsmaximen anerkannt und so die Rechtsstaatlichkeit dieser Verfahren gesichert. Auch zur Eignungsprüfung existiere eine umfassende Rechtsprechung der nach Art. 134 Abs. 8 *lit. b* EPÜ eingerichteten Beschwerdekammer in Disziplinarsachen, die Verfahrensanforderungen auch mit Blick auf Art. 14 EMRK¹⁷⁶ erörtere.

Im Übrigen sei fraglich, ob das angeführte Urteil des BVerwG für Berufsprüfungen aller Art verallgemeinert werden könne. Die dort angelegten Maßstäbe könnten jedenfalls gegenwärtig nicht als Ausdruck der Strukturelemente eines vom Grundgesetz intendierten Grundrechtsschutzes angesehen werden, welchen Art. 24 Abs. 1 auch gegenüber einer supranationalen Organisation gewährleiste.

¹⁷⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Anm. 6).

XII. Europäische Gemeinschaften

1. Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht

71. Das BVerfG unterstrich in einem Kammerbeschluß vom 15.2.2001 (2 BvR 1319/96 – NJW 2001, 2323), daß der vom Grundgesetz als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz nicht generell in Frage gestellt wird durch die auf der Rechtsprechung des EuGH im Fall *Phil Collins*¹⁷⁷ beruhende Gleichstellung von EU-Ausländern mit Deutschen im Schutz durch das Urheberrecht nach § 120 Abs. 2 Nr. 2 UrhG. Selbst wenn man die Frage nach einem "ausbrechenden Rechtsakt" stellen würde, ergebe sich nichts anderes. Die Rechtsauffassung des EuGH halte sich im Rahmen des durch das Zustimmungsgesetz zum EG-Vertrag¹⁷⁸ abgesteckten Integrationsprogramms. Ebensowenig überschreite das Zustimmungsgesetz zum EG-Vertrag, daß dieses Ergebnis und die Methode der Rechtsfindung des EuGH decke, die rechtsstaatlichen Grenzen, die einer Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23, 24 GG von Verfassungs wegen gesetzt seien. Der EuGH habe in Ausübung seiner Kompetenzen festgestellt, daß auch die durch das Eigentum an literarischen und künstlerischen Werken verliehenen ausschließlichen Rechte den Austausch von Gütern und Dienstleistungen sowie die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb der Gemeinschaft berühren und deshalb, obwohl diese Rechte in den nationalen Rechtsvorschriften geregelt seien, in den Anwendungsbereich des EG-Vertrags fielen. Es sei nicht ersichtlich, daß der EuGH, wenn er davon ausgehe, daß der Anwendungsbereich des Vertrages i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EGV bereits dann berührt sei, wenn der betreffende Sachverhalt von Bestimmungen des Vertrages erfaßt werde und in diesem Sinne eine gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation vorliege, seine rechtswahrende Aufgabe überschritten habe. Dementsprechend könne der Neufassung von § 120 Abs. 2 UrhG auch deshalb keine verfassungswidrige Rückwirkung zukommen, weil sie nur die europarechtlich vorgegebene, bereits bestehende Rechtslage auch im deutschen Gesetzesrecht zum Ausdruck bringe.

72. Mit Beschluß vom 22.11.2001 (2 BvB 1/01 und andere – NJW 2002, 885) stellte das BVerfG klar, daß das Gemeinschaftsrecht keine Aussage dazu enthält, ob und unter welchen Voraussetzungen eine politische Partei durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union verboten werden kann, und daß die Gemeinschaft nach geltendem Vertragsrecht keine Zuständigkeit zur Regelung des Rechts der politischen Parteien hat. Der Entscheidung lag ein Antrag der NPD zugrunde, das vor dem BVerfG laufende Parteiverbotsverfahren einzustellen und dem EuGH zur Vorabentscheidung gemäß Art. 234 EGV die Frage vorzulegen, ob aus den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts – insbesondere aus Art. 189 EGV und Art. 191 EGV i.V.m. dem Direktwahlakt¹⁷⁹ (DWA) – folge, daß eine politische Partei, die nicht nur an den Wahlen zur Bildung des Parlaments in einem Mitgliedstaat, son-

¹⁷⁷ EuGH, Urteil vom 20.10.1993 (C-92/92, *Collins und Patricia Im- und Export/Imtrat und EMI Electrola* – Slg. 1993, I-5145).

¹⁷⁸ Vertrag zur Gründung der Europäischen (Wirtschafts-)Gemeinschaft (Anm. 3).

dern in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht auch an Wahlen für das Europaparlament teilnehmen, nicht von einem Mitgliedstaat verboten werden könne. Das BVerfG lehnte das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Vorlage nach Art. 234 Abs. 1 lit. a EGV ab. Eine Zuständigkeit zur Regelung des Rechts der politischen Parteien habe die Gemeinschaft nach geltendem Vertragsrecht nicht, Art. 191 EGV erkenne lediglich die Funktion der politischen Parteien auf europäischer Ebene im Prozeß der Europäischen Integration an. Das Gemeinschaftsrecht enthalte keine Aussagen zu den Voraussetzungen eines Parteiverbots durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union. Auch durch die Beteiligung einer Partei auf mitgliedstaatlicher Ebene an einer Wahl zum Europäischen Parlament würden keine gemeinschaftsrechtlichen Fragen aufgeworfen. Nach Art. 190 EGV i.V.m. Art. 7 Abs. 2 DWA seien Regelung und Durchführung einer solchen Wahl Sache der Mitgliedstaaten, wovon auch die Zulassung von Parteien zur Wahl umfaßt sei. Gleiches folge aus Art. 12 Abs. 2 DWA, der das Freiwerden eines Mandats im Europäischen Parlament aufgrund des innerstaatlichen Rechts regele, wobei zu den den Staaten bei Einführung dieser Regelung bekannten Gründen für den Verlust des Mandats auch die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei gehört habe. Auch aus allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts wie Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Grundrechtsschutz lasse sich vorliegend keine vorlagefähige Frage begründen, da die Anwendbarkeit dieser Grundsätze mangels einer allgemeinen Bindung der Mitgliedstaaten an die konstitutionellen Vorschriften des Unions- und Gemeinschaftsrechts voraussetze, daß entweder die Gemeinschaft selbst oder aber ein Mitgliedstaat im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts tätig werde. Im übrigen komme auch eine Vorlage zum Direktwahlakt nach Art. 234 Abs. 1 lit. b EGV nicht in Betracht, da der Direktwahlakt keine auf der Grundlage vertraglicher Ermächtigung ergangene Handlung der Organe der Gemeinschaft darstelle, sondern einen völkerrechtlichen Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des EG-Vertrags.

73. In einem Teilbeschluß vom 19.2.2001 (2 Ws 370/00 – NVwZ 2001, 1173) entschied das OVG Hamburg, daß weder die Vogelschutz-Richtlinie¹⁸⁰ noch die FFH-Richtlinie¹⁸¹ eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten begründen, einzelnen Marktbürgern oder Vereinigungen klagbare Rechte auf die Einhaltung der zur Umsetzung der Richtlinien erforderlichen innerstaatlichen Normen einzuräumen, und daß sich auch aus der Rechtsprechung des EuGH zum *effet utile* keine Pflicht der Mitgliedstaaten ergibt, generell Berechtigungen einzuräumen, die Umsetzung und

¹⁷⁹ Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments vom 20.9.1976, ABl.EG 1976 L 278/1, BGBl. 1977 II, 734.

¹⁸⁰ Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl.EG 1979 L 103/1.

¹⁸¹ Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl.EG 1992 L 206/7; zum Fehlen von Antragsbefugnis und qualifiziertem Rechtsschutzbedürfnis bei Beantragung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Meldung eines FFH-Gebietes an den Bundesumweltminister siehe VG Frankfurt a.M., Beschluß vom 2.3.2001 (3 G 501/01 – NVwZ 2001, 1188).

Einhaltung von EG-Richtlinien gegenüber den jeweiligen Mitgliedstaaten gerichtlich durchzusetzen. Unmittelbar aus den gemeinschaftsrechtlichen Regelungen könnten vorliegend die Antragsteller keine Rechte und keine Antrags- oder Klagebefugnis herleiten. Beiden Richtlinien sei kein die Interessen der einzelnen Marktbürger begünstigender Inhalt zu entnehmen, der diesen bei der Umsetzung in nationales Recht eine solche Berechtigung vermitteln wolle und der im Wege der unmittelbaren Wirkung einer nicht (vollständig) umgesetzten Richtlinie zum Tragen hätte kommen können. Beide Richtlinien beträfen ausschließlich den Schutz der natürlichen Lebensräume im Interesse der Allgemeinheit. Soweit der EuGH in seiner Rechtsprechung zum Umweltrecht individuelle Ansprüche oder Begünstigungen – insbesondere auch solche auf gerichtliche Geltendmachung – zugunsten einzelner Marktbürger anerkannt habe, sei dieser Rechtsprechung durchgängig zu entnehmen, daß die Regelungen zumindest auch den Schutz vor Gefahren für die menschliche Gesundheit berühren müßten.¹⁸² Der Schutz der menschlichen Gesundheit sei aber weder Gegenstand der Vogelschutz-Richtlinie noch der FFH-Richtlinie, selbst wenn er (auch) Folge einer gesunden Umwelt sei. Der Rechtsprechung des EuGH sei auch kein weitergehender systematischer Ansatz zu entnehmen dahin gehend, den Marktbürgern aus Gründen des *effet utile* generell Berechtigungen einzuräumen, die Umsetzung und Einhaltung von EG-Richtlinien gegenüber den jeweiligen Mitgliedstaaten gerichtlich durchzusetzen. Im übrigen bestehe jedenfalls dann kein Grund, die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, wenn die Beantwortung der Vorlagefrage i.S. der Antragsteller wie vorliegend un- oder nur entfernt möglich sei.

74. Mit Beschluß vom 26.11.2001 (13 B 942/01 – NVwZ 2002, 612) stellte das OVG Nordrhein-Westfalen klar, daß bei einer Aussetzungsentscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO bezüglich eines für sofort vollziehbar erklärten Bescheids, der der Umsetzung einer vollziehbaren Entscheidung der EG-Kommission durch eine nationale Behörde dient, die vom EuGH für Gemeinschaftsverordnungen entwickelten Kriterien anzuwenden sind. Das OVG habe bereits zuvor entschieden, daß der vom EuGH für nationale Eilentscheidungen bezüglich der Gültigkeit von EG-Verordnungen entwickelte Maßstab¹⁸³ – (a) erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Gemeinschaftsverordnung, (b) Vorlage der Gültigkeitsfrage an den EuGH, sofern dieser noch nicht mit ihr befaßt sei, (c) Dringlichkeit der Entscheidung, (d) Drohen eines schweren und nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Antragsteller und (e) angemessene Berücksichtigung des Interesses der Gemeinschaft – auch im Fall einer Kommissionsentscheidung anzuwenden sei.¹⁸⁴ Die dort bezüglich des

¹⁸² Z.B. EuGH, Urteil vom 28.2.1991 (C-131/88, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland* – Slg. 1991, I-865); EuGH, Urteil vom 30.5.1991 (C-361/88, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland* – Slg. 1991, I-2596); EuGH, Urteil vom 17.10.1991 (C-58/89, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland* – Slg. 1991, I-5019); EuGH, Urteil vom 12.12.1996 (C-298/95, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland* – Slg. 1996, I-6755).

¹⁸³ EuGH, Urteil vom 9.11.1995 (C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH u.a./Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* – Slg. 1995, I-3761).

¹⁸⁴ OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluß vom 18.7.1996 (13 B 1210/96 – NJW 1996, 3291).

Erlasse einer einstweiligen Anordnung dargelegten Erwägungen müßten – jedenfalls sinngemäß – auch im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO gelten. Der Anwendung der vom EuGH entwickelten Kriterien für nationale Eilentscheidungen bezüglich EG-Verordnungen auf eine Entscheidung stehe deren Einzelfallbezogenheit nicht entgegen. Maßgeblich sei, daß die Entscheidung nach Art. 249 Abs. 4 EGV wie die Verordnung nach Art. 249 Abs. 2 EGV unmittelbare Wirkung entfalten könne. Die hinter der Rechtsprechung des EuGH stehende Rechtfertigung für die Einschränkung der nationalen Gerichte in Eilverfahren mit europarechtlichem Bezug ergebe sich – und zwar ohne Differenzierung nach der Rechtsform der Gemeinschaftsmaßnahmen – aus Art. 10 EGV, der die Mitgliedstaaten unter anderem verpflichte, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten, wobei diese Verpflichtung der Mitgliedstaaten auch die nationalen Gerichte treffe. Das OVG sehe sich auch durch die Rechtsprechung des EuGH in den Fällen *Masterfoods*¹⁸⁵ und *T.Port*¹⁸⁶ bestätigt, die keinen Hinweis auf eine fehlende Übertragbarkeit der bisherigen Rechtsprechung zu Ungültigkeit von Gemeinschaftsverordnungen und nationalem Eilverfahren auf Kommissionsentscheidungen enthalte. Wohl aber werde in dem Urteil *Masterfoods* im Zusammenhang mit der Gültigkeit der Entscheidung der Kommission das nationale Gericht unter Hinweis auf die “Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit” gehindert, eine der Entscheidung der Kommission zuwiderlaufende Entscheidung zu erlassen. Eine solche Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit werde gerade auch aus Art. 10 EGV abgeleitet. Für die Gleichbehandlung von Verordnungen und Entscheidungen im Rahmen des nationalen Eilrechtsschutzes spreche auch, daß der EuGH selbst die Formulierung des Maßstabs in dem Urteil *Zuckerfabriken Süderdithmarschen und Soest*¹⁸⁷ verallgemeinert abgewandelt und “erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der gemeinschaftlichen Bestimmungen” gefordert habe.¹⁸⁸ Aus diesen Erwägungen ergebe sich zugleich, daß nicht zu beanstanden sei, wenn bei der Interessenabwägung nach § 80 Abs. 5 VwGO im Rahmen der Prüfung des vom EuGH vorgegebenen Maßstabs die Gründe und Gewichtungen des Präsidenten des EuGH in seiner Eilentscheidung nachvollzogen und übernommen würden.

2. Freier Warenverkehr

75. Mit Urteil vom 29.5.2001 (5 U 10150/00 – NJW-RR 2002, 113) bekräftigte das KG Berlin, daß der Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel (außerhalb des

¹⁸⁵ EuGH, Urteil vom 14.12.2000 (C-344/98, *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd und HB Ice Cream Ltd/Masterfoods Ltd* – Slg. 2000, I-11369).

¹⁸⁶ EuGH, Urteil vom 26.11.1996 (C-68/95, *T. Port GmbH u. Co. KG/Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung* – Slg. 1996, I-6065).

¹⁸⁷ EuGH, Urteil vom 21.2.1991 (C-143/88 und C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest* – Slg. 1991, I-415, Rn. 33).

¹⁸⁸ EuGH, Urteil vom 8.2.2000 (C-17/98, *Emesa Sugar [Free Zone] NV/Aruba* – Slg. 2000, I-675, Rn. 69).

§ 47 AMG) durch einen niederländischen Apotheker, der über das Internet derartige Arzneimittel den Verbrauchern in Deutschland anbietet, mit § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG unvereinbar und wettbewerbswidrig ist und infolge einer europarechtskonformen einschränkenden Auslegung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG auch nicht ausnahmsweise erlaubt ist.¹⁸⁹

Der Internet-Versand von zugelassenen Arzneimitteln stelle vorliegend einen Verstoß gegen § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG dar. Daneben liege in dem Internet-Versand von nicht zugelassenen oder registrierten Arzneimitteln an den privaten Endverbraucher nach Deutschland im Geltungsbereich des AMG ein Verstoß gegen § 73 Abs. 1 Nr. 1 AMG vor. Die Anwendung der §§ 43 Abs. 1 Satz 1, 73 Abs. 1 Nr. 1 AMG sei auch nicht ausnahmsweise gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 6 a, Abs. 4 AMG ausgeschlossen.

Nach § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG dürften zulassungspflichtige Arzneimittel von Endverbrauchern in Deutschland aus anderen Mitgliedstaaten der EU bezogen werden, wenn die Arzneimittel im Herkunftsland in den Verkehr gebracht werden dürften und ohne gewerbs- oder berufsmäßige Vermittlung in einer dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechende Menge vom Endverbraucher bezogen würden. Beim Internet-Versand von Arzneimitteln sei fraglich, ob die Arzneimittel "ohne gewerbs- oder berufsmäßige Vermittlung" bezogen würden. Der Begriff "Vermittlung" lege das Zwischenschalten einer dritten Person in den Warenabsatz von der Apotheke zum Endverbraucher nahe, das beim Internet-Versand fehle. In Betracht komme allerdings eine einschränkende Auslegung, nach welcher die Bezugsquelle des Endverbrauchers (die EG-ausländische Apotheke) und der "Vermittler" auch personenidentisch sein könnten, diesen Apotheken also insgesamt eine "berufs- und gewerbsmäßige Vermittlung" bei einem grenzüberschreitenden Arzneimittelbezug untersagt sein solle. Eine "berufsmäßige Vermittlung" beinhalte dann eine zusätzliche Tätigkeit zur Vermehrung des Arzneimittelabsatzes, die in der Versendung gesehen werden könne, so daß "ohne berufsmäßige Vermittlung" dann als "ohne berufsmäßigen Versandhandel" gedeutet werden könne. Diese Auslegung sei aber nicht frei von Zweifeln. Die Regelung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG gehe auf zwei Entscheidungen des EuGH¹⁹⁰ zurück, in denen sich die Bundesrepublik Deutschland unter Hinweis auf das Apothekenmonopol eindringlich gegen den singulären Arzneimittel-Versand durch EG-ausländische Apotheken an Privatpersonen für den eigenen Bedarf gewehrt habe. Es sei allerdings anzunehmen, daß der deutsche Gesetzgeber, der den Ausnahmecharakter des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG betont habe, den durch die EuGH-Entscheidungen gebotenen Ausnahmebereich möglichst eng habe ziehen wollen.

¹⁸⁹ Zur gleichen Thematik siehe auch OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 31.5.2001 (6 U 240/00 – GRURInt 2001, 771); sowie den Vorlagebeschluß gemäß Art. 234 EGV des LG Frankfurt a.M. vom 10.8.2001 (3/11 O 64/01 – NJW 2001, 2824).

¹⁹⁰ EuGH, Urteil vom 7.3.1989 (215/87, *Schumacher/Hauptzollamt Frankfurt a.M.-Ost* – Slg. 1989, 617); sowie EuGH, Urteil vom 8.4.1992 (C-62/90 *Kommission/Bundesrepublik Deutschland* – Slg. 1992, I-2575).

Bei dem vorliegenden Internet-Versand fehle es aber jedenfalls an der Voraussetzung eines "Beziehens" der Arzneimittel i.S.d. § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG, das einen Kauf der Arzneimittel unter persönlicher Anwesenheit in der EG-ausländischen Apotheke erfordere, auch wenn die Ware dann zugesendet werde. § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG sei insoweit einschränkend auszulegen. Der EuGH habe in den beiden genannten Entscheidungen das Apothekenmonopol in Deutschland insoweit als sachlich gerechtfertigt hingenommen, als es eine persönliche Informations- und Beratungsmöglichkeit habe gewährleisten sollen, und jeweils ausdrücklich vorausgesetzt, daß die jeweilige Privatperson die Arzneimittel "in einer Apotheke" im EG-Ausland gekauft hatte. Dieser persönliche Einkauf in einer Apotheke mit anschließender Zusendung der Arzneimittel entspreche bezüglich der Informations- und Beratungsfunktion dem Gebot des Apothekenmonopols. Auch mit Blick auf den Widerstand der Bundesrepublik Deutschland gegen den Arzneimittelversand vor dem EuGH sei diese einschränkende Auslegung von § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG naheliegend. Zudem spreche das Gebot einer verfassungskonformen Auslegung für die vorgenommene einschränkende Auslegung des Merkmals "beziehen", da diese eine Inländerbenachteiligung aus Art. 28 EGV verhindere, die nach dem Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG nur bezüglich des EG-rechtlich notwendig Gebotenen sachlich gerechtfertigt werden könne.

Ein etwaiger Verstoß gegen den Grundsatz des freien Warenverkehrs gemäß Art. 28 EGV durch die Beschränkung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG auf den persönlichen Kauf in einer EG-ausländischen Apotheke sei jedenfalls durch Art. 30 EGV gerechtfertigt, der aufgrund der unvollständigen Harmonisierung der nationalen Vorschriften zum Inverkehrbringen von Arzneimitteln vorliegend anwendbar sei. Die Einschränkung sei notwendig zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, den wichtigsten der in Art. 30 EGV geschützten Güter und Interessen¹⁹¹. Folglich greife vorliegend die Ausnahmeregelung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a, Abs. 4 AMG nicht. Anderes ergebe sich auch nicht aus den Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie¹⁹² oder der Fernabsatz-Richtlinie¹⁹³.

3. Freizügigkeit der Arbeitnehmer

76. Das OVG Berlin stellte mit Urteil vom 18.1.2001 (6 B 120/96 – NVwZ-RR 2002, 118) klar, daß der Arbeitnehmerschutz des Gemeinschaftsrechts bezüglich der Förderung einer Ausbildung nicht greift, wenn die Arbeitnehmertätigkeit nur Mittel zum Zweck einer späteren Ausbildung ist.¹⁹⁴ Streitig war der Anspruch auf Ausbildungsförderung einer französischen Staatsangehörigen, die zunächst als Au-

¹⁹¹ EuGH, Urteil vom 10.11.1994 (C-320/93, *Ortscheit* – Slg. 1994, I-5243, Rn. 16).

¹⁹² Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABLEG 2000 L 178/1.

¹⁹³ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABLEG 1997 L 144/19.

pair-Mädchen nach Deutschland gekommen war, später verschiedene kleinere Tätigkeiten ausgeübt und dann ein Studium aufgenommen hatte, für das sie Ausbildungsförderung beantragte. Das OVG sah einen Anspruch auf Förderung des Studiums weder nach § 8 Abs. 1 Nr. 8 BAföG noch nach Art. 7 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68¹⁹⁵ gegeben. Der EuGH habe zwar aus Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 einen Anspruch auf Ausbildungsförderung von EG-Arbeitnehmern nach deutschem Recht als unmittelbar geltendes Recht hergeleitet¹⁹⁶. Dem trage der neu gefaßte § 8 Abs. 1 Nr. 8 BAföG für EG-ausländische Auszubildende und Auszubildende mit der Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates des EWR-Abkommens¹⁹⁷ Rechnung. § 8 Abs. 1 Nr. 8 BAföG solle das unmittelbar geltende europäische Recht widerspiegeln, welches deshalb auch die Grenzen dieses Anspruchs bestimme. Es gebe nach Gemeinschaftsrecht keinen allgemeinen Anspruch auf Ausbildungsförderung, da die Bereiche der Bildungs- und Sozialpolitik zur Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gehörten, soweit sie nicht Gegenstand besonderer Vorschriften des EG-Vertrages seien. Ein besonderer Anspruch auf Ausbildungsförderung könne Arbeitnehmern i.S.d. Europarechts nach Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 zustehen. Der in den maßgeblichen europarechtlichen Bestimmungen nicht definierte Begriff des Arbeitnehmers und die damit verbundenen Vergünstigungen seien nach Gemeinschaftsrecht zu bestimmen. Im vorliegenden Fall sei, selbst wenn bei Beginn des Studiums noch eine Arbeitnehmereigenschaft i.S.d. Gemeinschaftsrechts in Deutschland bestanden habe, gleichwohl kein Anspruch auf Ausbildungsförderung gegeben gewesen. Der Schutz nach Art. 7 der Verordnung (EWG) 1612/68 greife nur, wenn das Arbeitsverhältnis, das allein Grundlage der Rechte aus der Verordnung (EWG) 1612/68 sei, im Verhältnis zum zu fördernden Studium nicht nur von untergeordneter Bedeutung sei.¹⁹⁸ Gleiches müsse nach Ansicht des OVG gelten, wenn die Arbeitnehmertätigkeit nur Mittel zum Zweck einer späteren Ausbildung sei, also der Hauptzweck der Tätigkeit sich auf das anschließende Studium bezogen habe. Auch durch die Weiterentwicklung des Europarechts sei kein über Art. 7 der Verordnung (EWG) 1612/68 hinausgehender Anspruch auf Ausbildungsförderung geschaffen worden. Der EG-Vertrag habe auch i.d.F. des Amsterdamer Vertrages¹⁹⁹ keine neuen gemeinschaftsrechtlichen Ansprüche auf Sozialleistungen begründet. Weiterhin könne ein solcher Anspruch auch nicht aus der Europäischen Sozialcharta²⁰⁰ abgeleitet werden, die allein die Mitglieder des Europarates verpflichte, ohne

¹⁹⁴ Zur Bejahung weitreichender Ansprüche von EU-Gaststudenten auf Sozialleistungen im Gaststaat siehe aber EuGH, Urteil vom 20.9.2001 (C-184/99, *Rudy Grzelczyk/Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* – Slg. 2001, I-6193); siehe hierzu auch J. Martínez Soria, Die Unionsbürgerschaft und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen, JZ 2002, 643.

¹⁹⁵ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl.EG 1968 L 257/2, berichtigt in ABl.EG 1968 L 295/12.

¹⁹⁶ EuGH, Urteil vom 21.6.1988 (39/86, *Lair/Universität Hannover* – Slg. 1988, 3190).

¹⁹⁷ Abkommen über den europäischen Wirtschaftsraum vom 2.5.1992, BGBl. 1993 II, 266, 1294.

¹⁹⁸ EuGH Urteil vom 21.6.1988 (197/86, *Brown/Secretary of State for Scotland* – Slg. 1988, 3237).

¹⁹⁹ Vgl. Anm. 3.

²⁰⁰ Europäische Sozialcharta (Anm. 146).

den Bürgern subjektive Rechte zu geben. Schließlich könne auch die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer²⁰¹ als programmatische Erklärung keine subjektiven Rechte der Arbeitnehmer begründen.

4. Niederlassungsfreiheit

77. Das OLG Hamm bestätigte in einem Beschluß vom 1.2.2001 (15 W 390/00 – NJW 2001, 2183) seine Ansicht, daß auch nach der Entscheidung des EuGH im Fall *Centros*²⁰² die Sitzverlegung einer in Deutschland gegründeten GmbH ins EG-Ausland zur Auflösung der Gesellschaft führt und deshalb im Handelsregister nicht eingetragen werden kann.²⁰³ Die Verlegung des Sitzes einer im Inland gegründeten GmbH ins Ausland führe nach deutschem Recht infolge der Sitztheorie regelmäßig zu ihrer Auflösung. Die Verlegung des statutarischen und des effektiven Sitzes der Gesellschaft führe zu einer Änderung des Personalstatuts. Zwar könne die alleinige Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes einer Gesellschaft für den Fortbestand ihres Personalstatuts unschädlich sein, sofern die Verlegung in einen der Gründungstheorie folgenden Mitgliedstaat erfolge, da dies zu einer nach Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB zu beachtenden Rückverweisung auf das deutsche Sachrecht führe. Anders verhalte es sich aber, wenn auch der statutarische Sitz der Gesellschaft in einen der Gründungstheorie folgenden Staat verlegt werde. Die Gesellschaft sei dann nicht anerkennungsfähig, weil sie nicht nach dem Recht ihres statutarischen Sitzes gegründet worden sei. Nach deutschem Recht führe der Wechsel des Personalstatuts zwingend zur Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft. Die Anwendung der Sitztheorie im deutschen internationalen Privatrecht werde nicht durch die Niederlassungsfreiheit nach den Art. 43 und 48 EGV (früher Art. 52 und 58 EGV) berührt. Dies folge aus der Rechtsprechung des EuGH im Fall *Daily Mail*²⁰⁴, nach der die Art. 52, 58 EGV²⁰⁵ den Gesellschaften nationalen Rechts kein Recht gewähren, den Sitz ihrer Geschäftsleitung – unter Wahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedstaats ihrer Gründung – in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Aus der späteren Entscheidung des EuGH im Fall *Centros*, die nur die sogenannte sekundäre Niederlassungsfreiheit betroffen habe, ergebe sich nichts anderes. Zweifel an der Übertragbarkeit der *Centros*-Entscheidung

²⁰¹ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, KOM (89) 248 endg.; vom Europäischen Rat (mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs) am 9.12.1989 angenommen; siehe auch Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Hrsg.), Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer (1990).

²⁰² EuGH, Urteil vom 9.3.1999 (C-212/97, *Centros Ltd/Erhvervsog Selskabsstyrelsen* – Slg. 1999, I-1459).

²⁰³ Im gleichen Sinne unter Berücksichtigung der hoheitlichen Interessen des Zuzugsstaates sowie des Vorentwurfes einer Richtlinie zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU: OLG Düsseldorf, Beschluß vom 26.3.2001 (3 Wx 88/01 – BB 2001, 901).

²⁰⁴ EuGH, Urteil vom 27.9.1988 (81/87, *The Queen/Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC* – Slg. 1988, 5483).

²⁰⁵ EG-Vertrag (Anm. 3) in der ursprünglichen Fassung.

auf die primäre Niederlassungsfreiheit würden untermauert durch die weitere Vorlage des BGH²⁰⁶ an den EuGH zur Frage, ob eine in einem Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft Anspruch auf Anerkennung ihrer Rechts- und Parteifähigkeit nach Verlegung ihres effektiven Verwaltungssitzes in das Inland habe. Jedenfalls für den Fall der Sitzverlegung einer im Inland gegründeten Gesellschaft ins Ausland müsse es bei der Anwendung der Grundsätze aus der Entscheidung des EuGH im Fall *Daily Mail* bleiben, da der EuGH im Fall *Centros* nicht habe erkennen lassen, für die Beurteilung der Gemeinschaftsrechtskonformität nationalen Rechts in Bezug auf den Wegzug einer im Inland gegründeten Gesellschaft die Grundsätze aus seiner früheren Entscheidung *Daily Mail* aufgeben zu wollen.

5. Dienstleistungsfreiheit

78. Mit Urteil vom 9.10.2001 (B 1 KR 26/99 R – BSGE 89, 34) vertrat das BSG die Ansicht, daß es nicht gegen EG-Recht, insbesondere die Freiheit des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs, verstößt, eine Kostenerstattung an den Versicherten für eine im EG-Ausland durchgeführte, nach deutschem Recht ihrer Art nach unzulässige Behandlung auszuschließen. Zwar gelte die in Art. 59 EGV gewährleistete Dienstleistungsfreiheit auch für Tätigkeiten im Bereich des Gesundheitswesens und müsse von den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit beachtet werden. Die Erbringung oder Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen zwischen Mitgliedstaaten dürfe danach nur ausnahmsweise aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit oder aus anderen zwingenden Gründen des Allgemeinwohls erschwert werden.²⁰⁷ Der vorliegende Fall sei jedoch hiervon zu differenzieren. Es gehe nicht um eine Behandlung an sich, sondern um eine bestimmte Art der Durchführung, konkret die ambulant durchgeführte Radiojodtherapie, die nach deutschem Recht nicht zulässig sei und deshalb nicht zum Leistungsumfang der Krankenversicherung zähle. Bei ambulanter Erbringung werde diese Therapie von der Krankenkasse weder im Inland noch im Ausland bezahlt, so daß es an einer unterschiedlichen Behandlung von Dienstleistungen zwischen Mitgliedstaaten gegenüber gleichartigen innerstaatlichen Dienstleistungen fehle. Im übrigen stünden die deutschen Vorschriften zum Verbot der ambulanten Radiojodbehandlung ihrerseits mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang, so daß in dem Ausschluß der Kostenerstattung auch

²⁰⁶ BGH, Beschluß vom 30.3.2000 (VII ZR 370/98 – EuZW 2000, 412); vgl. Stahn (Anm. 1), 544 [77]; der EuGH hat inzwischen über diese Vorlagefrage mit Urteil vom 5.11.2002 (C-208/00, *Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH [NCC]* – erhältlich unter <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>) entschieden und einen Verstoß gegen Art. 43 und 48 EGV bejaht für den Fall, daß ein Mitgliedstaat nach einer Sitzverlegung die Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit einer Gesellschaft, die diese nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt, nicht anerkennt.

²⁰⁷ EuGH, Urteil vom 28.4.1998 (C-158/96, *Kohll/Union des caisses de maladie* – Slg. 1998, I-1931); EuGH, Urteil vom 12.7.2001 (C-368/98, *Vanbraekel u.a.* – Slg. 2001, I-5363); EuGH, Urteil vom 12.7.2001 (C-157/99, *Smits/Peerbooms* – Slg. 2001, I-5473).

deshalb kein Verstoß gegen Art. 59 EGV gesehen werden könne. Bei den hier einschlägigen Richtlinien zum Schutz der Gesundheit der Arbeitskräfte und der Bevölkerung gegen die Gefahren durch ionisierende Strahlen²⁰⁸ handele es sich um bloße Grundnormen²⁰⁹ i.S.v. Art. 30 EAGV²¹⁰, durch die einheitliche Mindeststandards für den Bereich der Union festgelegt worden seien, ohne daß den Mitgliedstaaten verwehrt sei, eigene strengere Bestimmungen zu erlassen.

6. Assoziierungsabkommen Europäische Gemeinschaften – Türkei

79. Mit Urteil vom 6.12.2001 (3 C 25/01 – NVwZ 2002, 864) entschied das BVerwG bezüglich des Anspruchs eines türkischen Staatsangehörigen auf Landeserziehungsgeld, daß die Gleichbehandlungsvorschrift in Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 ARB 3/80²¹¹ auch Arbeitnehmer bzw. deren Familienangehörige mit türkischer Staatsangehörigkeit erfaßt, die nicht innerhalb der Europäischen Gemeinschaft gewandert sind und/oder ihren erlaubten Aufenthalt in einem Mitgliedstaat auf ein erfolgreiches Asylbegehren zurückführen.²¹² Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 bestimme, daß die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnten und für die “dieser Beschluß gilt”, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates haben sollten wie die Staatsangehörigen dieses Staates. Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 sei unmittelbar anwendbar und für den Bereich der sozialen Sicherheit die Durchführungs- und Konkretisierungsvorschrift zu Art. 9 Assoziierungsabkommen EWG-Türkei²¹³, der “entsprechend” Art. 7 EGV jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbiete.²¹⁴ Der Kläger falle in den

²⁰⁸ Richtlinie 96/29/Euratom des Rates vom 13.5.1996 zur Festlegung der grundlegenden Sicherheitsnormen für den Schutz der Gesundheit der Arbeitskräfte und der Bevölkerung gegen die Gefahren durch ionisierende Strahlungen, ABl.EG 1996 L 159/1; sowie Richtlinie 97/43/Euratom des Rates vom 30.6.1997 über den Gesundheitsschutz von Personen gegen die Gefahren ionisierender Strahlung bei medizinischer Exposition und zur Aufhebung der Richtlinie 84/466/Euratom, ABl.EG 1997 L 180/22.

²⁰⁹ Siehe hierzu EuGH, Urteil vom 25.11.1992 (C-376/90, *Kommission/Belgien* – Slg. 1992, I-6153, Rn. 20 ff.).

²¹⁰ Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft vom 25.3.1957, BGBl. 1957 II, 753, 1014, 1678.

²¹¹ Beschluß Nr. 3/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei (Anm. 153).

²¹² Vorgehend VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 12.3.2001 (1 S 1334/00 – Juris); siehe auch die Parallelentscheidungen des BVerwG in den Rechtssachen 3 C 26/01 und 3 C 27/01, ebenfalls vom 6.12.2001; sowie VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 8.2.2001 (1 S 287/00 – InfAuslR 2001, 257); zum Anspruch auf Erziehungsgeld einer als Flüchtling in die Bundesrepublik Deutschland eingereisten türkischen Staatsangehörigen aus Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 und zum Fehlen eines solchen Anspruchs aus Art. 24 GFK siehe auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.6.2001 (L 11 EG 1481/01 – Juris); zum Fehlen eines Erziehungsgeldanspruchs eines polnischen Staatsangehörigen, der nicht über einen Aufenthaltstitel i.S.v. § 1 Abs. 1a BErzGG verfügt, siehe LSG Bayern, Urteil vom 29.3.2001, oben [65].

²¹³ Abkommen zur Gründung einer Assoziation EWG/Türkei (Anm. 76).

²¹⁴ EuGH, Urteil vom 4.5.1999 (C-262/96, *Sürül* – Slg. 1999, I-2685, 2743); sowie EuGH, Urteil vom 14.3.2000 (C-102/98 und C-211/98, *Kocak und Örs* – Slg. 2000, I-1287, 1326).

persönlichen Geltungsbereich gemäß Art. 2 ARB 3/80, denn er sei Arbeitnehmer, für den die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates (der Bundesrepublik Deutschland) gelten würden bzw. gegolten hätten, und er sei türkischer Staatsangehöriger. Art. 1b ARB 3/80 enthalte eine im Streitfall erfüllte Definition des in Art. 2 ARB 3/80 verwendeten Arbeitnehmerbegriffs. Die Definition des persönlichen Geltungsbereiches in Art. 2 ARB 3/80 lehne sich an die entsprechende Definition in Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71²¹⁵ an und die dort in Art. 1a gegebene Definition des Begriffes "Arbeitnehmer" erstrecke sich auf jede Person, die die Versicherteneigenschaft nach den Rechtsvorschriften eines (oder mehrerer) Mitgliedstaates besitze.²¹⁶ Vorliegend sei insbesondere unschädlich, daß der Kläger nicht innerhalb der Gemeinschaft gewandert (kein "Wanderarbeitnehmer" i.S.d. Gemeinschaftsrechts) sei, sondern direkt aus der Türkei in die Bundesrepublik eingereist sei, um hier erfolgreich um Asyl nachzusuchen. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH²¹⁷ zu Art. 6 ARB 1/80²¹⁸ sei es für die Eigenschaft eines türkischen Staatsangehörigen als "Arbeitnehmer" unbeachtlich, ob dieser als Arbeitnehmer in einen Mitgliedstaat eingereist sei oder diese Eigenschaft erst nach seiner Einreise begründet habe. Die Rechtsprechung des EuGH zur Definition des persönlichen Geltungsbereiches in Art. 2 ARB 3/80 könne nur als Bestätigung und Übernahme der Rechtsprechung zu Art. 6 ARB 1/80 für den von Art. 2 und Art. 3 ARB 3/80 geregelten Bereich verstanden werden, so daß ein Wanderungselement nicht zu fordern sei. Im übrigen ergebe sich kein Anhaltspunkt dafür, daß türkische Angehörige, die in einem Mitgliedstaat erfolgreich um Asyl nachgesucht hätten, vom Assoziierungsabkommen nicht hätten profitieren sollen. Mit Blick auf die kürzlich erfolgte Stärkung der Stellung von Flüchtlingen und Staatenlosen im Gemeinschaftsrecht und die grundsätzliche Billigung deren Einbeziehung in Art. 51 EGV (nun Art. 42 EGV) durch den EuGH²¹⁹ sei, jedenfalls für den vorliegend gegebenen Fall der erlaubten Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses nach einer Anerkennung als politisch Verfolgter, auch keine Vorlage an den EuGH erforderlich. Vorliegend sei zudem der sachliche Anwendungsbereich nach Art. 4 ARB 3/80 gegeben. Im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung des BVerwG²²⁰ könne es nicht darauf ankommen, inwieweit das Landeserziehungsgeld eine Leistung sei, die der sozialen Absicherung von Arbeitnehmern und ihren Familien diene.²²¹ Im übrigen

²¹⁵ 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, ABL.EG 1971 L 149/2; i.d.F. der Verordnung (EWG) 2000/83 des Rates vom 2.6.1983 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und zur Änderung der Verordnung (EWG) 574/72 (ABL.EG 1972 L 74/1) über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, ABL.EG L 230/1, 8.

²¹⁶ EuGH, Urteil vom 4.5.1999 (Anm. 214).

²¹⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 30.9.1997 (C-36/96, *Günaydin u.a./Freistaat Bayern* – Slg. 1997, I-5143, 5159).

²¹⁸ Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei (Anm. 62).

²¹⁹ EuGH, Urteile vom 11.10.2001 (C-95/99 *Khalil u.a.*; C-96/99, *Chaaban*; C-97/99, *Osseili*; C-98/99, *Nasser*; C-180/99, *Addou* – Slg. 2001, I-7413).

²²⁰ BVerwG, Urteil vom 18.12.1992 (7 C 12.92 – BVerwGE 91, 327, 333 f.).

sei nicht zweifelhaft, daß gemeinschafts- und damit auch assoziationsrechtlich auf Staatsteile bezogene Rechtsvorschriften den gesamtstaatlichen gleichzustellen seien, weswegen etwa das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 selbst für kommunale Rechtsvorschriften mit Sozialbezug Geltung beanspruchen könne.

7. Vorabentscheidungsverfahren

80. Durch Kammerbeschluß vom 9.1.2001 (1 BvR 1036/99 – EuZW 2001, 255) betonte das BVerfG, daß das BVerwG das Grundrecht aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt, wenn es die gemeinschaftsrechtliche Frage nach der Kollision zwischen zwei Richtlinien ohne erkennbare Orientierung an der Judikatur des EuGH oder am Gemeinschaftsrecht allein nach nationalen Maßstäben beurteilt und wenn es seiner Verpflichtung zur Vorlage an den EuGH nicht nachkommt, weil es den Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter als anerkanntes ungeschriebenes gemeinschaftsrechtliches Grundrecht verkennt.

Im Ausgangsfall streitig war die Anerkennung der Beschwerdeführerin als praktische Ärztin aufgrund einer Teilzeitqualifizierung. Damit verbunden war die Frage, ob das BVerwG verfassungsrechtlich dazu verpflichtet war, dem EuGH die Frage zur Entscheidung vorzulegen, wie das Vollzeiterefordernis für bestimmte Qualifizierungsabschnitte nach der Richtlinie 86/457/EWG²²² unter Berücksichtigung der Richtlinie 76/207/EWG²²³ zu verstehen sei.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG sei geklärt, daß der EuGH gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sei und es einen Entzug des gesetzlichen Richters darstelle, wenn ein nationales Gericht seiner Pflicht zur Vorlage an den EuGH nicht nachkomme. Die Vorlagepflicht werde insbesondere in solchen Fällen unhaltbar gehandhabt, in denen ein letztinstanzliches Gericht seine Vorlageverpflichtung grundsätzlich verkenne. Gleiches gelte, wenn einschlägige Rechtsprechung des EuGH die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet habe oder noch nicht vorliege. Erscheine eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des EuGH nicht nur als entfernte Möglichkeit, werde Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Gericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschreite, etwa wenn gegenüber der vom Gericht vertretenen Mei-

²²¹ Im Anschluß an die Rechtsprechung des EuGH zum deutschen Kindergeld, Urteil vom 4.5.1999 (Anm. 214).

²²² Richtlinie 86/457/EWG des Rates vom 15.9.1986 über eine spezifische Ausbildung in der Allgemeinmedizin, ABL.EG 1986 L 267/26; sowie die sie ersetzende Richtlinie 93/16/EWG des Rates vom 5.4.1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise, ABL.EG 1993 L 165/1.

²²³ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen vom 9.2.1976, ABL.EG 1976 L 39/40.

nung zu der Frage des Gemeinschaftsrechts mögliche Gegenauffassungen eindeutig vorzuziehen seien.

Nach diesen Maßstäben habe das Urteil des BVerwG²²⁴ im vorliegenden Fall die Beschwerdeführerin in ihrem Recht aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt. Einerseits habe das BVerwG die gemeinschaftsrechtliche Frage nach der Kollision zwischen vorliegend der Richtlinie 76/207/EWG und den Richtlinien 86/457/EWG sowie 93/16/EWG²²⁵ ohne erkennbare Orientierung an der Judikatur des EuGH oder am Gemeinschaftsrecht allein nach nationalen Maßstäben beurteilt und nicht belegt, aus welcher Norm des europäischen Rechts es seine Berechtigung herleite, selbst über die Normenkollision nach Grundsätzen zu entscheiden, die es dem deutschen Recht entnommen habe (Grundsätze der *Priorität* und der *Spezialität*). Ein Gericht, das sich hinsichtlich des europäischen Rechts nicht ausreichend kundig mache, verkenne regelmäßig die Bedingungen für die Vorlagepflicht. Hierbei umfasse der Begriff des europäischen Rechts nicht nur materielle Rechtsnormen, sondern auch die Methodenwahl, denn die Wahl der Methode – *Spezialität* oder praktische *Konkordanz* – entscheide auch darüber, welche Rechtsnorm sich im Kollisionsfall durchsetze und damit materiell gelte. Andererseits habe das BVerwG dadurch, daß es nicht berücksichtigt habe, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter zu den vom EuGH anerkannten ungeschriebenen gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten gehöre, ebenfalls seine Vorlageverpflichtung grundsätzlich verkannt und damit gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen. Diese Grundrechtsverbürgungen, die der EuGH aus den mitgliedstaatlichen Verfassungen und der EMRK²²⁶ entwickelt habe und die als allgemeine Rechtsgrundsätze Geltung als primäres Gemeinschaftsrecht entfalten würden, seien die Grundlage dafür, daß das BVerfG von einem wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft durch den EuGH ausgehe und sich seiner Kontrollbefugnis begeben habe. Das BVerwG habe verkannt, daß es zur Überprüfung des sekundären Gemeinschaftsrechts einen solchen durch den EuGH entwickelten Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter geben könnte, der dem Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes entsprechen und Geltung als primäres Gemeinschaftsrecht entfalten könnte. Auch eine solche Überlegung hätte das BVerwG zu einer Vorlage an den EuGH bewegen müssen, da andernfalls der Grundrechtsschutz ins Leere liefe, wenn das BVerfG mangels Zuständigkeit keine materielle Prüfung anhand der Grundrechte vornehmen könne und der EuGH mangels Vorabentscheidungsersuchens nicht die Möglichkeit erhalte, sekundäres Gemeinschaftsrecht anhand der für die Gemeinschaft entwickelten Grundrechtsverbürgungen zu überprüfen.

81. Der BGH bekräftigte in einem Urteil vom 12.6.2001 (XZR 150/99 – BB 2001, 1549), daß eine Vorlagefrage an den EuGH geboten ist, wenn bezüglich einer

²²⁴ BVerwG, Urteil vom 18.2.1999 (3 C 10/98 – EuZW 1999, 572); siehe auch die Anm. von T. Giegerich/D. Richter, EuZW 1999, 574.

²²⁵ Richtlinie 93/16/EWG des Rates vom 5.4.1993 (Anm. 222).

²²⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Anm. 6).

noch nicht umgesetzten EG-Richtlinie Zweifel hinsichtlich ihrer Auslegung bestehen und sich aus der Richtlinie keine bestimmte Auslegung zwingend ergibt. Die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH sei nicht entbehrlich, weil der nationale Gesetzgeber die entsprechende Richtlinie nicht bis zum fallerheblichen Zeitpunkt in nationales Recht umgesetzt habe. Nach der Rechtsprechung des EuGH seien die nationalen Gerichte gehalten, auch vor einer solchen Umsetzung des Gemeinschaftsrechts in Vorschriften des nationalen Rechts bei der Auslegung jedenfalls dann, wenn die Richtlinie unbedingt und hinreichend bestimmt sei, sich so weit wie möglich an Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, so daß das mit der Richtlinie verfolgte Ziel in größtmöglichem Umfang erreicht werde. Daß bei fehlender fristgerechter Umsetzung von EG-Richtlinien in nationale Vorschriften auch Ersatzansprüche der Betroffenen gegen den säumigen Mitgliedstaat bestehen könnten führe insoweit zu keiner anderen Beurteilung.

XIII. Deutschlands Rechtslage nach 1945 und deutsche Wiedervereinigung

1. Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts

a. Pauschalentschädigungsabkommen

82. Mit Urteil vom 25.7.2001 (8 C 7.01 – BVerwGE 115, 50) entschied das BVerwG, daß ein Widerspruch gegen das Ersuchen nach § 11 c Satz 5 VermG auf Eintragung eines Genehmigungsvorbehalts in das Grundbuch nur damit begründet werden kann, der Vermögenswert sei nicht nach Art. 3 Abs. 9 Satz 2 DtAmPEA²²⁷ auf die Bundesrepublik Deutschland übergegangen, weil der Vermögenswert vom deutsch-amerikanischen Pauschalentschädigungsabkommen nicht erfaßt werde, oder weil der betroffene amerikanische Bürger sich für die Geltendmachung von Ansprüchen nach den deutschen Vorschriften entschieden habe.²²⁸ Entgegen der Ansicht der Klägerin könnten nicht nur Vermögenswerte, die dem Vermögensgesetz unterfielen, Gegenstand des deutsch-amerikanischen Pauschalentschädigungsabkommens sein, sondern alle Vermögenswerte, hinsichtlich derer nach dem in Art. 1 DtAmPEA genannten amerikanischen Gesetz Ansprüche gegen die DDR anerkannt worden seien. Unabhängig von der Aufzählung einzelner Ansprüche in Art. 1 DtAmPEA würden alle nach dem Bundesgesetz 94-542 anerkannten An-

²²⁷ Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Vereinigten Staaten über die Regelung bestimmter Vermögensansprüche vom 13.5.1992, BGBl. 1992 II, 1223.

²²⁸ Zum Prüfungsumfang bei Eintragung eines Vorbehalts gemäß § 11c VermG und dem Anwendungsbereich des Abkommens zwischen der Regierung des Königreichs Dänemark und der Regierung der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung vermögensrechtlicher und finanzieller Fragen vom 3.12.1987, Lovt. C 1988 Nr. 49 (S. 108), siehe VG Schwerin, Urteil vom 16.5.2001 (3 A 2089/87 – Juris).

sprüche vom deutsch-amerikanischen Pauschalentschädigungsabkommen erfaßt. Die Eintragung eines Genehmigungsvorbehalts setze nur voraus, daß der betreffende Vermögenswert in das deutsch-amerikanische Pauschalentschädigungsabkommen wirksam einbezogen worden sei. Das Eigentum an dem Grundstück sei nach Art. 3 Abs. 9 Satz 2 DtAmPEA auf die Bundesrepublik Deutschland übergegangen. Somit sei nach § 11c Satz 3 i.V.m. Satz 5 VermG das Ersuchen der Bundesrepublik Deutschland, einen Genehmigungsvorbehalt in das Grundbuch einzutragen, begründet gewesen.

83. Das BVerwG stellte mit Urteil vom 29.11.2001 (7 C 9/01 – VIZ 2002, 279) fest, daß eine Rechtsnachfolge der Conference on Jewish Material Claims Against Germany (JCC) nach § 2 Abs. 1 Satz 3 VermG ausgeschlossen ist, wenn der jüdische Berechtigte sich für eine Entschädigung im Rahmen des deutsch-amerikanischen Pauschalentschädigungsabkommens²²⁹ (DtAmPEA) entschieden hat.²³⁰ Eine vermögensrechtliche Berechtigung der JCC scheide aufgrund der Bestimmungen des DtAmPEA aus. Die JCC könne allenfalls Kraft der Fiktion des § 2 Abs. 1 Satz 3 VermG Berechtigte sein. Nach dieser Vorschrift gelte sie als Rechtsnachfolgerin, wenn jüdische Berechtigte oder deren Rechtsnachfolger keine Ansprüche angemeldet hätten. Auf diese Fiktion könne die JCC sich jedoch hier nicht berufen. Die Bestimmungen des DtAmPEA gingen insoweit als Spezialregelungen vor. Nach Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 DtAmPEA hätten sich Bürger der Vereinigten Staaten von Amerika entscheiden müssen, ob sie zur Befriedigung der nach dem amerikanischen Bundesgesetz 94-542 festgestellten Ansprüche wegen vermögensschädigender Maßnahmen im Bereich der DDR eine Entschädigung nach dem DtAmPEA annehmen oder innerstaatliche Verfahren in der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch hätten nehmen wollen. Bei einer Entschädigung i.R.d. Abkommens seien nach dessen Art. 3 Abs. 6 Satz 2 ihre Rechte nach deutschen Entschädigungsregelungen entfallen. Nach Art. 3 Abs. 9 Satz 1 DtAmPEA handele es sich um eine vollständige und abschließende Regelung und Abwicklung der Ansprüche von amerikanischen Bürgern, die sich für eine Entschädigung nach dem DtAmPEA entschieden. Ihre Rechtstitel an den in das Entschädigungsverfahren einbezogenen Vermögenswerten gingen nach Art. 3 Abs. 9 Satz 2 DtAmPEA auf die Bundesrepublik Deutschland über. Diese Legalzession betreffe auch Ansprüche wegen Schädigungsmaßnahmen in der Zeit der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft, die nach der dem Abkommen zugrunde gelegten Praxis der Foreign Claims Settlement Commission²³¹ von dem Entschädigungsverfahren nach dem genannten amerikanischen Gesetz erfaßt würden. Da der jüdische Voreigentümer sich für eine Entschädigung i.R.d. Abkommens entschieden habe, komme eine Rechtsnachfolge der Klägerin nach § 2 Abs. 1 Satz 3 VermG²³² nicht mehr in Betracht.

²²⁹ Deutsch-amerikanisches Pauschalentschädigungsabkommen (Anm. 227).

²³⁰ Siehe auch VG Leipzig, Urteil vom 20.4.2001 (1 K 1118/96 – Juris).

²³¹ Vgl. die Denkschrift zum Abkommen, BR-Ds. 553/92, 13 f.

b. Politische Verfolgung

84. Mit Urteil vom 22.2.2001 (7 C 12.00 – BVerwGE 114, 68) klärte das BVerwG die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine von den Nationalsozialisten veranlaßte Auflösung einer Beamtenvereinigung²³³ als eine Maßnahme politischer Verfolgung i.S.v. § 1 Abs. 6 VermG angesehen werden kann. Mit § 1 Abs. 6 Satz 1 VermG, der die entsprechende Anwendung des Vermögensgesetzes auf vermögensrechtliche Ansprüche von Bürgern und Vereinigungen vorsehe, die in der Zeit vom 30.1.1933 bis zum 8.5.1945 aus rassistischen, politischen oder weltanschaulichen Gründen verfolgt worden seien und deshalb ihr Vermögen verloren hätten, habe in Anlehnung an die alliierten Rückerstattungsgesetze Wiedergutmachung für diejenigen Vermögensverluste geleistet werden sollen, zu denen es während der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft auf dem Gebiet der späteren DDR und des Sowjetischen Sektors von Berlin gekommen sei. Daher seien bei der Auslegung der Vorschrift die Alliierten Rückerstattungsregelungen und die dazu ergangene Rechtsprechung heranzuziehen. Nach diesen setze eine Verfolgung aus politischen oder weltanschaulichen Gründen einen gezielten Zugriff auf den Betroffenen voraus, um ihn als politischen oder weltanschaulichen Gegner auszuschalten, wobei aus der Sicht der nationalsozialistischen Machthaber zu urteilen sei. Das gelte auch für Maßnahmen gegenüber Vereinigungen, die die Berufs- und Standesinteressen der Beamten vertreten und damit zwangsläufig im politischen Bereich gehandelt hätten. Die Tätigkeit dieser Verbände habe sich auf der Grundlage der Gewährleistungen der Weimarer Reichsverfassung entfaltet. Die hiermit einhergehende Abhängigkeit von dem, was in der verächtlich gemeinten Terminologie der NSDAP das "liberalistische System von Weimar" geheißen habe, habe jedoch für sich noch keine Gegnerschaft begründet, die für die Nationalsozialisten Anlaß zu einer politischen Verfolgung hätte sein können. Bekämpft worden sei vielmehr das "System" als solches. Demgemäß sei ein Verband erst dann als auszuschaltender politischer Gegner angesehen worden, wenn von ihm nach Zielsetzung und Verhalten die Bereitschaft habe erwartet werden können, er werde in Krisenzeiten die verfassungsrechtliche Grundlage seiner Tätigkeit verteidigen und sich damit dem keine Einschränkung duldenden Herrschaftswillen des Nationalsozialismus widersetzen. Für diese Einschätzung sei insbesondere das Verhalten der Verbände im Krisenjahr 1932, als die Republik und ihre Verfassung in ihrem Fortbestand stark gefährdet gewesen seien, maßgeblich. Dementsprechend habe die mit der "Überwindung des Weimarer Systems" einhergehende Auflösung von Beamtenverbänden, die aus der Sicht des Nationalsozialismus nach der Machtübernahme ihre Existenzberechtigung verloren hatten, für sich gesehen noch keine politische Verfolgung dargestellt,

²³² Zur Rechtsnachfolge der JCC im Falle einer Unternehmensrestitution bezüglich eines aus rassistischen Gründen aufgelösten Unternehmens, dessen Anteile zu weniger als 50 % in den Händen jüdischer Anteilseigner lagen, siehe BVerwG, Urteil vom 29.9.2001 (8 C 11/00 – VIZ 2002, 18).

²³³ Vorliegend des Deutschen Beamtenbundes; betreffend den Sächsischen Beamtenbund siehe BVerwG, Urteil vom 22.2.2001 (7 C 93/99 – DVBl. 2001, 1155).

und zwar auch dann nicht, wenn die eingeleiteten oder durchgesetzten Maßnahmen unter Mißachtung satzungsmäßiger Vorschriften oder durch Druck auf amtierende Vorstandsmitglieder erfolgt seien. Allerdings könne sich im Einzelfall aus der Intensität des angewendeten Zwanges politische Verfolgung herleiten lassen.

85. Das LSG Nordrhein-Westfalen entschied mit Urteil vom 9.7.2001 (L 3 RJ 116/00 – NZS 2001, 603), daß es der Verfolgteigenschaft i.S.d. WGSVG nicht entgegensteht, daß der Betroffene aus Verfolgungsfurcht vor den herannahenden deutschen Truppen aus einer sowjetischen Teilrepublik weiter in das Innere der Sowjetunion floh und damit in dem Staat blieb, in dessen Machtbereich er schon bisher lebte. Streitig war die Verfolgteigenschaft eines Letten, der 1941 als Jude vor den Deutschen in das Innere der Sowjetunion geflüchtet war. Das LSG bejahte die Verfolgteigenschaft des Klägers. Für das WGSVG sei grundsätzlich der Begriff des Verfolgten i.S.d. BEG maßgeblich. Hiernach sei Verfolgter, wer Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung sei, also wer (unter anderem) aus Gründen der Rasse oder des Glaubens durch nationalsozialistische Gewaltmaßnahmen verfolgt worden sei und hierdurch Schaden erlitten habe. Nach der Rechtsprechung des BGH und, ihm folgend, des BSG sei insoweit der Begriff der konkreten Verfolgung nicht auf unmittelbare Eingriffe in die Lebenssituation des Verfolgten beschränkt, sondern auch erfüllt, wenn eine allgemeine Verfolgungsgefahr bestanden habe, die bei verständiger Würdigung habe erwarten lassen, daß der einzelne in absehbarer Zeit von nationalsozialistischen Gewaltmaßnahmen betroffen sein würde, und er sich dieser Gefahr durch Auswanderung oder auf andere Weise entzogen habe. Insbesondere bei den Gruppenverfolgten – so auch den Juden – sei danach eine konkrete Verfolgung in diesem Sinne bejaht worden, wenn Gruppenverfolgte die Gefahr eines gewaltsamen Zugriffs mit gutem Grund als gegenwärtig ansehen durften und sich ihr durch Flucht entzogen hätten. Der Kläger sei Gruppenverfolgter in diesem Sinne gewesen. Dem stehe nicht entgegen, daß er aus Lettland, das sich bereits am 5.8.1940 unter sowjetischem Druck als 15. Sozialistische Sowjetrepublik der UdSSR angeschlossen hatte, in das Innere der Sowjetunion floh und damit in dem Staat blieb, in dessen Bereich er schon bisher lebte.

Die vom BSG für das WGSVG übernommene ständige Rechtsprechung des BGH²³⁴, nach der derjenige nicht für außerhalb des deutschen Einflußgebietes entstandene fluchtbedingte Schäden entschädigungsberechtigt sei, welcher aus Verfolgungsgründen vor den heranrückenden deutschen Truppen geflohen sei, dabei jedoch in dem Staat verblieben sei, in dessen Machtbereich er schon bisher gelebt habe, könne jedoch nicht ohne weiteres auf das WGSVG und den dieses Gesetz prägenden Verfolgtenbegriff übertragen werden. Sie gründe auf dem Gedanken, daß jüdische Flüchtlinge, die im eigenen Land vor den herannahenden deutschen Truppen geflohen seien, ein Teil fliehender Bevölkerungsmassen gewesen seien, die das gemeinsame ungewisse Schicksal der Flucht in das Landesinnere aus Furcht vor dem unmittelbaren Kriegsgeschehen und dem fremden Besatzungsregime auf sich

²³⁴ BGH, Urteil vom 4.4.1974 (IX ZR 158/72 – RzW 1974, 204); BGH, Urteil vom 24.3.1977 (IX ZR 144/75 – RzW 1977, 168).

genommen hätten. Diese Auffassung verkenne aber, daß das Schicksal der osteuropäischen Juden, denen bei Verbleiben im deutschen Einflußbereich der nahezu sichere Tod gedroht habe, ein gänzlich anderes gewesen sei, als das der übrigen Zivilbevölkerung. Sie seien nicht Opfer eines allgemeinen Kriegsschicksals gewesen, sondern systematisch staatlich organisierten Massenmorden ausgesetzt gewesen.

c. Zwangs- und Ostarbeiter

86. Mit Beschluß vom 19.2.2001 (9 W 7474/00 – Juris) stellte das KG Berlin fest, daß polnische Staatsangehörige die Bundesrepublik Deutschland für während des Zweiten Weltkriegs in der Landwirtschaft geleistete Zwangsarbeit nicht auf Entschädigungsleistungen in Anspruch nehmen können.

Unmittelbare Ansprüche auf völkerrechtlicher Grundlage bestünden nicht. Sowohl die Haager Landkriegsordnung²³⁵ als auch das Genfer Kriegsgefangenen-Abkommen²³⁶ würden als Völkervertragsrecht nur Rechte und Pflichten zwischen den beteiligten Staaten begründen, aber dem einzelnen keine vor den innerstaatlichen Gerichten individuell durchsetzbaren subjektiven Rechte verleihen.

Auch aus innerstaatlichem deutschen Recht könnten vorliegend keine Entschädigungsansprüche hergeleitet werden. Das Bundesentschädigungsgesetz enthalte keine Rechtsgrundlage für die Entschädigung von Zwangsarbeit. In Betracht kämen allerdings Ansprüche aus Amtspflichtverletzungen (§ 839 BGB, Art. 34 GG, 131 Weimarer Reichsverfassung), da die Heranziehung zu Zwangsarbeit eine schwere Persönlichkeitsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB darstellen könne. Der Inanspruchnahme der Bundesrepublik Deutschland stünden insoweit auch keine völkerrechtlichen Regeln entgegen. Insbesondere bestehe nach der Rechtsprechung des BVerfG²³⁷ keine Regel des Völkergewohnheitsrechts, wonach Entschädigungsregelungen in Zusammenhang mit Kriegsfolgen exklusiv nur im Rahmen völkerrechtlicher Verträge, insbesondere im Rahmen von Friedensverträgen, getroffen werden könnten. Der Ausschluß von Individualforderungen sei insoweit stets ausdrücklich geregelt worden. Ob etwaige Individualansprüche durch die polnische Erklärung vom 23.8.1953²³⁸ erloschen seien, durch welche Polen mit Wirkung vom 1.1.1954 auf die Zahlung von Reparationen durch Deutschland verzichtet habe, sei aber streitig. Jedoch spreche vieles dafür, daß weder hierdurch noch durch den Zwei-plus-vier-Vertrag²³⁹ oder den deutsch-polnischen Grenzvertrag²⁴⁰ die hier geltend gemachten Individualansprüche zum Erlöschen gebracht worden seien.

²³⁵ Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 18.10.1907, RGebl. 1910, 107, 375.

²³⁶ Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 27.7.1929, RGebl. 1934 II, 227.

²³⁷ BVerfG, Beschluß vom 13.5.1996 (2 BvL 33/93 – NJW 1996, 2717, 2719).

²³⁸ Zbiór dokumentów 1953, Nr. 9, 1830 f.

²³⁹ Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12.9.1990, BGBl. 1990 II, 1317.

Letztlich scheitere die Inanspruchnahme der Bundesrepublik Deutschland aber am Ausschluß derartiger Ansprüche nach innerstaatlichem Recht. § 8 Abs. 1 BEG, der keine Entschädigung für Zwangsarbeit vorsehe, enthalte für Ansprüche gegen die Bundesrepublik Deutschland auf Ersatz von Schäden aus nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen aus den Verfolgungsgründen des § 1 BEG eine abschließende Regelung, die eine Inanspruchnahme nach allgemeinen bürgerrechtlichen Vorschriften ausschließe. Daneben trete Art. VI BEG-Schlußgesetz, der in Nr. 1 auch die aus Gründen der Nationalität Verfolgten in den Kreis der Anspruchsberechtigten einbeziehe und der § 8 BEG in Nr. 3 Abs. 1 für entsprechend anwendbar erkläre. Der BGH habe allerdings entschieden, daß die Verschickung eines polnischen Staatsbürgers als Zwangsarbeiter nach Deutschland ohne Hinzutreten besonderer weiterer Umstände keine Verfolgung aus Gründen der Nationalität dargestellt habe, weil sie ohne Berücksichtigung der Nationalität ausschließlich im Zuge der Arbeitskräftebeschaffung für das Deutsche Reich erfolgt sei.²⁴¹ Nach Ansicht des KG sei dann aber die Frage zu beantworten, inwieweit der Ausspruchsausschluß des § 8 Abs. 1 BEG auch Fälle sonstiger rechtswidriger Maßnahmen erfasse. Soweit kein Verfolgungstatbestand i.S.d. BEG vorliege, seien Ansprüche aus rechtswidrigen Maßnahmen des Deutschen Reichs durch das Allgemeine Kriegsfolgenrecht geregelt. Die Regelung des § 8 Abs. 1 BEG müsse aber auf die vorliegend geltend gemachten Entschädigungsansprüche erstreckt werden. Das BEG schließe Ansprüche auf Entschädigung für geleistete Zwangsarbeit für die nach dem BEG grundsätzlich anspruchsberechtigten Personengruppen über § 8 Abs. 1 BEG ausdrücklich aus. Wenn aber den von schwersten Verfolgungsmaßnahmen Betroffenen derartige Ansprüche nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zustünden, könne daraus nur geschlossen werden, daß Ansprüche auf Entschädigung für geleistete Zwangsarbeit generell hätten ausgeschlossen werden sollen.

Selbst wenn die Ausschlußregelung des § 8 Abs. 1 BEG hier nicht greifen sollte, seien die Ansprüche jedenfalls nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 AKG erloschen. Nicht überzeugen könne die vereinzelt vertretene Ansicht, das AKG finde auf ausländische Gläubiger wegen § 101 AKG keine Anwendung, nach dessen Wortlaut die Bestimmungen des Londoner Schuldenabkommens²⁴² (LSA) unberührt bleiben. Art. 5 Abs. 2 LSA, der die Prüfung der aus dem Zweiten Weltkrieg herrührenden Forderungen von Staaten oder einzelnen Personen bis zur endgültigen Regelung der Reparationsfrage zurückgestellt habe, habe nicht das Erlöschen entsprechender Ansprüche ausländischer Gläubiger nach § 1 Abs. 1 AKG gehindert. Die Bedeutung von § 101 AKG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 LSA liege darin, daß zivilrechtliche Ansprüche selbst dann hätten nicht erfüllt werden können, wenn sie nach ihrer Art nach dem AKG erfüllbar gewesen seien.

²⁴⁰ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen über die Bestätigung der zwischen ihnen bestehenden Grenze vom 14.11.1990, BGBl. 1991 II, 1328.

²⁴¹ BGH, Urteil vom 7.12.1960 (IV ZR 150/60 – RzW 1961, 184, 185).

²⁴² Abkommen über deutsche Auslandsschulden vom 27.2.1953, BGBl. 1953 II, 331, 556.

Inzwischen würden die Ansprüche aber auch an § 16 Abs. 1 des Gesetzes zur Errichtung einer Stiftung "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft" scheitern, der als abschließende Regelung für Ansprüche wegen Zwangsarbeit und Vermögensschäden Personen, denen nach § 11 StiftungsG Ansprüche auf Leistungen zustünden, von der Geltendmachung etwaiger anderer oder weitergehender Ansprüche ausschließe.²⁴³

87. Das SG Düsseldorf betonte in einem Urteil vom 23.4.2001 (S 15 RJ 242/98 – Juris), daß die Regelungen, die einer Einbeziehung der Ostarbeiter in die gesetzliche Rentenversicherung für die Zeit vor dem 1.4.1944 entgegenstanden, erkennbar auf willkürlichen rassenideologischen Überlegungen beruhen, offensichtlich ein spezifisch nationalsozialistisches Unrecht darstellen und deshalb als nichtig angesehen werden müssen.²⁴⁴ Als Konsequenz der Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 dürften Ostarbeiter nicht schlechter gestellt werden als die dienst- bzw. notdienstverpflichteten "reichsdeutschen Arbeitskräfte". In verfassungskonformer Auslegung der Regelung des § 1418 Abs. 3 RVO bzw. des § 197 Abs. 3 Satz 1 SGB VI müsse deshalb Ostarbeitern ein Recht zur Nachentrichtung von Pflichtbeiträgen für die vor dem 1.4.1944 liegende Zeit ihrer Tätigkeit zustehen. Mit "Ostarbeiter" seien die Arbeitskräfte nichtdeutscher Volkszugehörigkeit bezeichnet worden, die im Reichskommissariat Ukraine, im Generalkommissariat Weiß-Rutenien oder in Gebieten, die östlich an diese Gebiete und an die früheren Freistaaten Lettland und Estland angrenzten, erfaßt und nach der Besetzung durch die Deutsche Wehrmacht in das Deutsche Reich einschließlich des Protektorats Böhmen und Mähren gebracht und hier eingesetzt worden seien. Die im Reichsgebiet eingesetzten ausländischen Zivilarbeitskräfte hätten entsprechend dem Territorialitätsprinzip auch während der nationalsozialistischen Herrschaft grundsätzlich der Versicherungspflicht in der deutschen Sozialversicherung unterlegen und hätten Beiträge zu allen Sozialversicherungszweigen abzuführen gehabt. Abweichendes habe jedoch aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen bis zum 1.4.1944 für die Ostarbeiter gegolten. Das für die Ostarbeiter geschaffene "Beschäftigungsverhältnis eigener Art" habe zur Ausgrenzung vom "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" und zum Ausschluß bzw. zu einer nur sehr eingeschränkten Anwendung deutscher arbeitsrechtlicher sowie arbeitsschutzrechtlicher Normen gedient. Dies habe erkennbar auf willkürlichen rassenideologischen Überlegungen beruht und offensichtlich ein spezifisches nationalsozialistisches Unrecht dargestellt. Folglich seien die Regelungen des Rentenversicherungsrechts, die einer Einbeziehung der Ostarbeiter in die gesetzliche

²⁴³ Zur Vereinbarkeit von § 16 Abs. 1 StiftungsG mit Art. 14 Abs. 1 GG siehe auch BVerfG, Kammerbeschluß vom 25.4.2001 (1 BvR 132/01 – NJW 2001, 2159).

²⁴⁴ Anschluß und Fortführung von BSG, Urteil vom 23.5.1995 (13 RJ 67/91 – Juris); zur fehlenden rentenversicherungsrechtlichen Möglichkeit der Berücksichtigung von während eines Ghettoaufenthalts im damals sogenannten Generalgouvernement für die besetzten polnischen Gebiete geleisteter Arbeit siehe BSG, Urteil vom 23.8.2001 (B 13 RJ 59/00 R – NZS 2002, 96).

Rentenversicherung für die Zeit vor dem 1.4.1944 entgegenstünden, als von Anfang an nichtig zu erachten. Unerheblich sei hier, ob hinsichtlich des streitigen Zeitraums auch ein Antrag nach dem Gesetz zur Errichtung einer Stiftung "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft" (StiftungsG) gestellt werde. Denn aus dem Regelungszusammenhang des § 16 Abs. 1 mit § 16 Abs. 3 StiftungsG i.V.m. Nr. 14 der Anlage A zum deutsch-amerikanischen Stiftungsabkommen²⁴⁵ ergebe sich, daß von dem nach § 16 Abs. 2 StiftungsG zu erklärenden Verzicht leistungrechtliche Ansprüche aus der Sozialversicherung nicht erfaßt würden, da nach § 16 Abs. 3 StiftungsG weitergehende Wiedergutmachungs- und Kriegsfolgenregelungen nicht berührt würden.

2. Wiedervereinigung

a. Rechtsnachfolge

88. Mit Urteil vom 11.1.2001 (7 U 2763/00 – VIZ 2001, 575) unterstrich das OLG Dresden, daß die Bundesrepublik Deutschland nicht generelle Rechtsnachfolgerin der früheren DDR ist und für Verbindlichkeiten der DDR nur partiell haftet, so daß insbesondere in den sog. Staatserbrechtsfällen gegen die Bundesrepublik Deutschland kein Anspruch auf Herausgabe eines vereinnahmten Geldbetrags besteht. Mit dem Wirksamwerden des Beitritts zur Bundesrepublik Deutschland sei die DDR als Rechtssubjekt ersatzlos untergegangen. Weder die Bundesrepublik Deutschland noch die Neuen Bundesländer seien als deren Gesamtrechtsnachfolger anzusehen, so daß eine pauschale Haftungsübernahme nicht in Betracht komme. Nach dem Einigungsvertrag²⁴⁶ habe die Bundesrepublik die Schulden der früheren DDR nur selektiv übernommen und nur eine partielle gegenständliche Rechtsnachfolge für bestimmte Bereiche angetreten. Art. 23 Einigungsvertrag regle lediglich die Übernahme der bis zum Zeitpunkt des Beitritts aufgelaufenen Gesamtverschuldung des Republikhaushaltes der früheren DDR durch ein Sondervermögen des Bundes, ohne sich auf Verbindlichkeiten der DDR insgesamt zu beziehen. Allerdings schließe das vom Einigungsvertrag festgelegte Konzept der selektiven Schuldenübernahme nicht aus, im konkreten Fall die Haftungsnachfolge der Bundesrepublik Deutschland aus einer anderen Rechtsnorm zu begründen. Eine solche haftungsbegründende Rechtsnorm sei vorliegend aber nicht ersichtlich. Ein Anspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland ergebe sich insbesondere auch nicht nach der Rechtsfigur der Funktionsnachfolge, für die als Hilfskonstruktion kein Raum bleibe neben der abschließenden Regelung in den Art. 21 ff. Einigungsvertrag. Gleichmaßen komme eine Haftung der Bundesrepublik Deutschland unter analoger An-

²⁴⁵ Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Stiftung "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft" vom 17.7.2000, BGBl. 2000 II, 1372.

²⁴⁶ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31.8.1990, BGBl. 1990 II, 885, 1239.

wendung völkerrechtlicher Haftungsgrundsätze i.S.e. völkerrechtlichen Staaten-sukzession nicht in Betracht. Privatrechtliche Ansprüche seien ohnehin aus völkerrechtlichen Grundsätzen nicht unmittelbar herzuleiten.

b. Strafrecht

89. In Fortführung zu BGHSt 40, 218²⁴⁷ entschied der BGH in einem Urteil vom 26.4.2001 (4 StR 30/01 – Neue Justiz 2001, 552), daß die Staatspraxis der DDR, die die vorsätzliche Tötung von Flüchtlingen durch Schußwaffen, Selbstschußanlagen oder Minen zur Vermeidung einer Flucht aus der DDR in Kauf nahm, wegen offensichtlichen, unerträglichen Verstoßes gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte nicht geeignet war, die Täter zu rechtfertigen, und daß wegen der Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit ein Schuldausschluß ausscheidet, wenn nicht im Einzelfall ganz besondere Umstände gegen eine Erkennbarkeit des Strafrechtsverstoßes für den Täter sprechen.²⁴⁸ Dies gelte in besonderem Maße für den Einsatz von Splittermi-nen zur bloßen Durchsetzung des Verbots, die innerdeutsche Grenze ohne beson-dere Erlaubnis zu überschreiten. Der regelmäßig verheerend wirkende unkontrol-lierbare Einsatz solcher blinder Tötungsautomaten sei eklatant menschenrechts-widrig. Wegen der Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit scheide ein Schuldausschluß aus, wenn nicht im Einzelfall ganz besondere Umstände gegen eine Erkennbarkeit des Strafrechtsverstoßes für den Täter sprechen würden. Fehlende Einsichtsfähigkeit in das Unrecht könne nicht aus der “doktrinären Einbin-dung in die – alle gesellschaftlichen Bereiche beherrschende – Ideologie der führen-den Partei” geschlossen werden. Diese stelle für Straftaten der vorliegenden Art keine Besonderheit, sondern den Regelfall dar. Bei dieser Sachlage, in der auch für einen indoktrinierten Menschen der Verstoß gegen das elementare Tötungsverbot augenfällig gewesen sei, bedürfe es besonderer Begründung, warum durch Nach-denken keine Unrechtseinsicht habe erlangt werden können. Weiterhin müsse der Einsatz von Erdminen, die in aller Regel bei den Opfern zu schwersten Verletzun-gen und Verletzungsfolgen führten, zur bloßen Durchsetzung des Verbots, die in-nerdeutsche Grenze in Richtung auf das Staatsgebiet der DDR ohne die hierfür er-forderliche Erlaubnis zu überschreiten, ebenfalls – auch bei bloßem Verletzungs-vorsatz – als rechtswidrig qualifiziert werden. Dem richtig ausgelegten Recht der DDR könne ein Rechtfertigungsgrund hierfür nicht entnommen werden. Insoweit gelte, daß der regelmäßig verheerend wirkende und nicht kontrollierbare Einsatz von Minen an der innerdeutschen Grenze von vornherein eklatant menschen-rechtswidrig gewesen sei.

²⁴⁷ BGH, Urteil vom 26.7.1994 (5 StR 98/94 – NJW 1994, 2703).

²⁴⁸ Zur fehlenden Strafbarkeit allein der Mitwirkung bei der Erstellung der Befehle zur Grenzsicherung der früheren DDR als Beihilfe zu der an der Grenze erfolgten Tötung und Verletzung von Personen durch die dort verlegten Minen siehe BGH, Urteil vom 8.3.2001 (4 StR 453/00 – NJW 2001, 2409).

90. Der BGH klärte mit Beschluß vom 7.8.2001 (5 StR 259/01 – NJW 2001, 3060) die rechtliche Einordnung des Tatbeitrags der Vergatterung von Soldaten an der innerdeutschen Grenze vor befehlsgemäßigem tödlichen Schußwaffengebrauch gegen einen unbewaffneten Flüchtling als Beihilfe zum Totschlag. Wer an der Durchsetzung des Grenzregimes der DDR mit der darin enthaltenen offensichtlich menschenrechtswidrigen Anweisung zu notfalls tödlichem Schußwaffengebrauch durch verantwortliche Gestaltung der maßgeblichen Befehle mitgewirkt habe, sei für den tödlichen Schußwaffengebrauch nach dem regelmäßig milderen Recht der Bundesrepublik Deutschland als mittelbarer Täter, nach dem Recht der DDR als Anstifter verantwortlich. Der Vorgesetzte in der Grenzkompagnie, der die einzelnen Soldaten zum Wachdienst an der Grenze eingeteilt und dabei vergattert habe, habe allerdings seinerseits entsprechend befehlsgelassen nach strikten inhaltlichen Vorgaben gehandelt. Zwar habe er mit seinem Verhalten für den Fall eines anschließenden tödlichen Schußwaffengebrauchs den konkreten Einsatz des dabei unmittelbar tätig gewordenen Soldaten verursacht, jedoch sei die Befehlslage den Soldaten im Rahmen ihrer Ausbildung vorgegeben und durch die Vergatterung lediglich aktualisiert worden. Der Vergatterer habe keinen inhaltlichen Spielraum gehabt. Infolge der vorgesetzten Stellung eines Vergatterers und gegebenenfalls der konkreten Einsatzorganisation könne der Tatbeitrag zwar an der Grenze zur mittelbaren Täterschaft bzw. Anstiftung stehen. Dem stünden aber die eigene Befehlseinbindung des Vergatterers mit strikten inhaltlichen Vorgaben und die zuvor erfolgte generelle Befehlserteilung an die eingesetzten Soldaten gegenüber, deren Tatentschluß für den Fall der später tatsächlich eingetretenen Fluchtsituation damit nicht erst durch die Vergatterung erweckt worden sei, sondern für den Fall der Bereitschaft der Soldaten zu unbedingter Befehlserfüllung bereits latent vorhanden und zuvor festgelegt gewesen sei. Danach sei der in der Vergatterung liegende Tatbeitrag lediglich als Beihilfe zum Totschlag zu werten. Soweit mit der Vergatterung oder ihrer Veranlassung in Befolgung und Förderung der allgemeinen Befehlslage die unmittelbaren Täter in ihrem zuvor bereits anderweitig geweckten Tatentschluß letztlich lediglich maßgeblich bestärkt worden seien, könne sich bei einer solchen Befehlseinbindung des Vergatterers auch aus Sondernormen des Militärstrafrechts nichts anderes ergeben. Die rechtliche Einordnung des Tatbeitrags der Vergatterung als Beihilfe habe die Konsequenz, daß Fälle der Vergatterung ohne anschließenden tödlichen Schußwaffengebrauch nicht nach Vorschriften über versuchte Anstiftung oder nach wehrstrafrechtlichen Spezialnormen strafbar seien.

c. Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit

91. Das BVerfG stellte mit Beschluß vom 4.4.2001 (2 BvL 7/98 – BVerfGE 103, 310) fest, daß die Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten im öffentlichen Dienst der DDR im Besoldungsdienstalter bei nachfolgender Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit (MfS) oder das Amt für Nationale Sicherheit (AfNS) nach § 30 Abs. 1 Satz 2 BesG nicht gegen Art. 3 GG verstößt.²⁴⁹

Bei Regelungen des Besoldungsrechts habe der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG eine verhältnismäßig weite Gestaltungsfreiheit, so daß das BVerfG hier nur, sofern nicht von der Verfassung selbst getroffene Wertungen entgegenstünden, die Überschreitung äußerster Grenzen beanstanden könne, jenseits derer sich gesetzliche Vorschriften bei der Abgrenzung von Lebenssachverhalten als evident sachwidrig erwiesen. Jede Regelung des Besoldungsrechts sei unvollkommen, müsse zwangsläufig generalisieren und typisieren und bringe unvermeidbare Härten mit sich. Sofern sich aber für die Gesamtregelung ein vernünftiger Grund anführen lasse, seien die sich daraus ergebenden Unebenheiten, Friktionen und Mängel sowie gewisse Benachteiligungen in besonders gelagerten Einzelfällen hinzunehmen.

Etwas anderes folge auch nicht aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums i.S.v. Art. 33 Abs. 5 GG. Hieran gemessen verstoße § 30 Abs. 1 Satz 2 BesG nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. § 30 Abs. 1 Satz 2 BesG nehme Zeiten im öffentlichen Dienst der DDR vor einer Tätigkeit für das MfS/AfNS ebenso wie solche Tätigkeitszeiten selbst von der Gleichstellung bei der Berechnung und Festsetzung des Besoldungsdienstalters nach § 28 Abs. 2 Satz 4 BesG aus. Im System der Berechnung des Besoldungsdienstalters wirke sich § 30 BesG lediglich als Beschränkung der Begünstigung aus, die in der besoldungserhöhenden Anerkennung bestimmter Dienstzeiten eines Beamten liege. Gemeinsamer Grundgedanke von § 30 Abs. 1 und Abs. 2 BesG sei, Dienstzeiten im öffentlichen Dienst der DDR, die durch eine in verschiedener Weise herausgehobene Nähe zum Herrschaftssystem der DDR gekennzeichnet gewesen seien, durch widerlegliche oder unwiderlegliche Vermutungen von der besoldungssteigernden Anrechnung auf das Besoldungsdienstalter auszuschließen. Diese Regelung gehe davon aus, daß solche Dienstzeiten, während derer der Beamte außerhalb des Rahmens einer rechtsstaatlichen Verwaltung tätig geworden sei, nicht mit Tätigkeiten in der rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichteten öffentlichen Verwaltung der Bundesrepublik Deutschland gleichgestellt werden dürften. Der Gesetzgeber könne sich hierfür auf vernünftige, nachvollziehbare Gründe von hinreichendem Gewicht berufen. Nach der Wiedervereinigung Deutschlands habe der Gesetzgeber vor der Aufgabe gestanden, zahlreiche Vorgänge einer Vergangenheit, die durch ein von der Bundesrepublik Deutschland verschiedenes Herrschafts- und Gesellschaftssystem vollkommen andersartig geprägt gewesen seien, für die Überleitung in das andere Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland normativ erfassen und bewerten zu müssen. Dies habe ein besonders starkes Typisierungsbedürfnis und eine entsprechend weite Typisierungsbefugnis mit sich gebracht. Damit verbundene Härten im Einzelfall seien hinzunehmen. Der Spielraum des Gesetzgebers, im Rahmen verfassungsrechtlich unbedenklicher Typisierung relativ grob ab-

²⁴⁹ Zum Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG durch die Ungleichbehandlung der Dienstunfall- und Dienstkrankheitsrenten nach den Sonderversorgungssystemen der DDR gegenüber den ostdeutschen Unfallrenten bezüglich ihrer Überführung in die gesamtdeutsche Unfallversicherung siehe BVerfG, Beschluß vom 21.11.2001 (1 BvL 19/93, 1 BvR 13189, 1513, 2358/94, 308/95 – BVerfGE 104, 126).

gesetzte Fallgruppen zu bilden, sei unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit um so größer gewesen, als die Folgen der Nichtberücksichtigung der vorliegend in Rede stehenden Dienstzeiten beim Besoldungsdienstalter eng auf die konkrete Bemessung der Besoldung begrenzt seien. Der Ausschluß von Zeiten einer Tätigkeit des Beamten für das MfS von der Gleichstellung nach § 30 Abs. 1 Satz 1 BesG sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Anlaß für die Nichtberücksichtigung dieser Dienstzeiten des Beamten im Rahmen des § 28 Abs. 2 Satz 4 BesG seien begründete Zweifel an der persönlichen Eignung des Beamten i.S.v. Art. 33 Abs. 2 GG in dieser Zeit. Diese Zweifel seien zwar in solchen Fällen nach der Einschätzung des Dienstherrn nicht so gravierend, daß sie zu einer Entlassung nach den Sonderkündigungstatbeständen des Abs. 4 Nr. 1 oder des Abs. 5 Nr. 2 der Anlage I, Kap. XIX, Sachgebiet A, Abschn. III, Nr. 1 des Einigungsvertrages²⁵⁰ geführt hätten. Sie würden jedoch eine "Honorierung" solcher Dienstzeiten durch eine Gleichstellung mit Zeiten einer Tätigkeit in einer rechtsstaatlichen Verwaltung ausschließen. Vor diesem Hintergrund sei auch die Regelung des § 30 Abs. 1 Satz 2 BesG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber habe typisierend davon ausgehen dürfen, daß auch die Vordienstzeiten eines Beamten wegen der nachfolgenden Tätigkeit für das MfS/AfNS bereits von einer besonderen persönlichen Nähe zum System der DDR geprägt gewesen seien.

d. Regelung von Vermögensfragen

92. In einem Kammerbeschluß vom 22.2.2001 (1 BvR 198/98 – Neue Justiz 2001, 419) entschied das BVerfG, daß einerseits die Regelungen des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes, nach denen dem Nutzer eines fremden, im Beitrittsgebiet belegenen Grundstücks ein Ankaufsrecht grundsätzlich zur Hälfte des Bodenwerts eingeräumt wird, andererseits die Regelungen, die die Bodenwertermittlungen betreffen, nicht gegen Art. 14 oder Art. 3 GG verstoßen.²⁵¹ Die Geltendmachung des dem Nutzer nach § 15 Abs. 1 i.V.m. den §§ 61 ff. SachenRBerG zustehenden Ankaufsrechts führe zwar dazu, daß der bisherige Grundstückseigentümer sein Eigentum verliere. Darin liege jedoch keine Enteignung i.S.v. Art. 14 Abs. 3 GG, sondern es handele sich um die Angleichung der in der Deutschen Demokratischen Republik entstandene Nutzungsverhältnisse an das Immobiliarsachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.²⁵² Die vorliegend angegriffenen Bestimmungen des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes seien Teil dieses Regelungskonzepts und bestimmten i.S.v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG den Inhalt und die Schranken des (Grundstücks-)Eigentums. § 15 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 2, 3 Nr. 1, Abs. 3, § 61 und

²⁵⁰ Vertrag über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Anm. 246).

²⁵¹ Im Anschluß hieran zur Verfassungsmäßigkeit von § 12 Abs. 2 SachenRBerG siehe BVerfG, Kammerbeschluß vom 15.3.2001 (1 BvR 533/99 – VIZ 2001, 328); sowie zur Verfassungsmäßigkeit von § 121 Abs. 2 SachenRBerG siehe BVerfG, Kammerbeschluß vom 16.5.2001 (1 BvR 933/99 – VIZ 2001, 483).

²⁵² Vgl. hierzu BVerfG, Beschluß vom 8.4.1998 (1 BvR 1680/93 u. a. – BVerfGE 98, 17).

§ 68 SachenRBERG stehe nach den in der Rechtsprechung des BVerfG aufgestellten Maßstäben mit Art. 14 Abs. 1 GG im Einklang und diene als Teil des Regelungskonzepts, mit dem auf dem Gebiet des Sachenrechts die Rechtseinheit in Deutschland wiederhergestellt werden solle, einem legitimen Regelungsziel. Die Einräumung des Rechts des Nutzers auf Ankauf des von ihm genutzten Grundstücks grundsätzlich zur Hälfte des Bodenwerts führe auch zu einem angemessenen, auch die Belange des Grundstückseigentümers hinreichend berücksichtigenden, Interessenausgleich. Der Gesetzgeber habe hier sachgerecht berücksichtigt, daß der Übergang von der sozialistischen Planwirtschaft zur sozialen Marktwirtschaft zu grundlegenden Veränderungen auf dem Immobilienmarkt, insbesondere zu einem explosionsartigen Anstieg der Grundstückspreise, geführt habe, und daß diese Bodenwertsteigerungen nicht auf einer wirtschaftlichen Leistung des Grundstückseigentümers oder des Nutzers beruhten und daher für beide Seiten einen unerwarteten Gewinn darstellten. Ebenfalls führten die Regelungen über die Ermittlung des Bodenwerts in § 19 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 2, 3 Nr. 1 und Abs. 3 SachenRBERG zu keiner unangemessenen Benachteiligung der Grundstückseigentümer. Es sei sachgerecht, auch hinsichtlich der Anknüpfung an den Wert eines baureifen Grundstücks, daß allein der Bodenwert Bemessungsgrundlage für den Erbbauzins oder den Ankaufspreis sei, da nur die nach der Wiedervereinigung eingetretenen Bodenwertsteigerungen zwischen Grundstückseigentümern und Nutzern hälftig aufgeteilt werden sollten. Soweit nach § 15 Abs. 1 SachenRBERG Grundstückseigentümer, deren Grundstücke der Sachenrechtsbereinigung unterfielen, gegenüber den Nutzern dieser Grundstücke benachteiligt würden, sei dies im übrigen auch deshalb hinreichend sachlich gerechtfertigt, weil die Nutzer auf den Grundstücken bauliche Werte geschaffen hätten, aufgrund der Rechtslage und der Rechtswirklichkeit in der Deutschen Demokratischen Republik darauf hätten vertrauen dürfen, die von ihnen errichteten Gebäude und baulichen Anlagen unbefristet nutzen zu können, und bei einem Ankauf des Gebäudes oder der Anlage durch den Grundstückseigentümer ihre Wohnung oder Betriebsstätte verlieren würden.

93. Mit Beschluß vom 10.10.2001 (1 BvL 17/00 – BVerfGE 104, 74) stellte das BVerfG die Unvereinbarkeit von § 1 Abs. 3 des Gesetzes über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen vom 27.9.1994 (EntschG) mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG fest. Nach § 1 Abs. 3 EntschG war die Gewährung einer Entschädigung für Grundstücke i.S.d. § 1 Abs. 2 VermG ausgeschlossen, die aufgrund nicht kostendeckender Mieten und infolgedessen eingetretener oder unmittelbar bevorstehender Überschuldung durch Eigentumsverzicht, Schenkung oder Erbausschlagung in Volkseigentum übernommen wurden (sogenannte "kalte Enteignung") und nicht restituiert werden konnten.

Das BVerfG sah in dieser Regelung keinen Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG, weil eine vermögenswerte Rechtsposition, in die § 1 Abs. 3 EntschG hätte eingreifen können, niemals bestanden habe. Aus den Grundrechten lasse sich auch nicht herleiten, daß die Bundesrepublik Deutschland Vermögensschäden wiedergutma-

chen müsse, für deren Zustandekommen eine nicht an das Grundgesetz gebundene Staatsgewalt wie die DDR die Verantwortung trage.

Auch im Hinblick auf das Sozial- und Rechtsstaatsprinzip begegne § 1 Abs. 3 EntschG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Jedoch widerspreche die Regelung des § 1 Abs. 3 EntschG dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Von § 1 Abs. 3 EntschG betroffene Berechtigte i.S.d. § 2 Abs. 1 VermG würden in zweierlei Hinsicht schlechter behandelt als andere Alteigentümer. Zum einen würden sie gegenüber denen benachteiligt, die sich auf einen der Schädigungstatbestände des § 1 Abs. 1 und 3 VermG berufen und, wenn eine Rückgabe des Vermögenswertes ausgeschlossen sei, gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 EntschG Entschädigung beanspruchen könnten. Zum anderen bestünde im Binnenbereich des § 1 Abs. 2 VermG eine Benachteiligung im Vergleich zu den Eigentümern, die ebenfalls nach § 1 Abs. 1 Satz 1 EntschG entschädigungsbe-rechtigt seien, weil das nicht restituierbare Grundstück unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 VermG durch Enteignung in Volkseigentum übernommen worden sei.

§ 1 Abs. 2 VermG insgesamt sei eine Regelung, die wie § 1 Abs. 1 und 3 VermG dazu bestimmt sei, Unrecht wieder gut zu machen, das den Betroffenen in vermögensrechtlicher Hinsicht unter der Verantwortung der DDR zugefügt worden sei. Für Vermögenswerte, die von Schädigungsmaßnahmen im Verständnis des § 1 Abs. 1 und 3 VermG betroffen worden seien, und für Grundstücke i.S.d. § 1 Abs. 2 VermG, die förmlich enteignet worden seien, komme dieser wiedergutmachungsrechtliche Charakter konsequent darin zum Ausdruck, daß sie nicht nur nach dem Vermögensfragengesetz der Restitution unterlägen, sondern daß für ihren Verlust, wenn die Rückübertragung ausgeschlossen sei, gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 EntschG auch Entschädigung gewährt werde.

Es sei systemwidrig und indiziere einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, wenn der Gesetzgeber zwar für die Fälle des § 1 Abs. 1 und 3 VermG und für die des § 1 Abs. 2 VermG, soweit sie die Übernahme in Volkseigentum durch Enteignung beträfen, neben der Restitution in Natur auch die Entschädigung nach dem Entschädigungsgesetz vorgesehen habe, diese Möglichkeit aber für die Fälle des § 2 Abs. 2 VermG ausgeschlossen habe, in denen die Übernahme in Volkseigentum auf Eigentumsverzicht, Schenkung oder Erbausschlagung beruht habe. Für den durch die Systemwidrigkeit indizierten Verstoß sei vorliegend auch keine sachlich hinreichende Rechtfertigung erkennbar. Die Benachteiligung der Betroffenen gegenüber den nach § 1 Abs. 1 oder 3 VermG Restitutionsberechtigten könne nicht damit gerechtfertigt werden, daß das Eigentum an Grundstücken i.S.d. § 1 Abs. 2 VermG dort, wo es durch Eigentumsverzicht, Schenkung oder Erbausschlagung in Volkseigentum übernommen worden sei, letztlich aufgrund eigener Entscheidung aufgegeben worden sei. Weiterhin könne die Benachteiligung der Betroffenen auch nicht damit gerechtfertigt werden, daß es sich bei den Maßnahmen i.S.d. § 1 Abs. 2 VermG nur um ein mittelbar wirkendes und eher langfristig angelegtes Systemunrecht gehandelt habe, da auch § 1 Abs. 1 *lit. d* VermG Sachverhalte systembedingten Unrechts erfasse, ohne einen Entschädigungsausschluß vorzuse-

hen. Es fehle daher an Unterschieden, die die Benachteiligung rechtfertigen könnten. Gleichmaßen gebe es keine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung der von § 1 Abs. 3 EntschG Betroffenen im Binnenbereich des § 1 Abs. 2 VermG. Auch insoweit komme der Gesichtspunkt der "eigenen Entscheidung" als Rechtfertigungsgrund nicht in Betracht.

