

Asylrecht und Staatsschutz

Karl Doehring

1. Die Aktualität des Asylrechts

Dem Begriff »Asylrecht« ist eine ganz bestimmte emotionale Atmosphäre zugeordnet. So kommt häufig bei der Interpretation der entsprechenden nationalen und völkerrechtlichen Normen eine gewisse, durchaus verständliche Sentimentalität zum Ausdruck. Insbesondere die neuere deutsche Literatur ist nicht frei von gefühlsbetonten Betrachtungen¹⁾, die aus der besonderen Rechtslage Deutschlands verständlich sind, jedoch zu Ergebnissen führen, denen gegenüber eine gewisse Skepsis im Hinblick auf die Unterbewertung staatlicher Belange und also der Allgemeininteressen angebracht erscheint.

Mehrere Ereignisse sind es, die Veranlassung dazu geben, dieses Thema gerade unter diesem Gesichtspunkt weiterhin zu verfolgen. Auf der Sitzung der International Law Association im August 1964 in Tokio tagte erstmals eine Asylrechtskommission. Ihr Ziel war es und wird es sein, einen Konventionentwurf auszuarbeiten. Die ersten Vorarbeiten sind bereits abgeschlossen; eine Ausarbeitung des Berichterstatters liegt vor und wird Gegenstand der nächsten Verhandlung in Helsinki 1966 sein²⁾. Zwischen diesen beiden Konferenzen, am 1. Oktober 1965, trat das deutsche Ausländergesetz (AG) in Kraft³⁾, das einen besonderen Abschnitt über das Asylrecht enthält und so Art. 16 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes⁴⁾ ergänzt. Auch im Europarat

¹⁾ So z. B. einige der Aufsätze im ersten Teil des H. 4 der Schriftenreihe der Deutschen Nansen-Gesellschaft, »2. Internationales Asyl-Colloquium, Garmisch-Partenkirchen 1964«, erschienen 1965. Ein großer Teil der Darlegungen über die Auslegung des im Grundgesetz enthaltenen Asylrechts sind dagegen zurückhaltender und eindrucksvoll wegen der streng juristischen Behandlung der Frage; auf diese Aufsätze wird unten im einzelnen hingewiesen.

²⁾ International Law Association (ILA), Tokyo Conference (1964), Committee on the Legal Aspects of the Problem of Asylum, bearbeitet von L. C. Green, Sonderdruck der ILA.

³⁾ BGBl. 1965 I, S. 353 ff., abgedruckt ZaöRV Bd. 25 (1965), S. 499 ff.; dazu K. D o e h r i n g, Neuregelungen des deutschen Fremdenrechts durch das »Ausländergesetz« von 1965, *ibid.*, S. 478 ff.

⁴⁾ Die Verfassungsbestimmung lautet: »Politisch Verfolgte genießen Asylrecht«.

befäßt man sich neuerdings intensiv mit den Fragen der Verfestigung des Asylrechts im nationalen und internationalen Bereich⁵⁾).

Das hier zu behandelnde Problem ist – wie häufig in der Rechtswissenschaft – strukturell primitiv, seine Lösungsmöglichkeiten dagegen sind außerordentlich kompliziert. Die Frage lautet einfach: Mehr Staatsschutz oder mehr Individualschutz? Es handelt sich also um einen Gegensatz, der heute ohnehin die gesamte Rechtsordnung beherrscht und dem, jedenfalls im nationalen Bereich, keine Entscheidung über die Grenzen hoheitlichen Ermessens mehr ausweichen kann. Konkret betrachtet heißt das: Darf die Asylgewährung an Fremde den eigenen Staat gefährden? Muß eine solche Gefährdung zum Schutze des verfolgten Individuums in Kauf genommen werden, und müssen Individualrechte vor allgemeinen Interessen berücksichtigt werden und bis zu welcher Grenze?

Die Rechtslage im Völkerrecht ist derzeit noch relativ klar. Ein Individualanspruch auf Asyl existiert im allgemeinen Völkerrecht nicht⁶⁾. Es gibt auch – außerhalb vertraglicher Regelungen – keine Pflicht der Staaten, Asyl zu gewähren. Vielleicht könnte man heute schon sagen, daß die Asylversagung im extremen Fall so inhuman wäre, daß die Verweigerung wegen Verletzung allgemeiner Menschenrechte völkerrechtswidrig wäre. Aber das schon wäre eine gewagte Aussage. Dagegen existiert ein allgemein anerkanntes Recht der Staaten, Asyl zu gewähren, das seine – üblichen – Grenzen am Rechts- und Ermessensmißbrauch findet, etwa bei Asylgewährung trotz vertraglicher Auslieferungspflicht unter Vorspiegelung, es handele sich um ein sogenanntes politisches und nicht kriminelles Delikt.

Viel mehr läßt sich über die Grundstruktur des völkerrechtlichen Asylrechts nicht aussagen. Das hat für die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland zur Folge, daß auch durch Art. 25⁷⁾ nicht mehr in das innerstaatliche Recht übernommen wird. Auch die Deklaration der Vereinten Nationen von 1948 ändert an dieser Rechtslage im Völkerrecht und damit auch im Verfassungsrecht nichts, denn sie sagt nur, daß jeder Mensch Asyl suchen darf⁸⁾, und sie ist nach überwiegender Auffassung keine Norm⁹⁾.

⁵⁾ Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe, 17^{ème} Session ordinaire, Recommandation 434 (1965) relative à l'application du droit d'asile aux réfugiés européens.

⁶⁾ Statt vieler L. Bolesta-Koziebrodzki, *Le Droit d'Asile*, 1962, S. 15: «L'Etat dispose du droit d'asile et l'individu peut bénéficier du droit d'asile»; richtig auch BGH 16. 1. 1963, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1963, S. 823.

⁷⁾ Art. 25, Satz 1 GG: »Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteil des Bundesrechts«.

⁸⁾ Art. 14, Abs. 1 der UN-Deklaration von 1948 lautet: "Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution".

⁹⁾ So auch Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) 22. 2. 1956, Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 3, S. 171; zu den verschiedenen Auffassungen N. Robin-

Anders ist die Rechtslage im originär deutschen, innerstaatlichen Recht. Nach allgemeiner Auffassung ergibt sich aus Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG ein Individualanspruch. Dazu kommt nun, dieses Individualrecht nochmals bestätigend und ausgestaltend, die Spezialregelung des Ausländergesetzes von 1965.

Während also das allgemeine Völkerrecht den Staaten nahezu völlige Freiheit läßt und so die Frage, ob mehr Staatsschutz oder mehr Individualschutz zu gewähren sei, von ihm nicht entschieden wird, kann diese Entscheidung im innerstaatlichen Recht nicht umgangen werden; das Problem ist hier einer rechtlichen Regelung – wie bei allen Grundrechten – schlechthin immanent. Das gleiche Problem aber wie im innerstaatlichen Recht würde sich auch im Völkerrecht dann stellen, wenn man eine Asylrechtskonvention abschliesse, die eine Pflicht der Staaten zur Asylgewährung zum Inhalt hätte; denn wie weit ginge dann diese Pflicht? Sicher nicht bis zur ernsthaften Selbstgefährdung des Staates. Die vertragliche Pflicht des Staates allein schon würde zu einer entsprechenden Entscheidung zwingen, auch ohne daß ein Individualrecht zuerkannt würde. Eine internationale Konvention, wie sie durch die International Law Association angestrebt wird, müßte also diese Abgrenzung irgendwie vornehmen. In dieser Lage scheint es angezeigt, sich das eigene innerstaatliche Recht vor Augen zu führen, denn für die Übernahme völkerrechtlicher Pflichten ist es aufschlußreich zu wissen, wo bisher die Abgrenzungen lagen oder liegen sollten.

Eine weitere grundsätzliche Problematik vertraglichen Asylrechts soll hier nur angedeutet werden. Der Heimatstaat des Verfolgten wird sich gegenüber dem das Asyl ablehnenden Staat auf die Konvention nicht berufen, denn er will ja gerade nicht, daß Asyl gewährt wird. Ein dritter, unbeteiligter Staat wird vielleicht die Einhaltung der Konvention – im Interesse fremder Individuen – fordern. Aber es ist zweifelhaft, ob sein Interesse an diesem stellvertretenden Rechtsschutz sehr groß sein wird und ob er überhaupt über die notwendigen Beweismittel verfügen wird. Das ist eine Frage, die auch im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Staatenbeschwerde zu Gunsten fremder Staatsangehöriger eine Rolle spielt.

Es ist immer wieder darauf hinzuweisen, daß eine solche Konvention nur dann sinnvoll ist, wenn auch die staatliche Verpflichtung übernommen und durchgeführt wird, in das innerstaatliche Recht der Konventionsteilnehmer einen Individualanspruch, verfolgbar vor den nationalen Gerichten, aufzunehmen, vor allem unter Ausschluß der sogenannten justizfreien Hoheitsakte in diesen Beziehungen. Das aber gerade wird in denjenigen Rechtsordnungen

son, *The Universal Declaration of Human Rights*, 1958, S. 33 ff.; R. Charkravarti, *Human Rights and the United Nations*, 1958, S. 72.

nur schwer zu erreichen sein, die dazu neigen, sogenannte politische Fragen nicht den Gerichten zugänglich zu machen. Den wirksamsten Individualschutz würde die internationale Gerichtsbarkeit mit Klagebefugnis des Individuums bieten.

2. Die Zuerkennung des Asylrechts und ihre Grenzen

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß Art. 25 GG unmittelbar über das Individualrecht auf Asyl keinen Aufschluß geben kann. So bleibt offenbar die Notwendigkeit, die leider sehr abstrakte Bestimmung der Verfassung, nämlich Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG, aus sich heraus zu interpretieren. Auch das Ausländergesetz von 1965 hat keine Begriffsbestimmung des »politisch Verfolgten« vorgenommen. Wäre das geschehen, so wäre immer noch zu prüfen gewesen, ob es mit der abstrakten Bestimmung des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG übereinstimmt. Diese Rückverweisung ist bei jedem im Range unter der Verfassung stehenden Gesetz unvermeidlich und bringt den Interpreten in Verlegenheit, wenn die Verfassung selbst unklar ist.

Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG gewährt, nach herrschender Lehre, einen Individualanspruch. Das ist keine Selbstverständlichkeit, denn der Wortlaut der Bestimmung ist nicht so eindeutig, wie oft angenommen wird. Es könnte sich auch um eine institutionelle Garantie ohne subjektives Recht handeln¹⁰⁾. Diejenigen Gerichte und Autoren, die darauf verwiesen haben, daß der Parlamentarische Rat bei der Ausarbeitung der Verfassung das Asylrecht im Sinne des Völkerrechts habe gewähren wollen¹¹⁾, waren sich wohl nicht immer recht darüber im klaren, daß so jedenfalls ein Individualrecht nicht zu begründen ist, da es im Völkerrecht nicht enthalten ist. Dennoch wäre heute ein Streit darüber, ob Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG ein subjektives Recht enthält, wohl müßig, da eine eindeutige Rechtsanwendung nun lange Zeit

¹⁰⁾ Es sei hier nur darauf verwiesen, daß fremde Rechtsordnungen ein Individualrecht auf Asyl durchaus nicht als Selbstverständlichkeit enthalten; dazu die kurzen Hinweise von J. Rochette, Das Asylrecht in Frankreich, Journal der Internationalen Juristenkommission, Bd. 5, Nr. 1, S. 145 ff., und L. Bloom-Cooper, Das britische Asylrecht, *ibid.*, S. 141, beides Zusammenfassungen von Vorträgen. Auf eine eingehendere rechtsvergleichende Betrachtung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

¹¹⁾ Von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957, S. 498: »Der Grundgesetzgeber hat insoweit auf das Völkerrecht Bezug genommen ...«. U. a. verwies der Bundesgerichtshof (BGH) (12. 7. 1955), Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) 8, S. 59, auch auf die Entstehungsgeschichte, wonach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG gemäß dem Völkerrecht ausgelegt werden sollte, erkannte aber richtig, wie andere Gerichte auch, daß das Völkerrecht über ein Individualrecht auf Asyl nichts enthält. Vgl. auch Wernicke, in Bonner Kommentar, 1950, Art. 16, Anm. II, 4, der die völkerrechtlichen Regeln maßgebend für die Begriffe der »politischen Verfolgung« und des Asylrechts hält.

praktiziert wird¹²⁾). Eine Leugnung des Individualrechts wäre ähnlich, als wollte man sich etwa heute noch darüber streiten, ob der Gleichheitssatz den Gesetzgeber bindet, obwohl Art. 3 Abs. 1 GG eher das Gegenteil sagt, wenn dort die Gleichheit »vor dem Gesetz« und nicht vor dem »Gesetzgeber« angeordnet ist.

Die Gerichte haben dann, um die abstrakte Formel des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG zu erhellen, auf die Flüchtlingskonvention von 1951¹³⁾ zurückgegriffen mit dem Argument, die Tatsache, daß viele Staaten diese Konvention unterzeichnet hätten, zeige deutlich, was man im Völkerrecht unter Verfolgung und Asyl verstehe¹⁴⁾, und so seien die Definitionen und Regelungen dieser Konvention auch für das innerstaatliche Recht wegen dessen Verweisung auf das Völkerrecht maßgeblich. Eine solche Schlußfolgerung jedoch ist bedenklich. Die Flüchtlingskonvention von 1951 ist vertragliches Völkerrecht und hat ihren ganz besonderen Geltungsbereich. Ob ihr Inhalt dem allgemeinen Völkerrecht entspricht, würde sich dann erweisen, wenn sie auch außerhalb vertraglicher Bindungen den Staaten entgegengehalten würde. In diesem Falle aber würde mit Recht eingewendet werden können, es handle sich um eine *res inter alios acta* und der Nachweis, daß entsprechende allgemeine Regeln des Völkerrechts bestünden, sei nicht geführt. Selbst aber wenn man zum gegenteiligen Ergebnis käme, würde eine für den Asylberechtigten günstigere Rechtslage im innerstaatlichen Recht dadurch nicht präjudiziert¹⁵⁾.

So bleibt es also dabei, daß die Auslegung des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG primär eine Frage des Verfassungsrechts ist¹⁶⁾. Inwieweit völkerrechtliche Grundsätze mittelbar einwirken, wird weiter unten gezeigt werden.

Auf die Schwierigkeiten der Definition des Begriffs »politisch« soll hier nur in aller Kürze eingegangen werden; sie sind allzu bekannt. Doch ist eine Umgehung der Definition nicht möglich, da eben »politisch« Verfolgte sich auf Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG sollen berufen können. Auch sind die Schwierigkeiten hier nicht größer, als im Hinblick auf andere entsprechende Nor-

¹²⁾ O. K i m m i n i c h, in Bonner Kommentar, Neubearbeitung 1964, Art. 16, Rdn. 112; wenn es dort dann aber heißt, ein subjektives Recht ergebe »sich bereits aus dem Wortlaut« (Rdn. 113), so erscheint das nicht recht überzeugend, wobei auf die bekannten Kontroversen über Art. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention und Art. 14 der UN-Deklaration von 1948 verwiesen werden kann, deren Formulierungen ebenso unklar sind.

¹³⁾ 28. 7. 1951, BGBl. 1953 II, S. 559, abgedruckt in ZaöRV Bd. 14 (1951/52), S. 479 ff.

¹⁴⁾ So das BVerwG in zwei Entscheidungen vom 17. 1. 1957, BVerwGE 4, S. 235 und S. 238; auch das Obergericht (OVG) Berlin (28. 9. 1960, Entscheidungen des OVG Berlin Bd. 6, S. 159) zieht die Flüchtlingskonvention als Auslegungsmittel heran.

¹⁵⁾ Dazu eingehend und überzeugend O. K i m m i n i c h, Zur Theorie der immanenten Schranken des Asylrechts, Juristenzeitung 1965, S. 739 ff. (741 f.).

¹⁶⁾ So auch BGH 12. 7. 1955, BGHSt 8, S. 59 ff.; auf die in dieser Hinsicht nicht ganz klare Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayObLG) (23. 3. 1964, Deutsches Verwaltungsblatt [DVBl.] 1964, S. 588 ff.) ist noch zurückzukommen.

men. Was ist das »politische Delikt« im Auslieferungsrecht? Was sind »politische« Beziehungen in Art. 59 GG bei Abschluß völkerrechtlicher Verträge? Was sind »politische« Verträge im allgemeinen Völkerrecht? Immer ist es die gleiche Unsicherheit, die dieser Begriff bei Abgrenzung der Normen erzeugt.

Dennoch kommt man über diese Schwierigkeit leichter hinweg, als es zunächst scheint, denn im Grunde bestehen doch recht reale Vorstellungen, wenn der konkrete Fall zu beurteilen ist.

Es ist darauf hingewiesen worden, daß man gerade in Fragen der Asylgewährung für politisch Verfolgte sich nicht am »Freund-Feind-Denken« orientieren solle¹⁷⁾. Diese durchaus verständliche Empfehlung sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Notwendigkeit, überhaupt Asyl gewähren zu müssen, aus der Tatsache folgt, daß die politische Verfolgung selbst in weitem Maße und in ihrem typischen Gehalt auf einer Freund-Feind-Situation beruht. Vielleicht wird nicht immer beachtet, daß Carl Schmitt mit dieser so umstrittenen Definition seinerzeit nichts dazu gesagt hat, wie das Politische aufgefaßt werden »sollte«, sondern es ging um die Charakterisierung eines Tatbestandes, mag er auch unbefriedigend sein¹⁸⁾. Es soll durchaus nicht behauptet werden, daß diese Definition geeignet sei, allgemeinen und endgültigen Aufschluß über das Wesen des Politischen zu geben, und es bestehen begründete Zweifel, ob irgendeine Definition das überhaupt leisten könnte¹⁹⁾; es sollen auch die Gefahren dieser Definition nicht verkannt werden²⁰⁾. Hier geht es nur um die Feststellung, daß aus dem weiten Bereich des Politischen diese Definition als Teilaspekt

¹⁷⁾ F. Franz, Wandlungen des Asylrechts vom Souveränitätsrecht des Staates zum Freiheitsrecht des Einzelnen, in Schriftenreihe der Deutschen Nansen-Gesellschaft, a. a. O. oben Anm. 1, S. 136.

¹⁸⁾ So betont C. Schmitt (Der Begriff des Politischen, 1927, hier zitiert als Neudruck 1933, S. 16), daß seine Definition kein »soziales Ideal« bedeuten solle; wie wenig leider bei der Kritik dieser Auffassung »Sein« und »Sollen« logisch geschieden werden, zeigen Ausführungen von M. Schmitz (Die Freund-Feind-Theorie Carl Schmitt's, 1965, S. 49), wenn er meint, »Die heutige politische Situation scheint Carl Schmitt's Theorie der Politik zugleich zu bestätigen und zu widerlegen«. Sie sei wie keine Situation vorher »von einem welt-weiten Freund-Feind-Gegensatz beherrscht ... gleichzeitig war es nie wichtiger, diesen Gegensatz zu überwinden«. Beides mag stimmen, nur ist zwar das Erste eine »Bestätigung« des Sachverhaltes, das Zweite aber nicht seine »Widerlegung«, sondern nur ein - durchaus begrüßenswerter - Wunsch.

¹⁹⁾ Wenn D. Sternberger (Begriff des Politischen, 1961, S. 18) ausführt, »Der Gegenstand und das Ziel der Politik ist der Friede«, so ist wieder nur ein Teilaspekt getroffen, denn daß der Aggressor und Verfolger keine Politik im objektiven Sinne betreiben, wird man nicht behaupten können.

²⁰⁾ Vgl. R. Hauser, Ethik und Politik, Staatslexikon (6. Aufl. 1961) Bd. 6, S. 342, der mit Recht betont, daß der Begriff der Politik sich »nicht in der Setzung des Gegensatzes von Freund und Feind« erschöpfe; wenn dann aber weiter gesagt wird, Politik sei »keineswegs wertfreie, utilitaristische Machttechnik«, so kann doch wohl damit nicht ein Sachverhalt, sondern nur eine Verhaltensvorschrift gemeint sein.

die Rechtslage des Asylsuchenden treffend charakterisiert. Die politische Einheit »Staat«, die den Asylsuchenden verfolgt, verhält sich doch deshalb so, weil der Verfolgte – nach Auffassung des Verfolgers – »öffentlicher Feind« ist, bzw. zu einem solchen erklärt wurde. Der Asylgewährende will den so Bedrohten schützen, weil es sich gerade nicht um einen allgemeinen Feind der Menschheit handelt – einen solchen zu verfolgen ist seit der Anerkennung eines Weltrechtprinzips im internationalen Strafrecht gemeinsames Ziel aller politischen Einheiten –, sondern um den speziellen Feind einer speziellen politischen Einheit. Der »politisch« Verfolgte ist regelmäßig der Gesinnungsfeind der bestehenden Macht, und wer aus diesem Grunde und in dieser Eigenschaft verfolgt wird, soll Asyl genießen²¹⁾. Sicher gibt es politische Verfolgungen, die weniger diesen Wesenszug aufweisen; hier jedoch geht es nur darum, das wohl wichtigste Merkmal aufzuzeigen.

Was aber ist »verfolgt« im Sinne des Asylrechts? Hier erst beginnt das eigentliche, schon mehrfach angedeutete Problem. Es bestehen schon durchaus begründete Bedenken, jeden Hoch- und Landesverräter als politisch Verfolgten anzusehen, werden sie doch in jedem Staat, auch im sogenannten Rechtsstaat, aus verständlichen Gründen verfolgt. Ob es sich dabei aber auch immer um eine Verfolgung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG handelt, erscheint zweifelhaft. Zwar ist der Hoch- und Landesverräter regelmäßig vor Auslieferung geschützt; Auslieferungsgesetz und Auslieferungsverträge nehmen Rücksicht auf das sogenannte politische Delikt. Aber Schutz vor Auslieferung und Asylrecht sind nicht identisch, obwohl sie gewisse gemeinsame Wirkungen haben²²⁾. So kann unter Umständen die Auslieferung unzulässig sein und dennoch ein Recht auf Asyl nicht bestehen.

Es kann aber noch eine weitere Schwierigkeit hinzutreten. Soweit die Auslieferungsverträge eine Attentatsklausel enthalten²³⁾ und also der Attentäter trotz des »politischen« Delikts dem ersuchenden Staat übergeben werden müßte, könnten Pflicht zur Auslieferung und Recht des Attentäters auf Asyl in Widerspruch geraten, nämlich dann, wenn man ohne weitere Differenzie-

²¹⁾ In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, daß in den Anfängen des vertraglichen Auslieferungsrechts der politische Täter nicht geschützt, sondern ausgeliefert wurde (vgl. H. G r ü t z n e r, Auslieferung in Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 1, 1960, S. 117), denn das Freund-Feind-Verhältnis bestand damals zwischen Monarchen und Monarchomachen und daher bestand jeweils eine entsprechende politische Solidarität.

²²⁾ Eine eingehende Abgrenzung nimmt H. v. W e b e r vor, in »Die Auslieferung bei politischen Delikten«, Erinnerungsgabe für Max Grünhut, 1965, S. 161 ff.; zur gleichen Frage auch Karl D o e h r i n g, Restitutionsanspruch, Asylrecht und Auslieferungsrecht im Fall Argoud, ZaöRV Bd. 25 (1965), S. 209 ff.

²³⁾ Z. B. Art. 4 Abs. 2, Ziff. 2 des deutsch-französischen Auslieferungsvertrags vom 29. 11. 1951: »Als politische Straftat wird nicht angesehen ... ein Angriff gegen das Leben eines Staatsoberhauptes oder eines Mitglieds der Regierung« (BGBl. 1953 II, S. 153); ebenso Art. 3, Abs. 3 der European Convention on Extradition, European Treaty Series No. 24.

rung jeden politischen Täter auch als politisch Verfolgten im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG ansieht. Eine heute durchaus verbreitete Auffassung muß sogar notwendig in dieses Dilemma geraten²⁴⁾; es ist die Auffassung vom sogenannten absoluten Asylrecht²⁵⁾. Diese Auffassung lehnt jede Unterscheidung ab; jeder politische Täter, ohne Rücksicht auf sein spezielles Motiv, auf seine spezielle Tat und auf die Art der Verfolgung, soll Inhaber des Asylrechts sein. Die Tatsache, daß das Grundgesetz in Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG ein »unbeschränktes« Asylrecht gewähre, lasse die Definition der Ausdrücke »politisch« und »verfolgt« als durchaus zweitrangiges Problem erscheinen²⁶⁾. Vor allem, ob der Asylsuchende Freund oder Gegner einer im Sinne des Grundgesetzes freiheitlichen demokratischen Grundordnung sei, müsse außer Betracht bleiben²⁷⁾. Nach dieser Auffassung hätte z. B. der Mörder des Präsidenten Kennedy in der Bundesrepublik ein subjektives Recht auf Asyl geltend machen können, unterstellt man, daß die Tat auf politischen Motiven beruhte.

Dieser so behauptete Grundsatz vom sog. absoluten Asylrecht ist indirekt gestützt worden vom Bundesverfassungsgericht, das festgestellt hat, der Begriff des Asylrechts sei »weit« und nicht »eng« auszulegen²⁸⁾. Dieser Hinweis wurde manchmal mißverstanden. Es heißt in der Entscheidung, daß politisch Verfolgte nicht nur die politischen Täter im Sinne des Auslieferungsrechts seien, sondern auch – und vor allem – diejenigen, die in gewisser Weise passiv und nur wegen ihrer Gesinnung oder als Angehörige einer Gruppe in die Verfolgung geraten sind. Das Bundesverfassungsgericht hat damit völlig richtig den heute gerade typischen Fall des Asylsuchenden gekennzeichnet, es hat aber jedenfalls bisher nicht und auch nicht mit dieser Entscheidung ausgesprochen, daß jede Differenzierung bei der Interpretation der »politischen Verfolgung« unzulässig sei; vielmehr wird nachdrücklich darauf hingewiesen, in manchen Staaten werde »zur Durchsetzung und

²⁴⁾ Es ist daher nicht recht verständlich, wenn K i m m i n i c h feststellt, »eine Kollision mit vertraglichen Pflichten der Bundesrepublik Deutschland« könne so nicht entstehen und weiter zu dem Ergebnis kommt, daß frühere Auslieferungsverträge mit Attentatsklausel nicht mehr »fortgelten«, obwohl sie doch wohl völkerrechtlich verbindlich sind (Bonner Kommentar, a. a. O. oben Anm. 12, Rdn. 162). Es fehlt jede Erklärung dafür, daß sich die BRD entgegen allgemeinen Regeln des Völkerrechts hier soll auf innerstaatliches Recht berufen können.

²⁵⁾ So vor allem F. F r a n z, Das Asylrecht der politisch verfolgten Fremden nach internationalem und deutschem Recht, 1961, S. 65 ff.; ebenso K i m m i n i c h, in Bonner Kommentar, a. a. O., Rdn. 135 entgegen BGHSt 8, S. 59.

²⁶⁾ K i m m i c h, in Bonner Kommentar, a. a. O., Rdn. 136.

²⁷⁾ Vgl. dazu schon die Debatten im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rats, Sten. Protokoll, S. 217 und 582 ff.

²⁸⁾ Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 4. 2. 1959, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 9, S. 174 ff.

Sicherung politischer und gesellschaftlicher Umwälzungen die Staatsgewalt in einer Weise eingesetzt, die den Grundsätzen freiheitlicher Demokratie widerspricht«. Man könnte daraus schließen, daß nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts in den Fällen, in denen eine »Verfolgung« nicht zu diesen Grundsätzen in Widerspruch steht, das Asylrecht anders begründet werden müßte oder auch abgelehnt werden könnte. Spätere Entscheidungen deuten ebenfalls an, daß der Begriff der politischen Verfolgung differenziert ausgelegt werden müsse²⁹⁾.

Lehnt man ein im oben angedeuteten Sinne »absolutes« Asylrecht ab, so könnte die Begründung lauten: »Verfolgt« im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG ist nur der rechtsstaatswidrig Verfolgte. Der Begriff der faktischen Verfolgung wäre also durch eine Art *ordre public* des Rechtsstaats zu begrenzen³⁰⁾. Zwar sind die Begriffe »Rechtsstaatlichkeit« und »Rechtsstaatswidrigkeit« nicht leicht zu umschreiben, aber sie entziehen sich, wie das Bundesverfassungsgericht in vielen Entscheidungen gezeigt hat³¹⁾, doch nicht schlechthin der Definition, denn die Ausgestaltung des Grundgesetzes im einzelnen gibt recht konkrete Anhaltspunkte. Der Begriff *ordre public* soll hier und im folgenden nicht in seinem engeren rechtstechnischen Sinne verstanden werden, sondern nur den Grundsatz des Vorranges der eigenen Rechtsordnung gegenüber abweichenden und mit ihrer Grundstruktur nicht zu vereinbarenden Auffassungen ausdrücken.

Die Rechtsstaatswidrigkeit der Verfolgung kann auf vielfältigen Gründen beruhen; im hier interessierenden Zusammenhang kommt es nur auf gewisse Kategorien an. Einmal handelt es sich um politische Verfolgungen, die unter Mißachtung der Menschenrechte durchgeführt werden³²⁾. Rechtsstaatswidrig wäre eine unmenschliche Verfolgung auch nicht nur dann,

²⁹⁾ BVerfG 9. 1. 1963, BVerfGE 15, S. 249; 30. 6. 1964, NJW 1964, S. 1783.

³⁰⁾ In der Lehre wurde die Auffassung bisher nur selten vertreten, vgl. die Warnung von W e r n i c k e, in Bonner Kommentar a. a. O. oben Anm. 11 Art. 16, Anm. II, 4, vor einer zu weitgehenden Asylgewährung und ähnlich R. L a n g e, Grundfragen des Auslieferungs- und Asylrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 65 (1953), S. 355 ff.; in der Rechtsprechung finden sich ebenfalls einige Hinweise, so BGH 12. 7. 1955, BGHSt 8, S. 59 ff. und BVerwG 17. 1. 1957, BVerwGE 4, S. 238; vor allem das BVerfG scheint geneigt zu sein, die Rechtsstaatlichkeit des fremden Staates als relevant zu betrachten, wenn es ausführt: »Die vertragliche Zusicherung, bei der Auslieferung den Grundsatz der Spezialität zu wahren, muß als ausreichende Garantie gegen politische Verfolgung des Ausgelieferten angesehen werden, sofern nicht zu befürchten ist, daß dieser Grundsatz in der Praxis nicht beachtet und nicht im Sinne einer freiheitlichen demokratischen Rechtsordnung verstanden wird« (9. 1. 1963, BVerfGE 15, S. 251/2).

³¹⁾ Dazu ausführlich M a u n z - D ü r i g, Grundgesetz, Kommentar 1960, Art. 20, Rdn. 58 ff. mit Hinweisen auf die höchstrichterliche Rechtsprechung.

³²⁾ Dieser Hinweis findet sich in Lehre und Rechtsprechung in gleichem Sinne, z. B. H. G r ü t z n e r, Auslieferungsverbot und Asylrecht, Die Grundrechte, Bd. 2 (1954), S. 601; BVerwGE 4, S. 238; BGHSt 8, S. 59.

wenn der Verfolgte wegen seines Einstehens für Rechtsstaatlichkeit brutale Folgen zu erwarten hätte, sondern auch dann, wenn er selbst gegen die Rechtsstaatlichkeit gekämpft hätte und dafür brutal verfolgt würde. Die Rechtsstaatlichkeit gebietet, auch ihren Gegner gegen Unmenschlichkeit zu schützen. Die Verfolgung könnte aber auch deshalb rechtsstaatswidrig sein, weil der Verfolgte sich gerade für Rechtsstaatlichkeit eingesetzt hatte, wobei es dann zur Anerkennung des Asylrechts nicht notwendig wäre, daß die Art der Verfolgung die Menschenrechte verletzt.

Liegt keine dieser so angedeuteten Voraussetzungen vor, könnte es gerechtfertigt sein, einen Anspruch auf Asyl gemäß Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG abzulehnen. Das würde dann bedeuten, daß man »verfolgt« nur als »rechtsstaatswidrig verfolgt« im Sinne des Grundgesetzes auffaßt. Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei aber klargestellt, daß die Begriffe »Rechtsstaatlichkeit« und »Rechtsstaatswidrigkeit« in diesem Zusammenhang nicht als der Ausdruck überpositiver Werte gemeint sind, sondern als wesentlich für ihre Verwendung hier gerade ihre Positivierung anzusehen ist, so wie sie normativ in der Verfassung erkennbar ist.

Diese Einschränkung kann durch das Folgende noch weiter begründet werden. So kann man sich fragen, warum die deutsche Staatsgewalt das subjektive Recht auf Asyl Menschen zuerteilen sollte, die eben das bekämpfen, was zu schützen die eigene Rechtsordnung zur Pflicht macht. Das humanitäre Ziel des Asylrechts bleibt auch im Rahmen dieser Einschränkung gewahrt, denn, wie bemerkt, der unmenschlich und brutal Verfolgte ist eben auch im Sinne unseres *ordre public* immer »verfolgt«, und diesen Schutz gebietet unsere Rechtsordnung immer³³⁾. Auch das Verbot, politische Täter auszuliefern, bietet Schutz; das Grundrecht auf Asyl jedoch immer und ausnahmslos auch dem »Feind« unserer Rechtsordnung zuzubilligen, ist äußerst bedenklich.

Soweit fremde Rechtsordnungen *expressis verbis*, etwa in ihren Verfassungen, das Asylrecht zuerkennen, wird weitgehend auf den eigenen *ordre public* Bezug genommen. Als Beispiel sei hier die Verfassung Frankreichs genannt. In der Präambel der Verfassung vom 27. Oktober 1946, übernommen in die Verfassung vom 4. Oktober 1958, heißt es in Art. 4: «Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la république». *E contrario* kann also geschlossen werden, daß der Kämpfer gegen die »Freiheit« nicht asylberechtigt sein

³³⁾ So auch W. K a n e i n, Zur bevorstehenden Neuregelung des Asylrechts der Bundesrepublik Deutschland, in Schriftenreihe der Deutschen Nansen-Gesellschaft, a. a. O. oben Anm. 1, S. 111, mit Darstellung der Rechtsprechung.

soll³⁴⁾. Auch die italienische Verfassung vom 27. Dezember 1947 gewährt gemäß Art. 10 Abs. 3 das Asylrecht nur unter Hinweis auf entsprechende Grundsätze.

Eine solche, dem Begriff der politischen Verfolgung immanente Begrenzung, kann vor allem aus dem Grundgesetz selbst begründet werden. Zu beachten ist dabei die Vorschrift des Art. 18 GG³⁵⁾. Nach wohl herrschender Auffassung wirkt der Ausspruch des Bundesverfassungsgerichts über die Verwirkung des Asylrechts wegen Mißbrauch zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zwar nicht deklaratorisch, sondern konstitutiv und also *ex nunc*³⁶⁾. Auch kann dieses Ergebnis, obwohl der Wortlaut der Bestimmung nicht eindeutig ist, durchaus akzeptiert werden³⁷⁾. Andererseits ist dadurch aber weder festgestellt, daß es außer denjenigen des Art. 18 GG überhaupt keine dem Asylrecht immanenten Schranken geben könne³⁸⁾ – hierauf ist noch zurückzukommen –, noch folgt daraus, daß der Tatbestand, der zur Verwirkung führt, vor dem Ausspruch des Bundesverfassungsgerichts in jeder denkbaren Beziehung unerheblich wäre. Es ist nicht einzusehen, daß der gleiche Tatbestand, der zur Verwirkung des Asylrechts führt, unerheblich sein soll, wenn die Staatsgewalt vor der Frage steht, ob überhaupt das Asylrecht zuerkannt werden muß. Hätte der Betroffene die freiheitliche demokratische Grundordnung bekämpft, dann Asyl beansprucht, möglicherweise um so diesen Kampf fortsetzen zu können, müßte man ihm nach der gegenteiligen Auffassung das Asylrecht zuerkennen und *uno actu* den Ausspruch der Verwirkung beim Bundesverfassungsgericht beantragen – ein wohl merkwürdiges Ergebnis. Auch mit dem Argument, der Gerichtsschutz sei günstiger, wenn der Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung nur im Rahmen der unmittelbaren Anwendung des Art. 18 GG zu würdigen sei, läßt sich dieses Ergebnis nicht begründen, denn schon die Versagung des Asylrechts, aus welchem Grunde auch immer, unterliegt der Kontrolle durch das Bundes-

³⁴⁾ Die Verfassungen der Volksdemokratien enthalten sämtlich im Zusammenhang mit dem Asylrecht einen Hinweis auf den eigenen *ordre public*; in den Verfassungen Lateinamerikas, soweit sie das Asylrecht enthalten, fehlt dieser Hinweis (vgl. die Zusammenstellung von K i m m i n i c h im Bonner Kommentar a. a. O. oben Anm. 12 Rdn. 190).

³⁵⁾ Art. 18 GG: »Wer ... das Asylrecht zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen«.

³⁶⁾ F r a n z, Asylrecht, a. a. O. oben Anm. 25, S. 81; K i m m i n i c h, in Bonner Kommentar, a. a. O., Rdn. 192; M a u n z - D ü r i g a. a. O., Art. 2 Abs. 1, Rdn. 86.

³⁷⁾ E. F r i e s e n h a h n, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. 36) 1962, S. 179.

³⁸⁾ So mit guten Gründen BayObLG 23. 3. 1964, DVBl. 1964, S. 588 ff.

verfassungsgericht im Rahmen der Verfassungsbeschwerde. Zur Vermeidung häufiger Mißverständnisse auf diesem Gebiet sei auch hier nochmals nachdrücklich betont, daß die eigene politische Einstellung des Asylsuchenden ohnehin immer dann keine Rolle spielen darf, wenn die Asylversagung gegen die Grundsätze der Menschlichkeit verstoßen würde.

Die so angedeutete Auffassung von der Legitimität, den eigenen *ordre public* bei der Asylgewährung beachtlich sein zu lassen, steht auch mit der Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen über das Asylrecht vom Jahr 1962 in Übereinstimmung³⁹⁾, in der es heißt: "(2) This right may not be invoked in the case of prosecution . . . arriving . . . from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations". Ebenso besteht auch nach Art. 1 F der Flüchtlingskonvention von 1951 keine Aufnahmepflicht bei Flüchtlingen, die gegen die Grundsätze der Vereinten Nationen gehandelt haben. Obwohl diese Hinweise auf das Völkerrecht nicht zu einer zwingenden Auslegung des Verfassungsrechts führen können, sind sie doch geeignet, eine *opinio communis* der mit Asylrechtsfragen befaßten Staaten aufzuzeigen.

Dieses Ergebnis steht auch in Übereinstimmung mit den Vorschriften des Ausländergesetzes von 1965, soweit ihm mittelbar darüber etwas zu entnehmen ist. Dort heißt es im Hinblick auf die politische Betätigung von Ausländern im Bundesgebiet, daß sie zu untersagen sei, wenn sie bestimmt ist, Bestrebungen im Ausland zu fördern, die mit den freiheitlichen demokratischen Grundsätzen der BRD nicht zu vereinbaren sind⁴⁰⁾. Der Gesetzgeber zeigt also, daß der Schutz fremder Rechtsstaatlichkeit – beurteilt nach der unseren und also im Sinne unseres *ordre public* – durchaus auch stattfinden soll.

Dagegen wird eingewendet, man bedürfe eines absoluten Asylrechts – also undifferenziert für alle denkbaren Kategorien politisch Verfolgter –, denn eine »Qualifizierung schmälert die Würde und Bedeutung des Asyls, das seinem Wesen nach nicht aus politischen, sondern aus humanitären Gründen gewährt wird«⁴¹⁾. Es besteht also die Befürchtung, daß der Versuch jeder näheren Qualifikation der Verfolgung die Auflösung dieses Be-

³⁹⁾ General Assembly Resolution 1839 (XVII), 19. 12. 1962. Eindringlich macht V. Dimitrijević (Territorial Asylum. Some problems related to its legal regulations by the United Nations. Yearbook of the Association of Attenders and Alumni of the Hague Academy of International Law, Bd. 34 [1964], S. 184 ff.) darauf aufmerksam, daß es im richtig verstandenen Interesse der Völkerrechtsgemeinschaft liege, wenn auch bei der Asylgewährung die notwendigen Rücksichten auf den "standard of international behavior" beachtet würden (S. 193).

⁴⁰⁾ § 6 Abs. 3, Ziff. 3; dazu I. Klinkhardt, Die politische Meinungsfreiheit im Ausländerrecht, DVBl. 1965, S. 467 ff.

⁴¹⁾ So Kimich, in Bonner Kommentar, a. a. O., Rdn. 134.

griffs herbeiführen und damit seine Schutzfunktion zerstören würde. Nun haben aber die Gerichte bei jeder Frage des *ordre public* eine Prüfung der fremden Rechtsordnung und der Folgen ihrer Anwendung vorzunehmen. Hier liegt also kein besonderes Problem vor, sondern nur ein – leider – immer vorhandenes, und zwar ein Problem, das niemals wird umgangen werden können. Aber auch das Ziel einer, wenn man so sagen will, uneingeschränkten und uneinschränkbaren Humanität ist in seinen Auswirkungen bedenklich. Wenn man Menschen, die Grundrechte im Sinne unserer Verfassung und wesentliche Prinzipien unserer Rechtsordnung ablehnen, gegen rechtsstaatliche Strafverfolgung schützt, fördert man nicht unbedingt die Humanität, sondern gefährdet sie unter Umständen. Der Gedanke von der Unteilbarkeit des Asylrechts entstand in der Zeit der Verfestigung der Nationalstaaten⁴²⁾. Der souveräne Staat des 19. Jahrhunderts wollte sich nicht zum »Büttel« der Interessen anderer Staaten machen. Auf diesen Erwägungen beruhte die damals beginnende Praxis der Nichtauslieferung politischer Delinquenten. Die Abneigung gegen jede Einmischung war verbunden mit der Ablehnung einer wertenden Beurteilung der fremden Rechtsordnung. Heute noch kommt dieses Prinzip in der anglo-amerikanischen *Act of State*-Doktrin zum Ausdruck. Wenn man in diesem Sinne den Standpunkt vertritt, grundsätzlich gehe einen die Rechts- und politische Ordnung eines anderen Staates nichts an, dann könnte das sog. absolute Asylrecht gerechtfertigt sein. Es ist aber zu bezweifeln, ob diese Auffassung weiterhin aufrecht zu erhalten ist⁴³⁾, denn sinnvoll ist sie nur dann, wenn alle Staaten sie vertreten. Davon kann wohl ernstlich keine Rede sein⁴⁴⁾. Die Durchbrechung dieser früheren Auffassung durch eine Staatengruppe muß notwendig wegen der Erhaltung der Gegenseitigkeit und des Gleichgewichts auch Folgen für die anderen Mitglieder der Völkergemeinschaft haben⁴⁵⁾.

Eine weitere Frage der Auslegung des Begriffs »politisch verfolgt« ist in diesem Zusammenhang zu bedenken. Ist jemand verfolgt im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG, der seine eigene Verfolgung, etwas vergrößernd ausgedrückt, frivol provoziert hat? Hierbei handelt es sich natürlich nicht

⁴²⁾ v. Weber a. a. O. oben Anm. 22, S. 161.

⁴³⁾ Kritisch zu der modernen Entwicklung O. Kirchheimer, Gegenwartsprobleme der Asylgewährung, Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, H. 82, 1959.

⁴⁴⁾ Schon im British Commonwealth war diese Auffassung durch den Fugitive Offenders Act (1881, 44 & 45 Vict., c. 69) durchbrochen, und zwar nicht aus Gründen der Humanität, sondern der politischen gemeinsamen Interessen.

⁴⁵⁾ Vgl. dazu v. Weber, a. a. O., S. 170, der allgemein auf die Rechtslage bei verbündeten Staaten, speziell auf die Regelung in den nordischen Staaten und selbstverständlich auf diejenige in den Ostblockstaaten verweist.

um Asylsuchende, die wegen ihres Einstehens für Rechtsstaatlichkeit im Sinne unserer Verfassung verfolgt werden. Ein solches Verhalten wäre unserem *ordre public* gemäß und nicht frivol, sondern verantwortungsbewußt, auch wenn ein unmittelbarer Zwang zu der die Verfolgung auslösenden Tätigkeit nicht vorlag. Es sind auch hier die Fälle nicht gemeint, in denen der Asylsuchende, ohne gezwungen zu sein, gegen ein rechtsstaatliches Regime gekämpft hat. Es geht hier nur um das Verhalten derjenigen, die mit der Regierungsform ihres Heimatstaates vielleicht nicht ganz zufrieden sind, die dort ohne Verfolgung leben könnten, die auch keine brutalen Verfolgungen anderer, denen sie hätten helfen können, zu verhindern hatten, und die als in gewisser Weise politische Querulanten den Streit mit dem heimatlichen Regime provozierten. Es geht um den Don Quichote des Asylrechts. Vielleicht glaubt der Asylsuchende auch nur, in dem Asylstaat bessere wirtschaftliche Bedingungen vorzufinden⁴⁶⁾ und will so ein Asylrecht dadurch erzwingen, daß er seinen Heimatstaat zur Verfolgung animiert, wobei die Skala der Vermischung von Provokation und Verfolgung außerordentlich groß sein kann. Natürlich ist in reinem Wortsinn auch ein solcher Asylsuchender ein politisch Verfolgter, aber ist er es im Sinne des Grundgesetzes?

Man sollte wohl die Entscheidung in diesen Fällen wiederum davon abhängig machen, ob der Verfolgte rechtsstaatswidrige Folgen zu erwarten hätte. Immerhin sollte man aber an die Schutzbedürftigkeit des die Verfolgung frivol Provozierenden besondere Anforderungen stellen. Die Vertreter des sog. absoluten Asylrechts müßten aber wohl auch hier dazu gelangen, ohne weitere Prüfung das Asylrecht zuzuerkennen, wollen sie konsequent bleiben.

Diese Erwägungen über die Grenzen der Zuerkennung des Rechts auf Asyl bedürfen noch einer Ergänzung, wobei es sich um die wohl schwierigste Frage im Hinblick auf den Individualschutz und den Staatsschutz handelt. Es geht darum, ob und inwieweit allein die Staatssicherheit eine Begrenzung des Asylrechts rechtfertigt, ohne daß das persönliche Verhalten des Asylsuchenden überhaupt in Betracht gezogen wird. Mit anderen Worten: Darf das Asyl verweigert werden, wenn durch seine Gewährung die Sicherheit des Staates gefährdet würde oder wichtige Belange der Allgemeinheit leiden würden, auch wenn an der Schutzwürdigkeit des Asyl-

⁴⁶⁾ Dazu die interessante und eingehende Darstellung von G. Schoeppe, Die »Wirtschaftsflüchtlinge« im deutschen Asylverfahren, in Schriftenreihe der Deutschen Nansen-Gesellschaft, a. a. O. oben Anm. 1, S. 87 ff.; vgl. auch die Stellungnahme des Bundesministeriums des Innern zur Frage des Asylrechts und insbesondere der Wirtschaftsflüchtlinge (Bulletin des Presse- und Informationsdienstes der Bundesregierung, Nr. 192, 1965, S. 1551).

suchenden keine Zweifel im oben angedeuteten Sinne bestehen? Obwohl eine solche faktische Lage wohl nur außerordentlich selten eintreten wird, ist doch der Fall nicht gänzlich auszuschließen, daß die Asylgewährung an Einzelne oder Gruppen ernste internationale Konflikte auslösen könnte, die den Aufenthaltsstaat in Gefahr bringen und denen unter Umständen nur durch die Sperrung der Grenzen zu begegnen wäre oder durch die sofortige Ablehnung der Asylgesuche.

Das Völkerrecht würde eine solche Begrenzung ohne Zweifel zulassen. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob die Spezialvorschrift des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG damit in Übereinstimmung steht, denn nichts hinderte den Verfassungsgeber, dem Individuum mehr zuzuerkennen, als das Völkerrecht fordert. Die Flüchtlingskonvention von 1951 läßt die Zurückweisung eines Flüchtlings zu, wenn seine Aufnahme aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmestaates anzusehen wäre⁴⁷⁾. Aber die Flüchtlingskonvention ist ein völkerrechtlicher Vertrag, und man kann annehmen, daß die Vertragspartner nicht mehr als ein zumutbares Minimum an Pflichten vereinbaren wollten. Vor allem aber ist die Konvention, wie oben schon angeführt, nicht geeignet, die Grenzen des Individualrechts aus Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG anzugeben, obwohl die Gerichte das zum Teil angenommen haben⁴⁸⁾. Im übrigen haben die Bestimmungen der Konvention im innerstaatlichen deutschen Recht nur den Rang einfacher Gesetze, so daß Rechte aus der Verfassung unmittelbar durch sie nicht berührt sind.

Auch das Ausländergesetz von 1965 enthält einen sehr eindeutigen Hinweis auf den Vorrang der Staatssicherheit. Zwar hat auch dieses Gesetz keinen Verfassungsrang, aber es ist, anders als die Flüchtlingskonvention, nicht ein völkerrechtlicher Kompromiß, sondern gibt die Auffassung des deutschen Gesetzgebers ohne Rücksicht auf Fragen der Gegenseitigkeit wieder. Nach § 11 Abs. 2 des Ausländergesetzes dürfen Ausländer, die als politisch Verfolgte Asylrecht genießen, zwar nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ausgewiesen werden. Nach § 14 des Gesetzes aber dürfen sie sogar in den Staat, der sie wegen ihrer politischen Überzeugung verfolgt, abgeschoben werden, wenn sie aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik anzusehen sind. Auf diese sehr harten Bestimmungen ist in anderem Zusammenhang noch zurückzukommen. Hier geht es nur um die Frage, ob man daraus, daß der Gesetzgeber eine solche Ausweisung nach

⁴⁷⁾ Art. 33, Abs. 2, a. a. O. oben Anm. 13, lautet: "The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is . . .".

⁴⁸⁾ Z. B. BVerwG 17. 1. 1957, BVerwGE 4, S. 238 ff.

Asylgewährung für zulässig hält, *a fortiori* schließen darf, daß schon die Abweisung aus dem gleichen Grunde zulässig ist. Daß man den Gesetzgeber so interpretieren kann, ist wohl unzweifelhaft; ob allerdings diese Regelung in Übereinstimmung mit Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG steht, einer Verfassungsbestimmung ohne Gesetzesvorbehalt, muß besonders geprüft werden.

Mit Sicherheit kann so viel gesagt werden, daß eine Interpretation des Begriffs »politisch verfolgt« hier nicht weiterhilft, denn nur wenn dieser Tatbestand vorliegt, wird die Frage der Staatssicherheit relevant. Es geht hier also nur noch um die Inhaltsbestimmung des Asylrechts selbst. Zu erwägen ist dabei der von der Rechtsprechung in entsprechenden Fällen herangezogene Gedanke, ob nicht jedem Grundrecht und damit auch Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG ein Gemeinschaftsvorbehalt innewohnt⁴⁹⁾.

Daß die Asylgewährung sich nicht staatszerstörend auswirken darf, wird häufig betont⁵⁰⁾. Der Grundgedanke ist wohl, man dürfe bei aller Humanität nicht vergessen, daß es sich bei Asylsuchenden um Fremde handelt. Die ungeschriebene aber wohl von niemand geleugnete Pflicht des Staates, zunächst einmal die eigenen Staatsangehörigen zu schützen⁵¹⁾, läßt eine solche Auffassung auch sachlich gerechtfertigt erscheinen. Je schwerer natürlich die Gefährdung des Individuums ist, desto mehr wird man auch der Allgemeinheit eine Gefährdung zumuten können. Wie im einzelnen man ein solches Ergebnis aus dem Sinnzusammenhang der verfassungsrechtlichen Normen noch näher begründen kann, wird weiter unten gezeigt werden; es scheint auch wiederum in Übereinstimmung mit der *opinio communis* der Völkergemeinschaft zu stehen. So heißt es im Entwurf über Asylrecht der Human Rights' Commission der UN, daß das Asyl jedem in Übereinstimmung mit der UN-Deklaration von 1948 gewährt werden soll, "except for overriding reasons of national security or safeguards of the population"⁵²⁾.

⁴⁹⁾ Vgl. Maunz-Dürig, a. a. O. oben Anm. 31, zu Art. 2 Abs. 1, Rdn. 72 ff.

⁵⁰⁾ G. Mayer (Das deutsche Ausländerrecht für Flüchtlinge, in Schriftenreihe der Deutschen Nansen-Gesellschaft, a. a. O. oben Anm. 1, S. 84): »Erfreulich ist, daß die Rechtsprechung der höheren Gerichte den Standpunkt vertritt, daß dem Asylrecht dadurch Grenzen gezogen sind, daß die Sicherheit des Zufluchtstaates und der Gemeinschaft seiner Bürger dem Asylrecht vorgeht«; ebenso H. Feneberg, Das Recht der politisch Verfolgten in der Bundesrepublik Deutschland, in Schriftenreihe der Deutschen Nansen-Gesellschaft, a. a. O. oben Anm. 1, S. 78; den Vorrang der Sicherheit des Zufluchtstaates betont auch Kanein, a. a. O. oben Anm. 33, S. 110; und ebenso auch G. Weis mann (Ausländergesetz [1966], S. 127): »Das Schutzbedürfnis des Ausländers hat jedoch seine Grenze in dem höheren Schutzbedürfnis des Aufenthaltsstaates«.

⁵¹⁾ BGH 21. 11. 1958, BGHZ 28, S. 285: »Eine Schutzpflicht des Staates besteht in erster Linie gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen, weniger dagegen gegenüber Ausländern ...«.

⁵²⁾ Art. 3 Abs. 1, Draft Declaration on the Right of Asylum, ECOSOC, 30. Sess. (1960), Suppl. 8, Doc. E/3335, E/CN 4/804.

Man wird also wohl nicht sagen können, daß die hier aufgezeigte Abgrenzung eine Besonderheit wäre. Vielmehr ist zu fragen, ob angesichts der heute noch notwendigen Selbstschutzfunktion des Staates nicht nur ein Recht, sondern sogar die Pflicht zu einem solchen Verhalten besteht.

3. Die Aberkennung des Asylrechts

Wesentliche Gesichtspunkte der nun zu behandelnden Rechtsfragen sind durch die oben angestellten Erwägungen schon berührt worden.

Bis zum Erlaß des Ausländergesetzes war die einzige Vorschrift, die sich mit der Frage der Aberkennung des Asylrechts ausdrücklich befaßte, der schon erwähnte Art. 18 GG; d. h. neben anderen Grundrechten konnte und kann das Asylrecht dadurch verwirkt werden, daß der Asylberechtigte es zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht. Diese Verwirkung kann nur durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen werden; der Ausspruch wirkt *ex nunc*. Ob noch eine andere Art der Aberkennung des Asylrechts zulässig war, konnte dem geschriebenen Recht nicht entnommen werden.

Nun gab es bis zum Erlaß des Ausländergesetzes noch kein gesetzlich geregeltes Verfahren zur Anerkennung des Asylrechts. Seine Inanspruchnahme erfolgte meist erst, wenn die Frage auftrat, ob es einer Ausweisung und vor allem einer Auslieferung entgegenstand⁵³). Daher waren die Entscheidungen über die Zuerkennung des Asylrechts und diejenigen über seinen Fortbestand nahezu identisch. Wurde ein Auslieferungsantrag vom fremden Staat gestellt, so konkretisierte sich das Bestehen oder Nichtbestehen des Asylrechts erst mit der gerichtlichen Entscheidung über das Auslieferungsbegehren; wurde eine Ausweisung ausgesprochen, so konkretisierte sich ebenfalls der Rechtszustand im Hinblick auf das Asyl erst in der Entscheidung über die Ausweisungsanordnung. Aber auch unter diesem Rechtszustand erhob sich natürlich schon die Frage, ob es für das Asylrecht noch andere Verlustgründe als denjenigen des Art. 18 GG geben könne. So war etwa über Auslieferungsgesuche wegen krimineller Taten zu entscheiden, bei deren Prüfung sich herausstellte, daß der Täter auch politisch verfolgt sein könnte. Wurde der Täter dann unter Zusicherung der Spezialität, d. h. Bestrafung nur für das kriminelle Delikt, ausgeliefert, so qualifizierte man ihn wegen dieser Zusicherung nicht mehr als »politisch verfolgt«⁵⁴). In die-

⁵³) Eine Übersicht zur bisherigen Rechtsprechung zu Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG zeigt, daß die Gerichte sich überwiegend mit dem Asylrecht in Zusammenhang mit Auslieferungsfragen zu befassen hatten und es relativ selten nur um ein Aufenthaltsverbot ging. Die Asylverordnung vom 6. 1. 1953, BGBl. I, S. 3, bezog sich nur auf die Flüchtlingskonvention von 1951.

⁵⁴) So das BVerfG 9. 1. 1963, BVerfGE 15, S. 249, vgl. oben Anm. 30 am Ende; anderer Ansicht K i m m i n i c h, in Bonner Kommentar, a. a. O. oben Anm. 12, Rdn. 163.

sem Falle endete das Asylrecht nicht durch Aberkennung nach Art. 18 GG, sondern dadurch, daß im Vertrauen auf die Einhaltung der zugesicherten Spezialität die Auslieferung zugelassen wurde.

Nach Erlaß des Ausländergesetzes präsentiert sich nun die Frage nach den zulässigen Verlustgründen des Asylrechts neben Art. 18 GG noch sehr viel klarer und eindeutiger. Das liegt daran, daß nun ein förmliches Anerkennungsverfahren eingeführt wurde, wonach der Asylsuchende einen Antrag zu stellen hat, über den das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge entscheidet. Gegen die ablehnende Entscheidung ist der Widerspruch zulässig und gegen die Widerspruchsentscheidung kann gerichtlicher Schutz in Anspruch genommen werden⁵⁵). Nach dieser formellen Anerkennung existieren nunmehr *de lege lata* verschiedene Möglichkeiten, das zunächst zuerkannte Asylrecht wieder abzuerkennen.

Das Ausländergesetz läßt einen Widerruf der Anerkennung zu, wenn entweder »die Voraussetzungen für eine Anerkennung nicht mehr vorliegen« (§ 37 AG) – in diesem Falle handelt es sich um eine Ermessensentscheidung – oder die Anerkennung »erschlichen« war. Weiterhin kann das Bundesverfassungsgericht das zunächst anerkannte Asylrecht gemäß Art. 18 GG wegen Mißbrauchs zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung als verwirkt erklären. Aber auch ein formell als asylberechtigter Anerkannter kann nach den Bestimmungen des Ausländergesetzes dennoch unter bestimmten Voraussetzungen ausgewiesen und sogar in den Verfolgerstaat abgeschoben werden⁵⁶), eine Maßnahme, die wegen faktischer Vernichtung des Asyls einer Aberkennung gleichzusetzen ist (§§ 11 Abs. 2 und 14 Abs. 1 AG).

Der Widerruf kann unproblematisch sein, wenn es sich um den Wegfall von »Voraussetzungen« handelt, ohne die ein Asylrecht unbestritten nicht entstanden wäre, etwa bei Wechsel des politischen Regimes im Verfolgerstaat, der eine Verfolgung nicht mehr befürchten läßt. Schwieriger ist aber die Frage zu entscheiden, ob der Widerruf auch dann zulässig ist, wenn sich herausstellt, daß der formell als asylberechtigter Anerkannter vor dieser Anerkennung, unter Umständen im Ausland, aktiv an der Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung beteiligt war. Der Widerruf könnte gegebenenfalls damit begründet werden, daß schon bei der Anerkennung eine »Voraussetzung« gefehlt habe. Folgt man der Auffassung, wonach eine Aberkennung des Asylrechts nur vom Bundesverfassungs-

⁵⁵) Abschnitt IV des Ausländergesetzes, §§ 28–46, wiedergegeben auch in ZaöRV Bd. 25 (1965), S. 508 ff.

⁵⁶) Ein förmlicher Widerruf ist in diesem Falle nicht notwendig; vgl. auch Kloesel-Christ, Deutsches Ausländerrecht, Kommentar 1965, zu § 37, Ziff. 5 des Ausländergesetzes.

gericht gemäß Art. 18 GG ausgesprochen werden darf, wäre der Widerruf in diesem Falle unzulässig. Sieht man, dem Grundgedanken des Art. 18 GG folgend, den Kampf gegen die rechtsstaatliche Demokratie im Sinne eines deutschen *ordre public* als Schranke schon für die Entstehung des Asylrechts an, so wäre allerdings nun der Widerruf zulässig. Man könnte einwenden, die Frage sei gegenstandslos, da die Entscheidung doch in letzter Instanz, sei es nach Art. 18 GG oder auf Grund einer Verfassungsbeschwerde, vom Bundesverfassungsgericht getroffen würde. Aber auch das Bundesverfassungsgericht müßte sich darüber klar werden, ob in diesem Falle Verwirkung gemäß Art. 18 GG vorliegt, oder ob ein Anspruch auf Asyl wegen des Verhaltens des Betroffenen materiell-rechtlich gar nicht entstanden war und daher seine formelle Aberkennung zulässig wäre. Die Pflicht des Staates zum Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung im oben beschriebenen Sinne spricht für die Auffassung, daß der Widerruf zulässig ist, wenn dadurch der Betroffene nicht gleichzeitig einer Verfolgung ausgesetzt wird, die ihrerseits in Gegensatz zum deutschen *ordre public* steht.

Eine andere oben schon erwähnte, vom Ausländergesetz vorgesehene Möglichkeit der Beendigung des Asyls ist die Ausweisung wegen Gefährdung der Staatssicherheit. Wenn es zum Inhalt des Asylrechts gehört, daß schlechthin ein Recht darauf besteht, in der Bundesrepublik sich aufhalten zu dürfen, so bedeutet jede Ausweisung und also auch diejenige in einen Staat, der keine politische Verfolgung beabsichtigt, das Ende des Asyls. Es kommt hinzu, daß niemand mit völliger Sicherheit vorauszusagen vermag, ob ein solcher Staat nicht doch auf Grund seiner eigenen Vorschriften eines Tages den Asylsuchenden in den Verfolgerstaat abschieben wird.

Nach überwiegender Auffassung kann jedoch eine Ausweisung in einen dritten, den Flüchtling nicht politisch verfolgenden Staat gegebenenfalls zulässig sein. Hiernach ist der Inhalt des Asylrechts nur der Schutz vor politischer Verfolgung und also seien nur gefährdende Abweisung, Auslieferung an den Verfolgerstaat und verschleierte Auslieferung durch Ausweisung an den Verfolgerstaat unzulässig. Überraschend aber ist, daß diese Auffassung auch von denjenigen vertreten wird, die im übrigen für das »absolute« Asylrecht eintreten⁵⁷⁾. Das absolute Asylrecht im Hinblick auf den Begriff der politischen Verfolgung wird, wie gezeigt, nicht zuletzt damit begründet, daß es wegen der Gewährleistung des Schutzes nicht möglich sei zu differenzieren, weil man das Verhalten anderer Staaten in bezug auf ihre Rechtsstaatlichkeit, ihre Politik und ihre Verfolgungsarten nicht beurteilen könne. Wenn das richtig ist, dann scheint es aber inkonsequent, die Ausweisung in einen dritten Staat zuzulassen. Wenn das Verhalten des

⁵⁷⁾ So Kimminich, in Bonner Kommentar, a. a. O., Rdn. 146.

Verfolgerstaates im Hinblick auf seine Rechtsstaatlichkeit politisch nicht beurteilt werden kann und darf, warum gilt dann nicht das gleiche für einen dritten Staat, dessen zukünftiges Verhalten ebenfalls nicht beurteilt werden könnte und dürfte?

Abschließend ist das härteste, aber vielleicht auch theoretisch am wenigsten wichtige Problem zu behandeln; dennoch sollte man es nicht übergehen. Wie oben schon dargestellt, ist durch das Ausländergesetz eine Ausweisung und Abschiebung des zunächst Asylberechtigten auch in den Verfolgerstaat unter bestimmten Umständen für zulässig erklärt worden. Nach § 14 des Ausländergesetzes soll eine solche Maßnahme dann stattfinden können, wenn der Fremde »aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit anzusehen ist, oder ... eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens rechtskräftig verurteilt wurde«. Das Ausländergesetz wiederholt hier, mit ausdrücklichem Hinweis, die schon für die Flüchtlinge gemäß Art. 33 Abs. 2 der Flüchtlingskonvention von 1951 geltende Bestimmung⁵⁸⁾. Allein wesentlich für die hier angestellte Betrachtung ist der Hinweis auf die Gefährdung der Staatssicherheit.

Wie auch immer man den Begriff des Asyls in Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG auslegt, sei es nur als Schutz vor Verfolgung oder auch als Aufenthaltsberechtigung, jedenfalls wird das bis dahin bestehende Asyl durch diese Maßnahme restlos vernichtet. Man muß sich daher ernstlich fragen, ob diese Bestimmung mit dem Grundgesetz in Einklang steht⁵⁹⁾.

Bei der Beurteilung dieser Frage ist zunächst festzustellen, daß es hier wiederum nicht um eine Auslegung des Begriffs »politisch verfolgt« geht, sondern um den materiellen Inhalt des Rechts auf Asyl. Schon bei der rechtlichen Beurteilung der Flüchtlingskonvention von 1951 im Hinblick auf ihre Übereinstimmung mit dem Grundgesetz waren entsprechende Überlegungen anzustellen. Dabei ergibt sich aber, daß die Flüchtlingskonvention als völkerrechtliches Abkommen eine solche Ausweisung auch in den Verfolgerstaat durchaus zulassen kann, da eine Völkerrechtswidrigkeit nicht vorliegt, daß aber auch eine Verfassungswidrigkeit nicht anzunehmen ist, da die Ausweisung nicht erfolgen muß; ob sie erfolgen darf, wenn es sich

⁵⁸⁾ Zur Auslegung dieser Bestimmung K. F. Z i n k, Das Asylrecht in der Bundesrepublik Deutschland nach dem Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, 1962, S. 195 ff.

⁵⁹⁾ Kloesel-Christ a. a. O. oben Anm. 56, § 14, Ziff. 4, nehmen hierzu nicht Stellung; Kimminich, Zur Theorie der immanenten Schranken des Asylrechts, a. a. O. oben Anm. 15, S. 745, äußert starke Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung.

um einen Asylberechtigten gemäß Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG handelt, kann wieder nur durch Auslegung der Verfassung selbst geklärt werden.

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme könnte eingewendet werden, daß, wie auch immer man den Gemeinschaftsvorbehalt der Grundrechte – sei es mit den Schranken des Art. 2 GG oder durch eine ungeschriebene allgemeine Regel – konstruiere, diese Ausweisung den Wesensgehalt des Asylrechts im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG vernichten würde, weil das Asyl restlos vernichtet sei. So gesehen wären die entsprechenden Bestimmungen des Ausländergesetzes verfassungswidrig, und sie sind auch in diesem Sinne kritisiert worden⁶⁰⁾. Man hat darauf hingewiesen, daß der Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik in diesen Fällen auch anders begegnet werden kann, als durch Ausweisung in den Verfolgerstaat, nämlich z. B. durch Internierung und ähnliche Sicherheitsmaßnahmen⁶¹⁾. Daß dann, wenn eine andere Maßnahme genügend Schutz bietet, selbstverständlich eine derartige Ausweisung nicht in Betracht kommt, da sie gegen das heute verfassungsrechtlich anerkannte Übermaßverbot⁶²⁾ verstoßen würde, ist selbstverständlich. Es bleibt also nur das Problem – und es ist fraglich, ob dieses Problem praktisch jemals gelöst werden muß –, was zu gelten hat, wenn unter besonderen Umständen keine andere Maßnahme, als nur die Ausweisung in den Verfolgerstaat genügend Sicherheit für die Allgemeinheit bietet.

Es ist fraglich, ob die in diesem Zusammenhang insbesondere als relevant betrachtete Bestimmung des Art. 19 Abs. 2 GG, wonach die Einschränkung von Grundrechten ihren Wesensgehalt nicht beeinträchtigen darf, überhaupt anwendbar ist⁶³⁾. Hier zeigt sich wiederum, daß vor aller Logik der Schlußfolgerung doch immer das Postulat steht. Entscheidend für die Frage der Einschränkung eines Grundrechts, hier des Asylrechts, ist seine Vorherbestimmung, seine Definition. Erst wenn die Inhaltsbestimmung des Rechts gelungen ist, kann die Frage der Einschränkung des Rechts überhaupt beurteilt werden. Sieht man den Vorrang der Staatssicherheit nicht als »immanente Schranke« des Asylrechts an – als solche wird dieser Vorrang überwiegend diskutiert – und auch nicht als von außen herangetragene Begrenzung des Rechts, sondern definiert man das Asylrecht von vorn-

⁶⁰⁾ So vor allem Kimminich, Zur Theorie der immanenten Schranken des Asylrechts, a. a. O., S. 743 ff. unter besonderer Berücksichtigung von Gemeinschaftsvorbehalten.

⁶¹⁾ F. Franz, Das Völkerrecht als Quelle des innerdeutschen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts der Fremden, DVBl. 1965, S. 467.

⁶²⁾ Maunz-Dürig, a. a. O. oben Anm. 31, Rdn. 63 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

⁶³⁾ Kimminich, Zur Theorie der immanenten Schranken des Asylrechts, a. a. O., S. 745, meint, »daß eine Einschränkung im eigentlichen Sinne ... wesensmäßig« bei dem Asylrecht nicht möglich ist.

herein als ein Recht, das nur jenseits der Staatssicherheit besteht, so ist nichts einzuschränken, und die »Schranke« der Staatssicherheit kann *per definitionem* den Wesensgehalt gar nicht berühren.

Es gibt beachtliche Gründe, die eine solche Auffassung zu stützen vermögen. Die Inhaltsabgrenzung des Asylrechts kann nämlich, wie auch diejenige anderer Verfassungsbestimmungen, nicht nur der Norm selbst entnommen werden, sondern auch dem Sinnzusammenhang mit anderen Normen. Insofern könnte das von der Verfassung zu innerstaatlichem Recht erklärte Völkerrecht von Bedeutung sein. Dabei ist durchaus daran festzuhalten, daß Art. 25 GG nichts darüber aussagen kann, wann Asyl zu gewähren ist, denn das Völkerrecht kennt keine Pflicht der Staaten zu Asylgewährung und kein Individualrecht auf diesen Schutz. Aber Art. 25 GG hat noch eine andere hier bedeutsame Funktion, nämlich als *lex specialis* für alle Rechte und Pflichten, die internationalen, vor allem fremdenrechtlichen Bezug haben und von der Verfassung nicht ausdrücklich abweichend geregelt wurden⁶⁴). So ist Art. 25 GG z. B. auch für den Gleichheitssatz des Art. 3 GG nicht etwa Schranke oder Begrenzung, sondern der Gleichheitssatz wird für Fremde durch Art. 25 GG überhaupt erst inhaltlich konkretisiert und ist für Fremde inhaltlich ein anderer, als für deutsche Staatsangehörige, weil die Verfassung mit Art. 25 GG die Staatsgewalt legitimiert, die völkerrechtliche Beurteilung der Gleichheitsfrage zum Inhalt der innerstaatlichen Beurteilung zu machen.

Es wäre, akzeptiert man im grundsätzlichen diese Auffassung, nun zu prüfen, ob und inwieweit Art. 25 GG zur Inhaltsbestimmung des Asylrechts beitragen kann. Hier nun könnte der vom Parlamentarischen Rat bei Ausarbeitung des Grundgesetzes gegebene Hinweis relevant werden, man wolle das Asylrecht im Rahmen des Völkerrechts gewähren⁶⁵), denn hier geht es nicht darum, wer Inhaber dieses Rechts sein soll – darüber vermag, wie mehrfach erwähnt, das Völkerrecht nichts auszusagen –, sondern um den Inhalt des Rechts selbst. Die Rechtsprechung hat das auch richtig erkannt⁶⁶). Die Verfassungsbestimmung des Art. 25 GG erzeugt Rechte und Pflichten

⁶⁴) Nähere Begründung bei K. D o e h r i n g, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. 39) 1963, S. 172; diesen Zusammenhang übersieht das OVG Münster (27. 7. 1965, NJW 1966, S. 316) bei der Prüfung der Geltung von Grundrechten für Fremde.

⁶⁵) Vgl. die Zusammenstellung der hierzu wiedergegebenen Äußerungen im Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, N. F. Bd. 1, S. 165 ff.; bei der Redaktion des Asylrechts wurden die Worte »im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts« unter Hinweis auf Art. 25 GG gestrichen, da das Völkerrecht nun ohnehin Bestandteil des Bundesrechts sei.

⁶⁶) BayObLG 23. 3. 1964, DVBl. 1964, S. 588 ff.; ebenso wohl auch, wenn auch leider nicht mit eingehender Begründung, v. M a n g o l d t - K l e i n a. a. O. oben Anm. 11, S. 499/500; K a n e i n, Ausländergesetz, Kommentar (1966), S. 138.

im innerstaatlichen Recht, soweit solche dem allgemeinen Völkerrecht entnommen werden können. Das Völkerrecht kennt zwar keine Pflicht der Staaten zum Selbstschutz⁶⁷⁾, aber es anerkennt in hohem Maße und von niemandem bestritten ein entsprechendes Recht. Zahllose völkerrechtliche Verträge und Regeln des Gewohnheitsrechts bestätigen, soweit man das überhaupt für notwendig hält und das Ergebnis nicht als eine Selbstverständlichkeit ansieht, das Recht zum Selbstschutz und die Legitimität, für die Staatssicherheit mit Vorrang vor fremdenrechtlichen Pflichten zu sorgen. Wenn das Asylrecht materiell im Rahmen des Völkerrechts gewährt wird, dann wird es nicht durch die Bewahrung der Staatssicherheit eingeschränkt, sondern es ist nur in diesem Rahmen entstanden. Die Beachtung der Staatssicherheit vermag den Wesensgehalt des Asylrechts nicht anzutasten, denn sie gehört selbst zum Wesensgehalt dieses Rechts.

Wenn also das Völkerrecht, als Teil des innerstaatlichen Verfassungsrechts, die Staatsgewalt berechtigt, aus Selbstschutzgründen im extremen Fall anders nicht zu beseitigender Staatsgefährdung Fremde auszuweisen und so unter Umständen sonst bestehende fremdenrechtliche Pflichten außer acht zu lassen, dann ist auch das Inhalt des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG. Nur wenn das verfassungsrechtlich gewährte Asylrecht selbst das ausdrückliche und uneingeschränkte Verbot enthielte, trotz Gefährdung der Staatssicherheit in den Verfolgerstaat auszuweisen, wäre der hier vollzogene Schluß nicht zulässig. Die Verfassung hätte in diesem Falle die Berechtigung der Staatsgewalt, sich auf das Völkerrecht zu berufen, autonom ausgeschlossen und dem Fremden eine gegenüber dem Völkerrecht verbesserte Stellung eingeräumt. Nichts hinderte den Verfassungsgeber, Normen zu setzen, die dem Individuum mehr an Rechten einräumen als das Völkerrecht ergibt. Eine solche Besserstellung gegenüber dem Völkerrecht ist aber in der Verfassung, im Hinblick auf das Asylrecht, jedenfalls ausdrücklich nicht erfolgt, sondern das Gegenteil scheint Art. 25 GG zu erweisen.

Eine andere Frage ist es, ob man *de lege ferenda* diesen Zustand ändern sollte, wofür durchaus Gründe angeführt werden könnten. Dazu aber wären, wie bemerkt, eine Neufassung des Asylrechts im Grundgesetz und eine Änderung des Ausländergesetzes notwendig⁶⁸⁾. Es sei nochmals darauf hingewiesen, daß die Interpretation des Begriffs »politisch verfolgt« etwas

⁶⁷⁾ Insoweit ist F. F r a n z (Anmerkung zum Beschluß des BayObLG vom 23. 3. 1964, DVBl. 1965, S. 592) zuzustimmen, wobei seine Kritik jedoch verkennt, daß es hier letztlich nicht um Pflichten, sondern um Rechte geht.

⁶⁸⁾ Ein beachtenswerter Vorschlag in dieser Richtung findet sich in dem »Projet de Recommendation«, das die »Commission de la Population et des Réfugiés« des Europarats im September 1965 vorgelegt hat und deren Empfehlung unter anderem lautet, »d'accorder auxdits réfugiés au moins un asile provisoire ... au cas où un pays estimerait ne pas pou-

gänzlich anderes ist als die Definition des sachlichen Inhalts des Asylrechts; einmal handelt es sich um den Inhaber, im anderen Fall um den Inhalt des Rechts⁶⁹⁾. Manche Mißverständnisse könnten bei Beachtung dieses Unterschiedes vermieden werden.

4. *Schlußbetrachtung*

Bei dem hier gebotenen Versuch, das Recht auf Asyl und das Recht auf staatlichen Selbstschutz gegeneinander normativ abzugrenzen, wurde bewußt vermieden, in eine Diskussion über die Wertbezogenheit der Grundrechte⁷⁰⁾, hier also vor allem des Asylrechts, einzutreten. Das hätte nahegelegen, denn mit der verfassungsrechtlichen Entscheidung, Asyl zu gewähren, scheint der Gedanke doch verbindbar, der Freiheit einen Eigenwert zuzumessen und sie daher zu schützen, wo auch immer sie bedroht ist. Auch dann aber, wenn man bereit ist, das Asylrecht in dieser Art als ethisch determiniert anzusehen, zeigt sich doch, daß eine solche Betrachtung im hier behandelten Zusammenhang nicht weiterführt. Relevant wäre nämlich diese Wertbezogenheit vor allem dann, wenn das Asylrecht der Fremden mit dem Recht auf Selbstschutz der eigenen Staatsbürger in Widerstreit gerät und so die Freiheit der Schützenden, wiederum wertbezogen verstanden, seinerseits bedroht. Rechtswerte, die sich im Konfliktfall gegenseitig ausschließen, erweisen jedenfalls für diese Situation ihre Relativität. Asylrecht und Staatsschutz beruhen gleichermaßen auf dem Wunsch zur Selbsterhaltung. Nur wenn es keine Verfolgten und keine Verfolger mehr gäbe, wenn es keine Angreifer und Verteidiger mehr gäbe, wären diese Rechte miteinander vereinbar, aber gleichzeitig auch gegenstandslos und somit wertlos. Es ist daher wohl gerechtfertigt, sich hier auf eine normative Betrachtung, so wie sie die positive Rechtsordnung bietet, zu beschränken. Der Gesetzgeber mag seine Wertvorstellungen, falls sie sich ändern, wiederum positivieren. Die Entwicklung zeigt, wie sehr gerade die Gewährung von Asyl im Laufe der Geschichte vom Wechsel der Wertanschauungen beeinflusst war⁷¹⁾.

voir leur accorder le bénéfice de l'asile permanent pour des raisons de sécurité nationale ou de protection de la population» (Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe, a. a. O. oben Anm. 5, dazu die Ausführungen des Rapporteur Paul, Europarat Doc. 1986).

⁶⁹⁾ Diese Abgrenzung scheint bei v. Mangoldt-Klein a. a. O. oben Anm. 11, S. 498 übersehen, wenn es dort heißt, der Grundgesetzgeber habe insoweit auf das Völkerrecht Bezug genommen, »durch das sowohl die Träger als auch der Inhalt und das Ausmaß des Asylrechts bestimmt werden«.

⁷⁰⁾ Kritisch zur neueren Entwicklung E. Forsthoff, Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung in »Der Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964«, 1964, S. 213 ff.

⁷¹⁾ A. Gehlen, Asyle. Von der Zuflucht der verfolgten Menschen, in Wort und Wahrheit, Bd. 17 (1962), S. 657 ff.

S u m m a r y

Right to Asylum and State Security

There are two principal reasons for treating this subject at the present time. In August 1966, during its 2nd session in Helsinki, an ILA Commission will discuss the proposals for a draft convention on asylum. Similar efforts have been made in the Council of Europe. The experiences and practice of national law are taken as a basis of this work. In the Federal Republic of Germany, in the Constitution of which asylum is guaranteed as a right of the individual, a new (Statute on Aliens) »Ausländergesetz« came into force in October 1965, regulating for the first time certain special aspects of the law of aliens. These provisions have been criticised by some experts. At the same time, however, German jurisprudence is not unanimous; and so a conceptual analysis of this field appears necessary.

A right of the individual to asylum is not known in general international law, which recognizes only the right of states to grant asylum, and if at all, a duty only in case the refusal violates basic human rights. Such a duty, however, rests at the discretion of the states when such a grant of an asylum might endanger their own existence. Due to the fact that international law does not go further in this respect, art. 25 of the German Constitution—providing that international law is part of municipal law—cannot extend any further either. Therefore the interpretation of this right of asylum as an individual right can essentially be based only on the special provision of the Constitution itself (art. 16, II, 2: »Politisch Verfolgte genießen Asylrecht«). Here we are confronted with the typical uncertainties regarding the interpretation of the fundamental rights, *i. e.* the question of defining the limit between the rights of the individual and the common weal. Likewise drafting an international convention we come across a similar interpretation problem: to delimit the obligation to grant asylum and the right to refuse it—*e. g.* in case of a threat to national security. For this delimitation problem in the international sphere, which until now has not existed on account of the nearly unlimited discretionary power of states under international law, research in domestic law is particularly informative. Dealing with the constitutional provision on asylum, the courts have often reverted to the provisions of the convention on refugees of 1951—a doubtful practice since this convention is an international treaty, and is not part of general international law; therefore it is not suited for a direct interpretation of the constitution which in art. 25 only incorporates the general rules of international law.

So it remains necessary to define the concept of the “politically persecuted person” within the meaning of the German Constitution. After considering all relevant criteria it appears that the term “political persecution” applies within the meaning of the German asylum law only in cases of measures taken contrary to the rule of law which might either lead to inhuman treatment or to the persecution of an individual seeking to assert the rule of law. In answering the question what “rule of law” means in this connection we can refer to the *ordre public*

of the Constitution of the Federal Republic of Germany; foreign legal systems, provisions of the United Nations and many international treaties contain the same principles respectively. This position is also in accordance with both the provisions of the German »Ausländergesetz« and with the fundamental idea of art. 18 of the Constitution according to which the loss of asylum is ordered when it is abused in cases of violation of the basic principles of the Constitution. The opposite view, according to which the law of asylum possesses an "absolute" character and consequently can not be restricted by the above mentioned criteria, unduly extends the duty by granting protection to a person violating the rule of law and by granting protection even in cases when there is no danger of inhuman persecution.

Another difficulty arises in connection with the deprivation of the right of asylum after it has been formally recognized. The question is, whether there are still other reasons for justifying the deprivation of the right of asylum besides the above mentioned art. 18 of the German Constitution. The »Ausländergesetz« indeed provides for the revocation of this right and even for the deportation of the aliens to the persecuting state, if otherwise the security of the Federal Republic is threatened. There is no conflict here with the Convention on Refugees and with traditional international law. This does not, however, solve the problem whether the »Ausländergesetz« is in this respect in accordance with the Constitution. In support of its constitutionality which is questioned by some authors the unwritten but generally recognized duty of a state to protect above all its own citizens seems to be conclusive. According to this consideration art. 25 of the Constitution which declares the general rules of international law part of domestic law becomes relevant. This provision should be interpreted as a *lex specialis* with regard to any legal relations between the state and an alien in so far as the Constitution does not *expressis verbis* grant aliens more rights than those recognized by international law. There is a generally recognized rule of international law that every state is entitled to protect itself against influences of aliens which may endanger the existence of the state. In such cases states are entitled to disregard principles which normally would govern the treatment of aliens. Art. 16 of the Constitution contains the right of asylum but does not provide for the case where a person entitled to this right endangers the security of the state. Therefore art. 25 of the Constitution must be read as incorporating the above mentioned rule of international law into art. 16. In this way it enlarges the competence of the government in the domestic sphere. This interpretation of the law of asylum does not jeopardize in any way the constitutionally acknowledged principle according to which the measures taken by the authorities must be appropriate to the real necessities and must not exceed this limit. Measures should therefore be chosen which put the lightest possible burden both on the general public and the individual and which avoid to the greatest possible extent any harshness for the parties concerned. Moreover, this interpretation of the law of asylum does not concern the prohibition against extradition of political offenders, since the recognition of asylum and the principle of non-extradition are not identical.