

Der Konventionsentwurf der International Law Association über die Gewährung territorialen Asyls

Karl Doehring

I. Einleitung

Seit dem Jahre 1964 bemühte sich das Committee on the Legal Aspects of the Problem of Asylum der International Law Association (ILA) um die Erarbeitung eines Vorschlages für eine weltweite Konvention, die Verfolgten das Asylrecht auf fremdem Staatsgebiet sichern soll¹⁾. Im Laufe dieser Arbeiten wurde dann auch das Projekt einer Konvention über diplomatisches Asyl einbezogen. Die Arbeitsgruppe bestand zuletzt (Konferenz der ILA 1972) aus 16 Mitgliedern verschiedener Nationalität, die unter der Leitung eines Berichterstatters auf den Tagungen der ILA jeweils beraten hatten, nachdem schriftliche Stellungnahmen zwischen den Konferenzen eingeholt worden waren. Der Berichterstatter (L. C. Green, Kanada) sorgte für die Koordination der einzelnen Meinungen, machte aber vor allem auch eigene Vorschläge in der Sache. Auf der Konferenz der ILA in New York 1972 nahm deren Vollversammlung je einen Konventionsentwurf über territoriales und diplomatisches Asyl entgegen²⁾ und entschied, daß diese Entwürfe im Rahmen der Vereinten Nationen deren Mitgliedstaaten zur Beratung vorgelegt werden sollen. Während der Beratungen auf dieser bisher letzten Konferenz hatte sich jedoch gezeigt, daß es nicht gelungen war, eine

¹⁾ International Law Association, Report of the fifty-first Conference, Tokyo 1964, S. 215 ff.

²⁾ Report and the Draft Conventions on Diplomatic and Territorial Asylum, International Law Association, New York Conference (1972), Sonderdruck der ILA. Der offizielle Report über die Tagung liegt im Druck noch nicht vor.

einheitliche Auffassung der Mitglieder des Committee herzustellen und zu publizieren³⁾. Man beschloß daher, bei der Weiterleitung der Entwürfe an die Vereinten Nationen alle abweichenden Stellungnahmen beizufügen, damit es den Staatenvertretern erleichtert würde, sich an Hand der schon vorhandenen Kritik ein Urteil zu bilden.

Da aus Gründen, die hier nicht näher dargelegt werden sollen⁴⁾, wohl kaum damit zu rechnen ist, daß der Entwurf einer Konvention über das diplomatische Asyl zur Annahme durch die Staaten gelangt, soll die nachfolgende Betrachtung auf den Entwurf einer Konvention über das territoriale Asyl^{4a)} beschränkt bleiben, dessen Chancen hinsichtlich einer allgemeinen Akzeptierung besser bewertet werden können. Auch hier sollen aber die Schwierigkeiten nicht verkannt werden, denn sie liegen in der spezifischen Natur einer Pflicht zur Asylgewährung. Ein Staat, der im Hinblick auch auf seine eigenen, evtl. aus politischen Gründen fliehenden Staatsangehörigen anderen Staaten die entsprechende Asylgewährung empfiehlt oder vertraglich versprechen läßt, muß zumindest in Betracht ziehen, daß die eigene Rechtsordnung nicht immer rechtsstaatlichen Prinzipien entsprechen könnte; andernfalls wäre jede vertragliche und auf Gegenseitigkeit beruhende Asylgewährung unnötig, denn wenn alle Staaten von der Rechtsstaatlichkeit ihrer Rechtsordnungen überzeugt sind, gibt es nichts zu schützen. Andererseits bedeutet die Vereinbarung natürlich auch ein gewisses Mißtrauen in die Rechtsstaatlichkeit der Partner. Dieses Infragestellen der eigenen und der fremden Rechtsordnung erschwert die Annahme des Prinzips. Wird hingegen ohne jede vertragliche Bindung durch die innerstaatliche Rechtsordnung eines Staates einseitig ein Recht auf Asyl an Fremde erteilt, besteht diese psychologische Hemmung nicht in gleichem Maße, denn das Verhältnis zwischen Staat und eigenen Staatsangehörigen ist nicht berührt. Ein weiterer Gesichtspunkt für die psychologische Schwierigkeit eines auf Gegenseitigkeit beruhenden Asylversprechens sei hier nur angedeutet; er liegt in der Qualifikation des Begriffs der politischen Verfolgung. Am deutlichsten zeigt sich dies in den Verfassungsbestimmungen der Ostblockstaaten, wonach Asyl nur dann gewährt werden soll, wenn der Betroffene

³⁾ Die Diskussionsbeiträge jeder Tagung der ILA sind wörtlich wiedergegeben in den Berichten: Report of the fifty-second Conference, Helsinki 1966, S. 721 ff.; Report of the fifty-third Conference, Buenos Aires 1968, S. 248 ff.; Report of the fifty-fourth Conference, The Hague 1970, S. 24 ff.

⁴⁾ Vgl. dazu die Darstellung über die vor allem regional kontroversen Ansichten bei D. P. O'Connell, International Law (2. Aufl. 1970), S. 737 ff.

^{4a)} Abgedruckt unten S. 71 f.

eine Verfolgung wegen seiner Aktivitäten für den Marxismus zu gewärtigen hat⁵⁾. Hierauf ist noch zurückzukommen.

II. Überblick über den wesentlichen Inhalt des Konventionsentwurfs

Die nachfolgende Darstellung ist auf diejenigen Gesichtspunkte beschränkt, die als Hauptprinzipien von Bedeutung sind und auf die sich hier die Kritik beschränken will. Zitierte Artikel sind die des Entwurfs.

Nach Art. 1 sollen alle Staaten das Recht haben, Verfolgten und politischen Tätern Asyl zu gewähren. Hierbei soll eine Diskriminierung auf Grund von Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe und politischer Anschauung vermieden werden. Die Asylgewährung kann unterbleiben, wenn andernfalls die Sicherheit des Aufnahmestaates oder dessen öffentliches Wohl ernstlich gefährdet würde. Die Vertragsteilnehmer sollen sich dann gegenseitig Unterstützung — eventuell unter Beteiligung von internationalen Organisationen — leisten, wenn die Asylgewährung zu einer schwer zumutbaren Last für den einzelnen Staat würde. Asyl soll nicht Personen gewährt werden, die Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Menschenraub, Luftpiraterie oder Verbrechen gegen international besonders geschützte Personen begangen haben. Solche Straftäter müssen allerdings auch nicht ausgeliefert werden, wenn der Aufenthaltsstaat stellvertretend die Strafverfolgung übernimmt.

Nach Art. 2 ist der Asyl gewährende Staat berechtigt, selbständig zu entscheiden, ob eine politische Verfolgung vorliegt, die im Sinne der Konvention die Asylgewährung rechtfertigt. Wird Asyl gewährt, so sollen andere Staaten dies respektieren und nicht Maßnahmen ergreifen, die den Asyl gewährenden Staat in irgendeiner Weise einem Druck aussetzen. Die Asylgewährung soll auch vom Verfolgerstaat nicht als unfreundlicher Akt qualifiziert werden.

Die Vertragsstaaten sollen gemäß Art. 4 die politische Betätigung der betreffenden Personen so weit einschränken, daß Gewaltakte gegen andere Staaten und eine Verletzung der internationalen Ordnung verhindert werden.

⁵⁾ Vgl. die Zusammenstellung bei O. K i m m i n i c h, Bonner Kommentar (Neubearbeitung 1964) Art. 16 Rdn. 199. Als Beispiel sei der Wortlaut des dort übersetzten Art. 129 der Verfassung der UdSSR wiedergegeben: »Die UdSSR gewährt Asylrecht den Ausländern, die wegen ihrer Verteidigung der Interessen der Arbeiter oder wegen ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit oder wegen ihres Kampfes um die nationale Befreiung verfolgt werden«. Von einem Schutz gegen unmenschliche Behandlung, dem eigentlichen Ziel allen Asylrechts, ist nicht die Rede. Eingehend hierzu H. J. U i b o p u u, The Soviet Approach to the Right of Asylum, A.W.R.-Bulletin, Vierteljahresschrift für Flüchtlingsfragen, Jg. 9 (1971), S. 152 ff.

Eine Person, der nach diesen Grundsätzen Asyl gewährt werden kann, soll gemäß Art. 6 weder auf direktem noch auf indirektem Wege in den Machtbereich des Verfolgerstaates abgeschoben werden können. Das soll auch gelten, wenn das Asyl nur aus Gründen der Staatssicherheit verweigert wurde.

III. Kritische Bemerkungen zum Entwurf

1. Recht und Pflicht der Staaten zur Asylgewährung

Im Hinblick auf das Recht und die Pflicht zur Asylgewährung durch die Staaten weist der Entwurf über das bestehende Gewohnheitsrecht nicht hinaus⁶⁾. Ein Recht zur Asylgewährung ist seit langem anerkannt; eine rechtliche — nicht nur moralische — Pflicht zur Asylgewährung bestand bisher nicht, wobei auf Einschränkungen dieser Feststellung noch zurückzukommen ist, würde aber auch mit einer dem Entwurf folgenden Konvention nicht begründet, denn die Formulierung (Art. 1 b Satz 1) "The high contracting parties undertake to grant refuge in their territories . . ." sollte nach der Intention der Autoren⁷⁾ keine strikte Verbindlichkeit erzeugen, was sich auch aus der vorsichtigen Wortwahl folgern läßt. Mehr als die Feststellung der Pflicht, sich ernstlich um die Asylgewährung zu bemühen, ist nicht ersichtlich. Da die Beurteilung aller Qualifikationsfragen — z. B. ob eine politische Verfolgung vorliegt, ob eine Diskriminierung bei Verweigerung gegeben ist, ob die Staatssicherheit berührt ist und anderes mehr — dem Asyl gewährenden Staat überlassen ist (Art. 2 a), würde auch eine verbindliche Pflicht, Asyl zu gewähren, wollte man sie dem Text entnehmen, im Ergebnis zu einer Angelegenheit des freien Ermessens der Staaten; denn dabei ist noch zu berücksichtigen, daß die Entscheidung durch ein Schiedsgericht oder den Internationalen Gerichtshof zwar als Möglichkeit vorgesehen ist, die Unterwerfung unter eine solche Entscheidungsinstanz aber ebenfalls völlig freigestellt wurde (Art. 15 des Entwurfs über diplomatisches Asyl, der hier Anwendung finden soll).

Einen gewissen Fortschritt, gemessen am geltenden Gewohnheitsrecht, scheint der Entwurf insoweit zu bedeuten, als erklärt wird, daß die Asylgewährung in keinem Falle als unfreundlicher Akt qualifiziert werden darf.

⁶⁾ Dazu die Definition des Asylrechts bei L. Bolesta-Koziebrodzki, *Le Droit d'Asile* (1962), S. 24.

⁷⁾ Der Berichterstatter führte aus: "It will be noticed that, in its draft Conventions, the Committee has refrained from asserting that there is any obligation to grant asylum" (Report and Draft Conventions (1972), a.a.O. [Anm. 2], S. 3).

Aber auch hier fragt man sich, welche Rechtsfolgen eine solche Feststellung denn haben könnte. Da der unfreundliche Akt selbst noch keine Rechtsverletzung darstellt⁸⁾, sind aus seiner Begehung auch keine Unrechtsfolgen abzuleiten. Ein solcher Akt kann als »legaler Druck«, auch ohne daß es sich um Retorsion handelt, jederzeit vorgenommen werden⁹⁾. Man kann also nicht davon ausgehen, daß z. B. bei einer Asylgewährung, die als nicht angemessen erscheint, es nun unzulässig wäre, etwa die diplomatischen Beziehungen abzubrechen; denn eine solche Maßnahme, auch wenn sie ohne Reaktion auf einen unfreundlichen Akt erfolgen sollte und auch dann, wenn man sie selbst als unfreundlichen Akt ansieht, wäre noch nicht rechtswidrig, sondern stünde in dem politischen Ermessen der handelnden Regierung¹⁰⁾. Eine Änderung gerade der rechtlichen Lage bedeutet der Entwurf also auch insoweit nicht.

Bei dieser Betrachtung drängt sich die Frage auf, ob denn, rechtspolitisch gesehen, eine verbindliche Rechtspflicht der Staaten zur Gewährung von Asyl überhaupt zu erreichen wäre. Das erscheint äußerst zweifelhaft. Möglich erschiene es noch, daß Staaten im Rahmen einer relativ homogenen Regionalgemeinschaft eine Vereinbarung treffen, wonach Flüchtlinge aus anderen Regionalgemeinschaften aufgenommen werden müssen¹¹⁾. Daß Staaten sich jedoch verpflichten, politisch Verfolgte aufzunehmen, deren aktiver Kampf unter Umständen einer Rechtsordnung galt, die dem *ordre public* auch des aufnehmenden Staates entspricht, erscheint unwahrscheinlich¹²⁾. Hier liegt wohl auch der Grund dafür, daß eine realistische Beurteilung der Chancen einer Asylverpflichtung berücksichtigte, daß der Asyl gewährende Staat im Hinblick auf die Wahrung der Staatssicherheit nicht überfordert werden kann¹³⁾. Es sei daran erinnert, daß die Auslieferung politischer Flüchtlinge im Rahmen des British Commonwealth, gerade weil eine damals homogene Staatengemeinschaft gegeben war, durchaus als zulässig angese-

⁸⁾ H. Haedrich, Unfreundliche Handlung, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch Bd. 3 (1962), S. 469 f.

⁹⁾ W. Wengler, Völkerrecht Bd. 1 (1964), S. 847 f.

¹⁰⁾ G. Dahm, Völkerrecht Bd. 1 (1958), S. 355, bemerkt richtig, daß nur ein willkürlicher Abbruch der diplomatischen Beziehungen zwischen enger miteinander verbundenen Staaten einen völkerrechtlichen Ermessensmißbrauch darstellen könnte.

¹¹⁾ Die vorliegende Untersuchung will sich mit regionalem Völkerrecht nicht befassen, da gerade von der ILA eine weltweite Vereinbarung angestrebt ist; dennoch sei auf entsprechende Bestrebungen in Europa hier hingewiesen: Conseil de l'Europe, Résolution (67) 14, adoptée par les délégués des Ministres, le 29 juin 1967, Asile en faveur des personnes menacées de persécution, Annuaire Européen Bd. 15 (1967), S. 348 f.

¹²⁾ Vgl. die entsprechende Bestimmung der Verfassung der UdSSR bei Kimminich, a.a.O. (Anm. 5).

¹³⁾ Entsprechende Einschränkungen finden sich auch in der erwähnten dritten Résolution (67) 14, a.a.O. (Anm. 11), S. 350.

hen wurde¹⁴⁾. Diese Rechtslage änderte sich erst, nachdem die Mitglieder des British Commonwealth auch nach ihrer eigenen Auffassung sich im wesentlichen auf der Ebene normaler zwischenstaatlicher Beziehungen gegenüberstanden, nachdem also die sogenannten *inter se*-Beziehungen abgeschwächt waren¹⁵⁾. Für die Rechtsauffassung in der Regionalgemeinschaft des Ostblocks gibt es ebenfalls bei der bisherigen völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Lage in dieser Beziehung keine Schwierigkeiten. Wenn die Verfassungen der Ostblockstaaten Asyl ausschließlich dann zugestehen, wenn der Verfolgte als aktiver Kämpfer für den Marxismus zu qualifizieren ist, bedeutet das, daß eine gegenseitige Auslieferung bzw. Asylverweigerung im Rahmen dieser Regionalgemeinschaft stattfinden kann, wenn der Verfolgte das gemeinsame politische Ziel, nämlich den Marxismus, gerade bekämpft hat.

Abschließend zu dieser allgemeinen Betrachtung sei aber noch bemerkt, daß der Entwurf unter Umständen sogar einen Rückschritt in Bezug auf das Gewohnheitsrecht enthalten könnte. Wenn nämlich davon ausgegangen wird, daß es eine rechtsverbindliche Pflicht zur Asylgewährung bisher nicht gab und als Vertragsrecht nach dem vorliegenden Entwurf auch nicht geben soll, könnte übersehen werden, daß es faktische Lagen gibt, die durchaus eine solche rechtlich abgrenzbare Pflicht erzeugen. Es wäre nämlich denkbar, daß die Verweigerung des Asyls im Einzelfalle gleichzeitig die allgemeinen völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte verletzt¹⁶⁾. Würde der Asylsuchende bei einer Verweigerung der Aufnahme mit Sicherheit einer grausamen oder unmenschlichen Behandlung ausgesetzt und gäbe es gleichzeitig keine Rechtfertigungsgründe zur Asylverweigerung (z. B. Staatsicherheit), so könnte angesichts gegebener Zumutbarkeit eine Verletzung der Menschenrechte durch Untätigkeit vorliegen¹⁷⁾. Dieser Hinweis sei mit aller Vorsicht gegeben, denn das geltende Recht deutet eine solche Beurteilung staatlichen Verhaltens bestenfalls an. Die Schwierigkeit liegt darin, daß — wie bei der humanitären Intervention¹⁸⁾ — ein Recht zum Eingreifen eher zuerkannt wird, als eine rechtsverbindliche Pflicht. Auf diesem Grundgedanken beruht auch das Problem aller weltweiten Kollektivabkommen im Hinblick auf die Erzwingung der Teilnahme an Zwangsmaß-

¹⁴⁾ 1881, 44 & 45 Vict., c. 69.

¹⁵⁾ R. Y. Jennings, *The Commonwealth and the International Law*, British Yearbook of International Law 1953 Bd. 30 (1954), S. 320 ff.

¹⁶⁾ R. Seeger, *Das Asylrecht als Menschenrecht* (Abhandlungen zur Flüchtlingsfrage Bd. 5) (1969), S. 13: »Unmenschlichkeit kann vorliegen bei Abweisung eines Verfolgten oder von Verfolgung Bedrohten an der Grenze«.

¹⁷⁾ K. Doehring, *Asylrecht und Staatsschutz*, ZaöRV Bd. 26 (1966), S. 34.

¹⁸⁾ Dahm, *Völkerrecht* Bd. 1 (1958), S. 420 f.

nahmen¹⁹⁾. Dennoch scheint es so, als bahne sich ein solches Prinzip, nämlich eine Hilfspflicht zum Schutz der Menschenrechte, im Rahmen der Entwicklung an. Folgt man dieser Auffassung, so könnte eine Konvention, die ausschließlich ein Recht der Staaten statuiert, im Umkehrschluß als Nachweis dafür verwendet werden, daß es eine rechtliche Pflicht eben in keinem Falle gebe, was eine Gefahr für die weitere Sicherung der Menschenrechte bedeuten könnte.

2. Gründe für die Asylverweigerung

Obwohl sich, wie gezeigt, eine strikte Rechtspflicht zur Asylgewährung im konkreten Fall aus dem Entwurf der ILA nicht ergibt, werden dort Tatbestände genannt, bei deren Vorliegen Asyl nicht gewährt werden soll (Art. 1 d). Kriegerverbrecher, Verbrecher im Rahmen des Völkermordes, Verbrecher gegen die Menschlichkeit, Luftpiraten, Menschenräuber, Mörder und solche Verbrecher, deren Angriffe sich gegen eine im internationalen Recht besonders geschützte Person richten, sollen grundsätzlich kein Asyl erhalten²⁰⁾. Ihrer Übergabe an den Verfolgerstaat steht nichts entgegen; diese Übergabe braucht jedoch nicht stattzufinden, wenn der Aufenthaltsstaat die Strafverfolgung wegen dieser Taten selbst durchführt.

a) Diese Regelung erinnert an die traditionelle Attentatsklausel, wie sie sich in vielen völkerrechtlichen Auslieferungsverträgen findet. Es handelt sich aber dabei um eine im Hinblick auf die allgemeinen völkerrechtlichen Menschenrechte gefährliche Bestimmung. Das Widerstreben, derartigen Verbrechern die Inanspruchnahme von Asyl zuzugestehen, ist durchaus verständlich. Es könnte jedoch die Situation eintreten, daß ein solcher Täter im Verfolgerstaat selbst unmenschlicher Behandlung (z. B. Folterungen, Verweigerung des rechtlichen Verfahrens und anderes mehr) ausgesetzt wäre. Verweigern unter Berufung auf den vorliegenden Entwurf alle Staaten — und sie sollen es — die Aufnahme derartiger Personen, so tritt ein Rechtszustand ein, den ein Rechtsstaat in seinem eigenen Territorium nicht dulden dürfte. Unter der *rule of law* hat in einem Rechtsstaat jeder Verbrecher, auch derjenige, dessen Taten unmenschlich waren, einen Anspruch auf ordentliches Verfahren und einen Anspruch darauf, daß weder Strafverfolgung noch Strafvollstreckung die primitivsten Grundsätze der

¹⁹⁾ Im Hinblick auf die Vereinten Nationen vgl. H. H. M a h n k e, Das Problem der Einheit der Völkergemeinschaft und die Organisation der internationalen Sicherheit (1965), S. 95 ff.

²⁰⁾ Das gleiche Prinzip findet sich im Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. 7. 1951 (UNTS Bd. 189, S. 150) Art. 1 Fa; vgl. auch die Resolution der UN-Generalversammlung 1839 (XVII) vom 19. 12. 1962.

Menschlichkeit verletzen²¹⁾. Auch Verbrecher, seien ihre Taten noch so verabscheuungswürdig, sind Inhaber von Menschenrechten. Selbstverständlich sollten solche Taten nicht unverfolgt bleiben. Daher sieht auch der Entwurf eine stellvertretende Strafrechtspflege durch den Aufenthaltsstaat vor. Diese Möglichkeit steht aber gleichberechtigt neben der Asylverweigerung, was bedeutet, daß im gegebenen Fall ein Staat völlig frei gestellt sein soll, ob er den Täter unmenschlicher Behandlung überantwortet oder selbst bestraft.

Es wäre daher richtiger gewesen, in diesen Fällen nicht die Asylverweigerung völlig frei zu stellen, sondern bei Asylgewährung wegen drohender unmenschlicher Behandlung eine strikte stellvertretende Strafverfolgung zu vereinbaren, d. h. eine freie Wahlmöglichkeit nicht zuzugestehen; sie besteht ohnehin und mußte bestehen im Hinblick auf die Staatssicherheit des Aufnahmestaates, sollte aber nicht schlechthin an die Rechtsnatur des Delikts anknüpfen. Es ist nämlich auch das Folgende zu bedenken. Die genannten Tatbestände sind so weit gefaßt, daß geradezu ein Anreiz bestehen könnte, die Qualifikation im Zweifel dazu zu benutzen, den Schwierigkeiten einer eigenen Strafverfolgung aus dem Wege zu gehen, d. h. der Aufenthaltsstaat könnte, als selbständig zur Qualifikation berechtigt, sich sowohl seiner Pflicht zum Schutz der Menschenrechte als auch der Strafverfolgung entziehen. Selbstverständlich müßte und dürfte der Aufenthaltsstaat auch selbst entscheiden, ob im Verfolgerstaat unmenschliche Behandlung zu befürchten ist. Diese Frage läßt sich aber bei einem Vergleich mit dem eigenen *ordre public* leichter und klarer entscheiden.

Gegen diese Kritik und gegen diesen Vorschlag könnte eingewandt werden, daß zahlreiche Staaten, insbesondere solche des anglo-amerikanischen Rechtskreises, dem Prinzip der territorialen Begrenzung der eigenen Strafrechtspflege folgen, d. h. also Auslandstaten von Ausländern regelmäßig nicht bestrafen. In diesen Fällen, das ist zuzugeben, müßte allerdings das nationale Strafrecht geändert werden; doch ist das keine unzumutbare Forderung. Zahlreiche internationale Konventionen haben gerade als wesentlichen Inhalt die Vereinbarung, daß das nationale Recht der Vertragspartner den völkerrechtlichen Vertragspflichten anzupassen sei. Wenn es also der wesentliche Inhalt einer Pflicht zur Asylgewährung ist, die Menschenrechte zu schützen — und davon sollte doch auszugehen sein²²⁾ —, müßte diese Schwierigkeit überwunden werden können.

²¹⁾ Daher ist auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention das Verbot der unmenschlichen Behandlung oder Strafe (Art. 3) vorbehaltlos ausgesprochen und kann auch nicht im Krieg oder Staatsnotstand eingeschränkt werden (Art. 15 Abs. 2).

²²⁾ M. R. García-Mora, *International Law and Asylum as a Human Right* (1956), S. 166.

b) Dieser Betrachtung ist eine weitere Kritik an dem Entwurf anzufügen. Da dem genannten Täterkreis (Kriegsverbrecher usw.) Asyl nicht gewährt werden soll, sind diese Personen auch von dem Prinzip des *non-refoulement* ausgenommen. Während Verfolgte, denen nach Maßgabe der Konvention Asyl gewährt werden soll, weder direkt noch indirekt in den Machtbereich des Verfolgerstaates abgeschoben werden sollen²³⁾, gilt dies nach dem klaren Wortlaut des Entwurfes nicht für die von der Inanspruchnahme des Asyls ausgeschlossenen Straftäter. Droht diesen Personen in dem Verfolgerstaat selbst unmenschliche Behandlung, so können sie also nicht nur in dritte Staaten abgeschoben, sondern auch dem Verfolgerstaat ausgeliefert werden. Eine solche voraussetzungslose Auslieferung erscheint zwar dann vertretbar, wenn anders die Sicherheit des eigenen Staates nicht gewährleistet werden kann, wie es auch die Genfer Flüchtlingskonvention und das Ausländergesetz der Bundesrepublik Deutschland vorsehen²⁴⁾, jedoch ist in diesen Fällen eine Abwägung zwischen Allgemeininteresse und Individualinteresse die Entscheidungsgrundlage, während die dargestellte Regelung des Entwurfs eine Abwägung in dieser Beziehung gar nicht vorschreibt²⁵⁾.

c) Abschließend zu diesem Problemkreis sei noch eine letzte Erwägung dargelegt. Eine Asylverweigerung, wie sie durch den Entwurf z. B. für Verbrecher gegen die Menschlichkeit vorgesehen ist, kann auch nicht in Parallele gesetzt werden zu der Verwirkung des Asylrechts, wie sie z. B. im Grundgesetz (GG) der Bundesrepublik Deutschland, Art. 18, vorgesehen ist²⁶⁾. Wenn das Asylrecht wegen Mißbrauchs zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung durch das Bundesverfassungsgericht aberkannt wird, so liegt dieser Regelung der Gedanke zugrunde, daß die Staatserhaltung und also das Gemeinwohl stärker zu berücksichtigen sind

²³⁾ Es erscheint zweifelhaft, ob heute noch eine ohne Ermessensgrenze bestehende Freiheit der Staaten angenommen werden kann, wie sie R. P. Sinha (Asylum and International Law [1971], S. 159) behauptet, wenn es dort heißt — wenn auch mit gewissen Einschränkungen —: "However, states enjoy a complete freedom as to the grounds for expelling an alien. Therefore, they are under no duty of non-refoulement".

²⁴⁾ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. 7. 1951, a.a.O. (Anm. 20) Art. 33 Abs. 2; abgedruckt ZaöRV Bd. 14, S. 479 ff.; Ausländergesetz vom 28. 4. 1965, BGBl. I, S. 353, § 14 Abs. 1.

²⁵⁾ Der Vorschlag, der zusammen mit dem High Commissioner for Refugees der UN von der sog. Bellagio-Gruppe ausgearbeitet wurde (United Nations Economic and Social Council, Dist. General, E/5138/Add. 1, 12. 7. 1972), will offenbar auch bei Gefährdung der Staatssicherheit das Prinzip des *non-refoulement* aufrechterhalten.

²⁶⁾ Art. 18: »Wer ... das Asylrecht (Artikel 16 Absatz 2) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte ...«.

als das Individualinteresse des Ausländers am Asyl²⁷). Es wäre also falsch zu folgern, die Entstehung eines Asylrechts für Verbrecher gegen die Menschlichkeit wäre — unmenschliche Behandlung im Verfolgerstaat unterstellt — schon wegen des vorausgegangenen Verhaltens des betreffenden Verbrechers ausgeschlossen. Die Staatssicherheit als das Schutzobjekt der Verwirkung nach dem Grundgesetz müßte noch nicht schlechthin wegen der Art der vorgeworfenen Straftat gefährdet sein, sondern diese Lage bedarf der gesonderten Feststellung, nämlich des Mißbrauchs des gewährten Asyls zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Ordnung. Durchaus zulässig und geboten erscheint es zwar, den genannten Mißbrauch als eine Gefährdung des Staates zu präsumieren. Der Entwurf der ILA fordert aber eine ähnliche Feststellung nicht einmal; vielmehr gestattet er uneingeschränkt die Asylverweigerung bei bestimmten Straftaten trotz drohender unmenschlicher Behandlung im Verfolgerstaat, macht dann aber für die Asylverweigerung aus Staatssicherheitsgründen, außerhalb jener bestimmten Taten, die Einschränkung, daß auch dann nicht in den Verfolgerstaat ausgewiesen oder ausgeliefert werden darf. Eine Abwägung zwischen Allgemeininteresse und Individualinteresse, die allein die Asylverweigerung rechtfertigen soll, ist also in dem Entwurf völlig unangemessen vorgenommen.

3. Die Rechtsstellung des Asylsuchenden

Der Entwurf, der eine rechtsverbindliche Pflicht der Staaten zur Asylgewährung — wie gezeigt — nicht enthält, konnte und wollte auch kein Individualrecht auf Asylgewährung vorsehen. Weder ist ihm eine Pflicht der Staaten zu entnehmen, in die nationale Rechtsordnung ein subjektives Recht auf Asyl aufzunehmen, noch würde der Abschluß einer Konvention *per se* ein Individualrecht begründen. Auf die gerade im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention so eingehend diskutierte Streitfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen völkerrechtliche Verträge auch völkerrechtliche Individualansprüche unmittelbar erzeugen können²⁸), kommt es hier also nicht an und auch nicht auf die Frage, wie die völkerrechtliche Forderung auf Einräumung eines subjektiven Rechts in das innerstaatliche Recht zu überführen wäre.

²⁷) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar (Bearbeitung 1964) zu Art. 18 Rdn. 1: »Die ungewöhnliche Aussagekraft des Art. 18 besteht darin, daß der Freiheitswert als solcher letztlich nur verfassungsrechtlich zu sichern und zu realisieren ist, wenn Abstriche bei der individuellen und konkreten Grundrechtsausübung gemacht werden«.

²⁸) Dazu die Vorträge und Diskussionen des Zweiten Internationalen Kolloquiums über die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht (1967), die diese Themen besonders berücksichtigen.

Für die Rechtsstellung des Individuums im Hinblick auf einen eigenen Anspruch würde sich also mit dem Abschluß einer dem Entwurf folgenden Konvention nichts ändern. Es wäre weiterhin dem jeweiligen nationalen Recht zu entnehmen, ob der Verfolgte ein materielles Recht auf Asyl geltend machen und ob er ein solches Recht gegebenenfalls durchsetzen kann. Da der Entwurf den Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen zur Beratung vorgelegt wird und eine Übernahme ohne Änderung ohnehin nicht erwartet wird, sollen die folgenden Erwägungen als entsprechende Anregung aufgefaßt werden.

Selbst wenn eine Rechtspflicht der Staaten zur Asylgewährung hergestellt würde, wäre doch der Schutz des Verfolgten letztlich von den Garantien nur des innerstaatlichen Rechts abhängig²⁹⁾. Denn würde im konkreten Fall von der um Aufnahme ersuchten Staatsgewalt ein Sachverhalt nicht als »Verfolgung« qualifiziert, obwohl dies nach dem Sinn der Konvention hätte geschehen sollen, wäre eine Korrektur solchen Verhaltens durch das Individuum nur dann erzwingbar, wenn ihm Zugang zu einer weiteren Instanz eröffnet wäre. Dies wiederum hinge davon ab, ob der Verfolgte sich auf einen nationalen Rechtssatz berufen könnte und ob gegebenenfalls ein solches Recht verfassungsmäßig gesichert wäre.

Es scheint derzeit so, als würde man die Mehrzahl der bestehenden Staaten überfordern, wenn man erwartete, es würde die Verpflichtung zur Erteilung eines subjektiven Rechts auf Asyl durch das jeweilige innerstaatliche Recht vereinbart werden können. Das Beispiel der Bundesrepublik Deutschland auf diesem Gebiet hätte wohl keine Chance auf Befolgung. Nach Art. 16 GG besteht — jedenfalls nach nahezu unwidersprochener Auslegung³⁰⁾ — ein einklagbares subjektives Recht auf Asylgewährung, wobei ein Ermessensspielraum für die Staatsgewalt nicht angenommen wird, denn der Begriff der politischen Verfolgung wird als (unbestimmter) Rechtsbegriff angesehen, der jedenfalls rechtstheoretisch nur eine eindeutige Entscheidung zuläßt. Den durchaus erkannten Gefahren einer schrankenlosen und dadurch möglicherweise die Allgemeinheit gefährdenden Asylgewährung wird dadurch begegnet, daß sogenannte immanente Schranken durch Auslegung der Norm selbst angenommen oder aber dem Asylrecht die allen Grundrechten — denn ein solches stellt diese Vorschrift dar — gemeinsame Begrenzung durch Beachtung überwiegender Allgemeininteressen entgegengesetzt

²⁹⁾ So wohl auch O. Kimmich, *Asylrecht* (1968), S. 53.

³⁰⁾ So schon v. Mangoldt-Klein, *Das Bonner Grundgesetz Bd. 1* (1957), S. 503, trotz nicht völlig eindeutigen Wortlautes des GG (»Politisch Verfolgte genießen Asylrecht«).

wird³¹⁾. Man kann durchaus den Standpunkt vertreten, daß dieses System im Ergebnis doch der Einräumung eines Ermessensspielraums gleichzusetzen ist. Nur die Frage wird noch entscheidend, wer in letzter Instanz über Qualifikation, Rechtsbegriff und Grenzen des Rechts zu befinden hat. Gemäß Art. 19 Abs. 4 GG ist das Sache der unabhängigen Gerichtsbarkeit. Dieses System zur Übernahme zu empfehlen, scheint wenig aussichtsreich, da es, bei aller durchaus vorhandenen Flexibilität, doch für viele Rechtssysteme fremder Staaten als die Staatsgewalt zu stark bindend empfunden würde³²⁾. Schon die Einordnung des Asylrechts in die verfassungsmäßig verbürgten Grundrechte, mit Vorrang also vor dem Gesetzesrecht, scheint für viele Rechtsordnungen kaum akzeptabel, was hier nicht näher erläutert werden soll.

Aussichtsreicher wäre aber vielleicht der folgende Vorschlag. Eine Konvention über das Asylrecht könnte die Teilnehmer verpflichten, in das jeweilige innerstaatliche Recht eine gesetzliche Vorschrift aufzunehmen, wonach Asylsuchenden ein Anspruch auf die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens durch die Staatsgewalt zuerkannt wird. Die nationale Exekutive hätte dann in relativer Freiheit abzuwägen, ob wirklich Allgemeinbelange die Versagung des Asyls zu rechtfertigen vermögen. Eine solche Entscheidung wäre mit Gründen zu versehen, denn zu fordern wäre weiter, daß ein unabhängiges Gericht bei Ermessensmißbrauch angerufen werden könnte. Eine solche staatliche Verpflichtung erschiene zumutbar, denn die Staatsgewalt wäre in ihrer Handlungsfähigkeit nicht strikt gebunden, sondern nur im Hinblick auf Mißbrauch oder Untätigkeit kontrolliert. Auch diejenigen Staaten, die bisher eine derartige Entscheidung der Exekutive als *acte de gouvernement*, als *act of State* oder aus anderen Gründen für nicht justitiabel ansehen, könnten sich doch damit einverstanden erklären, daß so jedenfalls Willkür bei der Asylverweigerung geltend gemacht werden kann, was in vielen Rechtssystemen bisher nicht erreichbar war. Die Rechtsstellung des Verfolgten würde so entscheidend gesichert, auch wenn ein subjektives Recht auf Asylgewährung nicht bestünde, sondern nur ein durchsetzbarer Anspruch auf fehlerfreie Entscheidung. Dieses System wäre ein Mittelweg zwischen strikter Ablehnung eines subjektiven Rechts auf Asyl und Zuerken-

³¹⁾ Maunz-Dürig, a.a.O. (Anm. 27) (Bearbeitung von 1968) zu Art. 16 Rdn. 47 mit Verweis auf die Rechtsprechung; vgl. auch Doehring, Asylrecht, a.a.O. (Anm. 17), S. 36 ff.

³²⁾ Obwohl durchaus auch festgestellt werden kann, daß die Gerichtskontrolle in diesen Fällen, z. B. bei Auslieferungsfragen, im Zunehmen begriffen ist (vgl. dazu I. A. Shearer, Extradition in International Law [1971], S. 194 ff.).

nung eines strikten Grundrechts; es wäre, jedenfalls im Hinblick auf eine völkerrechtliche Verpflichtung, ein bescheidener, aber meßbarer Fortschritt.

4. Politische Betätigung und Asylrecht

Wesentlich für das Verhalten asylberechtigter Personen im Aufenthaltsstaat erschien den Autoren des Entwurfs offenbar eine Regelung über die Begrenzung der politischen Tätigkeit zu sein (Art. 4). Diese Absicht ist verständlich, da bei unbegrenzter politischer Aktivität erhebliche Störungen des guten Einvernehmens gerade zwischen denjenigen Staaten zu befürchten sind, die sich zur Asylgewährung im Rahmen vertraglicher Gegenseitigkeit verpflichten. Die Teilnehmer an der Konvention sollen daher

„... restrict the political activities of asylees to the extent necessary to prevent them from inciting or resorting to the use of force or violence against any State as well as offences against international order“.

In einer früheren Fassung des Entwurfs war diese Bestimmung weitergehend vorgeschlagen, d. h. nicht nur diejenige Aktivität sollte eingeschränkt werden können, die zur Gewaltanwendung und Völkerrechtswidrigkeit führen könnte³³⁾.

Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts stehen der Einschränkung der politischen Tätigkeit, wie der Entwurf sie vorsieht, nicht entgegen; diese Einschränkung folgt im Gegenteil einer modernen völkerrechtspolitischen Tendenz, wonach auch das Individuum die internationale Rechtsordnung beachten sollte. Auch die Rechtsordnungen wohl der Mehrzahl der Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft lassen diese Einschränkungen zu oder fordern sie gar. Als Beispiel mag das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland dienen, das in der Garantie der Grundrechte auch für Fremde besonders weit geht³⁴⁾.

Nach Art. 5 GG besteht das Recht zur freien Meinungsäußerung für »jeden«, also auch für den Fremden, hier den Asylberechtigten. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift sind jedoch Einschränkungen auf Grund allgemeiner Gesetze zulässig, wenn überwiegende Belange des Staates und also der Allgemeinheit sonst gefährdet würden. Das deutsche Ausländergesetz von 1965, das eine Beschränkung der politischen Tätigkeit von Fremden zuläßt, ist als

³³⁾ Vgl. dazu die Fassung, wie sie noch 1968 vorgeschlagen wurde (Report of the fifty-third conference, Buenos Aires 1968, S. 276).

³⁴⁾ Von insgesamt 23 (aus Gründen der wechselnden Verfassungsauslegung muß die Zahl unbestimmt bleiben) Grundrechtsartikeln oder anderen mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzbaren Individualrechten sind nur etwa 6 auf deutsche Staatsangehörige beschränkt.

allgemeines Gesetz in diesem Sinne anzusehen, denn es richtet sich nicht gegen eine bestimmte Meinungsäußerung, und es diskriminiert auch nicht einen bestimmten Personenkreis. Denn einmal gilt es für alle Fremden, zum anderen läßt der Gleichheitssatz des Art. 3 GG eine Differenzierung zwischen Staatsbürgern und Fremden zu, da die Fremdeneigenschaft als sachlicher Unterscheidungsgrund anzusehen und von der Rechtsprechung auch anerkannt ist³⁵⁾. In sehr vielen Staaten dürfte es noch weniger Schwierigkeiten bereiten, Einschränkungen dieser Art vorzusehen, da weitgehend nicht alle verfassungsmäßigen Grundrechte fremden Staatsangehörigen zuerkannt sind³⁶⁾, sondern viele Freiheitsrechte den Staatsbürgern vorbehalten bleiben, was selbstverständlich nicht bedeutet, daß Fremde schrankenlos diskriminiert werden dürfen. Es kann also festgestellt werden, daß die Regelung über die politische Betätigung von Fremden, wie sie sich in dem Entwurf findet, weder aus der Sicht des Völkerrechts noch des innerstaatlichen Rechts bedenklich erscheint, sondern im Gegenteil recht abgewogen vorgenommen wurde.

Schlußbetrachtung

Wie schon bemerkt, geht der hier kritisierte Entwurf einer Konvention über das Asylrecht in seiner Grundkonzeption nicht über das bestehende Gewohnheitsrecht hinaus. Das scheint auch ein Merkmal vieler Konventionsentwürfe der neueren Zeit zu sein, denen daher im wesentlichen Kodifikationscharakter zukommt. Speziell zum Asylrecht ist aber festzustellen, daß eine Regelung *de lege ferenda* hätte stärker auf die humanitären Zielsetzungen Rücksicht nehmen können, insbesondere auf den Schutz vor unmenschlicher Behandlung, wobei dennoch nicht nur die schutzwürdigen, sondern auch die des Schutzes wirklich und noch bedürftigen Belange der Staaten hätten berücksichtigt werden können. Dieser Zustand wäre dadurch zu erreichen gewesen, daß man eine Verpflichtung der Teilnehmer an der Konvention vorgeschlagen hätte, wonach in das jeweilige innerstaatliche Recht

³⁵⁾ So schon BVerwG 10. 4. 1956, BVerwGE 3; auch Ch. Tomuschat, Zur politischen Betätigung des Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland, Völkerrecht und Außenpolitik Nr. 4 (1968), kommt bei anderer Interpretation des Grundgesetzes doch zu einem wohl gleichen Ergebnis.

³⁶⁾ Eine vergleichende Zusammenstellung der Verfassungen im Hinblick auf die Zuerkennung von Grundrechten nur für Staatsbürger oder auch für Fremde bei K. Doehring, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 39) (1963), S. 100.

Individualanspruch auf fehlerfreies Ermessen und Gerichtsschutz gegen Willkür aufzunehmen wäre. Das Asylrecht soll in erster Linie den Verfolgten vor unmenschlicher Behandlung schützen, was es jedoch nur vermag, wenn der Schützende, der Staat, sich selbst in einer Art sichert, die seine Schutzfunktionen erhält und nicht zerstört.

Summary

The Draft Convention of the International Law Association on the Granting of Territorial Asylum

The draft convention on territorial asylum of the International Law Association, as criticized by this article, does, in its fundamental conception, not go beyond the already existing international customary law. This seems, however, to be a characteristic feature of many conventions in our time; they then may present rather a kind of codification than an advance in the development creating new rules. Regarding the concrete proposal of the International Law Association we have before us one may regret that it does not sufficiently take into consideration the humanitarian aims of asylum, especially the protection against inhuman treatment to which even the most serious criminals should be entitled. Since the draft recommends not to grant asylum to war criminals and other offenders of this character, it did not — but should — make exceptions for such criminals who could be under the threat of inhuman persecution themselves. Of course, such a humanitarian approach should not overlook the interests of all States to be protected against such offenders. Therefore a strict obligation to punish an asylee of this kind instead of extradite him could fulfill this requirement.

A further consideration may here be added. The creation of an individual right of asylum is not envisaged by the draft, so that, as it has been until now, only the respective national legal order does or does not furnish such a right. Nevertheless, since the persecuted individual cannot assert itself the protection of international law, and since it could, if ever, have standing only before national courts, an obligation of the States exercising their discretion to abstain from arbitrary decisions in matters of asylum and an obligation of the States to grant access to the courts for purposes of controlling abuse of such a discretion would be a step forward to protect refugees. This way neither the legitimate interest of the State not to be under a too rigorous duty nor the interest of the individual not to be ultimately unprotected are disregarded. A State which by a too extensive humanitarian practice would be endangered in its own existence would then, on the other hand, also be unable to protect persecuted individuals. The humanitarian goal of the right of asylum requires the strengthening of the position of the persecuted individual without endangering the legal system of the protecting State.

Karl Doehring

Anhang

Draft Convention on Territorial Asylum (Revised) *)

Article 1. (a) All States shall have a right to grant asylum to all victims of persecution and to political offenders.

(b) The High Contracting Parties undertake to grant refuge in their territories to all those who are seeking asylum from persecution on grounds of race, religion, nationality, membership of a particular social group, which shall be understood to include any regional or linguistic group, or adherence to a particular political opinion. Refuge shall not, however, be granted to any applicant concerning whom there are reasonable grounds for regarding him as a danger to the security of the asylum-granting country or to the safety and welfare of the community of that country.

(c) The High Contracting Parties undertake to engage in immediate negotiations, making use of the existing international bodies having competence in such matters, in order to assist the State of refuge in carrying out any burdens that may be occasioned by the grant of refuge.

(d) Asylum shall not be granted to persons in the case of whom there are serious reasons for considering that they have committed crimes against international order such as genocide, war crimes, crimes against humanity, aerial hijacking, or kidnapping, murder or other assault against a person to whom a High Contracting Party has the duty according to international law to give special protection, or any attempt to commit such an offence with regard to such a person, whether such offences are committed during times of peace or armed conflict. States from whom asylum has been sought in such instances may, instead of surrendering the offender, proceed against him in accordance with their own criminal law. In such cases, the offender need not be surrendered after he has completed his sentence.

(e) Persons accused of common law crimes, particularly those of a heinous character, shall not 'prima facie' be entitled to asylum. They shall, however, be entitled to prove that the commission of the crime was sufficiently incidental to political activities to warrant it being treated as a mixed offence.

(f) Nothing in this Convention shall exempt an offender who has committed a common law crime from prosecution.

Article 2. (a) Qualification of the grounds for granting asylum or refuge appertains to the asylum-granting State.

(b) Asylum when granted shall be respected by all other States, and no State shall attempt to terminate the asylum by pressure or any activity contrary to international order.

(c) In no circumstances shall the grant of asylum constitute an unfriendly act by the asylum-granting State as against the State from which the asylee has fled.

*) International Law Association, New York Conference (1972), p. 12 ss.

Article 3. A grant of asylum does not imply any right of permanent immigration.

Article 4. The High Contracting Parties shall restrict the political activities of asylees to the extent necessary to prevent them from inciting or resorting to the use of force or violence against any State as well as offences against international order.

Article 5. In the event of asylum being granted, particularly to a number of asylees, the asylum-granting State shall take all feasible steps to ensure that the asylees reside at a reasonable distance from the border of the State of flight.

Article 6. (a) No person to whom asylum may be granted under this Convention shall be subjected by a High Contracting Party to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion, or extradition which would compel him to return directly or indirectly to, or remain in a territory where he would be subjected to prosecution or punishment for a political offence, or where he would be in danger of persecution for the reasons stated in Article 1 (b).

(b) If asylum is denied to an applicant because there are reasonable grounds for regarding him as a danger to the security of the country or the safety and welfare of its community, the applicant shall not be returned to any country in which he may be prosecuted for a political offence or where he would be in danger of persecution for the reasons stated in Article 1 (b).

Article 7. If an applicant for asylum contends that he is likely to be charged with a political offence or persecuted for the reasons stated in Article 1 (b), he shall not be returned to the country from which he has fled until the authorities of the country to which he has come have examined these allegations and decided that they are unfounded.