

# Drohende Folterung als Asylgrund und Grenze für Auslieferung und Ausweisung

*Jochen Abr. Frowein\* und Rolf Kühner\*\**

## Inhaltsübersicht

### Einleitung und Problemstellung

#### I. Das Verbot der Folter im Völkerrecht

1. Historische Entwicklung und derzeitiger Stand
2. Die Definition der Folter
3. Folterverbot und Völkerstrafrecht
4. Ergebnis

#### II. Folterverbot und völkerrechtliches Fremdenrecht

1. Asylrecht
2. Das Prinzip des non-refoulement im engeren Sinne
3. Schutz vor Ausweisung, Abschiebung und Auslieferung in den Verfolgerstaat (Prinzip des non-refoulement im weiteren Sinne)
4. Ergebnis

#### III. Folgerungen für das Ausländerrecht der Bundesrepublik Deutschland

1. Die Transformation des völkerrechtlichen Folterverbots als zwingende Schranke der Auslieferungs- bzw. Ausweisungsfreiheit in innerstaatliches Recht
2. Exkurs: Die Auslegung des Ausländerrechts im Hinblick auf das Gebot zur Achtung der Menschenwürde des Art.1 GG
  - a) Art.16 Abs.2 GG
  - b) Einfachgesetzliche Regelungen
    - aa) Für die Ausweisung – bb) Für die Abschiebung – cc) Für die Auslieferung
3. Ergebnis

---

\* Dr.iur., M.C.L., Direktor am Institut, Professor an der Universität Heidelberg.

\*\* Assessor, wissenschaftlicher Referent am Institut.

*Einleitung und Problemstellung\*\*\**

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird in Asylverfahren zunehmend mit der Frage konfrontiert, ob erlittene oder zu erwartende Folterungen eine »politische Verfolgung« im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes (GG) darstellen<sup>1</sup>. Der hessische und der baden-württembergische Verwaltungsgerichtshof haben im Ergebnis übereinstimmend bejaht, daß Folterungen die Menschenwürde verletzen. Gleichwohl sind Folterungen nach Meinung dieser Gerichte nicht in jedem Fall als »politische Verfolgung« im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG anzusehen. Auch bei derartigen Rechtsgutverletzungen komme es entscheidend darauf an, ob die Motive des verfolgenden Staates politischer Natur seien. Das OVG Saarlouis hat demgegenüber entschieden, daß sich auf eine politische Motivation schließen lasse, »wenn sich eine gehäufte und intensivere Anwendung von Foltermethoden gerade gegenüber bestimmten Personengruppen, z. B. gegenüber Kurden, oder Personen mit bestimmter politischer Überzeugung, z. B. gegenüber Anhängern linksorientierter Gewerkschaften oder Parteien, feststellen läßt«<sup>2</sup>. Das VG Stade hat entschieden, Festnahme und Inhaftierung in der Türkei seien asylrelevante Strafverfolgungsmaßnahmen, weil sie regelmäßig mit Folterungen des Verdächtigten verbunden

---

\*\*\* Die nachfolgende Abhandlung ist in weiten Teilen mit einem Rechtsgutachten identisch, das die Verfasser am 28.3.1983 für den Hohen Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen, Zweigstelle Zirndorf, erstattet haben.

Abkürzungen: AMRK = Amerikanische Menschenrechtskonvention; AuslG = Ausländergesetz; AVR = Archiv des Völkerrechts; BayVBl. = Bayerische Verwaltungsblätter; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); DÖV = Die Öffentliche Verwaltung; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; ECHR = European Convention on Human Rights; EGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EKMR = Europäische Kommission zum Schutze der Menschenrechte; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; IRG = Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen; OVG = Oberverwaltungsgericht; VG = Verwaltungsgericht; VGH = Verwaltungsgerichtshof; WVK = Wiener Vertragsrechtskonvention; Yb.ECHR = Yearbook of the ECHR; ZRP = Zeitschrift für Rechtspolitik; ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

<sup>1</sup> Vgl. VGH Kassel, Urteil vom 20.11.1981, I OE 676/81, InfAuslR 1982, S.98 ff.; VGH Mannheim, Beschluß vom 27.5.1982, A 13 S 641/81, InfAuslR 1982, S.255 ff.; OVG Saarlouis, Urteil vom 16.6.1982, 3 R 193/81, InfAuslR 1982, S.306 ff.; VG Stade, Urteil vom 2.12.1981, 4 VGA 360/81, InfAuslR 1982, S.48 ff.; VG Stade, Urteil vom 5.3.1982, 4 VG A 615/81, InfAuslR 1982, S.209 f.; VG Hamburg, Urteil vom 4.12.1981, 14 VG A 1273/80, InfAuslR 1982, S.101 ff. Siehe jetzt auch BVerwG vom 17.5.1983 (9C36.83 und 9C874.82).

<sup>2</sup> InfAuslR 1982, S.307.

seien<sup>3</sup>. Das VG Hamburg hat das einem aktiv für Autonomiebestrebungen eintretenden Kurden bei seiner Rückkehr in die Türkei drohende Strafverfahren als politische Verfolgung angesehen, weil es wegen des Einsatzes von Folter als Mittel der Aufklärung rechtsstaatlichen Anforderungen an ein Strafverfahren nicht genüge und die Menschenwürde verletze<sup>4</sup>.

Die in diesen Entscheidungen angesprochene Problematik soll im folgenden aus der Sicht des Völkerrechts untersucht werden. Hierzu wird zunächst der derzeitige Stand des völkerrechtlichen Folterverbots analysiert (I). Danach sollen dessen Auswirkungen auf das Fremdenrecht (II) und das Ausländerrecht der Bundesrepublik Deutschland (III) dargestellt werden.

### *I. Das Verbot der Folter im Völkerrecht*

#### 1. Historische Entwicklung und derzeitiger Stand

Nach klassischem Völkerrecht konnten die Staaten ihre eigenen Staatsangehörigen, ebenso wie die Staatenlosen, grundsätzlich nach ihrem eigenen Ermessen behandeln<sup>5</sup>. Die Erkenntnis, »daß dem Menschen auch gegenüber der eigenen öffentlichen Gewalt eine völkerrechtlich erhebliche Stellung zukommt«<sup>6</sup>, gewann erst in diesem Jahrhundert Bedeutung.

Anstrengungen, auf völkerrechtlicher Ebene ein Verbot der Folter zu verankern, wurden zuerst im Bereich des humanitären Kriegsvölkerrechts unternommen<sup>7</sup>. Sie manifestierten sich zunächst in Art.4 der Haager Landkriegsordnung<sup>8</sup>, der vorsieht, daß Kriegsgefangene mit Menschlichkeit behandelt werden sollen. Hieraus entwickelte sich in der Folgezeit auf der Grundlage der Gegenseitigkeit das gewohnheitsrechtliche Verbot der Folter von Kriegsgefangenen<sup>9</sup>, das 1949 Aufnahme in die vier Genfer Rotkreuzabkommen fand<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> Urteil vom 2.12.1981, *ibid.*, S.49.

<sup>4</sup> InfAuslR 1982, S.101/102.

<sup>5</sup> A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (2.Aufl.1981), S.583.

<sup>6</sup> H. Mosler, *Völkerrecht als Rechtsordnung*, ZaöRV 36 (1976), S.6ff. (31).

<sup>7</sup> Vgl. O. Triffterer, *Das »Folterverbot« im nationalen und internationalen Recht – Anspruch und Wirklichkeit*, in: *Folter – Stellungnahmen, Analysen, Vorschläge zur Abschaffung* (1976), S.125ff. (126).

<sup>8</sup> *Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs*, Anlage zum IV. Haager Abkommen vom 18.10.1907 abgedruckt in: F. Berber, *Völkerrecht, Dokumentensammlung*, Bd.2: *Konfliktrecht* (1967), S.1896ff.

<sup>9</sup> Vgl. Triffterer (Anm.7), S.126 dort Anm.5.

<sup>10</sup> Abkommen I–IV, Art.3; Abkommen I und II, Art.12; Abkommen III, Art.13 und 17; Abkommen IV, Art.32.

Nach dem zweiten Weltkrieg wurden auf regionaler und universaler Ebene Anstrengungen unternommen, völkervertragsrechtliche Instrumente zum Schutz des Individuums zu schaffen. Erste Erfolge zeigten diese Bemühungen mit der Anerkennung der Menschenrechte in der Charta der Vereinten Nationen und der Verabschiedung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948<sup>11</sup>. Diese Erklärung setzte zwar ursprünglich kein völkerrechtlich unmittelbar verbindliches Recht, wird aber heute gleichwohl als rechtlich erheblich<sup>12</sup>, wenn nicht sogar als völkerrechtlich verbindlich<sup>13</sup> angesehen.

Art. 5 dieser Erklärung bestimmt: »Niemand darf der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden«. Ein ähnlich formuliertes Verbot der Folter enthalten Art. 26 der im gleichen Jahr verabschiedeten amerikanischen Erklärung der Rechte und Pflichten des Menschen<sup>14</sup> und Art. 5 der "Declaration of the Citizens' Rights in the Arab States and Countries"<sup>15</sup>.

Das Folterverbot ist ferner Bestandteil der wichtigsten universalen und regionalen Menschenrechtsverträge. Es findet sich in Art. 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte der Vereinten Nationen vom 19. Dezember 1966<sup>16</sup>, in Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950<sup>17</sup>, in Art. 5 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention vom 22. November 1969<sup>18</sup> und in Art. 5 der "African Charter on Human and Peoples' Rights"<sup>19</sup>.

Einige dieser Verträge sehen für Kriegs- und andere Notstandsfälle die Möglichkeit vor, die in ihnen garantierten Menschenrechte einzuschrän-

<sup>11</sup> UN/A Res. 217 (III).

<sup>12</sup> Vgl. etwa J. Abr. Frowein, Die Verpflichtungen erga omnes im Völkerrecht und ihre Durchsetzung, in: Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler (1983), S. 241.

<sup>13</sup> So Verdross/Simma (Anm. 5), S. 600, unter Hinweis auf das *Namibia*-Gutachten des Internationalen Gerichtshofs, ICJ Reports 1971, S. 57, das alle Diskriminierungen von Rasse, Farbe und Abstammung als "flagrant violation of the purposes and principles of the Charter" erkläre und damit deren Ziele und Grundsätze als rechtsverbindlich anerkenne.

<sup>14</sup> Abgedruckt in: I. Brownlie, Basic Documents on Human Rights (2. Aufl. 1981), S. 381.

<sup>15</sup> Vgl. Amnesty International, Report on Torture (2. Aufl. 1975), S. 38.

<sup>16</sup> BGBl. 1973 II, S. 1534.

<sup>17</sup> BGBl. 1952 II, S. 686.

<sup>18</sup> EuGRZ 1980, S. 435.

<sup>19</sup> OAU Doc. CAB/LEG/67/3 Rev. 5 (noch nicht in Kraft).

<sup>20</sup> Art. 15 Abs. 1 EMRK; Art. 4 Abs. 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; Art. 27 Abs. 1 AMRK.

ken<sup>20</sup>. Das Verbot der Folter ist jedoch in allen Abkommen von dieser Möglichkeit ausdrücklich ausgeschlossen. Die Vertragsbestimmungen, welche die Folter verbieten, sind notstandsfest<sup>21</sup>. Hierdurch wird erkennbar, welche hervorragende Bedeutung dem Folterverbot beigemessen wird.

Neben das vertragliche Verbot der Folter traten in der Vergangenheit eine stattliche Zahl von einstimmig angenommenen Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen<sup>22</sup>. Die wichtigste dieser Resolutionen, die Resolution 3452 (XXX) vom 9. Dezember 1976, enthält eine Erklärung über den Schutz vor Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung<sup>23</sup>.

Am 8. Dezember 1977 forderte die Generalversammlung der Vereinten Nationen die Menschenrechtskommission des Wirtschafts- und Sozialrats auf, einen Entwurf für eine Konvention über das Verbot der Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe auszuarbeiten<sup>24</sup>. Eine Arbeitsgruppe der Menschenrechtskommission beschäftigt sich derzeit mit einem entsprechenden Entwurf<sup>25</sup>, der auf einem Konventionsentwurf Schwedens basiert<sup>26</sup>.

Die intensive vertragsrechtliche Verankerung des Folterverbots, seine wiederholte Bekräftigung in Resolutionen und Erklärungen der Vereinten Nationen, die Tatsache, daß kein mit einem Foltervorwurf konfrontierter Staat sich auf das Recht beruft, foltern zu dürfen, und das in den meisten Rechtsordnungen verfassungs- oder einfachrechtlich normierte Folterverbot lassen erkennen, daß eine allgemeine Rechtsüberzeugung existiert,

---

<sup>21</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 2 EMRK; Art. 4 Abs. 2 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; Art. 27 Abs. 2 AMRK.

<sup>22</sup> Vgl. im einzelnen die Zusammenstellung bei M. Ch. Bassiouni, An Appraisal of Torture in International Law and Practice: The Need for an International Convention for the Prevention and Suppression of Torture, *Revue Internationale de Droit Pénal* 48 (1977) Nr. 3 und 4, S. 17 ff. (74-76 und 215 ff.).

<sup>23</sup> Deutsche Übersetzung in: B. Simma/ U. Fastenrath, *Menschenrechte. Ihr internationaler Schutz* (1979), S. 186 f.

<sup>24</sup> UN Res. 32/62.

<sup>25</sup> Vgl. UN Doc. E/CN.4/1367, 1409 und 1493. Zum derzeitigen Stand der Arbeiten vgl. S. Trechsel, Probleme und aktueller Stand der Bemühungen um eine UN-Konvention gegen die Folter, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 33 (1982), S. 245 ff.

<sup>26</sup> Vgl. UN Doc. E/CN.4/1285. Erwähnenswert sind ferner die Entwürfe der Internationalen Vereinigung für Strafrecht (Anm. 22) und ein privater schweizerischer Entwurf. Diese drei Entwürfe wurden 1978 auf einer Expertentagung ausführlich diskutiert; vgl. hierzu A. Riklin (Hrsg.), *Internationale Konventionen gegen die Folter* (Schriftenreihe der Schweizerischen Gesellschaft für Außenpolitik, Bd. 6) (1979).

nach der die Folter verboten ist. Die Aufnahme des Folterverbots in die völkerrechtlichen Abkommen zum Schutz der Menschenrechte ist Ausdruck dieser allgemeinen Rechtsüberzeugung.

Der United States Court of Appeals for the Second Circuit hat in einer vielbeachteten Entscheidung vom 30. Juni 1980 festgestellt, daß Folterungen durch staatliche Organe auch dann völkerrechtswidrig sind, wenn sie gegenüber eigenen Staatsangehörigen verübt werden<sup>27</sup>. Das Gericht bejahte daher die Zuständigkeit der Zivilgerichte der Vereinigten Staaten für eine zivilrechtliche Schadenersatzklage gegen einen paraguayischen Polizeioffizier, der sich zum Zeitpunkt der Klageerhebung mit einem abgelaufenen Touristenvisum in New York aufhielt.

Die Kläger, Vater und Schwester eines siebzehnjährigen Paraguayers, hatten zur Begründung der Klage geltend gemacht, der Beklagte sei an Folterungen und der anschließenden Tötung des Jungen beteiligt gewesen. Mit dieser Entscheidung hat erstmals ein Gericht seine zivilprozessuale Zuständigkeit für eine Schadenersatzklage eines Ausländers gegen einen Ausländer wegen im Ausland begangener Folterungen bejaht. Das Gericht betonte, daß der Folterer, wie vor ihm der Pirat und der Sklavenhalter, *hostis humani generis*, ein Feind des Menschen schlechthin, sei. Das Department of State hatte in einem ausführlichen Memorandum die These des Klägers, daß Folterungen völkerrechtswidrig seien, unterstützt<sup>28</sup>. Diese Entscheidung belegt, daß das Folterverbot heute nicht mehr zur Disposition der einzelnen Staaten steht. Der Schutz vor Folter ist ein grundlegendes Menschenrecht, das zu beachten alle Staaten völkergewohnheitsrechtlich verpflichtet sind<sup>29</sup>. Aus seinem besonderen Charakter folgt, daß es heute sogar als Bestandteil des völkerrechtlichen *ius cogens* anzusehen ist<sup>30</sup>. Das Völkerrecht versteht hierunter bekanntlich zwingende Nor-

<sup>27</sup> *Filartiga v. Pena-Irala*, Vol. 630 F. 2d, S. 876; vgl. zu dieser Entscheidung auch F. Hassan, A Conflict of Philosophies: The Filartiga Jurisprudence, International and Comparative Law Quarterly 32 (1983), S. 250ff., und Symposium – Federal Jurisdiction, Human Rights, and the Law of Nations: Essays on Filartiga v. Pena-Irala, Georgia Journal of International and Comparative Law, Bd. 11 (1981), S. 305–341.

<sup>28</sup> Vgl. das "Memorandum for the United States submitted to the Court of Appeals for the Second Circuit in *Filartiga v. Pena-Irala*", ILM 19 (1980), S. 585 ff.

<sup>29</sup> Vgl. A. D'Amato, The Concepts of Human Rights in International Law, Columbia Law Review 82 (1982), S. 1110ff. (1128), und – implizit – auch H. Haug, Das Folterverbot im universellen Friedensvölkerrecht, in: Riklin (Anm. 26), S. 63 ff. (68).

<sup>30</sup> So ausdrücklich M. O'Boyle, Torture and Emergency Powers Under the European Convention on Human Rights: Ireland v. The United Kingdom, AJIL 71 (1977), S. 674 ff. (687–688), Haug (Anm. 29), und neuerdings auch das schweizerische Bundesgericht in seinem Urteil vom 22.3.1983, EuGRZ 1983, S. 253 ff. (255).

men des allgemeinen Völkerrechts, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt werden als Normen, von denen nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts gleicher Rechtsnatur geändert werden dürfen<sup>31</sup>. Derartige Normen erzeugen Pflichten »nicht oder nicht nur gegenüber einzelnen Staaten, sondern (auch) gegenüber der ganzen Staatengemeinschaft«<sup>32</sup>. Dies hat der Internationale Gerichtshof in seinem Urteil vom 5. Februar 1970 in der Sache *Barcelona Traction* erstmals ausdrücklich anerkannt<sup>33</sup>. Die Beachtung der Verpflichtungen *erga omnes* ist nach dem Urteil des Gerichtshofs ein Anliegen aller Staaten, und alle Staaten haben ein rechtliches Interesse an ihrer Durchsetzung<sup>34</sup>. Über die Natur derartiger Verpflichtungen führt der Gerichtshof aus:

“Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protections have entered into the body of general international law ...; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character”<sup>35</sup>.

Die hier angesprochenen Verpflichtungen resultieren aus denjenigen Grundnormen der Völkerrechtsgemeinschaft, deren zwingender Charakter heute nicht mehr ernsthaft in Zweifel gezogen werden kann<sup>36</sup>. Zu den Prinzipien und Regeln über die grundlegenden Rechte der menschlichen Person (“principles and rules concerning the basic rights of the human person”) gehört auch – obwohl vom Gerichtshof nicht ausdrücklich erwähnt – das Verbot der Folter.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 53 WVK; zur Frage, welche Menschenrechte unter das *ius cogens* fallen, vgl. F. Domb, *Jus cogens and Human Rights*, Israel Yearbook on Human Rights, 6 (1976), S. 104; zum *ius cogens* allgemein vgl. J. Szuclki, *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (1974), und F. A. Mann, *The Doctrine of Jus cogens in International Law*, in: Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag (1973), S. 399ff. Auch die Europäische Menschenrechtskommission hat in ihrer Entscheidung im Nordirland-Fall betont, daß das Verbot der Folter in Art. 3 EMRK absoluten Charakter habe. Sie führte aus: “... that there can never be under the Convention or under international law, a justification for acts in breach of that provision”, Yb. ECHR 19 (1976), S. 752.

<sup>32</sup> Verdross/Simma (Anm. 5), S. 264.

<sup>33</sup> ICJ Reports 1970, S. 33.

<sup>34</sup> *Ibid.*, Ziff. 33.

<sup>35</sup> *Ibid.*, Ziff. 34.

<sup>36</sup> Frowein (Anm. 12), S. 243.

## 2. Die Definition der Folter

Der allgemeine Konsens über das völkerrechtliche Verbot der Folter berührt allerdings nicht die Frage, welches Verhalten das Völkerrecht als Folter brandmarkt. Der Rechtsbegriff »Folter« kann naturgemäß ganz unterschiedlich interpretiert werden<sup>37</sup>. Juristische Schwierigkeiten bereitet insbesondere seine Abgrenzung gegenüber noch zulässigen sogenannten »harten« Vernehmungsmethoden<sup>38</sup>.

Die vertraglichen Instrumente, welche die Folter verbieten, definieren den Begriff der Folter nicht näher. Die derzeit wohl präziseste Umschreibung des Folterbegriffes enthält Art. 1 der bereits erwähnten UN-Deklaration über den Schutz vor Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung<sup>39</sup>. In Art. 1 dieser Erklärung heißt es:

»1. Unter Folter i. S. dieser Erklärung ist jede Handlung zu verstehen, durch die einer Person von einem Träger staatlicher Gewalt oder auf dessen Veranlassung hin vorsätzlich stark körperliche oder geistig-seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erzwingen, sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr begangene Tat zu bestrafen oder sie oder andere Personen einzuschüchtern. Nicht darunter fallen Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich in einem mit den Mindestbestimmungen über die Behandlung von Strafgefangenen zu vereinbarenden Maß aus gesetzlich zulässigen Zwangsmaßnahmen ergeben, diesen anhaften oder als deren Nebenwirkung auftreten.

2. Die Folter ist eine verschärfte Form absichtlicher grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe«.

Eine wörtlich fast gleiche Formulierung enthält der Konventionsentwurf der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen<sup>40</sup>.

Auf regionaler Ebene haben die Rechtsprechung der Europäischen Menschenrechtskommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 3 EMRK einen wichtigen Beitrag zur Klärung des Folterbegriffes geleistet. Im ersten Griechenland-Fall führte die Kommission zur Bedeutung der Begriffe »Folter« und »unmenschliche« bzw. »erniedrigende Behandlung« aus:

<sup>37</sup> Vgl. J. Abr. Frowein, Die Europäische und die Amerikanische Menschenrechtskonvention, Ein Vergleich, EuGRZ 1980, S. 442 ff. (444).

<sup>38</sup> Ausführlich zur Definitionsproblematik B. Klayman, The Definition of Torture in International Law, Temple Law Quarterly 51 (1978), S. 449–515.

<sup>39</sup> Siehe Anm. 22.

<sup>40</sup> UN Doc. E/CN.4/1367 Annex, S. 1.



“... all torture must be inhuman and degrading treatment, and inhuman treatment also degrading. The notion of inhuman treatment covers at least such treatment as deliberately causes severe suffering, mental or physical, which, in the particular situation is unjustifiable. The word ‘torture’ is often used to describe inhuman treatment, which has a purpose, such as the obtaining of information or confessions, or the infliction of punishment, and it is generally an aggravated form of inhuman treatment. Treatment or punishment of an individual may be said to be degrading if it humiliates before others or drives him to act against his will or conscience”<sup>41</sup>.

Die Kommission definierte ferner, was sie unter “non-physical torture” versteht:

“The notion of non-physical torture is here used to cover the infliction of mental suffering by creating a state of anguish and stress by means other than bodily assault”<sup>42</sup>.

Im Nordirland-Fall bestätigte die Kommission ihre Rechtsprechung im Griechenland-Fall<sup>43</sup>. Sie hob hervor, “that the prohibition under Art.3 of the Convention is an absolute one and that there can never be under the Convention or under international law, a justification for acts in breach of that provision”<sup>44</sup>.

In diesem Verfahren beschäftigte sich auch der Gerichtshof mit der Definition des Folterbegriffs. Er übernahm die von der Kommission entwickelte Definition nicht wörtlich, verwies aber auf die subsidiäre Definition in Art.1 Ziff.2 der UN-Erklärung über den Schutz vor Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung<sup>45</sup>. Für den Gerichtshof liegt der Unterschied zwischen unmenschlicher Behandlung und Folter »vornehmlich in der unterschiedlichen Intensität des zugefügten Leidens begründet«<sup>46</sup>. Der Folterbegriff wolle die vorbedachte unmenschliche Behandlung, die sehr ernsthaftes und grausames Leiden hervorruft, mit einem besonderen Stigma versehen<sup>47</sup>. Ob eine Behandlung jenes Mindestmaß an Schwere erreicht, das die Folter von der unmenschlichen Behandlung unterscheidet, ist nach Auffassung des Gerichtshofs »abhängig von sämtlichen Umständen des Einzelfalles, wie der Dauer der

<sup>41</sup> Yb.ECHR 12 (1969), The Greek Case, S.186.

<sup>42</sup> *Ibid.*, S.461.

<sup>43</sup> Yb.ECHR 19 (1976), S.748 ff.

<sup>44</sup> *Ibid.*, S.752.

<sup>45</sup> Vgl. das Urteil des Gerichtshofs vom 18.1.1978, ECHR, Series A, Judgments and Decisions, Bd.25, S.66.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*

Behandlung, ihrer physischen und psychischen Folgen sowie, in einigen Fällen, vom Geschlecht, Alter und Gesundheitszustand des Opfers<sup>48</sup>.

Hinsichtlich der kombinierten Anwendung der sog. fünf Vernehmungstechniken<sup>49</sup> waren Kommission und Gerichtshof interessanterweise unterschiedlicher Auffassung. Die Kommission<sup>50</sup> stufte die Anwendung dieser Techniken, die auch als Desorientierungs- bzw. Sinnberaubungsmethoden bezeichnet werden, einstimmig als Folter ein, obwohl sie nicht notwendig derart schwere Folgen verursache, wie herkömmliche bekannte Foltermethoden. Die Kommission führte hierzu u. a. aus:

“The combined application of methods which prevent the use of the senses, especially the eyes and the ears, directly affects the personality physically and mentally. The will to resist or to give in cannot, under such conditions, be formed with any degree of independence ... It is this character of the combined use of the five techniques which ... renders them in breach of Art.3 ... in the form of torture within the meaning of that provision”<sup>51</sup>.

Demgegenüber vertrat der Gerichtshof die Auffassung, daß die systematische Anwendung dieser Methoden nicht derartig schwere Leiden verursacht habe und derartig grausam gewesen sei, daß man sie als Folter bezeichnen könne. Er führte aus: “Although the five techniques, as applied in combination, undoubtedly amounted to inhuman and degrading treatment, although their object was the extraction of confessions, the naming of others and/or information and although they were used systematically, they did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood”<sup>52</sup>.

Die unterschiedlichen Auffassungen von Kommission und Gerichtshof belegen anschaulich, wie schwierig es ist, über die Interpretation des Folterbegriffes zu einem Konsens zu gelangen.

### 3. Folterverbot und Völkerstrafrecht

Der Vollständigkeit halber soll hier kurz auch auf eine mögliche Verankerung des Folterverbots im Völkerstrafrecht eingegangen werden. Dabei ist jedoch sogleich eine wesentliche Einschränkung zu machen. Das Völ-

<sup>48</sup> Ziff. 162 des Urteils, zitiert nach EuGRZ 1979, S. 153.

<sup>49</sup> Diese bestanden aus: Gegen-die-Wand-Stehen (*wall-standing*), Überstreifen einer Kapuze (*hooding*), Lärm, Schlafentzug und dem Entzug von Essen und Getränken.

<sup>50</sup> Yb.ECHR 19 (1976), S. 792 ff.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Urteil des Gerichtshofs im Nordirland-Fall (Anm. 45), S. 67.

kerstrafrecht<sup>53</sup> befindet sich derzeit noch immer in einem rechtlich weithin unsicheren Zustand<sup>54</sup>. Alle nach dem zweiten Weltkrieg unternommenen Versuche zur Schaffung eines umfassenden materiellen Völkerstrafrechts sind bislang gescheitert<sup>55</sup>. Daher wird auf die ausführliche Erörterung der praktisch wenig bedeutsamen, rechtlich derzeit aber kaum eindeutig zu beantwortenden Frage, ob Folterungen »Verbrechen gegen die Menschlichkeit«<sup>56</sup> im Sinne des Art. 6 *lit. c* des Statuts des Nürnberger Interalliierten Militärgerichtshofs sind, verzichtet.

Das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge hat in der Vergangenheit die Anerkennung von asylsuchenden ehemaligen SAVAK-Angehörigen als politische Flüchtlinge unter Hinweis auf die von dieser Organisation begangenen Verbrechen gegen die Menschlichkeit abgelehnt und dabei auch Folterungen erwähnt. In einem Ablehnungsbescheid des Bundesamts vom 16. April 1981 wird diesbezüglich ausgeführt: »Der Antragsteller hat nach Ansicht des Bundesamtes durch seine Tätigkeit zu diesen Folterungen mittelbar beigetragen. Dies hat er billigend in Kauf genommen. Das Bundesamt sieht darin ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit, und zwar auch unter dem Gesichtspunkt, daß der Antragsteller nicht unmittelbar an den Folterungen beteiligt war. Eine Anerkennung nach den Bestimmungen der Genfer Konvention war daher ausgeschlossen«<sup>57</sup>. Das Bundesamt geht also offensichtlich davon aus, daß Folterungen ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellen. Die Ablehnung der Anerkennung stützt sich in diesen Fällen auf Art. 1 F *lit. a* des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951. Art. 1 F lautet:

»Die Bestimmungen dieses Abkommens finden keine Anwendung auf Personen, in Bezug auf die aus schwerwiegenden Gründen die Annahme gerechtfertigt ist, a) daß sie ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit i. S. der internationalen Vertragswerke begangen haben, die ausgearbeitet worden sind, um Bestimmungen bezüglich dieser Verbrechen zu treffen; b) daß sie ein schweres nicht-politisches Verbrechen

<sup>53</sup> Schon der Begriff »Völkerstrafrecht« an sich ist irreführend, vgl. D. Oehler, Internationales Strafrecht (1973), S. 2 ff. (4).

<sup>54</sup> Vgl. K. Ipsen, in: Menzel/Ipsen, Völkerrecht (2. Aufl. 1979), S. 374 ff.; Oehler, S. 551 ff., und H.-H. Jeschek, Entwicklung, gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten des internationalen Strafrechts, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1981, S. 49 ff.

<sup>55</sup> Vgl. statt aller lediglich Ipsen, in: Menzel/Ipsen, *ibid.*

<sup>56</sup> Vgl. zu diesem unscharfen Begriff J. Sawicki, Die Verbrechen gegen die Menschlichkeit - Versuch einer Analyse, ZStW 80 (1968), S. 229 ff.

<sup>57</sup> Zitiert nach InfAuslR 1981, S. 286.

chen außerhalb des Aufnahmelandes begangen haben, bevor sie dort als Flüchtling aufgenommen wurden; c) daß sie sich Handlungen zuschulden kommen ließen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen«<sup>58</sup>.

Ob Folterungen, wie das Bundesamt wohl meint, tatsächlich unter den Ausschlußtatbestand des Art.1 F *lit. a* fallen, ist eine schwer zu beantwortende Frage. Ein Blick auf die verschiedenen Vertragsentwürfe und die Deklarationen der Vereinten Nationen ergibt folgendes Bild: In Art.2 der bereits erwähnten UN-Erklärung über den Schutz vor Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung<sup>59</sup> heißt es lediglich: »Jede Folterung ... ist ein Verstoß gegen die Menschenwürde und als Verleugnung der Ziele der Charta der Vereinten Nationen sowie als Verletzung der in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte verkündeten Menschenrechte und Grundfreiheiten zu verurteilen«. Und in Art.7 heißt es: »Jeder Staat stellt sicher, daß alle Folterhandlungen nach seinem Strafrecht als Straftaten gelten«. Diese Erklärung geht also offenbar davon aus, daß sich die Strafbarkeit der Folter nicht bereits unmittelbar (d.h. ohne Vermittlung durch staatliches Gesetz) aus Normen des Völkerstrafrechts ergibt. Eine Strafverfolgung setzt danach vielmehr eine vorherige Umsetzung des Folterverbots in innerstaatliches Recht voraus.

Die Konventionsentwürfe der Internationalen Strafrechtsvereinigung<sup>60</sup> und die "Inter-American Juridical Committee Draft Convention Defining Torture as an International Crime"<sup>61</sup> sehen demgegenüber vor, die Folter als *delictum iuris gentium*<sup>62</sup> zu kennzeichnen. Der im Rahmen der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen in Arbeit befindliche Entwurf enthält über die Frage, ob Folter als ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit einzustufen ist, keine Aussage. Sein Art.4 lehnt sich allerdings eng an die Fassung des Art.7 der zuvor zitierten UN-Erklärung über den Schutz vor Folter an. Daraus läßt sich schließen, daß das Völkerrecht derzeit Folter wohl nicht als Verbrechen gegen die Menschlichkeit im

<sup>58</sup> Vgl. hierzu W. Kälin, Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht (Europäische Hochschulschriften, Reihe II: Rechtswissenschaft, Bd.298) (1982), S.119ff.

<sup>59</sup> GA/Res.3452 (XXX).

<sup>60</sup> Revue Internationale de Droit Pénal 48 (1977) Nr.3 und 4, S.268.

<sup>61</sup> ILM 19 (1980), S.619.

<sup>62</sup> Zum Begriff des *international crime* vgl. Verdross/Simma (Anm.5), S.223ff., und G.P.R., Torture and International Crimes, The Review, International Commission of Jurists, No.17 (1976), S.41ff.

Sinne des Art.6 *lit.c* des Statuts des Interalliierten Militärgerichtshofs ansieht. Es besteht allerdings in Wissenschaft und Praxis eine gewisse Tendenz, Folter als *delictum iuris gentium* anzusehen. Diese Tendenz hat sich aber noch keineswegs zu Völkergewohnheitsrecht verdichtet. Indes kommt es für die Entscheidung der Frage, ob jemand, der an Folterungen beteiligt war, als Flüchtling anerkannt werden kann, auch nicht auf den völkerstrafrechtlichen Charakter der Folter an. Das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sieht nämlich vor, daß die Anerkennung als politischer Flüchtling auch aus anderen Gründen verweigert werden kann. So kann die Anerkennung versagt werden, wenn jemand ein »schweres nichtpolitisches Verbrechen« (Art.1 F *lit.b*) begangen hat oder sich »Handlungen zuschulden kommen ließ, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen« (Art.1 F *lit.c*). Unter diese beiden Tatbestände läßt sich auch das Verbrechen der Folter subsumieren.

#### 4. Ergebnis

Das Völkerrecht verbietet Staaten, ihre eigenen oder fremde Staatsangehörige zu foltern. Der Schutz vor Folter ist ein fundamentales Menschenrecht. Das Folterverbot ist in allen wichtigen regionalen und universalen Menschenrechtsabkommen verankert. Es wurde in zahlreichen Resolutionen und Erklärungen der Generalversammlung der Vereinten Nationen bestätigt und kann heute auch gewohnheitsrechtliche Geltung beanspruchen. Man wird es darüber hinaus sogar als eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts (*ius cogens*) ansehen müssen. Der Folterbegriff hat durch die Definition in Art.1 der UN-Erklärung über den Schutz vor Folter und durch die Rechtsprechung der Europäischen Menschenrechtskommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine gewisse Präzisierung erfahren. Ob das Völkerrecht die Folter als ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit einstuft, läßt sich derzeit nicht mit Sicherheit beantworten. Es besteht allerdings in Wissenschaft und Praxis eine Tendenz, die Folter als *delictum iuris gentium* zu kennzeichnen. Für Folterungen Verantwortliche können nicht unmittelbar auf Grund des Völkerrechts, sondern nur auf Grund innerstaatlicher Strafnormen verfolgt und bestraft werden.

## II. Folterverbot und völkerrechtliches Fremdenrecht

### 1. Asylrecht

Unter Asyl versteht das Völkerrecht den Rechtsschutz, den der asylgewährende Staat einem Flüchtling vor politisch, religiös, rassisch oder ähnlich motivierter Verfolgung durch den Verfolgerstaat gewährt<sup>63</sup>. Das Völkerrecht kennt keinen allgemein anerkannten Asylrechtsbegriff<sup>64</sup>.

Nach geltendem allgemeinem Völkerrecht hat der Einzelne keinen Anspruch auf Gewährung territorialen Asyls<sup>65</sup>. Weder die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen noch die EMRK<sup>66</sup> gewähren ein subjektives Recht auf Asyl. Gleiches gilt für die Genfer Flüchtlingskonvention, die nur die Ausgestaltung des bereits gewährten Asyls regelt<sup>67</sup>. Die Zufluchtsstaaten haben völkerrechtlich zwar das Recht, aber nicht die Pflicht, Asyl zu gewähren<sup>68</sup>. Es steht daher nach allgemeinem Völkerrecht grundsätzlich im freien Ermessen des Zufluchtsstaates, ob er einem Ausländer Asyl gewähren will<sup>69</sup>. Alle Bemühungen, das Asylrecht auf völkerrechtlicher Ebene als Menschenrecht zu verankern, sind bislang gescheitert. Zwar besteht eine gewisse Tendenz in Richtung auf eine stärkere völkerrechtliche Verankerung des Asylrechts politisch Verfolgter<sup>70</sup>, doch besteht wenig Anlaß zu hoffen, »daß sich ein völkerrechtlicher Anspruch des Flüchtlings auf Asyl in den kommenden Jahren durchsetzen könnte«<sup>71</sup>.

Auch drohende schwere Menschenrechtsverletzungen durch den Verfolgerstaat, wie Folter, begründen derzeit noch keinen völkerrechtlichen

<sup>63</sup> V. Lieber, Die neuere Entwicklung des Asylrechts im Völkerrecht und Staatsrecht (1973), S.6, und Kälin (Anm.58), S.6/7.

<sup>64</sup> Kälin, S.8f.; BVerwGE 49, 202 (205).

<sup>65</sup> Kälin, S.7. Zum Problemkreis Völkerrecht und Asylrecht vgl. allgemein K. Hailbronner, in: Beitz/Wollenschläger (Hrsg.), Handbuch des Asylrechts, Bd.1 (1980), S.69ff.; Lieber (Anm.63), und I. von Pollern, Das moderne Asylrecht. Völkerrecht und Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1980), S.48ff.

<sup>66</sup> Vgl. H.-J. Uibopuu, Der Schutz des Flüchtlings im Rahmen des Europarats, AVR 21 (1983), S.60ff. (84f.).

<sup>67</sup> E. Wehser, in: Menzel/Ipsen (Anm.54), S.171.

<sup>68</sup> F. Berber, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd.1 (2.Auf.1975), S.405f., Wehser, S.171, und Verdross/Simma (Anm.5), S.584.

<sup>69</sup> Kälin (Anm.58), S.7.

<sup>70</sup> Vgl. Hailbronner (Anm.65), S.129. Vereinzelt wird das Asylrecht bereits als Menschenrecht angesehen; vgl. die Literaturnachweise bei von Pollern (Anm.65), S.128f.

<sup>71</sup> Kälin (Anm.58), S.8.

Anspruch auf Asyl. Vereinzelt wird in der Literatur die Notwendigkeit eines derartigen Anspruchs diskutiert. So erkennt beispielsweise Doehring an, daß es Situationen geben kann, die eine verbindliche völkerrechtliche Pflicht zur Asylgewährung erzeugen. Dies sei denkbar, wenn die Verweigerung des Asyls im Einzelfall gleichzeitig die allgemeinen völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte verletze. Doehring fährt fort: »Würde der Asylsuchende bei einer Verweigerung der Aufnahme mit Sicherheit einer grausamen oder unmenschlichen Behandlung ausgesetzt und gäbe es gleichzeitig keine Rechtfertigungsgründe zur Asylverweigerung ..., so könnte angesichts gegebener Zumutbarkeit eine Verletzung der Menschenrechte durch Untätigkeit vorliegen«<sup>72</sup>. Das geltende Völkerrecht, so Doehring weiter, deute eine solche Beurteilung staatlichen Verhaltens freilich bestenfalls an. Zurückhaltend äußert sich insoweit auch Hailbronner, der die Frage stellt, »ob nicht unter bestimmten Voraussetzungen die Zurückweisung eines Asylanten eine Verletzung der elementaren Menschenrechte darstellen kann«<sup>73</sup>.

## 2. Das Prinzip des *non-refoulement* im engeren Sinne

Wenngleich Flüchtlinge völkerrechtlich keinen Anspruch auf Asyl haben, schützt sie das Völkerrecht doch vor einer Rückführung in den Verfolgerstaat. Das völkervertrags-<sup>74</sup> und völkergewohnheitsrechtlich<sup>75</sup> verankerte Prinzip des *non-refoulement* verbietet dem Zufluchtsstaat die Abschiebung eines Flüchtlings in ein Land, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Flüchtling sich berechtigt oder unberechtigt in dem Zufluchtsstaat aufhält.

Das *non-refoulement*-Prinzip im engeren Sinn ist ein Institut des Flüchtlingsrechts<sup>76</sup>. Es ist durch seinen menschenrechtlichen Kern gekennzeichnet<sup>77</sup>. Das entscheidende Kriterium für die Anwendung dieses Grundsatz-

---

<sup>72</sup> K. Doehring, Der Konventionsentwurf der International Law Association über die Gewährung territorialen Asyls, ZaöRV 33 (1973), S.56ff. (61); ders., Asylrecht und Staatsschutz, ZaöRV 26 (1966), S.33ff. (34), und ders., Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (2.Aufl.1980), S.358/359.

<sup>73</sup> Hailbronner (Anm.65), S.78.

<sup>74</sup> Vgl. Art.33 der Genfer Flüchtlingskonvention.

<sup>75</sup> Vgl. Kälin (Anm.58), S.338f. und S.59ff.

<sup>76</sup> Kälin, S.4.

<sup>77</sup> Hailbronner (Anm.65), S.91.

zes ist daher der zu befürchtende Verstoß gegen die Menschenrechte in dem Verfolgerstaat<sup>78</sup>. Dennoch schützt das *refoulement*-Verbot im engeren Sinn nur Flüchtlinge. Art.33 Abs.1 der Genfer Flüchtlingskonvention bestimmt:

»Keiner der vertragsschließenden Staaten wird einen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten ausweisen oder zurückweisen, in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde«<sup>79</sup>.

Flüchtling ist nach Art.1 A Abs.2 der Genfer Flüchtlingskonvention jede Person, »die ... aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will; ...«<sup>80</sup>.

Art.1 A Abs.2 der Genfer Flüchtlingskonvention definiert allerdings nicht, was unter Verfolgung zu verstehen ist. Nach Hailbronner ist »... für den Begriff der Verfolgung ... die rechtsstaatswidrige Verfolgung kennzeichnend, die sich entweder bereits aus der Art der zur Last gelegten Straftat ... oder aus den Formen und Methoden des zu erwartenden Verfahrens ergeben kann«<sup>81</sup>. Nach Kälin ist eine Verfolgung zu bejahen, »... wenn der Flüchtling für sein Leben fürchten muß, in seiner körperlichen Integrität (z. B. durch Folter ...) beeinträchtigt oder seiner physischen Freiheit ... beraubt wird«<sup>82</sup>.

Allerdings vermag nicht jeder ungerechtfertigte staatliche Eingriff in Leben, Leib oder Freiheit des Individuums dessen Flüchtlingseigenschaft zu begründen<sup>83</sup>. Um flüchtlingsrechtlich erheblich zu sein, muß der Verfolgungsakt auf einem der abschließend in Art.1 A Abs.2 der Genfer Flüchtlingskonvention aufgezählten Motive beruhen. Die Flüchtlingseigenschaft ist daran geknüpft, daß jemand auch oder gerade wegen seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rasse, Religion, Nationalität, sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung verfolgt wird.

<sup>78</sup> Hailbronner, S.92.

<sup>79</sup> Zu Art.33 Genfer Flüchtlingskonvention vgl. Kälin (Anm.58), S.86 ff.

<sup>80</sup> Hierzu ausführlich Kälin, S.146 ff.

<sup>81</sup> Hailbronner (Anm.65), S.92.

<sup>82</sup> Kälin (Anm.58), S.149.

<sup>83</sup> Vgl. zum folgenden Kälin, S.152 ff.



Folterungen zum Zweck der Aufklärung von Straftaten sind daher flüchtlingsrechtlich, also auch für das *refoulement*-Verbot der Genfer Flüchtlingskonvention, irrelevant<sup>84</sup>, es sei denn, sie erfolgen wegen oder zumindest auch wegen der Zugehörigkeit eines derartig Verfolgten zu einer bestimmten Rasse, Religion, Nationalität, sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung.

Schließlich gilt es zu betonen, daß der Grundsatz des *non-refoulement* im engeren Sinne den Zufluchtsstaat nicht verpflichtet, einem Flüchtling ein Aufenthaltsrecht zu gewähren<sup>85</sup>. Er begründet daher keinesfalls eine Pflicht zur Asylgewährung, sondern lediglich eine völkerrechtliche Unterlassungspflicht. Ist kein Drittstaat bereit, den Verfolgten aufzunehmen, kann das Verbot, den Flüchtling in den Verfolgerstaat auszuweisen, abzuschieben oder auszuliefern, allerdings die Folge haben, daß dem Verfolgten der Aufenthalt in dem Zufluchtsstaat gestattet werden muß.

### 3. Schutz vor Ausweisung, Abschiebung und Auslieferung in den Verfolgerstaat (Prinzip des *non-refoulement* im weiteren Sinn)

Außerhalb des eigentlichen Flüchtlingsrechts existieren völkerrechtliche Schranken, die – ähnlich wie das *non-refoulement*-Prinzip im engeren Sinne – dem Zufluchtsstaat verbieten, Personen in einen Verfolgerstaat auszuweisen, abzuschieben oder auszuliefern, wenn dem Ausländer dort eine Verletzung seiner fundamentalen Menschenrechte droht<sup>86</sup>.

Im Schrifttum wird allgemein anerkannt, daß Ausweisung<sup>87</sup> und Auslie-

---

<sup>84</sup> Kälin, S.153/154; R. Marx, Der Begriff des politischen Flüchtlings nach Völkerrecht und dem Recht der Bundesrepublik Deutschland, ZRP 1980, S.192 ff. (193).

<sup>85</sup> Hailbronner (Anm.65), S.94.

<sup>86</sup> Kälin (Anm.58), S.5. Vgl. auch K. Doehring, New Problems of the International Legal System of Extradition with Special Reference to Multilateral Treaties, Provisional Report, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Dijon, 59 I (1981), S.97 ff. (91–93), und ders., New Problems Raised in Matters of Extradition (with particular reference to multilateral treaties), Final Report, *ibid.*, S.163 ff. (171–173). In der Revised Draft Resolution, *ibid.*, S.181 ff. (182) heißt es hierzu: "The invocation of the duty to protect human rights should in any case justify non-extradition, in particular in cases where political persecution does not exist and where thus the granting of asylum cannot be based on that ground".

<sup>87</sup> Unter Ausweisung versteht man das an einen Ausländer gerichtete Gebot, das Staatsgebiet innerhalb eines bestimmten, meist kurzen Zeitraums zu verlassen; vgl. K. Doehring, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd.1 (1960), S.129, und Kälin (Anm.58), S.99. Von der Ausweisung zu unterscheiden ist deren zwangsweise Durchführung, die Abschiebung, vgl. Kälin und Doehring.

ferung<sup>88</sup> völkerrechtliche Grenzen gesetzt sind<sup>89</sup>. So vertreten z. B. Verdross und Simma die Auffassung, die Ausweisung sei nach geltendem Völkerrecht u. a. dann rechtswidrig, »wenn ihre Durchführung die Gebote der Menschlichkeit ... verletzt«<sup>90</sup>. Gleiches gilt auch für die Auslieferung<sup>91</sup>. In diesem Zusammenhang führt Berber<sup>92</sup> aus: »Dagegen hat sich in neuester Zeit eine andere Ausnahme von der nach Völkerrecht bestehenden Auslieferungsfreiheit der Staaten mehr und mehr durchgesetzt und kann wohl in ihrem Minimum als eine gewohnheitsrechtliche völkerrechtliche Schranke der einzelstaatlichen Auslieferungsfreiheit bezeichnet werden, nämlich die Nichtauslieferung in solchen Fällen, in denen dem Auszuliefernden im Empfangsstaat eine unmenschliche Behandlung droht ... Soweit dieser Satz bereits als eine allgemeine Regel des Völkerrechts angesehen werden kann, geht er speziellen vertraglichen Regelungen vor, in Deutschland gemäß Art. 25 GG auch innerstaatlichen Regelungen«<sup>93</sup>.

Das in diesen Stellungnahmen angesprochene Prinzip ist durch die Rechtsprechung der Europäischen Menschenrechtskommission zu Art. 3 EMRK näher konkretisiert worden<sup>94</sup>. Zwar enthält auch Art. 7 des Menschenrechtspakts der Vereinten Nationen über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 ein Verbot der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, doch hat

<sup>88</sup> Zum Begriff der Auslieferung vgl. H. Grützn er, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 1 (1960), S. 115, und T. Stein, Die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten, Normative Grenzen, Anwendung in der Praxis und Versuch einer Neuformulierung (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 82) (1983), S. 4 ff. Für Stein, S. 4, ist die Auslieferung »ein Akt der internationalen Rechtshilfe und Zusammenarbeit in Strafsachen, durch den eine einer Straftat beschuldigte oder wegen einer solchen verurteilte Person von dem ersuchten Aufenthaltsstaat den Behörden des ersuchenden Staates zum Zwecke der Strafverfolgung oder Strafvollstreckung überstellt wird«.

<sup>89</sup> Bezüglich der Auslieferung vgl. etwa Stein, S. 350 f.

<sup>90</sup> Verdross/Simma (Anm. 5), S. 585.

<sup>91</sup> Verdross/Simma, S. 598, sprechen in diesem Zusammenhang von einer »allgemein und zwingend geltenden Humanitätsschranke«.

<sup>92</sup> Berber (Anm. 68), S. 420.

<sup>93</sup> Gleicher Auffassung ist G. Kreppel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Auslieferung und Ausweisung unter besonderer Berücksichtigung der Auslieferung und Ausweisung bei drohender Todesstrafe (Diss. Würzburg 1965), S. 142 f. Enger G. Dahm, Völkerrecht, Bd. 1 (1958), S. 288: »Es erhebt sich ... die Frage, ob die Auslieferung ... gewährt werden ... darf, wenn anzunehmen ist, daß der die Auslieferung betreibende Staat ... den politischen Gegner ... einer unmenschlichen Behandlung aussetzen wird. Wenn das der Fall ist, macht sich der ausliefernde Staat unter Umständen einer Beihilfe zu einem Verbrechen gegen die Menschlichkeit schuldig«.

<sup>94</sup> Ausführlich hierzu Kälin (Anm. 58), S. 158 ff., und Uibopuu (Anm. 66), S. 85 ff.

diese Bestimmung, im Gegensatz zu Art.3 EMRK, bisher als Schranke der Ausweisungs-, Abschiebungs- oder Auslieferungsfreiheit noch keine größere praktische Bedeutung erlangt.

Die EMRK gewährleistet im Gebiet ihrer Vertragsstaaten jeder Person, also auch dem Ausländer, selbst wenn sein Heimatstaat der Konvention nicht beigetreten ist, die Einhaltung der in ihr verbürgten Menschenrechte. Sie gewährt weder ein Recht auf Asyl<sup>95</sup>, noch verbietet sie prinzipiell Ausweisung und Auslieferung<sup>96</sup>. Dennoch bietet die Konvention unter bestimmten Umständen Schutz gegen Ausweisung und Auslieferung.

Die Europäische Menschenrechtskommission erkennt in ständiger Rechtsprechung an, daß unter außergewöhnlichen Umständen (*in exceptional circumstances*), die Ausweisung oder Auslieferung in einen anderen Staat, in dem dem Betroffenen eine gegen Art.3 verstoßende Behandlung droht, zu einer Verletzung des Art.3 durch den ausweisenden bzw. ausliefernden Staat führen kann. Die Kommission hat wiederholt ausgeführt, daß «... l'expulsion ou l'extradition d'un individu peut, dans certains cas exceptionnels, se révéler contraire à la Convention et notamment à son article 3, lorsqu'il y a des raisons sérieuses de croire qu'il sera soumis, dans l'Etat vers lequel il doit être dirigé, à des traitements prohibés par ce dernier article»<sup>97</sup>.

Die Kommission begründet aus Art.3 eine Pflicht der Vertragsstaaten, die Ausweisung bzw. Auslieferung zu unterlassen, wenn ernsthaft die Besorgnis besteht, daß die Durchführung dieser – an sich »konventionsneutralen« – Maßnahmen eine gegen Art.3 verstoßende Behandlung durch den Verfolgerstaat ermöglichen würde<sup>98</sup>. Die Kommission hatte in zahlreichen Verfahren Gelegenheit zu prüfen, ob eine Auslieferung bzw. Ausweisung gegen Art.3 verstößt<sup>99</sup>. Sie hat allerdings bisher nur sehr wenige Beschwerden wegen der Möglichkeit eines Verstoßes gegen Art.3 für

<sup>95</sup> Vgl. z.B. Hailbronner (Anm.65), S.79, und die Entscheidung über die Beschwerde Nr.1802/62, Yb.ECHR 6 (1963), S.479.

<sup>96</sup> Vgl. Kälin (Anm.58), S.160.

<sup>97</sup> Beschwerde (B.) Nr.6315/73, Decisions and Reports (DR) 1, S.73; B.7465/76, DR 7, S.153; B.7317/75 (*Lynas v. Schweiz*), DR 6, S.141; B.7216/75, DR 5, S.137, und B.7334/76, DR 5, S.154 (155). Nach Kälin, S.167 dort Anm.4, existieren rund 40 Kommissionsentscheidungen zu dieser Problematik.

<sup>98</sup> Vgl. zur Rechtsprechung der Kommission auch Hailbronner (Anm.65), S.131f., und P. J. Duffy, Article 3 of the European Convention on Human Rights, *International and Comparative Law Quarterly*, 32 (1983), S.316ff. (336–344). Ähnlich wie die Kommission entschieden in den 50er Jahren bereits deutsche Gerichte; vgl. z.B. OVG Münster, DÖV 1956, S.381.

<sup>99</sup> Vgl. Anm.97.

zulässig erklärt<sup>100</sup>. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang vor allem die Beschwerde Nr. 5961/72 (*Amekrane v. Vereinigtes Königreich*)<sup>101</sup>. Diese Beschwerde betraf den Fall des marokkanischen Luftwaffenoffiziers Amekrane, der nach seiner Beteiligung an einem Attentat auf den marokkanischen König nach Gibraltar geflohen war, von den dortigen Behörden kurzerhand an Marokko überstellt und anschließend nach einem Gerichtsverfahren hingerichtet worden war. Das Beschwerdeverfahren wurde durch einen freundlichen Ausgleich beendet, nachdem sich Großbritannien verpflichtet hatte, der Witwe eine Entschädigung zu bezahlen.

Soweit ersichtlich hatte die Kommission bisher noch in keinem Fall über die Auslieferung bzw. Ausweisung eines Ausländers zu entscheiden, dem in dem Empfangsstaat Folter droht. Daß in einem solchen Fall Art. 3 den Ausländer vor Ausweisung bzw. Auslieferung schützt, dürfte aber außer Zweifel stehen.

In diesem Zusammenhang ist auch bemerkenswert, daß die Schweiz, bevor sie einen Ausländer ausliefert, sich neuerdings von den eine Auslieferung beantragenden Staaten zusichern läßt, daß der Auszuliefernde im Aufnahmestaat keine gegen die EMRK verstoßende Behandlung zu befürchten hat<sup>102</sup>.

Problematisch ist die Anwendung von Art. 3 EMRK, wenn ein Konventionsstaat durch ein Auslieferungsabkommen mit einem Nichtkonventionsstaat an sich zur Auslieferung verpflichtet wäre, das Auslieferungsersuchen aber unter Hinweis auf Art. 3 EMRK bzw. drohende Folterungen ablehnt<sup>103</sup>.

Zwar sind völkerrechtliche Verträge unter sich grundsätzlich völlig gleichrangig. Bei dem in Art. 3 EMRK normierten Folterverbot handelt es sich jedoch um zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*)<sup>104</sup>, gegen welches

<sup>100</sup> Soweit ersichtlich lediglich vier: B. 2396/65, Yb. ECHR 13 (1970), S. 1094; B. 5961/72 (*Amekrane v. Großbritannien*), Yb. ECHR 16 (1973), S. 357; B. 6242/73 (*Brückmann v. BRD*), Yb. ECHR 17 (1974), S. 459; B. 7614/76 (*X v. Belgien*), EuGRZ 1978, S. 51.

<sup>101</sup> Yb. ECHR 16 (1973), S. 357.

<sup>102</sup> Vgl. B. 9012/80, DR 24, S. 205 ff.

<sup>103</sup> Vgl. Kälin (Anm. 58), S. 58 und 165 ff., sowie Th. Vogler, Auslieferungsrecht und Grundgesetz (1970), S. 221 ff.

<sup>104</sup> Vgl. das Urteil des schweizerischen Bundesgerichts vom 22.3.1983, EuGRZ 1983, S. 253 ff. (255); für R. Arnold, Völkerrechtliche Bindungen des Auslieferungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, BayVBl. 20 (1974), S. 520 ff. (524), enthält Art. 3 EMRK den »Kernbestand eines europäischen ›jus cogens‹«; zur Möglichkeit des Entstehens von regionalem *ius cogens* vgl. M. Virally, Réflexions sur le «jus cogens», *Annuaire Français de Droit International*, 12 (1966), S. 5 ff. (14).

unter Berufung auf anderweitige vertragliche Verpflichtungen nicht verstoßen werden darf.

Nach Art.53 WVK ist ein Vertrag nichtig, wenn er im Zeitpunkt seines Abschlusses im Widerspruch zu einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts steht. Art.64 WVK bestimmt: »Entsteht eine neue zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts, so wird jeder zu dieser Norm im Widerspruch stehende Vertrag nichtig und erlischt«.

Daraus folgt, daß kein Staat rechtlich verpflichtet ist, einen Auslieferungsvertrag zu erfüllen, wenn die Vertragserfüllung im konkreten Einzelfall zugleich den Tatbestand einer Verletzung von *ius cogens* erfüllen würde<sup>105</sup>.

Der Vorrang von Art.3 EMRK gegenüber Auslieferungsverträgen läßt sich auch auf Art.103 in Verbindung mit Art.55 und Art.56 der Charta der Vereinten Nationen stützen<sup>106</sup>. Nach Art.103 der UN-Charta gehen Verpflichtungen aus der Charta anderen internationalen Verpflichtungen vor, falls diese im Widerspruch zur Charta stehen. Gemäß Art.55 *lit.c* und Art.56 der Charta haben die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen die Pflicht, die Menschenrechte zu achten und zu fördern. Gemäß Art.103 der Charta geht diese Pflicht einer vertraglichen Pflicht zur Auslieferung auf jeden Fall vor. Diese Auffassung deckt sich auch mit den Aussagen des Internationalen Gerichtshofs im *Barcelona Traction-Fall*<sup>107</sup>. Der IGH führt dort aus, daß

„...an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights

---

<sup>105</sup> Das schweizerische Bundesgericht vertritt ebenfalls die Auffassung, daß eine nach einem Auslieferungsvertrag an sich rechtlich gebotene Auslieferung nicht erfolgen darf, wenn zu befürchten ist, daß dem Betroffenen in dem um Auslieferung ersuchenden Staat eine menschenunwürdige Behandlung droht. Das Gericht betrachtet Art.3 EMRK und Art.3 Abs.2 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens »... als zwingende Regeln des Völkerrechts, die beim Entscheid über ein Auslieferungsbegehren zu beachten sind, unabhängig davon, ob die Schweiz mit dem ersuchenden Staat durch das EAUE [Europäische Auslieferungsübereinkommen] oder die EMRK durch einen zweiseitigen Staatsvertrag oder überhaupt durch kein Abkommen verbunden ist ...«, Urteil vom 22.3.1983, EuGRZ 1983, S.253ff. (255); vgl. zu Art.3 Abs.2 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens Stein (Anm.88), S.359ff.; mit dieser Entscheidung hat das schweizerische Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung (vgl. dazu im einzelnen Stein, S.268–283) konsequent weiterentwickelt.

<sup>106</sup> Vgl. Kälin (Anm.58), S.58 und 166.

<sup>107</sup> ICJ Reports 1970, S.33.

involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes”.

Eine solche Verpflichtung »gegenüber der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit«, ist auch die Pflicht, nicht zu foltern. Droht eine Verletzung einer derartigen Pflicht, dann hat der Staat, der über die Auslieferung bzw. die Ausweisung zu entscheiden hat, ein rechtliches Interesse am Schutz des von einer Verletzung bedrohten Rechtsguts. Die Geltendmachung dieses Interesses am Schutz von “basic rights of the human person” kann im Einzelfall auch die Nichterfüllung der aus dem Auslieferungsvertrag bestehenden Verpflichtungen erfordern, wenn andernfalls der Schutz der “basic rights of the human person” nicht zu erreichen wäre<sup>108</sup>.

#### 4. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß das fundamentale Menschenrecht auf Schutz vor Folter zwar kein Recht auf Aufenthalt (Asylrecht) im Zufluchtsstaat begründet, aber als Schranke der Auslieferungs- bzw. Ausweisungsfreiheit des Zufluchtsstaats zu beachten ist. Diese Schranke hat den Charakter von *ius cogens* und ist von der Rechtsprechung der Europäischen Menschenrechtskommission zu Art.3 EMRK näher konkretisiert worden.

### *III. Folgerungen für das Ausländerrecht der Bundesrepublik Deutschland*

#### 1. Die Transformation des völkerrechtlichen Folterverbots als zwingende Schranke der Auslieferungs- bzw. Ausweisungsfreiheit in innerstaatliches Recht

Das völkerrechtliche Folterverbot entfaltet als zwingende Schranke der Auslieferungs- bzw. Ausweisungsfreiheit der Staaten auch im innerstaatlichen Recht der Bundesrepublik Auswirkungen. Art.3 EMRK gilt über Art.59 Abs.2 GG innerstaatlich im Range eines einfachen Gesetzes<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> Hailbronner (Anm.65), S.128, bemerkt zutreffend, der Schutz der Menschenrechte sei unabhängig von völkerrechtlichen Verträgen ein Bestandteil der Völkerrechtsordnung geworden. Das Völkerrecht müsse der Tatsache von Verstößen gegen die grundlegenden Menschenrechte Rechnung tragen. Der Menschenrechtsschutz dürfe sich nicht in Verboten erschöpfen, sondern müsse gerade demjenigen, der den Schutz seines Heimatstaates verloren habe, humanitäre Hilfe zuteil werden lassen.

<sup>109</sup> Vgl. H. Liesegang, Rdnr.43 zu Art.59, in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Bd.2 (1976); anderer Ansicht A. Menzel, DÖV 1970, S.509ff.

Allgemein gehen nach Art.59 Abs.2 GG in innerstaatliches Recht transformierte völkerrechtliche Verträge früheren innerstaatlichen Gesetzen vor; sie können aber in der Regel von nachfolgenden abweichenden Gesetzen derogiert werden.

§ 55 Abs.3 des Ausländergesetzes setzt jedoch zugunsten völkerrechtlicher Verträge, die das Ausländerrecht betreffen, die *lex posterior*-Regel außer Kraft. Dies gilt auch bezüglich der Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>110</sup>. Art.3 EMRK setzt daher der Auslieferungs- bzw. der Ausweisungsfreiheit der Bundesrepublik Deutschland eine einfach-gesetzliche Schranke, die von Verwaltungsbehörden und Gerichten zu beachten ist<sup>111</sup>.

Das völkerrechtliche Folterverbot kann jedoch innerstaatlich nicht nur auf Grund des Vertragsgesetzes zur EMRK Geltung beanspruchen. Bei dem Folterverbot des Art.3 EMRK handelt es sich um eine Bestimmung, die lediglich deklaratorisch eine »allgemeine Regel des Völkerrechts« im Sinne des Art.25 Satz 1 GG wiedergibt. Als »allgemeine Regel des Völkerrechts« ist das Folterverbot in seiner Konkretisierung als zwingende Schranke des Ausweisungs- bzw. Auslieferungsrechts »Bestandteil des Bundesrechts« (Art.25 Satz 1 GG). Derartige Regeln »gehen den Gesetzen vor<sup>112</sup> und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebiets«<sup>113</sup> (Art.25 Satz 2 GG).

Auch das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, daß »das gegenwärtige allgemeine Völkerrecht« im Bereich des »menschenrechtlichen Mindeststandards« Normen enthält, »durch die subjektive Rechte des privaten Einzelnen unmittelbar auf der Ebene des Völkerrechts begründet werden«<sup>114</sup>. Auf derartige Regeln kann sich der Einzelne im Rahmen des jeweiligen Verfahrensrechts ebenso berufen, wie auf sonstiges objektives Recht<sup>115</sup>. Der Anspruch des Individuums auf Schutz vor Folter im Verfolgerstaat gehört, wie oben nachgewiesen wurde, zum menschenrechtlichen Mindeststandard des gegenwärtigen allgemeinen Völkerrechts. Der Aus-

<sup>110</sup> BVerwG, Urteil vom 30.11.1982, DVBl.1983, S.177ff. (178).

<sup>111</sup> Vgl. z. B. das Urteil des BVerwG vom 19.10.1982, DVBl.1983, S.174ff. (176), wo geprüft wird, ob die Ausweisungsentscheidung nicht gegen Art.3 EMRK verstößt. Nach wohl herrschender Meinung haben die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Vorrang vor einfachen Gesetzen.

<sup>112</sup> Zum Streitgegenstand in der Rangfrage vgl. S. Magiera, in: Menzel/Ipsen (Anm.54), S.62ff.

<sup>113</sup> Unter den Begriff »Bewohner des Bundesgebiets« fallen auch Ausländer, vgl. O. Rojahn, Rdnr.30 zu Art.25, in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Bd.2 (1976).

<sup>114</sup> BVerfGE 46, 342 (362).

<sup>115</sup> *Ibid.*, S.342.

länder hat daher über Art. 25 GG einen Anspruch auf Schutz vor Ausweisung bzw. Auslieferung in ein Land, in dem er Gefahr liefe, gefoltert zu werden<sup>116</sup>.

## 2. Exkurs: Die Auslegung des Ausländerrechts im Hinblick auf das Gebot zur Achtung der Menschenwürde des Art. 1 GG

Schließlich soll hilfsweise untersucht werden, ob sich das über das Völkerrecht gefundene Ergebnis nicht auch aus der Auslegung des Grundgesetzes und der verfassungskonformen Auslegung einfachgesetzlicher Normen unseres innerstaatlichen Rechts ergibt.

### a) Art. 16 Abs. 2 GG

Der Wissenschaft ist es bis heute ebensowenig gelungen wie der Rechtsprechung, dem Begriff des »politisch Verfolgten« im Sinne des Art. 16 Abs. 2 GG scharfe Konturen zu geben<sup>117</sup>.

Der Streit um die Auslegung dieses Begriffes kann hier nicht umfassend dargestellt werden. Grundsätzlich ist von einer politischen Verfolgung nicht schon allein deshalb auszugehen, weil Grundrechts- oder Menschenrechtspositionen eines Ausländers betroffen sind<sup>118</sup>. In seinem Beschluß vom 2. September 1980 hat das BVerfG ausgeführt, daß asylrechtlichen Schutz jeder genießt, »der aus politischen Gründen<sup>119</sup> Verfolgungsmaßnahmen mit Gefahr für Leib und Leben oder Beschränkungen seiner persönlichen Freiheit ausgesetzt wäre ... oder – allgemein gesagt – politische Repressalien zu erwarten hätte ... Voraussetzungen und Umfang des politischen Asyls sind wesentlich bestimmt von der Unverletzlichkeit der Menschenwürde ...«<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> Bei der Auslieferung in Drittstaaten wird diesem Anspruch in der Regel durch entsprechende Vereinbarungen Rechnung getragen, die eine Weiterlieferung in den Verfolgerstaat ausschließen. Gleiches muß auch bei der Abschiebung gefordert werden.

<sup>117</sup> Einen guten Überblick über den derzeitigen Diskussionsstand gibt P. Baumüller, in: Baumüller/Brunn/Fritz/Hillmann, Asylverfahrensgesetz. Kommentar zum Asylverfahrensgesetz (1983), S. 29–64.

<sup>118</sup> Baumüller, S. 42. So jetzt auch OVG Lüneburg, Urteil vom 16.11.1982, DVBl. 1983, S. 181 (182): »Nicht jede menschenrechtswidrige Behandlung von Gefangenen erfüllt jedoch den Tatbestand der politischen Verfolgung. Es kommt auch in diesem Zusammenhang darauf an, ob die staatlichen Stellen den Betroffenen wegen der in Art. 1 Buchst. A Nr. 2 GK genannten Eigenschaften in besonderer Weise benachteiligen wollen«.

<sup>119</sup> Hervorhebung des Verf.

<sup>120</sup> BVerfGE 54, 341 ff. (357). Vgl. jetzt auch BVerwG vom 17.5.1983 (9C36.83) Leitsätze 1 und 3, Umdruck S. 17 ff.



Der primäre Anknüpfungspunkt für die Auslegung des Art.16 Abs.2 ist danach das in Art.1 GG normierte Gebot zur Achtung der Menschenwürde. Daß Folter einen eklatanten Verstoß gegen die Menschenwürde darstellt, wird von niemandem bezweifelt. Auch die Entscheidungen des VGH Mannheim und des VGH Kassel heben dies hervor<sup>121</sup>. Zweifelhaft ist jedoch, ob die Anerkennung eines Ausländers, der bei der Rückkehr in sein Heimatland Folterungen zu erwarten hat, als politisch Verfolgter im Sinne des Art.16 Abs.2 voraussetzt, daß die Folterungen zusätzlich politisch motiviert sind. Auch bei dem schlechthin weder mit der grundgesetzlichen noch mit der völkerrechtlichen Wertordnung unvereinbaren Verfolgungsakt der Folter gehen der VGH Kassel und der VGH Mannheim davon aus, daß die Verfolgung politisch motiviert sein muß<sup>122</sup>.

Demgegenüber vertritt Marx die Auffassung, mit unserer Wertordnung unvereinbare Verfolgungsmaßnahmen seien, ungeachtet der Motivation des Verfolgerstaates, als politische Verfolgung im Sinne des Art.16 Abs.2 anzusehen<sup>123</sup>.

Schaeffer hingegen ist der Ansicht, Folter als Mittel zur Aufklärung eines schweren Verbrechens begründe grundsätzlich keine asylrechtlich relevante Verfolgung. Solche Maßnahmen seien nur objektiv rechts- bzw. menschenrechtswidrig. Verwerflich sei hier nicht die »politische staatliche Zweckrichtung (die Verfolgungsmotivation), sondern nur das zur Erreichung eines an sich billigenwertigen Ziels eingesetzte Mittel«<sup>124</sup>.

Für die Auffassung von Marx spricht *prima facie*, daß die Folter einer der schwersten denkbaren Menschenrechtsverstöße ist. Nur ganz wenige Menschenrechte haben einen derart fundamentalen Charakter, wie das Recht auf Schutz vor Folter<sup>125</sup>. Es gilt auch zu bedenken, daß sich auf völkerrechtlicher Ebene das Asylrecht zunehmend mit den Bestrebungen nach einem effektiven Schutz der Menschenrechte vermischt. Andererseits darf aber nicht verkannt werden, daß das Völkerrecht kein Individualrecht auf Asyl kennt. Die Staaten sind daher frei, die Voraussetzungen zu normieren, unter denen sie ein subjektives Recht auf Asyl gewähren. Art.16 gewährt nicht jedem irgendwie Verfolgten, sondern nur dem politisch Ver-

---

<sup>121</sup> Vgl. oben Anm.1.

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> Marx (Anm.84), S.195.

<sup>124</sup> K. Schaeffer, Asylberechtigung. Politische Verfolgung nach Art.16 GG (1980), S.47.

<sup>125</sup> Auf gleicher Stufe wie das Folterverbot stehen lediglich das Verbot des Völkermords, das Verbot der Sklaverei und das Verbot der Piraterie, vgl. D'Amato (Anm.29), *passim*.

folgten ein subjektives Recht auf Asylgewährung<sup>126</sup>. Im Hinblick auf Art. 1 GG dürfte entscheidend sein, daß die Anerkennung als politisch Verfolgter im Sinne des Art. 16 Abs. 2 GG nicht die einzige Möglichkeit darstellt, einen Ausländer vor Folter bzw. dem Angriff auf seine grundgesetzlich geschützte Menschenwürde zu schützen. Er kann genauso wirksam vor Folter und der damit verbundenen Verletzung seiner Menschenwürde geschützt werden, wenn ihm rechtlicher Schutz vor Ausweisung, Abschiebung oder Auslieferung in den Verfolgerstaat gewährt wird. Hierzu bedarf es keiner extensiven Auslegung des Art. 16 Abs. 2. Die Beachtung des Verfassungsgebots des Art. 1 GG kann auch auf andere Weise sichergestellt werden. Das verfassungsrechtliche Gebot, die Menschenwürde zu schützen, erfordert daher nicht zwingend, den Ausländer, dem in seinem Heimatland oder in einem anderen Land Folter droht, als politisch Verfolgten im Sinne des Art. 16 Abs. 2 GG anzusehen.

#### *b) Einfachgesetzliche Regelungen*

*aa) Für die Ausweisung:* Der Erlaß einer Ausweisungsverfügung steht bei Vorliegen der in § 10 Abs. 1 Ziff. 1–11 AuslG genannten Gründe im Ermessen der Behörde. Einschränkungen der Ausweisungsbefugnis ergeben sich einerseits aus § 11 AuslG, andererseits aber auch aus dem Verfassungsrecht selbst. Insoweit sind insbesondere die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes, die Grundrechte sowie das Sozialstaatsprinzip, zu beachten<sup>127</sup>. Die Gewährleistungen der Art. 1 und 2 Abs. 2 GG sind also auch bei Ausweisungsentscheidungen zu berücksichtigen. Allerdings muß die Ausweisung von ihrem Vollzug, der Abschiebung, unterschieden werden. Die Ausweisung schreibt dem Ausländer nicht vor, wohin er auszureisen hat. Sie zwingt ihn nicht zur Ausreise in ein Land, in dem er unter Umständen Gefahr laufe, gefoltert zu werden. Eine Verletzung des Art. 1 GG unter dem Gesichtspunkt drohender Folterungen in einem bestimmten Staat scheidet daher bei der Ausweisung in der Regel aus.

*bb) Für die Abschiebung:* Eine Verletzung von Art. 1 GG käme lediglich dann in Betracht, wenn ein Ausländer in ein Land abgeschoben werden würde, in dem ihm Folter droht. Die Abschiebung ist durch § 14 AuslG eingeschränkt. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift darf ein Ausländer »nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit

<sup>126</sup> Hailbronner (Anm. 65), S. 77 und S. 127 ff.

<sup>127</sup> BVerwG, DVBl. 1979, S. 587; BVerwGE 36, 48; BVerwGE 42, 156.

wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist«. Diese Vorschrift ist ersichtlich dem Art.33 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge nachgebildet<sup>128</sup>. Nach ihrem eindeutigen Wortlaut schützt sie ebenso wie Art.33 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge oder Art.16 Abs.2 GG nur Flüchtlinge bzw. politisch Verfolgte. Sie muß jedoch im Hinblick auf Art.1 GG verfassungskonform dahin gehend interpretiert werden, daß die Abschiebung in ein Land, in welchem dem Ausländer eine derart schwere Menschenrechtsverletzung bzw. Verletzung seiner Menschenwürde wie Folter hinreichend wahrscheinlich droht, verboten ist. Auf die Motivation des Verfolgerstaates kann es hier nicht ankommen, weil die Abschiebung, im Unterschied zur Verweigerung des Asyls nach Art.16 Abs.2 GG, unmittelbar die Verletzung der Menschenwürde durch Folter ermöglichen würde. Damit wäre aber Art.1 GG verletzt.

Schaeffer<sup>129</sup> und Brunn<sup>130</sup> befürworten bei konkret drohenden Folterungen ebenfalls die Anwendung von § 14 AuslG, ohne freilich zu erwähnen, daß § 14 AuslG in derartigen Fällen erst bei einer verfassungskonformen Auslegung im Lichte des Art.1 GG Schutz bieten kann<sup>131</sup>. Rechtsprechung zu dieser Problematik liegt, soweit ersichtlich, bislang nicht vor. Allerdings ist evident, daß das Verfassungsrecht auch gegenüber den §§ 13 und 14 AuslG Vorrang genießt<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> Vgl. statt aller A. Kloesel/ R. Christ, AuslG § 14 Anm.1.

<sup>129</sup> Schaeffer (Anm.124), S.47.

<sup>130</sup> Brunn (Anm.117), S.278.

<sup>131</sup> Kritik an diesem Lösungsansatz übt R. Marx, Politische Justiz im Asylrecht, InfAuslR 1982, S.238ff.

<sup>132</sup> Vgl. W. Kanein, Ausländergesetz (3.Aufl.1980), § 13 Anm.1. Vgl. jetzt auch BVerwG vom 17.5.1983 (9C36.83), S.19: »Ist der politische Charakter einer durch Folter gekennzeichneten Verfolgung nach Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu verneinen, dann entfallen zwar eine Asylberechtigung nach Art.16 Abs.2 Satz 2 GG und die mit ihr verbundenen Vergünstigungen. Der Betroffene ist aber – worauf im Hinblick auf die Ausführungen des Klägers besonders hingewiesen sein mag – in diesem Fall nicht etwa schutzlos. Bei ausländerrechtlichen Entscheidungen über Ausweisung und Abschiebung wird stets auch der Grundsatz der Menschenwürde als oberstes Prinzip unserer Rechtsordnung zu beachten sein. Mit diesem Grundsatz wäre es nicht vereinbar, wenn deutsche Behörden an der menschenrechtswidrigen Behandlung eines Betroffenen durch dessen zwangsweise Überstellung in ein Land mitwirken würden, in dem ihm Folter droht. Ob das Folterverbot darüber hinaus als zwingende Schranke der Ausweisungs-, Abschiebungs- und Auslieferungsfreiheit über Art.25 Satz 1 GG als allgemeine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist, bedarf hier keiner Entscheidung«.

cc) *Für die Auslieferung*: Für die Auslieferung bestimmt Art.6 Abs.2 des am 1.Juli 1983 in Kraft tretenden Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen<sup>133</sup>, ähnlich wie § 14 Abs.1 Satz 1 AuslG, »... die Auslieferung ist nicht zulässig, wenn ernstliche Gründe für die Annahme bestehen, daß der Verfolgte im Fall seiner Auslieferung wegen seiner Rasse, seiner Religion, seiner Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen verfolgt oder bestraft oder daß seine Lage aus einem dieser Gründe erschwert werden würde«.

Auch diese Bestimmung muß, wie § 14 AuslG, im Einklang mit Art.1 und Art.2 Abs.2 GG ausgelegt werden<sup>134</sup>. Daneben ist nach § 73 IRG die Leistung von Rechtshilfe unzulässig, »wenn sie wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung widersprechen würde«. Es ist sicherlich ein wesentlicher Grundsatz der deutschen Rechtsordnung, daß im Rahmen der Strafverfolgung nicht gefoltert werden darf. In BVerfGE 15, 249 (255) hat das BVerfG in einem Verfahren um die Auslieferung eines Türken geprüft, ob das Grundrecht des Art.1 Abs.1 der Auslieferung entgegenstehe. Es hat dabei angedeutet, daß die »allgemeine Mißachtung der Freiheitsrechte« in einem Land der Auslieferung entgegenstehen könne<sup>135</sup>.

<sup>133</sup> BGBl.1982 I, S.2071; nach seinem § 1 Abs.3 gilt das IRG nur subsidiär: »Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen gehen, soweit sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, den Vorschriften dieses Gesetzes vor«.

<sup>134</sup> Das unter bb) Ausgeführte gilt *mutatis mutandis* auch hier. Das österreichische und das schweizerische Auslieferungsgesetz sind in diesem Punkt klarer abgefaßt: § 19 des österreichischen Auslieferungs- und Rechtshilfegesetzes vom 4.12.1979 (österreichisches BGBl.1979, Nr.529) erklärt die Auslieferung explizit für unzulässig, wenn zu besorgen ist, daß das Strafverfahren im ersuchenden Staat den Grundsätzen der Art.3 und 6 EMRK nicht entsprechen werde oder entsprochen hat, und wenn die verhängte oder zu erwartende Strafe in einer Art.3 widersprechenden Weise vollstreckt werden würde. Art.2 des schweizerischen Gesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.3.1981 (Amtliche Sammlung 1982, S.846) bestimmt: »Einem Ersuchen ... wird nicht entsprochen, wenn Gründe für die Annahme bestehen, daß das Verfahren im Ausland

a) den Verfahrensgrundsätzen der Europäischen Konvention ... zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten nicht entspricht oder

b) durchgeführt wird, um eine Person wegen ihrer politischen Anschauungen, wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder aus Gründen der Rasse, Religion oder Volkszugehörigkeit zu verfolgen oder zu bestrafen ...«.

<sup>135</sup> In seinem Beschluß vom 23.2.1983, DVBl. 1983, S.546, hat der 1.Senat des Bundesverfassungsgerichts ausgeführt, daß im derzeitigen Auslieferungsverkehr mit der Türkei die allgemeine Zusicherung der Spezialität nach Art.14 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens allein nicht genüge, um die Gefahr politischer Verfolgung hinreichend auszuschließen. Es bedürfe insoweit zusätzlich einer Prüfung des Einzelfalles.

### 3. Ergebnis

Drohende Folterungen eines Ausländers begründen allein keinen Anspruch auf die Anerkennung als »politisch Verfolgter« im Sinne des Art.16 Abs.2 GG.

Drohen einem Ausländer in einem Verfolgerstaat Folterungen, darf er in dieses Land weder abgeschoben noch ausgeliefert werden. Eine derartige Schranke ergibt sich sowohl aus Völkerrecht, Art.1 Abs.1 GG sowie aus verfassungskonform auszulegenden einfachgesetzlichen Normen (§§ 13 und 14 AuslG, §§ 6 Abs.2 und 73 IRG).

#### Summary\*

### The Threat of Torture and its Consequences for the Law of Asylum, Extradition and Expulsion

Part I of the article deals with the prohibition of torture in international law. Protection from torture is a basic human right guaranteed in all regional and universal treaties concerning human rights and fundamental freedoms. The prohibition of torture has likewise been confirmed in a number of resolutions and declarations of the United Nations General Assembly. Today, this rule must be seen as constituting a preemptory norm of general international law (*jus cogens*). The definition of torture in Art.1 of the UN Declaration on Torture and the jurisprudence of both the European Commission of Human Rights and the European Court of Human Rights must be taken into account. There exists a certain tendency to characterize torture as an international crime.

Parts II and III of the article discuss the implications of the prohibition of torture for the law of asylum, extradition and expulsion both in international law and in the domestic law of the Federal Republic of Germany. The analysis shows that the human right to be protected from torture does not in all cases provide a basis for a right to political asylum, although torture may well constitute an aspect of political persecution. The threat of torture must, however, limit the right of expulsion and extradition. Because of the *jus cogens* character of the prohibition of torture, obligations from extradition treaties cannot be relied upon where extradition would lead to torture. By virtue of Art.25 (1) of the Basic Law of the Federal Republic of Germany, these rules of international law form part of German federal law, taking precedence over statutory law. Under German law, an alien threatened with torture in another State may neither be expelled nor extradited to the State in question.

---

\* Summary by the authors.