

# ABHANDLUNGEN

## Selbstgeschaffene Nachfluchtgründe und die Rechtsstellung von Konventionsflüchtlingen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf Asyl und dem Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts

*Stefan Richter\**

### *I. Einleitung*

In ständiger Spruchpraxis hat das Bundesverwaltungsgericht auch solchen Personen die Eigenschaft eines »politisch Verfolgten« nach

---

\* Assessor, wissenschaftlicher Referent am Institut.

Abkürzungen: Abschn. = Abschnitt; AsylVfG = Asylverfahrensgesetz; AuslG = Ausländergesetz; BGBI. = Bundesgesetzblatt; BR-Drs. = Drucksachen des Bundesrates; BT-Drs. = Drucksachen des Deutschen Bundestages; Buchholz = Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (hrsg. von K. Buchholz); BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerfGG = Gesetz über das Bundesverfassungsgericht; BVerwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); BYIL = British Year Book of International Law; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EPIL = R. Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, (Inst.) Instalment; ESVGH = Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg; EZAR = Entscheidungssammlung zum Ausländer- und Asylrecht; (a.) (n.)F. = (alte) (neue) Fassung; F.2d = Federal Reporter Second Series; GFK = Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951; GG = Grundgesetz; GK-AsylVfG = Gemeinschaftskommentar zum Asylverfahrensgesetz (hrsg. von P. Baumüller [et al.] [Stand: Februar 1990]); GMBI. = Gemeinsames Ministerialblatt; Imm.A.R. = Immigration Appeals Reports; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; JZ = Juristen Zeitung; MDR = Monatsschrift für deutsches Recht; m.w.N. = mit weiteren Nachweisen; NVwZ(-RR) = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (-Rechtsprechungsreport); RdC = Recueil des Cours de l'Académie de Droit International; Rdnr(n). = Randnummer(n); S.Ct. = Supreme Court Reporter; UNHCR = United Nations High Commissioner for Refugees; UNTS = United Nations Treaty Series; VBIBW = Verwaltungsblätter Baden-Württemberg; (O)VG = (Ober)Verwaltungsgericht; (Bay)VGH = (Bayerischer) Verwaltungsgerichtshof; ZAR = Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik.

Art.16 Abs.2 Satz 2 GG zuerkennt, die die begründete Furcht vor Verfolgung durch ihren Heimatstaat erst durch selbstgesetzte Akte in der Bundesrepublik Deutschland herbeigeführt haben (sog. selbstgeschaffene Nachfluchtgründe bzw. -tatbestände)<sup>1</sup>. Dabei handelt es sich zumeist um den Beitritt zu politischen Exil- oder Emigrantenorganisationen, um Demonstrationen oder um sonstige Formen von politischen Meinungskundgaben, die zur Kenntnis der Organe des Heimatstaates gelangten. In Extremfällen reichte sogar die Stellung eines Asylantrages als das eine Verfolgungsfurcht begründende Ereignis<sup>2</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluß vom 26. November 1986 erstmals grundsätzlich zu diesem Problemkreis Stellung genommen und die »Leitlinie« aufgestellt, »daß eine Asylberechtigung in aller Regel nur dann in Betracht gezogen werden kann, wenn die selbstgeschaffenen Nachfluchtattbestände sich als Ausdruck und Fortführung einer schon während des Aufenthalts im Heimatstaat vorhandenen und erkennbar betätigten politischen Überzeugung darstellen, mithin als notwendige Konsequenz einer dauernden, die eigene Identität prägenden und nach außen kundgegebenen Lebenshaltung erscheinen«<sup>3</sup>. Das Gericht leitet diesen Maßstab aus dem Grundsatz ab, daß beim Rechtsinstitut des Asyls »ein kausaler Zusammenhang zwischen (drohender) Verfolgung und Flucht« vorausgesetzt werde. Diesen Grundsatz entwickelt es in erster Linie durch die Untersuchung des völkerrechtlichen Instituts des Asylrechts, das nach Auffassung des Gerichts Anknüpfungspunkt für die Vorschrift des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG ist<sup>4</sup>. Damit

<sup>1</sup> Vgl. etwa BVerwG, MDR 1960, 523f.; BVerwGE 49, 202, 205 m.w.N.; 68, 171, 174f.

<sup>2</sup> Vgl. BVerwGE 68, 171, 175; bestätigt durch Urteil vom 15.7.1986 – 9 C 341.85 –, DVBl.1987, 45f.

<sup>3</sup> BVerfGE 74, 51, 66; bestätigt durch Beschluß vom 17.12.1986 – 2 BvR 2032/83, NVwZ 1987, 314; Beschluß vom 15.3.1990, – 2 BvR 496/89, InfAuslR 1990, 197; in BVerfGE 9, 174, 181; 38, 398, 402 und 64, 46, 59f., spricht das Bundesverfassungsgericht dagegen von »Ausnahmefällen, an die ein besonders strenger Maßstab anzulegen ist«. Zum Beschluß vom 26.11.1986 vgl. die Anmerkungen von P. Schumacher, DVBl.1987, 294ff.; H. Quaritsch, DVBl.1987, 360ff.; J. Hofmann, Die Öffentliche Verwaltung 1987, 491ff.; ders., Nachfluchtgründe, Rechtsmißbrauch und Asyl – zugleich ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Methodik, ZAR 1987, 115ff.; O. Kimminich, JZ 1987, 194f.; R. Hofmann, Nachfluchtgründe und Flüchtlingsvölkerrecht, NVwZ 1987, 299ff.; B. Brunn, Nachfluchtgründe und Asylgrundrecht in der Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 1987, 301ff.; H. Wolf, InfAuslR 1987, 60ff.; W. Treiber, Das Ende der Nachfluchtgründe, ZAR 1987, 151ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 74 (Anm.3), 57.

stellt sich das Bundesverfassungsgericht gegen die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wie es ausdrücklich hervorhebt<sup>5</sup>.

Das Bundesverwaltungsgericht gab daraufhin seine eigene Rechtsprechung zu selbstgeschaffenen Nachfluchtgründen insoweit auf, als sie den vom Bundesverfassungsgericht dargelegten Maßstäben nicht entspricht<sup>6</sup>. Dabei sah sich das Bundesverwaltungsgericht an die Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts nach § 31 BVerfGG gebunden<sup>7</sup>.

Für die Praxis der Ausländerbehörden hatte diese Änderung der Rechtsprechung zur Folge, daß Ausländer in zunehmendem Maße nach Abschluß eines erfolglosen Asylverfahrens unter Berufung auf selbstgeschaffene Nachfluchtgründe einen Rechtsstatus als Flüchtling nach Art.1 Abschn.A Nr.2 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951<sup>8</sup> geltend machten. Dies geschah oftmals unter Beantragung eines Reiseausweises nach Art.28 Abs.1 GFK<sup>9</sup>, wurde aber durchaus auch unter Berufung auf andere vermeintliche Rechte aus der GFK geltend gemacht.

Diese Entwicklung wirft eine Reihe von Fragen auf. Einer Klärung bedarf zunächst das Verhältnis des Grundrechts auf Asyl nach Art.16 Abs.2 Satz 2 GG zur Flüchtlingseigenschaft nach Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK, das lange Zeit – zumindest für die Praxis – als unproblematisch galt (dazu II). Dafür ist nicht nur die nach völkerrechtlichen Kriterien zu entscheidende Frage nach der Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der GFK

<sup>5</sup> *Ibid.*, 64.

<sup>6</sup> Vgl. BVerwGE 77, 258; vgl. auch Urteil vom 12.12.1989 – BVerwG 9 C 6.88, InfAuslR 1990, 127 m.w.N. aus der eigenen Rechtsprechung.

<sup>7</sup> Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951, BGBl.I, 243.

<sup>8</sup> BGBl.1953 II, 559 ff.; UNTS 189, 150; im allgemeinen wird das Abkommen unklar als »Genfer Konvention« oder »Flüchtlingskonvention« bezeichnet. Im folgenden soll es mit »GFK« abgekürzt werden. Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK lautet in der relevanten Passage in der Fassung des Protokolls vom 31.1.1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (BGBl.1969 II, 1293; UNTS 606, 267; innerstaatliches Inkrafttreten am 5.11.1969, BGBl.1970 II, 194): Im Sinne dieses Abkommens findet der Ausdruck »Flüchtling« auf jede Person Anwendung: ... 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>9</sup> Art.28 Abs.1 GFK lautet in den relevanten Passagen: »Die vertragschließenden Staaten werden den Flüchtlingen, die sich rechtmäßig in ihrem Gebiet aufhalten, Reiseausweise ausstellen, die ihnen Reisen außerhalb dieses Gebietes gestatten, es sei denn, daß zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung entgegenstehen ... Die vertragschließenden Staaten können einen solchen Reiseausweis jedem anderen Flüchtling ausstellen, der sich in ihrem Gebiet befindet ...«.

maßgebend (dazu IV). Von besonderer Bedeutung ist auch die Frage nach der innerstaatlichen Anwendbarkeit der GFK im oder neben dem Asylverfahren, insbesondere nach dem Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts vom 9. Juli 1990<sup>10</sup> (dazu V). Einer besonderen Analyse bedarf auch der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, der zur Änderung der Rechtsprechung zu selbstgeschaffenen Nachfluchtgründen geführt hat (dazu III). Diesen Fragen soll im folgenden nachgegangen werden.

## *II. Das Verhältnis von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG zu Art.1 Abschn. A Nr.2 GFK ratióne personae nach herkömmlicher Auffassung*

In der Diskussion um die inhaltliche Klärung des Begriffs »politisch Verfolgter« im Sinne von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG stand das Schrifttum lange Jahre fast unbestritten auf dem Standpunkt, der Flüchtlingsbegriff des Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK umfasse zumindest den Kernbereich des Personenkreises, der als politisch verfolgt im Sinne des grundrechtlich verbürgten Asylrechts anerkannt werde. Streitig war im Rahmen dieser Auffassung allein, inwieweit darüber hinaus eine Verfolgteeigenschaft anerkannt werden könne. Gegenstand der Diskussion war danach allein die Frage, ob zwischen beiden Begriffen Identität bestehe (Vollidentitätsthese) oder nur Teilidentität dergestalt, daß auch Personen, die nicht die Flüchtlingseigenschaft nach der GFK aufweisen, politisch Verfolgte sein können (Teilidentitätsthese)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> BGBl.I, 1354; das Gesetz ist am 1.1.1991 in Kraft getreten (Art.15); einzelne Änderungen des AsylVfG sind jedoch bereits am 15.10.1990 in Kraft getreten, BGBl.1990I, 2170.

<sup>11</sup> Eine vollständige Auflistung des einschlägigen asylrechtlichen Schrifttums ist hier nicht möglich; vgl. daher nur O. Kimminich, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Drittbearbeitung Oktober 1984), Art.16 Rdnr.199; A. Randelzhofer, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar (Stand: Januar 1985), Art.16 Abs.2 Satz 2 Rdnrn.21ff.; K. Hailbronner, Ausländerrecht (2. Aufl.1989), Rdnr.1155; K. Schaeffer, Asylberechtigung, Politische Verfolgung nach Art.16 GG (1980), 14ff.; C. Gusy, Asylrecht und Asylverfahren in der Bundesrepublik Deutschland (1980), 100ff.; W. Kanein/G. Renner, Ausländerrecht, Kommentar (4. Aufl.1988), GG/GK, Rdnrn.3, 10ff.; R. Schiedermaier/M. Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts der Bundesrepublik Deutschland (Stand: Januar 1985), 3 E Rdnrn.42f.; E. Reichel, Das staatliche Asylrecht »im Rahmen des Völkerrechts« (1987), 109ff.; F. Franz, Das Asylrecht der politisch verfolgten Fremden nach internationalem und deutschem Recht (1961), 65; kritisch ders., Die Krise des Asylrechts – Wege zu ihrer Überwindung –, in: W. G. Beitz/M. Wollenschläger, Handbuch des Asylrechts, Bd.2 (1981), 775, 787ff.; kritisch insbesondere G. Köfner/P. Nicolaus, Grundlagen des Asylrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Bd.1 (1986), 180ff., insbes. 201ff.; im Schrifttum der 50-er

Während die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts über einen langen Zeitraum als Bestätigung der Vollidentitätsthese aufgefaßt werden konnte, indem das Gericht den Wortlaut des Art.1 A Abs.2 GFK zur Definition der politischen Verfolgung heranzog und ausführte, »diese Bestimmung (Art.1 A Abs.2 GFK) umfasse bei sachgerechtem Verständnis alle Fälle politischer Verfolgung«<sup>12</sup>, stellt dieses Gericht nunmehr ausdrücklich klar, daß der Begriff der »politischen Verfolgung« nur in »Anlehnung« an den Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention dergestalt auszulegen sei, daß auch andere als die in Art.1 A Nr.2 GFK ausdrücklich genannten Merkmale als asylbegründend angesehen werden könnten<sup>13</sup>. Damit schließt sich das Gericht der Teilidentitätsthese an, die weiterhin alle »Flüchtlinge« als »politisch Verfolgte« erfaßt. Für die Zwecke dieser Untersuchung ist besonders hervorzuheben, daß das Bundesverwaltungsgericht auch seine Rechtsprechung zum Begriff des »politisch Verfolgten« im Falle »selbstgeschaffener Nachfluchtgründe« durch Hinweis auf die Flüchtlingseigenschaft nach der GFK begründet hat<sup>14</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht neigt schon seit seinem Beschluß vom 4. Februar 1959 der These von der Teilidentität (mit weiterreichendem personalen Anwendungsbereich des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG) zu, indem es feststellt: »Im übrigen kann das Asylrecht der ›politisch Verfolgten‹ auch dann bestehen, wenn die durch das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 ... bestimmten Voraussetzungen der Eigenschaft als ›politischer Flüchtling‹ nicht gegeben sind«<sup>15</sup>. In zwei Beschlüssen aus jüngerer Zeit nimmt dasselbe Gericht

---

Jahre wurde dagegen noch ein engerer Begriff des »politisch Verfolgten« vertreten, vgl. nur H. Grützner, Auslieferungsverbot und Asylrecht, in: F. L. Neumann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd.2 (1954), 583, 601; unter Berufung auf Grützner H. v. Mangoldt/F. Klein, Das Bonner Grundgesetz (2. Aufl.1957), 501f. und R. Wierer, Das Asylrecht, in: W. Schätzel/T. Veiter (Hrsg.), Handbuch des internationalen Flüchtlingsrechts (1960), 76, 96.

<sup>12</sup> Vgl. nur BVerwGE 4, 235, 237; 4, 238, 241; 49, 44, 48; 49, 202, 204f.; 55, 82, 84; 67, 184, 185f.; 68, 171, 172f.; zu dieser Rechtsprechung mit Fallgruppenbildung insbesondere Schaeffer (Anm.11), 27ff.; vgl. auch R. Marx/G. Strate/V. Pfaff, Asylverfahrensgesetz (2. Aufl.1987), §1 Rdnrn.14ff.

<sup>13</sup> BVerwGE 79, 143, 144ff. = JZ 1988, 709ff. mit Anm. O. Kimminich; vgl. auch schon BVerwGE 69, 323, 330: »Der Begriff des Konventionsflüchtlings ist nicht identisch mit dem Begriff des politisch Verfolgten«.

<sup>14</sup> Vgl. nur Urteil vom 28.1.1960, IC 182/57, MDR 1960, 523f.; BVerwGE 55, 82ff.; 68, 171, 174; auf die Identitätsfrage geht das Gericht in der Entscheidung, in der es von seiner ständigen Rechtsprechung abbrückt, jedoch nicht mehr ein, vgl. BVerwGE 77, 258.

<sup>15</sup> BVerfGE 9, 174, 181; vgl. auch Beschluß vom 2.7.1980, BVerfGE 54, 341, 355f.

zur Bestimmung der personalen Reichweite des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG gleichfalls Bezug auf das völkerrechtliche Institut des Asylrechts<sup>16</sup> und das Flüchtlingsvölkerrecht bzw. die Genfer Flüchtlingskonvention<sup>17</sup>. Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 10. Juli 1989 zur Bestimmung des »politisch Verfolgten« erneut auf das »Flüchtlingsvölkerrecht« zurückgegriffen, die »Flüchtlingsmerkmale der Genfer Konvention« zur Bestimmung des Schutzbereichs des Asylgrundrechts herangezogen sowie sich zur Klärung der Frage nach der Relevanz inländischer Fluchtalternativen u. a. auf »Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK« gestützt und unter Verweis auf eigene Rechtsprechung ausgeführt, daß »das Grundrecht auf Asyl nach dem Grundgesetz, wenn dafür keine besonderen Anhaltspunkte vorliegen, jedenfalls nicht großzügiger auszulegen (ist) als das Flüchtlingsvölkerrecht nach der Genfer Konvention«<sup>18</sup>. Ob das Bundesverfassungsgericht mit dieser letzten Formulierung (erstmalig) den Weg zur Vollidentitätsthese einschlagen wollte, kann hier offenbleiben. Entscheidend ist für diese Untersuchung allein, daß die Flüchtlingseigenschaft nach Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich auch die Eigenschaft des politisch Verfolgten nach Art.16 Abs.2 Satz 2 GG einschließt.

Zumindest die Vollidentitätsthese liegt seit 1953 (und zwar bereits vor innerstaatlichem und völkerrechtlichem Inkrafttreten der GFK) auch administrativen und einfachgesetzlichen Regelungen zugrunde.

Bereits in der »Verordnung über die Anerkennung und die Verteilung von ausländischen Flüchtlingen (Asylverordnung)« vom 6. Januar 1953<sup>19</sup>, die die »Voraussetzungen für die Gewährung des Asylrechts an ausländische Flüchtlinge« schuf, wurde der Flüchtlingsbegriff des Art.1 der GFK zugrundegelegt (§ 5 der Asylverordnung). Dabei ging der Verordnunggeber von einer (Teil-)Identität zwischen Art.1 GFK und Art.16 Abs.2 Satz 2 GG aus<sup>20</sup>. § 28 des Ausländergesetzes vom 28. April 1965<sup>21</sup> bestimmte den Personenkreis, der auf Antrag als Asylberechtigter anerkannt wurde, mit: »1. Flüchtlinge im Sinne von Artikel 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 2. sonstige Ausländer, die politisch

<sup>16</sup> Beschluß vom 26.11.1986, BVerfGE 74, 51, 57; Beschluß vom 1.7.1987, BVerfGE 76, 143, 156.

<sup>17</sup> Beschluß vom 1.7.1987 (Anm.16), 157.

<sup>18</sup> BVerfGE 80, 315, 334, 336, 343.

<sup>19</sup> BGBl.1953 I, 3ff.

<sup>20</sup> Vgl. die Begründung zum Entwurf der Asylverordnung, BR-Drs.310/52, insbes. S.3, 5 (zu § 5).

<sup>21</sup> BGBl.1965 I, 353.

Verfolgte nach Artikel 16 Abs.2 Satz 2 des Grundgesetzes sind ...«. Diese Trennung der Personengruppen fand ihre Rechtfertigung im wesentlichen in der zeitlichen Beschränkung des Anwendungsbereiches der GFK auf Personen, die Flüchtlinge nach Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK aufgrund von Ereignissen waren, die vor dem 1. Januar 1951 eingetreten sind. Mit Wegfall dieser sog. Stichtagsklausel durch das Inkrafttreten des Protokolls vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge<sup>22</sup> bestand auf dem Hintergrund der dargelegten Auslegung zu Art.16 Abs.2 Satz 2 GG kein Grund mehr für die ausdrückliche Erwähnung der Flüchtlinge nach der GFK als Asylberechtigte im einfachen Recht<sup>23</sup>. Schon die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Ausländergesetzes (AuslVwV)<sup>24</sup> bestimmte daher in Nr.4 zu §28 AuslG: »Der Begriff des politisch Verfolgten (§28 Nr.2 AuslG) hat den gleichen Inhalt wie der des Flüchtlings ...« nach Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK. §1 Abs.1 des Asylverfahrensgesetzes vom 16. Juli 1982<sup>25</sup> bestimmt schließlich seinen Geltungsbereich folgendermaßen: »Dieses Gesetz gilt für Ausländer, die Schutz als politisch Verfolgte nach Art.16 Abs.2 Satz 2 des Grundgesetzes beantragen«. Der Gesetzgeber begründete die Änderung gegenüber §28 AuslG mit der Erwägung: »Absatz 1 entspricht inhaltlich §28 AuslG. Die Änderungen gegenüber dem Wortlaut des §28 AuslG sind im wesentlichen redaktioneller Art, da der Begriff des ›politisch Verfolgten nach Artikel 16 Abs.2 Satz 2 GG‹ den ›Flüchtling im Sinne von Artikel 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge‹ einschließt ...«<sup>26</sup>.

Angesichts dieses eindeutigen Befundes mußte es überraschen, daß verschiedene Verwaltungsgerichte in jüngerer Zeit ausführen, »seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.11.1986 (ist) nicht mehr zweifelhaft, daß sich der Regelungsbereich des Art.1 A Nr.2 GK mit dem

---

<sup>22</sup> Vgl. dazu Anm.8.

<sup>23</sup> Das Bundesverfassungsgericht führt daher im Beschluß vom 2.7.1980 (Anm.15), 356, folgerichtig aus, daß zwischen §28 Nrn.1 und 2 AuslG kein wesentlicher Unterschied mehr bestehe, die Eigenschaft der politischen Verfolgung allerdings auch gegeben sein könne, wenn die Flüchtlingseigenschaft nicht vorliege; vgl. auch BVerwGE 49, 202, 204f.

<sup>24</sup> AuslVwV vom 7.7.1967 in der Fassung der Bekanntmachung vom 10.5.1977 (GMBl., 202), abgedruckt bei A. Kloesel/R. Christ, Deutsches Ausländerrecht (2. Aufl., Stand: März 1989), A 1 VwV zu §28.

<sup>25</sup> BGBl.1982I, 946.

<sup>26</sup> Vgl. Entwurf eines Gesetzes über das Asylverfahren, BT-Drs.9/875, 14; vgl. auch Beschluß des 6. Ausschusses, BT-Drs.9/1630, 16; dazu auch P. Baumüller [et al.], AsylVfG (1983), §1 Rdnr.3; O. Reermann, Das Asylverfahrensgesetz vom 16. Juli 1982, ZAR 1982, 127f.

des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG nicht deckt«<sup>27</sup>. Soweit diese Aussage überhaupt begründet wird, geschieht dies unter Bezugnahme auf Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Beschluß vom 26. November 1986, in dem es nach der Feststellung, daß der Beschwerdeführer aufgrund selbstgeschaffener Nachfluchtgründe kein Recht auf Asyl genieße, u. a. heißt: »gegenüber der Abschiebung in einen Staat, von dem ihm politische Verfolgung droht ... besteht für jeden Ausländer Schutz nach Maßgabe von Art.33 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge – Genfer Flüchtlingskonvention – vom 28. Juli 1951 (BGBl.1953 II S.559) ... möglicherweise auch Art.3 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Europäische Menschenrechtskonvention – vom 4. November 1950 (BGBl.1952 II S.686)«<sup>28</sup>. Daraus folgert etwa das Verwaltungsgericht Düsseldorf<sup>29</sup>, daß es Ausländer gebe, »die trotz Erfüllung der Eigenschaften eines ›Flüchtlings‹ i. S. der Genfer Konvention eine Anerkennung als Asylberechtigte nach Art.16 II 2 GG nicht erlangen können«. Eine weitere Auseinandersetzung mit dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, die geeignet wäre, die dargelegten Ausführungen zu stützen, erfolgt jedoch nicht<sup>30</sup>.

Der Gesetzgeber selbst scheint nunmehr die vom Bundesverfassungsgericht und den Verwaltungsgerichten erneut in die Diskussion gebrachte Diskrepanz zwischen Art.16 Abs.2 Satz 2 GG und Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK aufgegriffen und im Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts vom 9. Juli 1990 einer Lösung zugeführt zu haben. Ob dies befriedigend gelungen ist, soll gesondert untersucht werden (dazu unten V).

<sup>27</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 9.2.1988 – 18 A 1546/86 –, InfAuslR 1988, 236 mit Anm. von H. Odenahl; VG Düsseldorf, Urteil vom 12.1.1989 – 8 K 377/88 –, InfAuslR 1989, 142, 143 = NVwZ 1990, 102; VG Berlin, Urteil vom 3.11.1989 – VG 10 A 4.88 –, InfAuslR 1990, 81 f.; diese Überlegungen liegen offenbar auch VGH Baden-Württemberg, Beschluß vom 25.7.1989 – A 12 S 1001/89 –, VBIBW 1990, 31, 32 zugrunde; ähnlich VGH München, Urteil vom 14.8.1989 – 12 B 87.1278, NVwZ-RR 1990, 254 f.; der hessische VGH läßt in der Entscheidung vom 18.10.1988, ESVG 39, 55, diese Frage ausdrücklich offen, vertritt dagegen im Beschluß vom 5.10.1989 – 10 TP 336/89, InfAuslR 1990, 174, 175, die Teilidentitätsthese; BVerwGE 67, 195 f. läßt diese Frage offen.

<sup>28</sup> BVerfGE 74, 51, 67; ähnlich BVerfG, Beschluß vom 10.7.1989 (Anm.18), 452 f.

<sup>29</sup> Urteil vom 12.1.1989 (Anm.27).

<sup>30</sup> Auch den Anmerkungen zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts läßt sich dazu wenig entnehmen, vgl. die Nachweise in Anm.3; die Ausführungen von Wolf, *ibid.*, und Treiber, *ibid.*, enthalten knappe Ausführungen zu der zitierten Passage des Beschlusses.



### III. Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 26. November 1986 zu Nachfluchtatbeständen

Das Bundesverfassungsgericht leitet seine Überlegungen zum Umfang des grundrechtlich verbürgten Asylrechts im Beschluß vom 26. November 1986 mit der Bezugnahme auf völkerrechtliche Vorgaben ein:

»Die Vorschrift des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG knüpft inhaltlich an das völkerrechtliche Institut des Asylrechts an. Mit ihr sollte dasjenige als individuelles subjektives (und im Klagewege verfolgbares) Grundrecht ausgestaltet werden, was zur damaligen Zeit als Asyl und Asylgewährung begriffen wurde. Es sollte nicht hiervon unabhängig ein neues Rechtsinstitut geschaffen, vielmehr das bestehende und bekannte, im Völkerrecht wurzelnde Institut des Asylrechts aus einer Angelegenheit freien staatlichen Ermessens zu einem grundrechtlichen Rechtsanspruch des Asylsuchenden werden«<sup>31</sup>.

Das Gericht verweist als Beleg auf eigene Rechtsprechung und ein Judikat des Bundesverwaltungsgerichts. Beiden in Bezug genommenen Entscheidungen (BVerfGE 54, 341 [356] und BVerwGE 67, 184 [185]) liegt explizit zumindest die Vollidentitätsthese zugrunde. Angesichts dieses Verweises sowie der dargelegten einhelligen Auffassung zum Verhältnis von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG zu Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK spricht vieles dafür anzunehmen, daß auch das Bundesverfassungsgericht eine Erfassung aller Konventionsflüchtlinge von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG annimmt. Daß dies auch dem Verständnis des 2. Senats selbst zu entsprechen scheint, läßt sich den Ausführungen im Beschluß vom 10. Juli 1989 entnehmen, in dem unter Bezugnahme auf den Beschluß von 1986 und Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK ausgeführt wird, daß »das Grundrecht auf Asyl nach dem Grundgesetz, wenn dafür keine besonderen Anhaltspunkte vorliegen, jedenfalls nicht großzügiger auszulegen (ist) als das Flüchtlingsvölkerrecht nach der Genfer Konvention«<sup>32</sup>.

Geht man von diesem Ansatz aus, so erscheint es widersprüchlich, für den nicht anerkannten Asylbewerber auf den Schutz nach Maßgabe von Art.33 GFK zu verweisen, der nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts »selbstverständlich auch in allen Fällen von Nachfluchtatbestän-

---

<sup>31</sup> BVerfGE 74, 51, 57.

<sup>32</sup> Beschluß vom 10.7.1989 (Anm.18), 452; von einer Zugrundelegung des völkervertraglichen Flüchtlingsbegriffs durch das Bundesverfassungsgericht geht – wie selbstverständlich – etwa auch R. Rothkegel, in: GK-AsylVfG, Vorbemerkung zu §1 Rdnr.214.9, aus.

den, die der Asylrelevanz ermangeln, zu beachten« ist<sup>33</sup>. Art.33 GFK ist seinem personalen Anwendungsbereich nach auf den »Flüchtling« beschränkt und schützt damit nach der Bestimmung des Art.1 Abschn.A GFK insbesondere die Personen, die nach der Prämisse der verfassungsgerichtlichen Argumentation »politisch Verfolgte«, d.h. (grundsätzlich) Asylberechtigte sind. Demnach ist für Flüchtlinge im Sinne von Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK kein Fall denkbar, in dem zwar Schutz nach Art.33 GFK zu gewähren ist, in Ermanglung »politischer Verfolgung« das Grundrecht aus Art.16 Abs.2 Satz 2 GG aber versagt werden könnte<sup>34</sup>. Dieser (scheinbare) Widerspruch im Beschluß des Bundesverfassungsgerichts läßt sich nicht mit einem Hinweis auf § 2 AsylVfG ausräumen, der die Asylberechtigung bei anderweitigem Verfolgungsschutz versagt, an der Flüchtlingseigenschaft aber nichts ändert<sup>35</sup>. Denn das Bundesverfassungsgericht führt Art.33 GFK im Beschluß von 1986 erst an, nachdem es grundsätzlich dem sich auf selbstgeschaffene Nachfluchtgründe Berufenden die Eigenschaft eines »politisch Verfolgten« abspricht und damit – die Prämisse der Identität unterstellt – auch die Flüchtlingseigenschaft nach Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK.

Für die Auflösung dieses vermeintlichen Widerspruches bieten sich drei Erklärungen an:

Zum einen wäre zu erwägen, ob nicht die Eigenschaft als »politisch Verfolgter« unangetastet bleiben soll, im Falle selbstgeschaffener Nachfluchtgründe jedoch eine Reduktion der Rechtsfolge (*non-refoulement* nach Art.33 GFK anstelle des Grundrechts auf Asyl nach Art.16 Abs.2 Satz 2 GG) eintritt<sup>36</sup>. Dafür läßt sich in den Entscheidungsgründen aber kein Anhaltspunkt finden. Im Gegenteil: Das Bundesverfassungsgericht

<sup>33</sup> BVerfGE 74, 51, 67; auch der Gesetzgeber weist auf den Schutz nach Art.33 GFK hin, vgl. BT-Drs.10/6416, 18; dazu auch Treiber (Anm.3), 160, ohne jedoch das Verhältnis des Art.33 GFK zur Prämisse des Bundesverfassungsgerichts zu behandeln; vgl. auch B. Huber, Das Gesetz zur Änderung asylverfahrensrechtlicher, arbeitslaubnisrechtlicher und ausländerrechtlicher Vorschriften, NVwZ 1987, 391 f.

<sup>34</sup> So auch Reichel (Anm.11), 171.

<sup>35</sup> Vgl. zu dieser Fallkonstellation etwa J. Rühmann, in: GK-AsylVfG, § 2 Rdnrn.19–19.6.

<sup>36</sup> So offenbar Marx/Strate/Pfaff (Anm.12), § 1a Rdnr.16; ausdrücklich BayVGh, Urteil vom 13.6.1989 – 25 B 30999/87, EZAR 134, Nr.5, 4 = InfAusR 1990, 179; ähnlich schon VGh Baden-Württemberg, Urteil vom 11.4.1985 – A 13 S 177/84 –, VBIBW 1986, 184, Abschiebungsschutz statt Asylberechtigung, aufgehoben durch BVerwG, Urteil vom 21.10.1986 – 9 C 28.85 –, EZAR 200, Nr.17; ebenso zum Entwurf von § 1a AsylVfG BT-Drs.10/6416, 18.

spricht wiederholt von einer näheren Bestimmung des Tatbestandes des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG<sup>37</sup>.

Der aufgezeigte Widerspruch läßt sich auch nicht durch eine Erweiterung des Anwendungsbereiches von Art.33 GFK auflösen. Zwar ist anerkannt, daß das *refoulement*-Verbot aus Art.33 auch solche Flüchtlinge schützt, die (noch) nicht staatlicherseits anerkannt wurden, ebenso wie solche, die sich illegal im Zufluchtsstaat aufhalten<sup>38</sup>. Diese Wirkungen kann das Bundesverfassungsgericht aber nicht im Auge gehabt haben, führt es die Bestimmung doch gerade für den Fall an, daß ein Anerkennungsverfahren durchlaufen und abgeschlossen wurde. Art.33 schützt aber nur, solange nicht feststeht, daß die betreffende Person die Flüchtlingseigenschaft nicht besitzt<sup>39</sup>. Diese Feststellung ist aber erfolgt, sobald das Asylbegehren mangels politischer Verfolgung abgelehnt wird.

Der Widerspruch ist allerdings auflösbar, wenn man eine personale Erstreckung des *non-refoulement*-Gebots auch auf solche Personen annimmt, die nicht von Art.1 Abschn.A GFK erfaßt werden. Eine Ausweitung des *non-refoulement*-Grundsatzes entspricht der völkerrechtlichen Entwicklung. Seinen Geltungsgrund findet dieses Prinzip dann aber entweder im Völkergewohnheitsrecht oder in sonstigen völkervertraglichen Regelungen wie Art.3 der Europäischen Menschenrechtskonvention oder Art.3 der VN-Folterkonvention<sup>40</sup>. Auch diese Deutung hat das Bundesverfassungsgericht aber erkennbar nicht im Auge gehabt, da es Art.33

<sup>37</sup> BVerfGE 74, 51, 63 f.; ebenso BVerfGE 80, 315, 344.

<sup>38</sup> Vgl. dazu G.-H. Gornig, Das *Refoulement*-Verbot im Völkerrecht (1987), 18 ff.; W. Kälin, Das Prinzip des *Non-Refoulement* (1982), 88 ff.; A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Bd.2 (1972), 94 (Bd.1 [1966]).

<sup>39</sup> Vgl. Kälin, *ibid.*, 91; N. Robinson, *Convention relating to the Status of Refugees. A Commentary* (1953), 165; Grahl-Madsen, *ibid.*; G. Köfner/P. Nicolaus (Anm.11), 128 Anm.6; sowohl Kälin, *ibid.*, 11, als auch Reichel (Anm.11), 41, bestätigen dies, gehen sie doch bei der Begründung der eigenständigen Funktion des Art.33 GFK von einem rechtstheoretischen Begriff des Asyls aus, der einen personal engeren Anwendungsbereich aufweist.

<sup>40</sup> Vgl. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, BGBl.1952 II, 686; vgl. zum *refoulement*-Verbot im Völkergewohnheitsrecht und in anderen völkerrechtlichen Verträgen etwa K. Hailbronner, Das *Refoulement*-Verbot und die humanitären Flüchtlinge im Völkerrecht, ZAR 1987, 3 ff.; K. Heilbronner/A. Randelzhofer, Zur Zeichnung der UN-Folterkonvention durch die Bundesrepublik Deutschland, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1986, 641, 643 ff.; Gornig (Anm.38), 18 ff.; G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (1983), 97 ff.; unklar hinsichtlich Art.33 GFK aber K. Hailbronner, Die De-facto-Flüchtlinge im Völkerrecht und innerstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: Otto Bennecke-Stiftung (Hrsg.), *Asylnovelle 1987 und Schutz der De-facto-Flüchtlinge* (1987), 13 ff., 24.

GFK ausdrücklich unter Verweis auf das Zustimmungsgesetz als Vertragsbestimmung anspricht und im übrigen Art.3 EMRK selbständig erwähnt<sup>41</sup>. Zudem würden sich daraus unmittelbar nur für die Anwendung des Art.33 GFK selbst Folgerungen ergeben, nicht aber für andere Bestimmungen der GFK wie den in den angeführten verwaltungsgerichtlichen Judikaten zu prüfenden Art.28 Abs.1 GFK.

Daß der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts gleichwohl im Ergebnis nicht zwingend widersprüchlich ist, liegt an einem Umstand, der bislang nur wenig beachtet wurde, obwohl er die Identitätsthese schon im Ansatz in Frage stellt. Während Art.33 GFK auch in seiner innerstaatlich geltenden Fassung über das Zustimmungsgesetz vom 1. September 1953 möglicherweise so anzuwenden ist, daß diese Bestimmung etwaige Wandlungen des Flüchtlingsbegriffs aus der GFK nachvollzieht<sup>42</sup>, begreift das Bundesverfassungsgericht den Begriff der »politischen Verfolgung« statisch. Ausgangspunkt der völkerrechtlichen Untersuchungen im Beschluß vom 26. November 1986 ist die Feststellung, daß »dasjenige als ... Grundrecht ausgestaltet werden (sollte), was zur damaligen Zeit als Asyl und Asylgewährung begriffen wurde«; maßgeblich ist danach das »Rechtsinstitut des Asyls, wie es seinerzeit praktiziert wurde und bekannt war«<sup>43</sup>. Die strenge Anwendung dieses Ansatzes führt dazu, daß

<sup>41</sup> BVerfGE 74, 51, 67; vgl. die bei Anm.28 zitierte Passage; so auch BVerfGE 80, 315, 346, wo noch zusätzlich auf humanitäre Gründe des Aufenthalts für *de facto*-Flüchtlinge hingewiesen wird.

<sup>42</sup> Vgl. zum Grundsatz der Auslegung inkorporierter völkerrechtlicher Verträge nach den Regeln des Völkerrechts G. Boehmer, Der völkerrechtliche Vertrag im deutschen Recht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd.43) (1965), 88ff.; K.J. Partsch, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht (1964), 109ff.; zur früheren Rechtsprechung H. Mosler, Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte (1957), 25f., sowie zur neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Fragenkreis H. Steinberger, Entwicklungslinien in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu völkerrechtlichen Fragen, ZaöRV 1988, 1ff., 3ff.; zur evolutiven Vertragsauslegung allgemein vgl. etwa G. Ress, Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 23 (1982), 7, 32f.; dies entspricht auch dem ansonsten geltenden Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung innerstaatlichen Rechts, vgl. dazu nur BVerfGE 58, 1, 34; BVerfGE 59, 63, 89; BVerfGE 74, 358, 370; zu möglichen Wandlungen des Flüchtlingsbegriffs, insbesondere durch Staatenpraxis, vgl. etwa A. Grahl-Madsen, International Refugee Law, Today and Tomorrow, in Archiv des Völkerrechts 1982, 411, 420ff.; dazu, welche Rechtswirkungen die Inkorporation der GFK hat, vgl. unten bei Anm.120.

<sup>43</sup> BVerfGE 74, 51, 57; Hervorh. vom Verf.; ebenso BVerfGE 76, 143, 156f.; auch im Beschluß vom 10.7.1989 knüpft das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich an das seinerzeit geltende Völkerrecht an (Anm.18), 343; damit erweist sich das Asylgrundrecht als

schon der Rückgriff auf Art.1 Abschn.A GFK vom 28. Juli 1951 unzulässig<sup>44</sup>, die Teil- oder Vollidentität mithin nicht als argumentativ begründbare These aufrechtzuerhalten, sondern lediglich im Ergebnis »zufällig« zu erreichen ist. Während das Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 26. November 1986 diesen Ansatz konsequent durchhält und die GFK nicht ausdrücklich erwähnt, erscheint insbesondere der Beschluß vom 10. Juli 1989 in dieser Hinsicht durchaus ambivalent. Zum einen soll der »Schutzbereich des Asylgrundrechts unter Verweis auf die Flüchtlingsmerkmale der Genfer Konvention umschrieben« werden, zum anderen wird die GFK neben Art.1 Nr.2 der Konvention der Organisation für Afrikanische Einheit erläuternd herangezogen um festzustellen, daß »das völkerrechtliche Institut der Asylgewährung auch zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes (einen anderen Inhalt) nicht gehabt hat«<sup>45</sup>.

Als Zwischenergebnis dieser Untersuchung ist damit festzuhalten, daß die jüngere Judikatur des Bundesverfassungsgerichts nur dann in sich widerspruchsfrei ist, wenn sie als Festschreibung einer statischen Auslegung des Begriffs der »politischen Verfolgung« verstanden wird und die GFK (auch) in ihrer innerstaatlich geltenden Fassung einen darüber hinausreichenden personellen Anwendungsbereich haben kann. Damit stellt das Bundesverfassungsgericht, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch in der Sache fest, daß eine Voll- oder Teilidentität zwischen Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK und dem Begriff des »politisch Verfolgten« in Art.16 Abs.2 Satz 2 GG lediglich Folge einer zufälligen Übereinstimmung sein kann. Inwieweit dies allerdings von praktischer Relevanz im Einzelfall sein kann oder der vermeintliche Widerspruch nur theoretisch aufgelöst ist, hängt vom tatsächlichen Befund über den Flüchtlingsbegriff der GFK und dessen Rezeption in der innerstaatlichen

---

(potentiell) völkerrechtsunfreundlich; vgl. demgegenüber etwa R. Geiger, Völkerrecht und Grundgesetz (1985), 210; für eine statische Auslegung offenbar auch J. Ebert, Der Begriff des politisch Verfolgten im Sinne von Artikel 16 Absatz 2 Satz 2 Grundgesetz unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung (1987), 19, anders aber auf S.146; ablehnend insbesondere Brunn (Anm.3), 302; kritisch auch Wolf (Anm.3), 62; unklar R. Rothkegel, Die Bedeutung der Genfer Flüchtlingskonvention für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: K. Barwig/K. Lörcher/C. Schumacher (Hrsg.), Asylrecht im Binnenmarkt (1989), 105, 110, 118.

<sup>44</sup> Kritisch zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts daher auch O. Kimminich, Asyl und Ausländer-Aufenthalt, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts (1978), 371 ff., 373; ebenso Ebert, *ibid.*, 19.

<sup>45</sup> BVerfG (Anm.18), 336 und 343; vgl. auch die weniger strenge Bindung in BVerfGE 76, 143, 157.

Rechtsordnung ab. Damit gilt, in Abwandlung bekannter Formulierungen<sup>46</sup>, daß die Genfer Flüchtlingskonvention (potentiell) aus dem Schatten des Grundgesetzes tritt.

*IV. Flüchtlingseigenschaft nach Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK im Falle  
»selbstgeschaffener Nachfluchtatbestände«*

Inwieweit die GFK innerstaatlich eigenständige Bedeutung gegenüber den vom Bundesverfassungsgericht für Art.16 Abs.2 Satz 2 GG grundsätzlich ausgeschlossenen Fällen der »selbstgeschaffenen Nachfluchtatbestände« erhält, läßt sich daher nur durch eine Untersuchung des Flüchtlingsbegriffs aus Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK feststellen. Dabei ist zu beachten, daß ein Rückgriff auf vermeintlich typische Merkmale der »Flüchtlingseigenschaft«<sup>47</sup> oder den »eigentlichen Begriff des politischen Flüchtlings«<sup>48</sup> für die hier verfolgten Zwecke nur bedingt zulässig ist. Das Völkerrecht kennt keinen allgemein anerkannten Flüchtlingsbegriff, sondern lediglich völkervertragliche Definitionen<sup>49</sup>. Dies schließt jedoch nicht grundsätzlich aus, Flüchtlingsdefinitionen, die bei der Konzeption der GFK bekannt waren, im Rahmen der Untersuchung des Umfeldes ihrer Entstehung zu berücksichtigen.

Eine eigenständige Untersuchung der Frage des Flüchtlingsbegriffs nach Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK wird auch nicht durch die positive Stellungnahme des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (UNHCR) zu diesem Fragenkreis<sup>50</sup> ausgeschlossen. Art.35 GFK sieht lediglich eine Zusammenarbeit der staatlichen Behörden mit dem UNHCR vor, begründet aber nicht dessen Kompetenz

<sup>46</sup> Vgl. F. Franz, Das Asylrecht im Schatten der Flüchtlingskonvention, DVBl.1966, 623ff.; G. Köfner/P. Nicolaus, Die Genfer Flüchtlingskonvention im Schatten des Grundgesetzes, ZAR 1986, 11ff.; A. Roth, Die Genfer Flüchtlingskonvention im Schatten des Grundgesetzes, ZAR 1988, 164ff.

<sup>47</sup> Vgl. die Bemühungen von O. Kimminich, Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings (1962), 15–48; vgl. auch Roth, *ibid.*, 166, mit Rückgriff auf das Begriffselement »Flucht« in der deutschen untechnischen Übersetzung »Flüchtlingskonvention«.

<sup>48</sup> So etwa H. Quaritsch, Recht auf Asyl (1985), 146f.

<sup>49</sup> Vgl. statt aller Grahl-Madsen (Anm.38), Bd.1, 73; E. Jahn, Refugees, in: EPIL Inst.8 (1985), 452ff.; Kimminich (Anm.47), 47; nur am Rande sei darauf hingewiesen, daß daher auch der Versuch des Bundesverfassungsgerichts, auf »das völkerrechtliche Institut des Asylrechts« bzw. dessen »Ausrichtung auf den Schutz von Flüchtlingen« zurückzugreifen, unbefriedigend bleiben muß, BVerfGE 74, 51, 57, 59.

<sup>50</sup> Vgl. Amt des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (Hrsg.), Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft (1979), 25 Abs.96.

zur authentischen und für die Vertragsstaaten bindenden Vertragsauslegung<sup>51</sup>.

### 1. Nachfluchtatbestände begründen grundsätzlich den Flüchtlingsstatus

Ausgangspunkt der Untersuchung ist danach der Wortlaut von Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK in den authentischen Vertragssprachen in der Fassung, die er durch Art.1 Abs.2 des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge<sup>52</sup> erhalten hat. Danach ist Flüchtling 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 ...«. Diese Begriffsbestimmung enthält keinen Hinweis auf die Notwendigkeit einer Flucht vor politischer Verfolgung, um die Flüchtlingseigenschaft zu erlangen. Die Wortwahl sich befindet (»is outside the country«/»se trouve hors du pays«) spricht im übrigen nicht dafür, daß der Aufenthalt durch konkrete Verfolgung bedingt und durch Flucht begründet sein muß<sup>53</sup>. Eine solche Bedingung läßt sich auch nicht aus anderen Elementen der Begriffsbestimmung herauslesen. Bestimmend für den Aufenthalt ist nach dem Wortlaut lediglich die »begründete Furcht vor Verfolgung« wegen bestimmter Merkmale. Daß diese Furcht fluchtbestimmend gewesen sein muß, läßt sich der Formulierung nicht entnehmen<sup>54</sup>. Sie kann auch so verstanden werden, daß ledig-

<sup>51</sup> Vgl. statt aller Grahl-Madsen (Anm.38), Bd.1, 333; L. W. Holborn, Refugees: A Problem of our Time, Bd.1 (1975), 161f.; gleichwohl greift das völkerrechtliche Schrifttum zur Auslegung der GFK regelmäßig auf die Stellungnahme im Handbuch zurück, vgl. nur P. Koch/B. Tellenbach, Die subjektiven Nachfluchtgründe, Asyl 1986, Heft 3, 9ff., 10.

<sup>52</sup> Vgl. Anm.8.

<sup>53</sup> Vgl. dagegen BVerfGE 74, 51, 57: »Bei diesem Rechtsinstitut des Asyls, wie es seinerzeit praktiziert wurde und bekannt war, wurde grundsätzlich ein kausaler Zusammenhang zwischen (drohender) Verfolgung und Flucht vorausgesetzt«.

<sup>54</sup> Gleichwohl finden sich im Schrifttum zahlreiche Beispiele, in denen von einer Flucht wegen (drohender) Verfolgung als Voraussetzung für die Begründung der Flüchtlingseigenschaft nach der GFK ausgegangen wird, so ausdrücklich Kimminich (Anm.3); B. Vukas, International Instruments dealing with the Status of Stateless Persons and of Refugees, Revue Belge de Droit International 1972, 143, 146; eher beiläufig P. Weis, Legal Aspects of the Convention of 25 July 1951 relating to the Status of Refugees, BYIL 1953, 478, 480; D. Blumenwitz, Einführung, in: ders. (Hrsg.), Flucht und Vertreibung

lich der Rückkehrwille ausgeschlossen ist. Nach dem Wortlaut können daher auch Nachfluchtgründe – sofern die weiteren Anforderungen der »begründeten Furcht«, insbesondere wegen »politischer Überzeugung« vorliegen – die Flüchtlingseigenschaft nach der GFK begründen.

Diese Auslegung wird bekräftigt durch Art.1 Abschn.C Nr.4 GFK. Dieser lautet in der englischen Fassung: "This Convention shall cease to apply to any person falling under the terms of section A if: 4. He has voluntarily re-established himself in the country which he left or outside which he remained owing to fear of persecution"<sup>55</sup>. Danach wird vorausgesetzt, daß auch Personen, die ihr Land nicht wegen Verfolgungsfurcht verlassen haben, sondern diesem nur aus diesem Grunde ferngeblieben sind, Flüchtlinge nach Abschn.A sein können.

Der Wortlaut des Art.1 Abschn.A Nr.2 wurde bewußt gewählt:

Im ersten Entwurf des Ad Hoc Committee wurde der Flüchtling u. a. definiert als "1. any person, who ... (b) has left or, owing to such fear, is outside the country of his nationality". Diese Begriffsbestimmung wurde durch den Wirtschafts- und Sozialrat ergänzt. Danach ist Flüchtling "a person, who had to leave, shall leave or remain(s) outside the country". Diese Definition wurde in der Folge auch vom Ad Hoc Committee übernommen. Die Generalversammlung beschränkte dann die Begriffswahl auf "being outside the country", da ein Verlassen des Landes aufgrund von Furcht vor Verfolgung auch nach den ersten Entwürfen nicht als erforderlich angesehen wurde<sup>56</sup>.

Auf der Konferenz der vertragschließenden Staaten war diese Deutung allerdings nicht unumstritten. Der Vertreter des Vereinigten Königreichs ging bei der Begründung eines Änderungsantrages davon aus, daß der Flüchtling sein Land wegen begründeter Furcht verlassen haben müsse. Der französische Vertreter trat dem Änderungsantrag bei. Der Vertreter Israels gab zu bedenken, daß auch solche Personen, die, sich im Ausland befindend, von Umwälzungen im Heimatstaat überrascht werden, den Schutz der Konvention genießen müßten. Der Änderungsantrag wurde danach zurückgestellt, der Vorschlag zu einer weiteren Diskussion

---

(1987), 1, 79f.; A. N. Makarov, Das internationale Flüchtlingsrecht und die Rechtsstellung heimatloser Ausländer nach dem Bundesgesetz vom 25. April 1951, ZaöRV 1951/52, 431, 448; G. E. H. Picker, Die definitionsmäßige Erfassung des internationalen politischen Flüchtlings (1969), 71f.

<sup>55</sup> Gleichlautend der französische Text; die deutsche Übersetzung ist dagegen ungenau. Hervorh. vom Verf.

<sup>56</sup> Vgl. zur Entstehungsgeschichte insbesondere Robinson (Anm.39), 50f.; Zitate nach Robinson.



über die Frage der »Nachfluchtgründe« in der Folge aber nicht wieder aufgegriffen<sup>57</sup>.

Diese Auslegung wird erhärtet durch die Umstände, die zu der Wortwahl geführt haben und damit Ziel und Zweck von Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK bestimmen. Die Entstehung der GFK ist geprägt von dem Bemühen, den Rechtsstatus der Flüchtlinge der damaligen Zeit umfassend und einheitlich zu regeln. Dabei wurden als Flüchtlinge nicht nur die Personen begriffen, die erst aufgrund politischer Verfolgung ihr Land verlassen mußten. Vielmehr sah sich die europäische Staatengemeinschaft nach dem Zweiten Weltkrieg in besonderem Maße mit dem Problem der *displaced persons* konfrontiert, Personen, die sich aufgrund Zwanges oder Verschleppung außerhalb ihres Heimatstaates aufhielten<sup>58</sup>. Durch die Gründung der "International Refugee Organisation" (IRO) war beiden Personengruppen 1946 internationale Unterstützung zuteil geworden, die für die *displaced persons* in erster Linie in der Repatriierung bestand<sup>59</sup>. Erfasst wurden aber auch in zunehmendem Maße Personen, die ausreichende Gründe gegen ihre Rückkehr wegen der politischen Umwälzungen in ihren Heimatstaaten vorbrachten. Als solche Gründe galten u. a.: »Verfolgung oder begründete Furcht vor Verfolgung aus Gründen der Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit oder politischer Gesinnung ...«<sup>60</sup>. In der Sache handelte es sich bei diesen *displaced persons* daher um politische Flüchtlinge<sup>61</sup>. Die GFK sieht in Art.1 Abschn.A Nr.1 vor, daß alle diese Personen, auch die *displaced persons*<sup>62</sup>, als statutäre Flüchtlinge behandelt werden, wenn sie unter dem Schutz der IRO standen. Verwiesen wird gleichzeitig auf Art.1 Abschn.A Nr.2 für die Personen, die zwar in den personalen Anwendungsbereich der IRO fielen, aber nicht unter deren

---

<sup>57</sup> Vgl. GAA/CONF.2/SR.23, 8ff.; vgl. auch Robinson, *ibid.*, Anm.31, der diesbezüglich von einer "correct interpretation" des israelischen Delegierten N. Robinson spricht.

<sup>58</sup> Vgl. dazu E. Reut-Nicolussi, *Displaced Persons and International Law*, RdC73 (1948 II), 5ff., insbes. 31; P. Weis, *Die Genfer Flüchtlings-Konvention vom 28. Juli 1951*, Jahrbuch für Internationales Recht 4 (1951/52), 53, 55.

<sup>59</sup> Vgl. Annex 1: Definitions, General Principles, 1(b) der Satzung der IRO, UNTS 18, 3; dazu etwa Reut-Nicolussi, *ibid.*, 50ff.; Holborn (Anm.51), 29ff.; E. Jahn, *International Refugee Organisation*, in: EPIL Inst.5 (1983), 171ff.

<sup>60</sup> Vgl. Annex 1: Definitions, Part I, Section C, 1(a) der Satzung der IRO, UNTS 18, 3; diese Definition diene gerade der Abgrenzung zu Flüchtlingen aus wirtschaftlichen Gründen, vgl. Annex 1, *ibid.*, 1(e).

<sup>61</sup> So ausdrücklich der von Holborn (Anm.51), 61, zitierte Bericht; vgl. in diesem Sinne auch S. Aga Khan, *Legal Problems relating to Refugees and Displaced Persons*, RdC 149 (1976 I), 287, 296.

<sup>62</sup> Vgl. dazu Robinson (Anm.39), 11; Grahl-Madsen (Anm.38), Bd.1, 138.

Schutz standen, weil sie z. B. um Unterstützung nicht nachgesucht hatten<sup>63</sup>. Dieser Verweis erfaßt damit grundsätzlich auch solche Personen, die erst nach dem Verlassen ihres Heimatstaates die Voraussetzung für die Anerkennung als Flüchtling nach Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK erfüllten<sup>64</sup>.

Auch die Staatenpraxis zeigt, daß Nachfluchtgründe in der Regel anerkannt werden zur Begründung der Flüchtlingseigenschaft<sup>65</sup>. Im völkerrechtlichen Schrifttum ist daher der sog. *réfugié sur place* anerkannt, eine Person, die die Flüchtlingseigenschaft erst während des Aufenthaltes in einem anderen Land erwirbt<sup>66</sup>.

## 2. Ausschluß selbstgeschaffener Nachfluchtgründe?

Ergibt der Wortlaut von Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK mithin, daß grundsätzlich auch Nachfluchtgründe die Flüchtlingseigenschaft begründen können, so ist damit noch nicht abschließend geklärt, ob dies sowohl für objektive als auch für subjektive, selbstgeschaffene Nachfluchtgründe gilt.

<sup>63</sup> Vgl. Robinson, *ibid.*, 44.

<sup>64</sup> Robinson (Anm.39), 47f., nennt ausdrücklich die "deportees from the East during the war who refused ... to be repatriated to their homeland ..."; der historische Hintergrund für die Formulierung der GFK wurde insbesondere vom französischen Vertreter bei den Vertragsverhandlungen hervorgehoben, vgl. A/Conf.2/SR.22, 15; in der Bundesrepublik wurden die *displaced persons* weitgehend vom »Gesetz über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet« vom 25.4.1951 erfaßt; vgl. dazu Makarov (Anm.54).

<sup>65</sup> Vgl. die Zusammenstellung von R. Hofmann, Asyl- und Flüchtlingsrecht, in: J. A. Frowein/T. Stein (Hrsg.), Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht, Bd.2 (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd.94) (1987), 2019ff., 2026f.; zu der Frage, ob dies uneingeschränkt auch für selbstgeschaffene Nachfluchtgründe gilt, vgl. unten Anm.90–105.

<sup>66</sup> Vgl. nur G. J. van Heuven Goedhart, The Problem of Refugees, RdC 82 (1953 I), 261, 268; Grahl-Madsen (Anm.38), Bd.1, 94; C. A. Pompe, De convention van 28 juli 1951 en de Internationale Bescherming van Vluchtelingen, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1956, 425, 436; R. Hofmann (Anm.3), m.w.N.; V. Lieber, Die neuere Entwicklung des Asylrechts im Völkerrecht und Staatsrecht (1973), 65; Picker (Anm.54), 96. Nur am Rande sei bemerkt, daß diese Vorstellung auch schon vor 1949 im Völkerrecht vorherrschte. Damit erweist sich auch der vom Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 26.11.1986, BVerfGE 74, 51, 57ff., siehe Anm.3, festgestellte völkerrechtliche Befund als eher unzutreffend, vgl. schon Hofmann, *ibid.*

a) *Zeitliche und geographische Beschränkung – Verhältnis zur ursprünglichen Begriffsbestimmung*

Anhaltspunkte für die Beschränkung auf objektive Nachfluchtgründe könnten sich aus dem ursprünglichen Wortlaut von Art.1 Abschn.A Nr.2 ergeben, der mit der Formulierung »infolge von Ereignissen, die vor dem 1. Januar 1951 eingetreten sind ...« (»As a result of events«/»par suite d'événements«) bestimmte »Ereignisse« als Bedingung für das »sich befinden« postulierte. Der Begriff »Ereignisse« ist insbesondere hinsichtlich der qualitativen Anforderungen nicht unumstritten<sup>67</sup>. Einigkeit besteht jedoch darüber, daß es sich um Vorkommnisse im Ursprungsstaat handeln muß<sup>68</sup>. Dies wird bestätigt durch die Möglichkeit in Art.1 Abschn.B Nr.1 GFK, Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK auf »Ereignisse, die vor dem 1. Januar 1951 in Europa eingetreten sind« zu beschränken<sup>69</sup>. Darauf deutet ferner hin, daß die Flüchtlingseigenschaft nach Art.1 Abschn.C Nr.5 Abs.1 erlischt, »wenn (die Person) nach Wegfall der Umstände, auf Grund deren sie als Flüchtling anerkannt worden ist, es nicht mehr ablehnen kann, den Schutz des Landes in Anspruch zu nehmen, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt«. Umstände im Sinne dieser Bestimmung sind wiederum solche im Herkunftsland<sup>70</sup>. Art.1 Abschn.A Nr.2 scheint daher zumindest in seiner ursprünglichen Fassung vorwiegend solche Nachfluchtgründe erfassen zu wollen, die ihren Ursprung in Ereignissen im Heimatstaat haben (objektive Nachfluchtgründe)<sup>71</sup>.

Diese Argumentation scheint allerdings durch die Streichung der Worte »infolge ...« bis »und« in Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK durch Art.1 Abs.2

---

<sup>67</sup> Vgl. etwa Robinson (Anm.39), 45f.

<sup>68</sup> Vgl. etwa Grahl-Madsen (Anm.38), Bd.1, 164, 172; Robinson, *ibid.*, 45ff.; Pompe (Anm.66), 438; Weis (Anm.58), 57; K.F. Zink, Das Asylrecht in der Bundesrepublik Deutschland nach dem Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte (1962), 125ff.; Wierer (Anm.11), 84.

<sup>69</sup> Hervorh. vom Verf.; diese Möglichkeit wurde von etlichen Staaten gewählt, vgl. dazu Kimminich (Anm.47), 286ff.; P. Weis, The 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and Some Questions of the Law of Treaties, BYIL 1967, 39ff., 40.

<sup>70</sup> Vgl. nur Goodwin-Gill (Anm.40), 51; da dieselbe Bestimmung in Abs.2 eine Sonderregelung für »Vorfluchtgründe« enthält, ist Abs.1 wegen seines offenen Wortlautes zudem eine erneute Bestätigung dafür, daß auch (objektive) Nachfluchtgründe die Flüchtlingseigenschaft begründen können.

<sup>71</sup> Bezeichnend ist daher, daß vorwiegend im frühen Schrifttum zu Art.1 Abschn.A Nr.2 in der Regel nur Beispiele objektiver Nachfluchtgründe genannt werden, vgl. insbesondere den Nachweis in Anm.64 und daselbst im Text; Goodwin-Gill, *ibid.*, 25.

des Protokolls von 1967<sup>72</sup> entwertet worden zu sein<sup>73</sup>. Dabei würde aber nicht beachtet, daß die von Vertragsstaaten der GFK vorgenommene geographische Beschränkung auf »Ereignisse, die in Europa eingetreten sind« (Art.1 Abschn.B Nr.1a) gemäß Art.1 Abs.3 des Zusatzprotokolls durch die Streichung nicht berührt wird. Für diese Staaten liest sich daher Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK weiterhin als »infolge von Ereignissen, die in Europa eingetreten sind, und aus begründeter Furcht ...«. Wie sich insbesondere aus der Präambel des Protokolls ergibt, in der die »Flüchtlinge im Sinne des Abkommens« dem »Stichtag des 1. Januar 1951« gegenübergestellt werden, ist durch das Protokoll der Flüchtlingsbegriff als solcher nicht geändert worden. Lediglich die Stichtagsregelung sollte beseitigt werden<sup>74</sup>. Daher muß sich auch für die anderen Staaten – wie die Bundesrepublik Deutschland – die Formulierung »infolge von Ereignissen« in der Flüchtlingsdefinition wiederfinden lassen. Andernfalls würde zusätzlich zur fortgeltenden geographischen Unterscheidung eine qualitative Unterscheidung treten. Eine diesen Anforderungen entsprechende Lesart ist ohne weiteres möglich, denn der Flüchtlingsbegriff knüpft mit dem Verweis auf die »begründete« (”well-founded”/”avec raison») Furcht an objektive Merkmale an<sup>75</sup>. »Begründet« ist eine Furcht dann, wenn sie auf »Ereignisse« im dargestellten Wortsinn gestützt werden kann. Die Formulierung »infolge von Ereignissen« bezieht sich daher nicht unmittelbar auf den Aufenthalt im Ausland, sondern wird durch die »Furcht« vermittelt<sup>76</sup>. Art.1 Abschn.A Nr.2 enthält in seinen Voraussetzungen damit weiterhin die Bestimmung »infolge von Ereignissen« (im Heimatstaat) als Voraussetzung für die Begründung der Flüchtlingseigenschaft.

Dagegen kann nicht eingewandt werden, daß nur der Stichtag selbst, nicht aber der Begriff »Ereignisse« begrenzenden Charakter für Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK hat<sup>77</sup>. Anknüpfungspunkt für zeitliche und geographische Beschränkungen kann nur ein Begriffsmerkmal mit eigenständigem inhaltlichen Gehalt sein.

<sup>72</sup> Vgl. oben Anm.8.

<sup>73</sup> Vgl. etwa ausdrücklich M. Geistlinger, Zur Rechtsstellung der Ausländer nach österreichischem Recht, in: Frowein/Stein (Anm.65), 1009, 1132.

<sup>74</sup> Vgl. dazu Weis (Anm.69), 41ff.; Holborn (Anm.51), 177ff.

<sup>75</sup> Dies entspricht allgemeiner Auffassung, vgl. statt aller Grahl-Madsen (Anm.38), Bd.1, 173ff.

<sup>76</sup> Vgl. dazu schon Robinson (Anm.39), 45; Handbuch des UNHCR (Anm.50), 11; Zink (Anm.68), 119f. sowie Grahl-Madsen, *ibid.*, 168 Anm.40.

<sup>77</sup> So Grahl-Madsen (Anm.38), Bd.1, 167, unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des BVerwG.

Die Stichtagsregelung in der ursprünglichen Formulierung zeigt zudem, daß die Konventionsstaaten mit Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK nur bestimmte, ihnen bekannte Fallgruppen von Flüchtlingen erfassen und keine Verpflichtungen für zukünftige Flüchtlingsentwicklungen übernehmen wollten<sup>78</sup>. Daher ist die Flüchtlingsdefinition mit Blick auf die damals regelungsbedürftig erscheinenden Personengruppen zu lesen und wird von deren Merkmalen grundsätzlich begrenzt. Regelungsbedürftig war unter anderem – wie bereits dargelegt – das Schicksal der *displaced persons*, die als politische Flüchtlinge mit objektiven Nachfluchtgründen angesehen werden können<sup>79</sup>.

Die Beseitigung der Stichtagsregelung durch das Protokoll hat dagegen an der Bedeutung der Entstehungsumstände nichts geändert. Wie bereits dargelegt, ist dadurch der Anwendungsbereich der GFK unter Beibehaltung des Flüchtlingsbegriffs lediglich zeitlich geändert worden. Mit anderen Worten: Das Protokoll erstreckt die Bestimmungen der GFK auf neue, nicht aber auf andere Flüchtlinge.

#### *b) Politische Betätigung von Ausländern*

Insbesondere für die auf politische Aktivitäten zurückzuführenden Nachfluchtgründe ist ein weiterer Aspekt zu beachten. Eigene politische Aktivitäten des Ausländers im Gastland mit dem weiten Wortlaut von Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK erfassen zu wollen, ist schwerlich mit dem Umstand vereinbar, daß das allgemeine Völkerrecht, zumindest zur Zeit der Entstehung der GFK, die Staaten nicht daran hinderte, die politische Tätigkeit von Ausländern weitgehend zu beschränken<sup>80</sup>. Gleichwohl stattfindende politische Betätigung wurde häufig zum Anlaß für Ausweisungen genommen<sup>81</sup>. Diese Handlungsoption ist den Konventionsstaaten durch das *non-refoulement*-Gebot in Art.33 GFK genommen, wenn Leben oder Freiheit des Flüchtlings objektiv wegen der auch in Art.1

---

<sup>78</sup> Vgl. dazu Robinson (Anm.39), 52; Grahl-Madsen, *ibid.*, 170f.; Holborn (Anm.51), 177ff.; das Ad Hoc Committee führte dazu aus: "... it would be difficult for Governments to sign a blank cheque and to undertake obligations towards future refugees, the origin and number of which would be unknown", E/1618 (E/AC.32/5), Annex 2; vgl. auch den französischen Vertreter bei den Vertragsverhandlungen, A/Conf.2/SR.22, 15, der diesen Umstand besonders hervorhebt.

<sup>79</sup> Vgl. die Darlegungen und Nachweise bei Anm.59–64.

<sup>80</sup> Vgl. nur G. Dahm, *Völkerrecht*, Bd.I (1958), 511; U. Wölker, *Zu Freiheit und Grenzen der politischen Betätigung von Ausländern* (1987), 178, sowie 187ff. m.w.N.

<sup>81</sup> Vgl. Dahm, *ibid.*, 511 Anm.31; Wölker, *ibid.*, 177 m.w.N.

Abschn.A Nr.2 GFK genannten Merkmale bedroht ist. Die Ausweisungsmöglichkeit bleibt nach der GFK jedoch erhalten, wenn der Ausländer kein Flüchtling im Sinne von Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK ist und sich daher nicht auf Art.33 GFK berufen kann<sup>82</sup>. Eine Vermutung dafür, auch solchen Personen durch Zuerkennung des Flüchtlingsstatus Ausweisungsschutz zukommen lassen zu wollen, deren politische Betätigung herkömmlicherweise Ausweisungen begründete, besteht jedoch nicht. Art.32 GFK bestätigt dies grundsätzlich, indem darin die Ausweisung nur für Flüchtlinge begrenzt wird, die sich rechtmäßig im Gebiet des Gaststaates aufhalten, andere Flüchtlinge dagegen weiterhin grundsätzlich unbeschränkt ausgewiesen werden dürfen<sup>83</sup>. Art.32 nimmt mit dem Begriff der »öffentlichen Ordnung« (»public order«/»ordre public«) zudem materiell Bezug auf Art.2 GFK, der die allgemeinen Pflichten des Flüchtlings normiert<sup>84</sup>. Mit der gewählten Formulierung sollte – einer französischen Anregung folgend – die politische Aktivität von Flüchtlingen begrenzt werden<sup>85</sup>. Daraus ergibt sich zweierlei: Zum einen kann jeder Flüchtling ausgewiesen werden, der in bestimmtem Maße politische Aktivitäten entfaltet und damit gegen die öffentliche Ordnung (»public order«/»ordre public«) verstößt, auch wenn er sich rechtmäßig im Land aufhält. Zum anderen zeigt Art.2 GFK, daß den Konventionsstaaten die Problematik politischer Betätigung von Ausländern bewußt war und regelungsbedürftig erschien. Dies ergibt sich in besonderem Maße auch aus der konkreten Abfassung von Art.15 GFK<sup>86</sup>. Bei der Diskussion dieser

<sup>82</sup> Zum personalen Anwendungsbereich von Art.33 GFK und zum Ausweisungsschutz aufgrund anderer Rechtsnormen vgl. schon Anm.40.

<sup>83</sup> Vgl. dazu Robinson (Anm.39), 156; Art.32 Abs.1 lautet in deutscher Übersetzung: »Die vertragsschließenden Staaten werden einen Flüchtling, der sich rechtmäßig in ihrem Gebiet befindet, nur aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung (»national security or public order«/»sécurité nationale ou d'ordre public«) ausweisen«. Zur Frage des »rechtmäßigen« Aufenthalts vgl. H. Rosen, Duldung und rechtmäßiger Aufenthalt – Zur Ausgestaltung vertragsvölkerrechtlicher Regelungen, ZAR 1988, 20ff.

<sup>84</sup> Art.2 lautet: »Jeder Flüchtling hat gegenüber dem Land, in dem er sich befindet, Pflichten, zu denen insbesondere die Verpflichtung gehört, die Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften sowie die zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung (»public order«/»ordre public«) getroffenen Maßnahmen zu beachten«.

<sup>85</sup> Vgl. dazu Robinson (Anm.39), 72; zum Begriff des *ordre public* im Ausländerrecht Frankreichs vgl. Wölker (Anm.80), 63ff.

<sup>86</sup> Art.15 lautet in deutscher Übersetzung (Hervorh. vom Verf.): »Die vertragsschließenden Staaten werden den Flüchtlingen, die sich rechtmäßig in ihrem Gebiet aufhalten, hinsichtlich der Vereinigungen, die nicht politischen und nicht Erwerbszwecken dienen, und den Berufsverbänden die günstigste Behandlung wie den Staatsangehörigen eines fremden Landes unter den gleichen Umständen gewähren«.

Bestimmung bestand Einigkeit, daß den Vertragsstaaten die Möglichkeit zur Beschränkung politischer Aktivitäten von Ausländern durch die Konvention nicht entzogen werden sollte<sup>87</sup>. Angesichts dieser Umstände spricht vieles dafür, daß die Begründung der Flüchtlingseigenschaft durch eigene politische Aktivitäten im Gastland nicht erfaßt werden sollte, zumal bei Abfassung der Flüchtlingsdefinition dieser (grundsätzlich für regelungsbedürftig gehaltene) Aspekt nicht angesprochen wurde<sup>88</sup>.

### 3. Vertragspraxis

Für die Auslegung von Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK kann schließlich die Praxis der an die Konvention bzw. das Protokoll gebundenen Staaten nicht unbeachtet bleiben. Die Aufarbeitung der Staatenpraxis bereitet jedoch aus vielerlei Gründen Schwierigkeiten. Zum einen sind die Staaten nach den Empfehlungen in der Schlußakte zur GFK gehalten, soweit möglich auch solche Personen wie Flüchtlinge zu behandeln, die nicht von den Bestimmungen der GFK unmittelbar erfaßt werden<sup>89</sup>. Eine liberale Staatenpraxis kann daher nicht zwingend als Anerkennung einer bestimmten Rechtsauffassung gewertet werden. Zum anderen werden in vielen Staaten in der Regel nur ablehnende Entscheidungen begründet. Positive Staatenpraxis tritt dagegen nicht immer nachprüfbar in Erscheinung. Schließlich tritt die Frage nach selbstgeschaffenen Nachfluchtgründen üblicherweise in Staaten mit langwierigen Anerkennungsverfahren auf, so daß sich die Problematik oftmals nicht stellt.

Die für die Anerkennung von Flüchtlingen zuständige französische «Commission de Recours des Réfugiés» hat den Flüchtlingsstatus des sich auf selbstgeschaffene Nachfluchtgründe berufenden Ausländers zunächst offengelassen, da eine Verfolgungsgefahr nicht nachgewiesen war<sup>90</sup>. In zwei jüngeren Verfahren werden selbstgeschaffene Nachfluchtgründe jedoch grundsätzlich anerkannt<sup>91</sup>.

Auch die Gerichte der USA erkennen selbstgeschaffene Nachflucht-

---

<sup>87</sup> Vgl. Robinson (Anm.39), 109 Anm.158.

<sup>88</sup> Vgl. die Nachweise in Anm.57.

<sup>89</sup> Vgl. Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, IVE, UNTS 189, 150.

<sup>90</sup> Vgl. Entscheidung vom 4.11.1954, *Nejad Nehmed*, Nr.662, in: Jurisprudence de la Commission de Recours des Réfugiés (1961), 26f.

<sup>91</sup> Vgl. Entscheidung vom 25.4.1978, *Jean*, Nr.9358; Entscheidung vom 27.1.1981, *Arumugam*, Nr.11931; beide nachgewiesen in F. Tiberghien, *La Protection des Réfugiés en France* (1984), 199.

tatbestände grundsätzlich an. Dies ergibt sich zunächst andeutungsweise aus einer Anzahl von Entscheidungen, in denen der Kläger politische Aktivitäten nur oder vorwiegend in den USA vorbrachte, der Flüchtlingsstatus mangels Nachweises der Verfolgungsgefahr aber letztlich nicht zuerkannt wurde<sup>92</sup>. Erfolgreich war das Vorbringen politischer Betätigung in den USA dagegen in zwei Fällen durch iranische Studenten. Soweit dabei auch auf Folter von Familienangehörigen im Iran verwiesen wird, dient dies allein dem Nachweis drohender Verfolgung<sup>93</sup>. Die Gerichte sind aber auch bemüht, mißbräuchliche Betätigung auszuschließen<sup>94</sup>.

Die Praxis anderer Staaten scheint dagegen noch im Fluß zu sein. Dies gilt zunächst für die Entscheidungen des spanischen Tribunal Supremo. Dieses Gericht hatte über den Fall eines sich auf die Veränderungen in seinem Heimatstaat und auf die Teilnahme an einer Demonstration in Spanien berufenden Iraners zu befinden. Das Gericht hält die Beschwerde im Ergebnis für begründet, stützt sich dabei aber auf die Stellungnahme des UNHCR und untersucht im übrigen im wesentlichen den Einfluß von Veränderungen im Heimatstaat sowie die Voraussetzungen für den Nachweis der Verfolgungsfurcht. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Teilnahme an der Demonstration ist dagegen in den Entscheidungsgründen nicht zu finden<sup>95</sup>.

Auch die kanadischen Gerichte haben sich zu diesem Themenkreis bislang nicht ausdrücklich geäußert. In einem Verfahren vor dem Supreme Court wurde die Frage lediglich am Rande gestreift<sup>96</sup>. Hinzuweisen ist jedoch auf die Richtlinie 12 des "Refugee Status Advisory Committee", die als *réfugié sur place* auch den Ausländer anerkennt, dessen begründete Furcht vor Verfolgung von Veränderungen in seinem Heimatstaat herrührt, die nach seiner Abreise eingetreten

<sup>92</sup> Vgl. etwa *Cisternas-Estay v. Immigration & Nat. Service*, 531 F.2d 155 (1976); *Kasiani v. Imm. & Nat. Service*, 547 F.2d 376; *Bahramnia v. United States*, 782 F.2d 1243 (5th Cir.1986); *Ganjour v. I.N.S.*, 796 F.2d 832 (5th Cir.1986); *Sanchez-Trujillo v. I.N.S.*, 801 F.2d 1571 (9th Cir.1986).

<sup>93</sup> Vgl. *Sakhavat v. I.N.S.*, 796 F.2d 1201 (9th Cir.1986); *Ghadessi v. Immigration & Naturalization Service*, 797 F.2d 804.

<sup>94</sup> Vgl. *Cisternas-Estay v. Immigration & Nat. Service* (Anm.92) sowie K.R. Petrini, *Basing Asylum Claims on a Fear of Persecution Arising from a Prior Asylum Claim*, *Notre Dame Lawyer* 56 (1980/81), 719, 729.

<sup>95</sup> Vgl. Entscheidung vom 28.9.1988, *Repertório de Jurisprudencia, Aranzadi* (1988), Nr.6945.

<sup>96</sup> Vgl. Entscheidung vom 21.12.1982, *Re Kwiatkowsky and Minister of Manpower & Immigration*, *Dominion Law Reports* (3d) 142 (1983), 385.



sind. Ein Hinweis auf selbstgeschaffene Nachfluchtgründe fehlt dagegen<sup>97</sup>.

Auch der österreichischen Praxis ist der Begriff des *réfugié sur place* bekannt. Das Bundesministerium für Inneres hat in einem Berufungsbescheid einen Ausländer als Flüchtling anerkannt, der erst in Österreich »in verantwortlicher Funktion durch Worte und Taten in eindeutiger Weise gegen das derzeitige Regime in seinem Heimatstaat Stellung bezogen« hat<sup>98</sup>. Der Verwaltungsgerichtshof hat diese Frage dagegen noch nicht abschließend zu entscheiden gehabt. Immerhin wird in einer Entscheidung die Betätigung bei türkischen Vereinen in Österreich unter dem Stichwort *sur place*-Flüchtling behandelt, die Beschwerde mangels begründeter Verfolgungsfurcht jedoch abgewiesen<sup>99</sup>.

Eindeutig ablehnend sieht dagegen die schweizerische Praxis aus. Nachfluchtgründe werden danach nur anerkannt, wenn sie ohne Dazutun des Antragstellers entstanden sind. Die Standardformulierung der schweizerischen Behörden und Gerichte dazu lautet: »Nach konstanter schweizerischer Rechtsprechung ist einzig die Situation, wie sie sich bei der Ausreise des Asylbewerbers aus seinem Heimatland darstellte, entscheidend«<sup>100</sup>. Das finnische Ausländergesetz ist ebenso eindeutig<sup>100a</sup>.

Auf die grundsätzliche Anerkennung selbstgeschaffener Nachfluchtgründe durch englische Behörden und Gerichte deuten Ausführungen hin, wonach der Antragsteller u. a. deswegen keinen Nachweis für eine begründete Furcht vor Verfolgung erbracht habe, weil er in England weder Kontakt mit einer Exilorganisation aufgenommen noch Schritte zur Veröffentlichung seiner politischen Ansichten unternommen habe<sup>101</sup>. Die

---

<sup>97</sup> "Guideline 12" ist abgedruckt unter dem Stichwort "Refugees sur place" bei C.J. Wydrzynski, *Canadian Immigration Law and Procedure* (1983), 336. Das "Refugee Status Advisory Committee" ist ein empfehlendes Organ auf der Grundlage von Section 48 des Immigration Act von 1976, vgl. dazu Wydrzynski, *ibid.*, 295ff. Im kanadischen Schrifttum wird die Anerkennung von Flüchtlingen mit selbstgeschaffenen Nachfluchtgründen dagegen gefordert, vgl. J.H. Grey, *Immigration Law in Canada* (1984), 126f. sowie ders., *Refugee Status in Canada*, in: A.E. Nash (Hrsg.), *Human Rights and the Protection of Refugees under International Law* (1988), 299, 302.

<sup>98</sup> Vgl. Berufungsbescheid vom 10.6.1970, Zl.85.226-24/70, abgedruckt in: A. Hermann/F. Hackauf, *Pass-, Fremdenpolizei- und Asylrecht* (1972), 108.

<sup>99</sup> Vgl. Urteil vom 18.5.1988, 87/01/0223, *Zeitschrift für Verwaltung* 1989, 260, Nr.796.

<sup>100</sup> Vgl. dazu S. Werenfels, *Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht* (1987), 347ff. m.w.N.; Koch/Tellenbach (Anm.51), 9ff.; Lieber (Anm.66), 278ff.

<sup>100a</sup> §32 Abs.2 Gesetz Nr.378/1991 vom 22.2.1991, in Kraft getreten am 1.3.1991; *Finlands Författningssamling* 1991, 757ff.

<sup>101</sup> Ausführungen der zuständigen Behörde, nachgewiesen in *Kazie v. Secretary of State for the Home Department*, *Immigration Appeal Tribunal*, 8.2.1984, *Imm.A.R.* 1984, 10, 12; vgl. auch die Ausführungen der zuständigen Behörde, nachgewiesen in *Yavari v. The*

Queen's Bench Division hat dagegen in einer Entscheidung vom 28. Oktober 1988 diese Ansätze zurückgewiesen<sup>102</sup>. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, daß politische Aktivitäten im Gastland nur dann geeignet seien, den Flüchtlingsstatus zu begründen, wenn sie »vernünftig« (*reasonable*) sind. Der Asylsuchende habe sich grundsätzlich politisch zurückzuhalten; andernfalls habe er die Folgen seiner risikobehafteten Aktivitäten selber zu tragen. Dabei erkennt das Gericht, daß dem Asylsuchenden im Falle der Abschiebung Verfolgung drohe und führt aus, daß der dargelegte Grundsatz auch gelte, wenn der Antragsteller aus politischer Überzeugung handle. Nach Auffassung des Gerichts können politische Aktivitäten wohl dann »vernünftig« sein, wenn die im Heimatland herrschenden politischen Zustände dazu geführt haben, daß der Antragsteller zum Zwecke der politischen Bekämpfung dieser Zustände sein Land verläßt. Das Gericht beruft sich zur Begründung seiner Auffassung auf den Zweck der GFK, die körperliche Unversehrtheit zu sichern, nicht aber weltweit die Meinungsäußerungsfreiheit garantieren zu wollen<sup>103</sup>. Mit dieser Wertung nimmt das Gericht wörtlich Bezug auf Ausführungen des Court of Appeal in einer Entscheidung vom 17. Juni 1988<sup>104</sup>. Es stützt sich ferner auf Äußerungen in einer Entscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte, beachtet dabei jedoch nicht, daß die zitierte Passage Gegenstand des schweizerischen Vortrags war und die Kommission die Frage ausdrücklich dahingestellt sein ließ<sup>105</sup>.

#### 4. Bewertung der Auslegungsfaktoren und Zwischenergebnis

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, daß allein der Wortlaut von Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK Anhaltspunkt dafür ist, auch selbstgeschaffene Nachfluchtgründe zur Begründung des Flüchtlingsstatus genü-

---

*Secretary of State for the Home Department*, Immigration Appeal Tribunal, 4.12.1986, Imm.A.R. 1987, 138, 140 und die Ausführungen im Fall *Shirazi* (unveröffentlicht), zitiert daselbst, S.141, die aber letztlich nicht entscheidungserheblich waren, weil die Verfolgungsgefahr nicht ausreichend dargelegt worden war.

<sup>102</sup> *R v. Immigration Appeal Tribunal*, Imm.A.R. 1989, 166 ff.

<sup>103</sup> *Ibid.*, 170 ff.

<sup>104</sup> *Mendis v. Immigration Appeal Tribunal*, Imm.A.R. 1989, 6, 21f.; diese Entscheidung betrifft die Frage, ob auch künftige politische Aktivitäten im Heimatstaat den Flüchtlingsstatus begründen können.

<sup>105</sup> Vgl. Entscheidung der Kommission vom 14.4.1986, Nr.11933/86, *A. v. Switzerland*, Decisions and Reports 46, 257, 270. Der Fehler in der Bezugnahme findet sich auch in der Entscheidung des Immigration Appeal Tribunal, *Yavari v. The Secretary of State for the Home Department* (Anm.101), 141.

gen zu lassen, sofern die weiteren Voraussetzungen<sup>106</sup> erfüllt sind. Dies gilt allerdings uneingeschränkt nur, wenn man allein den Wortlaut nach der Änderung durch das Protokoll berücksichtigt. Dies erscheint aufgrund der in der Präambel des Protokolls zum Ausdruck kommenden Absicht, lediglich die Stichtagsregelung beseitigen zu wollen sowie der Aufrechterhaltung bestehender geographischer Beschränkungen durch Art.1 Abs.3 des Protokolls nicht unproblematisch. Zieht man ferner in Betracht, daß eine Änderung des Flüchtlingsbegriffs erkennbar gerade nicht erfolgen sollte, so ist auch der Wortlaut in der Fassung des Protokolls wegen der weiterhin bestehenden Anknüpfung an Ereignisse im Heimatstaat (»infolge von Ereignissen« bzw. »begründete« Furcht) nicht unzweideutig.

Sowohl die Entstehungsgeschichte und -umstände als auch die in den Art.2, 15 und 32 GFK enthaltene Regelung politischer Aktivitäten von Flüchtlingen, die keine Entsprechung in Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK findet und auch bei dessen Formulierung nicht ins Auge gefaßt wurde, sprechen dagegen wohl eher für eine restriktive Lesart.

Soweit die Vertragspraxis selbstgeschaffene Nachfluchtgründe anerkennt, geschieht dies allein auf der Grundlage des Wortlautes der GFK in der Fassung des Protokolls. Insbesondere die schweizerische Praxis orientiert sich dagegen an den Entstehungsumständen und am Parteiwillen, wie er auch von der Schweiz selber artikuliert wurde, und verfolgt eine restriktive Auffassung seit Inkrafttreten der GFK. Eine für alle Staaten gleichermaßen geltende, am Wortlaut orientierte Auslegung müßte die schweizerische Praxis als völkerrechtswidrig qualifizieren. Dies erscheint kaum vertretbar, knüpft diese Praxis doch *ab initio* an zulässige Auslegungskriterien an.

<sup>106</sup> Wann die Voraussetzungen für eine »begründete Furcht«, für »Verfolgung« und für die »politische Überzeugung« aus der Sicht der GFK vorliegen, kann hier nicht weiter untersucht werden. Einen Überblick über die Staatenpraxis zum Begriff der »begründeten Furcht vor Verfolgung« gibt T. N. Cox, "Well-founded Fear of Being Persecuted": The Sources and Application of a Criterion of Refugee Status, *Brooklyn Journal of International Law* 10 (1984), 333 ff.; vgl. auch F. M. Marino Menéndez, *El concepto de refugiado en un contexto de Derecho Internacional General*, *Revista Española de Derecho Internacional* 1983, 337, 352 ff. In der Staatenpraxis stehen Fragen der Verfolgungsprognose, der Beweislast und der Beweismaßstäbe im Vordergrund der Diskussion. Vgl. dazu etwa Bundesverfassungsgericht, Beschluß vom 5.3.1990 – 2 BvR 938/89 und 1467/89, *InfAuslR* 1990, 165 f.; die Entscheidung des US-Supreme Court, *I.N.S. v. Cardoza Fonseca*, 107 S.Ct.1207 (1987); des spanischen Supremo Tribunal, *Aranzadi*, *Repertório de Jurisprudencia*, Entscheidung vom 9.5.1988, Nr.4074 (1988) und Entscheidung vom 4.3.1989, Nr.1770 (1989) sowie des englischen House of Lords, Entscheidung vom 16.12.1987, *Secretary of State for the Home Department v. Sivakumaran et al.*, *Imm.A.R.* 1988, 147 ff.

Die notwendige Abwägung der Auslegungsfaktoren läßt sich nicht mit Verweis auf den Vorrang der Wortlautinterpretation umgehen; denn zum einen besteht in Rechtsprechung und Schrifttum durchaus Streit, ob einem eindeutigen Wortlaut unbedingter Vorrang einzuräumen ist, zum anderen ist die Eindeutigkeit des Wortlautes selber eine Wertungsfrage<sup>107</sup>. Dies zeigt sich gerade an der vorliegenden Untersuchung.

Das völkerrechtliche Schrifttum läßt dagegen weitgehend selbstgeschaffene Nachfluchtgründe für das Entstehen der Flüchtlingseigenschaft ausreichen, sofern es überhaupt auf diese Frage eingeht. Begründet wird dies jedoch überwiegend unter Rückgriff nur auf einzelne Auslegungskriterien, im wesentlichen durch Verweis auf den Wortlaut nach dem Zusatzprotokoll, durch Hinweis (allein) auf die deutsche Spruchpraxis und das für die authentische Vertragsinterpretation nicht unmittelbar erhebliche Handbuch des UNHCR<sup>108</sup>.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die herrschende Auffassung einer Überprüfung nicht standhält. Die GFK gebietet es nicht, auch solche Personen als Konventionsflüchtlinge zu behandeln, die diesen Status allein mit politischer Betätigung im Gaststaat begründen.

#### *V. Die Rechtsstellung des Konventionsflüchtlings in der Bundesrepublik Deutschland*

Unabhängig davon, ob man dem sich auf selbstgeschaffene Nachfluchtgründe berufenden Ausländer den Flüchtlingsstatus zuerkennt, oder sich der hier bevorzugten Auffassung anschließt, stellt sich die Frage nach der Stellung des Konventionsflüchtlings im Recht der Bundesrepublik Deutschland. Eine Anbindung von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG an Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK läßt sich *ratione personae* – wie bereits dargelegt – jedenfalls nach dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 26. November 1986 nicht begründen. Im jüngeren Schrifttum werden daher ne-

<sup>107</sup> Vgl. zur Bedeutung des Wortlautes nur Art.31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl.1985 II, 926; BGBl.1987 II, 757, das aber gemäß Art.4 nicht rückwirkend und daher unmittelbar nicht anwendbar ist. R. Bernhardt, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd.40) (1963), 58ff. mit Nachweisen aus der Spruchpraxis internationaler Gerichte, insbesondere zur Wertungsfrage der Eindeutigkeit S.64f.

<sup>108</sup> Vgl. Grahl-Madsen (Anm.38), Bd.1, 242ff., 249; A.T. Fragomen, Jr., The Refugee: A Problem of Definition, Case Western Reserve Journal of International Law 1970, 45, 55; Lieber (Anm.66), 103f.; Zink (Anm.68), 130ff.; Köfner/Nicolaus (Anm.11), 290f.; Roth (Anm.46), 166.

ben selbstgeschaffenen Nachfluchtgründen weitere mögliche Divergenzfälle zwischen Art.16 Abs.2 Satz 2 GG und der GFK diskutiert, die hier nicht im einzelnen untersucht werden können<sup>109</sup>. In jedem einzelnen von Behörden und Gerichten zu prüfenden Fall kann daher die Frage auftauchen, ob die betreffende Person zwar nicht Asylberechtigter nach Art.16 Abs.2 Satz 2 GG ist, aber als Konventionsflüchtling die sich aus der GFK ergebenden Rechte geltend machen kann.

### 1. Der Begriff des Flüchtlings im Sinne der GFK in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland

Die Bundesrepublik Deutschland hat durch Zustimmungsgesetz vom 1. September 1953 die GFK im Rang eines einfachen Bundesgesetzes inkorporiert<sup>110</sup>. Unabhängig davon, ob man das Zustimmungsgesetz als Transformationsakt oder staatlichen Vollzugsbefehl ansieht, besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß die Bestimmungen des inkorporierten völkerrechtlichen Vertrages nach völkerrechtlichen Grundsätzen auszulegen sind<sup>111</sup>. Selbstgeschaffene Nachfluchtgründe begründen daher auch für die innerstaatliche Anwendung der GFK den Flüchtlingsstatus, wenn man der hier abgelehnten Auslegung von Art.1 Abschn.A Nr.2 weiter Teile des Schrifttums folgt. Das gilt gleichermaßen für alle anderen Fälle, in denen der Begriff des Flüchtlings weiter ist als der des politisch Verfolgten. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die GFK innerstaatlich *ratione personae* durch den Begriff des »politisch Verfolgten« im Sinne von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG oder in anderer Weise (durch § 51 Abs.3 AuslG n.F.) eingeschränkt worden wäre. In diesem Fall könnte zwar möglicherweise ein Verhalten der Bundesrepublik Deutschland vorliegen, das die Erfüllung der völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht sicherstellt; für die Ausländerbehörden bestünde gleichwohl ein abgeschlossenes gesetzliches System.

---

<sup>109</sup> Vgl. Köfner/Nicolaus, *ibid.*, 206ff.; dies. (Anm.46), 14ff.; Roth, *ibid.*, 164ff.; P. Nicolaus, Flüchtlinge in der Genfer Flüchtlingskonvention und im Artikel 16 Grundgesetz, in: M. Karnetzki/H. Thomä-Venske (Hrsg.), Schutz für de-facto Flüchtlinge (1988), 13, 19ff.; kritisch dazu R. Rothkegel, in: GK-AsylVfG, Vorbemerkung zu § 1, Rdnrn.147ff.

<sup>110</sup> Vgl. BGBl.1953 II, 559; zum innerstaatlichen Rang von nach Art.59 Abs.2 GG inkorporierten Verträgen vgl. nur Boehmer (Anm.42), 66ff.

<sup>111</sup> Vgl. dazu etwa Mosler (Anm.42), 25f. sowie die weiteren dort genannten Nachweise.

a) Die staatliche Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft – konstitutiv oder deklaratorisch?

Eine Übereinstimmung zwischen dem Flüchtlingsbegriff und dem des politisch Verfolgten wäre auf völkerrechtskonformem Wege hergestellt, wenn die GFK den Vertragsstaaten erlaubte, selbst darüber zu befinden, wer Flüchtling im Sinne von Art.1 GFK ist (konstitutive Anerkennung) und diese Feststellung in der Bundesrepublik Deutschland ausschließlich im Asylverfahren erfolgte<sup>112</sup>. In diesem Fall könnte zwar eine nach völkerrechtlichen Auslegungsmethoden gewonnene Bestimmung des Flüchtlingsbegriffs abstrakt von der des »politisch Verfolgten« abweichen; dem käme jedoch keinerlei Bedeutung im innerstaatlichen Bereich zu, da allein der betroffene Staat – etwa durch Gleichsetzung mit dem Begriff des »politisch Verfolgten« aus Art.16 Abs.2 Satz 2 GG – über die Auslegung von Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK befinden könnte. Dieser Ansatz kann aber nicht überzeugen. Die Vertragsstaaten sind nicht frei, über die Reichweite der Verpflichtungen aus der GFK *ratione personae* zu entscheiden. Dies ergibt sich schon daraus, daß die GFK in Art.1 eine umfassende Definition des »Flüchtlings« enthält. Diese wäre überflüssig, wenn die Vertragsstaaten den Begünstigten nach eigenen Kriterien bestimmen dürften. Diese Überlegung wird gestützt durch Art.8 und 9 GFK, die Flüchtlinge von außergewöhnlichen Maßnahmen allein aufgrund der Staatsangehörigkeit befreien, vorläufige Maßnahmen der Staaten aber zulassen, solange die Feststellung darüber aussteht, ob eine bestimmte Person tatsächlich ein Flüchtling ist<sup>113</sup>. Insbesondere Art.9 GFK würde leerlaufen, wenn der Staat nach eigenen Kriterien darüber befinden könnte, wen er als Flüchtling anzuerkennen bereit ist. Auch die Formulierung "that that person is in fact a refugee" spricht eindeutig gegen die Befugnis des Staates, den Flüchtlingsstatus nach eigenen Kriterien zu bestimmen. Im völ-

<sup>112</sup> So der hessische VGH, Beschluß vom 5.10.1989 – 10TP 336/89, InfAuslR 1990, 174f. m.w.N.: »Die Genfer Konvention ... läßt ... nirgends erkennen, daß die Rechtsstellung des Flüchtlings nach Art.1 A Nr.2 GK anders als durch Anerkennung seitens des Staates erworben werden könnte, in dessen Schutz sich der Flüchtlingseigenschaft beanspruchende Ausländer zu begeben wünscht«. Ähnlich etwa Quaritsch (Anm.48), 21.

<sup>113</sup> Art.8 GFK lautet auszugsweise: "With regard to exceptional measures which may be taken against a person, ... of a foreign State, the Contracting States shall not apply such measures to a refugee who is formally a national of the said State solely on account of such nationality". Art.9 GFK lautet auszugsweise: "Nothing in this Convention shall prevent a Contracting State, in time of war ..., from taking provisionally measures ... in the case of a particular person, pending a determination by the Contracting State that that person is in fact a refugee ..." (Hervorh. vom Verf.).

kerrechtlichen Schrifttum besteht daher Einigkeit darüber, daß ein staatliches Anerkennungsverfahren, sofern es überhaupt besteht, lediglich zur deklaratorischen Anerkennung als »Flüchtling« führen kann. Der Flüchtlingsstatus ergibt sich abschließend aus Art.1 der GFK selbst<sup>114</sup>. Davon muß schließlich auch das Bundesverfassungsgericht ausgehen, wenn es eine Berufung auf Art.33 GFK trotz rechtskräftig abgewiesenen Asylantrages für möglich erachtet<sup>115</sup>.

*b) Recht auf Asyl – Recht im Asyl*

In Rechtsprechung und Schrifttum findet sich regelmäßig die Aussage, die GFK gewähre kein Recht auf Asyl, sondern lediglich Rechte im Asyl<sup>116</sup>. Sofern diese Aussage implizieren soll, der einzelne Staat könne selbst (etwa mit Durchführung des Asylverfahrens) über den Personenkreis befinden, der sich im Asyl befindet und daher in den Genuß der Rechte aus der GFK gelangt, läßt sich dies mit den Bestimmungen der GFK nicht ohne weiteres vereinbaren. Die GFK begründet zwar keinen Individualanspruch des Flüchtlings auf Aufnahme, verpflichtet die Staaten aber gleichwohl, den Flüchtlingen gewisse Rechte zu gewähren. Diese Rechte stehen weitgehend unter dem Vorbehalt, daß sich der Flüchtling »rechtmäßig in ihrem (des Gaststaates) Gebiet aufhält«<sup>117</sup>. Bestimmte durch die GFK verbürgte Rechte sind jedoch jedem Flüchtling zu gewähren<sup>118</sup>. In diesem Fall hängt die völkerrechtliche Verpflichtung des Vertragsstaates nicht von einem eigenständigen Aufnahmeakt ab. Vielmehr sind die betreffenden Rechte zu gewähren, sobald und solange der Flüchtling der staatlichen Hoheitsgewalt unterworfen ist. Daraus ergibt sich, daß die pauschale Gegenüberstellung von Recht auf Asyl und

---

<sup>114</sup> Vgl. nur Goodwin-Gill (Anm.40), 20; Grahl-Madsen (Anm.38), Bd.1, 157, 340f.; G. Jaeger, Statut et protection internationale des réfugiés, in: Institut International des Droits de l'Homme, Neuvième Session d'Enseignement, Résumé des Cours (1978), Rdnr.52; vgl. auch C. Gussy, Asylrecht (1981), 155.

<sup>115</sup> Vgl. Beschluß vom 26.11.1986 (Anm.3), 67.

<sup>116</sup> Vgl. etwa BVerwG, Buchholz 402.22 Art.1GK,Nr.5; in diesem Sinne auch der Hessische VGH (Anm.112), 177; B. Huber, Ausländer- und Asylrecht (1983), Rdnr.435 m.w.N.; H.-I. von Pollern, Asylrecht im deutschen Recht, in: W. G. Beitz/M. Wolenschläger (Hrsg.), Handbuch des Asylrechts, Bd.1 (1980), 189 m.w.N.

<sup>117</sup> Vgl. etwa die Bestimmungen über die Erwerbstätigkeit in den Art.17–19; die Bestimmungen über die Wohlfahrt in den Art.21, 23, 24 sowie auch Satz 1 von Art.28 Abs.1 über die Ausstellung von Reiseausweisen, vgl. Wortlaut in Anm.9. Zum Streit um die Auslegung dieser Formulierung vgl. nur Rossen (Anm.83).

<sup>118</sup> Vgl. Art.12, 13, 16 Abs.1, 25 Abs.1, 27 und 33 GFK.

Recht im Asyl nichts über die im einzelnen den Flüchtlingen vom Aufenthaltsstaat zu gewährenden Rechte aussagt. Voraussetzung und Reichweite dieser Rechte ist vielmehr den einzelnen Bestimmungen der GFK zu entnehmen. Auch dies wird wiederum durch den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 26. November 1986 bestätigt, in dem nach Ablehnung des Antrages auf Asyl und damit nach Verweigerung eines formalen Aufnahmeaktes eine Berufung auf Art. 33 GFK für zulässig erachtet wird<sup>119</sup>.

*c) Die Beschränkung des innerstaatlich geltenden Flüchtlingsbegriffs durch das Asylverfahrensgesetz?*

Da die GFK in der Bundesrepublik Deutschland den Rang eines einfachen Bundesgesetzes hat, kann der Flüchtlingsbegriff grundsätzlich nach der Regel *lex posterior derogat legi priori* durch ein nachfolgendes Gesetz auf den Begriff des »politisch Verfolgten« im Sinne von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG reduziert werden<sup>120</sup>. Während § 28 AuslG vom 28. April 1965 ausdrücklich den Begriff des Flüchtlings nach der GFK als Anknüpfungspunkt für das Anerkennungsverfahren enthielt<sup>121</sup>, gilt das Asylverfahrensgesetz gemäß § 1 nur »für Ausländer, die Schutz als politisch Verfolgte nach Artikel 16 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes beantragen«. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, daß der Gesetzgeber davon ausging, daß jeder Flüchtling auch politisch Verfolgter im Sinne von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG ist<sup>122</sup>. Durch diese Änderung könnte daher die Übereinstimmung von Flüchtlingsbegriff und »politisch Verfolgtem« herbeigeführt worden sein<sup>123</sup>. Dem stehen aber verschiedene Erwägungen entgegen. Das Asylverfahrensgesetz knüpft mit § 1 nur an den verfassungsrechtlich vorgegebenen Begriff des »politisch Verfolgten« an. Es regelt als Verfahrensgesetz nicht selbst den Kreis der Personen, die innerstaatlich in

<sup>119</sup> Vgl. Beschluß vom 26.11.1986 (Anm.3), 67; in diesem Sinne etwa auch Gusy (Anm.114), 155f.; H.-P. Kleine, Der Asylwerber in der Bundesrepublik Deutschland (1972), 234.

<sup>120</sup> Zur Geltung dieser Regel auch für die nach Art. 59 Abs. 2 GG inkorporierten völkerrechtlichen Verträge vgl. nur Bohmer (Anm.42), 68 m.w.N.

<sup>121</sup> Vgl. dazu den Wortlaut bei Anm.21.

<sup>122</sup> Vgl. dazu BT-Drs.9/875, 14, Wortlaut zitiert in Anm.26.

<sup>123</sup> Das BVerwG stellt im Urteil vom 17.5.1983, BVerwGE 67, 195f. diese Erwägung an: »Ob diese für den internationalen Flüchtlingsstatus einschlägige Rechtsgrundlage immer noch für die Asylberechtigung in der Bundesrepublik von Bedeutung ist, nachdem mit Wirkung vom 1. August 1982 die auf Art. 1, aaO (GFK), verweisende Bestimmung des § 28 Nr. 1 AuslG ... aufgehoben worden ist, erscheint zweifelhaft ...«.



den Genuß der aus der GFK folgenden Rechte kommen sollen<sup>124</sup>. Dies folgt auch nicht aus § 3 Abs.1 AsylVfG, der Asylberechtigten die Rechtsstellung nach der GFK gewährt, denn diese Bestimmung knüpft wiederum an den Asylberechtigten im Sinne von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG an. Auch der Gesetzesbegründung läßt sich dazu nichts entnehmen. Sie besagt nur, daß der Gesetzgeber jedenfalls von der Teilidentitätslehre ausgegangen ist, so daß die ausdrückliche Erwähnung der Konventionsflüchtlinge in § 1 AsylVfG unterbleiben konnte. Der Wille zur materiellen Beschränkung des Flüchtlingsbegriffs ist dagegen nicht ersichtlich. Dieser müßte sich im übrigen auch deutlich aus der Änderung ergeben, denn die Regel *lex posterior derogat legi priori* gilt in bezug auf Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen nur mit der Maßgabe, daß eine Einschränkung der völkervertraglichen Verpflichtungen zweifelsfrei erkennbar ist<sup>125</sup>. Aus diesem Grund kann schließlich auch § 1 a AsylVfG keine Einschränkung des innerstaatlich geltenden Flüchtlingsbegriffs entnommen werden, soweit man selbstgeschaffene Nachfluchtgründe unter Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK subsumiert<sup>126</sup>. Absicht des Gesetzgebers war es bei der Einfügung des § 1 a AsylVfG zwar möglicherweise, »subjektive Nachfluchtgründe im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen für unbeachtlich zu erklären«<sup>127</sup>, da er dies jedoch im Asylverfahrensgesetz geregelt hat, spricht eine Vermutung dafür, daß lediglich der »Anspruch auf Asyl im Wege legislatorischer Auslegung des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG in dem Umfang gesetzlich eingegrenzt werden sollte, den die Verfassung zuläßt«<sup>128</sup>. Dafür spricht auch, daß Nachfluchtgründe nach § 1 a AsylVfG

---

<sup>124</sup> Zum Charakter von § 1 AsylVfG als Anknüpfungsnorm vgl. nur BVerwG, Urteil vom 21.10.1986, EZAR 200, Nr.17, 5; Schiedermaier/Wollenschläger (Anm.11), 3 E Rdnr.123; Reermann (Anm.26), 128f.; Rothkegel (Anm.109), Rdnr.23; vgl. auch die Begründung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drs.9/1630, 13; zur Beschränkung des AsylVfG auf die von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG erfaßten Personen ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 25.10.1988, EZAR 200, Nr.22, 5.

<sup>125</sup> Vgl. dazu nur BVerfGE 74, 358, 370: »... denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will«; dazu Steinberger (Anm.42), 9 sowie Boehmer (Anm.42), 70f. m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur.

<sup>126</sup> § 1 a lautet: »Umstände, mit denen ein Ausländer seine Furcht vor politischer Verfolgung begründet, bleiben bei der Entscheidung unberücksichtigt, wenn sich aus bestimmten Tatsachen ergibt, daß der Ausländer sie im Geltungsbereich dieses Gesetzes zu dem Zweck herbeigeführt hat, die Voraussetzungen seiner Anerkennung zu schaffen«.

<sup>127</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.5.1987, EZAR 200, Nr.19, 5.

<sup>128</sup> Vgl. BVerwG, *ibid.*, 4f.; vgl. zur Bedeutung des § 1 a AsylVfG nur für das Asylverfahren auch BayVGH (Anm.36), 179.

»bei der Entscheidung (ergänze: nur über den Asylantrag) unberücksichtigt (bleiben)«. Der Gesetzgeber hat diese Auffassung durch Ergänzung von § 1a AsylVfG durch das Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts nunmehr bestätigt. § 1a regelt danach ausdrücklich, daß die zum Zwecke der Anerkennung vom Ausländer herbeigeführten Umstände »bei der Entscheidung über die Anerkennung als Asylberechtigter unberücksichtigt« bleiben. Im Umkehrschluß läßt sich daraus entnehmen, daß die von § 1a AsylVfG erfaßten Umstände in anderen Fällen Berücksichtigung finden. Der Flüchtlingsbegriff wird daher von den §§ 1 und 1a AsylVfG nicht eingeschränkt<sup>129</sup>.

*d) Die Beschränkung des innerstaatlich geltenden Flüchtlingsbegriffs durch verfassungsrechtliche Erwägungen?*

Eine Übereinstimmung des innerstaatlich geltenden Flüchtlingsbegriffs mit dem des »politisch Verfolgten« in Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG kann schließlich auch nicht über eine verfassungskonforme Auslegung des Zustimmungsgesetzes vom 1. September 1953 herbeigeführt werden<sup>130</sup>. Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG begründet auf Verfassungsebene einen bestimmten Rechtsstatus für »politisch Verfolgte«, versagt es dem Gesetzgeber aber nicht, auch anderen Personen auf einfachgesetzlicher Grundlage gleiche oder ähnliche Rechte zu gewähren<sup>131</sup>.

Schließlich führt auch die Überlegung, das Bundesverfassungsgericht habe durch seinen Beschluß vom 26. November 1986 den völkerrechtlichen Begriff des Flüchtlings für Zwecke der innerstaatlichen Anwendung mit bindender Wirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG<sup>132</sup> in Übereinstimmung mit dem Begriff des »politisch Verfolgten« gebracht, nicht weiter. Dabei kann dahinstehen, ob die Ausführungen des Bundesverfassungsge-

<sup>129</sup> Gegen eine Einschränkung des Flüchtlingsbegriffs durch das Asylverfahrensgesetz im Ergebnis ebenso V. Berberich, Das Kurdenabkommen von 1928 und seine Bedeutung für kurdische Asylbewerber in der Bundesrepublik Deutschland, ZAR 1985, 30, 33.

<sup>130</sup> So allerdings O. Kimminich mit Bezug auf § 28 AuslG 1965, Die aktuelle asylrechtliche Problematik des Kurdenabkommens von 1928, AWR Bulletin (Forschungsgesellschaft für das Weltflüchtlingsproblem/Association for the Study of the World Refugee Problem) 1981, 53, 56; ähnlich BVerwG, Urteil vom 27.9.1962, DVBl. 1963, 145: »Die Vorschriften der Genfer Konvention sind innerstaatliches Recht geworden. Sie müssen im Rahmen der Verfassung ausgelegt werden. Sie bilden Teile einer einheitlichen Rechtsordnung«.

<sup>131</sup> Ebenso Berberich (Anm. 129), 33; H. Säcker, Inhaltliche Anforderungen an ein materielles Asylgesetz, NVwZ 1989, 706, 711.

<sup>132</sup> Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Anm. 7).

rechts im genannten Beschluß zum völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriff zu den tragenden Gründen jener Entscheidung gezählt werden können<sup>133</sup> und ob sie bindend im Sinne von § 31 Abs.1 BVerfGG für Behörden und Gerichte wären<sup>134</sup>. Darauf kommt es nicht an, denn wie bereits dargelegt, stellt das Bundesverfassungsgericht lediglich Untersuchungen zum Asyl und zur Asylgewährung an, wie sie im Völkerrecht »zur damaligen Zeit begriffen wurde« bzw. »praktiziert wurde und bekannt war«<sup>135</sup>. Die GFK wird in diesem Zusammenhang nicht erwähnt und kann bei strikter Anwendung dieser Aussagen auch keine Erwähnung finden. Das Bundesverfassungsgericht hat daher allenfalls über einen 1949 geltenden Flüchtlingsbegriff bindend entschieden, nicht aber über den der GFK.

Als vorläufiges Ergebnis bleibt daher festzuhalten: Da weder der Begriff des »politisch Verfolgten« in Art.16 Abs.2 Satz 2 GG durch den Flüchtlingsbegriff der GFK geprägt wird noch für Zwecke der innerstaatlichen Anwendung der Flüchtlingsbegriff der GFK durch den des »politisch Verfolgten« aus Art.16 Abs.2 Satz 2 GG, konnte es zumindest theoretisch – jedenfalls bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Ausländerrechts – auch innerstaatlich Flüchtlinge geben, die kein Asylrecht nach Art.16 Abs.2 Satz 2 GG genießen konnten und daher auch vom AsylVfG nicht erfaßt wurden. Die Gesetzeslage konnte daher nur dann sicherstellen, daß alle Flüchtlinge im Sinne der GFK die ihnen zu gewährenden Rechte erhalten, wenn neben dem AsylVfG gegebenenfalls die GFK über das Zustimmungsgesetz unmittelbar zur Anwendung kam. Die uneinheitliche Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur Möglichkeit eines unmittelbaren Rückgriffs auf die GFK<sup>136</sup> zeigt jedoch, daß eine ausreichend eindeutige Gesetzeslage nicht bestand.

---

<sup>133</sup> Dies könnte sich aus der Anknüpfung des BVerfG an den völkerrechtlichen Asyl- und Flüchtlingsbegriff ergeben (Anm.3), 57, 59ff., 64; nach Steinberger (Anm.42) zählt zur *ratio decidendi* der Entscheidung des BVerfG die Beantwortung von völkerrechtlichen Fragen, »wo (diese), gemessen am konkreten Aufbau einer Entscheidung, geboten war, um den verfassungsrechtlichen Beurteilungs- und Entscheidungsmaßstab zu finden und anzuwenden«. Kritisch gegen eine Bindung nach § 31 Abs.1 BVerfGG V. Paff, Die Schaffung von de-facto-Flüchtlingen durch das Asylverfahrensgesetz vom 6. Januar 1987, in: Karnetzki/Thomä-Venske (Anm.109), 57, 71.

<sup>134</sup> Zur Bindung von Behörden und Gerichten an die tragenden Gründe gemäß § 31 Abs.1 BVerfGG vgl. etwa BVerfGE 19, 377, 392; 40, 88, 93.

<sup>135</sup> Vgl. die Zitate bei Anm.43.

<sup>136</sup> Vgl. die Nachweise in Anm.27.

*e) Abschließende Regelung durch das Gesetz zur Neuregelung des  
Ausländerrechts vom 9. Juli 1990?*

Steht nach den obigen Ausführungen fest, daß es bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Ausländerrechts vom 9. Juli 1990 keine ausreichend eindeutigen gesetzlichen Vorkehrungen zur Erfassung aller Flüchtlinge nach Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK gegeben hat, so könnte sich dies durch § 7 Abs.1 AsylVfG n.F.<sup>137</sup> und § 51 Abs.1–3 AuslG n.F.<sup>138</sup> nunmehr geändert haben.

Die Regelung der Absätze 1 und 2 des § 51 soll offensichtlich die als unbefriedigend empfundene Rechtslage neu ordnen, daß nicht das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge, sondern jede einzelne Ausländerbehörde über das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Abschiebungsschutz nach § 14 Abs.1 AuslG a.F. («kleines Asyl») selbst zu befinden hatte<sup>139</sup>. Durch die Neuregelung in § 51 Abs.1 und 2 wird die ausschließliche Zuständigkeit des Bundesamtes begründet, über

---

<sup>137</sup> § 7 Abs.1 AsylVfG n.F. lautet: »Ein Asylantrag liegt vor, wenn sich dem schriftlich, mündlich oder auf andere Weise geäußerten Willen des Ausländers entnehmen läßt, daß er im Geltungsbereich dieses Gesetzes Schutz vor politischer Verfolgung sucht oder daß er aus den in § 51 Abs.1 des Ausländergesetzes bezeichneten Gründen Schutz vor Abschiebung oder einer sonstigen Überstellung in einen Staat begehrt, in dem ihm die in § 51 Abs.1 des Ausländergesetzes bezeichneten Gefahren drohen. Mit jedem Asylantrag wird sowohl die Feststellung, daß die Voraussetzungen des § 51 Abs.1 des Ausländergesetzes vorliegen, als auch, wenn der Ausländer dies nicht ausdrücklich ablehnt, die Anerkennung als Asylberechtigter beantragt.«

<sup>138</sup> § 51 Abs.1–3 n.F. lauten: »(1) Ein Ausländer darf nicht in einen Staat abgeschoben werden, 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 ist. (2) Die Voraussetzungen des Abs.1 liegen vor bei (1.) Asylberechtigten und (2.) sonstigen Ausländern, die im Bundesgebiet die Rechtsstellung ausländischer Flüchtlinge genießen oder die außerhalb des Bundesgebietes als ausländische Flüchtlinge im Sinne des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge anerkannt sind. In den sonstigen Fällen, in denen sich ein Ausländer auf politische Verfolgung beruft, stellt das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge in einem Asylverfahren nach den Vorschriften des Asylverfahrensgesetzes fest, ob die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen. Die Entscheidung des Bundesamtes ist für alle mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden verbindlich. Sie kann nur nach den Vorschriften des Asylverfahrensgesetzes angefochten werden. (3) Ein Ausländer, bei dem das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge die Voraussetzungen nach Absatz 1 unanfechtbar festgestellt hat, erfüllt zugleich die Voraussetzungen des Artikels 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951.«

<sup>139</sup> Zu dieser Rechtslage vgl. nur Kanein/Renner (Anm.11), § 14 Rdnr.1; Schiedermaier/Wollenschläger (Anm.11), 3 D Rdnr.480.

die materiellen Fragen des Abschiebungsschutzes zu befinden<sup>140</sup>. Die Ausländerbehörde prüft nur noch den formellen Nachweis der Voraussetzungen des § 51 Abs.1. Dies ergibt sich insbesondere aus der Gegenüberstellung der Nummern 1 und 2 mit den »sonstigen Fällen der politischen Verfolgung« in § 51 Abs.2. Liegt ein Fall der Nummern 1 und 2 vor, so besteht bereits ein Nachweis der Voraussetzungen des § 51 Abs.1. »In sonstigen Fällen« kann dieser Nachweis nur im Verfahren vor dem Bundesamt erlangt werden. § 7 Abs.1 AsylVfG ergänzt die Regelung des § 51 Abs.2 AuslG durch die Erweiterung des »Asylantrages«. Auch der gesetzesgeberische Wille ist insoweit eindeutig<sup>141</sup>.

§ 51 Abs.3 wurde erst vom Bundesrat auf Anregungen des UNHCR eingefügt<sup>142</sup>. Zur Begründung führt der Bundesrat lediglich aus: »Notwendige Klärung des Rechtsstatus der Flüchtlinge im Sinne des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge«. Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung diesem Vorschlag zugestimmt<sup>143</sup>. § 51 Abs.3 stellt einen Fremdkörper in den §§ 49ff. dar. Diese Bestimmung enthält keine Regelung über die »Durchsetzung der Ausreisepflicht« (so die Überschrift zu den §§ 49ff.), sie dient vielmehr einer Klarstellung, die über den Abschiebungsschutz hinausweist. Verständlich wird dies vor

---

<sup>140</sup> Vgl. dazu K. Hailbronner, Das Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts, Neue Juristische Wochenschrift 1990, 2153, 2160.

<sup>141</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs.11/6321 vom 27.01.1990, 74 = BR-Drs.11/90 vom 5.1.1990, 75, Begründung zu § 51: »... Absatz 2: Im geltenden Recht bereitet die Anwendung des § 14 AuslG 1965 keine Schwierigkeiten, wenn auf Grund des formellen Status des Ausländers feststeht, daß er den Abschiebungsschutz wegen politischer Verfolgung genießt. Problematisch sind jedoch die Fälle, in denen sich die Frage der politischen Verfolgung erstmals im Rahmen der Aufenthaltsbeendigung stellt. Nach bisherigem Recht hat die Ausländerbehörde in diesen Fällen in eigener Verantwortung die materielle Frage zu entscheiden, ob dem Ausländer in dem Aufnahmestaat politische Verfolgung droht. Dieser Rechtszustand ist unbefriedigend, weil er neben dem Asylverfahren einen weiteren Verfahrensweg zur Feststellung politischer Verfolgung eröffnet, der anders ausgestaltet ist. Einerseits werden dadurch die Ausländerbehörden überfordert und andererseits ist die rechtliche Gleichbehandlung der Ausländer, die im Bundesgebiet Schutz vor politischer Verfolgung suchen, nicht mehr gewährleistet. Die Frage der politischen Verfolgung soll deshalb künftig ausschließlich im Asylverfahren entschieden werden. Dementsprechend formalisiert Absatz 2 den Abschiebungsschutz für politische Verfolgte. Die Ausländerbehörde hat bei der Anwendung des § 51 nicht mehr die materielle Frage zu prüfen, ob der Ausländer politisch Verfolgter ist, sondern allein die formelle Frage nach dem Status des Ausländers zu klären.«

<sup>142</sup> Vgl. Hailbronner (Anm.140), 2161; BT-Drs.11/6321, 53.

<sup>143</sup> Vgl. Begründung des Bundesrates, BT-Drs.11/6541, 4; Gegenäußerung der Bundesregierung, *ibid.*, 12. Die Bundesregierung hat in Abs.3 lediglich aus Gründen der Klarstellung das Wort »unanfechtbar« eingefügt.

dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, Flüchtlingen nach Art.1 der GFK bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen ein subjektives Recht auf die nach der Flüchtlingskonvention zu gewährenden Rechte – insbesondere auf Reiseausweise nach Art.28 Abs.1 GFK – einzuräumen<sup>144</sup>. Für die Ausländerbehörden steht nun in diesen Fällen fest, daß alle vom Bundesamt im Asylverfahren als politisch verfolgt anerkannten Personen als Flüchtlinge nach Art.1 GFK gelten. Auch insoweit ist die Ausländerbehörde daher einer materiellen Prüfung entzogen.

Ungeklärt scheint allerdings die Frage, ob damit nunmehr sichergestellt ist, daß alle Flüchtlinge nach Art.1 GFK die ihnen aus der GFK zustehenden Rechte erhalten. Der Vorschlag des UNHCR, die Genfer Flüchtlingskonvention als eigenständige Anspruchsgrundlage im Asylverfahren zu berücksichtigen<sup>145</sup>, wurde nicht aufgegriffen. Ebenso wenig hatte der Antrag der SPD-Fraktion Erfolg, § 1 AsylVG dergestalt neu zu formulieren, daß Art.1 GFK neben Art.16 Abs.2 Satz 2 GG genannt wird<sup>146</sup>. Die mangelnde Übernahme dieser Vorschläge wäre allerdings unschädlich, wenn über § 51 Abs.1–3 AuslG selbst eine Berücksichtigung aller Flüchtlinge erfolgen kann. Dazu ist zunächst festzuhalten, daß der Gesetzgeber durch die Systematik von § 51 Abs.2 AuslG erkennbar die alleinige Zuständigkeit des Bundesamtes für die Prüfung der materiellen Fragen des Abschiebungsschutzes und – wie sich aus der Begründung zum Regierungsentwurf unzweideutig ergibt<sup>147</sup> – allgemein die materielle Frage der politischen Verfolgung begründen wollte. Es ist daher davon auszugehen, daß die Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte in Zukunft eine Berufung auf den Flüchtlingsstatus nach der GFK außerhalb des Asylverfahrens, dessen Durchführung dem Bundesamt obliegt, nicht mehr anerkennen, sondern § 51 Abs.3 AuslG als abschließende Regelung lesen werden. Diese lautet dann »Nur ein Ausländer, bei dem das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge die Voraussetzungen nach Ab-

<sup>144</sup> Vgl. dazu nur BVerwGE 4, 309; 7, 333, 334; 49, 44, 47; vgl. auch VG Berlin (Anm.27), 82. Wie dieses subjektive Recht begründet werden kann, obwohl die GFK in den allermeisten Bestimmungen nur Staatenverpflichtungen begründet, ob durch unmittelbare Anwendung der GFK oder aufgrund des Transformationsgesetzes, kann hier nicht weiter untersucht werden; vgl. dazu etwa Kleine (Anm.119), 243ff.; Zink (Anm.68), 168ff.; zur Besonderheit des Zustimmungsgesetzes zur GFK als »echter Transformationsakt« vgl. Boehmer (Anm.42), 29f.

<sup>145</sup> Vgl. BT-Drs.11/6321, 53.

<sup>146</sup> Dies entspräche § 28 AuslG 1965, vgl. Änderungsantrag der SPD-Fraktion, BT-Drs.11/6960, 14.

<sup>147</sup> Vgl. dazu Anm.141.

satz 1 unanfechtbar festgestellt hat, erfüllt zugleich die Voraussetzungen des Artikels 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951«. Damit würde für die innerstaatliche Anwendung der Flüchtlingskonvention der Flüchtlingsbegriff des Art. 1 GFK durch die Bestimmung über das Abschiebungsverbot in § 51 Abs. 1 AuslG ersetzt. Dies ist aber nur dann unschädlich, wenn beide Definitionen übereinstimmen oder zumindest durch völkerrechtsfreundliche Auslegung von § 51 Abs. 1 AuslG in Übereinstimmung gebracht werden können. Insoweit bestehen jedoch Bedenken.

Diese ergeben sich zum einen aus dem Umstand, daß § 51 Abs. 1 AuslG (wie schon § 14 AuslG a.F.) in Übernahme von Art. 33 Abs. 1 GFK einen objektiven Verfolgungsmaßstab festschreibt. Demgemäß liegt ein Abschiebungsverbot nur vor, wenn der Ausländer wegen bestimmter Merkmale »bedroht ist«. Art. 1 GFK knüpft dagegen an die »begründete Furcht vor Verfolgung« an und legt damit einen gemischten »subjektiv-objektiven« Maßstab an. Damit ist Art. 1 GFK weiter gefaßt als Art. 33 Abs. 1 GFK. Dies muß nicht zwingend zu einer unterschiedlichen Auslegung führen, da die Formulierung »bedroht ist« selbst nichts über die Verfolgungsprognose, die Beweislast und die Beweismaßstäbe aussagt<sup>148</sup> und auch Art. 1 GFK mit der vagen Formulierung »begründete Furcht vor Verfolgung« differierender Staatenpraxis durchaus Raum gibt. Gerade der unterschiedliche Wortlaut kann aber Behörden und Gerichte auch veranlassen, Art. 33 Abs. 1 GFK (und damit auch § 51 Abs. 1 AuslG n.F.) enger zu lesen als Art. 1 GFK. Beleg dafür sind Entscheidungen hoher ausländischer Gerichte, die diese Gegenüberstellung ausdrücklich vornehmen und daraus zum Teil für die Rechtsanwendung Folgerungen ziehen<sup>149</sup>. Die engere Fassung des § 51 Abs. 1 AuslG scheint aber gleichwohl aus der Sicht der GFK unbedenklich zu sein, da diese nicht die Aufnahme von Flüchtlingen verlangt, sondern lediglich bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 1 GFK einen Abschiebungsschutz garantiert<sup>150</sup>. Die Vertragsstaaten können daher an sich ohne besondere Berücksichti-

---

<sup>148</sup> Die Aussagen darüber, welche Maßstäbe bei § 14 Abs. 1 AuslG a.F. zu gelten haben, waren daher auch sehr unterschiedlich; vgl. nur Huber (Anm. 116), Rdnr. 323 m.w.N.; Kloesel/Christ (Anm. 24), A 1, § 14 Rdnr. 2; der BayVGh hat ausdrücklich die gleichen Maßstäbe wie bei Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 1 Abs. 1 Abschn. A Nr. 2 GFK angewandt, vgl. Urteil vom 13.6.1989 (Anm. 36), 5.

<sup>149</sup> Vgl. etwa den US-Supreme Court im Fall *I.N.S. v. Cardoza Fonseca* (Anm. 106), 1218 m.w.N. sowie das englische House of Lords, Entscheidung vom 16.12.1987 (Anm. 106), 158, in der diese Gegenüberstellung jedoch in Zweifel gezogen wird.

<sup>150</sup> Vgl. schon oben bei Anm. 117–119.

gung von Art.1 GFK sogleich zur Prüfung der Merkmale von Art.33 Abs.1 GFK übergehen. Werden dessen Anforderungen beachtet, so ist der GFK insoweit Genüge getan, da diese nicht verbietet, jeder Person (ohne Feststellung der Flüchtlingseigenschaft) den Abschiebungsschutz zu gewähren. Kommt es jedoch auf die Flüchtlingseigenschaft in anderem Zusammenhang an, so bleibt eine abschließende Feststellung dieser Eigenschaft nach § 51 Abs.1 in Verbindung mit § 51 Abs.3 AuslG bedenklich. Vor allem auch deswegen, weil dem Gesetzgeber eine etwaige Einschränkung des Flüchtlingsbegriffs aus der GFK für Zwecke der innerstaatlichen Anwendung (ausweislich der Begründung) offenbar nicht bewußt war<sup>151</sup>.

Bedenken ergeben sich auch daraus, daß die Beachtung von Art.33 Abs.1 GFK im Verfahren nach § 7 Abs.1 AsylVfG in Verbindung mit § 51 Abs.1 AuslG nicht sichergestellt ist. § 51 Abs.1 übernimmt (wie schon § 14 Abs.1 AuslG a.F.) als Gesetzestext den Wortlaut der deutschen Übersetzung von Art.33 Abs.1 GFK und perpetuiert damit einen Übersetzungsfehler aus dem Bundesgesetzblatt. Nach dem englischen und französischen Wortlaut (die allein authentisch sind) darf kein Flüchtling in einen Staat abgeschoben werden, in dem er wegen seiner »Rasse, Religion, Nationalität ('nationality'/'nationalité')...« verfolgt wird. Während derselbe Begriff in Art.1 GFK im Bundesgesetzblatt zutreffend mit »Nationalität« übersetzt wurde, heißt es in Art.33 GFK »Staatsangehörigkeit«. Da aber eine Verfolgung im Heimatstaat wegen der Staatsangehörigkeit praktisch nicht vorkommen dürfte, muß "nationality" bzw. «nationalité» in diesem Zusammenhang offensichtlich jedenfalls auch die Bedeutung von »Nationalität«, d. h. Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen Gruppe haben. Dies ist im Schrifttum zu Art.1 und Art.33 GFK allgemein anerkannt<sup>152</sup>. Die Auslegung von § 51 Abs.1 erlaubt die Berücksichtigung dieser Lesart jedoch nur unter Außerachtlassung des Wortlautes<sup>153</sup>. Auch die Berücksichtigung von Art.33 GFK bei einer völ-

<sup>151</sup> Zur Anwendung der *lex posterior*-Regel auf Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen vgl. oben bei Anm.125.

<sup>152</sup> Vgl. nur Grahl-Madsen (Anm.38), Bd.1, 218f.; Lieber (Anm.66), 101; Schaeffer (Anm.11), 40; vgl. auch die Rechtsauffassung des UNHCR im Handbuch (Anm.50), 20, Abs.74.

<sup>153</sup> Der BayVGh hat trotz des von ihm zitierten Wortlautes von § 14 Abs.1 AuslG a.F. bei dessen Anwendung auf die Merkmale aus Art.1 Abschn.A Nr.2 GFK und Art.16 Abs.2 Satz 2 GG zurückgegriffen (Anm.36), 5; nach M. Hilf, Die Auslegung mehrsprachiger Verträge. Eine Untersuchung zum Völkerrecht und zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd.61) (1973), 214, müßte der Richter »im Falle der Unvereinbarkeit ... die als fehlerhaft



kerrechtsfreundlichen Auslegung von § 51 Abs.1 ist danach nicht sichergestellt. Während nämlich das Ausländergesetz an anderer Stelle ausdrücklich auf völkerrechtliche Verträge, unter anderem auf die GFK, mit Fundstelle im BGBl. verweist<sup>154</sup>, findet sich in § 51 ein Hinweis nur in Absatz 3 und auch dies nur für die Folgen der Entscheidung des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge. Der Verweis auf Art.33 Abs.2 GFK in § 14 Abs.1 AuslG a.F. ist in § 51 Abs.4 sogar gestrichen worden. Für die Anwendung von § 51 Abs.1 AuslG ist daher nicht sichergestellt, daß diese nicht hinter den Verpflichtungen aus Art.33 Abs.1 GFK zurückbleibt.

Mit der Ergänzung von § 1a AsylVfG hat der Gesetzgeber jedoch zumindest sichergestellt, daß selbstgeschaffene Nachfluchtgründe bei der Prüfung des Abschiebungsschutzes nach § 51 Abs.1 AuslG durch das Bundesamt nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Dies ergibt sich durch Umkehrschluß aus der Formulierung »Umstände, mit denen ein Ausländer seine Furcht vor politischer Verfolgung begründet, bleiben bei der Entscheidung über die Anerkennung als Asylberechtigter (ergänze: und nicht bei der Entscheidung über den Abschiebungsschutz nach § 51 Abs.1 AuslG) unberücksichtigt«. Ob diese Regelung nach der GFK geboten war, kann durchaus bezweifelt werden<sup>155</sup>, sie ergibt sich zumindest teilweise jedoch aus Art.1 GG bzw. Art.3 EMRK.

Nach alledem können auch die Bestimmungen im Gesetz über die Neuregelung des Ausländerrechts nicht befriedigen. Sie stellen nicht sicher, daß die Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus der GFK in der Praxis beachtet werden.

## 2. Die Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Ausländergesetz – rechtmäßiger Aufenthalt im Sinne der GFK?

Ausländer, für die das Bundesamt die Voraussetzungen von § 51 Abs.1 AuslG festgestellt hat, erhalten gemäß § 30 Abs.5 AuslG eine Aufenthaltsbefugnis, sofern sie aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht

---

erkannte Übersetzung beiseite lassen und die Vertragsauslegung auf die verbindlichen Texte stützen«.

<sup>154</sup> Vgl. etwa den Verweis auf die EMRK in § 53 Abs.4 sowie den Verweis auf die GFK in § 48 Abs.1 Nr.5. Der Verweis auf die EMRK dient ausweislich der Gesetzesbegründung gerade der Beachtung der völkerrechtlichen Verpflichtung, vgl. BT-Drs.11/6321, 75.

<sup>155</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zum Flüchtlingsbegriff in Teil IV, insbes.2.

abgeschoben werden können<sup>156</sup>. Mit der Aufenthaltsbefugnis ist ein neuer Rechtstitel der Aufenthaltsgenehmigung geschaffen worden. Dies könnte Anlaß geben, die ohnehin umstrittene Rechtsprechung zur Frage des »rechtmäßigen Aufenthaltes« im Sinne einzelner Bestimmungen der GFK zu überdenken<sup>157</sup>. Dabei ist jedoch zu beachten, daß der Gesetzgeber der Aufenthaltsbefugnis keine rechtsbegründende Funktion für den Ausländer zuerkennen wollte. Vielmehr hat § 30 AuslG »für die mit der Ausführung des Gesetzes betrauten Behörden die klarstellende und ermächtigende Bedeutung, daß auch aus rein humanitären Gründen Aufenthalt gewährt werden darf«<sup>158</sup>. Zu diesem gesetzgeberischen Willen paßt auch, daß das Abschiebungsverbot nach § 51 Abs.1 AuslG lediglich eine Einschränkung der Ausreisepflicht nach § 42 AuslG darstellt. Dies ergibt sich nicht nur aus der systematischen Stellung, sondern auch aus § 51 Abs.5 AuslG, wonach »nicht davon abgesehen werden (kann), die Abschiebung anzudrohen, eine angemessene Frist zu setzen und in der Androhung die Staaten zu bezeichnen, in die der Ausländer nicht abgeschoben werden darf«, wenn »die Voraussetzungen des Absatzes 1 vor(liegen)«. Da jedoch die Aufenthaltsbefugnis gemäß § 35 Abs.1 AuslG nach acht Jahren in eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis umgewandelt werden kann und dem betroffenen Ausländer nach weiteren drei Jahren gemäß § 27 Abs.2 Nr.1b) AuslG bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen eine Aufenthaltsberechtigung zu erteilen ist, kann sich das Abschiebungsverbot aus § 51 Abs.1 AuslG im Einzelfall zu einem Daueraufenthaltsrecht verfestigen<sup>159</sup>. Zu welchem Zeitpunkt in dieser schrittweisen Verfestigung des Aufenthaltes dieser »rechtmäßig« im Sinne einzelner Bestimmungen der GFK wird, ist nicht ohne weiteres ersichtlich. So setzt etwa die Erteilung der Aufent-

<sup>156</sup> § 30 Abs.5 lautet in der relevanten Passage: »Einem Ausländer, bei dem das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge unanfechtbar die Voraussetzungen des § 51 Abs.1 festgestellt hat, ist eine Aufenthaltsbefugnis zu erteilen, wenn seine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist«.

<sup>157</sup> Die Rechtsprechung läßt eine Duldung des Aufenthaltes aufgrund unzulässiger Abschiebung nach § 14 AuslG a.F. grundsätzlich nicht ausreichen, vgl. dazu schon *Rossen* (Anm.83) sowie zu den insoweit parallel gefaßten Bestimmungen des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954, BGBl.1976 II, 473; *A. Bleckmann/F. Helm*, Rechtsprobleme der Staatenlosenkonvention, ZAR 1989, 147, 151.

<sup>158</sup> Vgl. BT-Drs.11/6321, 66; vgl. dazu auch *Hailbronner* (Anm.140), 2155.

<sup>159</sup> In der Gesetzesbegründung heißt es: »Die Aufenthaltsbefugnis ist wie die Aufenthaltsbewilligung ein zweckgebundener Aufenthaltstitel. Im Unterschied zu dieser ist jedoch ungewiß, ob und ggf. wann der Aufenthaltzweck entfällt. Deshalb ist sie eine mögliche Vorstufe für einen Daueraufenthalt«, vgl. BT-Drs.11/6321, 66; vgl. auch *Hailbronner* *ibid.*, 2155.

haltsberechtigung an den Ausländer nach §27 Abs.2 AuslG unter anderem voraus, daß »sein Lebensunterhalt aus eigener Erwerbstätigkeit ... gesichert ist«. Nach der GFK sind die Vertragsstaaten jedoch nur verpflichtet, solchen Flüchtlingen die Erwerbstätigkeit zu gestatten, »die sich rechtmäßig in ihrem Gebiet aufhalten«<sup>160</sup>. Ob und inwieweit die Neuregelung eine Änderung der Rechtsprechung bringen wird, bleibt nach alledem abzuwarten.

### *VI. Zusammenfassung*

1. Das Bundesverfassungsgericht legt Art.16 Abs.2 Satz 2 GG dergestalt statisch aus, daß diese Verfassungsbestimmung an das zur Zeit der Ausarbeitung des Grundgesetzes bekannte völkerrechtliche Institut des Asyls anknüpft und lediglich subjektiv-rechtlich ergänzt.

2. Der allgemeine Flüchtlingsbegriff (Art.1 Abschn.A Nr.2) der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 kann sich mit dem des politisch Verfolgten in Art.16 Abs.2 Satz 2 GG nur zufällig decken. Weder wird die Auslegung von Art.16 Abs.2 Satz 2 GG von der Genfer Flüchtlingskonvention bestimmt, noch beschränkt der Begriff des »politisch Verfolgten« den Flüchtlingsbegriff für Zwecke der innerstaatlichen Anwendung. »Vollidentitätsthese« und »Teilidentitätsthese« lassen sich daher nicht aufrechterhalten. Für jeden Personenkreis ist einzeln zu prüfen, ob er die Voraussetzungen des allgemeinen Flüchtlingsbegriffs erfüllt.

3. Selbstgeschaffene Nachfluchtgründe begründen nicht den Flüchtlingsstatus im Sinne von Art.1 Abschn.A Nr.2 der Genfer Flüchtlingskonvention.

4. Das deutsche Ausländer- und Asylrecht stellt nur ungenügend sicher, daß allen Konventionsflüchtlingen die ihnen zukommenden Rechte gewährt werden. Dies gilt auch für die Neufassung der Ausländer- und Asylverfahrensgesetze von 1990. Die unmittelbare Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention kann auftretende Lücken schließen. Das neugefaßte Ausländergesetz könnte jedoch von den schon bisher uneinheitlich rechtsprechenden Verwaltungsgerichten als abschließende Regelung verstanden werden.

---

<sup>160</sup> Vgl. Art.17–19 GFK.

## Summary\*

The Legal Status of *réfugiés sur place* in Germany according to the 1951 Convention on Refugees, the Jurisprudence of the German Federal Constitutional Court and the 1991 German Act relating to the Status of Aliens

In its continuous jurisprudence with respect to Art.16(2)(2) (“persons persecuted on political grounds shall enjoy the right of asylum”) of the Basic Law of the Federal Republic of Germany (»Grundgesetz«), the German Federal Administrative Court (»Bundesverwaltungsgericht«) has stated that asylum must be granted even to those persons who claim to be persecuted due to their own political activity in the Federal Republic of Germany. However, in its judgement dated November 26th 1986, the Federal Constitutional Court (»Bundesverfassungsgericht«) developed the principle that Art.16(2)(2) has to be understood as recognizing the institution of asylum as it existed in public international law at the time the Basic Law entered into force in 1949. Accordingly it follows that the flight of the asylum-seeker has to be caused by persecution or the threat of persecution. Claims for asylum based solely on personal political activities in the Federal Republic of Germany are not acceptable. The Federal Administrative Court has followed the same view since that judgement. Therefore, aliens falling within this category have claimed to be refugees under Art.1 A (2) of the Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951 (the “Refugee Convention”). This argument was accepted in a number of cases by administrative courts due to the statement of the Federal Constitutional Court at the end of the above-mentioned judgement that aliens may invoke Art.33 of the Refugee Convention (the principle of non-refoulement). As this article applies only to refugees in the sense of Art.1 it was argued that persons not falling within Art.16(2)(2) of the Basic Law can nevertheless fulfill the criteria of Art.1 A (2) of the Refugee Convention. This result is surprising, because in legal doctrine and the jurisprudence of the German Federal Administrative Court the theory is uncontested, which states that all refugees under the Refugee Convention meet the criteria of Art.16(2)(2) of the basic law (“theory of [partial] identity”). However, analysis of the above-mentioned judgement of the Federal Constitutional Court shows that the Court’s interpretation of Art.16(2)(2) of the Basic Law of 1949 depends on the institution of asylum as known in public international law at that time. No link can therefore be established between the interpretation given to Art.16(2)(2) of the Basic Law and Art.1 A (2) of the Refugee Convention from 1951. Any correspondance is coincidental.

---

\* Summary by the author.

Whether aliens can invoke the Refugee Convention therefore depends merely on the interpretation of that Convention on the plane of public international law and its transformation into German statutory law. The wording of Art.1 A (2) of the Refugee Convention does not give a clear answer to the question whether aliens invoking personal political activity in their host country have to be treated as refugees. As refugees must be outside the country of their nationality "as a result of events occurring before 1 January 1951", and those events are interpreted as having taken place in the country of their nationality, it is arguable that aliens cannot invoke personal political activities in their host country to become refugees. This interpretation given to Art.1 A (2) of the Refugee Convention has not been influenced by the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees which abolished the time-limits but did not affect the geographical limitation on "events occurring in Europe" when adopted by a contracting state under Art.1 B (1) of the Refugee Convention. Therefore, the 1967 Protocol did not change the meaning of the term refugee. Furthermore, political activity by aliens was discussed when drafting Art.2 and 15 of the Refugee Convention but was not considered when defining the meaning of the term refugee. State practice in applying Art.1 A (2) of the Refugee Convention differs. Personal political activity is accepted in France and the USA. Spanish, Canadian and Austrian courts have not yet decided definitely this question. English and Swiss courts in particular do not consider aliens as refugees when they invoke personal political activity. Therefore, it is arguable that Art.1 A (2) of the Refugee Convention does not cover this group of persons.

The status of refugees in German national law does not depend on Art.16(2)(2) of the Basic Law. Furthermore, the Refugee Convention does not leave it to the contracting states to define the term refugee. The Refugee Convention has not been restricted *ratione personae* by the Asylum Procedure Act (»Asylverfahrensgesetz«) to aliens invoking Art.16(2)(2) of the Basic Law. Nor do constitutional considerations establish conformity between Art.16(2)(2) of the Basic Law and Art.1 A (2) of the Refugee Convention when these instruments are applied by German authorities or courts. The German Act relating to the Status of Aliens (»Ausländergesetz«), which entered into force on 1 January 1991, did not provide a satisfactory solution to the possible difference in the interpretation of Art.16(2)(2) of the Basic Law and Art.1 A (2) of the Refugee Convention. Due application of the Refugee Convention, thus, remains insufficiently guaranteed.