

Grenzen des Asylrechts

Christoph Gusy

Inhaltsverzeichnis

1	Ausschlußgründe	251
1.1	Die Subsidiarität des Asylrechts	252
1.1.1	Das verfolgungsbedingte Schutzbedürfnis als Voraussetzung des Asylrechts	252
1.1.2	Einzelne Ausschlußgründe	253
1.1.2.1	Effektiver Schutz im Verfolgungsstaat	254
1.1.2.2	Effektiver Schutz in Drittstaaten	255
1.1.2.3	Effektiver Schutz für Flüchtlinge, die nicht dem Mandat des UNHCR unterfallen	260
1.1.2.4	Der Umfang der Subsidiarität des Asylrechts	261
1.1.3	Asylrecht für Deutsche?	261
1.2	Offene Probleme: Die »Asylwürdigkeit«	264
1.2.1	Der Ausschluß von »Gewaltverbrechern« und »Terroristen« vom Asylrecht	264
1.2.2	Der Ausschluß von Personen, deren Aufenthalt die äußere Sicherheit der Bundesrepublik gefährden könnte	270

2	Die Schranken des Asylrechts	273
2.1	Schrankenbestimmungen des Ausländergesetzes	274
2.1.1	Die Regelung der Zurückweisung und Zurückschiebung politisch Verfolgter (§ 18 Abs. 3 i. V. m. § 14 Abs. 1 AuslG)	274
2.1.2	Die Regelung der Ausweisung politisch Verfolgter (§ 11 Abs. 2 AuslG)	276
2.1.3	Die Regelung der Abschiebung politisch Verfolgter (§ 14 Abs. 1 AuslG)	277
2.2	Die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG	278
2.2.1	Die Einschränkung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG durch »grundrechtsimmanente Schranken«	279
2.2.1.1	Die Konkretisierung der »immanenten Schranken« durch das Völkerrecht	279
2.2.1.2	Die Konkretisierung der »immanenten Schranken« durch Art. 2 Abs. 1 GG	281
2.2.2	Die Einschränkung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG durch »verfassungssystematische Schranken«	282
2.2.3	Die Unzulässigkeit von Eingriffen in das Asylrecht trotz der »verfassungssystematischen Schranken«	283
2.2.3.1	Der Verstoß gegen das Übermaßverbot	284
2.2.3.2	Der Verstoß gegen die Wesensgehaltsgarantie	285
2.2.4	Schranken aus der »gewandelten Normsituation« des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG?	287
2.3	Die Auslieferung Asylberechtigter	289
2.3.1	Die Auslieferung an einen Verfolgungsstaat	290
2.3.1.1	Die Auslieferung an einen Verfolgungsstaat nach dem Deutschen Auslieferungsgesetz	290
2.3.1.2	Die Auslieferung an einen Verfolgungsstaat nach den Auslieferungsabkommen	292
2.3.1.3	Die Bedeutung der Zusicherung der Spezialität	293
2.3.2	Die Auslieferung an einen Drittstaat	295

3	Die Beendigung des Asylrechts	296
3.1	Das Ende der politischen Verfolgung	296
3.2	Der Erwerb anderweitigen Schutzes (Die Subsidiarität des Asylrechts)	297
3.2.1	Die Rückkehr in den Verfolgungsstaat	297
3.2.2	Der Erwerb gleichwertigen Asylschutzes in einem Drittstaat	299
3.2.3	Der Erwerb der Staatsangehörigkeit eines Drittstaates	300
3.2.4	Die Einbürgerung in der Bundesrepublik	300
3.3	Der Widerruf der Anerkennung	301
3.4	Die Verwirkung des Asylrechts (Art. 18 GG)	305

Rechtsgrundlage des Asylrechts ist in der Bundesrepublik Deutschland das Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG.¹ Verleiht diese Verfassungsnorm politisch Verfolgten ein subjektives Recht auf die Gewährung von Schutz durch die deutschen Staatsorgane, so können sich konsequent auch die Grenzen des Asylrechts nur aus dem genannten Grundrecht herleiten lassen. Andere Grenzen des Asylrechts als die Grenzen des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG kann die Rechtsordnung der Bundesrepublik zulässigerweise nicht normieren.² Dieses Recht wird begrenzt durch die Ausschlußgründe bestimmter politisch Verfolgter vom Asylrecht (dazu u. 1), durch möglicherweise bestehende Schranken dieses Grundrechts (dazu u. 2) und durch Beendigungsgründe, wenn in der Person eines Berechtigten die Voraussetzungen des Asylrechts nicht mehr bestehen (dazu u. 3).

1 Ausschlußgründe

Liegt in der Person eines politisch Verfolgten³ ein Ausschlußgrund vor, so steht ihr das Recht auf Asyl aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nicht zu. Voraussetzung dafür ist jedoch, daß der jeweilige Ausschlußgrund mit diesem Grundrecht vereinbar ist.

1 S. dazu eingehend o. Kap. V 1.

2 Das ergibt sich insbesondere aus der in Art. 1 Abs. 3 GG angeordneten Bindung von Gesetzgebung, ausführender Gewalt und Rechtsprechung an Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG »als unmittelbar geltendes Recht«.

3 Vgl. zu dem Merkmal der politischen Verfolgung o. Kap. V 4.

1.1 Die Subsidiarität des Asylrechts

1.1.1 Das verfolgungsbedingte Schutzbedürfnis als Voraussetzung des Asylrechts

Das Asylrecht verfolgt den Zweck, politisch Verfolgte vor Eingriffen in ihre Rechte durch die Verfolgung zu schützen.⁴ Dieser Schutzzweck des Grundrechts kann nur erreicht werden, wenn der Fliehende schutzbedürftig ist. Das ist stets der Fall, wenn er zur Zeit der Schutzsuche der politischen Verfolgung schutzlos gegenübersteht.⁵ Die Schutzlosigkeit besteht, solange er keinen wirksamen Schutz erlangt hat; sie entfällt, wenn er bereits anderweitigen Schutz genießt. Asylberechtigt ist somit nur, wer nicht schon anderweitig Verfolgungsschutz gefunden hat.⁶ Die durch die Verfolgung begründete Schutzlosigkeit ist Voraussetzung des Schutzbedürfnisses, das durch das Asylrecht »ausgeglichen« werden soll.⁷ Die politische Verfolgung im Herkunftsstaat muß danach speziell für die Suche nach Schutz durch das Asyl ursächlich sein.⁸ Das Asylrecht tritt somit hinter andere Formen des Schutzes, die die durch die Verfolgung begründete Schutzlosigkeit aufheben, zurück; es ist ihnen gegenüber subsidiär.⁹ Soweit die Subsidiarität des Asylrechts reicht, gelangen politisch Verfolgte nicht in seinen Genuß, da sein Zweck in diesem Fall nicht mehr erreicht werden kann. Sinn dieses Ausschlußtatbestandes ist es, das Grundrecht auf Asyl denjenigen Personen zukommen zu lassen, die tatsächlich Schutz benötigen, um einer schon stattfindenden oder drohenden Verfolgung zu entgehen, ohne andererseits den begünstigten Personenkreis extrem auszudehnen. Das Merkmal der »politischen Verfolgung« ist sehr allgemein und vermag den Umständen der vielfach unterschiedlichen Einzelfälle kaum gerecht zu werden, da der Bereich des Politischen nicht für alle Staaten abschließend in gleicher Weise bestimmt werden kann.¹⁰ So

4 *Hanns Peter Kleine*, *Der Asylwerb in der Bundesrepublik Deutschland*, Diss. Würzburg 1972, S. 32 f., 175; *Christoph Gusy*, *Asylrecht und Asylverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, § 3 III.

5 Die Bedeutung der Schutzlosigkeit im Asylrecht wurde erstmals untersucht von *Kleine*, a.a.O. (Fn. 4), S. 125 ff.

6 *Fritz Franz*, DVBl. 1978, 865, 866.

7 Vgl. zum Asylrecht als »Ausgleich« für fehlenden Schutz durch den Herkunftsstaat *Gusy*, a.a.O., (Fn. 4), § 2 I, II 1.

8 Diese Ursächlichkeit wird gelegentlich unter dem Begriff »Zusammenhang zwischen der politischen Verfolgung und dem Asylgesuch« diskutiert; so etwa von BVerwGE 4, 235, 243; *Otto Kimminich* in: *Bonner Kommentar*, Art. 16 Rn. 144 f.; *Maunz* in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz* (MDHS), GG, Art. 16 Rdn. 46.

9 Terminologie nach *Kleine*, a.a.O. (Fn. 4), S. 176.

10 S. zu diesen Schwierigkeiten *Gusy*, a.a.O. (Fn. 4), § 7 vor I, VII 4; *Handbuch* Kap. V.

werden dadurch auch Personen erfaßt, die die Verfolgung auf andere Weise abgewehrt haben, ohne daß sie dazu noch des Asylrechts in der Bundesrepublik bedürfen.¹¹ Ihnen soll nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, sich unter Hinweis auf ihre sie nicht mehr aktuell treffende Verfolgung einen Aufenthalt im Bundesgebiet zu verschaffen und die zur Hilfeleistung vorhandenen Ressourcen zweckwidrig in Anspruch zu nehmen.¹² Andererseits darf durch diesen Ausschlußgrund nicht das Asylrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG in ungerechtfertigter Weise eingeschränkt werden. In jedem Fall ist daher gesondert zu prüfen, ob tatsächlich ein anderweitiger Schutz vorliegt, so daß das asylrechtliche Schutzbedürfnis in der Bundesrepublik tatsächlich nicht mehr besteht. Keinesfalls dürfen »unerwünschte« Schutzsuchende aus diesem Grunde abgewiesen werden, wenn sie nicht schon ausreichenden Schutz genießen.¹³

Einigkeit besteht darüber, daß das Asylrecht nur solchen politisch Verfolgten zusteht, bei denen das Schutzbedürfnis zur Zeit ihrer Schutzsuche in der Bundesrepublik noch fortbesteht. Zu diesem Zeitpunkt müssen Verfolgungsmaßnahmen gegen sie gegenwärtig stattfinden, bevorstehen oder im Falle einer Rückkehr in den Herkunftsstaat zu erwarten sein.¹⁴ Diese Gleichzeitigkeit von Verfolgung und Schutzsuche liegt nicht vor, wenn die politische Verfolgung abgeschlossen ist und keine Nachwirkung – etwa durch fortdauernde Einschränkungen der Rechte des Betroffenen aus politischen Gründen – mehr zeitigt. In diesem Fall findet keine politische Verfolgung mehr statt, daher ist das Kriterium der Schutzbedürftigkeit nicht erfüllt; die Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG liegen daher nicht vor.

1.1.2 Einzelne Ausschlußgründe

Daneben sind solche Personen vom Asylrecht ausgeschlossen, die bereits zur Zeit ihrer Schutzsuche in der Bundesrepublik anderweitigen effektiven Schutz gefunden haben und daher des Asylrechts nicht mehr bedürfen.

11 Wird einem politisch Verfolgten in der Bundesrepublik oder in einem anderen Staat Asyl gewährt, so entfällt dadurch nicht seine Eigenschaft als politisch Verfolgter; dieses Merkmal bezieht sich vielmehr ausschließlich auf die politische Verfolgung im Herkunftsstaat, so auch *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 8); andernfalls entfielen nicht nur mit der Asylgewährung im Ausland, sondern auch durch das Asylrecht in der Bundesrepublik die Verfolgteigenschaft, so daß die Voraussetzungen des Grundrechts auf Asyl nicht mehr vorlägen und damit das Asylrecht erlöschen würde: ein sinnwidriges Ergebnis, das dem Schutzzweck des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG widerspricht.

12 Das Problem der »Wirtschaftsflüchtlinge« ist o. Kap. V beschrieben.

13 Die Praxis verfährt hier gelegentlich sehr bedenklich, s. etwa ai, *Politisches Asyl*, 2. Aufl., 1977, S. 172 ff.

14 Eingehend dazu *Gusy*, a.a.O. (Fn. 4), § 6 III; vgl. auch *Kleine*, a.a.O. (Fn. 4), S. 175 f.

1.1.2.1 Effektiver Schutz im Verfolgungsstaat

So besteht das Schutzbedürfnis nicht, wenn die politische Verfolgung an Ort und Stelle effektiv abgewehrt werden kann.

Das ist gegenüber Verfolgungsmaßnahmen staatlicher Stellen der Fall, wenn der Betroffene die Eingriffe in seine Rechte mit legalen Mitteln abwenden kann, indem er die Hilfe staatlicher oder sonstiger Instanzen, die zu seinem Schutz zur Verfügung stehen, in Anspruch nimmt.¹⁵ Der Betroffene ist demnach zunächst darauf verwiesen, die Mittel einzusetzen, die in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung des Verfolgungsstaates seinen Schutz sicherstellen sollen – etwa Beschwerdewege oder Rechtsmittel –, um die Maßnahmen abzuwehren. Demgegenüber darf er auf tatsächlich vorhandene Abwehrmittel, die eventuell im Widerspruch zum geltenden Recht des Staates eingesetzt werden müssen – etwa die Bestechung der zuständigen Beamten – nicht verwiesen werden. Vermögen die zuständigen Instanzen den Betroffenen wirksam zu schützen, so schließt die Möglichkeit ihrer Inanspruchnahme das Asylrecht in der Bundesrepublik aus, sofern nicht inzwischen ein Schutz durch sie – etwa infolge Fristablaufs – ausgeschlossen ist. Besteht jedoch nicht die Gewähr, daß die Verfolgung durch solche Instanzen effektiv abgewehrt oder beendet werden kann, so daß ihre Inanspruchnahme von vornherein aussichtslos oder unzureichend wäre, so besteht das verfolgungsbedingte Schutzbedürfnis fort,¹⁶ der Betroffene ist in diesem Fall asylberechtigt.

Weitaus größere Bedeutung erlangt die Möglichkeit, bereits im Verfolgungsstaat Schutz zu erhalten, wenn die politische Verfolgung nicht durch Staatsorgane, sondern durch nichtstaatliche Stellen durchgeführt wird.¹⁷ Auch in solchen Fällen entsteht das Asylrecht nur, wenn andere Möglichkeiten effektiven Schutzes nicht bestehen. Der Verfolgte muß primär den Schutz durch die Staatsorgane seines Herkunftslandes – etwa Polizei- oder Gerichtsschutz – in Anspruch nehmen. Das Schutzbedürfnis entfällt, wenn die gegenwärtig stattfindende Verfolgung effektiv beendet werden kann und in Zukunft keine weiteren Nachteile mehr drohen. In diesem Fall ist der Betroffene nicht asylberechtigt.¹⁸ So wurde ein israelischer Staatsbürger, der aus religiösen Gründen durch das Rabbinat verfolgt wurde, abgewiesen, da er den in Israel zur Verfügung stehenden Gerichtsschutz hätte in Anspruch nehmen können.¹⁹ Das gilt jedoch nicht, wenn die

15 BVerwG, zit. bei *Otto Kimminich*, *Asylrecht*, 1968, S. 95: »Der Kläger hätte die in einem Rechtsstaat gegebenen Möglichkeiten in Anspruch nehmen können und müssen« (zu Israel).

16 Ebenso *Maunz*, a.a.O. (Fn. 8).

17 Eine politische Verfolgung kann grundsätzlich sowohl durch staatliche als auch durch nichtstaatliche Stellen erfolgen, s. dazu *Gusy*, a.a.O. (Fn. 4), § 7 VI, VII 4.

18 *Viktor Lieber*, *Die neuere Entwicklung des Asylrechts*, 1973, S. 67.

19 BVerwG, U. v. 1. 6. 1965, Az. 1 C 118. 62.

im Verfolgungsstaat zum Schutz des Betroffenen zur Verfügung stehenden Einrichtungen nichts willens oder nicht in der Lage sind, wirksamen Schutz zu gewähren, so daß ihre Inanspruchnahme als aussichtslos anzusehen ist.²⁰ Dabei ist es unerheblich, ob der Schutz aus politischen Gründen verweigert wird, solange die Verfolgung durch die nichtstaatlichen Stellen aus politischen Gründen erfolgt.

Handeln diese nicht aus politischen Gründen, so kann dennoch eine politische Verfolgung des Betroffenen stattfinden, wenn eine »Verfolgung durch Unterlassen« des Staates vorliegt. Eine »Verfolgung durch Unterlassen« setzt voraus, daß die Staatsorgane trotz stattfindender oder bevorstehender Verfolgungsmaßnahmen durch andere – unabhängig davon, ob diese politischer oder nicht-politischer Natur sind – aus politischen Motiven Schutz verweigern.²¹ Durch die Verweigerung des staatlichen Schutzes wird in die Rechte der Betroffenen eingegriffen, da das Schutzrecht, das jedem Bürger gegen den Staat zusteht, nicht gewährt oder verletzt wird. Auch diese Art der Verfolgung begründet die Schutzlosigkeit des Betroffenen, er ist daher asylberechtigt. Zutreffend wird als ein solcher Fall die Kulturrevolution in der Volksrepublik China angesehen,²² ein weiteres typisches Beispiel dieser Art ist auch die Verfolgung durch eine Einheitspartei.²³ Das Asylrecht entsteht im Falle der Verfolgung durch nichtstaatliche Stellen somit nur, wenn der Staat zu effektivem Schutz des Betroffenen nicht in der Lage ist oder in erklärtem oder stillschweigendem Einverständnis mit den Verfolgern handelt.²⁴

Das Schutzbedürfnis besteht auch in dem Fall nicht, wenn der Schutzsuchende nicht durch seinen Heimatstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, sondern durch einen Drittstaat verfolgt wird, soweit er wirksamen Schutz durch seinen Heimatstaat erlangen kann.²⁵ Der Schutz, den die Staaten ihren Staatsangehöri-

20 *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 15), S. 81; *Weinfurter* in: Festschr. f. G. Küchenhoff II, 1972, S. 727, 740; *Merl*, Das Asylrecht politisch Verfolgter, Diss. München 1968, S. 21 f.; *Kleine*, a.a.O. (Fn. 4), S. 106; *Lieber*, a.a.O. (Fn. 18).

21 So etwa *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 20); *Kleine*, a.a.O. (Fn. 20); *Michael Wollenschläger*, Immanente Schranken des Asylrechts, Diss. Würzburg 1971, S. 25; *Zink*, Das Asylrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Nürnberg 1962, S. 108; sie behandeln diesen Fall als einzig möglichen der politischen Verfolgung »durch Private«, da sie davon ausgehen, politische Verfolgungen könnten grundsätzlich nur vom Staat ausgehen.

22 *Hans-Georg Hutzenlaub*, Das Asyl als Begrenzung der Auslieferung, Diss. Freiburg 1976, S. 55.

23 S. etwa *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 15), S. 80 f. i.V.m. S. 95; *Kleine*, a.a.O. (Fn. 20); eine solche Verfolgung findet keineswegs nur in kommunistischen Staaten statt.

24 So auch *Kleine*, a.a.O. (Fn. 20); *Gusy*, a.a.O. (Fn. 4), § 8 III.

25 BVerfGE 9, 174, 180 f.; BGHSt 3, 392, 395; BGH, NJW 1961, S. 738, 739; BayObLGZ 1964, 127, 130; v. *Mangoldt/Klein*, GG, Art. 16 Anm. V 1 d; *Heinrich Grützner* in: Die Grundrechte II, 2. Aufl., 1968, S. 583, 602; *Fritz Franz*, Das Asylrecht des politisch verfolgten Fremden, Diss. Köln 1961, S. 69; *Merl*, a.a.O. (Fn. 20), S. 22 ff.; *Kleine*, a.a.O. (Fn. 5), S. 177 f.

gen gewähren, geht dem Asylrecht vor.²⁶ Besitzt der Verfolgte mehrere Staatsangehörigkeiten, so schließt der Schutz durch einen dieser Staaten das Asylrecht aus. Das gilt auch, wenn der Verfolgte während der Verfolgung die Staatsangehörigkeit eines Nichtverfolgungsstaates erhält.²⁷ Ist jedoch im Heimatstaat kein wirksamer Schutz zu erlangen,²⁸ weil der Betroffene auch dort politisch verfolgt wird oder dieser Staat nicht bereit oder in der Lage ist, Schutz vor der Verfolgung durch den Drittstaat zu gewähren, so ist der Betroffene in der Bundesrepublik asylberechtigt.²⁹

1.1.2.2 Effektiver Schutz in Drittstaaten

Das Schutzbedürfnis als Voraussetzung des Asylrechts entfällt nicht nur, wenn der politisch Verfolgte in seinem Heimatstaat effektiven Schutz erlangen kann, sondern auch in dem Fall, wenn ihm in einem anderen Nichtverfolgungsstaat (Drittstaat) Schutz gewährt worden ist, insbesondere in dem Fall, wenn er dort Asylrecht genießt.³⁰ § 28 letzter Hs. AuslG umschreibt diesen Tatbestand so, daß der Schutzsuchende »nicht bereits in einem anderen Land Anerkennung nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge oder anderweitig Schutz vor Verfolgung gefunden haben« darf. Das andere »Land« muß stets ein Staat im Sinne des Völkerrechts sein, da ausschließlich Staaten zur Asylgewährung in der Lage und berechtigt sind. Ob die genannte weite Fassung mit dem Grundrecht auf Asyl vereinbar ist, bedarf einer eingehenden Untersuchung. Einigkeit besteht bislang nur in zwei Punkten: Das Schutzbedürfnis entfällt, wenn der Verfolgte im Ausland schon Asylschutz gefunden hat; dagegen entfällt es nicht, wenn er nur in einem anderen Staat Schutz erhalten könnte,³¹ Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG verpflichtet die Bundesrepublik Deutschland zur Schutzgewährung; mit diesem Grundrecht ist es unvereinbar, politisch Verfolgte auf andere möglicherweise Schutz gewährende Staaten zu verweisen.³² Im übrigen ist die

26 Dagegen OLG Frankfurt, GA 1953, 89, 90; *Wierer* in: Schätzel/Weiter, Handbuch des internationalen Flüchtlingsrechts, 1960, S. 76, 95; *Raschhofer* in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. 1, 1957, Sp. 631, 634.

27 *Kleine*, a.a.O. (Fn. 25).

28 Als »Heimatstaat« werden hier diejenigen Staaten angesehen, deren Staatsangehörigkeit die Verfolgten besitzen.

29 *Merl*, a.a.O. (Fn. 20), S. 24.

30 So schon BVerwGE 4, 238, 243; *Werner Kanein*, AuslG, 1. Aufl., 1966, S. 191; *Otto Kimminich*, Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings, 1962, S. 604 ff.; *Maunz*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 49; *Merl*, a.a.O. (Fn. 20), S. 58 ff.

31 Dieses Argument wird insbesondere im Ausland oft zur Verweigerung des Asylrechts herangezogen; s. etwa die Entscheidung der Fürstlich-Liechtensteinischen Verwaltungsbeschwerdeinstanz, AWR – Bulletin 1975, 38, 43 f.

32 So auch *ai*, a.a.O. (Fn. 13), S. 173; sehr bedenklich ist daher die ebd. nachgewiesene Praxis der Grenzbehörden.

Bedeutung des »anderweitigen Schutzes« bislang noch weitgehend ungeklärt.³³ Zweck des Ausschlußgrundes ist es, »unerwünschtes Zweitasyll« zu verhindern. Es sollen keine »nomadisierenden Flüchtlingsströme« geschaffen werden, die von einem Land zum anderen reisen und dort jeweils Asyl suchen.³⁴ Wann allerdings ein Verfolgter Schutz gefunden hat, ist in der Rechtsprechung sehr umstritten.

Grundsätzlich geht sie davon aus, daß der Aufenthalt eines Flüchtlings in einem ausländischen Zufluchtsstaat »nicht nach den Maßstäben eines normalen Reisenden beurteilt werden« kann.³⁵ Ob schon ein mehrmonatiger Aufenthalt in einem solchen Staat ausreicht, ist umstritten,³⁶ wird von der neueren Rechtsprechung jedoch zutreffend verneint. Eine anderweitige »Anerkennung« als Flüchtling ist noch nicht anzunehmen, wenn der Schutzsuchende im Ausland nur einen Anerkennungsantrag gestellt hat, über diesen aber noch nicht abschließend entschieden ist.³⁷ Ist dagegen die Anerkennung tatsächlich erfolgt und genießt der Schutzsuchende ausschließlich Schutz vor der Abschiebung in den Verfolgungsstaat, so geht die Rechtsprechung häufig davon aus, daß er nicht mehr schutzbedürftig ist.³⁸ Das wird nur dann verneint, wenn erkennbar die Gefahr besteht, daß er in Verfolgungsstaaten abgeschoben³⁹ oder »zur Rückkehr veranlaßt« würde.⁴⁰ Der Schutz vor der Ausweisung in Nichtverfolgungsstaaten wird von dieser Rechtsprechung nicht als Voraussetzung des anderweitigen Schutzes angesehen. Die höchsten Anforderungen stellt dagegen eine neuere Tendenz der Gerichte, die die »Gleichwertigkeit« des Schutzes mit demjenigen, der politisch Verfolgten in der Bundesrepublik gewährt wird, verlangt.⁴¹ Diese Forderung hat sich allerdings noch keineswegs allgemein durchgesetzt. Fest steht dagegen, daß in Fällen, in denen der anderweitige Verfolgungsschutz entfallen ist, das Schutzbedürfnis in der Bundesrepublik fortbesteht.⁴²

33 *Werner Kanein* in: OBS, Grenzfragen des innerdeutschen Asylrechts, 1976, S. 91, 96.

34 BVerwG, B. v. 22. 6. 1977, Az. I B 257/76; *Maunz*, a.a.O. (Fn. 8); *Schiedermair*, Handbuch des Ausländerrechts, 1968, § 28 Erl. 12; *Kanein*, a.a.O. (Fn. 30), S. 192.

35 BVerwG, U. v. 29. 6. 1962, Az. I C 54. 60; ähnlich BVerwG, Buchholz 402. 22, Nr. 7 zu Art. 1 FK.

36 Bejahend: BVerwGE 4, 238 (für Spanien); verneinend: BVerwG, Buchholz, a.a.O. (Fn. 35) (für Italien); BVerwG, U. v. 29. 6. 1962 a.a.O. (Fn. 35) (für Israel); VG Ansbach, U. v. 2. 2. 1978, AN 12779 – XII (IX)/77 (für Österreich/Griechenland).

37 BVerwG, Buchholz, a.a.O. (Fn. 35).

38 BayVGh, U. v. 27. 4. 1977, Az. 52 VIII 69; VG Ansbach, U. v. 15. 2. 1977, AN 3025 II/72; BVerwG, B. v. 26. 4. 1977, Az. I. CB 3. 76.

39 VG Ansbach, U. v. 15. 2. 1977, AN 2974 II/76.

40 VG Ansbach, U. v. 7. 6. 1977, AN 2912 II/76.

41 Grundlegend BayVGh, BayVBl. 1973, 439; BayVGh, B. v. 16. 6. 1976, Az. 73 IV 76; VG Ansbach, B. v. 1. 2. 1977, AN 9614 V/76; dagegen VG Ansbach, U. v. 4. 3. 1975, AN 3025 II/76.

42 BVerwG, B. v. 22. 6. 1977, Az. I B 257. 76.

Wesentlich höher als die Anforderungen der Rechtsprechung an den »anderweitigen Schutz« sind die Forderungen von amnesty international,⁴³ wonach der Verfolgte vor Zurückweisung an der Grenze, Ausweisung, Abschiebung und Auslieferung schlechthin geschützt sein und im Zufluchtsstaat über ein gesichertes Einkommen verfügen muß.

Legt man die Kriterien des Ausländergesetzes nach ihrem Zweck aus, »Zweitasyly« zu verhindern, so erscheint es bedenklich, die bloße Anerkennung als Flüchtling bereits als anderweitigen Schutz ausreichen zu lassen.⁴⁴ Die Anerkennung bestätigt dem Verfolgten nur die Innehabung der Rechte, die die Flüchtlingskonvention allen Flüchtlingen zuerkennt. Dazu zählt kein Aufenthaltsrecht, sondern nur ein Abschiebungsschutz in die Verfolgungsstaaten (Art. 33 FK). In andere Länder dürfen anerkannte Flüchtlinge ausgewiesen und abgeschoben werden, so daß ihnen auf diese Weise der im Erstzufluchtsstaat gewährte Schutz wieder entzogen werden kann. Eine gesicherte Rechtsposition hat ein Flüchtling erst, wenn er »aufgenommen« worden ist. Die Aufnahme steht im freien Ermessen des Zufluchtslandes. Hat dieses den Aufenthalt des Flüchtlings für rechtmäßig erklärt, so darf dieser nur ausnahmsweise ausgewiesen werden (Art. 32 FK) und genießt im Zufluchtsstaat einen rechtlichen Mindeststatus, indem er den vollen Rechtsstatus aus der Konvention beanspruchen kann. Nur unter diesen Voraussetzungen genießt der Verfolgte ausreichenden »anderweitigen Schutz« in einem Drittstaat. Die Anerkennung als Flüchtling allein reicht dazu nicht aus, daneben ist zugleich die Aufnahme im Zufluchtsstaat erforderlich.

Bedenklich ist es daher, bereits die Ausstellung eines Flüchtlingsausweises gemäß Art. 27, 28 FK als Indiz für anderweitigen Verfolgungsschutz anzusehen, da dieser allen Flüchtlingen ausgestellt werden kann und nicht etwa nur solchen, die den vollen Rechtsstatus der Konvention genießen.⁴⁵ Solche Papiere bestätigen nur die Flüchtlingseigenschaft; effektiver Schutz ist weder Voraussetzung noch Folge ihrer Ausstellung, so daß, das Schutzbedürfnis nicht bereits mit der Innehabung eines solchen Passes endet. Ähnliches gilt auch für die Ausstellung von Fremdenpässen oder vorläufigen Personalpapieren, die regelmäßig nur zur Identifizierung des Inhabers dienen und zumeist ohne besondere Voraussetzungen entzogen werden können.⁴⁶ Sie verleihen kein Aufenthaltsrecht im ausstellenden Staat, so daß kein effektiver Schutz des Inhabers entstehen kann.

43 A.a.O. (Fn. 13), S. 51.

44 S. hierzu und zum folgenden *Merl*, a.a.O. (Fn. 20), S. 59; *Kleine*, a.a.O. (Fn. 4), S. 218 ff.; *Gusy* a.a.O. (Fn. 4), § 8 IV.

45 *Franz*, DVBl. 1966, 623, 628 f.; VG Ansbach, DVBl. 1978, 509, 510; dagegen VG Düsseldorf, V. v. 14. 11. 1977, Az. 8 C 2848/77.

46 Ebenso *Kleine*, a.a.O. (Fn. 4), S. 224.

Ist der Erstzufluchtstaat nicht Vertragspartner der FK oder hat er einem Verfolgten einen anderen Schutz als denjenigen der Konvention gewährt, so hängt die Effektivität des anderweitigen Schutzes von den Umständen des Einzelfalles ab. Bei diesem »anderweitigen Schutz« ist auf die Vergleichbarkeit mit dem in der Bundesrepublik gewährleisteten Asylrecht abzustellen.⁴⁷ Nur eine rechtlich gesicherte Zuflucht läßt die Schutzbedürftigkeit des Verfolgten enden. Nicht ausreichend ist, daß der Drittstaat einem politisch Verfolgten den Aufenthalt gestattet hat, sofern dieses Aufenthaltsrecht sich nicht von demjenigen solcher Ausländer unterscheidet, die sich in dem Staat aufhalten, ohne politisch verfolgt zu sein.⁴⁸ Ein solcher Aufenthalt kann aus Gründen des staatlichen Interesses beendet werden und bietet somit nur einen tatsächlichen, jedoch keinen rechtlich gesicherten Schutz. Das gilt auch, wenn der Aufenthalt in dem Drittstaat längere Zeit gedauert hat,⁴⁹ ohne daß Maßnahmen zur Entfernung des politisch Verfolgten aus dem Staatsgebiet eingeleitet oder durchgeführt worden sind.⁵⁰ Aus dieser Tatsache allein kann nicht auf eine rechtliche Sicherung des Aufenthaltes des Schutzsuchenden in der Zukunft geschlossen werden. Das gilt entgegen der Praxis der Grenzbehörden erst recht, wenn der Erstzufluchtsstaat den Betroffenen ausgewiesen hat und er nicht dort bleiben oder dorthin zurückkehren kann.⁵¹

Ein in einem Drittstaat erlangter Verfolgungsschutz steht dem Asylrecht Schutzsuchender in der Bundesrepublik nicht entgegen, wenn die Betroffenen in diesem Staat gleichfalls politisch verfolgt werden.⁵² In diesem Fall entsteht das Schutzbedürfnis erneut.⁵³ Dasselbe gilt, wenn der politisch Verfolgte aus dem Erstzufluchtsland ausgereist ist und keine Rückkehrberechtigung besitzt, sofern nicht feststeht, daß er dennoch zurückkehren kann und weiterhin im bisherigen Schutzstaat Verfolgungsschutz genießt. Auf die Gründe der Ausreise aus dem Erstzufluchtsstaat kommt es dabei nicht an.⁵⁴

47 S. o. Fn. 41.

48 *Kleine*, a.a.O. (Fn. 4), S. 223.

49 *Anders Franz*, DVBl. 1966, S. 623, 629; zum Meinungsstand in der Rechtsprechung s. o. Fn. 36.

50 Wie hier ai, a.a.O. (Fn. 43); *Kleine*, a.a.O. (Fn. 46).

51 ai, a.a.O. (Fn. 13) mit Beispiel.

52 *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 30), S. 407; *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 146; *Merl*, a.a.O. (Fn. 20), S. 159.

53 Dagegen das Urteil des OVG Berlin, zit. bei *Franz* in: OBS, a.a.O. (Fn. 33), S. 88 unter 2. 2, das diesen Sachverhalt nicht berücksichtigt.

54 ai, a.a.O. (Fn. 32); dagegen BVerwGE 4, 238, 243; *Kimminich* in: *Bonner Kommentar*, a.a.O. (Fn. 8); diese übersehen jedoch, daß weder die Tatsache der Ausreise noch ihr Grund die politische Verfolgung oder das Schutzbedürfnis entfallen lassen.

1.1.2.3 Effektiver Schutz für Flüchtlinge, die nicht dem Mandat des UNHCR unterfallen

Als anderweitiger effektiver Schutz und damit als Ausschlußgrund des Asylrechts wird in der Rechtsprechung auch der Schutz durch internationale Organisationen oder Behörden mit Ausnahme des UNHCR angesehen. Dieser Ausschlußtatbestand wird aus Art. 1 D FK hergeleitet, nach dem die Konvention keine Anwendung findet »auf Personen, die zur Zeit den Schutz oder Beistand einer Organisation oder einer Institution der Vereinten Nationen, mit Ausnahme des UNHCR« genießen. Relevanz erlangte dieser Ausschlußgrund bislang bei Palästinensern, die durch die Flüchtlingsorganisation UNRWA⁵⁵ betreut werden. So wurde in der Rechtsprechung entschieden, daß »nach § 28 Nr. 1 AuslG in Verbindung mit Art. 1 D FK« solche Flüchtlinge »vom Asylrecht nach der FK« ausgenommen sind.⁵⁶ Das soll auch für das Recht auf Asyl aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG gelten.

Diese Rechtsprechung erscheint jedoch aus mehreren Gründen bedenklich. Sie wendet zunächst den Flüchtlingsbegriff des Art. 1 FK auch auf den Begriff des politisch Verfolgten in Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG an und setzt somit die Tatbestände des § 28 Nr. 1 und Nr. 2 AuslG gleich,⁵⁷ ohne die Unterschiede zwischen beiden Vorschriften zu würdigen.⁵⁸

Besonders bedenklich ist allerdings in dieser Entscheidung, daß sie davon ausgeht, das Asylrecht sei in § 28 Nr. 1 AuslG in Verbindung mit Art. 1 FK geregelt. Die Konvention enthält jedoch keine Vorschrift über das Asylrecht,⁵⁹ sie regelt nur bestimmte Elemente der sozialen, bürgerlichrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Stellung der Asylanten im Zufluchtsstaat. Diese Elemente sind für Flüchtlinge, die dem Mandat des UNHCR unterfallen,⁶⁰ in der FK geregelt. Soweit Flüchtlinge der Zuständigkeit anderer internationaler Organisationen oder Behörden unterfallen, übernehmen diese im Rahmen ihres Auftrages die Regelung der in der FK normierten Materien. Das gilt etwa für die UNRWA. Schließt Art. 1 D FK somit bestimmte Flüchtlinge von den Regelungen der FK aus, so liegt der Grund dafür darin, daß für sie eine solche Einbeziehung nicht notwendig ist. Das gilt jedoch keineswegs für das Asylrecht. Vermögen interna-

55 United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees, s. dazu *Grahl – Madsen*, *The Status of Refugees in International Law* Bd. I, 1966, S. 140 ff.

56 BVerwG, B. v. 8. 10. 1974, Az. I B 29. 73; Leitsätze abgedruckt in DÖV 1975, S. 286.

57 Diese Auslegung entspricht der gängigen Praxis der Rechtsprechung, s. schon BVerwGE 4, 238; in jüngerer Zeit BVerwGE 49, 202, 205 f.; BVerwG, DÖV 1978, 447, 448.

58 Art. 1 FK nennt die möglichen Fälle politischer Verfolgung keineswegs abschließend; s. dazu etwa *Fritz Franz*, DVBl. 1966, 623, 627; *Gusy*, a.a.O. (Fn. 4), § 7 V.

59 S. dazu o. Kap. III; krit. zu einem solchen Fall auch *Fritz Franz*, NJW 1972, 2195.

60 S. dazu *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 30), S. 278 ff.

tionale Stellen durchaus wirtschaftlichen Problemen der Flüchtlinge entgegenzuwirken, so können sie keineswegs wirksame Zuflucht vor Verfolgung gewährleisten. Dieses Schutzes, der in der FK unregelt blieb, bedürfen Flüchtlinge unabhängig davon, ob sie dem Mandat des UNHCR unterfallen oder nicht. Die Schranke des Art. 1 D FK ist daher auch aus ihrem funktionalen Zusammenhang in der Konvention heraus nicht auf das Asylrecht übertragbar. Daher entfällt bei der Betreuung durch eine internationale Organisation nicht das Schutzbedürfnis der politisch Verfolgten, da solche Organisationen keinen Schutz zu gewähren vermögen. Ist dessen Gewährung ausschließlich ein völkerrechtliches Recht der Staaten,⁶¹ so kann auch das Schutzbedürfnis nicht entfallen, wenn der Betroffene durch eine andere Stelle als einen Staat »geschützt« wird.

Folglich ist ein derartiger Ausschlußgrund mit dem Asylrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG unvereinbar. Auch Personen, die dem Art. 1 D FK unterfallen, sind somit asylberechtigt, wenn sie die Voraussetzungen des Grundrechts auf Asyl erfüllen.⁶²

1.1.2.4 Der Umfang der Subsidiarität des Asylrechts

Die Subsidiarität des Rechts auf Asyl aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG gilt stets nur insoweit, als durch den »anderweitigen Schutz« das Schutzbedürfnis in der Bundesrepublik entfallen ist. Im übrigen genießt der politisch Verfolgte das Asylrecht im Bundesgebiet.⁶³ Dieses erlangt insbesondere für den Fall Bedeutung, daß sich ein im Ausland Asylberechtigter im Bundesgebiet aufhält und sein Aufenthalt durch staatliche Maßnahmen beendet werden soll. Eine Abschiebung oder Auslieferung in den Verfolgungsstaat widerspräche dem Recht auf Asyl, da gegenüber diesen Maßnahmen das Schutzbedürfnis des Betroffenen fortbesteht. Insoweit schließt der Verfolgungsschutz in einem Drittstaat das Asylrecht in der Bundesrepublik nicht aus, diese Komponente des Asylrechts wird von der Subsidiarität des Asylrechts nicht berührt. Demgegenüber ist die Abschiebung oder Auslieferung in den Schutzstaat zulässig; insoweit besteht kein Schutzbedürfnis des politisch Verfolgten.

1.1.3 Asylrecht für Deutsche?

Ein Deutscher kann sich in der Bundesrepublik primär auf den Schutz berufen, den ihm seine Staatsangehörigkeit bietet. Infolge der Subsidiarität des Asyl-

61 S. hierzu o. Kap. III; Gusy, a.a.O. (Fn. 4), § 2 I.

62 S. dazu Gusy, a.a.O. (Fn. 58).

63 Vgl. hierzu und zum folgenden Merl, a.a.O. (Fn. 20), S. 59 ff.; Gusy, a.a.O. (Fn. 4), § 8 V.

rechts geht dieser Schutz dem Asylrecht vor. Wird ein Deutscher im Ausland politisch verfolgt, so ist er aufgrund des Art. 11 GG berechtigt, in das Bundesgebiet einzureisen und sich dort aufzuhalten; seine Einreise darf nicht verhindert werden, Maßnahmen zu seiner Ausweisung und Abschiebung sind unzulässig.⁶⁴

Durch Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG sind Deutsche darüber hinaus auch vor Auslieferungen an das Ausland geschützt. Das subsidiäre Asylrecht findet daher auf Deutsche grundsätzlich keine Anwendung.⁶⁵ Auch auf Personen, die in der Bundesrepublik politisch verfolgt sind, ist Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG seinem Sinn nach nicht anwendbar.⁶⁶

Probleme resultieren dabei jedoch aus dem Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur DDR. Zwar gewährt Art. 11 GG auch Deutschen aus der DDR vollen Schutz, für sie gilt insofern nichts anderes als für sonstige Deutsche. Hingegen hängt der Schutz vor Auslieferungen oder korrekter »Zulieferungen« an die DDR durch Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG davon ab, ob die DDR als »Ausland« im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist. Ist sie »Ausland«, so geht Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG dem Auslieferungsschutz des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG vor; andernfalls steht zumindest Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG einer Anwendung des Asylrechts auf Deutsche nicht entgegen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem einschlägigen Fall⁶⁷ die Vereinbarkeit einer »Zulieferung« an die DDR mit Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG nicht geprüft entsprechend seiner Rechtsprechung, nach der die DDR nicht als Ausland angesehen werden kann;⁶⁸ andererseits hat es aber auch das Asylrecht nicht erwähnt.

Gegen die Anwendung des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG im Verhältnis zur DDR wird gelegentlich angeführt, Überstellungen an die DDR stellten keine »Auslieferungen«, sondern »Akte der innerdeutschen Rechtshilfe« dar.⁶⁹ Diese terminologische Unterscheidung kann jedoch nicht allein ausschlaggebend für die rechtliche Qualifikation solcher Maßnahmen sein, hierfür sind vielmehr inhaltliche Kriterien heranzuziehen.

Auch nach Auffassung des Parlamentarischen Rates sollten »Zulieferungen« an die DDR nicht durch Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG untersagt werden. Anträge, den

64 Einhellige Meinung seit BVerfGE 2, 266 (LS 1), 273 ff.; v. Mangoldt/Klein, GG, Art. 11 Anm. III 2; Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 11 Rn. 29, 32, 102; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 4. Aufl., 1977, Art. 11 Rn. 3; Dicke in: v. Münch, GG, Bd. 1, 1975, Art. 11 Rn. 79; Merten, Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts, 1970, S. 87 ff.

65 BVerwG, BayVBl. 1972, 639, 640; Kimminich, a.a.O. (Fn. 30), S. 382 ff.; Kimminich, a.a.O. (Fn. 15), S. 74 ff.; Kimminich, a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 117 ff.

66 Mohn, Probleme des Asylrechts politisch Verfolgter, Diss. Münster 1967, S. 88.

67 BVerfGE 37, 57 ff. (»Fall Brückmann«).

68 BVerfGE 11, 150, 158; 36, 1, 17; 37, 57, 64.

69 Merl, a.a.O. (Fn. 30), S. 88; dagegen Gusy, a.a.O. (Fn. 4), § 9.

Passus »an das Ausland« zu streichen,⁷⁰ wurden abgelehnt, um auch weiterhin Straftäter an die »Sowjetzone« überstellen zu können.⁷¹ Die Einschränkung »an das Ausland« ist somit aufgenommen worden, um die »innerdeutsche Rechtshilfe« weiterhin zu ermöglichen.⁷²

Diesem historischen Argument steht jedoch der Zweck des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG entgegen. Dieser besteht darin, Deutsche nicht durch eine Auslieferung an andere Staaten von den rechtsstaatlichen Garantien des deutschen Rechts auszuschließen.⁷³ Erschwerungen der Verteidigung durch den Umgang mit einer fremden Gerichtsorganisation, unbekanntem Gerichtssprachen und Verfahrensordnungen sollen nicht die Gefahr ungerechtfertigter Aburteilung begründen.⁷⁴ Diese Gefahr besteht nicht, soweit das jeweilige Prozeßrecht weitgehend dem Recht der Bundesrepublik entspricht. Fehlt diese Voraussetzung jedoch bei einem Gericht, für das eine Rechtshilfemaßnahme geleistet werden soll, so widerspricht die Auslieferung dem Zweck des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG.⁷⁵ Solche Gerichte sind daher ohne Rücksicht auf die rechtliche Qualifikation des Territoriums, auf dem sie sich befinden, im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG als »ausländisch« anzusehen.

War im Jahre 1949 in der Bundesrepublik und in der DDR eine noch weitgehend einheitliche Rechtsordnung in Kraft, so entwickelten sich seitdem Gesetzgebung und Rechtsprechung derart unterschiedlich, daß heute von einer Rechtseinheit nicht mehr gesprochen werden kann.⁷⁶ Einige Differenzen waren zwar schon bei Schaffung des Grundgesetzes erkennbar, ohne daß der Parlamentarische Rat deshalb »Zulieferungen« an die DDR dem Schutz des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG unterstellen wollte; nicht voraussehbar waren jedoch die Dauer der deutschen Teilung und die Bedeutung der Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der beiden Staaten, wie sie heute bestehen. Nach dem Zweck des Auslieferungsverbotes sind daher die Gerichte der DDR als »ausländische« im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG anzusehen.

Das widerspricht auch keineswegs anderen Vorschriften des Grundgesetzes, das darauf verzichtet, die Begriffe »Inland« und »Ausland« verbindlich festzulegen.

70 Antrag Drs. 403 v. 16. 12. 1948; Drs. 722 v. 2. 5. 1949; s. auch die Stenoprot. zur 57. Sitzung des Hauptausschusses v. 5. 5. 1949, S. 748; Stenobericht zur 19. Plenarsitzung v. 6. 5. 1949, S. 179.

71 Abg. v. Mangoldt in der 44. Sitzung des Hauptausschusses v. 19. 1. 1949, Stenoprot. S. 582.

72 Dementsprechend wenden *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 91, und *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, a.a.O. (Fn. 64) Art. 16 Rn. 12, Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG nicht auf »Zulieferungen« an die DDR an.

73 *Kay Hailbronner*, Jahrbuch für Ostrecht 1973, 37, 40 f.

74 S. dazu BVerfGE 4, 299, 308; hier prüfte das Gericht, ob saarländische Gerichte (vor 1957) als »ausländische« anzusehen seien.

75 *Maunz*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 42.

76 *Hailbronner*, a.a.O. (Fn. 73), S. 41; *Kay Hailbronner*, JuS 1973, 632, 634 m.w.N.; *Seeber*, MDR 1974, 709, 711 ff; *Gusy* a.a.O. (Fn. 69) m.w.N.

Vielmehr hat die Bundesrepublik in dem »Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR« anerkannt, daß sich die wechselseitigen Beziehungen von der souveränen Gleichheit aller Staaten leiten lassen werden, wie sie in der Charta der Vereinten Nationen festgelegt ist (Art. 2). Ferner hat sie verbindlich festgestellt, daß sich ihr Hoheitsgebiet auf das eigene Staatsgebiet beschränkt (Art. 6 S. 1). Die »Zulieferung« an die DDR erfolgt somit an einen von der Bundesrepublik verschiedenen, unabhängigen Staat mit eigener Rechtsordnung. Ein Gericht, das mit Anerkennung der Bundesrepublik außerhalb ihrer Rechtsordnung in einem selbständigen anderen Staat besteht, kann kein »inländisches« im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG sein.⁷⁷

Demnach steht also Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG »Zulieferungen« Deutscher an die DDR entgegen. Das gilt für alle Deutschen im Sinne des Art. 116 GG.⁷⁸

Deutsche genießen somit einen gegenüber Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG vorgehenden Schutz; das Grundrecht auf Asyl ist auf sie nicht anwendbar. Das Asylrecht ist das einzige Grundrecht, das nur Ausländern zusteht.⁷⁹

1.2 Offene Probleme: Die »Asylwürdigkeit«

Das Merkmal der »Asylwürdigkeit« ist im Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nicht enthalten. Dennoch wird es als Ausschlußgrund herangezogen, um bestimmte Gruppen von Schutzsuchenden von der Bundesrepublik fernzuhalten. Das gilt insbesondere dann, wenn die Aufnahme bestimmter politisch Verfolgter die Sicherheit der Bundesrepublik beeinträchtigen könnte.

1.2.1 Der Ausschluß von Gewaltverbrechern und Terroristen vom Asylrecht

Der Schutz der inneren Sicherheit wird in einer zunehmenden Zahl von Fällen als Ausschlußgrund des Asylrechts angesehen. Politisch Verfolgten soll danach das Recht auf Asyl nicht zustehen, wenn sie im Ausland die »freiheitlich – demo-

⁷⁷ Hailbronner, a.a.O. (Fn. 73), S. 42; Seeber, a.a.O. (Fn. 76), S. 711.

⁷⁸ Kimminich, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 84; Schnapp in: v. Münch, a.a.O. (Fn. 64), Art. 16 Rn. 19; anders Roggemann, Strafrechtsanwendung, 1975, S. 93; Otto Kimminich, Fluchthilfe und Flucht aus der DDR, 1974, S. 74 f.; Krey, Strafanwendungsrecht, Diss. Bochum 1969, S. 146 f.; zu ihren Einwänden Gusy, a.a.O. (Fn. 69).

⁷⁹ So auch Mohn, a.a.O. (Fn. 66); Forgách, Die Grenzen des Asylrechts, Diss. Regensburg 1968, S. 7; Wollenschläger, a.a.O. (Fn. 21), S. 30 f.; Kleine, a.a.O. (Fn. 4), S. 188 ff.; Lieber, a.a.O. (Fn. 18), S. 205; Maunz, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 44.

kratische Grundordnung« beeinträchtigt haben⁸⁰ oder Handlungen vorgenommen haben, die den Zielen der Vereinten Nationen widersprechen.⁸¹ Dasselbe soll gelten, wenn der Schutzsuchende im Ausland ein »schweres nichtpolitisches Verbrechen«, ⁸² etwa eine Straftat gegen das Leben,⁸³ begangen hat, sofern dies nicht im offenen Kampf geschah.⁸⁴ Ferner sollen solche Personen kein Asylrecht genießen, die lediglich eine »Entwertung sittlicher Gebote«, religiöser Glaubensinhalte und staatlicher Einrichtungen verkünden und deren gewaltsame Vernichtung anstreben.⁸⁵

Beschränkte sich dieser Ausschlußgrund früher auf einige vereinzelte Fälle, so hat er in jüngerer Zeit im Zusammenhang mit dem Phänomen des Terrorismus eine neue Dimension erlangt. In dem »Europäischen Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus«⁸⁶ verpflichtet sich die Bundesrepublik, bestimmte Delikte in bestehende Auslieferungsabkommen einzubeziehen (Art. 3 f.) und die Auslieferung nicht unter Berufung auf den politischen Charakter der Tat zu verweigern (Art. 2).⁸⁷ Das gilt insbesondere für Flugzeugentführungen, bestimmte Straftaten in Flugzeugen, Angriffe auf fremde Staatsmänner und Diplomaten, Entführung und Geiselnahme sowie Sprengstoffdelikte (Art. 1). Durch die Einbeziehung dieser Delikte in die schon bestehenden Auslieferungsabkommen werden die Vertragsstaaten verpflichtet, solche Straftäter auszuliefern, sofern sie nicht unter die Flüchtlingsdefinition des Art. 1 FK fallen (Art. 5). Das Asylrecht des Täters darf dem Auslieferungsbegehren nur entgegengehalten werden, wenn der Staat, der ihn ausliefern soll, einen »Vorbehalt« zugunsten seines Asylrechts gemacht hat (Art. 13). Das hat die Bundesrepublik Deutschland jedoch nicht getan. Da Straftäter, die in diesem Abkommen genannt sind, oft zugleich politische Verfolgte im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG sind,⁸⁸ stellt ihr Ausschluß vom Asylrecht einen erheblichen Eingriff in dieses Grundrecht dar. Während für andere Vertragsstaaten dementsprechend bezüglich der Vereinbarkeit des Terrorismusübereinkommens mit dem Asylrecht erhebliche

80 BVerwGE 4, 238, 242.

81 BGHSt 8, 59 (LS 2).

82 BVerwG, DVBl. 1963, 147.

83 BGHSt. 8, 59 ff.

84 BGH, NJW 1961, 738.

85 Fritz Franz, Die Polizei 1961, 306, 308.

86 Gesetz v. 28. 3. 1978, BGBl. II 321, 907.

87 S. zu diesem Abkommen o. Kap. III; Paul Weis, ICJ – Review 1977, Nr. 19, 37 ff.; Bartsch, NJW 1977, 1985 ff.; Stein, ZaöRV 1977, S. 668 ff.

88 Im Rahmen dieses Artikels liegt es nicht in der Themenstellung, zu untersuchen, inwieweit diese Straftäter zugleich politisch verfolgt sind; s. dazu näher Gusy, a.a.O. (Fn. 4), § 7 VIII 3; ders., NJW 1978, S. 1717 ff.; hier kann nur der Frage nachgegangen werden, ob in Fällen politischer Verfolgung ein Ausschlußgrund eingreift.

Bedenken erhoben wurden,⁸⁹ wurde in der Bundesrepublik seine Vereinbarkeit mit dem Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG mehrfach bejaht.⁹⁰ Soweit jedoch die genannten Straftäter politisch verfolgt sind, können sie nur von dem Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ausgeschlossen sein, wenn ein Ausschlußtatbestand eingreift.⁹¹ Auch dafür wird auf die »Asylwürdigkeit« zurückgegriffen. So wird darauf hingewiesen, daß bei solchen politischen Taten zwischen der Schwere der Tat und dem mit ihr angestrebten Ziel »ein angemessenes Verhältnis bestehen muß«, damit der Täter noch »des Asylrechts würdig« sei.⁹²

Zur Herleitung des Ausschlußgrundes der »Asylunwürdigkeit« wird auf Art. 1 F FK zurückgegriffen.⁹³ Dieser schließt solche Personen von der Flüchtlingseigenschaft aus, die Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen haben oder außerhalb des Zufluchtsstaates ein »schweres nichtpolitisches Verbrechen« verübten oder aber »sich Handlungen zuschulden kommen ließen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen«. Ebenso wird in diesen völkerrechtlichen Auslieferungsverträgen politischen Straftätern keineswegs uneingeschränkter Schutz gewährt, vielmehr werden bei vorsätzlichen Straftaten gegen das Leben häufig Ausnahmen von dem Auslieferungsschutz gemacht.⁹⁴ Auf diese völkerrechtlichen Normen werden Äußerungen im Parlamentarischen Rat bei der Schaffung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG bezogen, wonach das Asylrecht »nur im Rahmen des Völkerrechts« gewährt werden sollte; als schutzwürdig wurden nur solche Personen angesehen, die nicht »geschossen« hatten.⁹⁵ Danach soll das Asylrecht nur unter der Bedingung entstehen, daß neben den Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG auch die Voraussetzungen des Völkerrechts für den Verfolgungsschutz – insbesondere die Asylwürdigkeit – vorliegen.

89 S. für Frankreich die Nachweise bei *Weis*, a.a.O. (Fn. 87), S. 39; zu Italien s. *Stein*, a.a.O. (Fn. 87), S. 675.

90 Insbesondere von *Riedel*, DÖV 1979, 27 ff.; *Harmsen*, AWR – Bulletin 1977, 243 f.; mit Einschränkungen auch v. *Pollern*, BayVBl. 1977, 692 f.

91 Frühere Abkommen gegen Luftpiraterie u.ä. können in diesem Rahmen nicht als Erfahrungsgrundlage dienen, weil sie den Staaten freistellten, ob sie die Täter ausliefern oder aburteilen wollten (»aut dedere – aut iudicare«); s. näher *Francke*, JIR 1973, S. 301 ff.; *Schmitt – Rantsch*, ZLWR 1971, 63 ff.; *Röbber*, ZLWR 1972, 133 ff.; *Hailbronner*, ZaöRV 1972, 265, 275 ff.; *Zlataric* in: Geburtstagsgabe für H. Grützner, 1970, S. 160 ff.

92 So ausdrücklich *Hailbronner*, NJW 1973, 1636, 1637; der Sache nach ähnlich v. *Pollern*, BayVBl. 1979, 200, 208 ff.; s. auch *Franz*, DVBl. 1978, 865, 869 f.

93 S. zu dieser Ableitung schon *Rogge*, Integration 1954, 193, 206; zu Art. 1 F FK *Grahl – Madsen*, a.a.O. (Fn. 55), S. 270 ff.

94 Darauf verweist BGHSt 8, 59, 64 f.

95 Vgl. dazu BVerwGE 4, 238, 241; Abg. Schmid und Abg. v. Mangoldt in der 4. Sitzung des Grundausschusses vom 23. 9. 1948, Stenoprot. S. 37 ff.

Diese Herleitung ist allerdings bedenklich. Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG macht das Asylrecht ausschließlich von der »politischen Verfolgung« des Schutzsuchenden abhängig. Dieser Begriff ist nicht mit dem Flüchtlingsbegriff des Art. 1 FK identisch.⁹⁶ Art. 1 FK konstituiert auch keineswegs den »Rahmen des Völkerrechts« für die Asylgewährung in der Bundesrepublik. Das Asylrecht ist im Völkerrecht bislang ausschließlich ein Recht der Staaten, nicht hingegen der Einzelnen.⁹⁷ Weder der Inhalt noch die Grenzen eines individuellen Asylrechts werden durch das Völkerrecht konstituiert. Das gilt gleichfalls für Art. 1 F FK, der sich nicht auf das Asylrecht bezieht, sondern ausschließlich den Status der Flüchtlinge, denen bereits Schutz gewährt worden ist, betrifft. In welchem Umfang die Staaten Asyl gewähren, ist ihnen völkerrechtlich freigestellt. Asylgewährung »im Rahmen des Völkerrechts« kann somit nur bedeuten, daß die Bundesrepublik ihre völkerrechtliche Freiheit zur Asylgewährung nicht überschreiten darf.⁹⁸ Die Grenzen dieser Freiheit werden nicht durch Art. 1 F FK, der das Asylrecht nicht zum Gegenstand hat, oder einen allgemeinen Völkerrechtssatz der »Asylwürdigkeit« gezogen. Daß bestimmte Personen von der Asylgewährung durch die Bundesrepublik ausgeschlossen sein sollen, ist keinem Satz des Völkerrechts zu entnehmen. Das gilt in gleicher Weise für die Auslieferungsabkommen, die nur den Gehalt und die Grenzen der Auslieferungspflicht regeln, aber nicht das Asylrecht betreffen. Steht damit der Bundesrepublik völkerrechtlich die Asylgewährung frei, so ist sie rechtlich ausschließlich durch Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG dabei gebunden. Dieser verpflichtet sie zur Zuerkennung des Asylrechts an alle politisch Verfolgten und hält sich damit »im Rahmen des Völkerrechts«, durch den er daher nicht eingeschränkt wird.⁹⁹

Statt der dargestellten völkerrechtlichen Argumentation wird zur Herleitung des Ausschlußgrundes der »Asylunwürdigkeit« auch eine verfassungsrechtliche Begründung herangezogen. Ausgehend von der Tatsache, daß das Grundgesetz eine »Wertentscheidung zugunsten einer streitbaren, abwehrbereiten Demokratie« getroffen habe, wird gefolgert, das Asylrecht dürfe nicht zum Instrument einer Gefährdung des Rechtsstaates werden. Voraussetzung des verfassungsrechtlichen Asylrechts müsse daher die Bereitschaft des Schutzsuchenden sein, die Rechtsordnung, deren Schutz er beansprucht, zu respektieren.¹⁰⁰ Als Ausdruck dieses allgemeinen Grundsatzes wird das Verbot des Angriffskrieges in Art. 26 Abs. 1 GG genannt,¹⁰¹ mit dem es nicht vereinbar sei, »wenn Asylanten vor-

96 S. dazu schon o. Fn. 58.

97 S. dazu o. Kap. III u. o. Fn. 59.

98 *Kimminich*, JZ 1965, S. 739, 740.

99 i. E. ebenso Mohn, a.a.O. (Fn. 66), S. 98 f.; *Merl*, a.a.O. (Fn. 20), S. 76 ff.

100 S. dazu eingehend *Hans-Ingo v. Pollern*, Das moderne Asylrecht, Diss. Tübingen 1979, 2. Teil F IV 2 e.

101 v. *Pollern*, BayVBl. 1979, 200, 204 f.

nehmlich unter dem Deckmantel von Exilorganisationen zum Völker- und Rassenhaß aufstacheln oder die Anwendung von Gewaltakten propagieren, Volks- und Bürgerkriegsparolen verbreiten und vom Territorium der Bundesrepublik aus terroristische Aktivitäten gegen ihren Heimatstaat entfalten, um den Sturz des bekämpften Regimes herbeizuführen«. Solche Handlungen gefährdeten zugleich die innere und äußere Sicherheit der Bundesrepublik. Dem Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG dürfe nicht die »Logik« unterstellt werden, es wolle die Möglichkeit schaffen, daß eine rechtsstaatliche Verfassung ihre rechtsstaatlichen Mittel und Möglichkeiten ihrem erklärten Gegner gewähren soll, der gerade diese verfassungsmäßige Ordnung beseitigen wolle.¹⁰² Asylschutz dürfe daher nur demjenigen gewährt werden, der in Widerspruch zu den Grundsätzen der »freiheitlich-demokratischen Grundordnung« verfolgt werde, nicht hingegen dem, der diese Ordnung beseitigen wolle.¹⁰³

Diese Begründung des Ausschlußgrundes der »Asylunwürdigkeit« hat jedoch den Charakter der »streitbaren Demokratie« zu berücksichtigen. Diese stellt eine Gesamtschau einer größeren Anzahl von Normen des Grundgesetzes dar,¹⁰⁴ die mit einer einheitlichen Bezeichnung charakterisiert wird.¹⁰⁵ Diese enthalten ein differenziertes, vielfach abgestuftes System, mit dem die »freiheitlich – demokratische Grundordnung« sowohl gegen Angriffe aus der Sphäre der Bürger¹⁰⁶ als auch von Seiten der Staatsgewalt¹⁰⁷ geschützt werden soll. Diesen Normen kommt somit nicht einseitig eine freiheitsbeschränkende, sondern zugleich freiheitsschützende Funktion zu,¹⁰⁸ sie konstituieren jeweils in ihrem begrenzten Bezugsrahmen das Verhältnis zwischen Freiheit und Bindung. Grenzen der individuellen Freiheit können nur nach Maßgabe der jeweils einzelnen Regelung gezogen werden, weitergehende Freiheitsbeschränkungen aus dem »Gesamtzusammenhang« dieser Normen sind unzulässig. Die Mittel des Schutzes von Freiheit und Demokratie sind somit nicht beliebig, sondern stets den jeweils einschlägigen Verfassungsnormen und den verfassungsgemäßen Gesetzen zu

102 So auch *Weinfurter*, a.a.O. (Fn. 20), S. 744.

103 BVerwGE 4, 238, 242; systematisch wird nicht restlos klar, ob es sich dabei um einen Ausschlußgrund oder eine Schranke des Asylrechts handelt; da v. *Pollern*, a.a.O. (Fn. 92) die Zulässigkeit der Verweigerung des Asylschutzes für solche Personen (durch Zurückschiebung über die Grenze) in Erwägung zieht, wird man von einem Ausschlußgrund ausgehen müssen.

104 So insbesondere *Bulla*, AöR 1973, 340, 346 ff.

105 Dagegen stellt *Lameyer*, *Streitbare Demokratie*, 1978, S. 138 ff., das Prinzip der »streitbaren Demokratie« als »offenes Verfassungsprinzip« dar; unbestimmt dagegen *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I*, 1977, S. 175 f.

106 So etwa Art. 9 Abs. 2, 18, 21 Abs. 2 S. 2, 26 Abs. 1 S. 2 GG.

107 S. dazu eingehend *Bulla*, a.a.O. (Fn. 104), S. 350 f.

108 Das kommt etwa in der Bezeichnung des Art. 21 Abs. 2 S. 2 GG als »Parteienprivileg« zum Ausdruck.

entnehmen,¹⁰⁹ die »streitbare Demokratie« hält dafür keine zusätzlichen Mittel bereit. Der Satz »Keine Freiheit für die Gegner der Freiheit« ist nicht Inhalt des Grundgesetzes.¹¹⁰

Zur Abwehr strafbarer Handlungen von Asylanten in der Bundesrepublik steht den Staatsorganen das vollständige Instrumentarium des Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts zur Verfügung. Dieses Sanktionsinstrumentarium ist auch gegenüber Asylanten in vollem Umfang anwendbar. Der Ausschluß vom Asylrecht ist allerdings ausschließlich in Art. 18 GG unter den dort genannten verfahrensrechtlichen Voraussetzungen als zulässig angesehen.¹¹¹ Darüberhinaus steht dieses Instrument rechtlich nicht zur Verfügung.

Dessen war man sich auch bei der Schaffung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG bewußt.¹¹² Im Parlamentarischen Rat wurde ausführlich erörtert, ob italienischen Faschisten und Personen, die sich in ihrer Heimat aktiv gegen die Demokratie eingesetzt haben, Asyl gewährt werden könne. Diese Frage wurde von der Mehrheit der Abgeordneten bejaht. Das Asylrecht sollte danach nicht »von unserer eigenen Sympathie oder Antipathie« abhängig gemacht und auch nicht »von der politischen Gesinnung des Verfolgten« begrenzt werden. Asylgewährung sei stets eine Frage der Generosität. Trotz der erkannten Gefahren war man sich einig, auch solchen politisch Verfolgten das Asylrecht zuzuerkennen. Die Erfordernisse der »abwehrbereiten Demokratie« mögen die Bestrafung krimineller Asylanten zulassen, wie es in Art. 26 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich normiert ist; ihren Ausschluß vom Asylrecht rechtfertigt bis auf Art. 18 GG keine Norm.¹¹³

Insoweit ist das Kriterium der »Asylwürdigkeit« zumindest problematisch. Das Gesetz zum Terrorismusübereinkommen¹¹⁴ ist daher nach der hier vertretenen Auffassung, soweit es politisch Verfolgte vom Asylrecht ausschließt, verfassungswidrig.¹¹⁵

109 S. dazu grundlegend *Bulla*, a.a.O. (Fn. 104), S. 359 f., der zugleich die Gefahren der Lehre von der »streitbaren Demokratie« darstellt.

110 *Erhard Denninger*, Staatsrecht I, 1973, S. 84.

111 S. dazu Kap. VI 3.4.

112 S. zum folgenden *Gusy*, NJW 1978, 1717, 1720.

113 Ebenso OLG Hamburg, MDR 1954, 498; *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 161, 197; *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 30), S. 416; *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 15), S. 165; *Schnapp*, a.a.O. (Fn. 78), Art. 16 Rn. 30; *Franz*, a.a.O. (Fn. 25), S. 73; *Franz*, JR 1961, 441; zurückhaltend auch *Franz*, DVBl. 1978, 865, 869 f.; *Mohn*, a.a.O. (Fn. 66), S. 105; *Merl*, a.a.O. (Fn. 20), S. 62 ff.; *Gusy*, a.a.O. (Fn. 4), § 10 II.

114 Vgl. o. Fn. 86.

115 S. dazu eingehend *Gusy*, a.a.O. (Fn. 112).

1.2.2 Der Ausschluß von Personen, deren Aufnahme die »äußere Sicherheit« der Bundesrepublik gefährden könnte

Wird durch die Asylgewährung an einen politisch Verfolgten oder durch die Anwesenheit eines Asylanten im Bundesgebiet die äußere Sicherheit der Bundesrepublik in der Weise gefährdet, daß ein internationaler Konflikt mit einem anderen Staat droht, so soll das Bedürfnis des Staates nach Schutz seines Bestandes und seiner Rechtsordnung oder der Wahrung »wichtiger Belange der Allgemeinheit« zum Ausschluß solcher Personen vom Asylrecht berechtigen.¹¹⁶ Im Unterschied zu dem zuvor behandelten Ausschlußgrund¹¹⁷ wird hier die Gefahr für die Bundesrepublik nicht durch den Verfolgten selbst, sondern durch einen fremden Staat begründet. Zwar werde eine solche Lage nur äußerst selten eintreten, es sei jedoch nichts ausgeschlossen, daß die Asylgewährung an bestimmte Einzelpersonen oder Gruppen ernste internationale Konflikte auslösen könne, die Gefahren für die Bundesrepublik als Zufluchtsstaat begründeten. Dem wäre möglicherweise nur durch eine Sperrung der Grenzen oder eine sofortige Ablehnung der »Asylgesuche« zu begegnen.¹¹⁸

Diese Auffassung wird mit Art. 25 GG begründet.¹¹⁹ Nach Art. 25 S. 1 GG seien die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts. Durch diese Vorschrift seien bestimmte Rechtssätze des Völkerrechts in die Rechtsordnung der Bundesrepublik inkorporiert worden, ohne daß ihr Adressat gewechselt habe. Berechtigte oder verpflichtete also das Völkerrecht nur Staaten, so habe es auch gemäß Art. 25 S. 1 GG nur diese Wirkung; begründe es Rechte und Pflichten auch für Einzelpersonen, so sei es auch gemäß Art. 25 S. 1 GG auf diese Wirkung beschränkt. Andererseits »erzeugten« die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gemäß Art. 25 S. 2 GG Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes. Eine unveränderte Übernahme des Völkerrechts würde Rechte und Pflichten nicht »erzeugen«, sondern nur bestätigen.¹²⁰ Daraus wird der Schluß gezogen, Art. 25 S. 2 GG begründe einen Wechsel der Berechtigten und Verpflichteten des Völkerrechts und »erzeuge« so für sie neue Rechte und Pflichten.¹²¹

116 Dazu und zum folgenden *Karl Doehring*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1976, S. 339; *Doehring*, ZaöRV 1966, 33, 46 ff.

117 S. o. 1.2.1.

118 Ähnlich auch *Voigt*, JR 1976, 298, 299 f.

119 S. zum folgenden näher *Karl Doehring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts, 1963, S. 150 ff.

120 Dagegen geht BVerfGE 15, 25, 33 f.; 37, 116, 126, auch im Rahmen des Art. 25 S. 2 GG nur von einer unveränderten Übernahme der allgemeinen völkerrechtlichen Regeln aus.

121 So auch *Doehring*, VVDStRL 32, 7, 38 f.; *Bleckmann*, ZaöRV 1968, 48, 63 f.

Das allgemeine Völkerrecht garantiert nach dieser Auffassung jedem Staat das Recht, seinen Bestand und seine Sicherheit zu schützen.¹²² Art. 25 S. 2 GG erzeuge das Recht des Staates, dieses Recht nicht nur Staaten, sondern auch Einzelnen entgegenzusetzen. Dieses durch Art. 25 GG begründete Verhältnis zwischen der Staatssicherheit einerseits und den Individualrechten andererseits solle gegenüber Ausländern, bezüglich derer allgemeine Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts während ihres Aufenthaltes in fremden Staaten bestünden, dem Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG als Spezialnorm vorgehen.¹²³ Dabei dürfe nur der völkerrechtliche Mindeststandard für die Rechtsstellung von Ausländern nicht unterschritten werden. Zwar berechtige dieser die Staaten, Fremden mehr Rechte zuzuerkennen, als er selbst ihnen garantiere, eine solche Besserstellung der Ausländer in der Bundesrepublik sei jedoch nur anzunehmen, wenn ein Grundrecht ausdrücklich Ausländern eine privilegierte Rechtsposition einräume. Andernfalls sei davon auszugehen, daß das Grundrecht nur Deutschen die volle garantierte Rechtsposition zukommen lassen wolle. Da der Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG Ausländer nicht ausdrücklich über den völkerrechtlichen Mindeststandard hinaus besserstelle, gehe Art. 25 GG in Verbindung mit dem Fremdenrecht ihm insoweit vor. Das Spannungsverhältnis zwischen dem völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrecht der Staaten und dem Recht auf Asyl wird entsprechend dieser Auffassung dadurch gelöst, daß das Asylrecht nur im Rahmen der Erfordernisse der Staatssicherheit entstehen kann; das Grundrecht wird durch den Staatsschutz nicht »eingeschränkt«, sondern nur nach dessen Maßgabe gewährt.¹²⁴

Daneben wird zur Begründung dieses Ergebnisses die Erwägung herangezogen, jeder Staat habe die Pflicht, zunächst die eigenen Staatsbürger zu schützen.¹²⁵ Bei politisch Verfolgten handele es sich jedoch um Fremde, gegenüber deren Schutz die Staatssicherheit vorrangig sei.

Diese Auffassung ist aus verschiedenen Gründen bedenklich. Wegen des bislang noch ungeklärten Ranges der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im deutschen Recht kann kaum eine verbindliche Aussage über ihr Verhältnis zu den Normen des Grundgesetzes getroffen werden.¹²⁶ Ferner ist auch fraglich, ob die allgemeinen Erwägungen über das Verhältnis zwischen den durch Art. 25 GG in

122 *Doehring*, ZaöRV 1966, 33, 55; krit. zu diesem »Recht« der Staaten als allgemeine Regel des Völkerrechts *Christian Tomuschat*, Zur politischen Betätigung des Ausländers, 1968, S. 56.

123 *Doehring*, a.a.O. (Fn. 119), S. 167 f., 170, 172, 173; *Doehring*, ZaöRV 1965, 478, 489; *Doehring*, ZaöRV 1966, 33, 54 f.; später hat *Doehring* seine Lehre insofern modifiziert, als das Recht des Staates zur Selbstverteidigung nur noch eine Schranke des Asylrechts darstellen sollte; s. *Doehring*, VVDStRL 32, 7, 38 f.

124 *Doehring*, ZaöRV 1966, 33, 48, 54.

125 *Doehring*, ZaöRV 1966, 33, 48.

126 Vgl. zu den Alternativen *Gusy*, a.a.O. (Fn. 4), § 10 I m.w.N.

das Bundesrecht inkorporierten allgemeinen Regeln des Völkerrechts und dem deutschen Recht auf das Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG anwendbar sind. Regelte nach der dargestellten Auffassung Art. 25 GG die gesamte Rechtsstellung der Fremden im Bundesgebiet, so normiert Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nur ein einzelnes Recht, das ausschließlich Ausländern zusteht.¹²⁷ Daher kann Art. 25 GG nicht als Spezialnorm gegenüber Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG angesehen werden.¹²⁸

Der dargestellte Ausschlußgrund stößt allerdings insbesondere auf systematische Bedenken. Einige Grundrechte stehen ausdrücklich nur Deutschen zu (Art. 8 Abs. 1, 11, 12 Abs. 1, 16 Abs. 2 S. 1 GG), die meisten übrigen Grundrechte berechtigen jedermann, nur das Asylrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG steht ausschließlich Fremden zu. Im Gegensatz zu den »Deutschen – Rechten« sollen die übrigen Grundrechte demnach auch Ausländern zustehen. Der Verfassungsgeber hat somit das Verhältnis zwischen Freiheit und Bindung auch für Ausländer in den Grundrechten regeln wollen und diese Materie nicht dem Völkerrecht überlassen. Dementsprechend fanden während der Beratungen zum Grundgesetz ausführliche Diskussionen statt, wann ein Grundrecht nicht als Menschenrecht, sondern als Bürgerrecht ausgestaltet werden sollte.¹²⁹

Das Grundgesetz strebt so Freiheitsschutz durch die Grundrechte und zugleich die Geltung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im deutschen Recht an; ein Spezialitätsverhältnis zugunsten des Völkerrechts und zulasten der Freiheit ist dadurch jedoch nicht normiert. Grundsätzlich soll jedermann in den Genuß der freiheitlichen Rechtsordnung, die das Grundgesetz bezweckt, gelangen. In diese Ordnung soll gemäß Art. 25 GG auch das Völkerrecht einbezogen werden, ohne jedoch das Grundgesetz, das es erst einbezieht, teilweise außer Kraft zu setzen. Inwieweit die Freiheit des Einzelnen Ausgestaltungen oder Einschränkungen zugänglich ist, ergibt sich für Deutsche wie Ausländer somit ausschließlich aus den Grundrechten. Daß die Menschenrechte Deutschen und Ausländern in unterschiedlichen Umfang zustehen sollen, ist ihnen nicht zu entnehmen. Sie stellen somit besondere Gleichheitssätze dar.¹³⁰ Das steht auch nicht in Widerspruch zum völkerrechtlichen Fremdenrecht, das als Mindeststandard jedem Staat das Recht gewährt, Ausländern mehr Rechte zuzuerkennen, als es selbst einräumt.¹³¹ Das hat das Grundgesetz mit den Grundrechten, die auch Auslän-

127 Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ist ein Grundrecht, das ausschließlich Ausländern zusteht, s. o. 1.1.3.

128 Andere Bedenken erhebt v. *Pollern*, BayVBl. 1979, 200, 203.

129 Vgl. dazu ausführlich v. *Mangoldt*, GG, 1953, Vorb. vor Art. 1 Anm. 8; Art. 5 Anm. 2.

130 *Hamann – Lenz*, GG, 3. Aufl., 1970, Art. 3 Erl. B 1; *Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 122), S. 54 f.; *Grabitz* Europäisches Bürgerrecht, 1970, S. 46; *Dolde*, Die politischen Rechte der Ausländer, 1972, S. 9 f.; *Gusy*, a.a.O. (Fn. 126).

131 Zutreffend weist *Zuleeg*, DÖV 1973, 361, 364, darauf hin, daß das Fremdenrecht dem Schutz der Fremden dienen soll, nicht hingegen ihre Rechte einschränken will.

dem zustehen, getan. Dabei ist es nicht erforderlich, daß die Erstreckung der Geltung eines Grundrechtes für Ausländer ausdrücklich in dessen Wortlaut aufgenommen wird. Andernfalls stünde kein Grundrecht Ausländern zu, denn keines dieser Rechte enthält in seinem Wortlaut einen Hinweis auf seine Gültigkeit auch für Ausländer. Der Freiheitsschutz der Ausländer wäre somit nicht mehr im Grundgesetz, sondern im völkerrechtlichen Fremdenrecht geregelt, die Rechtsstellung der Ausländer wäre auf den völkerrechtlichen Mindeststandard reduziert.¹³² Damit wäre die Differenzierung des Grundgesetzes zwischen Menschenrechten und Bürgerrechten sinnlos, der Grundrechtsschutz käme nur Deutschen zu. Dieser Zustand sollte jedoch durch die Statuierung von Menschenrechten im Grundgesetz verhindert werden.

Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts vermögen daher nach der hier vertretenen Auffassung keinen asylrechtlichen Ausschlußgrund nach Maßgabe der äußeren Staatssicherheit zu begründen.¹³³

2 Die Schranken des Asylrechts

Die Diskussion um die »Schranken des Asylrechts« hat trotz ihrer bislang vergleichsweise geringen praktischen Relevanz die wissenschaftliche Auseinandersetzung in vielfacher Weise beschäftigt,¹³⁴ zumal das Asylrecht hier traditionell seine Bewährungsprobe zu bestehen hat, von der zumindest partiell die Glaubwürdigkeit der Schutzgewährung abhängt. Gegenstand der Auseinandersetzungen ist die Frage, ob und in welchem Umfang die Staatsorgane der Bundesrepublik zu Eingriffen in das Asylrecht politisch Verfolgter berechtigt sind. Im Gegensatz zu den Ausschlußgründen ist somit nicht das Problem zu erörtern, ob bestimmte politisch Verfolgte vom Asylrecht ausgeschlossen sind, sondern vielmehr, ob die Asylberechtigten vor Eingriffen in dieses Grundrecht geschützt sind.

132 *Isensee*, VVDStRL 32, 49, 85 f.; *Zuleeg*, DVBl. 1974, 341, 345.

133 Gegen die Thesen *Doehring*s krit. auch *Kewenig*, VVDStRL 32, S. 107, 108 ff.; *Tomuschat*, VVDStRL 32, 120, 121; *Forgách*, a.a.O. (Fn. 79), S. 98 ff.

134 S. erstmals ausführlich *Franz*, Das Asylrecht des politisch verfolgten Fremden, Diss. Köln 1961, S. 75 ff.; später *Forgách*, Die Grenzen des Asylrechts, Diss. Regensburg 1968, insbes. S. 94 ff.; *Wollenschläger*, Immanente Schranken des Asylrechts, Diss. Würzburg 1971, insbes. S. 35 ff.; v. *Pollern*, Das moderne Asylrecht, Diss. Tübingen, 2. Teil F; v. *Pollern*, BayVBl. 1979, 200 ff.; v. *Pollern*, AWR – Bulletin 1979, 16 ff.; *Gusy*, Asylrecht und Asylverfahren, §§ 13 f.

2.1 Schrankenbestimmungen des Ausländergesetzes

Das Ausländergesetz ermächtigt die Behörden zu einer Fülle von Eingriffen in das Asylrecht und konkretisiert dadurch die Schranken, die diesem Grundrecht nach Ansicht des Gesetzgebers gezogen sind. Diese Vorschriften werden im folgenden dargestellt und sodann auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG untersucht (siehe dazu unten 2).

2.1.1 Die Regelung der Zurückweisung und Zurückschiebung politisch Verfolgter (§ 18 Abs. 3 i. V. m § 14 Abs. 1 AuslG)

Die Bundesrepublik Deutschland ist völkerrechtlich aufgrund ihrer souveränen Staatsgewalt berechtigt, politisch Verfolgten Asyl zu gewähren.¹³⁵ Diesen Schutz kann sie nach Maßgabe und in den Grenzen ihrer Staatsgewalt zuerkennen.¹³⁶ Ihre Staatsgewalt erstreckt sich über das ihrer Territorialhoheit unterfallende Gebiet; nur auf diesem Staatsgebiet vermögen die Staatsorgane der Bundesrepublik wirksamen Verfolgungsschutz zu gewährleisten. Berechtigt danach die Staatsgewalt nur zur Asylgewährung auf dem Territorium des Zufluchtsstaates, so muß der schutzsuchende Ausländer in die Bundesrepublik einreisen können, um effektiven Verfolgungsschutz zu genießen. Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG, der die Bundesrepublik zur Asylgewährung an politisch Verfolgte verpflichtet, erlegt ihr damit die Pflicht auf, diese Personen in das Bundesgebiet einreisen zu lassen. Die Asylberechtigten haben ein Recht auf Einreise¹³⁷; es ist den Staatsorganen der Bundesrepublik daher durch Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG verwehrt, politisch Verfolgte an der Einreise zu hindern.¹³⁸

Zur Verhinderung der Einreise von Ausländern sieht grundsätzlich § 18 Abs. 1 AuslG die Zurückweisung und § 18 Abs. 2 AuslG die Zurückschiebung vor. Unter der Zurückweisung versteht man die Versagung und die Verhinde-

135 vgl. dazu o. Kap. III.

136 S. zum folgenden ausführlich Gusy, a.a.O. (Fn. 4), § 2 I; ähnlich *Lieber*, AWR – Bulletin 1978, 163 ff.

137 Zum Recht auf Asyl als subjektives Recht des politisch Verfolgten s. o. Kap V.

138 v. *Mangoldt/Klein*, GG, Art. 16 Anm. V 2 b; *Kimminich* in BK, Art. 16 Rn. 141, 146; *Franz*, a.a.O. (Fn. 134), S. 60 f.; *Franz*, DVBl. 1963, 797, 799; *Franz*, Die Polizei 1964, 275, 277; *Kimminich*, Der internationale Rechtsstatus der Flüchtlinge, 1962, S. 407 f.; *Kimminich*, Asylrecht, 1968, S. 199 f.; *Lieber*, Die neuere Entwicklung des Asylrechts, 1977, S. 161; *Merl*, Das Asylrecht politisch Verfolgter, Diss. München 1968, S. 109; *Kloetschen*, Die Rechtsstellung des politisch verfolgten Fremden, Diss. Köln 1965, S. 59; *Forgách*, a.a.O. (Fn. 134), S. 67 m.w.N.; *Kleine*, Der Asylerwerb in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Würzburg 1972, S. 39 ff.; *Ruidisch*, Einreise, Aufenthalt und Ausweisung, Diss. München 1975, S. 44 f.; ähnlich auch BVerwGE 49, 202, 205.

rung der Einreise eines Ausländers durch die mit der Paßnachschauf beauftragten Behörden.¹³⁹ Durch diese Maßnahme wird an der Grenze verhindert, daß der Betroffene das Bundesgebiet betritt. Der so zurückgewiesene Ausländer muß in dem Staat bleiben, von dem aus er die Einreise versucht hat. Ist eine Person bereits eingereist, so kommt ihre Zurückweisung nicht mehr in Betracht. Gegebenenfalls kann ihre Zurückschiebung angeordnet werden. Darunter versteht man die Entfernung eines Ausländers aus dem Bundesgebiet in kurzem zeitlichen Abstand nach einer unerlaubten Einreise.¹⁴⁰ Sie kann erst nach der ungesetzlichen Einreise stattfinden, wenn sich der Betroffene bereits in der Bundesrepublik aufhält.

Gemäß § 18 Abs. 3 AuslG findet § 14 Abs. 1 AuslG auf die Zurückweisung und die Zurückschiebung entsprechende Anwendung. Dadurch soll die »Beachtung des Asylrechts« gesichert werden.¹⁴¹ § 14 Abs. 1 AuslG schränkt die Zulässigkeit der Zurückweisung und Zurückschiebung gegenüber Personen, die aus bestimmten Gründen politisch verfolgt werden,¹⁴² ein. Erfüllt ein politisch Verfolgter im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nicht diese Voraussetzungen oder liegt in seiner Person ein Merkmal des § 14 Abs. 1 S. 2 AuslG vor, so kann ihm gemäß § 18 Abs. 3 AuslG die Einreise verwehrt werden. Dadurch wird in mehrfacher Weise in das Grundrecht auf Asyl eingegriffen, indem

- nur bestimmte politisch Verfolgte durch § 14 Abs. 1 S. 1 AuslG Schutz vor der Zurückweisung und Zurückschiebung in den Verfolgungsstaat genießen;
- indem der Schutz vor solchen Maßnahmen auf die Zurückweisung und Zurückschiebung in den Verfolgerstaat beschränkt wird und nicht diese Maßnahmen in jedem Drittstaat einschließen;
- indem § 14 Abs. 1 S. 2 AuslG unter bestimmten Voraussetzungen den Schutz ausdrücklich aufhebt.¹⁴³

Durch derartige Maßnahmen wird der Schutz der Betroffenen durch die Bundesrepublik nicht nur »eingeschränkt«, sondern völlig aufgehoben. Solche Eingriffe¹⁴⁴ können nur im Rahmen der Schranken des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG zulässig sein.¹⁴⁵

139 *Marxen*, AuslG, § 18 Erl. A II 1; ähnlich *Weißmann*, AuslG, S. 145; *Kloesel – Christ*, Ausländerrecht, § 18 AuslG Erl. 1; *Schiedermair*, Handbuch des Ausländerrechts, 1968, § 18 AuslG Erl. 8.

140 *Marxen*, a.a.O. (Fn. 139), Erl. B I 1; ähnlich *Schiedermair*, a.a.O. (Fn. 139), Erl. 9; *Kloesel – Christ*, a.a.O. (Fn. 139), Erl. 2 b.

141 So die amtl. Begründung zu § 18 Abs. 3 AuslG, BT – Drs. IV/868, S. 16.

142 Diese Einschränkung ist Art. 1 A 2 FK nachgebildet.

143 Da § 14 Abs. 1 AuslG im Zusammenhang mit der Abschiebung steht, sollen die Voraussetzungen im Einzelnen erst bei der Abschiebung (u. 2.1.3) erörtert werden.

144 Diese Materie ist bislang kaum untersucht; s. jedoch *Gusy*, a.a.O. (Fn. 134), § 13.

145 S. dazu zusammenhängend u. 2.2.

2.1.2 Die Regelung der Ausweisung politisch Verfolgter (§ 11 Abs. 2 AuslG)

Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG verpflichtet die Bundesrepublik Deutschland, mit den Mitteln ihrer Staatsgewalt politisch Verfolgten Schutz zu bieten.¹⁴⁶ Dieser Schutz kann nur auf dem in Art. 23 GG näher bezeichneten Territorium erfolgen, so daß Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG die deutschen Staatsorgane verpflichtet, politisch Verfolgten den Aufenthalt auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zu gestatten. Das Recht auf Asyl schließt somit das Recht auf Aufenthalt in Bundesgebiet ein.¹⁴⁷ Das gilt, solange der Ausländer die Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG erfüllt. Entgegen der neueren Rechtsprechung¹⁴⁸ ist daran festzuhalten, daß die Bundesrepublik Verfolgungsschutz nur dadurch sichern kann, daß sie während der gesamten Dauer der Asylberechtigung dem politisch Verfolgten Zuflucht sichert.¹⁴⁹ In dieses Recht auf Aufenthalt greifen alle Maßnahmen ein, durch die ein Asylberechtigter aus der Bundesrepublik entfernt werden kann, unabhängig davon, ob dieses in einen Verfolgungsstaat oder in einen Drittstaat hinein geschieht.

Zentrales Mittel zur Entfernung von Ausländern aus dem Bundesgebiet ist die Ausweisung (§ 10 AuslG). Sie stellt die staatliche Anordnung dar, mit der ein Ausländer aufgefordert wird, das Staatsgebiet eines Landes innerhalb eines kurzen Zeitraumes zu verlassen.¹⁵⁰ Für den Betroffenen begründet sie die Pflicht zur Ausreise (§ 12 Abs. 1 AuslG) und das Verbot der Wiedereinreise (§ 15 Abs. 1 AuslG). Der Ausländer kann dieser Aufforderung von sich aus nachkommen, indem er in einen anderen Staat seiner Wahl ausreist, sofern dieser zu seiner Aufnahme bereit ist. Die Ausweisung ist daher auch nicht auf ein bestimmtes »Zielland« angelegt, sondern begründet allgemein die Ausreisepflicht.

Gemäß § 11 Abs. 2 AuslG können »Ausländer, die als politisch Verfolgte Asylrecht genießen«, »nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung« ausgewiesen werden.¹⁵¹ Grundsätzlich ist ihre Ausweisung somit entsprechend der Regelung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG unzulässig; sofern jedoch die genannten Gründe vorliegen, sollen auch Asylanten ausgewiesen wer-

146 Vgl. zum folgenden näher *Gusy*, a.a.O. (Fn. 134).

147 *Franz*, Die Polizei 1961, 306, 307; *Franz*, DVBl. 1966, 623, 625 (insbes. Fn. 20); *Kloetschern*, a.a.O. (Fn. 138), S. 60 ff.; *Kleine* a.a.O. (Fn. 138), S. 58 ff.

148 Insbes. BVerwGE 202, 205 f.; ebenso v. *Pollern*, BayVBl. 1979, 200, 204.

149 So auch BVerwGE 4, 235, 236; ebenso *Schnapp*, NJW 1976, 493; *Voigt*, JR 1976, 298; schon früher *Franz*, NJW 1968, 1556, 1558; *Franz* in: OBS, Grenzfragen des innerdeutschen Asylrechts, 1976, S. 28, 31 f.

150 *Marxen*, a.a.O. (Fn. 139), § 10 Erl. II 3; *Schiedermair*, a.a.O. (Fn. 139), § 10 AuslG Erl. 1; *Ruidisch*, a.a.O. (Fn. 138), S. 218.

151 Dieser Ausweisungsschutz ist unabhängig von der Anerkennung gem. § 28 AuslG; s. dazu *Gusy*, a.a.O. (Fn. 134), § 16 IV.

den können. Als solche schwerwiegenden Gründe werden etwa genannt: »Verstöße gegen die freiheitlich – demokratische Grundordnung«, »kriminelles Verhalten«, »Rauschgifthandel«, »Störung des Arbeitsfriedens«, »Undankbarkeit gegenüber der Bundesrepublik als Gastland«, »weltanschauliche Unduldsamkeit«, ¹⁵² Taten aufgrund einer »besonders verschlagenen niedrigen, gemeinen oder gemeingefährlichen Gesinnung«. ¹⁵³

Die Ausweisung, die auf die Entfernung des Betroffenen aus dem Bundesgebiet gerichtet ist, greift in das Asylrecht der politisch Verfolgten ein, indem sie den Schutz, den ihnen der Aufenthalt im Bundesgebiet bietet, vernichtet. ¹⁵⁴ Sie kann daher gleichfalls nur im Rahmen der Schranken des Asylrechts zulässig sein. ¹⁵⁵

2.1.3 Die Regelung der Abschiebung politisch Verfolgter (§ 14 Abs. 1 AuslG)

Reist ein Ausländer, der sich rechtswidrig in der Bundesrepublik aufhält oder der ausgewiesen worden ist, nicht aus, ¹⁵⁶ so ist er abzuschieben (§ 13 Abs. 1 AuslG). Die Abschiebung bezeichnet die zwangsweise Entfernung eines Ausländers aus dem Bundesgebiet durch die Anwendung unmittelbaren Zwanges. ¹⁵⁷ Sie geschieht durch die Erzwingung der Ausreise und deren Überwachung. Da sie die Durchführung der Ausreise des Betroffenen sichern soll, eine Ausreise aber stets nur in einen bestimmten Staat außerhalb der Bundesrepublik erfolgen kann, erfolgt die Abschiebung notwendig in ein »Zielland«; eine »allgemeine Abschiebung« aus der Bundesrepublik kann es nicht geben. ¹⁵⁸

Gegenüber Asylberechtigten, die aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet besitzen, ist die Abschiebung im AuslG nicht generell untersagt. § 14 Abs. 1 AuslG unterwirft ihre Zulässigkeit nur bestimmten Einschränkungen. Grundsätzlich darf danach ein Ausländer nicht in Staaten abgeschoben werden, in denen ihm bestimmte Arten politischer Verfolgung drohen

152 Sämtlich nach *Schiedermair*, a.a.O. (Fn. 139), § 11 Erl. 11.

153 *Werner Kanein*, AuslG, 1. Aufl., 1966, S. 129; restriktiver dagegen *Marxen*, a.a.O. (Fn. 139), § 11 Erl B III.

154 Dagegen die o. (Fn. 138) Nachgewiesenen, die von einer anderen Konzeption ausgehen.

155 Die Ausweisung politisch Verfolgter halten u. a. für zulässig: BVerwGE 4, 235, 237 f.; 7, 231, 235; 49, 202, 207 f.; BVerwG, VerwRspr. 20, 851, 853 f.; BayObLGZ 1957, 268, 271; 1960, 176 (LS. 2), 179 f.; 1964, 127 (LS. 1), 131 f.; BayObLG, DVBl. 1960, S. 814, 815; OVG Berlin E 6, 159 ff.; *Hamann – Lenz* GG, 3. Aufl., 1970, Art. 16 Erl. B 5 b; *Wollenschläger*, BayVBl. 1976, 408, 409; *Ruidisch* a.a.O. (Fn. 138), S. 300; weitere Nachweise bei *Gusy*, a.a.O. (Fn. 134), § 14 III 1.

156 Daneben ist die Abschiebung auch zulässig, wenn die Überwachung der Ausreise aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist.

157 *Marxen*, a.a.O. (Fn. 139), § 13 Erl. II 1; *Schiedermair*, a.a.O. (Fn. 139), § 13 Erl. 1.

158 *Schiedermair*, a.a.O. (Fn. 139).

(§ 14 Abs. 1 S. 1 AuslG). Diese Einschränkung gilt aber nicht bei solchen Asylberechtigten, die »aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit anzusehen sind« oder die eine »Gefahr für die Allgemeinheit darstellen«, weil sie »wegen eines besonders schweren Verbrechens rechtskräftig verurteilt« wurden. In diesen Fällen ist die Abschiebung sogar in Verfolgungsstaaten zulässig, sofern der Bundesminister des Inneren zustimmt (§ 26 Abs. 1 Nr. 3 AuslG). § 14 Abs. 1 AuslG greift somit in mehrfacher Hinsicht in das Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ein:

- Den Abschiebungsschutz genießen nicht alle politisch Verfolgten, sondern nur diejenigen, bei denen bestimmte Kriterien politischer Verfolgung vorliegen (§ 14 Abs. 1 S. 1 AuslG);¹⁵⁹
- Der Abschiebungsschutz wird nur gegen Abschiebungen in den Verfolgungsstaat gewährt, nicht hingegen gegen solche Maßnahmen in Drittstaaten.

§ 14 Abs. 1 S. 2 AuslG hebt für bestimmte Asylberechtigte den Abschiebungsschutz völlig auf.

Für zulässig wird eine Abschiebung in den Verfolgungsstaat etwa unter folgenden Voraussetzungen angesehen:¹⁶⁰ mehrfache Verurteilung wegen Betruges, teilweise in Tateinheit mit Urkundenfälschung, wissentlich falsche Anschuldigung, Hehlerei und gefährliche Körperverletzung (insgesamt siebenmal),¹⁶¹ »Spionage«, »Sabotage« »umstürzlerische Bestrebungen«, »politischer Terrorismus«,¹⁶² Mord, Notzucht, Menschenraub.¹⁶³

Die Abschiebung in den Verfolgungsstaat stellt zweifellos den intensivsten Eingriff in das Asylrecht des Betroffenen dar; sie, wie auch die anderen Einschränkungen, können im Rahmen der Schranken des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG mit diesem Grundrecht vereinbar sein.¹⁶⁴

2.2 Die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG

Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG enthält keine ausdrückliche Schrankenbestimmung. Andererseits wird stets betont, daß kein Grundrecht eine uneingeschränkte in-

159 Die Einschränkungen sind Art. 1, 33 FK nachgebildet; diese sind jedoch gegenüber Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG enger, s. *Franz*, DVBl. 1966, 623, 627; *Gusy*, a.a.O. (Fn. 134), § 7 V.

160 Diese Kriterien gelten auch für die Zurückweisung und Zurückschiebung politisch Verfolgter, weil hier gem. § 18 Abs. 3 AuslG gleichfalls § 14 Abs. 1 AuslG angewandt wird.

161 OVG Berlin E 6, 159 ff.; dagegen als Vorinstanz VG Berlin, U. v. 9. 10. 1959, I A 173. 59.

162 Sämtlich von *Kanein*, a.a.O. (Fn. 153), S. 138.

163 Sämtlich von *Marxen*, a.a.O. (Fn. 139), § 14 Erl. B II 2.

164 Für zulässig halten die Abschiebung politisch Verfolgter auch in den Verfolgungsstaat BVerwGE 4, 235, 237 f.; 9, 83, 84 ff.; OVG Berlin E 6, 159 ff.; BayObLGZ 1961, 90 (LS. 2), 93; 1964, 127, 136; *Doehring*, ZaöRV 1965, 478, 496 f.; *Ruidisch*, a.a.O. (Fn. 138); *Kanein*, DVBl. 1966, 617, 621; *Kanein*, BayVBl. 1967, S. 291, 293 ff.; *Reigl*, NJW 1967, 481, 482.

dividuelle Freiheit gewährleisten könne. Der Lehre von den Grundrechtsschranken¹⁶⁵ stellen sich somit zwei Grundprobleme: die Begründung solcher Schranken, die im Grundgesetz selbst nicht erwähnt sind, und die Bestimmung des Inhalts und der Tragweite derartiger Begrenzungen.

2.2.1 Die Einschränkung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG durch »grundrechtsimmanente Schranken«

Insbesondere die Rechtsprechung¹⁶⁶ berief sich bei der Begrenzung verfassungstextlich nicht eingeschränkter Grundrechte bald nach der Entstehung des Grundgesetzes auf »grundrechtsimmanente Schranken«, d. h. solche Schranken, die »jedem Grundrecht bereits von Verfassungs wegen innewohnen«.¹⁶⁷

2.2.1.1 Die Konkretisierung der »immanenten Schranken« durch das Völkerrecht

Im Parlamentarischen Rat hatte ursprünglich die Absicht bestanden, das Grundrecht auf Asyl in der Fassung »Politisch Verfolgte genießen Asylrecht im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts« zu gewährleisten.¹⁶⁸ Später wurde der Zusatz »im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts« gestrichen, da er als entbehrlich erschien, weil bereits Art. 25 GG die Beachtung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im deutschen Recht sichern sollte.¹⁶⁹ Eine sachliche Änderung sollte dadurch nicht eintreten. Die Diskussionsredner wiesen auf die Schwäche der entstehenden Bundesrepublik hin, die es sich nicht leisten könne, Personen Asyl zu gewähren, denen dieses nicht zustehe.¹⁷⁰ Aus diesen Ausführungen wurde der Schluß gezogen, das Grundrecht auf Asyl solle denselben Schranken unterliegen, die das Völkerrecht dem Asylrecht ziehe.¹⁷¹ Zur Konkretisierung dieser völkerrechtlichen Schranke wird Art. 33 FK herangezogen,¹⁷² der als

165 Zusammengefaßt bei *Schnapp*, JuS 1978, 729 ff.; v. *Pollern*, JuS 1977, 644 ff.; beide n.w.N.

166 BVerwGE 4, 235, 237 f.; 7, 231, 235; BVerwG, VerwRspr. 20, 851, 853 f.; OVG Berlin E 6, 159 ff.; BayObLGZ 1960, 176 (LS. 2), 179; 1974, 127 (LS. 1), 131 f.; BayObLG, DVBl. 1960, 814 (LS. 1); 1968, 588 ff.

167 So die Formel von *Theodor Maunz*, Deutsches Staatsrecht, 22. Aufl., 1978, S. 121.

168 Vorlage für die 4. Sitzung des Grundsatzausschusses v. 23. 9. 1948, Drs. 79, S. 5.

169 Vorschlag und Begründung v. Abg. Schmid in der 4. Sitzung des Grundsatzausschusses, Stenoprot. S. 39, 40.

170 Etwa Abg. v. *Mangoldt*, a.a.O. (Fn. 169), S. 37.

171 S. die angeführte Rechtspr. in Fn. 166; ferner *Hamann – Lenz*, a.a.O. (Fn. 155); *Kanein*, a.a.O. (Fn. 153), S. 193 f.; *Kanein*, AuslG, 2. Aufl., 1972, S. 129 f.; *Weißmann*, a.a.O. (Fn. 139), S. 171; *Weißmann*, Die Polizei 1960, 299, 302; *Bachof*, JZ 1962, 433, 439; *Kanein*, BayVBl. 1967, 291, 293 f.

172 Erstmals wohl durch BVerwGE 4, 235, 237 f.

Ausdruck einer allgemeinen Regel des Völkerrechts angesehen wird, durch die die Vertragsstaaten der Konvention dem Asylrecht die »an sich selbstverständliche Grenze« gezogen haben, daß die Sicherheit des Zufluchtsstaates und der Gemeinschaft seiner Bürger dem Asylrecht vorgeht.¹⁷³ Diese Schranke soll durch eine historische Interpretation des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG¹⁷⁴ oder durch eine systematische Auslegung aus Art. 25 GG oder durch die »völkerrechtsfreundliche Auslegung« des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG¹⁷⁵ legitimiert und konkretisiert werden.¹⁷⁶

Eine solche Herleitung der Schranken des Asylrechts setzt voraus, daß das Völkerrecht einen Rechtssatz enthält, der die Bundesrepublik verpflichtet, das Asylrecht politisch Verfolgter, die die Voraussetzungen des Art. 33 FK erfüllen, einzuschränken, und daß in Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ein solches Grundrecht gewährt werden sollte.¹⁷⁷

Im Parlamentarischen Rat wurde die Formulierung »Politisch Verfolgte genießen Asylrecht« bei der Frage erörtert, in welchen Fällen die Bundesrepublik einem Verfolgten Asyl gewähren dürfe, ohne gegen das Völkerrecht zu verstoßen.¹⁷⁸ Gegenstand der Diskussion war somit die Definition des asylberechtigten Personenkreises, nicht die Einschränkung des gewährten Asylrechts. »Im Rahmen des Völkerrechts« sollte daher der Begriff »Politisch Verfolgte«, nicht hingegen derjenige des »Asylrechts« auszulegen sein.¹⁷⁹ Ob das Asylrecht bestimmter politisch Verfolgter eingeschränkt werden könne, sofern sie die Sicherheit gefährdeten, wurde im Parlamentarischen Rat nicht erörtert.

Sollte daher in Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG kein durch das Völkerrecht begrenztes Asylrecht gewährt werden, so ist dadurch noch nicht die Frage beantwortet, ob das Völkerrecht unmittelbar die Bundesrepublik zur Einschränkung des Asylrechts verpflichtet.

Das geltende Völkerrecht enthält keinen Asylanspruch Verfolgter gegen den Staat, das völkerrechtliche Asylrecht ist ausschließlich das Recht der Staaten zur Asylgewährung.¹⁸⁰ Dieses Recht wird weder durch das allgemeine Völkerrecht

173 BayObLG, DVBl. 1964, 588, 589.

174 So die o. (Fn. 171) Nachgewiesenen.

175 Insbes. *Seidl – Hohenveldern*, JuS 1961, 15, 19.

176 Dagegen von Anfang an vehement *Franz*, a.a.O. (Fn. 134), S. 77 ff.; *Franz*, Die Polizei 1961, 146, 149; *Franz*, Die Polizei 1961, 306 ff.; *Franz*, JR 1961, 441, 442 ff.; *Franz*, JR 1961, 81, 83 ff.; *Franz*, DVBl. 1963, 125, 127 ff.; *Franz*, DVBl. 1963, 799; *Franz*, DVBl. 1964, 591 ff.; *Franz*, DVBl. 1966, 623, 625 f.

177 Hierzu und zum folgenden ausführlich *Kimminich*, JZ 1965, 739, 740; ähnlich *Michael Schweitzer*, ZRP 1974, 205, 207.

178 *Kimminich*, Asylrecht, 1968, S. 147 f.

179 So schon *Franz*, Integration 1961, 159, 161; s. auch *Kimminich*, JIR 1971, 297, 308 f.; *Kimminich* in: BK, Art. 16 Rn. 195; ablehnend *Kanein*, NJW 1968, 1714.

180 S. dazu o. Kap. III.

noch durch die FK begrenzt. Stellt das Asylrecht im Völkerrecht daher nur eine rechtlich nicht gebotene Begünstigung des Verfolgten dar, so ist es durchaus zulässig, staatliche Belange denen der Flüchtlinge vorgehen zu lassen. Dementsprechend begründet Art. 33 Abs. 2 FK das Recht der Staaten, bestimmte Flüchtlinge in den Verfolgungsstaat abzuschicken, indem er den Betroffenen das Recht nimmt, sich auf den Abschiebungsschutz des Art. 33 Abs. 1 FK zu berufen. Die Konvention schützt Flüchtlinge, die die Sicherheit gefährden, demnach nicht.¹⁸¹ Das Recht der Staaten, solche Flüchtlinge abzuschicken, begründet jedoch keine völkerrechtliche Pflicht. Art. 33 Abs. 2 FK beseitigt nur in bestimmten Fällen die Einschränkung der staatlichen Abschiebungsbefugnis aus Art. 33 Abs. 1 FK, so daß jeder Konventionsstaat berechtigt ist, nach eigenen Kriterien über die Entfernung der Betroffenen zu entscheiden. So wird die Abschiebung bestimmter Flüchtlinge durch Art. 33 Abs. 2 FK erneut zu einer ausschließlich innerstaatlichen Angelegenheit.¹⁸²

Dadurch bleiben allerdings andere Rechtsnormen, durch die das Abschiebungsrecht der Staaten eingeschränkt wird, unberührt. Art. 5 FK stellt es jedem Staat frei, Flüchtlingen mehr Rechte einzuräumen, als es die FK tut. So kann ein Staat durch seine Rechtsordnung die Abschiebung sämtlicher Flüchtlinge oder Asylanten untersagen, ohne dadurch mit der FK oder sonstigem Völkerrecht in Konflikt zu geraten.¹⁸³ Ein zwingendes Gebot, das Asylrecht bestimmter Personen einzuschränken, enthält das Völkerrecht nicht.¹⁸⁴

Mit dieser Argumentation können somit immanente Schranken des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nicht begründet werden.

2.2.1.2 Die Konkretisierung der »immanenten Schranken« durch Art. 2 Abs. 1 GG

Eine in der Literatur verbreitete Auffassung¹⁸⁵ leitet die Schranken des Asylrechts aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG her, indem sie dessen Grenze der »verfassungsmäßigen Ordnung« auf alle Grundrechte und damit auch auf das Asylrecht überträgt.

181 *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 179), Rn. 181.

182 Ähnlich *Wollenschläger*, a.a.O. (Fn. 134), S. 84; *Lieber*, a.a.O. (Fn. 138), S. 214; *M. Schweitzer*, DVBl. 1976, 502, 503.

183 Dabei ist das Völkerrecht »völlig unerheblich«, so zu Recht *M. Schweitzer*, a.a.O. (Fn. 182).

184 Ähnlich *Franz*, a.a.O. (Fn. 176); ferner *Forgách*, a.a.O. (Fn. 134), S. 136; *Lieber*, a.a.O. (Fn. 182); *Schweitzer*, a.a.O. (Fn. 182); *Kimminich*, JZ 1976, 61, 62; v. *Pollern*, BayVBl. 1979, 200, 202 m.w.N.

185 *Franz*, a.a.O. (Fn. 134), S. 75 f.; *Franz*, Die Polizei 1961, 306, 307 f.; *Franz*, DVBl. 1964, 591, 593; *Schmitt*, BayVBl. 1964, 33, 46; *Merl*, a.a.O. (Fn. 138), S. 96 f.; *Mohn*, Probleme des Asylrechts politisch Verfolgter, Diss. Münster 1967, S. 86 f.; s. auch die Darstellung bei *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 178), S. 137 ff.

Diese methodisch auf unterschiedliche Weise begründete Ansicht¹⁸⁶ verkennt den systematischen Zusammenhang zwischen den einzelnen Freiheitsgewährungen und ihren Schranken. Freiheit und Bindung sind für den Schutzbereich jedes Freiheitsrechts in den einzelnen Grundrechtsartikeln der Verfassung normiert. Die »Übertragung« der Schranken eines Grundrechts auf ein anderes würde die Struktur der systematischen Zuordnung von Freiheitsschutz und Gemeinschaftsinteressen durch das jeweilige Grundrecht und den ihm beigelegten Gesetzesvorbehalt unberücksichtigt lassen.¹⁸⁷ Dadurch würde zugleich die abgestufte »Schrankensystematik« der Grundrechte übergangen.¹⁸⁸ Darüberhinaus geht das Grundgesetz von der Gleichrangigkeit der Grundrechte aus. Die »Spezialgrundrechte« sind demnach gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG, der die allgemeine Handlungsfreiheit schützt, als Spezialnormen anzusehen. Dieses Spezialitätsverhältnis gilt für den Tatbestand jedes Grundrechts ebenso wie für seine Schranken unabhängig davon, ob dem jeweiligen Freiheitsrecht ein ausdrücklicher Schrankenvorbehalt beigelegt ist oder ob ein solcher fehlt.¹⁸⁹

Die Übertragung der Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG auf Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ist daher nicht zulässig und wird aus den genannten Gründen heute weitgehend abgelehnt.¹⁹⁰

2.2.2 Die Einschränkung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG durch »verfassungssystematische Schranken«

Die Stellung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG im System der Verfassung wird in jüngerer Zeit als Grundlage der Schranken dieses Freiheitsrechts angesehen.¹⁹¹ Danach sehen das Grundgesetz und die in ihm enthaltenen Grundrechte den Einzelnen nicht als isoliertes Individuum, sie gehen vielmehr von dem Menschenbild einer Persönlichkeit aus, die sich in der sozialen Gemeinschaft frei entfaltet.¹⁹² Einige Freiheitsgarantien kollidieren im Zusammenleben jedoch mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Gütern. Die Lösung solcher Kollisionen gleichrangiger »Rechtswerte« kann nur durch ihre Zuordnung zueinander

186 S. die Übersicht bei *Gusy*, a.a.O. (Fn. 134), § 13 III 2 a dd.

187 *Ridder – Stein*, DÖV 1962, 361, 366.

188 So auch *Dürig* in: MDHS, GG, Art. 2 Rn. 8.

189 So schon BGH, DVBl. 1953, 471, 472; BVerfGE 6, 32, 37; 9, 63, 73; 23, 50, 55 f. m.w.N.; 30, 173, 192; Nachweise bei *Hamann – Lenz*, a.a.O. (Fn. 155), Art. 2 Erl. A 3 a.

190 S. die ausführlichen Nachweise bei *Schnapp*, a.a.O. (Fn. 165); v. *Pollern*, a.a.O. (Fn. 165); *Gusy*, a.a.O. (Fn. 186).

191 Grundlegend zum folgenden BVerwGE 49, 202, 208 ff.; OVG Koblenz E 12, 362 ff.; dargestellt bei v. *Pollern*, BayVBl. 1979, 200, 201, 204.

192 BVerfGE 4, 7, 15 f.; 7, 198, 205; 27, 1, 7; 30, 173, 193; 32, 98, 107 f.

geschehen, die von der Verfassung selbst nur partiell vorgenommen wurde. Darüber hinaus enthält das Grundgesetz den Auftrag an den Gesetzgeber, Spannungen durch kollisionslösende Normen abzubauen.¹⁹³ Dieser Handlungsauftrag findet in den Grundrechten ohne eigenen Gesetzvorbehalt keine absolute Grenze.¹⁹⁴ Dabei bedingt die prinzipielle Gleichwertigkeit der kollidierenden Belange, daß keiner von ihnen grundsätzlich den Vorrang genießt; die wechselseitige Zuordnung kann daher nur im Wege gegenseitiger Begrenzung vorgenommen werden, wobei das Übermaßverbot den bedeutsamsten Handlungsmaßstab bietet.¹⁹⁵ Jedes Rechtsgut darf somit nur so weit eingeschränkt werden, als es zur »Harmonisierung« der Spannungslage erforderlich ist.¹⁹⁶ Die schwächere Norm tritt nur insoweit zurück, als dieses zwingend geboten erscheint; ihr sachlicher »Grundwertgehalt« muß in jedem Fall respektiert werden.

Als verfassungsrechtlich geschützte Güter, die das Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG einschränken, werden herangezogen:

- die Sicherheit des Zufluchtsstaates und seiner Bürger, soweit die Inanspruchnahme des Asylrechts zu einer unmittelbaren Bedrohung des Zusammenlebens und damit der Grundrechte anderer führt;¹⁹⁷
- Art. 26 Abs. 1 S. 1 GG als »Konkretisierung des allgemeinen Friedensgebotes der Verfassung«;¹⁹⁸
- die Kompetenzvorschriften der Art. 73 Nr. 3, 74 Nr. 4 GG, durch die dem Bund die Kompetenz zur Regelung der Einwanderung und des Auslieferungsrechts eingeräumt wird.¹⁹⁹

Dieser Einschränkungsgrund ist allerdings sehr strittig.²⁰⁰

2.2.3 Die Unzulässigkeit von Eingriffen in das Asylrecht trotz der »verfassungssystematischen« Schranken

Die Existenz verfassungssystematischer Schranken des Asylrechts bedeutet noch nicht, daß die genannten Maßnahmen gegen politisch Verfolgte²⁰¹ zulässig

193 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl., 1978, S. 133 f.

194 BVerfGE 28, 243, 261; BVerwGE 49, 202, 208 f.

195 Vgl. dazu grundlegend Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 151 ff.; Grabitz, AöR 1973, 568, 586 ff.

196 Stein, Staatsrecht, 6. Aufl., 1978, S. 97.

197 OVG Koblenz, a.a.O. (Fn. 191).

198 v. Pollern, BayVBl. 1979, 200, 204 f.

199 v. Pollern, BayVBl. 1979, 200, 205.

200 ablehnend Gusy, a.a.O. (Fn. 134), § 13 III 2 b aa m.w.N.

201 o. 2.1.

sind. Die Einschränkung von Grundrechten ist nur im Rahmen derjenigen Grenzen zulässig, die das Grundgesetz dafür aufstellt.

2.2.3.1 Der Verstoß gegen das Übermaßverbot

Das Übermaßverbot untersagt, bei der Zuordnung kollidierender Rechtsgüter auf Verfassungsebene ein Gut einseitig auf Kosten eines anderen zu schützen. Das Grundgesetz will nicht Staatsschutz statt Asylrecht, sondern Staatsschutz und Asylrecht. Die Kollisionslösung muß sich dementsprechend an den Elementen des Übermaßverbotes, den Geboten der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit messen lassen.²⁰²

Die Rechtsprechung²⁰³ geht bei der Beurteilung der Frage, ob die genannten Maßnahmen zur Fernhaltung oder Entfernung von Asylanten vom Bundesgebiet mit Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG unter dem Aspekt des Übermaßverbotes vereinbar sind, davon aus, daß die Sicherheit des Staates als verfaßter Ordnungs- und Friedensmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit der Bevölkerung Verfassungswerte seien, die nicht schlechthin hinter das Interesse eines Asylberechtigten am Verfolgungsschutz zurücktreten dürfen. Auch für das Asylrecht bestehe eine »Opfergrenze«, die nur durch eine Würdigung der Umstände des Einzelfalles zu ermitteln sei.

Diese Auffassung ist jedoch erheblicher Kritik ausgesetzt.²⁰⁴ Wird ein Asylberechtigter vom Bundesgebiet ferngehalten oder entfernt, so können die deutschen Staatsorgane ihre aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG herzuleitende Schutzpflicht ihm gegenüber nicht mehr erfüllen; das Asylrecht wird nicht eingeschränkt, sondern aufgehoben.²⁰⁵ Bei dieser Kollisionslösung wird einseitig den Erfordernissen der Staatssicherheit Rechnung getragen.

Während die Geeignetheit solcher Maßnahmen zur Verhinderung von Störungen des Zusammenlebens in der Bundesrepublik durchaus anerkannt ist, ist ihre Erforderlichkeit fraglich. Der Zweck der §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1, 18 Abs. 3 AuslG liegt darin, daß der Staat und die Allgemeinheit vor bestimmten Asylanten geschützt werden sollen. Gegen Personen, die die Sicherheit gefährden, kann der Staat jedoch auf das umfangreiche Instrumentarium des Straf- und Ordnungsrechts zurückgreifen, um die Allgemeinheit zu schützen. Diese Gesetze

202 s. o. 2.2.1.

203 BVerwGE 49, 202, 209; zustimmend v. *Pollern*, BayVBl. 1979, 200, 207 f.; *Zeidler* in: OBS, a.a.O. (Fn. 149), S. 41, 47 ff.

204 Etwa von *Kimminich*, JZ 1976, 61 ff.; *Kimminich*, DÖV 1976, 87, 90; *M. Schweitzer*, DVBl. 1976, S. 502 ff.; *Schnapp*, NJW 1976, 493; *Voigt*, NJW 1976, 298 ff.; *Wollenschläger*, BayVBl. 1976, 408 ff.; *Franz* in: OBS, a.a.O. (Fn. 149), S. 34 f.

205 *Franz*, NJW 1968, 1556, 1559; *Forgách*, a.a.O. (Fn. 134), S. 188 f.; *Wollenschläger*, a.a.O. (Fn. 134), S. 94; *Wollenschläger*, BayVBl. 1973, 460, 463.

sind zur Aufrechterhaltung der Ordnung gegenüber Deutschen ausreichend. Das gilt in gleicher Weise auch gegenüber Asylanten, die sich im Bundesgebiet aufhalten.²⁰⁶ Gefahren für die Sicherheit der Allgemeinheit, die durch Asylberechtigte begründet werden, sind daher mit diesen Mitteln zu bekämpfen. Mit ihnen können kriminelle oder terroristische Aktivitäten von Asylanten verhindert werden, ohne daß es dazu einer Einschränkung des Asylrechts bedarf. Die Erfüllung der Ordnungsfunktion des Staates ist Aufgabe des Strafrechts, nicht des Asylrechts. Die Ermöglichung politischer Verfolgung ist zu diesem Zweck nicht erforderlich.²⁰⁷

Dagegen wird eingewandt,²⁰⁸ dem Gesetzgeber stehe bei der Kollisionslösung eine weitgehende Gestaltungsfreiheit zu, die nur überschritten sei, wenn die Regelung »offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar« sei. Ein Verstoß gegen das Übermaßverbot liegt danach erst dann vor, wenn ein Gesetz zur Erreichung seines Zwecks generell ungeeignet oder nicht erforderlich ist oder wenn Zweck und Mittel in einem »offensichtlichen Mißverhältnis« stehen.

Die Fernhaltung bestimmter Asylanten vom Bundesgebiet ist jedoch nicht erforderlich.²⁰⁹ Damit überschreitet der Gesetzgeber seine Gestaltungsfreiheit, wenn er dem Schutz von Staat und Allgemeinheit den uneingeschränkten Vorrang gegenüber dem Asylrecht einräumt.

Eine verfassungskonforme Auslegung der §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 S. 2, 18 Abs. 3 AuslG scheidet schon daran, daß ihr Zweck, das Asylrecht den Regelungen der FK »anzupassen«,²¹⁰ mit dem Sinn dieses Grundrechts nicht vereinbar ist.²¹¹ Sie verstoßen daher gegen das Übermaßverbot und sind aus diesem Grunde verfassungswidrig.

2.2.3.2 Der Verstoß gegen die Wesensgehaltsgarantie

Gemäß Art. 19 Abs. 2 GG darf der Wesensgehalt eines Grundrechts »in keinem Fall« angetastet werden. Diese Bestimmung verfolgt den Zweck, die Aushöh-

206 *Kimminich* in BK, Art. 16 Rn. 191; *Leitenberger*, BWVPr. 1966, 97, 102; *Leitenberger*, AWR-Bulletin 1966, 113, 120; *Lieber*, a.a.O. (Fn. 138), S. 220.

207 Ebenso *Forgách*, a.a.O. (Fn. 134), S. 191; *Wollenschläger* a.a.O. (Fn. 205); *Wollenschläger*, Bay-VBl. 1976, 408, 409.

208 v. *Pollern*, a.a.O. (Fn. 203).

209 v. *Pollern*, a.a.O. (Fn. 203) prüft aus dem Übermaßverbot ausschließlich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

210 BT-Drs. IV/868, S. 15 (zu § 13 Abs. 1 des Entwurfs).

211 S. dazu ausführlich *Gusy*, a.a.O. (Fn. 134), § 13 III 3 m.w.N.

lung des sachlichen Gehalts der Grundrechte zu verhindern.²¹² Umstritten ist jedoch, was den Wesensgehalt eines Grundrechts darstellt.²¹³

Nach der »absoluten Theorie« enthält jedes Grundrecht eine »Grundsubstanz«,²¹⁴ einen »unumstößlich feststehenden absoluten Wesenskern«.²¹⁵ Diese Auffassung wird in zwei Varianten vertreten.

Teilweise²¹⁶ wird die »Grundsubstanz« eines Freiheitsrechts darin gesehen, daß das dem einzelnen Grundrechtsträger verbürgte subjektive Recht nicht vernichtet werden darf. Danach ist ausschlaggebend, welche Bedeutung das Grundrecht nach der Einschränkung für den Betroffenen noch besitzt. Kann dieser die geschützte Freiheit überhaupt nicht mehr wahrnehmen, so ist das Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet. Das Recht auf Asyl kann jedem Asylberechtigten nur durch die Ermöglichung der Einreise und des Aufenthaltes im Bundesgebiet gewährt werden. Ist ein eingeschränkter Schutz nicht möglich,²¹⁷ so ist der Wesensgehalt des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG mit seinem Schutzbereich identisch. Die Verweigerung des Asylrechts würde danach gegen den Wesensgehalt des Asylrechts verstoßen.²¹⁸

Die andere Variante²¹⁹ stellt dagegen nicht auf die Bedeutung des Grundrechts für den Einzelnen ab, sondern auf die »objektive Grundrechtsnorm«. Der Wesensgehalt eines Grundrechts bemißt sich nach der Bedeutung, die ihm nach der Einschränkung im sozialen Leben noch zukommt. Solange von ihm für die Allgemeinheit »noch etwas übrig bleibt«, ist es nicht in seinem Wesensgehalt angetastet. Der Entzug der Freiheit gegenüber Einzelnen greift danach nicht in den Wesensgehalt ein. Da die Fernhaltung und die Entfernung vom Bundesgebiet nicht gegenüber jedem Asylberechtigten zulässig ist, sondern nur für einzelne Fälle angeordnet wird, liegt danach ein Verstoß gegen die Wesensgehaltsgarantie nicht vor.²²⁰

Die »absolute Theorie« gibt jedoch insofern zu Bedenken Anlaß, als sie den Schutz der absoluten »Grundsubstanz« der Grundrechte auch gegen überragende Belange der Allgemeinheit fordert. Das führt dazu, daß der Wesensgehalt so eng gezogen wird, daß er auch durch gravierende Eingriffe nicht angetastet

212 Hesse, a.a.O. (Fn. 193), S. 141; Maunz in MDHS, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 2; Wollenschläger, a.a.O. (Fn. 134), S. 48.

213 Eine gute Übersicht bietet Maunz, a.a.O. (Fn. 212), Rn. 3 ff.

214 Wollenschläger, a.a.O. (Fn. 134), S. 95.

215 v. Mangoldt/Klein, a.a.O. (Fn. 138), Art. 19 Anm. V 4 a; s. auch BVerfGE 16, 194, 201; BVerwGE 1, 48, 52; 47, 330, 357 f m.w.N.

216 Stein, a.a.O. (Fn. 196), S. 255 f.; Wollenschläger, a.a.O. (Fn. 214).

217 S. o. zu Fn. 205.

218 So konsequent Wollenschläger, a.a.O. (Fn. 134).

219 v. Mangoldt/Klein, a.a.O. (Fn. 138) m.w.N.; v. Pollern, BayVBl. 1979, 200, 205 f.

220 So konsequent v. Pollern, a.a.O. (Fn. 219).

wird, wodurch die Bedeutung des Art. 19 Abs. 2 GG relativiert wird. Das zeigt sich insbesondere in der dargestellten zweiten Variante, die den Wesensgehalt so eng zieht, daß nur eine völlige Aufhebung des Grundrechts gegen Art. 19 Abs. 2 GG verstoßen würde.²²¹

Dem trägt die »relative Theorie«²²² Rechnung, indem sie den Wesensgehalt danach bestimmt, daß in keinem Fall ein Grundrecht stärker beeinträchtigt werden darf, als es zum Schutz kollidierender Rechtsgüter erforderlich ist. Damit fällt der Gehalt der Wesensgehaltsgarantie weitgehend mit dem Übermaßverbot zusammen. Demnach würde die Fernhaltung oder Entfernung von Asylanten vom Bundesgebiet auch den Wesensgehalt des Asylrechts antasten, da der Eingriff zur Erreichung seines Zwecks nicht erforderlich ist.²²³

Die verfassungssystematischen Schranken des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG vermögen danach solche Maßnahmen nicht zu legitimieren. Sie sind wegen Verstoßes gegen das Übermaßverbot und die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG²²⁴ verfassungswidrig.²²⁵

2.2.4 Schranken aus der »gewandelten Normsituation« des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG

In jüngster Zeit werden Schranken des Asylrechts gelegentlich aus der »gewandelten Normsituation« dieses Grundrechts hergeleitet.²²⁶

Grundlage dieser Auffassung ist die Tatsache, daß das Grundgesetz nicht primär aus dem historischen Willen des Verfassungebers, sondern aus dessen »im Ge-

221 v. Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, 1965, S. 56.

222 S. etwa BGHSt 4, 375, 377; 385, 392; BGH DÖV 1955, 729, 730; Hesse, a.a.O. (Fn. 193), S. 139; Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie, 2. Aufl., 1972, S. 64, 234 ff.

223 Gusy, a.a.O. (Fn. 134), § 13 III 2 b bb (2).

224 Daneben nehmen einen Verstoß gegen die Sperrwirkung des Art. 18 GG an: Franz, NJW 1968, 1556, 1559; Schweitzer, ZRP 1974, 205, 209; Schweitzer, DVBl. 1976, 502, 503; Wollenschläger, BayVBl. 1976, S. 408, 409 f.; wohl auch Kimminich, JZ 1965, 739, 740; s. dazu v. Pollern, BayVBl. 1979, 200, 206; Gusy, a.a.O. (Fn. 134), § 13 III 2 b bb (3).

225 Franz, a.a.O. (Fn. 134), S. 77 f.; Franz, Die Polizei 1961, 306, 307; Franz, DVBl. 1963, 125, 127 f.; Franz, JR 1964, 81, 85; Franz, DVBl. 1964, 591, 592 f.; Franz, DVBl. 1966, 623, 625; Franz, NJW 1968, 1556, 1559; Franz, a.a.O. (Fn. 134), S. 40; Leitenberger, BWVPr. 1966, S. 97, 102; Leitenberger, AWR – Bulletin 1966, S. 113, 120; Kloettschen, a.a.O. (Fn. 138), S. 69 ff.; Stange, Die aufenthaltsrechtliche Stellung, 1973, S. 17; Lieber, a.a.O. (Fn. 138), S. 220; Schweitzer, ZRP 1974, 205, 208 ff.; Schnapp, NJW 1976, 493; Voigt, JR 1976, 298, 299; Gusy, a.a.O. (Fn. 134), § 13 III 3, § 14 III 1, 2; für einzelne Maßnahmen auch Forgách, a.a.O. (Fn. 134), S. 197; Kimminich, a.a.O. (Fn. 178), S. 155 ff.; Kimminich, JZ 1976, 61, 62; Kimminich, DÖV 1976, S. 87, 89; Schweitzer, DVBl. 1976, 502, 503 f.; Wollenschläger, BayVBl. 1976, 408, 409 f.; Kreppe, Grenzen der Auslieferung und der Ausweisung, Diss. Würzburg 1965, S. 158.

226 v. Pollern, BayVBl. 1979, S. 200, 209 f.; v. Pollern, Das moderne Asylrecht, 1979, 2. Teil F IV 2 c bb ddd; daher stammen auch die Zitate.

setz zum Ausdruck kommenden objektiven Willen« auszulegen ist. Dieser »objektive Wille« kann danach nicht losgelöst von Zeit und Raum, sondern nur im Zusammenhang mit dem faktischen »Wandel der Normsituation« gesehen werden. Die »vernünftige Funktion« der Verfassung bewirkt danach einen Normwandel, »wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Anschauungen tiefgreifend gewandelt haben«, um so durch »Verfassungsvitalität« im Wege einer »dynamischen Weiterentwicklung der Verfassung« Kontinuität und Stabilität zu sichern. Nur so könne das Grundgesetz seine Funktion als »Langzeitregelung« erfüllen.

Die Schaffung des »unbegrenzten Asylrechts« in Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG erfolgte danach als Konsequenz einer schonungslosen Verfolgung politischer Gegner im Dritten Reich und der politischen Situation nach dem Zweiten Weltkrieg, um durch »großzügige Asylpolitik« internationales Ansehen zu erwerben. Diese Situation habe sich »nun entscheidend gewandelt«. Angesichts aktueller Flugzeugentführungen mit politischem Hintergrund, politischer Erpressung durch Entführungs- und Morddrohungen, »terroristischer Aktivitäten« und exilpolitischer Betätigung von Asylanten in Ausländerorganisationen, die »rivalisierende Privatkriege führen«, seien »neue Tatbestände aufgetaucht, die die Annahme eines absoluten Asylrechts nicht als sinnvoll erscheinen lassen«. Die neu auftretenden, nicht vorhersehbaren Lücken müßten im Interesse der Staatssicherheit geschlossen werden.

Diese bislang vereinzelte Auffassung kann für sich in Anspruch nehmen, daß die Möglichkeit eines »stillen Verfassungswandels« heute durchaus anerkannt ist.²²⁷ Die Rechtsordnung beansprucht jedoch gegenüber der Wirklichkeit Normativität,²²⁸ die jeweils in der zeitlichem Wandel unterworfenen Realität gilt. Änderungen der Wirklichkeit können auf den Gehalt einer Rechtsnorm nur unter der Voraussetzung einwirken, daß sie dem Bereich der von dieser geregelten Wirklichkeit entstammen.²²⁹ Welcher Bereich das ist, ergibt sich aus der in der Norm enthaltenen Regelungsanordnung, die aus ihrem Text herzuleiten ist. Der Text einer Vorschrift begründet und begrenzt die durch sie intendierte Regelung. Ohne Änderung des Wortlautes einer Vorschrift vermag sich ihr Ordnungsprogramm nur im Rahmen des Textes zu wandeln. Darüberhinaus ist ein »stiller Verfassungswandel« wegen Art. 79 Abs. 1 GG unzulässig.²³⁰ Nach dieser Vorschrift muß sich der maßgebliche Normtext aus der Verfassungsurkunde selbst ergeben. Die Wirkung jeder Dynamik der Realität auf das Asylrecht ist somit

227 S. jüngst zusammenfassend *Schenke*, AöR 1978, 566 ff., insbes. S. 576 ff.

228 *Hesse*, a.a.O. (Fn. 193), S. 30; *Böckenförde*, NJW 1976, 2089, 2093, 2097; *Leisner*, STAAT 1968, 137, 138; *Leisner*, STAAT 1969, 273 ff.

229 *Hesse* in: Festschrift f. U. Scheuner, 1972, S. 123, 137 f.

230 *Hesse*, a.a.O. (Fn. 229); weiterführend *Schenke*, a.a.O. (Fn. 227), S. 588 f.

durch den Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG begrenzt; jede über diese Grenze hinausgehende »normative Kraft des Faktischen« würde die Normativität des Grundrechts auflösen. Die »gewandelte Normsituation« vermag daher, diesem Grundrecht keine zusätzlichen Schranken zu ziehen.

Neben diesen methodischen Einwänden würde die gegenteilige Ansicht auch mit den verfassungsrechtlichen Grenzen der Einschränkung von Grundrechten in Konflikt geraten. Da die Fernhaltung oder Entfernung von Asylanten vom Bundesgebiet jedoch nicht erforderlich ist, um die Sicherheit des Staates und der Allgemeinheit zu gewährleisten und sie somit gegen das Übermaßverbot und die Wesengehaltsgarantie verstößt,²³¹ wären solche Maßnahmen auch im Falle der Existenz von Grundrechtsschranken aus der »gewandelten Normsituation« verfassungswidrig.

An dem Ergebnis der Verfassungswidrigkeit des §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 S. 2, 18 Abs. 3 AuslG²³² ändert sich somit nichts.

2.3 Die Auslieferung Asylberechtigter

Die Auslieferung stellt eine auf Ersuchen einer ausländischen Regierung gewährte amtliche Rechtshilfemaßnahme dar, durch die eine Person aus der Strafgewalt des ersuchten in die des ersuchenden Staates zum Zweck der Strafverfolgung oder -vollstreckung überantwortet wird.²³³ Auslieferungen erfolgen stets in den ersuchenden Staat hinein, nicht nur allgemein aus dem Aufenthaltsstaat hinaus.

Das allgemeine Völkerrecht kennt keine Pflicht zur Auslieferung aller oder bestimmter Straftäter.²³⁴ Eine solche Pflicht wird jedoch oft bilateral oder multilateral in völkerrechtlichen Auslieferungsverträgen begründet, die zwischen einer großen Zahl von Staaten bestehen.²³⁵ Von einer solchen Auslieferungspflicht sind jedoch oft politische Straftaten ausgenommen,²³⁶ sofern der Betroffene nicht bestimmte versätzliche Delikte gegen das Leben begangen hat. Besteht kein Auslieferungsabkommen zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten

231 Kritisch dagegen *Lerche* in: Festschrift f. *Th. Maunz*, 1971, S. 284, 292; ablehnend *Ehmke*, *VVDStRL* 20, 53, 60.

232 S. o. zu Fn. 225.

233 *Metgenberg – Doerner*, *DAG*, 2. Aufl., 1953, S. 129 f.; *Hutzenlaub*, *Das Asyl als Begrenzung der Auslieferung*, Diss. Freiburg 1976, S. 14.

234 *Shearer*, *Extradition in International Law*, 1971, S. 5 ff.; *Kimminich* in: *BK*, Art. 16 Rn. 153; *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 178), S. 50 f.; *Hutzenlaub*, a.a.O. (Fn. 233), S. 28, 111; dagegen *Grützner*, *ZStW* 1969, 119, 131.

235 Die für die Bundesrepublik geltenden Verträge sind zusammengestellt bei *Grützner/Pötz*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 1955 ff.

236 Häufig wird von einem »Grundsatz der Nichtauslieferung politischer Verbrecher« gesprochen.

Staat, so richtet sich die Zulässigkeit von Auslieferungen ausschließlich nach dem Recht des ersuchten Staates. Ein solches Gesetz gilt gegenüber den speziellen völkerrechtlichen Verträgen nur subsidiär, sofern kein Abkommen in Kraft ist oder ein Vertrag Lücken aufweist. Das Deutsche Auslieferungsgesetz statuiert keine Auslieferungspflicht, eine solche Maßnahme »kann« bewilligt werden (§ 1 DAG).

Völkerrechtliche Auslieferungspflichten der Staaten können jedoch nur erfüllt werden, wenn die Durchführung der Auslieferung gegenüber dem Betroffenen zulässig ist. Voraussetzung dafür ist, daß die innerstaatliche Rechtsordnung des jeweiligen Staates einen solchen Eingriff in die Rechte des Betroffenen zuläßt.²³⁷ Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG schränkt die Zulässigkeit der Auslieferung gegenüber bestimmten Ausländern ein. Dieser Schutz geht gemäß Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG den transformierten Auslieferungsverträgen und dem DAG innerstaatlich vor; der Auslieferungsschutz politisch Verfolgter ist somit in der Bundesrepublik nicht mehr durch die Grenzen der staatlichen Auslieferungspflicht konstituiert, vielmehr ist die Zulässigkeit der Auslieferung an dem Grundrecht des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG zu messen. Nur wenn eine Auslieferung nicht gegen dieses Grundrecht verstößt, ist sie zulässig. Der Auslieferungsschutz des Asylrechts hat in neuerer Zeit durch die »Kroatenfälle« aktuelle Bedeutung erhalten.²³⁸

Zu berücksichtigen ist dabei stets, daß die Verweigerung der Auslieferung von politisch verfolgten Straftätern keine generelle Straffreiheit für eventuell begangene nichtpolitische Delikte bedeutet. Vielmehr ist die Bundesrepublik in diesen Fällen nach Maßgabe der §§ 5 ff. StGB berechtigt, im Wege »stellvertretender Strafrechtspflege« ihrerseits Sanktionen zu verhängen.

2.3.1 Die Auslieferung an einen Verfolgungsstaat

2.3.1.1 Die Auslieferung an einen Verfolgungsstaat nach dem Deutschen Auslieferungsgesetz

Die Auslieferung kann politisch Verfolgte treffen, wenn entweder der Täter eine politische Straftat begangen hat²³⁹ oder wenn er zwar ausschließlich nichtpolitische Delikte verübte, jedoch daneben zugleich politisch verfolgt ist.

²³⁷ Vgl. dazu *Gusy*, NJW 1978, 1717 ff.

²³⁸ S. dazu BGH, NJW 1978, 2458 f.; FAZ v. 19. 7. 1978, S. 4; FAZ v. 19. 8. 1978, S. 1.

²³⁹ Zum Begriff der politischen Straftat im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG s. *Gusy*, a.a.O. (Fn. 134), § 7 VIII 1; nicht recht deutlich wird die dargestellte Konzeption bei *Riedel*, DÖV 1979, 27, 32.

Das Asylrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG schützt vor politischer Verfolgung, indem es den Betroffenen berechtigt, sich im Bundesgebiet aufzuhalten.²⁴⁰ Dessen Entfernung aus ihr ist, unabhängig davon, in welcher Rechtsform sie durchgeführt wird, untersagt. Die Auslieferung an einen Verfolgersstaat kann daher grundsätzlich nicht anders beurteilt werden als die Abschiebung in ihn. Sie ist daher unzulässig.²⁴¹ Das gilt ebenso für die vorläufige Auslieferung, die Durchlieferung und die Rücklieferung Asylberechtigter.²⁴²

Diesen Schutz genießen alle politisch Verfolgten im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG, nicht nur politische Straftäter gemäß § 3 Abs. 1, 2 DAG.²⁴³ Dieser ist in zweierlei Hinsicht zu eng: Einerseits erfaßt er nicht alle Delikte, die eine politische Verfolgung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG begründen können; andererseits schützt er nur politische Straftäter und nicht auch solche Personen, deren Auslieferung nur wegen »gemeiner« Straftaten begehrt wird, die jedoch daneben politisch verfolgt werden. Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG und § 3 DAG stehen als zwei selbständige Auslieferungshindernisse nebeneinander, so daß die engere Fassung des § 3 DAG das Asylrecht nicht berührt.²⁴⁴ Dementsprechend gilt auch die Schranke des Auslieferungsverbots aus § 3 Abs. 1, 2 DAG nur für § 3 Abs. 1, 2 DAG. Politisch Verfolgte, die eine vorsätzliche Straftat gegen das Leben begangen haben, sind nicht vom Asylrecht ausgeschlossen.²⁴⁵ Entsprechende Diskussionen im Parlamentarischen Rat haben in Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG keinen Niederschlag gefunden. Schränkt somit § 3 Abs. 3 DAG das Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nicht ein und ist er somit auch nicht verfassungswidrig,²⁴⁶ so überschneiden sich das Auslieferungsverbot des DAG und das Asylrecht nur partiell; sie sind daher stets nebeneinander zu prüfen, bevor eine Auslieferung bewilligt wird.²⁴⁷

240 S. o. 2.1.2.

241 Franz, NJW 1968, 1556, 1558 f.; *Kimminich*, Rechtsstatus, a.a.O. (Fn. 138), S. 371 ff.; *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 178), S. 50; *Lieber*, a.a.O. (Fn. 138), S. 29 f., 164 f.; *Forgách*, a.a.O. (Fn. 134), S. 5; *Merl*, a.a.O. (Fn. 138), S. 103 ff.; *Hutzenlaub*, a.a.O. (Fn. 233), S. 80 ff.; *Kloettchen*, a.a.O. (Fn. 138), S. 64.

242 S. dazu *Schnapp* in: v. Münch, GG, Bd. 1, 1975, Art. 16 Rn. 18; dagegen ist die »verschleierte Auslieferung« keine Auslieferung, sondern eine Ausweisung, für die deren Regeln gelten; s. zu dieser *Buschbeck*, Die verschleierte Auslieferung, 1973; *Franz*, DVBl. 1973, 710 f.

243 Einhellige Meinung seit BGHSt 3, 392, 395; s. etwa *Franz*, a.a.O. (Fn. 134), S. 85; *Hutzenlaub*, a.a.O. (Fn. 233), S. 82 ff.; *Gusy*, a.a.O. (Fn. 134), § 7 I m.w.N.

244 *Hutzenlaub*, a.a.O. (Fn. 233), S. 83 ff.

245 S. o. 1.2.1 m.w.N.; dagegen BGHSt 8, 59, 64 f.

246 Anders *Kimminich* in: BK, Art. 16 Rn 161 f.; *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 178), S. 165; *Schnapp*, a.a.O. (Fn. 242), Rn. 23.

247 Einige Schwierigkeiten der Rechtsprechung mit dem Verhältnis dieser Normen zueinander zeigt BGHSt 27, 191, 193 ff.; dazu *Stein*, NJW 1978, 2426 ff.

Die Auslieferung politisch Verfolgter an einen Verfolgungsstaat ist somit gemäß Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG stets unzulässig.²⁴⁸

2.3.1.2 Die Auslieferung an einen Verfolgungsstaat nach den Auslieferungsabkommen

Das Grundrecht auf Asyl schützt politisch Verfolgte vor jeder Auslieferung an einen Verfolgungsstaat unabhängig von dessen Rechtsgrundlage. Die überwiegende Mehrzahl der Auslieferungen durch die Bundesrepublik erfolgt auf der Grundlage von Auslieferungsverträgen, die als Spezialnormen dem subsidiären DAG vorgehen.²⁴⁹ Die Abkommen haben im Auslieferungsrecht eine doppelte Wirkung: sie begründen völkerrechtlich die Auslieferungspflicht der Bundesrepublik und bilden innerstaatlich die Rechtsgrundlage für die Durchführung der Auslieferung gegenüber dem Betroffenen. Diese innerstaatliche Wirkung kann ihnen jedoch nur zukommen, wenn sie mit innerstaatlich höherrangigem Recht, insbesondere dem Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG, vereinbar sind. Vor allem ältere Verträge tragen jedoch dem Asylrecht nicht ausreichend Rechnung, sie enthalten nur einen engeren Auslieferungsschutz. Die Folgen eines solchen Verstoßes sind entsprechend der Doppelwirkung dieser Abkommen unterschiedlich.²⁵⁰

Innerstaatlich ist das Vertragsgesetz verfassungswidrig, wenn es Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG widerspricht. Vertragsgesetze, die vor dem Zusammentritt des Bundestages erlassen wurden, gelten gemäß Art. 123 GG nur insoweit fort, als sie mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Die übrigen – verfassungswidrigen – Teile sind somit nicht mehr in Kraft.²⁵¹ Transformationsgesetze, die nach dem Zusammentritt des Bundestages erlassen worden sind oder werden, dürfen gemäß Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG nur nach Maßgabe des Grundgesetzes und als dessen Teil des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG erlassen werden. Andernfalls sind sie verfassungswidrig.²⁵²

Von der innerstaatlichen Verfassungswidrigkeit bestimmter Vertragsgesetze bleibt ihre völkerrechtliche Wirksamkeit unberührt.²⁵³ Die völkerrechtliche Auslieferungspflicht der Bundesrepublik besteht somit fort, ist jedoch wegen entgegenstehenden innerstaatlichen Rechts nicht erfüllbar.²⁵⁴ Art. 16 Abs. 2

248 S. o. Fn. 241.

249 Vgl. die Statistik bei *Hutzenlaub*, a.a.O. (Fn. 233), S. 92.

250 *Kreppel*, a.a.O. (Fn. 225), S. 160.

251 *Forgách*, a.a.O. (Fn. 134), S. 115 ff.; *Hutzenlaub*, a.a.O. (Fn. 233), S. 96; dagegen *Mettgenberg – Doerner*, a.a.O. (Fn. 233), S. 83; *Doehring*, *ZaöRV* 1966, 33, 40.

252 *Hutzenlaub*, a.a.O. (Fn. 233), S. 96, 98.

253 *Bleckmann*, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 1975, S. 29 f.; *Forgách*, a.a.O. (Fn. 134), S. 105 ff.

254 *Kloettchen*, a.a.O. (Fn. 138), S. 64 f.

S. 2 GG begrenzt demnach nicht die völkerrechtliche Auslieferungspflicht der Bundesrepublik, sondern nur ihr Auslieferungsrecht gegenüber dem Betroffenen. Die deutschen Staatsorgane sind dadurch jedoch mittelbar gezwungen, diesen Grenzen des Auslieferungsrechts auch bei der Übernahme völkerrechtlicher Pflichten Rechnung zu tragen, da sie andernfalls gegenüber dem ausländischen Vertragspartner eine Vertragsverletzung begehen würden. Der Betroffene genießt in jedem Fall, unabhängig von den völkerrechtlichen Pflichten der Bundesrepublik, den Schutz des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG.²⁵⁵

2.3.1.3 Die Bedeutung der Zusicherung der Spezialität

Eine Auslieferung wird stets nur für bestimmte Delikte bewilligt. So ist es im Auslieferungsverkehr möglich, das Recht des Einlieferungsstaates zur Aburteilung des Betroffenen auf einzelne Delikte zu beschränken. Nach der Verbüßung der wegen dieser Straftat verhängten Sanktion ist den Eingelieferten Gelegenheit zur Ausreise zu geben.

Sichert der ausländische Einlieferungsstaat die Beschränkung der Strafverfolgung (Spezialität) auf nichtpolitische Delikte zu, so wird die Auslieferung politisch Verfolgter auch an einen Verfolgungsstaat für zulässig angesehen, da in diesem Fall keine politische Straftat Gegenstand der Aburteilung sei und somit die politische Verfolgung entfalle; der Betroffene sei somit durch die Spezialität hinreichend geschützt.²⁵⁶ Dementsprechend wird bei Auslieferungersuchen anderer Staaten bezüglich eines politisch Verfolgten, denen eine Spezialitätszusage für nichtpolitische Delikte beigefügt ist, das Asylrecht in der Weise berücksichtigt, daß untersucht wird, ob von dem Einlieferungsstaat die Einhaltung seiner Zusage erwartet werden kann. Verfügt dieser über eine »freiheitlich-demokratische Grundordnung«²⁵⁷ oder ist er ein »Rechtsstaat«,²⁵⁸ so wird die Auslieferung bewilligt; bei kommunistischen Staaten ist die Beurteilung schwankend.²⁵⁹

Diese in der Rechtsprechung durchweg anzutreffende Tendenz²⁶⁰ ist jedoch bedenklich. Die Spezialität sichert ausschließlich die Beschränkung der Strafver-

255 Mißt man an diesen Kriterien etwa das Europäische Terrorismusübereinkommen (s. o. 1, Fn. 86 f.), so ist das innerstaatliche Vertragsgesetz verfassungswidrig, soweit es politisch Verfolgte vom Auslieferungsschutz ausschließt; s. schon *Gusy*, a.a.O. (Fn. 237).

256 BVerfGE 15, 249, 251 f.; 38, 398, 402 f.; *Grützner*, JZ 1954, 272; *Merl*, a.a.O. (Fn. 138), S. 105 f.; *Vogler*, GA 1978, 1 ff.

257 BVerfGE 9, 174, 182.

258 BGH, NJW 1961, 738, 740.

259 Vgl. BVerfGE 9, 174, 182, einerseits; BVerfGE 38, 398, 402, andererseits (beide zu Jugoslawien).

260 Zurückhaltend aber OLG Hamm, GA 1978, 18 f.

folgung auf bestimmte Delikte. Eine politische Verfolgung muß jedoch keineswegs zwangsläufig mit den Mitteln des Strafrechts durchgeführt werden,²⁶¹ andere Maßnahmen werden jedoch durch die Spezialitätszusage nicht erfaßt. Insofern ist durch sie eine politische Verfolgung folglich nicht ausgeschlossen.

Aber auch im Strafverfahren bietet die Spezialität nur eine formale Sicherung. Sie garantiert, daß dem Betroffenen nur innerhalb eines bestimmten Strafrahmens Sanktionen drohen. Die Strafzumessung innerhalb dieses Rahmens wird durch die Spezialität nicht berührt. Dem Strafrichter steht ein weites Ermessen zu, das auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung des Täters und der Tat ausgeübt wird.²⁶² Dabei können durchaus auch politische Motive in die Entscheidungsfindung einfließen, welche keineswegs offen ausgewiesen werden müssen und auch dem erkennenden Gericht durchaus unbewußt bleiben können. Die Berücksichtigung der »Gefährlichkeit des Täters«, der »Gefährlichkeit seiner Tat«, seiner »kriminellen Neigungen«, seiner »Rückfallgefahr«, seiner »besonderen kriminellen Energie« oder seines »asozialen Lebenswandels« können stets ein verschwiegenes politisches Element enthalten. Hier werden keine »strafbaren Handlungen«, für die die Auslieferung nicht bewilligt ist, einbezogen,²⁶³ sondern politische Umstände, die für sich keine »strafbaren Handlungen« darzustellen brauchen. Auch eine solche Strafschärfung aus politischen Gründen ist eine politische Verfolgung.²⁶⁴

Daneben ist eine politische Verfolgung nicht nur durch eine Verlängerung der Strafdauer aus politischen Gründen möglich, sie kann auch etwa während des verwaltungsmäßig durchgeführten Strafvollzuges geschehen. Dabei können eine Verschärfung der Haftbedingungen, die Vorenthaltung von Vergünstigungen, besondere Auflagen oder ähnliche Umstände durchaus mit der Spezialitätszusage vereinbar sein. Diese steht in solchen Fällen faktisch »nur auf dem Papier«,²⁶⁵ der Schutz der Betroffenen hängt von guten Willen des Einlieferungsstaates ab.²⁶⁶ Das Asylrecht fordert von der Bundesrepublik jedoch nicht das Vertrauen auf den guten Willen Dritter, sondern die Garantie effektiven Schutzes. Da die deutschen Staatsorgane trotz der Zusicherung der Spezialität nicht in der Lage sind, den Ausgelieferten effektiv zu schützen, verstößt entgegen der

261 Gusy, a.a.O. (Fn. 134), §§ 2 II, 7 I.

262 Zu den Gefahren Mohn, a.a.O. (Fn. 185), S. 73.

263 So aber Vogler, GA 1978, 1, 2.

264 So selbst Vogler, GA 1978, 1, 5.

265 FAZ v. 19. 7. 1978, S. 4.

266 So auch Vogler, GA 1978, 1, 3.

Rechtsprechung eine Auslieferung an einen Verfolgungsstaat auch unter der Zusicherung der Spezialität gegen Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG.²⁶⁷

2.3.2 Die Auslieferung an einen Drittstaat

Wird ein Asylberechtigter an einen Staat ausgeliefert, in dem er nicht politisch verfolgt ist, so verliert er auch dadurch den Schutz, den ihm der Aufenthalt im Bundesgebiet bietet. Die Staatsorgane der Bundesrepublik sind nicht mehr in der Lage, ihn kraft ihrer Territorialhoheit vor politischer Verfolgung zu sichern. Demnach wäre die Auslieferung an einen Drittstaat mit Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ebensowenig vereinbar wie die Ausweisung oder Abschiebung in einen solchen Staat.²⁶⁸

Im Auslieferungsrecht wird jedoch die Staatsgewalt des Einlieferungsstaates über den Betroffenen regelmäßig eingeschränkt. Dadurch soll dem Ausgelieferten ein Mindestschutz garantiert werden. Solche Normen sind insbesondere der Grundsatz der Spezialität der Strafverfolgung²⁶⁹ und das Verbot der Weiterlieferung des Betroffenen. Somit vermag die Bundesrepublik zu gewährleisten, daß der Ausgelieferte weder im Einlieferungsstaat politisch verfolgt wird²⁷⁰ noch an einen Verfolgungsstaat weitergeliefert oder abgeschoben wird. Der Betroffene ist somit im Einlieferungsstaat in ähnlicher Weise vor politischer Verfolgung geschützt wie in der Bundesrepublik, sofern entsprechende Klauseln in die Auslieferungsvereinbarung aufgenommen werden. Zwar hat der Einzelne kein Recht auf Einhaltung dieser Pflichten, die deutschen Staatsorgane sind jedoch durch Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG verpflichtet, völkerrechtlich die Erfüllung dieser Pflichten zu verlangen.

Diese Ausnahme vom Grundsatz des Territorialschutzes im Asylrecht ist jedoch eng auszulegen. Die Auslieferung an einen Drittstaat ist unzulässig, wenn die erforderlichen Sicherheiten im Einzelfall nicht gewährleistet sind. Bestehen Anhaltspunkte dafür, daß der Einlieferungsstaat seine Zusagen nicht einhält, so

267 *Franz*, a.a.O. (Fn. 134), S. 173 f.; *Kimminich*, Rechtsstatus, a.a.O. (Fn. 138), S. 418; *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 178), S. 167; *Gusy*, NJW 1978, S. 1717, 1719; erklärt das mit der Zulässigkeit der Auslieferung befaßte Gericht diese Maßnahme für asylrechtskonform, so hört die Bundesregierung vor ihrer Entscheidung stets den Vertreter des UNHCR in Bonn; s. Staatssekretär *Bayerl* in seiner Antwort, Stenoprot. der 89. Sitzung des 7. Deutschen Bundestages am 22. 3. 1974, S. 5888; zur Zulässigkeit der Auslieferung asylsuchender Ausländer, über deren Antrag das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge noch nicht entschieden hat, s. die Entscheidungen der Europäischen Menschenrechtskommission v. 1. 3. 1977, Az. 7777/77, und vom 15. 12. 1977, Az. 8063/77 (allerdings ohne Berücksichtigung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG).

268 So *Lieber*, a.a.O. (Fn. 138), S. 167; ähnlich wohl *Franz*, NJW 1968, 1556, 1558.

269 S. dazu schon o. 2. 3. 1. 3.

270 Die Auslieferung an einen Drittstaat ist nur wegen nichtpolitischer Delikte zulässig.

verstößt die Auslieferung eines politisch Verfolgten an ihn gegen Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG und ist daher innerstaatlich unzulässig.²⁷¹ Da solche Vereinbarungen im Auslieferungsrecht jedoch den Normalfall darstellen, wird dieser Fall selten eintreten.

Nach Abschluß der Strafverfolgung oder – vollstreckung im Drittstaat ist dem Ausgelieferten die Möglichkeit zu gewähren, in die Bundesrepublik zurückzukehren, sofern er zu diesem Zeitpunkt noch die Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG erfüllt. Der Asylschutz setzt sich dann im Bundesgebiet fort.²⁷²

3. Die Beendigung des Asylrechts

Das Asylrecht politisch Verfolgter endet mit dem Wegfall der Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG in der Person des Berechtigten. Die Einzelheiten sind jedoch bislang wenig geklärt.

3.1 Das Ende der politischen Verfolgung

Wichtigster Beendigungsgrund ist das Ende der politischen Verfolgung des Asylanten im Herkunftsstaat. Voraussetzung dafür ist, daß die Maßnahmen, durch die der Betroffene aus politischen Gründen in seinen Rechten beeinträchtigt wurde, nicht mehr stattfinden und keine fortdauernden Nachwirkungen mehr zeitigen.²⁷³ Drohen dem Asylanten somit im Falle seiner Rückkehr in den Heimatstaat weiterhin Sanktionen oder Benachteiligungen, deren Ursachen in seiner früheren politischen Verfolgung liegen, so bleibt sein Asylrecht bestehen. Hat sich die Gefahr im Verfolgungsstaat nur insoweit reduziert, daß sich die drohende Benachteiligung als weniger gravierend darstellt²⁷⁴ oder indem der tatsächlich Eintritt der Sanktion als weniger wahrscheinlich erscheint,²⁷⁵ so darf keineswegs argumentiert werden, daß es »bei verständiger Würdigung des Fal-

271 Die Bundesrepublik kann dann ihre völkerrechtliche Auslieferungspflicht nicht erfüllen.

272 *Merl*, a.a.O. (Fn 138), S. 108.

273 S. dazu *Lieber*, Die neuere Entwicklung des Asylrechts, 1973, S. 84. S. in diesem Zusammenhang auch BVerfG, Beschluß v. 2. 7. 1980, 1 BvR 147/80 1 BvR 181/80 1 BvR 182/80.

274 Das kann etwa der Fall sein, wenn statt der Todesstrafe »nur noch« eine Haftstrafe droht.

275 Das gilt etwa, wenn im Herkunftsstaat »Liberalisierungstendenzen« festzustellen sind, indem nur noch Einzelne aus der Gruppe der früher Verfolgten unmittelbar bedroht sind.

les« für den Betroffenen »zumutbar« sei, in den Herkunftsstaat zurückzukehren.²⁷⁶ Solche Zumutbarkeitserwägungen²⁷⁷ sind dem Grundrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG fremd: es mutet gerade niemandem zu, in seinem Herkunftsstaat der Gefahr politischer Verfolgung ausgesetzt zu sein. Das Ende der Verfolgung tritt daher nur ein, wenn diese Gefahr tatsächlich beendet ist.

Als Indiz für das Ende der Verfolgung wird oft die Ausstellung oder Verlängerung eines Ausweises des Verfolgten durch die diplomatische Vertretung seines Heimatstaates in der Bundesrepublik angesehen.²⁷⁸ Das wäre jedoch nur unter der Voraussetzung zulässig, daß alle Staaten gegenüber politisch Verfolgten die Ausstellung solcher Dokumente ablehnen. Eine solche Praxis ist jedoch keineswegs durchgängig festzustellen; nicht alle Staaten lehnen die Erteilung von Personalpapieren an politisch Verfolgte ab.²⁷⁹ Einerseits streben oft die Betroffenen von sich aus an, nicht jeden Kontakt mit dem Herkunftsstaat abubrechen; andererseits führt eine Anzahl von Verfolgungstatbeständen keineswegs zwangsläufig zum völligen Bruch zwischen dem Staat und dem Betroffenen. Das kann vor allem in Fällen, in denen nicht der Staat selbst als Urheber der politischen Verfolgung auftritt, vorkommen.

3.2 Der Erwerb anderweitigen Schutzes (Die Subsidiarität des Asylrecht)

Das Asylrecht als subsidiärer Schutz²⁸⁰ steht politisch Verfolgten nicht zu, wenn sie anderweitigen Verfolgungsschutz genießen. Entsteht dieser anderweitige Schutz erst nach der Asylgewährung in der Bundesrepublik, so entfällt das Asylrecht.

3.2.1 Die Rückkehr in den Verfolgungsstaat

Als Beendigungsgrund des Asylrechts wird gelegentlich die Rückkehr in den Verfolgungsstaat angesehen.²⁸¹ Zur Begründung dafür wird Art. 1 C Nr. 1 FK herangezogen, wonach eine Person »nicht mehr unter dieses Abkommen« fällt,

276 S. zu solchen Formeln etwa BVerwG, DVBl. 1966, 145; *Weißmann*, AuslG, S. 162; *Forgách*, Die Grenzen des Asylrechts, Diss. Regensburg 1968, S. 58.

277 Diese sind in der Rechtsprechung häufig anzutreffen; s. die Darstellung bei *Marx* in: ai, Bewährungsprobe für ein Grundrecht, 1978, S. 111, 121 ff.

278 S. exemplarisch den Bericht von ai, Politisches Asyl, 2. Aufl., 1977, S. 82 ff.

279 *Kimminich*, Der internationale Rechtsstatus der Flüchtlinge 1962, S. 40 mit Beispielen; *Schoeppe* in: Schriftenreihe der Deutschen Nansen Gesellschaft, Bd. 4, 1965, S. 87, 103 f.

280 S. o. 1.1.

281 Beispiele bei ai, a.a.O. (Fn. 278), S. 83.

»wenn sie sich freiwillig erneut dem Schutz des Landes, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, unterstellt.« Da das Land, dessen Staatsangehörigkeit Asylberechtigte besitzen, regelmäßig zugleich der Verfolgungsstaat ist,²⁸² soll danach der »anderweitige Schutz« offenbar in diesem Staat gewährleistet sein. Das bedeutet, daß derjenige, der die politische Verfolgung wenigstens zeitweilig auf sich nimmt, nicht mehr asylberechtigt sein würde. Diese Argumentation entspricht der ständigen Praxis der Rechtsprechung, den Begriff des »politisch Verfolgten« in Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG mit dem Flüchtlingsbegriff des Art. 1 FK gleichzusetzen.²⁸³ Dann ist es nur konsequent, daß mit dem Fortfall der Flüchtlingseigenschaft auch das Asylrecht als beendet angesehen wird.²⁸⁴

Gegen eine solche Auffassung sind allerdings Bedenken angebracht. Die verfolgungsbedingte Schutzlosigkeit ist gerade eine Voraussetzung des Asylrechts. Diese endet erst dadurch, daß der Betroffene Schutz vor der Verfolgung erhält. Ein solcher besteht jedoch nicht schon dann, wenn der Betroffene sich entschließt, die ihm drohenden Nachteile zu ertragen und in den Verfolgungsstaat zurückzukehren. Dadurch allein erhält er keinen Schutz. Liegen die Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG mithin vor, so erscheint es nicht als gerechtfertigt, das Asylrecht dennoch als beendet anzusehen.

Dem entspricht es auch, daß Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG politisch Verfolgte nicht verpflichtet, auf die Verfolgung mit der Ausübung des Asylrechts zu reagieren, indem sie in die Bundesrepublik einreisen und sich für die Dauer der Verfolgung in ihr aufhalten. Das Grundrecht auf Asyl stellt den Betroffenen vielmehr frei, wie sie auf die Verfolgung reagieren. Sie sind berechtigt, aber nicht verpflichtet, in der Bundesrepublik Schutz zu suchen; sie können aber auch versuchen, die Verfolgung zu ertragen.²⁸⁵ Durch die Wahl der zweiten Alternative erlischt nicht das Asylrecht; entscheidet sich der Verfolgte später anders, so ist er nach wie vor asylberechtigt, solange die Verfolgung andauert.

Die Übertragung des Art. 1 C Nr. 1 FK auf Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG ist hier nicht nur deshalb unzulässig, weil die Berechtigten beider Normen unterschiedliche Personengruppen darstellen,²⁸⁶ sondern auch wegen der verschiedenen Zwecke beider Vorschriften. Das Recht auf Asyl will Verfolgungsschutz gewähren, wenn der Betroffene in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Das Bedürfnis hierfür entfällt nicht schon dadurch, daß der Verfolgte sich entschließt, die Maßnahmen gegen ihn zu dulden. Dagegen will die Flüchtlings-Konvention nur einen bestimm-

282 S. o. 1.1.2.1.

283 S. schon o. 1.2.1.

284 So in der Tat BVerwG, NJW 1972, 2195; dagegen *Franz*, NJW 1972, 2195.

285 Dafür kann es durchaus respektable Motive geben, etwa den Zweck, im Verfolgungsstaat Widerstand zu leisten oder zu den eigenen Angehörigen zurückzukehren oder zu versuchen, das Eigentum in die Bundesrepublik zu holen oder zu veräußern.

286 S. o. 1.2.1.

ten sozialen Mindeststatus der Flüchtlinge im Zufluchtsstaat sichern. Für dessen Garantie in diesem Staat besteht kein Bedürfnis mehr, wenn der Verfolgte in seinen Heimatstaat zurückkehrt und somit nicht mehr geflohen ist. Eines Rechtes auf Schutz bedarf er weiterhin; Rechte, die an die Schutzgewährung anschließen, können ihm versagt bleiben, solange er keinen Verfolgungsschutz genießt.²⁸⁷

Noch weniger als die »Rückkehr« in den Verfolgungsstaat vermag ein vorübergehender Aufenthalt in diesem Land – etwa zu einem Verwandtenbesuch – das Asylrecht zu beenden.²⁸⁸ Auch wenn der Asylberechtigte während dieser Zeit keinen aktuellen Verfolgungsmaßnahmen ausgesetzt ist, so kann doch seine politische Verfolgung fort dauern, zumal diese nicht zwangsläufig mit einer unmittelbaren Bedrohung für Leib, Leben oder Freiheit des Betroffenen einhergehen muß. Eine kürzere Zeit, während der keine aktuellen Beeinträchtigungen stattfinden, beweist nicht, daß im Falle dauernder Rückkehr keine Benachteiligungen mehr zu befürchten sind. Besteht etwa die Verfolgung in einem Berufsverbot, so läßt ein kurzfristiger Aufenthalt – etwa im Urlaub – die Verfolgung nicht aktuell werden, ohne daß sie deshalb als beendet anzusehen wäre.²⁸⁹

3.2.2 Der Erwerb gleichwertigen Asylschutzes in einem Drittstaat

Der anderweitige Schutz in einem Drittstaat ist ein Ausschlußgrund des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG.²⁹⁰ In gleicher Weise vermag die Tatsache, daß der politisch Verfolgte während seiner Asylberechtigung anderweitigen gleichwertigen Schutz in einem Drittstaat²⁹¹ erlangt hat, sein Asylrecht in der Bundesrepublik zu beenden. Voraussetzung dafür ist, daß er in einem anderen Staat einen dauerhaften Verfolgungsschutz genießt, der ein Niederlassungsrecht auf dem Staatsgebiet einschließt und einen effektiven Schutz vor der Entfernung daraus umfaßt. Darüberhinaus muß der Asylberechtigte diesen Schutz tatsächlich in Anspruch genommen haben. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn er nur die Möglichkeit dazu hätte. Das Asylrecht in der Bundesrepublik wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der politisch Verfolgte in einem anderen Staat Schutz erlangen könnte.²⁹² Erst mit der Niederlassung in dem schützenden Drittstaat erlischt das Asylrecht in der Bundesrepublik.²⁹³

287 S. dazu auch *Franz*, a.a.O. (Fn. 284).

288 *Restriktiver Satzger* in: *DNG*, a.a.O. (Fn. 279), S. 129 ff.

289 So auch *Lieber*, a.a.O. (Fn. 273).

290 S. o. 1.1.2.2.

291 Vgl. zu den Kriterien dafür o., a.a.O. (Fn. 290).

292 S. o. 1., Fn. 32.

293 Zum Umfang des Erlöschens infolge der Subsidiarität des Asylrechts vgl. o. 1.1.2.4.

3.2.3 Der Erwerb der Staatsangehörigkeit eines Drittstaates

Der Schutz durch die Staatsangehörigkeit schließt das subsidiäre Asylrecht aus.²⁹⁴ Wird der Verfolgte in einem Staat eingebürgert, in dem er nicht politisch verfolgt ist, so geht dieser Schutz dem Recht auf Asyl aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG vor. Voraussetzung dafür ist, daß der politisch Verfolgte die Staatsangehörigkeit mit seiner Zustimmung wirksam erworben hat und durch sie effektiven Schutz vor der Verfolgung im Herkunftsstaat genießt. Setzt sich die Verfolgung hingegen in diesem Staat fort oder vermag der neue Heimatstaat keinen wirksamen Schutz zu gewähren, so bleibt das Asylrecht des Verfolgten bestehen.²⁹⁵

3.2.4 Die Einbürgerung in der Bundesrepublik

Darüber hinaus erlischt das Asylrecht, wenn der politisch Verfolgte in der Bundesrepublik eingebürgert worden ist.²⁹⁶ In diesem Fall genießt der Betroffene die Rechtsstellung eines Deutschen, die das subsidiäre Asylrecht ausschließt.²⁹⁷ Von besonderer Bedeutung ist dabei Art. 34 FK, der solche politisch Verfolgten, die zugleich die Flüchtlingseigenschaft besitzen, bei der Einbürgerung begünstigt. Diese Vorschrift gilt somit nur für bestimmte Asylanten, da § 44 Abs. 2 AuslG den Art. 34 FK nicht für alle politisch Verfolgten für anwendbar erklärt. Nichtsdestoweniger stellen demgegenüber die Einbürgerungsrichtlinien²⁹⁸ Flüchtlinge und Asylberechtigte gleich.²⁹⁹ Dieses »Wohllollensgebot«³⁰⁰ zugunsten der Verfolgten erlangt als Beendigungsgrund des Asylrechts insbesondere in solchen Fällen Bedeutung, in denen ein Asylberechtigter bereits längere Zeit hindurch³⁰¹ in der Bundesrepublik lebt.³⁰² Nachteile einer eventuell auftretenden Mehrstaatigkeit³⁰³ kann der Eingebürgerte möglicherweise dadurch vermeiden, daß er die Staatsangehörigkeit des Verfolgungsstaates aufzugeben versucht.

294 S. o. 1.1.2.1.

295 Das übersieht BVerwG, a.a.O. (Fn. 284); dagegen zutreffend *Franz*, a.a.O. (Fn. 284).

296 *Kimminich*, Asylrecht, 1968, S. 160 f.; *Wollenschläger*, Immanente Schranken des Asylrechts, Diss. Würzburg 1971, S. 101; *Lieber*, a.a.O. (Fn. 273), S. 85.

297 S. o. 1.1.3.

298 GMBI. 1978, S. 16; vgl. dort Nr. 6.4.3.

299 Vgl. dazu eingehend u. Kap. X.

300 BVerwGE 49, 44, 47.

301 Nach BVerwG, a.a.O. (Fn. 300), S. 48, und BayVGH, VwRspr. 26, 805 darf ein seit mehr als 20 Jahren in der Bundesrepublik lebende Asylberechtigter nicht ohne erkennbare entgegenstehende öffentliche Belange von der Einbürgerung ausgeschlossen sein.

302 Die Einbürgerungsrichtlinien (Fn. 298) statuieren ein 7-Jahres-Frist.

3.3 Der Widerruf der Anerkennung

Gemäß § 37 Abs. 1 S. 1 AuslG kann eine Anerkennung »als Asylberechtigter« (§ 28 AuslG) widerrufen werden, wenn die Voraussetzungen der Anerkennung nicht mehr vorliegen. Nach § 37 Abs. 1 S. 2 AuslG ist sie zu »widerrufen«, wenn die Anerkennung erschlichen worden ist.³⁰⁴ Dieser »Widerruf« der Anerkennung wird im Schrifttum gleichfalls als Beendigungsgrund des Asylrechts angesehen.³⁰⁵

Ob die genannte Auffassung zutrifft, hängt davon ab, welche Wirkungen der Anerkennung gemäß § 28 AuslG zukommen, da deren Widerruf keine anderen Wirkungen beseitigen kann als diejenigen, die der Anerkennung zukommen. Bezüglich der Wirkung von Anerkennungsentscheidungen des Bundesamtes werden unterschiedliche Auffassungen vertreten:

- Nach einer Meinung bezieht sich die Anerkennung nur auf die Rechtsstellung politisch Verfolgter »im Asyl« und hat auf das Recht auf Asyl aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG keine Auswirkungen.³⁰⁶
- Eine andere These geht dahin, auch das Recht auf Asyl sei Gegenstand des Anerkennungsverfahrens, und zwar mit »deklaratorischer« Wirkung, indem im Verfahren nur die Innehabung dieser Rechtsstellung überprüft wird.³⁰⁷
- Daneben wird noch die Ansicht vertreten, Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG sei nicht nur mit deklaratorischer, sondern mit konstitutiver Wirkung Gegenstand des Anerkennungsverfahrens. Danach würde das Asylrecht mit der Anerkennung entstehen und mit dem Widerruf erlöschen.³⁰⁸

Ein Widerruf der Anerkennung würde nur nach letzterer Ansicht das Asylrecht beenden, während er nach der ersten Meinung das Asylrecht nicht betrifft und nach der zweiten These nur den Rechtszustand formell bestätigen kann, der materiell ohnehin schon eingetreten ist. Die Auffassung von der konstitutiven Wirkung der Anerkennung ist jedoch abzulehnen. Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte für alle Staatsgewalt »als unmittelbar geltendes Recht«, sie bedürfen deshalb keines weiteren Aktes der Konkretisierung oder Vollziehung,

303 Dazu *Heine/Marx*, Ausländergesetz, 1978, S. 227.

304 Da in diesem Fall die Anerkennung unter Verstoß gegen die gesetzlichen Regelungen erfolgt und somit rechtswidrig ist, handelt es sich dabei in der Terminologie des heutigen Verwaltungsrechts eigentlich um eine »Rücknahme«, nicht um einen »Widerruf«.

305 Vgl. etwa *Wollenschläger*, a.a.O. (Fn. 296), S. 100.

306 *Franz*, DVBl. 1967, 492 ff.; *Gusy*, Asylrecht und Asylverfahren, § 16.

307 Nachweise bei *v. Pollern*, NJW 1976, 2059; *Gusy*, a.a.O. (Fn. 306), § 15.

308 VGH Stuttgart, VerwRSpr. 8, 355, 357; OVG Münster, DÖV 1975, 578; *Theis*, BayVBl. 1977, 651, 652; weitere Nachweise bei *Gusy*, a.a.O. (Fn. 307).

soweit ihre Struktur nicht solche Maßnahmen erfordert.³⁰⁹ Die Innehabung eines Grundrechts ist somit grundsätzlich von Anerkennungen, Genehmigungen oder Verleihungen unabhängig. Das gilt ohne Rücksicht darauf, ob alle Menschen, nur Deutsche oder ausschließlich Ausländer Grundrechtsträger sein können.³¹⁰ Es wäre somit unzulässig, das Asylrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG erst von einer konstitutiven Anerkennung abhängig zu machen. Dem trägt auch das Ausländergesetz Rechnung, indem es an den Widerruf der Anerkennung keineswegs diejenigen Rechtsfolgen knüpft, die ein Verlust des Asylrechts mit sich bringen würde. Eine Pflicht zur Ausreise besteht für den Betroffenen auch infolge des Widerrufs nicht.³¹¹ Vielmehr haben – unabhängig von dem Widerruf der Anerkennung – die Ausländerbehörden bei der Ausweisung (§ 11 Abs. 2 AuslG)³¹² und bei der Abschiebung (§ 14 Abs. 1 AuslG)³¹³ von Ausländern von Amts wegen zu prüfen, ob der Betroffene politisch verfolgt ist. In diesem Fall genießt er Ausweisungs- und Abschiebungsschutz.³¹⁴ Geht somit das Ausländergesetz gleichfalls nicht von der konstitutiven Wirkung der Anerkennung und ihres Widerrufs für das Recht auf Asyl aus, so kann ihr Widerruf – unabhängig von der Entscheidung zwischen der zweiten und der dritten genannten Auffassung, die hier nicht getroffen zu werden braucht – nicht als Beendigungsgrund des Asylrechts angesehen werden.

Damit ist jedoch die Problematik noch keineswegs erschöpft. Die behördliche Entscheidung über die Innehabung des Asylrechts im Einzelfall erfordert eine große Sachkenntnis von den tatsächlichen Verhältnissen im Verfolgungsstaat und dem Asylrecht der Bundesrepublik. Dem trug der Gesetzgeber im Ausländergesetz dadurch Rechnung, daß er das zentrale Anerkennungsverfahren schuf,³¹⁵ um so eine Konzentration des Sachverständes und der erforderlichen sachlichen Mittel herbeizuführen. So wurden die Voraussetzungen für eine rechtsförmliche »Verwaltung des Asylrechts« bei dem Bundesamt zentralisiert; die einzelnen Ausländerbehörden sind demgegenüber von ihrer Ausstattung her regelmäßig nicht befähigt, das Asylrecht in verfahrensmäßig und sachlich adäquater Weise zu berücksichtigen. In der Folge hat das Anerkennungsverfahren bei dem Bundesamt eine Bedeutung als »faktisches Präjudiz«³¹⁶ für die Tätig-

309 Dürig in MDHS, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 93; v. Mangoldt/Klein, GG, Art. 1 Anm. V 3 a; Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 18.

310 Dagegen ohne Begründung Theis, a.a.O. (Fn. 308).

311 So auch Wollenschläger, a.a.O. (Fn. 305).

312 S. dazu die ausführliche Untersuchung bei Gusy, a.a.O. (Fn. 306), § 16 IV.

313 Vgl. dazu ausführlich Gusy, a.a.O. (Fn. 306), § 16 V.

314 Inwieweit die Anerkennung für den Schutz aus § 44 AuslG i.V.m. Art. 32, 33 FK konstitutiv ist, ist hier nicht zu unterbreiten, da §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 AuslG diesen Normen vorgehen (§ 44 Abs. 4 AuslG, Art. 5 FK).

315 S. zu den Gründen dafür näher Gusy, a.a.O. (Fn. 307).

316 Gusy, a.a.O. (Fn. 306), § 18 IV m.w.N.

keit der Ausländerämter bei ihrem Umgang mit dem Asylrecht erhalten, das zumindest einen oftmals als bindend angesehenen »Rechtsschein« schafft. Im Falle eines Widerrufs der Anerkennung durch das Bundesamt wären dementsprechend die meisten Ausländerbehörden mangels eigener Möglichkeiten nicht in der Lage bei der Ausweisung und Abschiebung des Betroffenen selbst Erkundigungen über die politische Verfolgung des Ausländers einzuziehen. Sie könnten somit ihre Aufgabe aus §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1 AuslG kaum erfüllen.³¹⁷ Somit hat der Widerruf eine derart eminente, faktische Bedeutung für die Beendigung des Asylrechts, daß er in diesem Zusammenhang nicht ignoriert werden kann.

Voraussetzung des Widerrufs der Anerkennung ist, daß der Betroffene nicht die Voraussetzungen der Anerkennung gemäß § 28 AuslG erfüllt.³¹⁸ Der formelle Widerruf der Anerkennung setzt somit den materiellen Fortfall des Asylrechts oder der Flüchtlingseigenschaft voraus.

Bei der »Rücknahme« der Anerkennung gemäß § 37 Abs. 1 S. 2 AuslG müssen sie von vornherein gefehlt haben; die ursprüngliche Anerkennung muß »aufgrund« falscher Angaben oder »infolge« des Verschweigens »wesentlicher« Tatsachen ausgesprochen worden sein. Auf ein Verschulden des Betroffenen kommt es dabei nicht an.³¹⁹ Die Rücknahme ergeht als gebundene Entscheidung, den beteiligten Instanzen ist kein Ermessen eingeräumt, da der Ausländer kein schutzwürdiges Vertrauen begründen konnte.

Entfallen dagegen die Voraussetzungen der Anerkennung erst nachträglich, weil die politische Verfolgung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG in der Personen des Anerkannten nicht mehr vorliegt oder ein Ausschlußgrund nach § 28 letzter Hs. AuslG eintritt, so »kann« die Anerkennung widerrufen werden. Zweck des Ermessens ist es, das Vertrauen des Asylanten auf den Fortbestand seiner Rechtsstellung in der Bundesrepublik, die er häufig schon einen längeren Zeitraum hindurch innehat, angemessen würdigen zu können. In jedem Fall sollen daher die Umstände des Einzelfalles einbezogen werden.³²⁰ Wenn bei einer derartigen Betrachtung die Belange des Ausländers die öffentlichen Interessen an der Beendigung seiner Rechtsstellung überwiegen, so soll die Anerkennung und der durch sie vermittelte Rechtsstatus fortwirken, während das Asylrecht oder die Flüchtlingseigenschaft entfallen sind. Zwar ist die Wahl der Bundesrepublik als Mittelpunkt der Lebensgestaltung im Asyl als solcher Grund allein sicherlich

317 Zu der rechtlichen Bedenklichkeit dieses Phänomens *Gusy*, a.a.O. (Fn. 316).

318 § 37 AuslG enthält für diese Materie eine abschließende Regelung; daneben sind §§ 48 f. BVwVfG nicht anwendbar.

319 *Schiedermair*, Handbuch des Ausländerrechts, 1968, § 37 AuslG, Erl. 7.

320 *Kloetschen*, Die Rechtsstellung des politisch verfolgten Fremden, Diss. Köln 1965, S. 134 f.; *Wollenschläger*, JZ 1978, 581, 585 f.

noch nicht ausreichend; wenn jedoch dessen Verlagerung in den Herkunftsstaat für den Betroffenen unzumutbare Härten mit sich bringen würde, so kann der Fortbestand der Anerkennung gerechtfertigt sein. Das gilt etwa für den Fall, daß die Rückkehr des Ausländers in den Heimatstaat nur von kurzer Dauer sein kann. Ist etwa infolge eines Regimeswechsels im Herkunftsstaat die politische Verfolgung des Asylanten beendet, andererseits jedoch abzusehen, daß die neuen Verhältnisse nur vorübergehender Natur sind und danach erneut politische Verfolgungsmaßnahmen gegen den Betroffenen zu erwarten sind, so kann im Einzelfall die Aufrechterhaltung der Anerkennung geboten sein. Das gilt insbesondere dann, wenn der Ausländer bereits seit längerer Zeit in der Bundesrepublik gelebt hat.

Das Widerrufsverfahren ist in § 37 Abs. 2 AuslG geregelt. Es ist vom Leiter des Bundesamtes einzuleiten (§ 37 Abs. 2 S. 1 AuslG), sofern Tatsachen bekannt werden, die den Widerruf der Anerkennung rechtfertigen können. Ob das der Fall ist, unterliegt der Prüfungskompetenz des Leiters. Im Falle eines positiven Ergebnisses ist er verpflichtet, das Widerrufsverfahren einzuleiten,³²¹ ein Ermessen steht ihm insoweit nicht zu.³²² Dagegen kann der Bundesbeauftragte für Asylangelegenheiten (§ 35 AuslG) das Verfahren nicht eröffnen, sich aber an ihm beteiligen.

Das in § 37 Abs. 1 S. 1 AuslG bezüglich des Widerrufs eingeräumte Ermessen darf nur von derjenigen Stelle ausgeübt werden, die für die Entscheidung über die Maßnahme, die aufgrund der Ermessensentscheidung ergehen soll, zuständig ist. Über den Widerruf entscheidet der Anerkennungsausschuß (§ 37 Abs. 2 S. 2 AuslG) und nicht der Leiter des Bundesamtes. Somit liegt die Ermessensentscheidung bei dem Ausschuß und nicht beim Leiter.³²³

Die Wirkung des Widerrufs³²⁴ tritt ein, sobald dieser bestandskräftig geworden ist.³²⁵ Die Aufenthaltserlaubnis, die dem Anerkannten ausgestellt worden ist, verliert mit dem Widerruf ihre Wirkung (§ 9 Abs. 1 S. 2 AuslG); ein Fremdenpaß kann eingezogen werden (§ 4 Abs. 2 AuslG). Eine Pflicht zur Ausreise besteht durch den Widerruf allein nicht; der Betroffene muß jedoch eine Aufenthaltserlaubnis beantragen (§ 2 AuslG).³²⁶

321 *Schiedermair*, a.a.O. (Fn. 319), Erl. 8; *Gusy*, a.a.O. (Fn. 306), § 22 IX.

322 *Weißmann*, a.a.O. (Fn. 276), S. 185; zweifelnd *Wollenschläger*, a.a.O. (Fn. 320).

323 So auch VG Ansbach, zit. bei *Wollenschläger*, a.a.O. Fn. 320), S. 585; zweifelnd *Wollenschläger* ebd.

324 S. zu Einzelheiten des Verfahrens *Gusy*, a.a.O. (Fn. 321).

325 S. zu der Wirkung o. nach Fn. 305.

326 *Schiedermair* a.a.O. (Fn. 319), Erl. 9.

3.4 Die Verwirkung des Asylrechts

Gemäß Art. 18 GG verwirkt derjenige, der bestimmte Grundrechte »zum Kampfe gegen die freiheitlich – demokratische Grundordnung mißbraucht«, diese Rechte. Zu den genannten Rechten gehört auch »das Asylrecht (Art. 16 Abs. 2)«. Dementsprechend ist sich die Literatur³²⁷ weitgehend einig, daß dieses Grundrecht verwirkbar ist.³²⁸ Probleme entstehen in diesem Zusammenhang auch nicht bei der Auslegung des Wortlautes des Art. 18 GG, sondern vielmehr bei der Erörterung praktischer Fragen des Verwirkungsausspruchs, der durch Art. 18 S. 2 GG dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten ist.

Voraussetzung der Verwirkung ist der »Mißbrauch« eines aufgezählten Grundrechts zum Kampf gegen die »freiheitlich – demokratische Grundordnung«. Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG enthält das Recht auf Zuflucht vor politischer Verfolgung; darüberhinaus gewährt er keine Rechte, insbesondere nicht das Recht auf Mitwirkung am politischen Prozeß. Das Asylrecht kann somit in diesem Rahmen weder »gebraucht« noch »mißbraucht« werden.³²⁹

Deshalb wird oft ein weiteres Mißbrauchsverständnis entwickelt, das auch solche Aktivitäten umfaßt, durch die politisch Verfolgte in der Bundesrepublik die Handlungschancen, die ihnen das Aufenthaltsrecht aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG bietet, zum Kampf gegen die »freiheitlich – demokratische Grundordnung« nutzen. Durch die Verwirkung des Asylrechts könnten so die »schwerwiegendsten Fälle unerwünschten Asyls« verhindert werden.³³⁰ Dabei geht man davon aus,³³¹ daß es Situationen geben könne, in denen im Interesse der Erhaltung der »freiheitlich – demokratischen Grundordnung« die Ausweisung des Ausländers die beste Lösung sei und daher die Möglichkeit der Aberkennung des Asylrechts eröffnet sein müsse, und zwar unabhängig davon, ob eine Handlung einen Rechtsmißbrauch darstelle oder nicht. Unter dieser Bedingung könne ein Ausländer ebenso wie ein Inländer die »spezifische Gefahr des Art. 18 GG« heraufbeschwören. Daß er dazu in der Lage sei, sei durch sein Asylrecht begründet, das die Voraussetzung für die gefährliche Betätigung im Sinne des Art. 18 GG

327 Dieser Fall ist bislang noch nicht praktisch geworden.

328 So etwa *Franz*, Das Asylrecht des politisch verfolgten Fremden, Diss. Köln 1961, S. 81; *Kimminich* in: BK, Art. 16 Rn. 181; *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 296), S. 145 f.; *Kimminich*, JIR 1971, S. 296, 317 f.; v. *Mangoldt/Klein*, GG, Art. 18 Anm. A III 3 b; *Schnapp* in: v. Münch, GG, Bd 1, 1975, Art. 16 Rn. 30; *Hamann – Lenz*, GG, 3. Aufl., 1970, Art. 18 Erl. B 4; weitere Nachweise bei v. *Pollern*, Das moderne Asylrecht, Diss. Tübingen 1979, 2. Teil F IV 2 d; *Gusy*, a.a.O. (Fn. 306), § 12.

329 S. dazu *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, 1968, S. 119 f.; *Lerche* in: Festschrift für A. Arndt, 1969, S. 199, 207 f.; s. zum Inhalt des Asylrechts auch o. Kap. V 3.

330 *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 329), S. 120 f.; *Ruidisch*, Einreise, Aufenthalt und Ausweisung, Diss. München 1975, S. 291; *Stetner*, DVBl. 1975, 801, 804 m.w.N.

331 So insbesondere *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 329), S. 187 f.

schaftte. So erhalte auch die Aufnahme des Art. 18 GG ihren Sinn. Es sei nicht einzusehen, warum ein Ausländer, der alles darauf anlegt, diesen Staat zu zerstören, nicht nur vor der Verfolgung in anderen Staaten geschützt werden solle, sondern darüberhinaus der Staat auch noch erhebliche sachliche und personelle Mittel aufbringen solle, um sich selbst vor dieser Person zu schützen. Das sei »entschieden zu viel der Rechtsstaatlichkeit und der Humanität«, die Entfernung aus der Bundesrepublik sei hier der richtige Weg.³³²

Diese Auffassung übersieht jedoch, daß die Bekämpfung der »freiheitlich – demokratischen Grundordnung« mit Hilfe der durch das Asylrecht eingeräumten faktischen Handlungsmöglichkeiten durch Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nicht geschützt ist. Man kann daher gegen Asylanten vorgehen, ohne ein Verwirkungsverfahren durchführen zu müssen.³³³ Die Verwirkung des Asylrechts zur Verhinderung von Angriffen auf die freiheitliche Demokratie ist daher nicht erforderlich. Der Zweck des Art. 18 GG liegt gerade darin, eine Möglichkeit zu schaffen, die Bekämpfung der »freiheitlich – demokratischen Grundordnung« unter Berufung auf bestimmte, in dieser Norm näher genannte Grundrechte zu unterbinden.³³⁴ Die Verwirkungsklausel ist keine Sanktion gegen jeglichen Kampf gegen die freiheitliche Demokratie, sondern nur gegen den Mißbrauch bestimmter Grundrechte zu diesem Zweck. Nur in diesen Fällen liegt die »spezifische Gefahr« des Art. 18 GG vor.

Für das Verhältnis zwischen Grundrechtsmißbrauch und Verwirkung ergeben sich demnach zwei Möglichkeiten:

Ist die Verwirkung des Asylrechts gemäß Art. 18 GG nur zulässig, wenn gerade dieses Grundrecht zum Kampf gegen die »freiheitlich – demokratische Grundordnung« mißbraucht worden ist, dann ergibt sich daraus die faktische Unverwirkbarkeit des Asylrechts. Diese Identitätslehre würde somit nicht zur Negierung der Aufnahme des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG in den Wortlaut des Art. 18 GG gelangen, seine Verwirkung jedoch wegen fehlender Mißbrauchsmöglichkeit praktisch als ausgeschlossen erscheinen lassen.³³⁵

Eine Verwirkung des Asylrechts wäre demnach nur möglich, wenn das Identitätsersfordernis zwischen dem mißbrauchten und dem verwirkten Grundrecht nicht gilt.³³⁶ Aber selbst in diesem Fall erweist sich die Verwirkung des Asylrechts als praktisch kaum durchführbar. Das Bundesverfassungsgericht ist bei seinem Verwirkungsausspruch an das Übermaßverbot, also die Gebote der Geeignet-

332 Sachlich ähnlich *Wollenschläger*, a.a.O. (Fn. 296), S. 100.

333 *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 331).

334 *Dürig*, a.a.O. (Fn. 309), Art. 18 Rn. 5.

335 So in der Tat *Lerche*, a.a.O. (Fn. 329), S. 199 ff.

336 Dafür insbesondere *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 329), S. 207 f.; *Forgách*, a.a.O. (Fn. 276), S. 199; *Wollenschläger*, a.a.O. (Fn. 296), S. 99.

heit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, gebunden.³³⁷ Eine Verwirkung ist danach nur zulässig, wenn die Beendigung des durch Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG garantierten Aufenthaltsrechts erforderlich ist, um bei einem Versagen der einfachen Rechtsordnung sowie der Verwirkung anderer, sachnäherer Grundrechte Gefahren von der »freiheitlich – demokratischen Grundordnung« abzuwenden. Da Asylanten in vollem Umfang der für alle geltenden Rechtsordnung, insbesondere den Strafgesetzen, unterstehen, ist ein Verwirkungsauspruch zu diesem Zweck nicht erforderlich,³³⁸ und daher in jedem Fall rechtswidrig. Das Problem der Verwirkung des Asylrechts ist somit kein dogmatisches Problem des Art. 18 S. 1 GG, sondern der Anwendung allgemeinen Verfassungsrechts auf das Verfahren nach Art. 18 S. 2 GG.

337 *Dürig*, a.a.O. (Fn. 334), Rn. 44; *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 329), S. 179 f., 208 f., 227 ff.; *Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, S. 135; *Stettner*, DVBl. 1975, 801, 809; *Lerche*, a.a.O. (Fn. 329), S. 201; *Gusy*, a.a.O. (Fn. 328), alle m.w.N.; ebenso *Wollenschläger*, a.a.O. (Fn. 296), S. 100; dagegen *Echterhölter*, JZ 1953, 656, 657; *Forgách*, a.a.O. (Fn. 276), S. 200.

338 S. zum Problem der Erforderlichkeit bei Einschränkungen des Asylrechts schon o. 2.2.3.1; wie hier im Ergebnis *Gusy*, a.a.O. (Fn. 328).