

DIREKTION FÜR VÖLKERRECHT

p.B.41.20.1-PFD

Bern, 22. März 1993

Initiative der Schweizer Demokraten für eine vernünftige Asylpolitik:**Vereinbarkeit von Art. 1 mit dem Völkergewohnheitsrecht****1. Relevantes Völkergewohnheitsrecht**

Dem Prinzip des Non-Refoulement von Art. 33 der Flüchtlingskonvention von 1951, welches Flüchtlinge im Sinne der Konvention vor der Ausweisung oder Rückschiebung in Verfolgerstaaten schützt, kommt heute nach allgemeiner Auffassung zumindest in Westeuropa ohne Einschränkung völkergewohnheitsrechtlicher Charakter zu.¹ Das Prinzip umfasst notwendigerweise auch den Personenkreis, auf den es sich bezieht. In diesem Sinne, das heisst bezogen auf das Non-Refoulement-Prinzip, gibt es einen völkergewohnheitsrechtlichen Flüchtlingsbegriff, der mit demjenigen der Flüchtlingskonvention identisch ist. Ein Unterschied zwischen Völkergewohnheitsrecht und Konventionsrecht besteht nur bezüglich der Rechtspflichten, welche die Staaten gegenüber diesem einheitlich definierten Personenkreis haben.

Das Non-Refoulement-Prinzip verpflichtet die Staaten nicht direkt, Menschen, die verfolgt sind, Aufnahme zu gewähren; es verbietet ihnen indessen, diese in den Verfolgerstaat zurückzuschicken. Daraus lässt sich mittelbar eine Pflicht zur Schutzgewährung und Aufnahme gegenüber all denjenigen ableiten, die nicht in einen sicheren Drittstaat abgeschoben werden können. Diese Pflicht ergibt sich insofern, als es nicht anders möglich ist, das Non-Refoulement-Prinzip zu respektieren. In der heutigen Praxis gilt dies für die grosse Mehrheit der unter das Non-Refoulement-Prinzip fallenden Menschen.

¹ Die gewohnheitsrechtliche Natur von Art. 33 der Flüchtlingskonvention wird vom Bundesgericht anerkannt (BGE 109 Ib 72 und 11 Ib 70). In der Literatur wird sie auf universeller oder regionaler Ebene bejaht u.a.: von GUY GOODWIN GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford 1983, S. 97ff; GUNNEL STENBERG *Non-Expulsion and Non-Refoulement*, Uppsala 1989, S. 288ff; VIKTOR LIEBER, *Die neuere Entwicklung des Asylrechts im Völkerrecht und Staatsrecht unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Asylpraxis*, Zürich 1973, S. 21f; KAY HAILBRONNER, *Asylrecht und Völkerrecht*, in: Beitz/Wollenschläger (Hrsg.), *Handbuch des Asylrechts*, Bd. 1, Baden-Baden 1980, S. 89f. Weitere Hinweise, v.a. auf die ältere Literatur bei WALTER KAELIN, *Das Prinzip des Non-Refoulement*, Bern 1982, S. 59, Anm. 1.



2. Tragweite der Einschränkung der Asylgewährung durch Art. 1 der Initiative

Der Flüchtlingsbegriff von Art. 1 deckt sich nicht mit demjenigen der Flüchtlingskonvention von 1951 (vgl. hierzu die Darstellung im Botschaftsentwurf des BFF, S. 14f.). Ein Konflikt von Art. 1 mit dem Völkergewohnheitsrecht entsteht aber nicht allein dadurch, dass er einen andern Flüchtlingsbegriff als dieses festlegt, da das Völkergewohnheitsrecht den Staaten grundsätzlich keine Pflicht zur Asylgewährung auferlegt. Er wäre indessen dann gegeben, wenn die Bestimmung der Initiative verhinderte, dass die Schweiz das Non-Refoulement-Prinzip gegenüber denjenigen Personen einhalten könnte, die unter den völkergewohnheitsrechtlichen Flüchtlingsbegriff, nicht aber unter denjenigen der Initiative fallen. Dies träte ein, wenn die Initiative es nicht zuliesse, denjenigen unter diesen Personen, die nicht in ein sicheres Drittland abgeschoben werden können, unter einem andern Titel als demjenigen des Asyls in der Schweiz Schutz und Aufnahme zu gewähren.

Es fragt sich somit, ob Art. 1 lediglich den Personenkreis einschränken will, der gesetzliches Asyl im Sinne der gegenwärtigen Praxis erhalten kann, oder ob er Personen, die seine Kriterien nicht erfüllen, von jeder Art der Aufnahme und Schutzgewährung aus Verfolgungsgründen ausschliessen will. Die Beantwortung dieser Frage hängt von der Auslegung des Begriffs "Asyl" in der Initiative ab:

Etymologisch kommt das deutsche Wort Asyl vom griechischen Asylon, was soviel wie Zufluchtsort (wörtl. Unverletzliches) bedeutet, also jegliche Gewährung von Schutz und Aufnahme für Verfolgte umfasst. Dies ist auch die umgangssprachliche Bedeutung des Wortes, welches sich auch auf die Schutzgewährung durch Private oder die Kirche bezieht. Bezüglich des Staates wird unter Asylgewährung diejenige an politisch Verfolgte verstanden, wobei in der Umgangssprache häufig präzisierend von "politischem Asyl" gesprochen wird.

In technischem Sinne und in der Verwendung durch die Behörden bedeutet Asyl in der Schweiz heute die Gewährung eines gesetzlichen Aufenthaltsstatus', der mit gewissen Privilegien verbunden ist. Daneben kennt das schweizerische Recht die Rechtsstellung des Konventionsflüchtlings und diejenige des vorläufig Aufgenommenen, welche ebenfalls unter den umgangssprachlichen Oberbegriff des Asyls fallen, insofern als sie auch eine Form der Schutzgewährung und Aufnahme aus politischen Verfolgungsgründen darstellen.

Es ist demgemäss zu klären, ob sich der Begriff "Asyl" in der vorliegenden Verfassungsinitiative auf den eingeschränkten, technischen Asylbegriff des schweizerischen Asylgesetzes bezieht oder als umfassender Oberbegriff zu verstehen ist,

der alle Formen der Schutzgewährung und Aufnahme aus Verfolgungsgründen umfasst.

In ersterem Falle wäre es zulässig, unter dem Schutz des Non-Refoulement-Prinzips stehenden Menschen, die die Anforderungen für eine Asylgewährung nicht erfüllen, unter einem andern Titel, beispielsweise als Konventionsflüchtlinge, in der Schweiz Aufnahme zu gewähren und so einen Konflikt mit Völkergewohnheitsrecht zu vermeiden. Konsequenterweise würde eine solche Auslegung auch bedeuten, dass die Schweiz die Konvention von 1951 nicht zu kündigen brauchte, denn diese verpflichtet sie nicht zur Gewährung von Asyl im Sinne des Gesetzes, sondern lediglich zur Aufnahme der Flüchtlinge und zur Einräumung einer Rechtsstellung, die weniger weit geht als diejenige des Gesetzes.

Grundsätzlich erscheint es fragwürdig, die Bedeutung eines ohne Einschränkung in der Verfassung verwendeten Begriffs, dem sprachlich eine umfassende Bedeutung zukommt, auf dessen technische Verwendung als gesetzliches Rechtsinstitut zu reduzieren. Es geht indessen auch aus dem Kontext der Initiative klar hervor, dass der Begriff nicht einschränkend, sondern umfassend auszulegen ist:

Zur Auslegung der Bedeutung von Art. 1 ist hier namentlich auch Art. 4 herbeizuziehen. Selbst wenn dieser Artikel im Sinne einer allfälligen Teilungültigkeit gestrichen würde, verlöre er nicht seine Bedeutung für eine Auslegung von Sinn und Zweck des Art. 1 im Gesamtkontext der Initiative. Aus Art. 4 geht nun aber klar hervor, dass die Initiative will, dass keinem Flüchtling, der die einschränkenden Kriterien des Art. 1 nicht erfüllt, in der Schweiz unter irgendeinem Titel Aufenthalt gewährt wird. Auch der zweite Absatz von Art. 1 weist darauf hin, dass die Initianten mit Absatz 1 den Kreis derjenigen, denen aus Verfolgungsgründen in der Schweiz Aufnahme gewährt werden kann, abschliessend definieren wollen. Es ist offensichtlich nicht das Ziel der Initiative, lediglich den Personenkreis einzuschränken, der den privilegierten Rechtsstatus des gesetzlichen Asyls erhält, und allen andern Flüchtlingen im Sinne der Konvention oder des Non-Refoulement-Prinzips die Rechtsstellung als Konventionsflüchtlinge oder der vorübergehenden Aufnahme zu gewähren.

Aus dem Gesamtkontext der Initiative ergibt sich, dass die einleitende Bestimmung von Art. 1 mit dem Begriff "Asyl" jegliche Formen der Schutzgewährung und Aufnahme aus Verfolgungsgründen meint, d.h. Asyl im weiteren Sinne als umfassender Oberbegriff und nicht im technischen Sinne des Asylgesetzes. Art. 1 liesse es damit nicht zu, Menschen, die seine Kriterien nicht erfüllen, jedoch unter dem Schutz des

völkergewohnheitsrechtlichen Non-Refoulement-Prinzips stehen, in der Schweiz Aufnahme aus Verfolgungsgründen zu gewähren.

3. Möglichkeit der Respektierung des Völkergewohnheitsrechts durch Erteilung von arbeitsrechtlichen Aufenthaltsbewilligungen

Es stellt sich noch die Frage, ob es aufgrund der Initiative zulässig wäre, den unter das Non-Refoulement-Prinzip fallenden Flüchtlingen, denen nicht Asyl im weiteren Sinne gewährt werden kann, eine arbeitsrechtliche Aufenthaltsbewilligung zu erteilen und auf diese Weise einen Konflikt mit dem Völkergewohnheitsrecht abzuwenden. Dieser Ausweg scheint uns aus folgenden Überlegungen nicht möglich:

Die Erteilung der arbeitsrechtlichen Aufenthaltsbewilligung erfolgte in diesem Fall nicht aus arbeitsmarktlichen, wirtschaftlichen oder fremdenrechtlichen Motiven, sondern aufgrund des Verfolgungstatbestandes. Damit würde Art. 1 der Initiative umgangen und der Initiativzweck, Flüchtlingen, welche die einschränkenden Kriterien von Art. 1 nicht erfüllen, den Aufenthalt in der Schweiz zu verwehren, vereitelt.

Es lässt sich der Initiative auch nichts entnehmen, was darauf hindeutete, dass sie auf eine globale Reduzierung der Zahl der Ausländer abzielt, indem das Kontingent der Arbeitsbewilligungen zugunsten der Non-Refoulement-Flüchtlinge eingesetzt und die Zahl der Einwanderer aus wirtschaftlichen Motiven entsprechend reduziert würde. Eine derart weitgehende Uminterpretation der Initiative, welche zu einer Vereitelung ihrer eigentlichen Stossrichtung führte, scheint unter den üblichen Auslegungskriterien nicht zulässig.

Schlussfolgerung:

Wir gelangen zum Schluss, dass Art. 1 der Initiative mit dem Völkergewohnheitsrecht nicht vereinbar ist.

Aus dem Gesamtkontext der Initiative geht eindeutig hervor, dass Art. 1 die Erteilung jeglicher Aufenthaltsgenehmigung an Menschen verhindern will, welche seine einschränkenden Kriterien nicht erfüllen. Im Falle einer Annahme der Initiative gäbe es somit eine Gruppe von Menschen, die zwar unter dem Schutz des völkergewohnheitsrechtlichen Non-Refoulement-Prinzips stehen, denen aber in der Schweiz kein Schutz und keine Aufnahme gewährt werden

könnte, weil sie die Anforderungen von Art. 1 nicht erfüllten. Soweit die Schweiz diese Menschen nicht in ein sicheres Drittland abschieben könnte, wäre sie aufgrund von Art. 1 genötigt, sie in den Verfolgerstaat zurückzuschieben und so gegen das Non-Refoulement-Prinzip zu verstossen.

DIREKTION FÜR VÖLKERRECHT

BAG 23. März 93 16.

DIREKTION FÜR VÖLKERRECHT
p.B. 41.20.1 - PFD

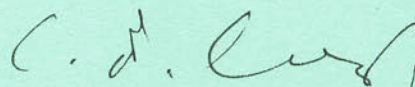
Bern, 22. März 1992

Notiz an die Teilnehmer der Sitzung zur SD-Initiative vom 26. Februar 1993

Geht an: Herrn Schneeberger, BFF
Herrn Ehrenzeller, GS EJPD
Herrn Willi, Bundeskanzlei
Herrn Odermatt, BJ
Herrn Feller, BJ
Herrn Arnold, BJ

In der Beilage übermitteln wir Ihnen unser Gutachten zu Art. 1 der SD-Initiative. Wir haben uns erlaubt, die Fragestellung etwas auszudehnen, da wir bei der Erarbeitung des Gutachtens zum Schluss gekommen sind, dass die Kompatibilität der Bestimmung mit Völkergewohnheitsrecht nicht allein davon abhängt, ob es einen völkergewohnheitsrechtlichen Flüchtlingsbegriff gibt.

DIREKTION FÜR VÖLKERRECHT
i.A.


(Held)

Kopie mit Beilage geht an:

- WER
- KT/GT
- VDF
- HEC/BT/SAG
- PFD

BAG 23. März 93 16.