

Zur rechtlichen Tragweite der Genfer Flüchtlingskonvention und der Op- portunität von Anpassungen

Ausgewählte Aspekte unter Einbezug
der Rechtslage in der EU

Gutachten zum Postulat Müller Damian
„Anpassung der Flüchtlingskonvention von 1951“

Zuhanden des Staatssekretariates für Migration (SEM), Auftraggeber

Verfasst von

Prof. Dr. iur. Alberto Achermann, Assoziierter Professor für Migrationsrecht an der Universität Bern, Institut für öffentliches Recht

Unter Mitarbeit von

Prof. Dr. iur. Astrid Epiney, Ordentliche Professorin für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht, Universität Freiburg / CH, Institut für Europarecht

Bern/Fribourg, 17. Februar 2020 (Stand definitive Fassung vom 5. Januar 2021).

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung: Fragestellung und Aufbau.....	3
II. Die Genfer Flüchtlingskonvention: Inhalt, Auslegung und Grenzen der Konvention.....	6
1. Inhalt	6
1.1. Allgemeines.....	6
1.2. Der konventionsrechtliche Flüchtlingsbegriff.....	8
1.3. Statusrechte.....	10
1.4. Rückschiebungs- und Ausweisungsschutz; Verbot der Bestrafung wegen illegaler Einreise	14
2. „Lücken“ in der Flüchtlingskonvention	15
2.1. Die Flüchtlingskonvention als Kind ihrer Zeit.....	15
2.2. Fehlende Verpflichtung zur Asylgewährung.....	16
2.3. Schwache Kooperationsverpflichtungen und fehlender Lastenausgleich.....	17
2.4. Fehlende Verfahrensgarantien	19
2.5. Fehlende Garantien für den Einbezug von Familienmitgliedern und für den Familiennachzug.....	20
2.6. Fazit und weitere im Postulat angesprochene Lücken	21
3. Die Auslegung der Flüchtlingskonvention unter Berücksichtigung der Staatenpraxis	21
4. Internationalrechtliche Entwicklungen mit Bekräftigung der Flüchtlingskonvention	23
III. Zu den Vorschlägen der Anpassung der Genfer Flüchtlingskonvention auf der Grundlage des Postulates: Analyse unter Einbezug der Rechtslage in der EU.....	27
1. Einleitung.....	27
2. Flüchtlingsbegriff, namentlich Fluchtgründe	27
2.1. Ausschluss von Personen mit wirtschaftlichen Gründen.....	27

2.2. Ausschluss von Personen wegen Dienstverweigerung:	30
2.3. Ausschluss von Personen, die Nachfluchtgründe selbst verursacht haben, mit dem Ziel, Asyl zu erhalten	35
2.4. Weitere Kritikpunkte	40
3. Zu den Möglichkeiten des Ausschlusses oder der Beendigung der Flüchtlingseigenschaft sowie der Einschränkungen der Statusrechte	42
3.1. Rechtlicher Rahmen	42
3.2. Integrations- und Verhaltensanforderungen.....	45
3.3. Zur Frage der sogenannten «Gefährder»	47
4. Verbot der freien Wahl des Asylstaates	52
4.1. Zuständigkeitsregeln nach der Dublin-Verordnung	53
4.2. Drittstaatenregelungen	54
4.3. Fazit.....	56
IV. Fazit, Gesamtwürdigung und weiteres Vorgehen	57
1. Fazit.....	57
2. Gesamtwürdigung	60
3. Weiteres Vorgehen.....	61

I. Einleitung: Fragestellung und Aufbau

Die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) aus dem Jahr 1951 wurde unter dem Eindruck des Zweiten Weltkrieges und der Herausforderungen für den Schutz der sich auf der Flucht befindlichen Menschen zu jener Zeit erarbeitet. Ihr kommt heute quasi universale Geltung zu, und zahlreiche ihrer Garantien stellen auch Völkergewohnheitsrecht dar. Allerdings wird immer wieder – und in durchaus unterschiedlichem Zusammenhang – die Frage aufgeworfen, ob die Konvention noch aktuell ist oder nicht vielmehr angepasst, weiterentwickelt oder ergänzt werden sollte, um den heutigen Gegebenheiten und Herausforderungen Rechnung tragen zu können. Das vorliegende Gutachten analysiert in diesem Kontext ausgewählte Fragestellungen zum allfälligen Anpassungsbedarf der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951.

Hintergrund bildet die Annahme des Postulates von Ständerat Damian Müller, 18.3930 «Anpassung der Flüchtlingskonvention von 1951» durch den Ständerat.

Das Postulat hat folgenden Wortlaut:

«Der Bundesrat wird beauftragt, einen Prüfbericht im Bereich Asylrecht zu erstellen, um eine Revision der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 in Betracht zu ziehen. Die Konvention ist unserer Zeit anzupassen. Die folgenden Punkte müssen berücksichtigt werden:

1. Die Fluchtgründe sind dergestalt anzupassen, dass folgende Gründe explizit ausgeschlossen werden: Wirtschaftliche Gründe, Dienstverweigerung und Nachfluchtgründe, die selbst verursacht wurden mit dem Ziel, Asyl zu erhalten.
2. Integrations- und Verhaltensforderung im Empfangsstaat und Konsequenzen bei Nichteinhaltung dieser Vorschriften (z. B. Verlust des Flüchtlingsstatus und Wegweisung).
3. Verbot der freien Wahl des Asylstaates.
4. Umgang mit Gefährdern, die in einem Unterzeichnerstaat Asyl beantragen.
5. Ziel des Berichtes ist es, die internationale Gemeinschaft zu ermuntern, die Flüchtlingskonvention zu revidieren. »

Zur Begründung führt der Postulant u.a. aus, angesichts der Migrationsströme (vor allem aus Afrika) würden Stimmen laut, die die Flüchtlingskonvention für nicht mehr zeitgemäss halten, da diese in einer Epoche mit viel geringeren Migrationsbewegungen entstanden sei. In der Zwischenzeit hätten jedoch neue Technologien, globale Kommunikation und kostengünstiger Reiseverkehr Wanderungsbewegungen über grosse Distanzen zu einer realistischen Option gemacht. Zudem sei durch Kriege und Bürgerkriege und islamistischen Terror im Mittleren Osten, in Afrika und Afghanistan neuer Druck auf das Einwanderungssystem entstanden. Die Angewiesenheit auf Schutz mache das Wesen eines Flüchtlings und seine unmittelbare Hilfsbedürftigkeit aus. Sobald keine Gefahr mehr für Leib und Leben besteht, entfalle die Hauptvoraussetzung, einen Menschen als Flüchtling zu betrachten. Demzufolge sollte es gemäss dem Postulaten Einschränkungen geben, welche die sekundäre Migration verhindern, vor allem wenn die Wirtschaftslage ungünstig ist und wenig Perspektiven erlaubt. Die Schutzgebote der Genfer Konvention reflektierten eine vergangene Welt. Ihre Gebote gingen teilweise über das hinaus, was in einer globalisierten Welt zu leisten sei, teilweise blieben sie blind für einige der schlimmsten Fluchtursachen, weil die Konvention Massenvernichtungswaffen und Terror nicht im Blick gehabt habe. Es sei Zeit, die Konvention zu überdenken bzw. zu überarbeiten.

Der Bundesrat wies in seiner Antwort darauf hin, die Konvention von 1951 in der Fassung des Protokolls von 1967 stelle das wichtigste internationale Rechtsinstrument für den Flüchtlingschutz dar. Die Flüchtlingskonvention werde den aktuellen Anforderungen an einen konsequenten Schutz von verfolgten Personen weiterhin gerecht. Der Bundesrat zeigte sich aber bereit, in einem Bericht die vom Postulanten aufgeworfenen Fragen sowie eng damit zusammenhängende Aspekte zur Anwendung der Flüchtlingskonvention zu prüfen, um aufzeigen zu können, wie die Schweiz den Schutz von Flüchtlingen auch in Zukunft zeitgemäss gewährleisten könne.

Das vorliegende juristische Gutachten soll vor diesem Hintergrund den Anpassungsbedarf der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 analysieren, dies im Hinblick auf die Erstellung des Berichts des Bundesrates. Dabei geht es in einem ersten Schritt um einen Überblick über die rechtliche Tragweite der Konvention, unter Berücksichtigung ihrer «Lücken» (II.), um auf dieser Grundlage die Anliegen des Postulats einer Bewertung zu unterziehen (III.). Die Untersuchung schliesst mit einem Fazit, in welcher die Ergebnisse gesamthaft gewürdigt und Empfehlungen für das weitere Vorgehen skizziert werden (IV.).

Angesichts der Vielzahl der vom Postulat angesprochenen Fragestellungen und des begrenzten Umfangs des Gutachtens war allerdings eine umfassende Berücksichtigung des reichhaltigen Schrifttums und der völkerrechtlichen Praxis nicht möglich. Der Hauptfokus des Gutachtens liegt daher in der Beantwortung der konkreten Gutachtensfragen, insbesondere der Beurteilung der Aktualität und Zweckmässigkeit der Genfer Flüchtlingskonvention vor dem Hintergrund der an ihr geäusserten Kritik.

Erstellt wurde das Gutachten im Auftrag des Staatssekretariats für Migration. Inhaltlich handelt es sich um eine unabhängige Untersuchung: Gemäss Auftrag soll das Gutachten anhand einer objektiven Analyse – die Verfasser wurden ausdrücklich um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten – die Fragestellungen des Postulates prüfen und beurteilen und folgende Punkte abhandeln:

- rechtliche Auswirkungen der Konvention auf das innerstaatliche Recht;
- Grenzen und Problematik der Konvention (welche Bereiche sind nicht durch die Konvention abgedeckt, wo liegen die Grenzen, was die Konvention leisten kann?);
- Beurteilung der Anliegen des Postulats: Darlegung der heutigen Regelung in der Konvention, im nationalen Recht sowie gegebenenfalls in ausgewählten repräsentativen europäischen Staaten bzw. im Europäischen Asylrecht, mit einer Würdigung der einzelnen Anliegen;
- Fazit und Gesamtwürdigung.

Dem Staatssekretariat für Migration, insbesondere Frau *Pascale Probst* und Frau *Nina Hadorn*, sei an dieser Stelle für das entgegengebrachte Vertrauen und die ausgesprochen angenehme und konstruktive Zusammenarbeit gedankt. Dank gebührt auch der Begleitgruppe unter der Leitung von Staatssekretär *Mario Gattiker* für die wertvollen Anregungen und die konstruktive Diskussion der Entwürfe dieses Gutachtens.

II. Die Genfer Flüchtlingskonvention: Inhalt, Auslegung und Grenzen der Konvention

1. Inhalt

1.1. Allgemeines

Die «Genfer Flüchtlingskonvention»¹, das Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK)², in der Fassung gemäss dem New Yorker Protokoll vom 31. Januar 1967³, regelt im Wesentlichen folgende Aspekte:

- den *Begriff des Flüchtlings*, den Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft und die Beendigung derselben (Art. 1A – 1F) und im Weiteren – neben einigen allgemeinen Aspekten und der Zusammenarbeit mit den Staaten und der internationalen Gemeinschaft – schwerwichtig
- welche *Rechte* den Flüchtlingen zustehen, einschliesslich des Ausweisungs- und Rückschiebungsschutzes.

Die Konvention stellt dabei anerkanntermassen einen *Grundpfeiler des Internationalen Flüchtlingschutzregimes* dar: So hält etwa auch die sog. «Qualifikationsrichtlinie» der EU⁴, welche den Flüchtlingsbegriff und die Rechte der Flüchtlinge für das Gemeinsame Europäische Asylsystem (GEAS) harmonisieren soll, in diesem Sinn in Erwägungsgrund 4 fest, die Genfer Flüchtlingskonvention und das Protokoll stellten «einen wesentlichen Bestandteil des internationalen Rechtsrahmens für den Schutz von Flüchtlingen dar». Der Konvention kommt diese zentrale Stellung zu, da sie als einziger Vertrag mit universeller Geltung die Rechte von Flüchtlingen in weiten Teilen (wenn auch nicht umfassend) regelt und als Kernpfeiler das Prinzip des Non-Refoulement verankert, den Rückschiebungsschutz für Flüchtlinge, welche unter den Begriff von

¹ Zur Genfer Flüchtlingskonvention siehe statt vieler *Andreas Zimmermann* (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, Oxford 2011; *Nehemia Robinson*, *Convention Relating to the Status of Refugees: Its History, Contents and Interpretation: A Commentary*, New York 1953; *Michael Marugg*, *Völkerrechtliche Definitionen des Ausdrucks "Flüchtling" – Ein Beitrag zur Geschichte unter besonderer Berücksichtigung sogenannter de-facto-Flüchtlinge*, Basel 1990; *Guy S. Goodwin-Gill / Jane McAdam*, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl., Oxford 2007; *James C. Hathaway/Michelle Foster*, *The Law of Refugee Status*, 2. Aufl., Cambridge 2014; *James C. Hathaway*, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge 2005; UNHCR, *The Refugee Convention, 1951. The Travaux Préparatoires analysed with Commentary* by Dr. Paul Weis, Cambridge, 1995; UNHCR, *Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft gemäss dem Abkommen von 1951 und dem Protokoll von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*, nicht-amtliche Übersetzung, Genf 1979 (zitiert UNHCR-Handbuch).

² SR 0.142.30.

³ SR 0.142.301.

⁴ Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung).

Art. 1A Ziff. 2 FK fallen.⁵ Die Bedeutung der Genfer Flüchtlingskonvention ist denn von der Staatengemeinschaft auch in späteren Erklärungen und in Rechtsinstrumenten wiederholt bekräftigt worden.⁶

Die Konvention in der Fassung des Protokolls von 1967 bildet zusammen mit dem Statut des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (UNHCR)⁷, den geltenden universellen Menschenrechtsverträgen, regionalen Instrumenten und einer Reihe von völkerrechtlich nicht verbindlichen Empfehlungen, etwa der UNO-Generalversammlung, einen *Rechtsrahmen für ein internationales Flüchtlingsregime*, der insofern einzigartig ist, als die internationale Rechtsordnung für andere weltweite (reguläre oder irreguläre) Wanderungsbewegungen kein vergleichbares System kennt.⁸

Dem erwähnten Statut für das UNHCR lassen sich weitere wesentliche Grundsätze des geltenden internationalen Flüchtlingsregimes entnehmen, ausgehend von Art. 1 der Satzung, welche dem Hohen Kommissar die Aufgabe auferlegt, «für den *internationalen Schutz* der Flüchtlinge zu sorgen, die in den Geltungsbereich dieser Satzung fallen, und *Dauerlösungen* des Flüchtlingsproblems anzustreben, indem er die Regierungen (...) darin *unterstützt*, die *freiwillige Repatriierung* dieser Flüchtlinge oder deren *Eingliederung* in neue staatliche Gemeinschaften zu erleichtern.» Bereits in dieser Bestimmung kommen die wesentlichen Funktionen des UNHCR zum Ausdruck: Schutzgewährung für Flüchtlinge, materielle Unterstützung der Flüchtlinge und der Staaten, und als Elemente der (Dauer-)Lösungen von Flüchtlingssituationen die freiwillige Rückkehr oder die lokale Integration, sei dies in Erstasylstaaten oder nach Neuansiedlung in anderen Aufnahmestaaten (*resettlement*). Art. 8 des Statuts zählt die einzelnen Aufgaben des Amtes auf, wie etwa die Bemühungen zur Förderung der freiwilligen Rückkehr in die Heimat oder der Eingliederung in neue staatliche Gemeinschaften zu unterstützen.⁹

Das heutige Flüchtlingsregime weist somit folgende Strukturelemente auf:

- Schutz für einzelne Flüchtlinge (*protection*);
- Unterstützung derselben und der Asylstaaten (*assistance*) und Suche nach dauerhaften Lösungen (*durable solutions*) mittels freiwilliger Rückkehr (*voluntary repatriation*);
- Integration im Asylland (*integration in the host community*), und
- Übersiedlung/Aufnahme in einem Drittstaat (*resettlement*).

⁵ Vgl. auch *Oliver Diggelmann*, Brandmauer für das Unverhandelbare, NZZ vom 5.10.2015. Zum flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement-Prinzip siehe grundlegend *Walter Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement, Bern 1982; *Gunnel Stenberg*, Non-expulsion and Non-refoulement: The Prohibition Against Removal of Refugees with Special References to Articles 32 and 33 of the 1951 convention relating to the status of refugees, Uppsala 1989; *Walter Kälin/Martina Caroni/Lukas Heim*, Article 33 para. 1, in: Zimmermann (Hrsg.; Anm. 1), S. 1327ff; *Andreas Zimmermann/Philipp Wennholz*, Article 33 para. 2, in: Zimmermann (Hrsg.; Anm. 1), S. 1397ff.

⁶ Siehe unten Ziff. II.4.

⁷ Im Anhang zur UNO-Generalversammlungsresolution 428 (V) vom 14. Dezember 1950.

⁸ Die Wanderarbeiterkonvention von 1990 ist nur von sehr wenigen Staaten ratifiziert worden und dem Globalen Pakt über Migration von 2018 – einem rechtlich unverbindlichen Instrument – ist breiter Widerstand erwachsen; siehe zu diesen beiden Dokumenten *Martina Caroni/Nicole Scheiber/Christa Preisig/Margarite Zoetewij*, Migrationsrecht, 4. Aufl., Bern 2018, S. 80 und 88.

⁹ Zum Statut des UNHCR umfassend *Volker Türk*, Das Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR), Berlin 1992.

1.2. Der konventionsrechtliche Flüchtlingsbegriff

Der Flüchtlingsbegriff der Konvention von 1951 ist das Resultat eines langen Ringens zwischen den Befürwortern einer allgemeingültigen zukunfts-offenen Definition und der Forderung nach einer – wie während der Völkerbundszeit geltenden – Einengung auf bestimmte Flüchtlingsgruppen, womit Individuen nur als Angehörige einer Gruppe in den Genuss der Rechte der Konvention gekommen wären.¹⁰ Die Definition, die schliesslich in die Genfer Flüchtlingskonvention aufgenommen wurde, erscheint hier als Kompromiss, indem eine zeitliche Schranke verankert wurde und die Vertragsstaaten erklären konnten, dass sie die Konvention nur auf Flüchtlinge aus Europa anwenden wollten. Erst mit dem Protokoll von 1967 erhielt die Definition ihre heute geltende allgemeine und zukunfts-offene Prägung.¹¹

Im Übrigen handelt es sich beim Flüchtlingsbegriff der Konvention um ein Instrument, mit welchem eine *Selektion* zwischen Personen vorgenommen werden soll, die den Schutz eines Aufnahmelandes erhalten sollen, weil sie verfolgt werden, und solchen, welche vom Asyl ausgeschlossen sind.¹²

Der Begriff als solcher ist stark auslegungsbedürftig. In der Praxis wird, ausgehend vom Wortlaut von Art. 1A Ziff. 2 FK, vorausgesetzt, dass eine Person sein Heimatland verlassen hat und sich ausserhalb desselben aufhält, dass ein Bruch der Beziehungen zwischen der geflüchteten Person und dem Heimatstaat (bzw. bei Staatenlosen dem Aufenthaltsstaat oder bei Mehrfachbürgern allen Heimatstaaten) stattgefunden hat, und – als zentrales Element – dass die Person verfolgt ist.¹³ Der Verfolgungsbegriff selbst wird in Doktrin und Praxis in verschiedene Elemente aufgeteilt, die *kumulativ* erfüllt sein müssen, damit eine Verfolgung als asylrelevant betrachtet werden kann:¹⁴

- Die Nachteile, die eine Person erlitten hat, oder die ihr drohen, müssen ernsthaft sein (Frage der Intensität der Verfolgung).
- Die Verfolgung ist dem Staat zurechenbar bzw. der Staat kann eine Person bei Verfolgung durch Dritte (auch Private) nicht schützen (fehlender Schutz durch den Heimatstaat).
- Verfolgung setzt bereits begrifflich voraus, dass die Nachteile den Verfolgten gezielt, nicht nur zufällig, treffen sollen. Personen, die nur zufällig Opfer werden und ernsthafte Nachteile erleiden, fallen damit nicht unter den Flüchtlingsbegriff; bei Personen in Kriegsgebieten ist

¹⁰ Zur Entstehungsgeschichte ausführlich *Terje Einarsen*, Drafting History of the 1951 Convention and the 1967 Protocol, in: Zimmermann (Hrsg., Anm. 1), S. 48ff; *Marugg* (Anm. 1), S. 113ff.

¹¹ *Marugg* (Anm. 1), S. 146f.

¹² So *Walter Kälin*, Grundriss des Asylverfahrens, Basel 1990, S. 23f.

¹³ *Kälin*, Grundriss (Anm. 12), S. 34.

¹⁴ Zum Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention siehe die Hinweise oben bei Anm. 1. Zum Flüchtlingsbegriff nach Schweizer Asylrecht siehe u.a. *Kälin*, Grundriss (Anm. 12), S. 23ff; *Samuel Werenfels*, Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht, Bern 1987, S. 181ff; *Walter Stöckli*, Asyl, in: Peter Uebersax u.a. (Hrsg.), Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, 2. Aufl., Basel 2009, S. 525ff; *Schweizerische Flüchtlingshilfe* (Hrsg.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 2. Aufl., Bern 2015, S. 171ff; *Samah Posse-Ousmane/Sarah Progin-Theuerkauf*, Art. 3 LAsi, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations, Vol. IV: Loi sur l'asile (LAsi), Bern 2015, S. 14ff; *Constantin Hruschka*, in: Marc Spescha u.a. (Hrsg.), OFK/Migrationsrecht, 5. Aufl., Zürich 2019, zu Art. 3; *Martina Caroni/Nicole Scheiber/Christa Preisig/Margarite Zoetewij*, (Anm. 8), S. 437ff. Zum Flüchtlingsbegriff im EU-Recht (in der Richtlinie 2011/95, „Qualifikationsrichtlinie“) siehe u.a. *Reinhard Marx*, Handbuch zum Flüchtlingsschutz: Erläuterungen zur Qualifikationsrichtlinie, 2. Aufl., Köln 2012; *Harald Dörig*, Art. 1-11, in: Kay Hailbronner/Daniel Thym, EU Immigration and Asylum Law. A Commentary, 2. Aufl., München 2016.

zu differenzieren, ob den Kriegshandlungen auch eine Absicht zu Grunde liegt, bestimmte Personen zu treffen, oder dies («nur») in Kauf genommen wird.

- Der Verfolgung liegt ein bestimmtes Verfolgungsmotiv zu Grunde (die Konvention nennt Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe und die politische Überzeugung).
- Falls die Verfolgung nicht bereits stattgefunden hat, muss sie mit erheblicher Wahrscheinlichkeit drohen (begründete Furcht vor Verfolgung).

Der Begriff von Art. 3 AsylG¹⁵ ist zwar mit Art. 1A Ziff. 2 FK sprachlich nicht identisch. Der Gesetzgeber wollte aber bei der Schaffung des Asylgesetzes von 1979¹⁶ nicht von der Konvention abweichen, sondern vielmehr dem Völkerrecht angleichen, weshalb von einer deckungsgleichen inhaltlichen Bedeutung auszugehen ist.¹⁷ Daher hat sich die Auslegung des Flüchtlingsbegriffs im Asylgesetz auch nach völkerrechtlichen Auslegungsmethoden zu richten, und der Staatenpraxis kommt grosse Bedeutung zu.¹⁸

Dem Schweizer Gesetzgeber wäre es indessen unbenommen, eine über den Flüchtlingsbegriff von Art. 1A Ziff. 2 FK hinausgehende grosszügigere Lösung vorzusehen¹⁹ und ihn zu erweitern oder neuen Herausforderungen anzupassen. Diese innerstaatliche Option hätte indessen keine Auswirkungen auf den völkerrechtlichen Status der Flüchtlinge, auch gegenüber anderen Staaten.

Über das völkerrechtlich Notwendige hinaus reicht hingegen die Norm von Art. 51 Abs. 1 und 3 AsylG, indem Ehegatten und minderjährige Kinder von Flüchtlingen und in der Schweiz geborene Kinder von Flüchtlingen ebenfalls als Flüchtlinge anerkannt werden und Asyl erhalten, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen.

Die Anerkennung als Flüchtling ist nicht konstitutiv für das Erfüllen der Flüchtlingseigenschaft und den Genuss der damit zusammenhängenden Rechte: Die Konvention geht von einem *materiellen Flüchtlingsbegriff* aus:²⁰ Erfüllt eine Person den Flüchtlingsbegriff von Art. 1A Ziff. 2 FK, genießt sie – ohne dass es einer formellen Anerkennung bedürfte – die Garantien der Konvention (u.U. mit zusätzlich verlangtem rechtmässigem Aufenthalt) und untersteht insbesondere dem Rückschiebungsschutz von Art. 33 FK. Dies ist namentlich dann von Bedeutung, wenn das Landesrecht die Flüchtlingseigenschaft enger umschreibt als in der Konvention definiert oder

¹⁵ Asylgesetz (AsylG) vom 26. Juni 1998, SR 142.31.

¹⁶ Das Gesetz von 1998 (AS 1999 2262) hat den Flüchtlingsbegriff von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 des Gesetzes von 1979 (AS 1980 1718) unverändert übernommen.

¹⁷ *Kälin*, Grundriss (Anm. 12), S. 28; *Werenfels* (Anm. 14), S. 60f.

¹⁸ Siehe ausführlicher unten Ziff. II.3.

¹⁹ Mit der Aufnahme des „unerträglichen psychischen Drucks“ in die Definition von Art. 3 AsylG etwa bezweckte der Gesetzgeber eine Erweiterung, um der Situation der Asylsuchenden aus dem früheren „Ostblock“, den kommunistischen Staaten in Osteuropa, Rechnung zu tragen, insbesondere für Personen, die sich in einer „regimebedingten inneren Zwangslage“ befanden. Nach heutiger restriktiverer Auslegung des Kriteriums geht die Schweizer Praxis nunmehr nicht weiter als vom völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriff vorgesehen (siehe *Kälin*, Grundriss (Anm. 12), S. 29, mit weiteren Hinweisen auf die Materialien); a.M. bezogen auf die Erweiterung des Flüchtlingsbegriffs *Werenfels* (Anm. 14), S. 61.

²⁰ Siehe etwa *Kälin*, Grundriss (Anm. 12), S. 30.

staatliche Organe den Begriff deutlich restriktiver interpretieren, als es eine völkerrechtskonforme Auslegung zulassen würde. Ebenfalls von Bedeutung ist der materielle Flüchtlingsbegriff für Fälle, in welchen das Landesrecht eine Asylgewährung ausschliesst, obwohl eine Person die Anforderungen von Art. 1A Ziff. 2 FK erfüllt (etwa in der Schweizer Gesetzgebung in Fällen von Asylunwürdigkeit, Art. 53 AsylG, ohne dass gleichzeitig die Voraussetzungen von Art. 1F FK erfüllt wären, oder beim Vorliegen von sog. subjektiven Nachfluchtgründen, Art. 54 AsylG).

1.3. Statusrechte

Auch wenn der Katalog der Rechte, welche die Konvention Flüchtlingen garantiert, auf die Flüchtlingssituation nach dem Zweiten Weltkrieg verweist, deren Bewältigung die Konvention regeln wollte, und verschiedene Bestimmungen heute kaum mehr von Bedeutung sind, enthält die FK immer noch einen Bestand an wichtigen Garantien.²¹

Einzelnen Garantien der FK kommt aufgrund der verfassungsrechtlichen Entwicklung in der Schweiz und den meisten modernen Verfassungsstaaten, welche den UNO-Pakt II über bürgerliche und politische Rechte oder die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)²² ratifiziert haben und beachten, aber kaum materielle Bedeutung zu (z.B. Art. 13, 14 und 16 FK, welche die Eigentumsгарantie, den Urheberrechtsschutz und den Zugang zu Gerichten regeln, oder; auch Art. 4 FK betreffend Freiheit der Religionsausübung, welcher nicht über Art. 15 BV hinausreicht), oder sie sind nur in Notstandssituationen anwendbar (Rationierungssysteme, Art. 20 FK), beziehen sich auf einen vergangenen historischen Kontext (Bestimmungen für Zwangsverschickte während des Zweiten Weltkrieges, Art. 10 FK) oder haben hierzulande wohl kaum je Anwendung gefunden (Geflüchtete Seeleute, Art. 11 FK).

In diesem Zusammenhang ist sicher die Tatsache von Bedeutung, dass sich seit der Verabschiedung der Flüchtlingskonvention im Jahre 1951 nicht nur die Menschenrechtsinstrumente mit einem umfassenden Katalog von den Individuen zukommenden Menschenrechten stark entwickelt haben, sondern sich auch das *Ausländerrecht in bedeutendem Masse* weiter ausgebildet hat und für sich rechtmässig im Inland aufhaltende Ausländerinnen und Ausländer zunehmend klar definierte Rechte und Rechtsansprüche durch die Gesetzgebung und auch die Gerichtspraxis entstanden und anerkannt sind. Die Ermessenstatbestände im Ausländerrecht wurden zurückgedrängt, und die Grundrechte (mit wenigen Ausnahmen²³, ohne hier die politischen Rechte einschliessen zu wollen) gelten (inzwischen unbestrittenermassen) für alle sich in der Schweiz aufhaltenden Personen.²⁴

²¹ Zu den Statusrechten der Flüchtlingskonvention statt vieler *Christine Ammann*, Die Rechte des Flüchtlings: Die materiellen Rechte im Lichte der travaux préparatoires zur Genfer Flüchtlingskonvention und die Asylgewährung, Baden-Baden 1994; *Hathaway* (Anm. 1), S. 154ff; die Kommentierungen der einzelnen Bestimmungen in *Zimmermann* (Hrsg.; Anm. 1).

²² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, SR 0.101.

²³ Namentlich die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 der Bundesverfassung vom 18. April 1999, BV, SR 101), das Verbot der Ausweisung und Auslieferung (Art. 25 Abs. 1 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV); siehe dazu *Regina Kiener/Walter Kälin/Judith Wyttenbach*, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 59.

²⁴ Dies war noch in den 80-er Jahren teilweise umstritten; siehe etwa *Rudolf Wertenschlag*, Grundrechte der Ausländer in der Schweiz, Eine Studie zu Entwicklung und Zustand der politischen Freiheit im Bundesstaat, Basel 1980; *Markus Hug*, Der Ausländer als Grundrechtsträger, Zürich 1990.

Daher stellt sich die Situation für Flüchtlinge, die nach der Asylgewährung eine ausländerrechtliche Bewilligung erhalten (eine Aufenthaltsbewilligung nach Art. 33 AIG²⁵ und – sofern die weiteren Voraussetzungen gegeben sind – nach 10 Jahren Aufenthalt eine Niederlassungsbewilligung nach Art. 34 AIG) und denen insofern die gleichen Rechte wie Ausländern im Allgemeinen zustehen, sofern die Flüchtlingskonvention nicht weitergehende Garantien verbrieft, ungleich besser dar, als dies zur Zeit der Ausarbeitung der Konvention der Fall war.

Die Statusrechte der Konvention, ohne auf diese hier in allen Einzelheiten eingehen zu können, garantieren Flüchtlingen mit «Aufenthalt» bzw. «rechtmässigem Aufenthalt»²⁶ einen Katalog von Ansprüchen, welche

- teils eine Inländergleichbehandlung (etwa Art. 4 FK, Religionsfreiheit; Art. 14 FK, Urheberrechte; Art. 16 FK, Zugang zu Gerichten und unentgeltliche Prozessführung; Art. 22 Ziff. 1 FK, öffentliche Erziehung in der Volksschule; Art. 23 FK, öffentliche Fürsorge; Art. 24 FK, Arbeitsrecht und soziale Sicherheit; Art. 25 FK, Verwaltungshilfe; Art. 29 FK, steuerliche Lasten),
- teils eine allgemeine Ausländergleichbehandlung (Art. 13 FK, Eigentumsrechte; Art. 15 FK, Vereinigungsfreiheit; Art. 17 bis 19 FK, Ausübung nicht-selbständiger und selbständiger Arbeit und freier Berufe; Art. 21 FK, Wohnungswesen; Art. 22 Ziff. 2 FK, nicht-obligatorische Schulen, Studium; Art. 26 FK, Freizügigkeit innerhalb des Staatsgebietes),
- teils eine Gleichbehandlung mit den meistbegünstigten Ausländern (Teile von Art. 24 FK, Arbeitsrecht und soziale Sicherheit) stipulieren.

Nicht zufällig steht im Übrigen am Anfang des Kataloges der Rechte der Flüchtlinge (Art. 2 FK) nicht ein Anspruch, sondern eine allgemeine *Verpflichtung*, wonach jeder Flüchtling «gegenüber dem Land, in dem er sich aufhält, Pflichten [hat], zu denen insbesondere die Verpflichtung gehört, sich den Gesetzen und Verordnungen sowie den Massnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu unterziehen».

Als Statusrechte mit einer *anhaltenden und aktuellen grossen Tragweite*, welche auch das Bundesgericht²⁷ beschäftigt haben, sind namentlich folgende zu erwähnen:

- Art. 17 FK mit dem Recht auf Zugang zu einer unselbständigen *Erwerbstätigkeit* nach der Regelung, welche für Ausländer in der Schweiz gilt, ist in Art. 61 Abs. 1 AsylG landesrechtlich umgesetzt, indem das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht nur für Flüchtlinge mit Asylgewährung, sondern auch für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge und für Flüchtlinge mit rechtskräftiger Landesverweisung gilt.
- Art. 23 FK mit der Garantie der Gleichbehandlung von Flüchtlingen mit Inländern (Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Inland) im Bereich der «öffentlichen Fürsorge» (*Sozialhilfe*²⁸ und «sonstige Hilfeleistungen») ist in der Schweiz explizit gesetzlich auch für anerkannte Flüchtlinge, gegenüber denen eine Landesverweisung ausgesprochen wurde, die

²⁵ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG) vom 16. Dezember 2005, SR 142.20.

²⁶ Siehe hierzu sehr detailliert *Hathaway* (Anm. 1), S. 154ff.

²⁷ Für die Bedeutung von Art. 12 (personenrechtliche Stellung) bei einem Konflikt mit anderen völkerrechtlichen Verträgen siehe BGE 130 III 410.

²⁸ Siehe hierzu etwa BGE 139 I 330, E. 3.1, betreffend den Familiennachzug im Falle drohender Sozialhilfeabhängigkeit: «Sozialhilferechtliche Probleme können ihm [dem anerkannten Flüchtling] persönlich flüchtlings- und asylrechtlich nicht entgegengehalten und seine ausländerrechtliche Anwesenheit darf nicht wegen solcher beendet werden; auf seine eigene finanzielle Situation kommt es somit nicht unmittelbar an (...). Nach Art. 23 FK ist ihm als

aber nicht vollzogen werden kann, verankert: Art. 86 Abs. 1bis AIG hält fest, dass nicht nur für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge, sondern auch für Flüchtlinge mit einer rechtskräftigen Landesverweisung bezüglich «Sozialhilfestandards» die gleichen Bestimmungen wie für Flüchtlinge gelten, denen die Schweiz Asyl gewährt hat.

- In Bezug auf Art. 24 FK mit dem *Recht auf soziale Sicherheit* mit Inländergleichbehandlung (umfassend u.a. Familienzulagen, Berufsversicherungen, Arbeitsunfähigkeit, Mutterschaftsversicherung, Arbeitslosenversicherung) hielt das Bundesgericht im Jahre 2008 fest,²⁹ ein vorläufig aufgenommener Flüchtling habe gestützt auf Art. 24 Ziff. 1 FK mit der Anerkennung als Flüchtling *Anspruch auf Familienzulagen* wie eine Person mit Schweizer Bürgerrecht; massgebender Zeitpunkt³⁰ sei dabei die Anerkennung als (vorläufig aufgenommener) Flüchtling durch die Behörden (E. 3 und 4). Im Weiteren urteilte das Bundesgericht³¹ im Falle eines anerkannten Flüchtlings, unter die in der *Vorbehaltsklausel* in Art. 24 Ziff. 1 lit. b/ii. FK erwähnten «Zuwendungen» liessen sich auch Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung subsumieren. Art. 2 des Bundesbeschlusses über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und Staatenlosen in der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (FlüB)³², welcher den Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen bei anerkannten Flüchtlingen an strengere versicherungsmässige Voraussetzungen knüpft als bei Einheimischen, verletze daher das in Art. 24 Ziff. 1 Satz 1 FK statuierte Prinzip der Gleichbehandlung nicht (E. 5). Weiter betonte das Bundesgericht in einem anderen Urteil, Art. 24 Ziff. 1 lit. b FK und damit auch Art. 2 Abs. 2 FlüB (Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung) seien auch auf vorläufig aufgenommene Flüchtlinge anwendbar.³³ In einem neueren Entscheid³⁴ hielt das Bundesgericht in Anwendung von Art. 24 FK fest, anerkannte Flüchtlinge, die eine IV-Rente beziehen, hätten grundsätzlich auch Anspruch auf Kinderrenten für Kinder, die nicht in der Schweiz leben. Die Konvention räume Flüchtlingen diesbezüglich die gleichen Rechte ein wie Schweizer Bürgern. Die anderslautende Bestimmung in Art. 1 FlüB komme daher nicht zur Anwendung, da auch keine Hinweise bestünden, dass der Gesetzgeber damit bewusst von der Flüchtlingskonvention habe abweichen wollen.
- Art. 26 FK garantiert ein *Recht auf Freizügigkeit* (innerstaatliche Niederlassungsfreiheit) nach dem Prinzip der Gleichbehandlung mit Ausländern. Gemäss Ausländergesetzgebung haben Aufenthalter und Niedergelassene in der Schweiz nach Art. 37 AIG einen Anspruch auf den Kantonswechsel, wenn keine Widerrufsgründe vorliegen und – bei Aufenthaltern zusätzlich – sie nicht arbeitslos sind. Aufgrund der im Vergleich zur älteren Gesetzgebung (das ANAG³⁵ kannte bei Aufenthaltern keinen Anspruch auf Kantonswechsel) hat Art. 26 FK nicht mehr die gleiche Bedeutung wie vor Inkrafttreten des AuG (heute AIG) im Jahr 2008.³⁶

anerkanntem Flüchtling ohne ausländerrechtliche Folgen vielmehr 'die gleiche Fürsorge und öffentliche Unterstützung wie den Einheimischen' geschuldet».

²⁹ BGE 135 V 94

³⁰ Siehe zum massgebenden Zeitpunkt auch BGE 136 V 33, Regeste a, mit E.4.3.1. und 4.3.2.

³¹ BGE 136 V 33, Regeste b, E. 5.

³² Vom 4.10.1962, SR 831.131.11.

³³ BGE 139 II 1.

³⁴ BGer 9C_460/2018, Urteil vom 21.1.2020.

³⁵ Das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), in Kraft bis zum 31.12.2007, AS 49 279.

³⁶ Siehe noch u.a. BGE 123 II 145 E. 2c; BGE 116 Ib 1, E. 1c.

- Schliesslich garantieren Art. 27 FK (Personalausweis) und Art. 28 FK (Reiseausweis) Flüchtlingen das Recht auf *Ausweise und Reisepapiere*, mit welchen Flüchtlingen Reisen ausserhalb des Staatsgebietes ermöglicht werden sollen.³⁷ Ohne diese Garantien wäre es Flüchtlingen kaum möglich, überhaupt Reisen ausserhalb des Asylstaates zu unternehmen.³⁸

Wenig Bedeutung in der landesrechtlichen Umsetzung hat Art. 34 FK erhalten, der *Einbürgerungserleichterungen* für Flüchtlinge vorsieht. Die Bestimmung verlangt, dass «soweit als möglich» die Einbürgerung der Flüchtlinge erleichtert wird, indem sich die Staaten insbesondere darum bemühen, das Einbürgerungsverfahren zu beschleunigen und die Kosten des Verfahrens nach Möglichkeit herabzusetzen. Die schweizerische Bürgerrechtsgesetzgebung nimmt keinerlei Bezug auf diese Bestimmung und sieht weder die Beschleunigung des Verfahrens noch tiefere Gebühren vor. Das Handbuch Bürgerrecht des SEM sah, in der heute nicht mehr aktuellen Fassung³⁹ (vor der Anpassung an das neue Bürgerrechtsgesetz), vor, bei der Beurteilung der Integration sei in jedem Fall eine Gesamtbeurteilung der Integrationssituation vorzunehmen, unter Berücksichtigung der individuellen Situation der Bewerber und Bewerberinnen. Dabei seien auch Faktoren wie Alter, Bildung, Behinderungen etc. zu berücksichtigen: «Namentlich bei anerkannten Flüchtlingen sind geringere Anforderungen, etwa an die Sprachkenntnisse, zu stellen. Dies lässt sich gestützt auf Art. 34 der Genfer Flüchtlingskonvention begründen, der von den Vertragsstaaten fordert, dass sie soweit wie möglich die Einbürgerung von Flüchtlingen erleichtern».

In der aktuellen Fassung fehlen entsprechende Ausführungen. Indessen misst das Bundesgericht Art. 34 FK durchaus eine Bedeutung zu, indem es ausführt, die Verpflichtung der Vertragsstaaten der Flüchtlingskonvention, im Sinne von Art. 34 FK die Einbürgerung von Flüchtlingen soweit als möglich zu erleichtern, sei rechtlich verbindlicher Natur. Gleichzeitig verweist es aber auf den grossen Spielraum der Vertragsstaaten bei der Umsetzung.⁴⁰ In einer Entscheidung aus dem Jahr 2018⁴¹ hielt das Gericht fest, es sei davon auszugehen, dass ein Flüchtling gestützt auf Art. 34 FK zwar keinen individualrechtlichen Anspruch auf Einbürgerung habe. Das schliesse jedoch nicht aus, der Bestimmung in dem Sinne *Massgeblichkeit zuzuerkennen, dass sie bei der Prüfung der Einbürgerungsvoraussetzungen im Einzelfall als Auslegungs- und Beurteilungshilfe beizuziehen* sei. Dies müsse umso mehr gelten, als das geschriebene Landesrecht weder auf Ebene des Bundes noch des Kantons spezifische Erleichterungen für Flüchtlinge kenne. Flüchtlinge könnten grundsätzlich auf Dauer nicht in ihren Heimatstaat zurückkehren, es sei denn, die dortigen Verhältnisse änderten sich so, dass die Flüchtlingseigenschaft dahinfalle, was aber erfahrungsgemäss eher selten zutrefte. Überdies seien sie trotz der Ausstellung von Flüchtlings-

³⁷ Nach Art. 59c AsylG wird Flüchtlingen künftig explizit in einer Gesetzesbestimmung die Reise in den Heimat- oder Herkunftsstaat untersagt. Besteht dabei der „begründete Verdacht“, dass dieses Reiseverbot missachtet werden soll, so kann das SEM für alle Flüchtlinge aus dem betreffenden Heimat- oder Herkunftsstaat ein Reiseverbot für weitere Staaten vorsehen, insbesondere für Nachbarstaaten des Heimat- oder Herkunftsstaats. Ausnahmen aus wichtigen Gründen bleiben laut Abs. 2 möglich.

³⁸ Hier zeigt sich ein markanter Unterschied zur Rechtslage, auch de lege ferenda, zu vorläufig aufgenommenen Ausländern, deren Reisemöglichkeiten stark eingeschränkt sind (siehe auch die Gesetzesvorlage, die im Entwurf bis Ende November 2019 in Vernehmlassung war und die Reisetätigkeit von vorläufig Aufgenommen stärker einschränken möchte: https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3075/AIG-Reisen-ins-Ausland_Entwurf_de.pdf; Seite zuletzt besucht am 10.02.2020).

³⁹ Für Gesuche bis zum 31.12.2017; <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/buergerrecht/hb-bueg-kap4-d.pdf> (Ziff. 4.7.2.1)

⁴⁰ BGE 1D_3/2014 vom 11.3.2015 E. 4; bestätigt mit 1D_7/2019 vom 18.12.2019, E. 3.5.1.

⁴¹ BGE 1D_7/2017 vom 13.7.2018, E. 4.

papieren in ihren Mobilitätsmöglichkeiten beschränkt. Sie hätten daher ein besonderes Interesse an der Verleihung des Staatsbürgerrechts bzw. des Schweizer Passes. Das gelte es im Einzelfall zu berücksichtigen, auch wenn es gestützt darauf kein Recht auf Einbürgerung gebe.

Ebenso ist Art. 29 FK (Gleichbehandlung mit schweizerischen Staatsangehörigen bei steuerlichen Lasten) nicht vollständig umgesetzt, indem Flüchtlinge mit B-Bewilligung der Quellensteuerpflicht unterliegen, dies im Unterschied zu der einheimischen Wohnbevölkerung, für die ein Veranlagungsverfahren gilt.⁴²

Schliesslich ist zu erwähnen, dass das Asylgesetz – ohne dass dies von der Flüchtlingskonvention verlangt wäre – Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde, Zugang zu den eidgenössischen Medizinalprüfungen einräumt (Art. 62 AsylG).

1.4. Rückschiebungs- und Ausweisungsschutz; Verbot der Bestrafung wegen illegaler Einreise

Von überragender Bedeutung sind die Schutzbestimmungen der Flüchtlingskonvention gegen eine Rückschiebung in den Verfolgerstaat in Art. 33 FK⁴³, welcher im Rahmen der Nachführung der Verfassung mit Art. 25 Abs. 2 BV in das Landesrecht inkorporiert wurde und nach Auffassung der Schweiz zwingendes Völkerrecht darstellt.⁴⁴

Der in Art. 32 FK verankerte Schutz vor Ausweisung, wonach die vertragschliessenden Staaten einen Flüchtling, der sich rechtmässig im Staatsgebiet befindet, nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ausweisen dürfen, ist im europäischen Kontext von untergeordneter Bedeutung, da dessen Anwendung voraussetzen würde, dass überhaupt ein Drittstaat, welcher nicht der Verfolgerstaat sein darf oder bei dem nicht die Gefahr einer Rückschiebung in den Verfolgerstaat droht, gefunden werden kann, in welchen die betroffene Person ausgewiesen werden könnte.⁴⁵

Das Verbot der Bestrafung wegen illegaler Einreise und illegalen Aufenthaltes, bei unmittelbarer Einreise aus dem Verfolgerstaat und unverzüglicher Meldung bei den Behörden (Art. 31 Ziff. 1 FK) ist hingegen nach wie vor aktuell und schützt Flüchtlinge vor Strafverfolgung bei illegaler Einreise, falls die Bedingungen (unmittelbare Einreise und unverzügliche Meldung) erfüllt sind.⁴⁶

⁴² Siehe Art. 32 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG) vom 14.12.1990, SR 642.14.

⁴³ Siehe hierzu ausführlicher unten Ziff. III.3.

⁴⁴ Siehe die Hinweise bei *Alberto Achermann*, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 2015, BSK BV, Art. 25 N 30.

⁴⁵ Siehe hierzu *Ulrike Davy*, Article 32, in: Zimmermann (Anm. 1); *Andrea Egbuna-Joss*, Der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Rahmen der internationalen Schutzgewährung, Berlin/Bern 2016, S. 30f; *Kälin*, Non-Refoulement (Anm. 5), S. 100ff.

⁴⁶ Siehe hierzu u.a. BGE 135 IV 1 (für den sehr speziellen Fall einer Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund subjektiver Nachfluchtgründe in einen zweiten Asylverfahren nach vorher unrechtmässigem Aufenthalt); BGE 132 IV 29 E. 3.3., wonach das Landesrecht im Lichte des Art. 31 Ziff. 1 FK auszulegen sei. So verlange der Tatbestand der „unmittelbaren Einreise“, dass die Person zielstrebig, ohne wesentliche Verzögerung in die Schweiz gelangt, und zwar unabhängig davon, ob sie Drittstaaten durchquert hat, in denen sie nicht im Sinne des Flüchtlingsabkommens bedroht wird.

2. „Lücken“ in der Flüchtlingskonvention

2.1. Die Flüchtlingskonvention als Kind ihrer Zeit

Die Konvention ist ein völkerrechtliches Instrument, das nachweislich in erster Linie die Probleme, welche sich aus der dramatischen Flüchtlingssituation in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg ergeben hatten, regeln wollte. In Bezug auf die aus dem Jahr 1951 stammende Konvention ist daher immer auch diese historische Dimension zu berücksichtigen. Diese zeigt sich in verschiedenen Bestimmungen, welche auf den Zweiten Weltkrieg Bezug nehmen,⁴⁷ namentlich auch in der Begrenzung von Verfolgung auf *Handlungen in Europa*, worauf die Geltung der Konvention von den Vertragsstaaten bei der Unterzeichnung oder Ratifikation mittels Erklärung eingegrenzt werden konnte, und auf die zeitliche Begrenzung auf *Ereignisse vor dem 1. Januar 1951*.

Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass die Flüchtlingskonvention vor den UNO-Menschenrechtsverträgen (namentlich den beiden UNO-Pakten über wirtschaftlich, soziale und kulturelle Rechte⁴⁸ und über bürgerliche und politische Rechte⁴⁹, beide von 1966) und etwa gleichzeitig mit der EMRK abgeschlossen wurde, wobei die europäische regionale Menschenrechtskonvention in vielen Belangen anderen regionalen Konventionen voranging. Die Genfer Flüchtlingskonvention enthält Strukturelemente der Niederlassungsverträge des 19. Jahrhunderts, welche bilateral abgeschlossen wurden, um die eigenen Staatsbürger im Ausland vor Nachteilen zu schützen, und auf Reziprozität beruhten. Nur der diplomatische Schutz, der bei Flüchtlingen nicht vom Heimatstaat ausgeübt werden kann, ging an das Amt des Hochkommissars für Flüchtlinge⁵⁰ und an den Asylstaat⁵¹ über.

Vor diesem Hintergrund vermag es nicht zu erstaunen, dass die Konvention gegenüber neueren Menschenrechtsabkommen als veraltet erscheint, so etwa was die Aufzählung der Verfolgungsmotive im Vergleich zu den menschenrechtlichen⁵² oder verfassungsrechtlichen⁵³ Anknüpfungspunkten für Diskriminierungen betrifft. Die Verfolgungsmotive der Flüchtlingskonvention beschränken sich auf Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe und politische Überzeugungen. So fehlen u.a. das Geschlecht, das Alter oder Behinderungen als explizite Verfolgungsmotive. Mittels zeitgemässer Auslegung ist es der Praxis der Staaten indessen gelungen, diese Lücken zu schliessen, indem namentlich die «Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe» als Auffangtatbestand für zahlreiche Konstellationen ausgelegt wurde.⁵⁴

⁴⁷ Siehe oben Ziff. II.1.3.

⁴⁸ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1.

⁴⁹ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 1.103.2.

⁵⁰ Art. 35 FK mit der Pflicht der Staaten zur Zusammenarbeit mit UNHCR bei der Ausübung seiner Befugnisse, i.V. mit dem UNHCR-Statut (Anm. 7); ausführlich *Türk* (Anm. 9), S. 144ff; *Walter Kälin*, Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and beyond, in: Erika Feller/Volker Türk/Frances Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003, S. 613ff.

⁵¹ *Michael Reiterer*, *The Protection of Refugees by Their State of Asylum*, Wien 1984.

⁵² Etwa Art. 26 UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte: Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politische oder sonstige Anschauungen, nationale oder soziale Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstiger Status.

⁵³ Siehe z.B. Art. 8 BV: Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung, körperliche, geistige oder psychische Behinderung.

⁵⁴ *Kälin*, Grundriss (Anm. 12), S., 95. Zur Bedeutung im Zusammenhang mit geschlechtsspezifischer Verfolgung siehe u.a. *Alberto Achermann/Constantin Hruschka* (Hrsg.), *Geschlechtsspezifische Verfolgung*, Bern 2012, mit einem Beitrag von *Liselotte Barzé*, *La pratique de l'Office fédéral des migrations (ODM) en matière de persécutions liées au genre*, S. 67ff.

Neben den geographischen und zeitlichen Limiten des Flüchtlingsbegriffes, die mit dem Protokoll von 1967 weitgehend geschlossen werden konnten,⁵⁵ wurden bereits früh, einige Jahre nach Inkrafttreten der Konvention im Jahre 1954, verschiedene Lücken konstatiert und Bestrebungen auf internationaler Ebene eingeleitet, um diese mittels einer neuen Konvention über territoriales Asyl zu schliessen.⁵⁶ Die im Entwurf vorliegende Konvention über territoriales Asyl scheiterte aber anlässlich einer UNO-Konferenz in Genf im Jahre 1977 am Dissens zwischen den Staaten; sie hätte u.a. eine Verpflichtung der Staaten zur Asylgewährung unter bestimmten Voraussetzungen (nicht als einklagbares Recht der Flüchtlinge ausgestaltet) und auf Familienzusammenführung beinhaltet.⁵⁷

Im Folgenden soll auf einige der *Lücken der Konvention* (nicht auf allgemeine politische Kritikpunkte⁵⁸), die bereits früh erkannt und auch heute noch diskutiert werden, eingegangen werden.

2.2. Fehlende Verpflichtung zur Asylgewährung

Auch wenn die Allgemeine Menschenrechtserklärung von 1948 in Art. 14 Abs. 1 festhält, dass jeder Mensch das Recht hat, in anderen Ländern vor Verfolgungen Asyl zu suchen und zu geniessen, wurde diese Bestimmung nicht als Individualrecht ausgestaltet.⁵⁹ Das gleiche gilt für die Flüchtlingskonvention, die – wie auch der Postulant richtigerweise festhält – kein Recht auf Asyl gewährt, sondern nur das Recht im Asyl normiert. Die Flüchtlingskonvention enthält lediglich in der Schlussakte, Teil D, eine *Empfehlung* an die Regierungen «weiterhin Flüchtlinge auf ihrem Staatsgebiet aufzunehmen (...), so dass diesen Flüchtlingen Asyl gewährt wird und die Möglichkeit, sich neu anzusiedeln, gegeben wird». Auch dies verdeutlicht, dass die Konvention kein Recht auf Asyl verankert.

Völkerrechtlich besteht also kein Rechtsanspruch von Individuen auf Asylgewährung, was bedeutet, dass auch Vertragsstaaten der Konvention nicht gehalten sind, Flüchtlingen, auch wenn sie offensichtlich als solche zu anerkennen wären, Asyl zu gewähren. Der Staat kann vielmehr erklären, dass er kein Asyl gewährt, zu Lasten anderer Staaten, die sich aus innerstaatlicher Verpflichtung oder aus humanitären Gründen gezwungen sehen, Asyl zu gewähren.

Auf europäischer Ebene hat sich dieses Spannungsverhältnis indessen weitgehend aufgelöst, da einerseits die Grundrechtecharta der EU⁶⁰ in Art. 18 festhält, dass das *Recht auf Asyl* «nach Massgabe des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 und des Protokolls vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie nach Massgabe des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (...) gewährleistet

⁵⁵ Die zeitliche Begrenzung auf Ereignisse vor 1951 wurde für die Vertragsstaaten des Protokolls von 1967 gänzlich aufgehoben, und nur noch sehr wenige Staaten wenden den Flüchtlingsbegriff auf Flüchtlinge nur aus Europa an, namentlich die Türkei, der Kongo, Madagaskar und Monaco (<https://www.unhcr.org/5d9ed32b4>; zuletzt besucht am 10.2.2020).

⁵⁶ Siehe hierzu *Atle Grahl-Madsen*, *Territorial Asylum*, London u.a. 1980, S. 8ff.

⁵⁷ *Grahl-Madsen* (Anm. 56), S. 61ff. mit Text des Entwurfes auf S. 209ff.

⁵⁸ Siehe hierzu unten Ziff. IV.

⁵⁹ *Kälin*, *Grundriss* (Anm. 12) S. 3, mit weiteren Hinweisen.

⁶⁰ Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000, ABl. C 303 S. 1ff.

wird». Auch wenn umstritten ist, ob damit ein europarechtlicher individualisierter Rechtsanspruch statuiert wird,⁶¹ ist dies nur von zweitrangiger Bedeutung, da sowohl die Dublin-III-VO⁶² (auch für die Schweiz) bei gegebener Zuständigkeit eine Verpflichtung zur Prüfung eines Asylgesuches und zur Gewährung von Asyl – sofern die Voraussetzungen gegeben sind – statuiert (Art. 16), als auch (für die EU-Staaten) die Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU in Art. 13 i.V. mit Art. 24 Abs. 1 eine entsprechende Verpflichtung enthält.

Die Schweizer Gesetzgebung verankert seit Inkrafttreten des ersten Asylgesetzes von 1979 im Jahre 1981 eine staatliche Selbstverpflichtung zur Asylgewährung, wenn eine Person die Flüchtlingseigenschaft erfüllt und keine Ausschlussgründe vorliegen (Art. 49 AsylG). Grundsätzlich erklärt Art. 2 Abs. 1 AsylG: «Die Schweiz gewährt Flüchtlingen auf Gesuch hin Asyl». Laut Abs. 2 derselben Bestimmung umfasst Asyl den Schutz und die Rechtsstellung, die Personen aufgrund ihrer Flüchtlingseigenschaft in der Schweiz gewährt werden, eingeschlossen das *Recht auf Anwesenheit*.

2.3. Schwache Kooperationsverpflichtungen und fehlender Lastenausgleich

Die Konvention enthält wenige Bestimmungen zur Kooperation oder Regelungen für die Lösung von Problemen zwischen den Staaten. Dieser Mangel und die Gefahren, die sich daraus ergeben könnten, wurden indessen bereits bei der Ausarbeitung der Konvention erkannt, indem in der Präambel, Ziffer 4, ausgeführt wird:

«in der Erwägung, dass sich aus der Asylgewährung für einzelne Länder eine ausserordentlich schwere Belastung ergeben kann und dass eine befriedigende Lösung des Problems, dessen Tragweite und internationale Bedeutung die Organisation der Vereinten Nationen anerkannt hat, ohne internationale Zusammenarbeit nicht erreicht werden kann»;

während Ziff. 5 der Präambel der Hoffnung Ausdruck gibt,

«dass alle Staaten mit Rücksicht auf den sozialen und humanitären Charakter des Flüchtlingsproblems alles in ihrer Macht Liegende tun werden, um zu verhindern, dass dieses Problem zu Spannungen zwischen den Staaten führt».

Nur wenige Bestimmungen der Konvention sprechen indessen die zwischenstaatliche oder internationale Kooperation an. An erster Stelle ist Art. 35 GFK (und der gleichlautende Artikel II des Protokolls von 1967 in Bezug auf die Rechte dieses Protokolls) zu erwähnen, wonach sich die vertragsschliessenden Staaten zur Zusammenarbeit mit dem Amt des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge verpflichten «bei der Ausübung seiner Befugnisse, insbesondere zur Erleichterung seiner Aufgabe, die Durchführung der Bestimmungen dieses Abkommens zu überwachen». Ebenso (wenn auch mangels Praxis nur theoretische) Bedeutung

⁶¹ Kay Hailbronner/Daniel Thym, Legal Framework for EU Asylum Policy, in: Hailbronner/Thym, Commentary (Anm. 14), S. 1053, Rz 63.

⁶² Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), ABl. L 180/31 vom 29.6.2013.

hat in diesem Zusammenhang die Unterwerfung bei Streitfällen zwischen den Parteien unter die Jurisdiktion des Internationalen Gerichtshofes (Art. 38 FK).

Auswirkungen auf die Beziehungen zwischen den Vertragsstaaten haben zudem die Bestimmungen von Art. 28 FK (mit der Pflicht zur Anerkennung von Reiseausweisen), die Verwaltungshilfe, die bei Bedarf der Mitwirkung ausländischer Behörden bedarf (Art. 25 FK), die Regeln zur Überführung von Vermögenswerten (Art. 30 FK) oder der Übergang der Verantwortung für die Ausstellung von Ausweisen (Anhang zur FK, Paragraph 11).

Angesichts der heute faktischen und rechtlichen Verpflichtung der Staaten zur Asylgewährung im Rahmen des europäischen Asylsystems und des Dublin-Zuständigkeitssystems⁶³ können fehlende zwischenstaatliche Kooperations- und namentlich Lastenteilungsmechanismen zu einer grossen Belastung für einzelne Asylstaaten werden und dadurch auch für das zwischenstaatliche Verhältnis, oder gar zu Spannungen in einer ganzen Region führen, wie dies die «Flüchtlingskrise» der Jahre 2015/2016 gezeigt hat.⁶⁴

Der fehlende Lastenteilungsmechanismus wurde im Übrigen bereits früh konstatiert und Vorschläge für eine zahlenmässige Verteilung existieren seit Jahrzehnten.⁶⁵ Im Jahr 1980 schlug etwa GRAHL-MADSEN in Hinblick auf ein Protokoll (zur Flüchtlingskonvention) über territoriales Asyl einen Artikel (6) zur Internationalen Zusammenarbeit vor:⁶⁶

«when, in the case of a sudden or mass influx of refugees (...) a State notifies other Contracting States, directly or through the competent organs of the UN (...) that it experiences difficulties in granting or continuing to grant the benefits of the present protocol, the other Contracting States will take measures as they deem appropriate, individually or jointly, in order to share equitably the burdens of that State».

Die aktuellen Diskussionen auf Europäischer Ebene zeigen indessen, wie schwierig eine Lösung bereits auf dieser regionalen Ebene ist; umso schwieriger dürfte eine Einigung im Rahmen einer Ergänzung der Flüchtlingskonvention auf globaler Ebene werden.

⁶³ Siehe oben Ziff. II.2.2.

⁶⁴ Vgl. auch *Alberto Achermann*, „Flüchtlingskrisen“: Ein Essay, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016*, Bern 2016, S. 59ff.

⁶⁵ Siehe die Hinweise bei *Alberto Achermann*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit fluchtverursachender Staaten, Baden-Baden 1997, S. 49; *Grahl-Madsen* (Anm. 56); aus neuerer Zeit zum Thema Burden-Sharing etwa *Joachim Stern*, Zulassung und Zulässigkeit, in: Franz Merli/Magdalena Pöschl (Hrsg.), *Das Asylrecht als Experimentierfeld*, Wien 2017, S. 99 ff., 121 ff.; *Sarah Progin-Theuerkauf*, Das Dublin-System zwischen Solidarität und Rechten Einzelner, in: Stephan Breitenmoser/Otto Lagodny/Peter Uebersax, *Schengen und Dublin in der Praxis, Aktuelle Herausforderungen*, Zürich/St. Gallen 2018, S. 339 ff., 351 ff.; *Jürgen Bast*, Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.), *Solidarität als Europäisches Rechtsprinzip?* Baden-Baden 2014, S. 19 ff., 23 ff.; *Philippe de Bruycker/Evangelina (Lilian) Tsourdi*, Building the Common European Asylum System beyond Legislative Harmonisation: Practical Cooperation, Solidarity and External Dimension, in: Vincent Chetail/Philippe De Bruycker/Francesco Maiani (Hrsg.), *Reforming the Common European Asylum System*, Leiden 2016, S. 473ff. *Grahl-Madsen* (Anm. 56), S.78ff, 216ff, Anhang AAA, skizzierte ebenfalls, teilweise in Zusammenarbeit mit anderen Experten, bereits Ende der 70-er Jahre verschiedene Verteilpläne mit Aufnahmequoten.

⁶⁶ *Grahl-Madsen* (Anm. 56).

2.4. Fehlende Verfahrensgarantien

Die Konvention enthält keine Verfahrensbestimmungen, was vor dem Hintergrund der Tatsache, dass Asylverfahren wegen Beweisschwierigkeiten, Sprachproblemen und zeitlicher Dringlichkeit eine grosse Komplexität aufweisen und die Regeln betreffend Sachverhaltsfeststellung und Beweisrecht eine sehr grosse Bedeutung haben, als Mangel oder Lücke betrachtet werden kann. Das Handbuch des UNHCR «über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlings-eigenschaft» aus dem Jahr 1979, welches als Auslegungshilfe auf Ersuchen des Exekutivkomitees für das Programm des UNHCR ausgearbeitet worden ist, um u.a. diese Lücke zu schliessen, und welches über eine hohe Autorität verfügt,⁶⁷ weist in seinem Teil II⁶⁸ darauf hin, dass es jedem Vertragsstaat überlassen bleibe, das Verfahren, das er aufgrund seiner besonderen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Strukturen für angemessen hält, anzuwenden, enthält aber gewisse Mindestgrundsätze für die Tatbestandsaufnahme und die Beweiswürdigung, und im Weiteren Empfehlungen für den Umgang mit besonders vulnerablen Gruppen («geistig gestörte Personen» und «unbegleitete Minderjährige»).

Auf europäischer Ebene hat die Europäische Union im Rahmen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) Verfahrensregeln erlassen: Die (überarbeitete) Verfahrensrichtlinie⁶⁹ enthält von den Mitgliedstaaten anzuwendende Verfahrensgarantien, wobei den Mitgliedstaaten ein gewisser Gestaltungsspielraum eingeräumt wird. Die Verfahrensrichtlinie ist für die Schweiz, ebensowenig wie die anderen Richtlinien der EU im Rahmen des GEAS, als solche nicht verbindlich;⁷⁰ allerdings sind die EU-Rechtsakte im Rahmen des GEAS dennoch von grosser Bedeutung auch für die Schweiz, da sie als Teil des Dublin-Raums ein Interesse an gemeinsamen Regeln hat und die Richtlinien daher auch im Rahmen von Gesetzgebungsarbeiten beachtet werden. In diesem Sinn äusserte sich auch der Bundesrat in der Botschaft zur Revision des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010:⁷¹

„Im aktuellen Entwurf vom 3. Dezember 2008 der neuen Dublin-Verordnung verweisen gewisse Bestimmungen auf die vier oben erwähnten Richtlinien (...). Obwohl die Verweise auf die oben erwähnten Richtlinien für die Schweiz rechtlich nicht verbindlich sind, soll grundsätzlich ein unnötiges Abweichen von den EU-Mindeststandards vermieden werden. Das Dublin-System kann nur dann funktionieren und Binnenwanderungen effizient vorbeugen, wenn die Standards im Asylwesen nicht zu stark voneinander abweichen.“

Im Gegensatz zum Bundesrat geht das Bundesgericht aber davon aus, dass diejenigen Bestimmungen der EU-Richtlinien, auf welche die Dublin-III-VO explizit verweist, aufgrund dieser Verweisung für die Schweiz durchaus rechtlich verbindlich sind,⁷² was in Anbetracht der mit einem

⁶⁷ Siehe *Kälin*, Grundriss (Anm. 12), S. 18.

⁶⁸ UNHCR, Handbuch (Anm. 1), S. 55ff.

⁶⁹ Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABl. L 180 vom 29.6.2013, S. 96–116; die RL 2013/32 ersetzte die Richtlinie 2005/85/EG; siehe dazu *Sarah Progin-Theuerkauf/Andrea Egbuna-Joss*, Europäisches Asylrecht, Bern 2019, S. 86, mit Darstellung des Inhaltes der Richtlinie S. 87ff.

⁷⁰ *Progin-Theuerkauf/Egbuna-Joss* (Anm. 69), S. 186

⁷¹ BBl 2010 4524.

⁷² BGE 143 II 361 E. 3.3. „Durch den in Art. 28 Abs. 4 Dublin-III-VO enthaltenen Verweis wird die Regelung, auf welche verwiesen wird (Art. 9, Art. 10, Art. 11 der Richtlinie 2013/33/EU), durch Inkorporation Teil der Dublin-Verordnung und ist als solche als Teil des *acquis* auch im Verhältnis zur Schweiz anwendbar (...).“

solchen Verweis einhergehenden «Integration» der fraglichen Bestimmungen anderer Rechtsakte in jeder Beziehung überzeugt.

2.5. Fehlende Garantien für den Einbezug von Familienmitgliedern und für den Familiennachzug

Die Konvention enthält keinerlei Garantien für den Einbezug der Familienmitglieder in die Flüchtlingseigenschaft und auch keine Regeln bezüglich des Familiennachzugs. Bei der Ausarbeitung der Konvention konnten sich die Staaten nur auf eine Empfehlung in der Schlussakte (Empfehlung B) zur Flüchtlingskonvention einigen, welche die Staaten aufruft, «(...) sicherzustellen, dass die Einheit der Familie des Flüchtlings aufrechterhalten wird, besonders in Fällen, in denen der Familienvorstand die für die Aufnahme in einem bestimmten Land erforderlichen Voraussetzungen erfüllt».

Das Handbuch des UNHCR über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft⁷³ gibt den Vertragsstaaten detaillierte Empfehlungen zur Achtung des Grundsatzes der Familieneinheit, sowohl betreffend Einschluss in die Flüchtlingseigenschaft als auch für den Familiennachzug, wenn die Familie durch die Flucht getrennt wurde.

Die schweizerische Gesetzgebung ist diesen Empfehlungen nicht durchwegs gefolgt: Zwar sieht Art. 51 Abs. 1 AsylG den Einbezug von Ehegatten von Flüchtlingen und minderjährigen Kindern in die Flüchtlingseigenschaft bzw. gegebenenfalls in das Asyl vor, wenn keine besonderen Umstände dagegensprechen. Ebenfalls garantiert Art. 51 Abs. 4 AsylG den Familiennachzug, wenn die Familie durch die Flucht getrennt wurde und sich noch im Ausland befindet; die Einreise ist in diesem Fall auf Gesuch hin zu bewilligen. Hingegen gilt bei vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen (bspw. bei einem Asylausschluss wegen subjektiver Nachfluchtgründe, Art. 54 AsylG) betreffend Familiennachzug die gleiche Regelung wie bei vorläufig aufgenommenen Ausländern: Sie können ihre Familie frühestens nach drei Jahren und nur dann nachziehen, wenn eine Reihe weiterer Voraussetzungen erfüllt sind, namentlich wenn die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist (Art. 85 Abs. 7 AIG).⁷⁴

Das EU-Recht respektiert den Grundsatz der Familieneinheit weitgehend, sei dies im Rahmen der Dublin-Zuständigkeitsregeln⁷⁵, sei dies durch Regeln für die «Wahrung des Familienverbandes» bei Personen, die internationalen Schutz erhalten haben, gestützt auf Art. 23 der Richtlinie 2011/95/EU (Qualifikationsrichtlinie).

⁷³ UNHCR-Handbuch (Anm. 1); siehe hierzu auch vorstehend Ziff. II.2.4.

⁷⁴ Siehe hierzu die Studie von *Stephanie A. Motz*, Familiennachzug für Flüchtlinge in der Schweiz. Rechtsrahmen und strategische Überlegungen, hrsg. vom Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants (CSDM), Genf 2017.

⁷⁵ Siehe ausführlicher unten Ziff. III.4.1.

2.6. Fazit und weitere im Postulat angesprochene Lücken

Auch wenn die Konvention über verschiedene Lücken verfügt, zeigt eine Bestandesaufnahme der aktuellen Rechtslage in Europa, dass viele dieser Lücken im Rahmen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems bzw. der gesetzgeberischen Entwicklungen in den moderneren Asylstaaten, darunter auch der Schweiz, geschlossen werden konnten.

Die grösste Lücke besteht heute bei mangelnden Kooperationsmechanismen mit einer gewissen Verbindlichkeit. Namentlich fehlen Instrumente zur besseren Verteilung der Lasten bzw. der Verantwortung für Flüchtlinge. Eine weitere Lücke stellt die bis heute fehlende Garantie der Familienvereinigung dar, welche in der Schweiz zur Konsequenz hat, dass vorläufig aufgenommene Flüchtlinge keinen Anspruch auf Familiennachzug haben, dieser vielmehr einer Wartefrist von drei Jahren und dem Erfüllen weiterer Voraussetzungen unterliegt.

Auf allfällige weitere Lücken (bspw. Missbrauchsbekämpfung oder Sekundärmigration) bzw. auf die Frage, inwiefern der Flüchtlingsbegriff der Konvention teilweise veraltet ist, soll unter Ziff. III und Ziff. IV bei der Beurteilung der im Postulat aufgeworfenen Kritikpunkte und im Rahmen der Gesamtwürdigung eingegangen werden.

3. Die Auslegung der Flüchtlingskonvention unter Berücksichtigung der Staatenpraxis

Als völkerrechtlicher Vertrag ist die Flüchtlingskonvention nach anerkannten völkerrechtlichen Grundsätzen zu interpretieren,⁷⁶ welche in Art. 31 bis 33 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)⁷⁷ kodifiziert sind. Nach Art. 31 Abs. 1 WVK ist ein Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Auszugehen ist also vom Wortlaut des Vertrages, den es zu ermitteln gilt; zu berücksichtigen sind dabei der Zusammenhang und Sinn und Zweck des Vertrages, unter Zugrundelegung von Treu und Glauben als Auslegungsgrundsatz. Nach Art. 31 Abs. 2 WVK sind für den «Zusammenhang» neben dem Vertragswortlaut auch Präambel und Anhänge und jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien beim Abschluss getroffen wurde, oder Urkunden, die in diesem Zusammenhang stehen, massgebend.

31 Abs. 3 WVK hält weiter fest, dass neben dem Zusammenhang auch jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung oder Anwendung der Bestimmungen, jede *spätere Übung bei der Anwendung des Vertrages*, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht, schliesslich jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsstaaten anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz zu berücksichtigen ist. Ergänzende Auslegungsmittel, insbesondere die vorbereitenden Arbeiten (*travaux préparatoires*), sind nur heranzuziehen, wenn die Bedeutung nach Auslegung in Anwendung der erwähnten Grundsätze mehrdeutig oder dunkel geblieben ist oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen

⁷⁶ Statt vieler *Rudolf Bernhardt*, Interpretation in International Law, in: ders. (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, II, Amsterdam u.a. 1995-, S. 1416ff.

⁷⁷ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, für die Schweiz in Kraft getreten am 6. Juni 1990, SR. 0.111.

oder unvernünftigen Ergebnis führt. Nach Sinn und Zweck ist die GFK namentlich unter Berücksichtigung internationaler Menschenrechtsverträge zu interpretieren.⁷⁸

Betreffend der späteren Übung (*subsequent practice*), der bei der Auslegung eine sehr grosse Bedeutung zukommt, sind die Gesetzgebungen und die Praxis nationaler Behörden und Gerichte zu berücksichtigen, sofern sich eine eindeutige Haltung entnehmen lässt.⁷⁹ Daher ist insbesondere den Rechtsakten, welche die EU im Rahmen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems erlassen hat, namentlich der Dublin-III-VO und den Asylrichtlinien (hier an erster Stelle die Qualifikationsrichtlinie)⁸⁰, erhebliche Bedeutung bei der Auslegung der Bestimmungen der Konvention einzuräumen, und dabei besonders dem von der Richtlinie 2011/95/EU (Qualifikationsrichtlinie) erfassten Flüchtlingsbegriff. Die Qualifikationsrichtlinie bezweckt in erster Linie, die Kriterien des Flüchtlingsbegriffes zu konkretisieren. Dabei erklärt die Richtlinie explizit, dass einzelne Bestimmungen den Flüchtlingsbegriff von Art. 1A Abs. 2 FK auslegen, so etwa einleitend in Art. 9 Abs. 1 (... «um als Verfolgung im Sinne des Artikels 1 Abschnitt A der Genfer Flüchtlingskonvention zu gelten»). Kapitel III der Richtlinie legt die Begriffe und Elemente der Flüchtlingsdefinition der Flüchtlingskonvention aus (Art. 9 den Verfolgungsbegriff und Art. 10 die Verfolgungsmotive), im Weiteren die Erlöschensgründe (Art. 11) und den Ausschluss von der Flüchtlingsanerkennung (Art. 12).

Wenn heute die Anwendung des Flüchtlingsbegriffes in Staaten der EU in rechtsvergleichender Optik untersucht wird, erübrigt sich eine Untersuchung der Gesetzgebung dieser Staaten weitgehend, da diese an die Vorgaben der Qualifikationsrichtlinie – die ihrerseits verbindlich durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) ausgelegt wird – gebunden sind. In der Anwendung durch Behörden und Gerichte mag es zu – teilweise erheblichen – Unterschieden kommen;⁸¹ eine Untersuchung der Gründe erweist sich indessen als schwierig oder gar unmöglich, da die Praxis zur Beurteilung der Situation in einzelnen Herkunftsstaaten in vielen Staaten sehr volatil ist und mitunter auch verschiedene Gerichte in demselben Staat zu unterschiedlichen Resultaten kommen,⁸² was es verunmöglicht, verlässliche Aussagen über die genauen Ursachen dieser Divergenzen zu formulieren. Dabei ist jedoch davon auszugehen, dass diese nicht oder allenfalls am Rande in unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben zu suchen sind, da die unionsrechtlichen Vorgaben nicht nur differenziert und zwingend ausgestaltet sind, sondern inzwischen durch eine reichhaltige Rechtsprechung des EuGH auch in Bezug auf viele, zunächst offene Fragen präzisiert wurden, womit der mitgliedstaatliche Spielraum ganz erheblich reduziert wird. Vor diesem Hintergrund soll im Rahmen dieser Untersuchung vor allem auf die harmonisierte Auslegung des Flüchtlingsbegriffs in der EU gemäss Qualifikationsrichtlinie zurückgegriffen werden.

⁷⁸ Nora Markard, *Kriegsflüchtlinge*, Tübingen 2012, S. 16, mit zahlreichen Hinweisen.

⁷⁹ Betreffend Auslegung der Flüchtlingskonvention siehe *Jane McAdam*, *Interpretation of the 1951 Convention*, in: Andreas Zimmermann (Hrsg.), *Commentary (Anm. 1)*, S. 75ff, insbesondere S. 96ff betreffend späterer Übung. Siehe ebenfalls *Markard (Anm. 78)*, S. 15ff; *Barbara Kammermann*, *Flucht vor Krieg. Verfolgung in bewaffneten Konflikten*, Zürich 2019, S. 65ff.

⁸⁰ Siehe zu diesen Richtlinien und zur Dublin-III-VO allgemein *Progin-Theuerkauf/Egbuna-Joss (Anm. 69)*, S. 42ff.

⁸¹ Siehe für das Jahr 2018 etwa den Beitrag von *ECRE* und *AIDA*, *Asylum Statistics 2018: Changing Arrivals, Same Concerns*, <https://www.asylumineurope.org/news/25-01-2019/asylum-statistics-2018-changing-arrivals-same-concerns> (zuletzt besucht am 10.2.2010)

⁸² Z.B. die Praxis deutscher Verwaltungsgerichte, deren Urteile sich teilweise deutlich unterscheiden.

Für die Auslegung der Konvention im Allgemeinen sind auch verschiedene Empfehlungen internationaler Organisationen von Bedeutung,⁸³ so namentlich die Empfehlungen des Exekutiv-Komitees für das Programm des UNHCR (ExCOM)⁸⁴, das vom ExCOM bei UNHCR in Auftrag gegebene Handbuch⁸⁵, Empfehlungen der UNO-Generalversammlung⁸⁶ und des Ministerkomitees des Europarates⁸⁷, die als Interpretationshilfe beizuziehen sind und eine beachtlich politische Autorität besitzen. So ist etwa die Schweiz Mitglied des ExCOM und trägt die Empfehlungen regelmässig mit.

4. Internationalrechtliche Entwicklungen mit Bekräftigung der Flüchtlingskonvention

Im Rahmen von Diskussionen um eine allfällige Änderung, vor allem soweit es um eine Abschwächung der Flüchtlingskonvention geht, ist zu berücksichtigen, welche Haltung die Staatengemeinschaft oder einzelne Vertragsstaaten in den letzten Jahrzehnten eingenommen haben, um sich nicht dem Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens aussetzen zu müssen.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Bedeutung und damit auch Aktualität der Konvention in unzähligen, jeweils mit grosser Mehrheit oder einstimmig angenommenen UNO-Generalversammlungsresolutionen bekräftigt und das Mandat von UNHCR durch dieses Organ auch ausgeweitet worden ist.⁸⁸ Als Meilensteine der Bekräftigung der Verpflichtungen der Vertragsstaaten aus der Konvention sind auf Ebene der UNO insbesondere folgende Dokumente zu erwähnen:

- Die *Erklärung der Vertragsstaaten* anlässlich des Treffens dieser Staaten auf Einladung der Schweiz und des UNHCR in Genf vom 12. und 13. Dezember 2001, aus Anlass des 50-jährigen Bestehens der Flüchtlingskonvention, hebt u.a. «die fortdauernde Bedeutung der Genfer Flüchtlingskonvention als wichtigstes Instrument des Flüchtlingsschutzes» hervor. Weiter bekennen sich die Vertragsstaaten «feierlich zur vollständigen und effektiven Einhaltung [ihrer] Verpflichtungen aus der Genfer Flüchtlingskonvention (...)».⁸⁹ Der Schweizer Regierung und dem Volk wird für die grosszügige Ausrichtung des Ministertreffens der Vertragsstaaten ausdrücklich gedankt (Ziff. 14).
- Die Erklärung stand im Rahmen und bildete Teil der Globalen Konsultationen zum Internationalen Flüchtlingsschutz,⁹⁰ welche zwischen Ende 2000 und 2002 stattfanden und als Ergebnis die «*Agenda für den Flüchtlingsschutz*» zeitigten,⁹¹ die wiederum neben der Erklärung der Vertragsstaaten vom Dezember 2001 ein *Aktionsprogramm* beinhaltet, das helfen

⁸³ Kälin, Grundriss (Anm. 12), S. 17f.

⁸⁴ Siehe die Sammlung Hrsg. von UNHCR, Internationaler Rechtsschutz für Flüchtlinge: Beschlüsse des Exekutiv-Komitees für das Programm des Hohen Flüchtlingshochkommissars der Vereinten Nationen. Nicht-amtliche Übersetzung der englischen Originalfassung, Baden-Baden/Genf 1988.

⁸⁵ UNHCR-Handbuch (Anm. 1); siehe auch die Ausführungen oben Ziff. II.2.4.

⁸⁶ Goodwin-Gill/McAdam (Anm. 1), S. 426ff.

⁸⁷ Siehe die Zusammenstellung unter: <https://www.refworld.org/publisher/COEMINISTERS.html> (zuletzt besucht am 10.12.2020).

⁸⁸ Siehe für die Zeit bis in die 90-er Jahre ausführlich Marugg (Anm. 1), S. 149ff. Siehe auch Goodwin-Gill/McAdam (Anm. 1), S. 426ff.

⁸⁹ Die Erklärung wurde durch die UNO-Generalversammlungsresolution 57/187 begrüsst.

⁹⁰ Ausführlich hierzu Erika Feller/Volker Türk/Frances Nicholson (Hrsg.), Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge 2003.

⁹¹ <https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3e637b194/agenda-protection-third-edition.html>; eine deutsche Fassung ist vom UNHCR 2003 herausgegeben worden.

sollte, die Genfer Konvention und das Protokoll von 1967 besser umsetzen zu können, mit konkreten Vorschlägen u.a. zur Verbesserung der Asylverfahren, zum Ausschluss von Personen, denen kein internationaler Schutz zukommen soll, einschliesslich von Personen, die Terrorakte verübt haben, zur einheitlichen Auslegung der Konvention, zur Verbesserung der Aufnahmebedingungen oder für effektivere und vorhersehbarere Reaktionen auf Massenfluchtsituationen. Weitere Kapitel befassen sich mit dem Schutz für Flüchtlinge innerhalb grösserer Migrationsbewegungen, einer *gleichmässigeren Verteilung von Lasten und Verantwortlichkeiten* sowie der Schaffung von Kapazitäten für die Aufnahme und den Schutz von Flüchtlingen, den effektiveren Umgang mit Sicherheitsfragen, der intensiveren Suche nach dauerhaften Lösungen und der Berücksichtigung des Schutzbedürfnisses von Flüchtlingsfrauen und Flüchtlingskindern. Zum Zweck der einheitlichen Anwendung der Konvention durch die Vertragsstaaten hat das UNHCR in der Folge ab 2002 eine Reihe von Richtlinien («Guidelines») zum Flüchtlingsschutz formuliert, so u.a. zu geschlechtsspezifischer Verfolgung, zum Begriff der «Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe», zu den Beendigungsgründen von Art. 1C FK, zur internen Fluchtalternative, zur Anwendung der Ausschlussklausel von Art. 1F FK oder zur Anwendung des Flüchtlingsbegriffes auf die Opfer von Menschenhandel.

- Am 17. Dezember 2018 nahm die UN-Generalversammlung in New York den *Globalen Pakt für Flüchtlinge* an, als Teil der jährlichen Resolution zum UNHCR,⁹² ein rechtlich nicht bindendes Instrument, wie dies auch für die Agenda für den Flüchtlingsschutz und die Resolutionen der UNO-Generalversammlung gilt. Der Globale Pakt für Flüchtlinge geht auf die *New Yorker Erklärung für Flüchtlinge und MigrantInnen* zurück, welche von 193 Mitgliedstaaten der UNO am 19. September 2016 verabschiedet worden war.⁹³ In dieser Erklärung findet sich bereits ein ausdrückliches Bekenntnis zur Konvention von 1951 mit dem Protokoll von 1967:

«65. Wir bekräftigen, dass das Abkommen von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und das dazugehörige Protokoll von 1967 die Grundlage des internationalen Flüchtlingsschutzregimes bilden. Wir erkennen an, wie wichtig ihre volle und wirksame Anwendung durch die Vertragsstaaten und die in ihnen verankerten Werte sind (...).»

Die New Yorker Erklärung bildete den Ausgangspunkt für die Erarbeitung von zwei Pakten, einen zum Umgang mit Migration, einen zweiten zur Flüchtlingsproblematik. Der Flüchtlingspakt selbst enthält einen Rahmenplan für Massnahmen zugunsten von Flüchtlingen und ein Aktionsprogramm, welches weltweite «*good practice*» zusammenfasst und gestützt darauf Empfehlungen abgibt. Ziele des Flüchtlingspaktes sind namentlich die Verringerung des Druckes auf die Aufnahmestaaten, die Förderung der Selbstständigkeit der Flüchtlinge, die Ausweitung der Resettlement-Programme und die Schaffung von Bedingungen für eine sichere und würdige Rückkehr in die Heimat.

Auf der *Ebene der Europäischen Union* zeigt sich die Bedeutung und Bekräftigung der Flüchtlingskonvention in verschiedenen Rechtsakten und in Erklärungen der Staats- und Regierungschefs. So nehmen die vier Asylrichtlinien⁹⁴ und die Dublin-III-VO alle Bezug auf die Erklärung

⁹² UNO-GV Resolution A/73/12, mit Anhang.

⁹³ UNO-Generalversammlungsresolution A/71/1.

⁹⁴ Siehe die Hinweise bei *Progin-Theuerkauf/Egbuna-Joss* (Anm. 69), siehe auch die Ausführungen oben Ziff. II.3.

des Europäischen Rates vom 15. und 16. Oktober 1999 anlässlich einer Sondertagung in Tampere, auf ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem hinzuwirken, «das sich auf die uneingeschränkte und umfassende Anwendung des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (...) in der Fassung des New Yorker Protokolls vom 31. Januar 1967 (...) stützt, damit der Grundsatz der Nichtzurückweisung gewahrt bleibt und niemand dorthin zurückgeschickt wird, wo er Verfolgung ausgesetzt ist.»

Sowohl die Grundrechtecharta⁹⁵ als auch der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁹⁶ enthalten ein klares Bekenntnis zur Genfer Flüchtlingskonvention. So erklärt Artikel 18 der Grundrechtecharta, dass das Recht auf Asyl nach Massgabe des Genfer Abkommens von 1951 und des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie nach Massgabe des Vertrages über die Arbeitsweise der Union gewährleistet ist. Art. 78 AEUV enthält die Kompetenzgrundlage für ein Tätigwerden der Union im Asylbereich und hält die EU an, eine gemeinsame Politik «im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz, mit der jedem Drittstaatsangehörigen, der internationalen Schutz benötigt, ein angemessener Status angeboten und die Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung gewährleistet werden soll», zu entwickeln. Dieselbe Bestimmung verlangt in der Folge, dass diese Politik «mit dem Genfer Abkommen vom 28. Juli 1951 und dem Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie den anderen einschlägigen Verträgen im Einklang stehen [muss]». Schliesslich hält Erwägungsgrund 4) der Richtlinie 2011/95/EU (Qualifikationsrichtlinie) apodiktisch fest, dass die «Genfer Flüchtlingskonvention und das Protokoll (...) einen wesentlichen Bestandteil des internationalen Rechtsrahmens für den Schutz von Flüchtlingen darstellen».

Auf der Ebene des regionalen Menschenrechtsschutzes nehmen auch verschiedene neuere Menschenrechtsverträge des Europarates, welche die Schweiz ratifiziert hat, Bezug auf die Genfer Flüchtlingskonvention und bekräftigen deren Bedeutung, so etwa Art. 40 Abs. 4 des Übereinkommens vom 16. Mai 2005 zur Bekämpfung des Menschenhandels⁹⁷, und zuletzt und besonders deutlich in der von der Schweiz ebenfalls ratifizierten *Istanbul-Konvention*, der Konvention vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt⁹⁸, die in Art. 60 (Asylanträge aufgrund des Geschlechts) die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, mittels der erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Massnahmen sicherzustellen,

«dass Gewalt gegen Frauen aufgrund des Geschlechts als eine Form der Verfolgung im Sinne von Artikel 1 Abschnitt A Ziffer 2 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1951 und als eine Form schweren Schadens anerkannt wird, die einen ergänzenden Schutz begründet» (Abs. 1).

Ein zweiter Absatz hält die Vertragsstaaten an, sicherzustellen, «dass alle im Abkommen aufgeführten Gründe geschlechtersensibel ausgelegt werden und dass in Fällen, in denen festgestellt wird, dass die Verfolgung aus einem oder mehreren dieser Gründe befürchtet wird, den Antragstellerinnen beziehungsweise den Antragstellern der Flüchtlingsstatus entsprechend den

⁹⁵ Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000, ABl. C 303 S. 1.

⁹⁶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007, ABl. C 115.

⁹⁷ SR 0.311.543

⁹⁸ SR 0.311.35

einschlägigen anwendbaren Übereinkünften gewährt wird». Absatz 3 fordert die Vertragsstaaten schliesslich dazu auf, die Asylverfahren geschlechtersensibel auszugestalten und entsprechende Leitlinien auszuarbeiten.

Die Schweiz hat zu Art. 60 keine Vorbehalte oder Erklärungen angebracht. Insofern hat die Schweiz mit der Ratifikation klarerweise zum Ausdruck gebracht, dass Fälle geschlechtsspezifischer Verfolgung in der Praxis unter Art. 1A Abs. 2 FK fallen sollen.

Das schweizerische Asylgesetz von 1998 selbst enthält im Übrigen eine Vielzahl von Verweisen auf die Flüchtlingskonvention (Art. 58, 63 Abs. 1 lit. b und 64 Abs. 3 AsylG) oder erklärt, dass einzelne Bestimmungen nur unter dem Vorbehalt entgegenstehender Vorgaben der Flüchtlingskonvention von 1951 anwendbar sind (Art. 3 Abs. 3 und 4, Art. 8 Abs 3bis AsylG).

Als Fazit ist festzuhalten, dass die Genfer Flüchtlingskonvention auf universeller Ebene, auf EU-Ebene im Rahmen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems sowie auf regionaler Ebene in Übereinkommen des Europarates zum Schutz der Menschenrechte gerade auch in den letzten Jahren verschiedentlich bekräftigt und beispielsweise eine gendersensible Auslegung des Flüchtlingsbegriffes von Art. 1A Abs. 2 verankert worden ist. Die Staatengemeinschaft, sei dies im Rahmen der UNO, seien es die EU-Staaten oder die Europaratsstaaten, darunter auch die Schweiz, hätten verschiedentlich Gelegenheit gehabt, auf einen allfälligen Änderungsbedarf hinzuweisen. Tatsächlich ist die Bedeutung, Geltung und Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention aber bis in die jüngste Zeit wiederholt bekräftigt worden.

Auf der anderen Seite sind seit dem Protokoll von 1967 und der gescheiterten Konferenz über territoriales Asyl⁹⁹ im Jahre 1977 keine Initiativen auf universeller Ebene auf Änderung der Flüchtlingskonvention zu verzeichnen, obschon Art. 45 Abs. 1 die Möglichkeit für jeden Vertragsstaat vorsieht, mittels einer an den Generalsekretär der UNO gerichteten Mitteilung, die Revision des Abkommens zu beantragen. Laut Abs. 2 würde die Vollversammlung der UNO in diesen Fall Massnahmen empfehlen, die gegebenenfalls in Bezug auf diesen Antrag zu ergreifen wären. Vom Revisionsverfahren ist nie Gebrauch gemacht worden,¹⁰⁰ und entsprechende Absichten sind auch nie bekannt geworden.¹⁰¹ Neben dem Vorgehen über die UNO-Generalversammlung wäre auch ein Revisionsprozess möglich, der die UNO nicht involvieren würde, auch wenn dies nicht realistisch erscheint.¹⁰²

⁹⁹ Siehe oben Ziff. II.2.1., mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁰⁰ *Terje Einarsen*, Article 45, in: Zimmermann (Hrsg.), *Commentary* (Anm. 1), Rz. 41ff.

¹⁰¹ Im Jahr 1980 reichte Deutschland eine Initiative in der UNO-Generalversammlung ein mit dem Titel: «Internationale Kooperation zur Vermeidung neuer Flüchtlingsströme», nicht als Revision der Flüchtlingskonvention gedacht, sondern zwecks genauerer und klarerer Definition der Verantwortlichkeiten der Herkunftsstaaten. Dieser Initiative war geringer Erfolg beschieden. Siehe hierzu ausführlich *Achermann*, *Völkerrechtliche Verantwortlichkeit* (Anm. 65), S. 61ff.

¹⁰² *Einarsen* (Anm. 100), Rz. 32ff.

III. Zu den Vorschlägen der Anpassung der Genfer Flüchtlingskonvention auf der Grundlage des Postulates: Analyse unter Einbezug der Rechtslage in der EU

1. Einleitung

Vor dem Hintergrund der skizzierten rechtlichen Tragweite der Genfer Flüchtlingskonvention sollen im Folgenden die verschiedenen im Postulat Müller Damian verlangten Anpassungen der Fluchtgründe der Konvention analysiert werden, dies sowohl in Bezug auf ihre potentiellen Implikationen als auch unter Berücksichtigung der Rechtslage in der EU. Im Einzelnen geht es um die Anpassung bzw. Präzisierung des Flüchtlingsbegriffs (Ausschluss von wirtschaftlichen Gründen, der Dienstverweigerung und der Nachfluchtgründe, die eine Person selber verursacht hat mit dem Ziel, Asyl zu erhalten, als Asylgründe, unten Ziff. 2), die Frage nach den Konsequenzen der Nichteinhaltung von Integrations- und Verhaltensanforderungen im Asylstaat (etwa Verlust der Flüchtlingseigenschaft und Wegweisung, unten Ziff. 3), wobei hier auch der Umgang mit sog. Gefährdern thematisiert werden soll, da sich ähnliche Fragen stellen (Ziff. 3.3), und das Verbot der freien Wahl des Asylstaates (unten Ziff. 4).

2. Flüchtlingsbegriff, namentlich Fluchtgründe

Die Anliegen des Postulats in Bezug auf den Flüchtlingsbegriff sind vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen (Ziff. II.1.2.) zur historischen Einordnung und zur Auslegung des Flüchtlingsbegriff zu sehen, auf welche jeweils in geeigneter Weise Bezug genommen wird.

2.1. Ausschluss von Personen mit wirtschaftlichen Gründen

Das Postulat Müller verlangt, dass die Fluchtgründe der Konvention dergestalt anzupassen sind, dass wirtschaftliche Gründe explizit ausgeschlossen werden. Der Vorstoss geht dabei richtigerweise davon aus, dass wirtschaftliche Gründe als solche (Arbeitssuche, Armut) nicht vom Schutzbereich der Konvention umfasst sein sollen.

Zu beachten ist diesbezüglich, dass die Konvention (und das Asylgesetz) wirtschaftliche Gründe nicht als Verfolgungsgründe ansieht, so dass *wirtschaftliche Gründe als solche* nach ständiger Praxis *die Flüchtlingseigenschaft nicht zu begründen vermögen*.¹⁰³. Auf Asylgesuche von Personen, die nur wirtschaftliche Gründe vorbringen, *wird in der Regel gar nicht erst eingetreten*, da es sich nicht um ein eigentliches Asylgesuch i.S. von Art. 18 AsylG handelt: Art. 31a Abs. 3 AsylG

¹⁰³ Siehe auch SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel E1 (<https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/asylverfahren/nationale-verfahren/handbuch-asyl-rueckkehr.html>; zuletzt besucht am 10.2.2020). Siehe auch die Hinweise auf die neuere Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in SFH (Hrsg.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 2. Auflage, 2015, S. 165 oben.

hält explizit fest, dass das SEM nicht auf ein Gesuch eintritt, wenn das Asylgesuch «ausschliesslich aus wirtschaftlichen oder medizinischen Gründen eingereicht wird». Die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts¹⁰⁴ hält bei der Auslegung des Begriffes «Asylgesuch» von Art. 18 AsylG fest, es sei zwar von einem weiten Verfolgungsbegriff auszugehen, der aber auf erlittene oder befürchtete Nachteile beschränkt sei, die von Menschenhand zugefügt werden. Die Geltendmachung von Verfolgung sei daher notwendige Voraussetzung dafür, dass ein Ersuchen um Schutz als Asylgesuch behandelt wird.

Der Grund dafür liegt in der Natur des Verfolgungsbegriffes: Damit eine Person als Flüchtling anerkannt werden kann, muss eine «Verfolgung» vorliegen, worunter Massnahmen zu verstehen sind, die gezielt aus einem asylrelevanten Motiv (Rasse, Religion, Nationalität, politische Anschauungen, Angehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe) in einer erheblichen Intensität gegen eine Person gerichtet sind.¹⁰⁵ Das ist bei wirtschaftlichen Gründen nicht der Fall, da es in der Regel an einem Verfolger fehlt, ein asylrelevantes Motiv nicht gegeben ist und in den allermeisten Fällen auch die notwendige Intensität bzw. die «Ernsthaftigkeit des Nachteils», wie in Art. 3 Abs. 1 AsylG bezeichnet und in Art. 3 Abs. 2 AsylG näher definiert, zu verneinen ist.

Nur in den ganz seltenen Fällen, in welchen eine desaströse wirtschaftliche Lage als Verfolgung im Sinne des Asylrechts angesehen werden kann, können wirtschaftliche Gründe asylrelevant sein, so beispielsweise, wenn diese auf Massnahmen des Staates zurückgehen, die darauf hinzielen, eine Person wirtschaftlich existenziell zu vernichten, sofern dieses Handeln auf einem bestimmten Motiv (bspw. aufgrund der Ethnie oder politischer Anschauungen) beruht. In solchen – seltenen – Fällen, kann die Situation zu einer in Art. 3 Abs. 2 AsylG als «unerträglichem psychischem Druck» umschriebenen Lage führen, welche einen Aufenthalt in der Heimat als unzumutbar erscheinen lässt.¹⁰⁶

Das Handbuch des SEM Asyl und Rückkehr¹⁰⁷ fasst die erstinstanzliche Praxis wie folgt zusammen:

«Häufig machen gesuchstellende Personen geltend, dass sie in ihrer Ausbildung oder in der Ausübung ihres Berufes benachteiligt würden und dadurch ihre wirtschaftliche Existenz gefährdet sei. Soll eine solche Benachteiligung asylrelevant sein, muss sie hohen Anforderungen genügen; den Betroffenen muss eine menschenwürdige Existenz im Heimatstaat dadurch verunmöglicht oder unzumutbar erschwert sein. Die Verweigerung der gewünschten Ausbildung über die obligatorische Schulzeit hinaus bewirkt für sich allein noch keinen unerträglichen psychischen

¹⁰⁴ Siehe namentlich BVGE 2010/42, E. 11.1.1.

¹⁰⁵ Siehe oben Ziff. II.1.2.

¹⁰⁶ Siehe hierzu *Kälin*, Grundriss (Anm. 12), S. 53f. mit Hinweis auf die frühere Praxis.

¹⁰⁷ Artikel D1.5, Die Auswirkungen der Verfolgung, Ziff. 2.4. des Handbuches (Anm. 103).

Druck. Die Nichtzulassung zur Grundausbildung in einer staatlichen Schule kann jedoch bedeuten, dass den Betroffenen jede Möglichkeit genommen wird, sich eine Existenzgrundlage zu schaffen. Trifft dies zu, ist eine solche Massnahme der wirtschaftlichen Existenzvernichtung gleichzustellen und somit intensiv genug. Verweigert oder erschwert ein Staat die Einstellung in den öffentlichen Dienst, so hat dies für die Betroffenen in den meisten Fällen weder eine Verunmöglichung noch eine unzumutbare Erschwerung der Existenz im Heimatland zur Folge. Werden sie aber generell von jeder zumutbaren Erwerbstätigkeit ausgeschlossen, liegt sicher ein ernsthafter Nachteil im Sinn von Artikel 3 AsylG vor».

Das UNHCR-Handbuch äussert sich ausführlich zur Problematik der «Auswanderer aus wirtschaftlichen Motiven» im Unterschied zu Flüchtlingen und hält fest, dass, wenn es «ausschliesslich wirtschaftliche Gründe» sind, die eine Person zur Auswanderung veranlassen, diese als «Auswanderer» und nicht als «Flüchtling» anzusehen sei.¹⁰⁸ Im Einklang mit der Schweizer Praxis führt das Handbuch indessen aus, in welchen Fällen die wirtschaftliche Situation asylrelevant sein kann, wenn z.B. politische Motive dahinterstehen und die Massnahmen die wirtschaftliche Existenz (auch einer ganzen Gruppe) zerstört (z.B. durch Entzug der Berechtigung, Handel zu treiben).¹⁰⁹

Im Ergebnis in ähnlicher Weise wie die Schweizer Praxis umschreibt Art. 9 Abs. 1 der EU-Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU eine Verfolgungshandlung i.S. von Art. 1A Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention als aufgrund ihrer Art und Weise notwendigerweise so gravierend, dass sie «a) eine schwerwiegende Verletzung der grundlegenden Menschenrechte darstellt, insbesondere der Rechte, von denen gemäss Artikel 15 Absatz 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten keine Abweichung zulässig ist, oder b) in einer Kumulierung unterschiedlicher Massnahmen, einschliesslich einer Verletzung der Menschenrechte, bestehen, die so gravierend ist, dass eine Person davon in ähnlicher wie der unter Buchstabe a beschriebenen Weise betroffen ist.»

Bereits der Wortlaut dieser Bestimmung lässt den Schluss zu, dass nach der Richtlinie der EU – im Einklang mit der Auslegung des Flüchtlingsbegriffes der Konvention – *wirtschaftliche Gründe allein* nicht geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen. Auch die Definition der Handlungen in Abs. 2 der Richtlinie 2011/95, welche als Verfolgung angesehen werden können (wie die Anwendung physischer oder psychischer Gewalt, einschliesslich sexueller Gewalt; gesetzliche, administrative, polizeiliche und/oder justizielle Massnahmen, die als solche diskriminierend sind oder in diskriminierender Weise angewandt werden; strafrechtliche Verfolgungen; Handlungen, die an die Geschlechtszugehörigkeit anknüpfen oder gegen Kinder gerichtet sind), bestätigen diese Sicht.¹¹⁰

¹⁰⁸ UNHCR-Handbuch (Anm. 1), S. 18, Ziff. 62.

¹⁰⁹ UNHCR-Handbuch (Anm. 1), S. 18, Ziff. 63.

¹¹⁰ Siehe hierzu auch *Marx* (Anm. 14), S. 52, gestützt auf die Qualifikationsrichtlinie und mit Hinweisen auf die deutsche Praxis: „Wirtschaftliche Armut an sich begründet damit nicht ohne Weiteres den Verfolgungscharakter

Als Fazit kann festgehalten werden, dass wirtschaftliche Gründe als solche die Flüchtlingseigenschaft nicht zu begründen vermögen, weder nach der Genfer Flüchtlingskonvention noch nach schweizerischem oder europäischem Recht. Falls aber aus einem flüchtlingsrechtlich relevanten Motiv einer Person Existenzvernichtung droht, welche einen weiteren Aufenthalt im Land als unzumutbar erscheinen lassen, ist u.U. von Verfolgung auszugehen. Es ist kein Grund ersichtlich, von dieser klaren Auslegungspraxis abzuweichen oder die Konvention in diesem Punkt ergänzen zu wollen.

2.2. Ausschluss von Personen wegen Dienstverweigerung:

Eines der kontroversersten Themen der Asylpraxis stellt der Umgang mit Dienstverweigerern (Refraktären) und Deserteuren dar. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die Dienstverweigerung als solche asylrelevant sein kann oder es eines darüber hinausgehenden Verfolgungsinteresses des Heimatstaates der betreffenden Personen bedarf.

Die asylrechtliche Behandlung von Dienstverweigerung und Desertion wirft nicht nur in der schweizerischen, sondern auch in der internationalen Doktrin und Praxis eine grosse Zahl von diffizilen Abgrenzungsfragen auf, auf die an dieser Stelle nicht durchwegs eingegangen werden kann. Als Grundsatz gilt, dass einer Bestrafung wegen Dienstverweigerung nur ausnahmsweise flüchtlingsrechtliche Relevanz zukommt, da eine Bestrafung wegen zulässiger Militärdienstpflicht in der Regel als legitime strafrechtliche Verfolgung gilt und damit nicht flüchtlingsrelevant ist.¹¹¹ Als Ausnahmen gelten etwa Fälle, in welchen der Dienst mit Militäraktionen verbunden wäre, welche schwerwiegend gegen Völkerrecht verstossen würden, indem sie z.B. als Kriegsverbrechen einzustufen wären; bei unzulässiger Rekrutierung¹¹² (z.B. von Kindern oder durch nichtstaatliche bewaffnete Gruppen); falls der militärische Einsatz gegen Angehörige der gleichen ethnischen Minderheit gerichtet wäre; oder auch im Falle der Verweigerung aus Gewissensgründen in ganz bestimmten Fällen.¹¹³

Das EU-Recht weist in der Auslegung von Art. 1A Abs. 2 FK mit Art. 9 Abs. 2 lit. e) der Richtlinie 2011/95/EU (Qualifikationsrichtlinie) explizit auf eine solche besondere Konstellation hin, indem hier als Verfolgungshandlung die «Strafverfolgung oder Bestrafung wegen Verweigerung

einer Massnahme. Vielmehr ist eine Grenze zwischen der Einwanderung aus ausschliesslich ökonomischen Gründen und der Schutzsuche aus begründeter Furcht vor Verletzungen der sozialen und wirtschaftlichen Rechte, die einer Verfolgung gleichkommen, zu ziehen“. Und mit Verweis auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 54, 341 (357): „Ratio dieser Auslegungsdogmatik ist, dass der Flüchtlingsstatus im Allgemeinen jedenfalls nicht denen zuteil werden soll, die in ihrer Heimat benachteiligt sind und etwa in materieller Not leben müssen“ (S. 53, Rz. 79).

¹¹¹ So auch *Kammermann* (Anm. 79), S. 295.

¹¹² Siehe hierzu ausführlich *Kammermann* (Anm. 79), S. 297ff.

¹¹³ Siehe grundlegend und ausführlich *Christa Luterbacher*, Die flüchtlingsrechtliche Behandlung von Dienstverweigerung und Desertion, Basel 2004. Siehe auch *Kammermann* (Anm. 79), S. 304ff; UNHCR-Handbuch (Anm. 1), S. 48f; UNHCR, Internationaler Rechtsschutz, Auslegung von Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, Genf 2001, Ziff. 18.

des Militärdienstes in einem Konflikt¹¹⁴, wenn der Militärdienst Verbrechen oder Handlungen umfassen würde, die unter den Anwendungsbereich der Ausschlussklauseln des Artikels 12 Absatz 2 fallen würde» genannt wird.¹¹⁵ Die Ausschlussklauseln von Art. 12 der Richtlinie entsprechen dabei den Ausschlussgründen von Art. 1F FK.

Verfolgung von Dienstverweigerung und Desertion können indessen auch unter Art. 9 Abs. 1 lit. b (gravierende Verstösse gegen notstandsfeste Garantien der EMRK, wie das Recht auf Leben oder das Folterverbot) fallen oder nach Abs. 2 lit. a) die Anwendung physischer oder psychischer Gewalt, einschliesslich sexueller Gewalt, implizieren.¹¹⁶ Entscheidend ist dabei das Vorliegen eines asylrelevanten Motives (Art. 10 Richtlinie 2011/95/EU). Auch das EU-Recht anerkannt somit Verfolgung wegen Dienstverweigerung und Desertion, dies allerdings nur insoweit, wie aufgrund dieser Verhaltensweisen die Elemente des Flüchtlingsbegriffes gegeben sind.

Anlass zu Diskussionen hat in diesem Zusammenhang in der Schweiz namentlich die Praxis bezüglich Dienstverweigerern aus Eritrea gegeben.¹¹⁷ Die Schweizerische Asylrekurskommission hatte im Jahr 2005 in einem Grundsatzurteil¹¹⁸ festgehalten, in Eritrea sei die Bestrafung von Dienstverweigerung und Desertion unverhältnismässig streng und deshalb als politisch motiviert einzustufen. Die betroffenen Personen, die begründete Furcht hätten, einer solchen Bestrafung ausgesetzt zu werden, seien deshalb in der Schweiz als Flüchtlinge anzuerkennen. Das gelte für Personen, die in Eritrea im aktiven Dienst standen und desertierten, darüber hinaus auch für Personen, bei denen erkennbar sei, dass sie rekrutiert werden sollten.

Der Schweizer Gesetzgeber ergänzte im Rahmen der dringlichen Änderungen des Asylgesetzes im Jahr 2012¹¹⁹ den Flüchtlingsbegriff von Art. 3 AsylG mit einem Absatz 3, wonach «keine Flüchtlinge» Personen sind, «die wegen Wehrdienstverweigerung oder Desertion ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden». Vorbehalten bleibe dabei die Einhaltung der Flüchtlingskonvention.

Die Formulierung könnte zum missverständlichen Schluss führen, dass hier das Asylgesetz nun von der Flüchtlingskonvention abweichen wollte. Der Botschaft des Bundesrates¹²⁰ lässt sich indessen klar entnehmen, dass gerade *keine Abweichung vom Flüchtlingsbegriff der Konvention vorgesehen war*:

¹¹⁴ Einschlägig hierzu das Urteil des EuGH im Fall *Shepherd*, C-472/13, Urteil vom 26.2.2015.

¹¹⁵ Das deutsche Recht hat Art. 9 der Richtlinie im Übrigen wörtlich in § 3a des Asylverfahrensgesetzes übernommen.

¹¹⁶ So auch *Marx* (Anm. 14), S. 68f.

¹¹⁷ Zur Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in Bezug auf unzulässige Rekrutierung siehe *Kammermann* (Anm. 79), S. 326ff.

¹¹⁸ Urteil vom 20. Dezember 2005, EMARK 2006/3.

¹¹⁹ Geändert durch Ziff. I des BG vom 28. Sept. 2012 (Dringliche Änderungen des Asylgesetzes) (AS 2012 5359; BBl 2010 4455, 2011 7325). Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 25. Sept. 2015, in Kraft seit 1. März 2019 (AS 2016 3101, 2018 2855; BBl 2014 7991).

¹²⁰ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010, BBl 2010 4455, 4467.

„Liegen (...) asylrelevante Gründe vor, wird eine betroffene Person als Flüchtling anerkannt, und es wird ihr in der Schweiz Asyl gewährt. Mit der vorgeschlagenen Änderung ist gewährleistet, dass die Rechtsprechung des BVGer auch in Zukunft Beachtung findet. Die langjährigen Erfahrungen des BFM zeigen aber, dass Wehrdienstverweigerung und Desertion von Betroffenen immer wieder als Asylgrund geltend gemacht werden, selbst wenn keine asylrelevante Verfolgung vorliegt. Daher soll auf Gesetzesstufe klar festgehalten werden, dass bei Wehrdienstverweigerung und Desertion zusätzlich asylrelevante Gründe nötig sind, um in der Schweiz den Flüchtlingsstatus zu erhalten.“

Auch die Stellungnahme der zuständigen Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements in der parlamentarischen Beratung der Gesetzesänderung im Nationalrat war in dieser Beziehung klar:¹²¹

„Die Mehrheit der Kommission schlägt Ihnen (...) vor, bei der Flüchtlingseigenschaft Wehrdienstverweigerung und Desertion auszuschliessen. Ich weiss, dass dieser Vorschlag vom Bundesrat eingebracht worden ist. Der Bundesrat wollte mit diesem Vorschlag - das möchte ich Ihnen in aller Deutlichkeit sagen - eine Präzisierung herbeiführen. Aber ich möchte auch hier vor übertriebenen Erwartungen warnen. Wer in seiner Heimat verfolgt wird und an Leib und Leben bedroht ist, weil er z. B. den Militärdienst verweigert, wird in der Schweiz auch weiterhin Asyl bekommen. Daran wollte der Bundesrat nicht rütteln, er wird sich weiterhin an diese Praxis halten, weil sie der Grundlage der Flüchtlingskonvention entspricht. Der Bundesrat hält an seinem Antrag fest. Aber es ist mir ein Anliegen, dass Sie sich hier keine falschen Vorstellungen machen: Der Bundesrat wird die Flüchtlingskonvention auch mit dieser Bestimmung weiterhin einhalten“.

Auch die Berichterstatterin im Ständerat¹²² wies darauf hin, dass die «Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes auch mit der vorgeschlagenen Änderung Beachtung finden [soll]. Dies bedeutet, dass Wehrdienstverweigerer und Deserteure, die eine asylrelevante Verfolgung glaubhaft machen, weiterhin als Flüchtlinge anerkannt werden und in der Schweiz Asyl erhalten. Dies wird auch von der Flüchtlingskonvention verlangt. Wehrdienstverweigerung und Desertion werden in der Praxis aber oft als Asylgrund geltend gemacht, selbst wenn keine asylrelevanten Gründe vorliegen».

Das Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts¹²³ weist betreffend Auslegung von Art. 3 Abs. 3 AsylG auch auf die Erläuterungen des Bundesrates ("Abstimmungsbüchlein") zur Volksabstimmung vom 9. Juni 2013 über die dringliche Änderung des AsylG vom 28. September 2012

¹²¹ Votum Bundesrätin Sommaruga vom 13.6.2012, AB 2012 N 1085.

¹²² Votum Ständerätin Egerszegi-Obrist, vom 12.12.2011, AB 2011 S 1121.

¹²³ Grundsatzurteil vom 18.2.2015, BVGer D-5553/2013, E. 5.6.4.

hin, wo die Stimmberechtigten in Bezug auf Art. 3 Abs. 3 AsylG folgendermassen informiert wurden:

"Die Vorlage präzisiert zudem, dass Wehrdienstverweigerung und Fahnenflucht alleine nicht als Asylgrund anerkannt werden. Wehrdienstverweigerer und Deserteure erhalten aber weiterhin Asyl, wenn die Strafe, die ihnen im Heimatland droht, unverhältnismässig hoch ist und man davon ausgehen muss, dass sie verfolgt werden wegen ihrer Rasse, ihrer Religion oder ihren politischen Anschauungen."

Die asylrelevanten Gründe erkennen die Praxis des SEM¹²⁴ und des Bundesverwaltungsgerichts¹²⁵ – wie bereits im Grundsatzentscheid der Asylrekurskommission aus dem Jahr 2005 – damit in der übertriebenen Härte der Bestrafung, die auf den politischen Charakter der Verfolgung hinweisen kann: Das Motiv für die Verfolgungshandlung ist nicht die Dienstverweigerung, sondern die politische Haltung, die hinter dem Akt vermutet wird. Das Bundesverwaltungsgericht kam daher in einem Grundsatzentscheid betreffend Syrien¹²⁶ zum Schluss, den Anstoss zur Einführung von Art. 3 Abs. 3 AsylG habe die politische Absicht gegeben,

«die als zu hoch empfundene Zahl namentlich der Asylgesuche von eritreischen Staatsangehörigen, die als Fluchtgrund Dienstverweigerung oder Desertion angeben, einzudämmen. Dieses Ziel sollte aber nicht durch eine materielle Änderung des Flüchtlingsbegriffs erreicht werden, sondern – insofern in Übernahme des bundesrätlichen Vorschlags – durch eine Verdeutlichung der geltenden Rechtslage im Gesetzestext. (...) Dabei geht aus der wiederkehrenden Bezugnahme auf einen Anstieg von Asylgesuchen durch Personen, die Wehrdienstverweigerung oder Desertion als alleinigen Asylgrund geltend machen würden, hervor, dass mit der Gesetzesänderung auch eine auf derartige Gesuche zielende abschreckende Wirkung beabsichtigt ist. Dieses Ziel soll nach dem Willen des Gesetzgebers durch die Signalwirkung ("Zeichensetzung") erreicht werden, die mit der in Art. 3 Abs. 3 AsylG enthaltenen Klarstellung verbunden ist. Hingegen wird mit der Gesetzesänderung nicht bezweckt, eine Einschränkung des Flüchtlingsbegriffs im bisher geltenden Sinne von Art. 3 AsylG herbeizuführen. Vielmehr soll der Vorbehalt der Einhaltung der FK dazu dienen, die Weiterführung der bisherigen Praxis sicherzustellen.»

¹²⁴ Gemäss Handbuch Asyl und Rückkehr des SEM, Artikel D1.1. (Die Elemente des Verfolgungsbegriffs) ist die Verfolgung von Refraktären und Deserteuren zwar grundsätzlich flüchtlingsrechtlich nicht relevant, da jeder Staat berechtigt ist, zur Durchsetzung der Wehrpflicht strafrechtliche oder disziplinarische Sanktionen gegen Wehrdienstverweigerer oder Deserteure zu verhängen; Ausnahme ist indessen, wenn ein Politmalus vorliegt (Kapitel 2.2.3. des Handbuches: „Artikel 3 Absatz 3 AsylG [sieht] vor, dass Personen, die einzig wegen Wehrdienstverweigerung oder Desertion ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden, in der Schweiz nicht als Flüchtlinge anerkannt werden. Davon ausgehend, dass kein sogenannter Politmalus vorliegt, wird Ihr Asylgesuch abgelehnt (...)“; <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/asyl/verfahren/hb/d/hb-d11-d.pdf> (zuletzt besucht am 10.12.2020).

¹²⁵ Siehe Grundsatzurteil vom 18.2.2015, BVGer D-5553/2013.

¹²⁶ A.a.O., E.5.8.1.

Das Gericht kam in besagtem Grundsatzentscheid zum Schluss, mit der Einführung von Art. 3 Abs. 3 AsylG sei die bisherige Rechtspraxis in Bezug auf Personen, die ihr Asylgesuch mit einer Wehrdienstverweigerung oder Desertion im Heimatstaat begründen, weiterhin gültig.¹²⁷ Danach vermöge eine Wehrdienstverweigerung oder Desertion nicht alleinig, sondern nur dann die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, wenn sie mit einer Verfolgung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 AsylG verbunden ist, mit anderen Worten die betroffene Person aus den in dieser Norm genannten Gründen wegen ihrer Wehrdienstverweigerung oder Desertion eine Behandlung zu gewärtigen habe, die ernsthaften Nachteilen gemäss Art. 3 Abs. 2 AsylG gleichkomme.

Als Fazit ist also festzuhalten, dass der Schweizer Gesetzgeber nicht vom Flüchtlingsbegriff der Konvention abweichen wollte und er die aktuelle Auslegung des Flüchtlingsbegriffes in seinen Grundzügen als richtig erachtet. Wie genau aber in einer bestimmten Situation mit Deserteuren und Dienstverweigerern umzugehen ist, hängt entscheidend von der Einschätzung der Fakten für das betreffende Herkunftsland ab, namentlich, ob eine Person, welche den Dienst verweigert, tatsächlich eine begründete Furcht vor Verfolgung hat oder nicht, welche Nachteile ihr drohen und ob die Verfolgung mit einem Politmalus verbunden ist oder nicht.¹²⁸

Im Übrigen stellt sich bei der Beurteilung der Flüchtlingsrelevanz bei Deserteuren und Refraktären die Frage nicht, ob hier die Flüchtlingseigenschaft *missbräuchlich* herbeigeführt werden kann, da es wesensgemäss von der Motivation des Verfolgers abhängt, ob eine Person zum Flüchtling wird, nicht von den allfälligen Beweggründen oder Eigenschaften der verfolgten Person.¹²⁹

Auch das UNHCR geht in seinem Handbuch¹³⁰ vom gleichen Grundsatz aus wie der Schweizer Gesetzgeber, wonach Furcht vor Strafverfolgung und vor Bestrafung wegen Desertion oder der Weigerung, einer Einberufung Folge zu leisten, für sich alleine keine begründete Furcht vor Verfolgung im Sinne der Definition des Flüchtlingsbegriffs darstellt. Selbstverständlich sei jemand kein Flüchtling, nur weil er aus Furcht, kämpfen zu müssen, oder aus Abneigung gegen den Militärdienst desertiert ist oder den Dienst gar nicht angetreten habe. Er könne aber ein Flüchtling sein, wenn es für ihn – abgesehen von der Desertion oder Wehrdienstumgehung – noch andere relevante Motive zum Verlassen des Landes gebe. Und er könne im Weiteren als Flüchtling angesehen werden, wenn er dartun könne, dass er aufgrund seiner Rasse, Religion, Nationalität zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politischen Anschauungen wegen seines militärischen Vorgehens eine unverhältnismässig schwere Strafe zu erwarten hätte.

¹²⁷ A.a.O., E. 5.9.

¹²⁸ Siehe betreffend Eritrea etwa das neuere Urteil betreffend Wegweisungsvollzug für Personen, die bei einer Rückkehr nach Eritrea voraussichtlich in den Nationaldienst eingezogen würden, wonach dieser nicht unzumutbar sei. «Damit kann der Vollzug der Wegweisung für den Beschwerdeführer, der keine anderen Unzumutbarkeitsgründe vorbringt als die anstehende Einziehung in den eritreischen Nationaldienst, auch nicht als unzumutbar qualifiziert werden» (BVGer Urteil vom 10. Juli 2018, E- 5022/2017, E. 6.2.5.).

¹²⁹ Vgl. *Luterbacher* (Anm. 113), S. 102ff. in Bezug auf Verfolgung von Dienstverweigerern aus religiösen Gründen; *Kälin*, Grundriss (Anm. 12), S. 88f.

¹³⁰ UNHCR-Handbuch (Anm. 1), Ziff. 168ff.

Die Schweiz scheint sich im Übrigen mit ihrer *Praxis zu Eritrea* nicht wesentlich von der Praxis anderer europäischer Asylstaaten zu unterscheiden, hält man sich die Anerkennungsquoten nach einer Aufstellung der Europäischen Asylunterstützungsagentur (EASO)¹³¹ vor Augen, auch wenn die Zahlen im Einzelnen nicht völlig vergleichbar sind, da teilweise auch andere Formen von Schutzgewährungen subsumiert und in der Regel nur die erstinstanzlichen Verfügungen berücksichtigt werden.¹³² Im Vereinigten Königreich betrug im Jahre 2018 die Flüchtlingsanerkennungsquote bei eritreischen Staatsangehörigen demnach 65% (93% Schutzquote), in Frankreich 82%, in Norwegen 94%, in Deutschland 87%; in der Schweiz lag die Anerkennungsquote bei 59% und die Schutzquote bei 77%. EASO gibt für den europäischen Asyl-Raum eine durchschnittliche Schutzquote von 85% an, also höher als in der Schweiz.

2.3. Ausschluss von Personen, die Nachfluchtgründe selbst verursacht haben, mit dem Ziel, Asyl zu erhalten

Wie der Umgang mit Dienstverweigerung und Desertion ist der Umgang mit Personen, welche aufgrund von sog. «subjektiven Nachfluchtgründen», also Gründen, die nach ihrer Ausreise aus dem Verfolgerstaat aufgrund eigenen Verhaltens die Flüchtlingseigenschaft begründet haben, ein in der Schweiz seit Jahrzehnten viel diskutiertes Thema.¹³³ Während unbestritten ist, dass sog. «objektive Nachfluchtgründe», also Gründe, welche ohne Zutun der Person nach ihrer Ausreise eine Verfolgung ausgelöst haben, zur Anerkennung als Flüchtling und zur Asylgewährung führen,¹³⁴ ist die Sachlage bei subjektiven Nachfluchtgründen, die wegen des Verhaltens der Person nach der Ausreise entstanden sind, wesentlich unklarer und beschäftigt Gesetzgeber und Praxis, nicht nur in der Schweiz. So führt Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2011/95 (Qualifikationsrichtlinie) aus, es sei erforderlich, «gemeinsame Konzepte zu entwickeln zu: aus Nachfluchtgründen („sur place“) entstehendem Schutzbedarf (...)».

Der Schweizer Gesetzgeber hat den subjektiven Nachfluchtgründen mehrere Bestimmungen im Asylgesetz gewidmet:

- Nach Art. 3 Abs 4 AsylG¹³⁵ sind Personen *keine Flüchtlinge*, «die Gründe geltend machen, die wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise entstanden sind und die weder Ausdruck noch Fortsetzung einer bereits im Heimat- oder Herkunftsstaat bestehenden Überzeugung oder Ausrichtung sind». Dabei wird aber die Flüchtlingskonvention von 1951 vorbehalten. Art. 3 Abs. 4 AsylG ist somit als *Ausschlussgrund aus der Flüchtlingseigenschaft* konzipiert.

¹³¹ Siehe zu EASO *Progin-Theuerkauf/Egbuna-Joss (Anm. 69)*, S. 117.

¹³² <https://easo.europa.eu/asylum-trends-overview-2018> (zuletzt besucht am 10.2.2020).

¹³³ Siehe schon *Peter Koch/Bendicht Tellenbach*, Die subjektiven Nachfluchtgründe, ASYL 1986/2, S. 2ff. (Teil I) und *Bendicht Tellenbach* ASYL 86/3, S. 9ff. (Teil II) und 86/4, S. 12ff. (Teil III); *Kälin*, Grundriss (Anm. 12), S. 186ff.

¹³⁴ Siehe Beispiele bei *Alberto Achermann/Christina Hausammann*, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern 1991, S. 111.

¹³⁵ Eingefügt durch das BG vom 14.12.2012, in Kraft seit dem 1.1.2014; AS 2013 4375; Botschaft BBl 2010 4455.

- Gemäss Art. 54 AsylG (subjektive Nachfluchtgründe) wird Flüchtlingen «kein Asyl gewährt, wenn sie erst durch ihre Ausreise aus dem Heimat- oder Herkunftsstaat oder wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise Flüchtlinge im Sinne von Artikel 3 wurden». Bei Art. 54 AsylG handelt es sich somit um einen *Asylausschlussgrund*, der nur greift, wenn eine Person die Flüchtlingseigenschaft besitzt.
- Nach Art. 116 Bst. c AsylG wird mit Busse bestraft, wer als asylsuchende Person einzig mit der Absicht, subjektive Nachfluchtgründe im Sinne von Art. 54 AsylG zu schaffen, öffentliche politische Tätigkeiten in der Schweiz entfaltet. Es handelt sich um eine Übertretung. Wer aus Bereicherungsabsicht bei einer solchen Tat Hilfe leistet, insbesondere durch Planung oder Organisation, begeht gar ein Vergehen (Art. 115 Bst. d AsylG).

Die Gesetzgebung unterscheidet also drei Konstellationen der Schaffung subjektiver Nachfluchtgründe mit unterschiedlichen Konsequenzen:

- Das Verhalten der Person, welche subjektive Nachfluchtgründe entstehen lässt, ist Ausdruck oder Fortsetzung einer bereits im Heimat- oder Herkunftsstaat bestehenden Überzeugung oder Ausrichtung. So hatte die Person beispielsweise bereits in der Heimat eine feste politische Überzeugung, war homosexuell oder hatte sich zu einem anderen Glauben bekannt, ohne dass diese Vorgänge (oder deren Bedeutung) dem Verfolger bekannt geworden wären. Führen politische Tätigkeiten, ein Coming-Out oder ein bekannt gewordener Glaubenswechsel zu einer politischen Verfolgung in der Heimat, so wird diese Person zwar als Flüchtling i.S. von Art. 3 AsylG von und Art. 1A Abs. 2 FK anerkannt, erhält aber gestützt auf Art. 54 AsylG kein Asyl. In der Regel wird diese Person (als Flüchtling) vorläufig aufgenommen. Sie ist also auch nach innerstaatlicher Gesetzgebung Flüchtling.
- Für den anderen Fall der Schaffung subjektiver Nachfluchtgründe ist zu differenzieren:
 - Ist das Verhalten der Person kein solcher Ausdruck einer bereit vorher bestehen Ausrichtung oder Überzeugung, sondern hat sich diese erst in der Schweiz geformt, und ist dabei von einer echten Gesinnungsänderung auszugehen, handelt es sich nicht um einen Fall von Missbrauch. Unklar ist die Rechtsfolge: Nach Art. 3 Abs. 4 AsylG würde diese Person nicht als Flüchtling i.S. von Art. 3 AsylG, wegen des Vorbehalts der Genfer Flüchtlingskonvention aber als Konventionsflüchtling gestützt auf Art. 1A Abs. 2 FK anerkannt, da die Konvention keinen entsprechenden Flüchtlingsausschlussgrund kennt.
 - Ist das Verhalten hingegen klar missbräuchlich (Tätigkeit einzig mit der Absicht der Schaffung von Nachfluchtgründen, ohne entsprechende Überzeugung), wird die Person u.U. strafrechtlich verfolgt und ist nach Art. 3 Abs. 4 kein Flüchtling, und dies unter Umständen auch nicht gestützt auf Art. 1A Abs. 2 FK. Es liegt auf der Hand, dass der Nachweis eines solchen Missbrauchs mit grossen Schwierigkeiten verbunden ist und dass die Bestimmung daher wenig praktische Relevanz erfahren dürfte. Diese *Konstellation ist aber genauer zu untersuchen*, da es vernünftigerweise der einzige rechtspolitische Grund sein dürfte, auf eine Änderung der Konvention hinzuzielen, *falls sich*

zeigen würde, dass die Flüchtlingskonvention solches missbräuchliches Verhalten schützt.

Der Europäische Gesetzgeber hatte sich mit der gleichen Grundfrage auseinanderzusetzen und hat in Art. 5 Abs. 2 und 3 («Aus Nachfluchtgründen entstehender Bedarf an internationalem Schutz») der Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU eine mit der schweizerischen Gesetzgebung sehr vergleichbare Regelung getroffen:

«2) Die begründete Furcht vor Verfolgung oder die tatsächliche Gefahr, einen ernsthaften Schaden zu erleiden, kann auf Aktivitäten des Antragstellers nach Verlassen des Herkunftslandes beruhen, insbesondere wenn die Aktivitäten, auf die er sich stützt, nachweislich Ausdruck und Fortsetzung einer bereits im Herkunftsland bestehenden Überzeugung oder Ausrichtung sind.
(3) Unbeschadet der Genfer Flüchtlingskonvention können die Mitgliedstaaten festlegen, dass ein Antragsteller, der einen Folgeantrag stellt, in der Regel nicht als Flüchtling anerkannt wird, wenn die Verfolgungsgefahr auf Umständen beruht, die der Antragsteller nach Verlassen des Herkunftslandes selbst geschaffen hat.»

Die Bestimmungen sind zudem im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 3 Bst. d zu sehen, der für die «Prüfung der Tatsachen und Umstände» die EU-Staaten zur individuellen Prüfung verpflichtet, wobei sie zu berücksichtigen haben (...):

«die Frage, ob die Aktivitäten des Antragstellers seit Verlassen des Herkunftslandes ausschliesslich oder hauptsächlich aufgenommen wurden, um die für die Beantragung von internationalem Schutz erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit bewertet werden kann, ob der Antragsteller im Fall einer Rückkehr in dieses Land aufgrund dieser Aktivitäten verfolgt oder ernsthaften Schaden erleiden würde».

Auch diese Regelungen lassen verschiedene Fragen offen:¹³⁶ Der Wortlaut mit «insbesondere» in Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2011/95/EU lässt den Schluss zu, dass auch andere Konstellationen zu einer begründeten Furcht vor Verfolgung führen können.¹³⁷ Absatz 3 von Art. 5 der Richtlinie bezieht sich zudem nur auf einen «Folgeantrag», d.h. ein erneutes Asylgesuch nach Ablehnung eines ersten Asylgesuches; nur in diesem Fall erlaubt die Richtlinie den Staaten einen Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft, allerdings unter Vorbehalt der Einhaltung der Garantien der Genfer Flüchtlingskonvention. Zudem verweist Art. 3 Abs. 4 Bst. d auf die Notwendigkeit zu berücksichtigen, ob eine Person, welche subjektive Nachfluchtgründe geschaffen hat, bei einer Rückkehr verfolgt würde, was indessen einem Zirkelschluss gleichkommt.

¹³⁶ Siehe hierzu *Dörig* (Anm. 14), S. 1137 (zu Art. 4 Abs. 3 Bst. d) und S. 1142ff. (zu Art. 5); *Marx* (Anm. 14), S. 342.

¹³⁷ Diese Bestimmung ist bereits früh und vielfach kritisiert worden, siehe u.a. die Studie im Auftrag des Europäischen Parlaments, *Setting up a Common European Asylum System: Report on the application of existing instruments and proposals for the new system*, Doc. PE 425.622, Brüssel 2010, S. 174f, mit weiteren Hinweisen.

Während unbestritten scheint, dass selbstgeschaffene Nachfluchtgründe durchaus in nicht-missbräuchlicher Weise entstehen können (z.B. bei Heranwachsenden) und somit flüchtlingsrelevant bleiben müssen, scheint vertretbar zu sein, in Missbrauchsfällen Personen von der Flüchtlingseigenschaft auszuschließen: So geht die deutsche Gerichtspraxis davon aus, dass *missbräuchlich geschaffene Nachfluchtgründe nicht zur Flüchtlingsanerkennung führen* und dass dies in Einklang mit der Flüchtlingskonvention stehe. In einem grundlegenden Urteil vom 18. Dezember 2008¹³⁸ hielt das Deutsche Bundesverwaltungsgericht – mit Bezug auf die Qualifikationsrichtlinie in ihrer ersten Fassung (Richtlinie 2004/83/EG), die indessen in Art. 5 Abs. 3 ebenfalls einen Vorbehalt der Einhaltung der Genfer Flüchtlingskonvention im Falle des Ausschlusses wegen Nachfluchtgründen enthielt – Folgendes fest:

« (16) (...) nach Abschluss eines Asylverfahrens selbst geschaffene Nachfluchtgründe führen in der Regel nicht zur Flüchtlingsanerkennung. Für eine Ausnahme von dieser Regel ist in Fällen exilpolitischer Betätigung die inhaltliche und zeitliche Kontinuität der nach aussen betätigten Überzeugung zwar ein wichtiges Indiz, reicht aber zur Widerlegung der gesetzlichen Regelvermutung allein nicht aus. Vielmehr muss der Asylbewerber gute Gründe dafür anführen, warum er nach einem erfolglosen Asylverfahren erstmalig exilpolitisch aktiv geworden ist oder seine bisherigen Aktivitäten intensiviert hat.

(17) Der Regelausschluss der Flüchtlingsanerkennung für nach Abschluss des Erstverfahrens selbst geschaffene Nachfluchtgründe ist mit den Regelungen der Genfer Flüchtlingskonvention - GFK - vereinbar und wirft deshalb auch im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 der („Unbeschadet der Genfer Flüchtlingskonvention ...“) keine gemeinschaftsrechtlichen Zweifelsfragen auf.

(18) Zum einen erscheint bereits zweifelhaft, ob eine Furcht vor Verfolgung i.S.d. Art. 1A GFK überhaupt auf Fälle der risikolosen Verfolgungsprovokation im Aufnahmestaat gestützt werden kann. Zwar erfasst der Flüchtlingsbegriff des Art. 1A Nr. 2 GFK auch die sog. „*réfugiés sur place*“, d.h. Personen, die erst nach ihrer Einreise Flüchtling geworden sind. Die daraus gezogene Schlussfolgerung, auch selbst geschaffene Nachfluchtgründe könnten die Flüchtlingseigenschaft rechtlich uneingeschränkt - wenn auch unter dem Vorbehalt sorgfältiger tatsächlicher Untersuchung - begründen (...), erscheint indes nicht zwingend. Auch aus der Staatenpraxis ergibt sich kein gegenläufiger Anhaltspunkt (...). Für eine Einbeziehung selbst geschaffener Nachfluchtgründe in den Schutzbereich des Art. 1A GFK spricht noch weniger, wenn es sich um eine missbräuchliche Inanspruchnahme des von der Konvention vorgesehenen Schutzes handelt. (...)¹³⁹

(19) Diese Frage kann hier aber dahin stehen, da die Genfer Flüchtlingskonvention mit ihrem in Art. 33 Abs. 1 GFK verankerten Refoulement-Verbot dem anderswo von politischer Verfolgung

¹³⁸ BVerwG 10 C 27.07, Urteil vom 18.12.2008.

¹³⁹ Hervorhebungen durch die Gutachter.

bedrohten Ausländer keinen bestimmten Status, sondern lediglich Abschiebungsschutz für die Dauer der Bedrohung garantiert (...)»

Damit unterstreicht das deutsche Bundesverwaltungsgericht, dass Personen, die missbräuchlich Nachfluchtgründe setzen, bei einer drohenden Verfolgung den *Refoulement-Schutz* von Art. 33 Abs. 2 genießen. Dies erscheint insofern widersprüchlich, als der Geltungsbereich des Refoulement-Schutzes von Art. 33 Abs. 2 FK in aller Regel das Erfüllen des Flüchtlingsbegriffes von Art. 1A Abs. 2 FK voraussetzt. Das Urteil ist denn auch auf verbreitete Kritik gestossen.¹⁴⁰ Andererseits scheint es der Praxis einiger Staaten wie Australien und Neuseeland zu entsprechen,¹⁴¹ worauf auch das erwähnte Urteil hinweist. Bemerkenswert ist auch, dass der Rat der EU für Justiz und Inneres bereits im Jahr 1996¹⁴² in einem Gemeinsamen Standpunkt betreffend die harmonisierte Anwendung der Definition des Begriffs "Flüchtling" in Artikel 1 des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge ausführte, für den Fall, dass der Betreffende seine Überzeugung ganz offensichtlich hauptsächlich mit dem Ziel zum Ausdruck bringe, die Bedingungen für seine Anerkennung als Flüchtling zu schaffen, könnten die entfalteten Aktivitäten prinzipiell nicht zu seiner Anerkennung als Flüchtling führen; dies gelte unbeschadet des Rechts des Betreffenden, nicht in ein Land abgeschoben zu werden, in dem sein Leben, seine körperliche Unversehrtheit oder seine Freiheit bedroht sein würden (Ziff. 9.2.). Auch das UNHCR scheint – wie dies den Richtlinien zur Auslegung von Artikel 1 aus dem Jahr 2001 entnommen werden kann¹⁴³ – nicht apodiktisch gegen die differenzierte Berücksichtigung allfälliger Missbrauchsfälle zu sein.

Die Praxis in den EU-Staaten, welche die Qualifikationsrichtlinie umsetzen, ist bei der Prüfung von selbstgeschaffenen Nachfluchtgründen indessen sehr unterschiedlich, sei es, was die Differenzierung nach der Absicht des potenziellen Flüchtlings,¹⁴⁴ sei es insbesondere auch, was das Verfahren und das Beweismass betrifft.¹⁴⁵ Die Europäische Kommission empfiehlt in ihrem Bericht zur Evaluation der Qualifikationsrichtlinie selbst, Artikel 5 Abs. 3 der Richtlinie 95/2011 ganz zu streichen.¹⁴⁶

Die kanadische Praxis folgt einem anderen Ansatz, indem sie bei der *Furcht* vor künftiger Verfolgung ansetzt und zwar anerkennt, dass im Einzelfall die objektive Furcht vor Verfolgung u.U. gegeben sein kann, dabei aber die Anforderungen an das subjektive Element der Furcht stark

¹⁴⁰ Siehe die Hinweise bei *Dörig* (Anm. 14), S. 1146 und die Kritik bei *Marx* (Anm. 14), S. 344.

¹⁴¹ Ausführlich *Hathaway/Foster* (Anm. 1), S. 85, mit Hinweisen auf diese Praxis.

¹⁴² Gemeinsamer Standpunkt 96/196/JI vom 4. März 1996, Amtsblatt der EU L 63/2 vom 13. März 1996.

¹⁴³ Siehe Internationaler Rechtsschutz, Auslegung von Art. 1 des Abkommens (Anm. 113), Ziff. 34.

¹⁴⁴ Die österreichische Gerichtspraxis etwa unterscheidet nicht zwischen missbräuchlichen und nicht-missbräuchlichen Nachfluchtgründen, sondern fragt nur, ob die gesetzten Gründe tatsächlich Verfolgung auslösen oder nicht; bei Verfolgung wird Asyl gewährt: Siehe Urteil des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Juni 2015, Ra 2014/01/0117, *e contrario*. Siehe ausführlicher dazu *Hannah Mautner*, *migraLex* 2018/1, S. 2ff.

¹⁴⁵ Einige EU-Mitgliedstaaten sehen besondere Verfahrensarten bzw. strengere Anforderungen an den Nachweis der Verfolgung vor, während andere keinen Unterschied machen; siehe *European Commission*, Evaluation of the application of the recast Qualification Directive (2011/95/EU), Final Report, Luxemburg 2019, S. 56f. Zu den Staaten, welche strengere Anforderungen stellen, gehörten zum Zeitpunkt der Evaluation Belgien, Deutschland, Griechenland und Polen, während die meisten anderen Staaten keinen Unterschied machten (darunter auch Österreich, Irland, Frankreich, Italien, die Niederlande oder Schweden).

¹⁴⁶ A.a.O., S. 57.

gewichtet, indem sie davon ausgeht, dass bei einer Person, die durch ihr Verhalten Verfolgung auslöst, diese subjektive Furcht fehlen dürfte.¹⁴⁷

Als Fazit kann demnach festgehalten werden, dass es keiner Anpassung der Genfer Flüchtlingskonvention bedarf, um Fälle von subjektiven Nachfluchtgründen sachgerecht zu behandeln, da das Schweizer Asylgesetz bereits heute einen Asylausschluss selbst bei nicht-missbräuchlich gesetzten Nachfluchtgründen kennt. Im Übrigen bietet das Folterverbot von Art. 3 EMRK Personen mit subjektiven Nachfluchtgründen unter Umständen Schutz vor Rückschiebung, wie sich diversen Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) entnehmen lässt, wobei allerdings ein erhebliches Gefährdungsprofil vorausgesetzt wird; im Falle eines Konvertiten aus dem Iran, welchen die Schweiz weggewiesen hatte, wurde beispielsweise das Vorgehen der Schweizer Behörden vom EGMR geschützt.¹⁴⁸

2.4. Weitere Kritikpunkte

Als Argument für das Ungenügen bzw. das «Veraltet-Sein» der Konvention wird mitunter vorgebracht, sie gebe keine Antwort auf neue Fluchtursachen. So hält das Postulat Müller fest, die Schutzgebote der Genfer Konvention «reflektieren eine vergangene Welt. Ihre Gebote gingen teilweise über das hinaus, was in einer globalisierten Welt zu leisten sei, teilweise blieben sie blind für einige der schlimmsten Fluchtursachen, weil sie Massenvernichtungswaffen und Terror noch nicht kannte“.

Die Kritik namentlich am Flüchtlingsbegriff wird mitunter von zwei gegensätzlichen Standpunkten vorgebracht, wie dies auch im Postulat implizit angeführt wird: Er sei zu weit oder zu eng. Die VerfasserInnen des Flüchtlingsbegriffes der Konvention wählten bei der Ausarbeitung einen eher engen Ansatz, der vom Konzept der Verfolgung ausging und einen selektiven Charakter hat. Wie KÄLIN¹⁴⁹ ausführt, würden die Elemente des Zwanges, der Ortsveränderung und der Schutzbedürftigkeit nicht genügen, um Flüchtling im Rechtssinn zu sein:

«Gemäss dem Flüchtlingsbegriff von Völkerrecht und Asylgesetz gelten beispielsweise nur die gezielte, staatliche und politische oder ähnlich motivierte Unterdrückung, nicht aber Kriegsfolgen, nichtstaatliche Unterdrückung oder die Unglücksfolgen von Naturkatastrophen als rechtlich relevante Verfolgung, obwohl sich solche Fluchtgründe unter Umständen viel stärker als politische Verfolgung auswirken können».

¹⁴⁷ Siehe die Hinweise bei *Hathaway/Foster* (Anm. 1), S. 82.

¹⁴⁸ EGMR, A. gegen die Schweiz, Nr. 60342/16, Urteil vom 19.12.2017, mit Hinweisen auf die frühere Rechtsprechung, namentlich auf F.G. gegen Schweden, Nr. 43611/11, Urteil vom 23.3.2016, wonach es zu einer Verletzung von Art. 2 und Art. 3 EMRK kommen würde, wenn der Beschwerdeführer ohne eine ex-nunc Prüfung der Konsequenzen seiner Konversion durch die schwedischen Behörden in den Iran abgeschoben würde.

¹⁴⁹ *Kälin*, Grundriss (Anm. 12), S. 24.

Die Verfasser der Konvention diskutierten denn auch, ob der Begriff breiter gefasst werden sollte. Wie ROBINSON¹⁵⁰ festhielt, der als Vertreter Israels an der Konferenz der Vertragsstaaten zur Verabschiedung der Konvention die Frage des möglichen Einbezugs von Opfern von Naturkatastrophen¹⁵¹ mitdiskutierte, seien diese absichtlich nicht eingeschlossen worden, da es kaum denkbar sei, dass

«fires, floods, earthquakes or volcanic eruptions, for instance, differentiated between their victims on the grounds of race, religion or political opinion».

ROBINSON wies darauf hin, dass die Flüchtlingsdefinition auch nicht alle menschengemachten Ereignisse umfasse, wie Personen, die vor kriegerischen Ereignissen fliehen würden, ausser diese seien durch Art. 1A der Konvention gedeckt.

Eine menschenrechtskonforme Auslegung des Flüchtlingsbegriffs¹⁵² – etwa im Bereich der Anerkennung geschlechtsspezifischer Verfolgung¹⁵³ – durch die Praxis zeigt indessen, dass es durchaus möglich ist, den Begriff auf geänderte Verfolgungsmuster anzuwenden, ohne sich von seiner Kernfunktion, dem Schutz Verfolgter, zu entfernen.

Werden Massenvernichtungswaffen oder Terror als Verfolgungsmassnahmen aus einem asylrelevanten Motiv gezielt gegen Personen eingesetzt, fallen diese Betroffenen nach ihrer Flucht selbstverständlich unter den Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention.

¹⁵⁰ Zitiert nach *Terje Einarsen*, *The Drafting History* (Anm. 1), S. 61f.

¹⁵¹ Auf die Frage der sog. «Umwelt- oder Klimaflüchtlinge» soll hier nicht eingegangen werden, da dieser Punkt vom Postulat nicht aufgeworfen wurde. Siehe dazu etwa ausführlich *Eva Hostettler*, *Der Schutz der internationalen Klimavertriebenen in Europa*, Zürich 2012, mit der Feststellung, dass diese Gruppe von Vertriebenen nicht als Flüchtlinge im Rechtssinn betrachtet werden können. Siehe im Weiteren *Britta Nümann*, *Umweltflüchtlinge? Umweltbedingte Personenbewegungen im Internationalen Flüchtlingsrecht*, Baden-Baden 2014; *Stefan Diezig*, *Umweltvertriebene im Flüchtlingsrechtlichen und menschenrechtlichen Kontext*, Zürich 2018.

Die Auffassungen («Views») des Menschenrechtsausschusses vom 7. Januar 2020 zur Frage einer Rückschiebung aus Neuseeland nach Kiribati betraf eine Refoulement-Frage und nicht die Flüchtlingseigenschaft; die Beschwerde von Ioane Teitiota wegen einer Gefährdung des Lebens aufgrund des steigenden Meeresspiegels wurde abgelehnt, da die Gefährdung nicht imminently drohte (CCPR/C/127/D/2278/2016).

¹⁵² Siehe oben Ziff. II.3.

¹⁵³ Siehe die Hinweise auf die Istanbul-Konvention des Europarates, oben Ziff. II.4. und die Hinweise bei Anm. 54. Siehe auch betreffend eine menschenrechtliche Auslegung des Flüchtlingsbegriffs *Nula Frei*, *Menschenhandel und Asyl. Die Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Opferschutz im schweizerischen Asylverfahren*, Baden-Baden 2018, S. 226ff., und zu den Schwierigkeiten der Anwendung des Flüchtlingsbegriffs auf Opfer von Menschenhandel S. 332ff.

3. Zu den Möglichkeiten des Ausschlusses oder der Beendigung der Flüchtlingseigenschaft sowie der Einschränkungen der Statusrechte

3.1. Rechtlicher Rahmen

Die Flüchtlingskonvention selbst verpflichtet in Art. 2 jeden Flüchtling gegenüber dem Land, in dem er sich aufhält, «sich den Gesetzen und Verordnungen sowie den Massnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu unterziehen». Die Konvention stellt damit klar, dass Flüchtlinge der Rechtsordnung des Aufnahmestaates unterstehen. Die Bestimmung führt damit lediglich aus, was als Selbstverständlichkeit anzusehen ist, dass nämlich jede Person die Rechtsordnung des Staates, auf dessen Territorium sie sich befindet, zu respektieren hat. Wie EGBUNA-JOSS¹⁵⁴ präzisiert, enthält Art. 2 FK jedoch keine Sanktionsmöglichkeiten im Falle einer Verletzung der allgemeinen Verpflichtung; während der Verhandlungen über die Erarbeitung der Konvention sei es von den Vertragsstaaten ausdrücklich abgelehnt worden, im Falle einer schwerwiegenden Verletzung von Art. 2 FK, auch bei einer Gefährdung der Verpflichtung, sich den Massnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu unterziehen, den internationalen Schutz als Flüchtling zu entziehen oder die Statusrechte einzuschränken.

Die Einschränkungen der Statusrechte bzw. der Entzug der Anerkennung als Flüchtling ergibt sich hingegen u.U. aus weiteren Regelungen der Konvention. Zu erwähnen sind hier im Sinne einer Übersicht folgende Bestimmungen:

- der Ausschluss von Personen, welche ausserhalb des Aufnahmestaates schwere Verbrechen begangen haben (Art. 1F FK);
- die Möglichkeiten zur Einschränkung der Rechte als eine vorläufige Massnahme «in Kriegszeiten oder bei anderen schwerwiegenden und aussergewöhnlichen Umständen» (Art. 9 FK);
- die Einschränkung der Ausstellung von Reiseausweisen an einen Flüchtling aus «zwingenden Gründen der Staatssicherheit oder der öffentlichen Ordnung» (Art. 28 FK);
- die Ausweisung eines Flüchtlings aus Gründen der Staatssicherheit oder der öffentlichen Ordnung (Art. 32 FK);
- schliesslich die Ausnahme vom Refoulement-Schutz in Art. 33 Ziff. 2 FK, wonach ein Flüchtling selbst in den Verfolgerstaat zurückgewiesen werden kann, «wenn erhebliche Gründe dafür vorliegen, dass er als eine Gefahr für die Sicherheit des Aufenthaltsstaates angesehen werden muss, oder wenn er eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist».

¹⁵⁴ Egbuna-Joss (Anm. 45), S. 26, mit weiteren Hinweisen.

Darüber hinaus bildet die Flüchtlingskonvention indessen ein geschlossenes System: So bleiben Personen, die als solche in einem Verfahren anerkannt worden sind, Flüchtlinge, solange sie sich im Aufnahmestaat aufhalten. Der Status darf also bei einer Person, die nicht aus- oder in den Verfolgerstaat zurückgewiesen werden kann (Art. 32 und 33 FK), als solcher nicht entzogen werden, ausser es trete einer der Beendigungsgründe ein, die abschliessend in Art. 1C FK geregelt sind und die in der Praxis durchaus eine bedeutende Rolle spielen: freiwillige Unterschutzstellung unter den Heimatstaat (Ziff. 1); freiwillige Wiedererlangung des Schutzes des Heimatstaates (Ziff. 2); Erwerb einer neuen Staatsangehörigkeit (Ziff. 3); freiwillige Rückkehr in den Verfolgerstaat (Ziff. 4); wesentliche Änderung der Umstände im Verfolgerstaat, die es dem Flüchtling objektiv erlauben, den Schutz dieses Staates wieder in Anspruch zu nehmen (Ziff. 5; dasselbe gilt gemäss Ziff. 6 für Staatenlose).¹⁵⁵

Damit ist folgendes Fazit zu ziehen: Wenn kein Beendigungsgrund gemäss Art. 1C FK eintritt, bleibt eine Person (auch bei Delinquenz oder einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit) Flüchtling, wenn sie nicht ausgewiesen oder zurückgewiesen werden kann. Art. 33 Abs. 1 FK verbietet die Ausweisung oder Rückstellung eines Flüchtlings in das Gebiet eines Staates, wo sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre; Art. 33 Abs. 2 FK lässt aber – wie erwähnt – bei besonders schweren Verbrechen oder Vergehen und rechtskräftiger Verurteilung Ausnahmen zu. Immer zu prüfen bleibt in diesen Fällen indessen, ob eine Rückstellung gegen das menschenrechtliche Refoulement-Verbot,¹⁵⁶ welches die Rechtsprechung des EGMR aus dem Folterverbot von Art. 3 EMRK abgeleitet hat, oder dasjenige von Art. 3 der UNO-Konvention gegen die Folter (FoK) verstossen würde, auch wenn eine ausnahmsweise Rückschiebung gestützt auf Art. 33 Abs. 2 FK aufgrund der Schwere der Straftat möglich wäre. Aufgrund der Entwicklung der Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK (resp. zu Art. 3 FoK) besteht heute eine gewisse Asymmetrie, indem schwer straffällig gewordene Flüchtlinge im Asylstaat verbleiben können, ohne ihre Flüchtlingseigenschaft zu verlieren.

Mitunter wird diskutiert, ob im Falle von gefährlichen Personen (wie etwa potenziellen Terroristen) eine Rückführung in die Heimat in solchen Fällen dennoch ermöglicht werden könnte, indem vom Verfolgerstaat sog. „*diplomatische Zusicherungen*“ eingeholt würden, dass die Person nach der Rückführung nicht gefoltert bzw. unmenschlich behandelt würde.¹⁵⁷ Dieser

¹⁵⁵ Zur Anwendung der Beendigungsgründe in der Schweizer Praxis siehe SFH (Hrsg.), Handbuch (Anm. 103), S. 217ff.

¹⁵⁶ Siehe hierzu aktuell und umfassend *Fanny de Weck*, Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture, Leiden 2017; siehe auch *Eman Hamdan*, The Principle of Non-Refoulement under the ECHR and the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Leiden 2016.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu *Walter Kälin/Jörg Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 4. Auflage, Basel 2019, S. 633, mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis.

hauptsächlich im Rahmen von Auslieferungen geübten Praxis ist viel Kritik von Seiten internationaler Menschenrechtsorgane¹⁵⁸, aber auch vom UNHCR¹⁵⁹ erwachsen, dies auch aufgrund von Fällen, in welchen Personen nach Überführung trotz Zusicherungen gefoltert wurden.¹⁶⁰ Nach der Praxis des EGMR¹⁶¹ – wie auch des UNO-Menschenrechtsausschusses¹⁶² – sind solche Deportationen nicht per se unrechtmässig.¹⁶³ Der ausliefernde bzw. ausschaffende Staat hat sich indessen zu vergewissern, dass die abgegebene Zusicherung – in der konkreten Situation und zum relevanten Zeitpunkt – tatsächlich Schutz vor Misshandlung garantieren kann und dass deren Einhaltung auch tatsächlich überprüft werden kann,¹⁶⁴ was die jederzeitige Zugangsmöglichkeit zur betroffenen Person bedingt. Damit werden laut KÄLIN und KÜNZLI¹⁶⁵ für die Rechtmässigkeit von Auslieferungen oder Rückschiebungen in Staaten mit einem erheblichen Folterrisiko hohe Hürden errichtet.

Zu beachten gilt zudem, dass bei der vor allem im Kontext von Auslieferungen entwickelten Praxis der um Auslieferung ersuchende Staat regelmässig ein höheres Interesse an einer korrekten Behandlung der ausgelieferten Person haben dürfte, um auch künftig als verlässlicher Vertragsstaat betrachtet zu werden, als dies beim Zielstaat (und Verfolgerstaat) im Falle der Abschiebung eines Flüchtlings der Fall sein dürfte.

Landesrechtlich präsentiert sich die Situation folgendermassen: Die Asylgewährung zieht in der Regel die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach sich, auf welche Flüchtlinge mit Asyl Anspruch haben (Art. 60 AsylG). Ein *Widerruf des Asyls und gleichzeitig eine Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft* ist möglich, wenn die Person das Asyl oder die Flüchtlingseigenschaft durch falsche Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen erschlichen hat, wenn Gründe des Art. 1C FK vorliegen oder nun explizit auch bei Heimatreisen (Art. 63 Abs. 1 und 1bis AsylG). Lediglich das *Asyl widerrufen* – unter Beibehaltung der Flüchtlingseigenschaft – wird bei Verletzung der inneren oder äusseren Sicherheit oder bei Begehung besonders verwerflicher Handlungen (Art. 63 Abs. 2 AsylG). Rechtsfolge ist in diesem Fall die vorläufige Aufnahme (durch Gegen Ausnahme in Art. 83 Abs. 7 AIG, da bei Vorliegen von Unzulässigkeit eine solche Aufnahme möglich bleibt), sofern nicht eine strafbare Handlung zur Anordnung der Landesverweisung führt, welche wiederum die vorläufige Aufnahme ausschliesst (Art. 83 Abs. 9 AIG).

¹⁵⁸ Siehe die Hinweise bei *de Weck* (Anm. 156), S. 434f, auch mit Verweis auf eine Vielzahl kritischer Stimmen von Menschenrechtsorganisationen.

¹⁵⁹ UNHCR, Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection, Protection Operations and Legal Advice Section Division of International Protection Services, Genf, August 2006, <https://www.refworld.org/pdfid/44dc81164.pdf>.

¹⁶⁰ Siehe die Fälle vor dem UNO-Antifolterausschuss *Agiza gegen Schweden*, Nr. 233/2003 (2005), und vor dem UNO-Menschenrechtsausschuss *Alzery gegen Schweden*, Nr. 1416/2005 (2006).

¹⁶¹ Siehe ausführlich *de Weck* (Anm. 156), S. 416ff

¹⁶² Laut *de Weck* (Anm. 156), welche die Praxis des Menschenrechtsausschusses ausführlich darstellt (S. 422ff.) verfolgt dieser einen restriktiverem Ansatz als der EGMR (siehe den Vergleich der beiden Instanzen auf S. 431ff.).

¹⁶³ Im Fall einer drohenden Todesstrafe kann die Zusicherung des Verzichts auf deren Vollzug durchaus zielführend bei der Auslieferung von Kriminellen sein, da hier üblicherweise eine genügend starke Kontrolle besteht; siehe *de Weck* (Anm. 156), S. 432, mit Hinweisen.

¹⁶⁴ *Kälin/Künzli* (Anm. 157), S. 633f.

¹⁶⁵ A.a.O., S. 634.

Bei Flüchtlingen, welchen zwar das Asyl aberkannt wird, deren Flüchtlingseigenschaft aber nicht aberkannt werden kann, verbleiben als Sanktionsmöglichkeiten dieselben, welche gegenüber der einheimischen Bevölkerung ergriffen werden können, namentlich strafrechtliche oder verwaltungsrechtliche Sanktionen. Sanktionen, die nur auf die Flüchtlingseigenschaft zielen und die damit verbundenen Rechte einschränken möchten, sind damit nicht zulässig, sobald die Flüchtlingseigenschaft einmal zuerkannt worden ist, es sei denn, die Konvention lasse selbst eine Einschränkung eines Statusrechts zu.

3.2. Integrations- und Verhaltensanforderungen

Die Selbstverständlichkeit der Verpflichtung aus der Konvention, sich wie alle Bürgerinnen und Bürger des Landes und die im Inland lebenden Ausländerinnen und Ausländer an die Gesetze zu halten, verlangt von den Flüchtlingen indessen nicht ein höheres Mass an Integration als von der Rechtsordnung vorgesehen. Diesen Grundsatz hat das Bundesgericht¹⁶⁶ in folgender Weise festgehalten:

„Aus dem Integrationsprinzip lassen sich keine über die gesetzlichen Gebote hinaus gehende Assimilationspflichten ableiten, die von den hier lebenden Ausländern eine umfassende Anpassung an hiesige Gebräuche und Lebensweisen verlangen würden.“

Soweit die Gesetzgebung indessen explizit für Flüchtlinge geltende Integrationsforderungen stellt, sind diese zu erfüllen. Das Asylgesetz selbst enthält keine spezifischen Regelungen in Bezug auf Integrationsanforderungen. Grundsätzlich wird zwar betreffend Rechtsstellung der Flüchtlinge auf das Ausländergesetz verwiesen, soweit das Asylgesetz selbst oder die Flüchtlingskonvention keine besonderen Bestimmungen enthalten (Art. 58 AsylG). Zu diesen Rechten gehören der Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung (Art. 60 AsylG), auf Erwerbstätigkeit (Art. 61 AsylG) und auf Zulassung zu den eidgenössischen Medizinalprüfungen (Art. 62 AsylG).

Spezifisch auf Flüchtlinge zielt indessen Art. 10 VIntA¹⁶⁷, welcher erlaubt, *Flüchtlinge* und vorläufig aufgenommene Personen, *die Sozialhilfe beziehen*, zur Teilnahme an Integrations- und Beschäftigungsprogrammen zu verpflichten. Als *Sanktion* sieht die Bestimmung in Abs. 2 vor, dass Sozialhilfeleistungen nach kantonalem Recht oder auch nach Art. 83 Abs. 1 Bst. d AsylG *gekürzt* werden können, wenn sie der Verpflichtung ohne entschuldbaren Grund nicht nachkommen. Die bundesgesetzliche Grundlage (Art. 83 Abs. 1 AsylG) erlaubt die Kürzung bei einer

¹⁶⁶ BGE 134 II 1 E. 4.2.

¹⁶⁷ Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VIntA) vom 15. August 2018, SR 142.205.

Person, die es «offensichtlich unterlässt, ihre Lage zu verbessern, namentlich wenn sie eine ihr zumutbare Arbeit oder Unterkunft nicht annimmt».

Diese Bestimmung erweist sich als mit der Flüchtlingskonvention unter der Voraussetzung konform, dass die übrige Wohnbevölkerung aufgrund der kantonalen Sozialhilferegulungen in gleichem Mass sanktioniert wird.¹⁶⁸ Diesen Grundsatz hält Art. 83 Abs. 1bis AsylG auch ausdrücklich fest, indem er ausführt, die Möglichkeiten der Ablehnung, der Kürzung oder des Entzuges der Sozialhilfe könnten nur dann zum Zuge kommen, wenn die Gleichbehandlung mit der einheimischen Bevölkerung gewährleistet ist.¹⁶⁹ Da die kantonale Gesetzgebung die Möglichkeit der Kürzung bzw. des Entzuges der Sozialhilfe durchwegs kennt, erweist sich diese Sanktion damit als konventionskonform.¹⁷⁰

Bei dauerhaftem und erheblichem Bezug von Sozialhilfe ermöglicht Art. 63 AIG auch bei Flüchtlingen den Widerruf einer Niederlassungsbewilligung (Abs. 1 lit. c). Da eine Wegweisung bei Flüchtlingen aufgrund der Geltung des Rückschiebungsverbot von Art. 33 FK, Art. 25 BV und Art. 3 EMRK in aller Regel nicht möglich ist, drängt sich in diesen Fällen, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen, die Anwendung von Art. 63 Abs. 2 AIG auf, der eine *Rückstufung* von einer Niederlassungsbewilligung auf eine Aufenthaltsbewilligung vorsieht. Das Gesetz ermöglicht diese Rückstufung, wenn die Integrationsanforderungen von Art. 58a AIG nicht erfüllt sind. Darunter fallen namentlich folgende Kriterien: die Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die Respektierung der Werte der Bundesverfassung, Sprachkompetenzen und Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung (Abs. 1), wobei den besonderen Umständen laut Abs. 2 von Art. 58a AIG angemessen Rechnung zu tragen ist. Dies erlaubt, die besondere Situation von Flüchtlingen, die z.B. älter oder traumatisiert sind, zu berücksichtigen (siehe auch Art. 77f VZAE¹⁷¹). Was unter Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu verstehen ist, führt die Verordnung in Art. 77a VZAE weiter aus: So liegt eine solche etwa dann vor, wenn eine Person gesetzliche Vorschriften und behördliche Verfügungen missachtet oder öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verpflichtungen mutwillig nicht erfüllt.

Schliesslich hat die Nichterteilung der Niederlassungsbewilligung bzw. die Rückstufung auf eine Aufenthaltsbewilligung zur Konsequenz, dass die betroffene *Person nicht eingebürgert* werden kann, da Art. 9 Abs. 1 lit. a BÜG den Besitz der Niederlassungsbewilligung für die Erteilung der Einbürgerungsbewilligung voraussetzt.

¹⁶⁸ Zur Inländergleichbehandlung im Bereich der Sozialhilfe siehe oben Ziff. II.1.3.

¹⁶⁹ Siehe auch *Hruschka*, OFK-Kommentar (Anm. 14), Art. 83. Die Bestimmung wurde in der parlamentarischen Debatte im Ständerat als Zweitrat eingefügt, um den Anforderungen an die FK Genüge zu tun, Amtl. Bull. S 2012 S. 706.

¹⁷⁰ Zur Einschränkung der Sozialhilfe siehe *Guido Wizent*, Sozialhilferecht, Zürich/St. Gallen 2020, S. 309ff., mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁷¹ Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE), SR 142.201.

Damit kann als Fazit festgehalten werden, dass die Behörden gegenüber kooperationsunwilligen Flüchtlingen, welche die öffentliche Ordnung nicht beachten oder in erheblichem Mass Sozialhilfe beanspruchen, als Sanktion eine bereits erteilte Niederlassungsbewilligung entziehen und die Betroffenen auf eine Aufenthaltsbewilligung «zurückstufen» bzw. eine Niederlassungsbewilligung erst gar nicht ausstellen können, da deren Erteilung neben einem 10-jährigen Aufenthalt die Integration i.S. von Art. 58a AIG voraussetzt (Art. 33 Abs. 2 lit. a und c AIG; siehe auch Art. 96 AIG, wonach bei der Ermessensausübung – und bei der Erteilung der Niederlassungsbewilligung handelt es sich um eine Ermessensbewilligung – auch die Integration der ausländischen Person zu berücksichtigen ist). Auch der Ausschluss von der Möglichkeit der Erteilung des Bürgerrechts im Falle fehlender Integration impliziert einen starken Anreiz zur Einhaltung von Integrationsanforderungen. Hinzu kommt – ebenso wie bei Inländern und anderen Ausländern – die Möglichkeit, unter gewissen Voraussetzungen die Sozialhilfe zu kürzen.

3.3. Zur Frage der sogenannten «Gefährder»

Im Postulat wird der Umgang mit «Gefährdern» angesprochen, die in einem Unterzeichnerstaat Asyl beantragen. Zu untersuchen ist daher zunächst, was unter dem Begriff des «Gefährders» zu verstehen ist, und welche asyl- und konventionsrechtlichen Folgen die Einstufung einer Person als Gefährder haben kann, sei dies bei Feststellung während des Asylverfahrens, sei dies nach Abschluss eines Asylverfahrens.

Der Begriff des «Gefährders» fand bislang lediglich in einige kantonalen Polizeigesetze Eingang. Es handelt sich dabei um einen im Schweizer Recht bislang wenig etablierten Begriff.¹⁷² Auf Bundesebene wurde der Begriff im Rahmen des mittlerweile von beiden Räten verabschiedeten Gesetzgebungsprojekts zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) erstmals als «terroristischer Gefährder/terroristische Gefährderin» gesetzlich normiert und mit Rechtsfolgen verknüpft.¹⁷³

Gemäss Art. 23e Abs. 1 E-BWIS gilt eine Person als «terroristischer Gefährder/terroristische Gefährderin», «wenn aufgrund konkreter und aktueller Anhaltspunkte davon ausgegangen werden muss, dass sie oder er eine terroristische Aktivität ausüben wird». Die terroristische Aktivität wird in Art. 23e Abs. 2 E-BWIS als „Bestrebungen zur Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung, die durch die Begehung oder Androhung von schweren Straftaten

¹⁷² Vgl. Karin Greuter, in: Schwarzenegger Christian / Brunner Reinhard (Hrsg.), Bedrohungsmanagement - Häusliche Gewalt, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 95.

¹⁷³ Die neuen polizeilichen Massnahmen sollen in bestehende, gleichrangige Erlasse integriert werden. Die Vorlage ist deshalb als Mantelerlass ausgestaltet und hat u.a. Anpassungen im Bereich des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) vom 21. März 1997, SR 120, des AIG und des AsylG zur Folge; vgl. dazu die Botschaft zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus vom 22. Mai 2019 (Botschaft PMT), BBl 2019 4751 ff. Die Referendumsfrist zum PMT läuft noch bis zum 14.1.2021.

oder mit der Verbreitung von Furcht und Schrecken verwirklicht oder begünstigt werden sollen“, näher ausgeführt.

Dabei gelten *Anhaltspunkte als konkret*, «wenn die Befürchtungen durch das Verhalten der betroffenen Person begründet und durch Tatsachen erhärtet sind. Konkrete Anhaltspunkte legen den Schluss nahe, dass es in überschaubarer Zeit zu einer Verletzung eines bedeutenden Rechtsgutes kommen könnte.»¹⁷⁴ *Aktuell sind die Anhaltspunkte*, «die zum Zeitpunkt der Anordnung einer Massnahmen (noch) vorhanden sind.»¹⁷⁵

In den Art. 23k ff. E-BWIS werden gegen terroristische Gefährder/terroristische Gefährderinnen gerichtete präventiv-polizeiliche Massnahmen zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten umschrieben. Namentlich werden eine Melde- und Gesprächsteilnahmepflicht (Art. 23k E-BWIS), Kontaktverbote (Art. 23l E-BWIS), die Ein- und Ausgrenzung (Art. 23m E-BWIS), die Eingrenzung auf eine Liegenschaft (Art. 23o E-BWIS ff.) und ein Ausreiseverbot (Art. 23n E-BWIS) vorgesehen.

Mit Inkrafttreten des PMT würden die ausländerrechtlichen Haftgründe ausgeweitet, indem für die Vorbereitungshaft, die Ausschaffungs- sowie die Dublin-Ausschaffungshaft neu als Haftgrund auch die Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz gelten soll.¹⁷⁶ Die Bestimmung zu den Haftbedingungen gemäss Art. 81 AIG wurde um zwei neue Absätze ergänzt, welche es der zuständigen Behörde ermöglichen, die Kontakte von sich in ausländerrechtlicher Haft befindlichen und eine Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz darstellenden Ausländern einzuschränken (Abs. 5) oder soweit erforderlich auch Einzelhaft (Abs. 6) anzuordnen. Zudem soll eine rechtskräftig ausgewiesene Person – analog der Landesverweisung – künftig nicht mehr vorläufig aufgenommen werden können (Art. 31 Abs. 3 E-AIG).

Gemäss der Strategie der Schweiz zur Terrorismusbekämpfung sind die schweizerischen Behörden verpflichtet, insbesondere bei grenzüberschreitenden Bewegungen (Einreise, Ausreise, Durchreise) sicherheitsrelevante Umstände festzustellen, ausländerrechtliche Bewilligungen kritisch zu prüfen sowie bei Asyl- und Einbürgerungsgesuchen sicherheitsrelevante Aspekte besonders zu berücksichtigen.¹⁷⁷ Im Zuge des PMT und des damit neu geschaffenen Art. 98c E-AIG sowie Art. 5a E-AsylG wurde die Zusammenarbeit in der Terrorismusbekämpfung (die auch die Erkennung terroristischer Gefährdungen mit einschliesst) gesetzlich statuiert, die erforderlichen Einsichtsrechte des SEM ausgeweitet¹⁷⁸ und dadurch die Pflicht zur Koordination von durch das SEM ergriffenen Massnahmen mit gegen terroristische Gefährder gerichteten und von Fedpol ergriffenen präventiv-polizeilichen und administrativen Massnahmen verankert.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Botschaft PMT (Anm. 173), BBl 2019 4783 zum Begriff des „terroristischen Gefährders“.

¹⁷⁵ Botschaft PMT (Anm. 173), BBl 2019 4784.

¹⁷⁶ Im Einzelnen siehe die Art. 75 Abs. 1 Bst. i, 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 und Art. 76a Abs. 2 Bst. j E-AIG; ausführlicher dazu Botschaft PMT (Anm. 173), BBl 2019 4769.

¹⁷⁷ Botschaft PMT (Anm. 173), BBl 2019 4812 f. Siehe auch den Bericht *Strategie Terrorismusbekämpfung* vom 18. September 2015, BBl 2015 7488.

¹⁷⁸ Im Einzelnen Botschaft PMT (Anm. 173), BBl 2019 4813, 4830 ff.

¹⁷⁹ Zu den weiteren Anpassungen des Asylgesetzes infolge des PMT siehe Botschaft PMT (Anm. 173), BBl 2019 4813 ff.

Die Botschaft zum PMT nennt beispielhaft eine ganze Reihe von Personen, welche «eine Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit» der Schweiz darstellen könnten:¹⁸⁰

- Straftäterinnen und Straftäter, die in der Schweiz für Straftaten im Zusammenhang mit Terrorismus rechtskräftig verurteilt wurden;
- jedoch auch Personen, die nach dem Straf- und Massnahmenvollzug aufgrund ihrer terroristischen Ideologie die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährden;
- Inhaftierte, die versuchen, Mitinhaftierte zu radikalieren und in der Absicht zu bestärken, terroristische Anschläge zu begehen;
- Rekrutierende, die über das Internet versuchen, Personen für die Unterstützung terroristischer krimineller Organisation zu gewinnen und zu terroristischen Aktivitäten zu verleiten;
- Kämpferinnen und Kämpfer, die aus Konfliktgebieten mit terroristischen Absichten in die Schweiz zurückkehren;
- und schliesslich auch ausländische Staatsangehörige, die eine Gefährdung für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz darstellen, jedoch *aufgrund des Non-Refoulement-Grundsatzes nicht in ihren Heimat- oder Herkunftsstaat zurückgeführt* werden können und deshalb vorerst in der Schweiz bleiben.

Soweit es sich bei den in den vorangehenden Fallgruppen erwähnten Personen um Asylsuchende oder anerkannte Flüchtlinge (mit oder ohne Asylstatus) handelt und eine Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz im Einzelfall erstellt ist, resultieren daraus behördlicherseits (asylrechtliche) Handlungspflichten. Im Hinblick auf die asylrechtliche Behandlung ist zu differenzieren, ob eine Person, welche eines dieser Kriterien erfüllt, noch asylsuchend ist, d.h. über ihr Asylgesuch noch nicht entschieden worden ist, oder ob sie nach Asylgewährung und/oder nach der Anerkennung als Flüchtling als terroristische Gefährderin oder terroristischer Gefährder (nachfolgend: Gefährder/Gefährderin) eingestuft worden ist.

a) Feststellung vor oder während des Asylverfahrens

Erfüllt die Person die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG resp. Art. 1A Abs. 2 FK, stellt sich die Frage, ob die Gründe für einen *Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft* gestützt auf Art. 1F FK einschlägig sind bzw. sein können. Die Richtlinie 2011/95 (Qualifikationsrichtlinie) enthält in Art. 12 analoge Bestimmungen.

Laut Art. 1F FK finden die Bestimmungen des Abkommens (d.h. auch das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft) keine Anwendung auf Personen, bei denen ernsthafte Gründe für den Verdacht bestehen, dass sie a) ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne der internationalen Vertragswerke begangen haben, die Bestimmungen zur Verhinderung solcher Verbrechen enthalten; b) dass sie ein schweres Verbrechen des gemeinen Rechts ausserhalb des Gastlandes begangen haben, bevor

¹⁸⁰ Botschaft PMT (Anm. 173), BBl 2019 4757. Hervorhebung durch die Gutachter. Die Botschaft greift hierbei den Wortlaut von Art. 23e E-BWIS nicht auf und bezeichnet diese Personen zwar als Gefahr für die «innere oder äussere Sicherheit der Schweiz», jedoch nicht als «terroristische Gefährder»; ob und inwieweit diese Begriffe kongruent sind, wird die Rechtsprechung klären müssen.

sie dort als Flüchtling aufgenommen worden sind; c) dass sie sich Handlungen zuschulden kommen liessen, die gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen gerichtet sind.

Nur bei gemeinrechtlichen Delikten stellt die Konvention für einen Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft also auf eine Begehung einer Straftat ausserhalb des Gastlandes ab, womit gemeinrechtliche Verbrechen im Gastland nicht zu einem Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft führen. Im Übrigen hängt die Rechtsfolge somit davon ab, welche Handlungen einem Gefährder/einer Gefährderin vorgeworfen werden. Handelt es sich namentlich um mutmassliche Terroristen, dürfte ein Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft regelmässig vorliegen.¹⁸¹ So verweist auch der Erwägungsgrund 31 der Richtlinie 2011/95 darauf, dass «die Handlungen, Methoden und Praktiken des Terrorismus im Widerspruch zu den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen stehen», ebenso, dass «die wissentliche Finanzierung und Planung terroristischer Handlungen sowie die Anstiftung dazu ebenfalls im Widerspruch zu den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen stehen». EGBUNA-JOSS¹⁸² verweist auf verschiedene Resolutionen des UNO-Sicherheitsrates und der UNO-Generalversammlung, in welchen die Staaten aufgerufen werden, mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass mögliche Terroristen nicht als Flüchtlinge anerkannt werden. Unter Umständen können «terroristische Gefährder» somit von der Flüchtlingseigenschaft und damit von den Rechten der Konvention ausgeschlossen werden. Dies hängt aber massgeblich vom Verhalten und der Schwere der Vorwürfe ab, so dass hier keine abschliessende Folgerung für alle in der Gesetzgebung unter den Begriff des «terroristischen Gefährders» subsumierten Personengruppen gezogen werden kann.¹⁸³ Ein Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft würde bedeuten, dass sich die Person auch nicht auf den flüchtlingsrechtlichen Rückschiebungsschutz von Art. 33 FK berufen könnte, hingegen vom menschenrechtlichen Rückschiebungsschutz erfasst bliebe, der aufgrund seines absoluten Charakters keine Ausnahmen zulässt.¹⁸⁴

Gehen die Behörden davon aus, dass eine Person als terroristische Gefährderin bzw. als terroristischer Gefährder einzustufen ist, *erfüllt die Person aber die Flüchtlingseigenschaft* nach Art. 1A Abs. 2 FK und Art. 3 AsylG, ist die asylrechtliche Konsequenz der Ausschluss von der Asylgewährung wegen Asylunwürdigkeit gestützt auf Art. 53 AsylG, da regelmässig¹⁸⁵ eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz vorliegen dürfte (Bst. b.). Regelmässig dürften allfällige Tätigkeiten dieser Personengruppe auch als verwerfliche Handlungen i.S. Art.

¹⁸¹ Siehe hierzu ausführlich *Egbuna-Joss* (Anm. 6945), S. 203ff.

¹⁸² *Egbuna-Joss* (Anm. 69), S. 203ff., mit kritischen Anmerkungen.

¹⁸³ Gemäss Botschaft PMT (Anm. 173), BBl 2019 4784, liegen «konkrete und aktuelle Anhaltspunkte (...) beispielsweise dann vor, wenn eine Person sich zunehmend aus ihren gewohnten sozialen Strukturen zurückzieht und zu einem Umfeld Kontakte zu pflegen beginnt, in welchem zu terroristischer Gewalt aufgerufen, eine solche gerechtfertigt oder verherrlicht wird». Entscheidend sei, ob eine polizeiliche Gefahr vorliege. Es versteht sich von selbst, dass nicht in allen solchen Fällen eine Person automatisch von der Flüchtlingseigenschaft ausgeschlossen werden kann.

¹⁸⁴ Siehe die Hinweise oben in Anm. 156.

¹⁸⁵ Auch hier handelt es sich indessen nicht um einen Automatismus, sondern es muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Einstufung als terroristischer Gefährder zur Asylunwürdigkeit führt; siehe die Bemerkungen oben bei Anm. 183.

53 Bst. a AsylG angesehen werden können, dessen Anwendung gemäss Praxis des SEM keine rechtskräftige Verurteilung voraussetzt. Im Weiteren spielt für die Anwendung von Art. 53 AsylG auch keine Rolle, ob die verwerflichen Handlungen in der Schweiz oder im Ausland begangen wurden.¹⁸⁶ Rechtsfolge wäre demnach der Ausschluss von der Asylgewährung.

b) Feststellung nach Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft und/oder Asylgewährung

Das Asylgesetz sieht für Flüchtlinge mit Asylgewährung, welche die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz verletzt haben oder gefährden oder die eine besonders verwerfliche strafbare Handlung begangen haben, in Art. 63 Abs. 2 AsylG einen *Widerruf des Asyls* vor. Demnach dürfte in vielen der vom Bundesrat in seiner Botschaft erwähnten Fallgruppen von «terroristischen Gefährdern»¹⁸⁷ eine Subsumtion unter die Asylwiderrufsbestimmung wahrscheinlich werden.

Hingegen sieht die Konvention *nach Feststellung der Flüchtlingseigenschaft* keine Aberkennung derselben aufgrund von Handlungen vor, welche die Sicherheit und Ordnung gefährden bzw. als schwerwiegende Delikte anzusehen sind.¹⁸⁸ Nur falls die Handlungen, welche einem Flüchtling vorgeworfen werden, eine Ausnahme vom Verbot der Zurückweisung nach Art. 33 Abs. 2 FK erlauben würden, könnte der «terroristische Gefährder» zurückgewiesen werden. Vorbehalten bleibt in diesem Fall immer, dass mit der Rückschiebung keine Verletzung des Rückschiebungsverbot von Art. 3 EMRK verbunden wäre, wodurch die Rückführung in den Heimatstaat dennoch in vielen Fällen unzulässig wird und die betroffene Person damit als Flüchtling in der Schweiz verbleibt. Somit bleiben (nur) die bereits oben¹⁸⁹ erörterten Sanktionsmöglichkeiten offen, welche auch gegenüber der einheimischen Bevölkerung ergriffen werden können, namentlich strafrechtliche oder verwaltungsrechtliche Sanktionen. Sanktionen, die nur auf die Flüchtlingseigenschaft zielen, und die damit verbundenen Rechte einschränken sollen, sind damit nicht zulässig. Indessen sieht die Konvention selbst die Möglichkeit zur Einschränkung einer Reihe von Statusrechten vor. So darf bspw. die Ausstellung eines Reiseausweises für Flüchtlinge nach Art. 28 FK aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verweigert werden.¹⁹⁰ Unter Umständen kann auch eine ungewisse Identität einer Person, welche den Flüchtlingsstatus erhalten hat, als Sicherheitsrisiko (für die Staaten, in welche die Person reisen kann) angesehen werden.¹⁹¹

¹⁸⁶ Siehe *Hruschka*, OFK-Kommentar (Anm. 14), Art. 53 Rz 4.

¹⁸⁷ Siehe oben bei Anm. 180.

¹⁸⁸ Siehe bereits die Darstellung des rechtlichen Rahmens oben Ziff. 3.1.

¹⁸⁹ Ziff. III.3.1.

¹⁹⁰ Siehe bereits oben Ziff. III.3.1.

¹⁹¹ Siehe hierzu das Urteil des Norwegischen Supreme Courts vom 31.10.2017 im Fall Immigration Appeals Board v. A, B und C, HR-2017-2978-A (Case no. 2016/760). Siehe zur Frage der Einschränkung von Reisedokumenten auch *Egbuna-Joss* (Anm. 69), S. 244f.

Als *Fazit* ist demnach festzuhalten, dass «terroristische Gefährder», wie sie – das Referendum vorbehalten – in die schweizerische Gesetzgebung aufgenommen wurden, regelmässig von der Asylgewährung ausgeschlossen werden können bzw. das Asyl nach Abschluss des Asylverfahrens widerrufen werden kann. Unter Umständen werden solche Gefährder, die Asyl beantragen, gar vom Geltungsbereich der Konvention ausgeschlossen. Nach Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft bleiben – neben den allgemeinen Sanktionsmöglichkeiten der Rechtsordnung – die Möglichkeiten zur Einschränkung der Rechte aus der Flüchtlingskonvention. Zu prüfen ist unter Umständen, ob eine Rückschiebung mittels «diplomatischer Zusicherungen» des Zielstaates ermöglicht werden kann. Immer einzuhalten gilt es aber das menschenrechtliche Verbot der Rückschiebung als völkerrechtlich zwingende Rechtsnorm, wenn einer Person im Zielstaat Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung droht.

4. Verbot der freien Wahl des Asylstaates

Das Postulat verlangt im Zusammenhang mit einer möglichen Anpassung der Konvention an die heutige Zeit ein «Verbot der freien Wahl des Asylstaates». In der Begründung führt der Postulant aus, dass es Einschränkungen geben sollte, welche «die sekundäre Migration verhindern, vor allem, wenn die Wirtschaftsbedingungen nicht genügend sind (z.B. die Tibeter, die sich in Indien aufhalten und in der Schweiz Asyl beantragen, da es ihnen wirtschaftlich nicht gut genug geht)».

Das Postulat spricht damit zwei unterschiedliche Punkte an, die weniger direkt die Flüchtlingskonvention, als vielmehr das internationale Flüchtlingsregime als Ganzes betreffen:

- die Frage nach der freien Wahl des Asylstaates durch Asylsuchende, die noch keine Aufnahme gefunden haben;
- die Frage nach den Sekundärwanderungen von andernorts bereits aufgenommenen Flüchtlingen.

Bis Ende der 70-er Jahre wurde auf internationaler Ebene das Prinzip der freien Wahl des Asyllandes postuliert. Dies reflektiert etwa der Beschluss Nr. 15 des Exekutivkomitees für das Programm des UNHCR aus dem Jahr 1979, indem er ausführt, dass «die Vorstellungen des Asylsuchenden hinsichtlich des Landes, in welchem er um Asyl nachsuchen möchte, soweit möglich berücksichtigt werden [sollten]. (...) Wo jedoch deutlich wird, dass eine Person vor der Stellung des Asylantrages schon enge Beziehungen zu einem anderen Staat hat, sollte sie, wenn es fair und vernünftig ist, zuerst in jenem Staat Asyl beantragen.» Die Bestimmungen über sichere

Drittstaaten, die bereits vor dem Abschluss des Dubliner Abkommens im Jahr 1990 in verschiedenen nationalen Gesetzen Eingang gefunden hatten,¹⁹² bezogen sich auf letztere Konstellation.

Tatsache ist indessen, dass *heute* – wie untenstehend zu zeigen sein wird – die Zuständigkeitsregeln von Dublin und Drittstaatenregelungen eine solche Wahlmöglichkeit in aller Regel ausschliessen.

4.1. Zuständigkeitsregeln nach der Dublin-Verordnung

Die Regeln zur Festlegung der Zuständigkeit für die Prüfung von Asylgesuchen des Dublin-Abkommens von 1990¹⁹³, das später in den Rahmen des EU-Rechts überführt wurde und aktuell in der Dublin-III-VO (Nr. 604/13) verankert ist,¹⁹⁴ lassen – was die Situation in Europa betrifft – keinen Spielraum mehr für eine freie Wahl des Asyllandes. Art. 7 ff. der Verordnung legen nach objektiven Kriterien fest, welcher Staat innerhalb des Dublin-Raums (die EU und die assoziierten Staaten, namentlich auch die Schweiz) zuständig ist, wobei der Wunsch einer Person, das Asylverfahren in einem bestimmten Staat durchlaufen zu können, kaum berücksichtigt wird.¹⁹⁵ Im Einzelnen ergeben sich die für die Zuständigkeit massgeblichen Kriterien aus Art. 8 ff. (Art. 7 Dublin-III-VO), welche eine Rangfolge vorsehen.

Die Dublin-III-VO räumt einer asylsuchenden Person ausschliesslich in folgenden Fällen eine rechtliche Wahlmöglichkeit ein:

- Haben *minderjährige unbegleitete Asylsuchende* keine Familienangehörigen in einem Dublin-Staat, ist der Staat zuständig, in welchem das Gesuch eingereicht worden ist (Art. 8 Dublin-III-VO). Es handelt sich hiernach um eine der wenigen Bestimmungen des Dublin-Systems, welche in einem gewissen Rahmen eine eigenständige Wahl des Asyllandes zulassen, sofern es dem Minderjährigen gelingt, in diesem Staat sein Gesuch einzureichen, und vorbehältlich der Tatsache, dass keine Familienangehörigen in anderen Staaten leben.
- Leben *Familienangehörige in anderen Dublin-Staaten* kann Art. 9 und 10 Dublin-III-VO einschlägig sein. Danach gilt bei Antragstellern, welche einen Familienangehörigen (Kernfamilie: Ehegatten und minderjährige Kinder) in einem anderen Dublin-Staat haben, die sich dort rechtmässig aufhalten oder ein Asylgesuch eingereicht haben, dass der Aufenthaltsstaat dieser Angehörigen zuständig wird, vorausgesetzt, dass die betroffene Person diesen

¹⁹² Zu diesen frühen Bestimmungen siehe *Alberto Achermann/Mario Gattiker*, Sichere Drittstaaten, Asyl 1994/2, S. 28ff.

¹⁹³ Hierzu *Alberto Achermann*, Das Erstasylabkommen von Dublin, Asyl 1990/4, 12 ff.

¹⁹⁴ Zur Entstehungsgeschichte von Dublin *Progin-Theuerkauf/Egbuna-Joss* (Anm.69), S. 118ff.

¹⁹⁵ Zu den Zuständigkeitsregeln statt vieler: *Christian Filzwieser/Andrea Sprung*, Dublin-III-Verordnung. Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, Wien 2014; *Constantin Hruschka/Francesco Maiani*, in: Hailbronner/Thym (Hrsg.), Commentary (Anm. 14), S. 1510ff.

Wunsch *schriftlich kundtut*. In diesen Fällen besteht somit eine echte Wahlmöglichkeit, die allerdings ermöglichen soll, dass der Grundsatz der Einheit des Familienlebens möglichst geachtet werden kann.

- Schliesslich sieht Art. 16 Dublin-III-VO vor, dass es die Mitgliedstaaten einer abhängigen Person (in Fällen von Schwangerschaft, bei neugeborenen Kindern, im Falle einer schweren Krankheit oder einer ernsthaften Behinderung) bei schriftlicher Kundgabe des Wunsches ermöglichen, mit einem rechtmässig sich in einem anderen Dublin-Staat aufhaltenden Verwandten zusammenleben zu können (mittels Zusammenführung oder Verzicht auf Trennung).

Die anderen Kriterien, namentlich die Ausstellung eines Aufenthaltstitels oder Visums, die Einreise über eine Aussengrenze der Dublin-Staaten, die visafreie Einreise und der Asylantrag im internationalen Transitbereich eines Flughafens (Art. 12 bis 15 Dublin-III-VO) überlassen den Betroffenen keinerlei Wahlmöglichkeit: Trifft ein Kriterium zu, wird der betreffende Staat zum zuständigen Staat, ohne dass ein Spielraum besteht, so dass es auch nicht darauf ankommt, ob die asylsuchende Person aus kulturellen, sprachlichen, gesellschaftlichen oder familiären Gründen einen anderen Asylstaat gewünscht hätte. Auch die in der Dublin-III-VO enthaltene Ermessensklausel (Art. 17) lässt den Asylsuchenden keine Wahl – es liegt rein im Ermessen der Staaten, ob sie Personen mit besonderen Bedürfnissen, die nicht durch die anderen Kriterien umfasst sind, in ihre Zuständigkeit übernehmen wollen.

Somit ergibt sich als Fazit, dass im Dublin-System nur in sehr wenigen Fällen eine Wahlmöglichkeit besteht und dass sich diese Kategorien in der Regel zwingend aus der Gewährleistung des Menschenrechts auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK)¹⁹⁶ ergeben.

4.2. Drittstaatenregelungen

Bei Personen, die nicht unter die Dublin-Zuständigkeitsregeln fallen, bedeutet dies nicht, dass sie eine freie Wahlmöglichkeit hätten. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass es jedem Dublin-Staat unbenommen bleibt, einen Antragsteller in einen *sicheren Drittstaat* – ausserhalb des Dublin-Raums – zurück- oder auszuweisen, sofern gewisse Anforderungen an die Sicherheit in diesem Drittstaat erfüllt sind.¹⁹⁷ Die entsprechenden Voraussetzungen finden sich in Art. 38 der

¹⁹⁶ *Filzwieser/Sprung* (Anm. 195), S. 25; *Constantin Hruschka/Francesco Maiani* (Anm. 195), S. 1492ff.

¹⁹⁷ Das Konzept des sicheren Drittstaates wird bereits seit Jahrzehnten angewendet; siehe hierzu etwa *Alberto Achermann/Mario Gattiker*, Safe Third Countries – European Developments, *International Journal of Refugee Law* (IJRL) 1995, S. 19ff. Aus neuerer Zeit *Nils Coleman*, European Readmission Policy. Third Country Interests and Refugee Rights, Leiden 2009, S. 287ff.; *Maria-Teresa Gil-Bazo*, The Safe Third Country Concept in International Agreements on Refugee Protection Assessing State Practice, *Netherlands Quarterly of Human Rights* (NQHR) 2017/1, S. 42ff.; *Cathryn Costello*, Safe Country? Says Who? *IJRL* 2016, S. 601ff. Grundlegend *Stephen Legomsky*, Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection, *IJRL* 2003, S. 567ff.

Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU und dürften kraft Verweises in der Dublin-III-VO auch für die Schweiz massgebend sein.¹⁹⁸ Danach müssen sich die Behörden vor einer Überstellung in einen Drittstaat davon überzeugt haben, dass die schutzsuchende Person dort nicht an Leben und Freiheit aus Gründen der Rasse, der Religion, der Nationalität, der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Überzeugung bedroht ist; sie dort keiner Gefahr ausgesetzt ist, einen ernsthaften Schaden im Sinne der Richtlinie 2011/95/EU zu erleiden; der Drittstaat den Grundsatz der Nicht-Zurückweisung nach der Genfer Flüchtlingskonvention wahrt; er das Verbot der Abschiebung einhält, wenn diese einen Verstoss gegen das im Völkerrecht festgelegte Verbot der Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung darstellen würde; und die schutzsuchende Person dort die Möglichkeit hat, einen Antrag auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft zu stellen und im Falle der Anerkennung als Flüchtling Schutz gemäss der Genfer Flüchtlingskonvention zu erhalten.

Die Einhaltung der Genfer Flüchtlingskonvention stellt also eine zentrale Bedingung für Rückstellungen im Rahmen des Konzepts des sicheren Drittstaates im Europäischen Recht dar.

Das Schweizer Asylgesetz kennt verschiedene Bestimmungen, welche an die Möglichkeit der Rückschiebung in einen Drittstaat anknüpfen, so namentlich die Nichteintretensgründe in Art. 31a Abs. 1 AsylG, wonach das SEM nicht auf Asylgesuche eintritt, wenn die asylsuchende Person in einen *sicheren Drittstaat* zurückkehren kann, in welchem sie sich vorher aufgehalten hat (Bst. a); in einen *Drittstaat* zurückkehren kann, in welchem sie sich vorher aufgehalten hat (Bst. c); in einen *Drittstaat* weiterreisen kann, für welchen sie ein Visum besitzt und in welchem sie um Schutz nachsuchen kann (Bst. d); in einen *Drittstaat* weiterreisen kann, in dem Personen, zu denen sie enge Beziehungen hat, oder nahe Angehörige leben (Bst. e). Da in den Fällen von Buchstaben c bis e keine Sicherheit des Drittstaates verlangt wird, sieht Art. 31a Abs. 2 AsylG vor, dass im betreffenden Drittstaat «effektiver Schutz vor Rückschiebung» nach Art. 5 Abs. 1 AsylG bestehen muss.

Auch die Anwendung des Konzepts des sicheren Drittstaates für Personen, die nach Anerkennung in einem EU-Staat weitergewandert sind, oder die in einen Staat ausserhalb der EU zurückgewiesen werden sollen, enthält keine Wahlmöglichkeiten für die asylsuchende Person und führt zu einer Überstellung in einen Staat, ohne dass die asylsuchende Person dies gewünscht hätte. Insofern vermag die geltende Regelung Sekundärwanderungen zu verhindern, vorausgesetzt, dass der Drittstaat kooperiert. Letztlich kann es vom (unerwünschten) Verhalten einer asylsuchenden Person, welche ihren vorherigen Aufenthalt oder ihre Identität nicht angibt, oder von der fehlenden Bereitschaft des Drittstaates abhängen, ob eine Sekundärwanderung verhindert werden kann. Diese Problematik berührt indessen die Genfer Flüchtlingskonvention in keiner Weise.

¹⁹⁸ Siehe oben Ziff. II.2.4.

4.3. Fazit

Asylsuchenden kommt in aller Regel keine Wahlmöglichkeit zu, in welchem Staat sie ein Asylverfahren durchlaufen wollen. Die Zuständigkeitsregeln des Dublin-Systems regeln umfassend, welcher Staat für die Durchführung des Verfahrens zuständig ist, ohne auf Wünsche der asylsuchenden Person einzugehen. Nur falls der asylsuchenden Person nicht nachgewiesen werden kann, dass Dublin-Anknüpfungspunkte vorliegen (indem bspw. bei Einreise über die Aussen- grenze der betreffende Staat nicht eruiert werden kann), wird u.U. der Staat zuständig, in welchem die Person ihr Gesuch stellt, was eine faktische Wahlmöglichkeit darstellt (der nur schwer begegnet werden kann), nicht aber eine rechtliche.

Dasselbe gilt auch für Weiterwanderungen von Personen, die bereits in einem anderen Staat Aufnahme gefunden haben: Findet sich ein Anknüpfungspunkt des nationalen Rechts, der es erlaubt, eine asylsuchende Person in einen Drittstaat zurückzuweisen (z.B. vorheriger Aufenthalt, Visumsausstellung, Aufenthalt von nahen Angehörigen oder Personen mit enger Beziehung), wird auf die Wünsche der asylsuchenden Person keine Rücksicht genommen. Voraussetzung ist indessen, dass diese Anknüpfungspunkte der Asylbehörde bekannt werden und dass der Drittstaat bereit ist und zusichert, die Person zurückzunehmen.¹⁹⁹

Die Genfer Konvention verlangt lediglich, dass in Fällen solcher Rückweisungen das Non-Refoulement-Prinzip von Art. 33 FK eingehalten wird. Sie steht damit den Zuständigkeits- und Drittstaatenregelungen kaum entgegen. Das Europäische Recht fordert zudem, dass Personen im Drittstaat Zugang zu einem Verfahren erhalten, welches zur Anerkennung als Flüchtling im Sinne der Konvention führen kann.

¹⁹⁹ Siehe hierzu auch die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 4. September 2002, BBl 2002 6845ff, 6850: «Da bei der neuen Drittstaatenregelung insbesondere ein effizienter Vollzug der Wegweisung im Vordergrund steht, wird zudem vorausgesetzt, dass eine Rückübernahmezusicherung des Drittstaates besteht».

IV. Fazit, Gesamtwürdigung und weiteres Vorgehen

1. Fazit

1. Die Konvention ist als Vertrag aus dem Jahr 1951 ein Instrument der Nachkriegszeit, welches eine bestimmte historische Situation bereinigen wollte. Daher können einige wenige Bestimmungen durchaus als überholt bezeichnet werden. Durch das Protokoll von 1967 hat die Staatengemeinschaft indessen manifestiert, dass sie die Konvention als ein zukunftsorientiertes Instrument zum Schutz der Flüchtlinge weltweit erachtet.
2. Die Konvention ist als Teil und wichtiger Eckpfeiler des internationalen Flüchtlingsregimes zu sehen, im Zusammenwirken mit den Grundsätzen, welche sich dem Statut für das UN-HCR entnehmen lassen, und der jahrzehntelangen Praxis der UNO und internationaler Organisationen zur Lösung der Flüchtlingsprobleme.
3. Die Konvention hat neben der Festlegung einer universell gültigen Definition des Begriffs «Flüchtling» auch heute noch ihre Bedeutung, indem sie Rechte für Flüchtlinge verbrieft. Dabei zeigt sich, dass einzelne dieser Statusrechte für Flüchtlinge, auch in der Schweiz, noch eine Bedeutung haben, indem sie über die Rechte von ausländischen Staatsangehörigen hinausgehen und ihnen teilweise mittels Ansprüchen helfen sollen, sich im Asylstaat besser integrieren zu können. Als solche Ansprüche sind etwa folgende zu nennen: die Gleichbehandlung in der Sozialversicherung und in der Sozialhilfe oder das Recht auf Reisepapiere. Ein gefestigter Aufenthalt gemäss schweizerischer Rechtslage ist Teil dieses Rechte-Bündels. Über allem steht der Schutz vor Rückschiebung in den Verfolgerstaat, das Prinzip des Non-Refoulement, welches mittlerweile völkergewohnheitsrechtlich verankert ist.
4. Die Konvention hatte nach dem Willen der Staatenkonferenz, welche sie ausarbeitete, nicht den Anspruch, alle Probleme aus Flucht und Vertreibung zu lösen. Namentlich wählten die Staaten eine eher enge Definition des Flüchtlingsbegriffs, welche nur zögerlich und nur teilweise mittels menschenrechtskonformer Auslegung dynamisch ausgelegt wurde und damit neuen Herausforderungen Rechnung tragen konnte.
5. Einige der markantesten Lücken der Konvention (kein Recht auf Asylgewährung; kein Anspruch auf Familiennachzug; fehlende Verfahrensgarantien) wurden in Europa, namentlich im Rahmen des GEAS, oder durch nationalstaatliche Gesetzgebung geschlossen. Eine wesentliche Lücke, die offen bleibt, sind fehlende Instrumente zwischenstaatlicher Kooperation, etwa in Hinblick auf Solidaritätsmechanismen bei starker Belastung einzelner Aufnahmestaaten.
6. Eine der markantesten Lücken stellt nach wie vor die Tatsache dar, dass eine beträchtliche Zahl von Staaten die Konvention nicht ratifiziert hat. Flüchtlinge werden in diesen Staaten teilweise als illegale Migranten behandelt, was die Bedeutung der Konvention für den Schutz der Betroffenen illustriert.

7. Die Bedeutung und Relevanz der Konvention ist durch die internationale Praxis (Verweis in Abkommen oder Rechtsakten der EU, Erklärungen der UNO oder anderer internationaler Organisationen oder von Staatenkonferenzen) in den letzten Jahrzehnten wiederholt bekräftigt worden.
8. Bei der Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Konvention, der zu den meisten Kontroversen geführt hat, ist die Entwicklung im Bereich der Menschenrechte, aber auch die Staatenpraxis und hier namentlich die Harmonisierung im Rahmen des GEAS der EU zu berücksichtigen. Der Flüchtlingsbegriff der Konvention ist genügend flexibel, um auf neue Herausforderungen reagieren zu können, und insbesondere Entwicklungen im Bereich der Menschenrechte zu übernehmen. Er bleibt aber ein selektiver Begriff, der vom Konzept der Verfolgung ausgeht, und nicht auf Situationen von Vertreibungen im Rahmen von Kriegshandlungen, denen keine Verfolgung zugrunde liegt (wobei aber hier keineswegs der Eindruck erweckt werden soll, dass in Kriegssituationen keine Verfolgung vorkommt), und auch nicht auf die Folgen von Umweltzerstörungen oder Klimaänderungen anwendbar ist. Vorbehalten bleibt immer die Freiheit der Staaten, einen weitergehenden Flüchtlingsbegriff zu verankern.

In Bezug auf die im Postulat Müller Damian aufgeworfenen Fragestellungen ist folgendes festzuhalten:

9. Es besteht kein Anpassungsbedarf betreffend Personen mit wirtschaftlichen Motiven, die vom Flüchtlingsbegriff der Konvention in der Regel nicht erfasst werden, da Armut oder wirtschaftliche Probleme keine Verfolgung darstellen.
10. Ebenso wenig besteht Anpassungsbedarf betreffend die Flüchtlingseigenschaft von Personen, welche den Dienst verweigern oder desertieren. Art. 3 Abs. 3 AsylG, wonach «keine Flüchtlinge» Personen sind, «die wegen Wehrdienstverweigerung oder Desertion ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden», enthält einen expliziten Vorbehalt zugunsten der Einhaltung der Flüchtlingskonvention. In der parlamentarischen Beratung war unumstritten, dass der Schweizer Gesetzgeber hier nicht von der völkerrechtlichen Regelung des Flüchtlingsbegriffs abweichen wollte, sondern vielmehr die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt hat, wonach beim Vorliegen eines sog. «Politmalus» flüchtlingsrelevante Verfolgung vorliegt.
11. Die Schweizer Gesetzgebung und Praxis schliesst Personen mit subjektiven Nachfluchtgründen von der Asylgewährung aus, nicht aber von der Flüchtlingseigenschaft, sofern diese den Flüchtlingsbegriff der FK erfüllen. In Fällen missbräuchlicher Geltendmachung von Nachfluchtgründen liegt der Fokus bei der Überprüfung der Stichhaltigkeit der geltend gemachten Nachfluchtgründe und der Auswirkungen auf die allfällige Gefährdung bei einer Rück-

kehr. Dieses Vorgehen steht in Einklang mit der Konvention und ermöglicht eine differenzierte Entscheidungspraxis. Die Qualifikationsrichtlinie der EU enthält bezüglich der flüchtlingsrechtlichen Behandlung von Personen mit subjektiven Nachfluchtgründen unklare und teils widersprüchliche Bestimmungen. In der Praxis einiger Staaten, namentlich von Deutschland und Australien, kann – im Falle Deutschlands gestützt auf eine entsprechende Auslegung der EU-Regelung und der Flüchtlingskonvention – die missbräuchliche Schaffung von Nachfluchtgründen zum Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft führen, wobei dennoch die Einhaltung des flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement-Gebots von Art. 33 Abs. 2 FK vorbehalten bleibt. Andere EU-Staaten, wie etwa Österreich, schliessen Personen mit selbstgeschaffenen Nachfluchtgründen, selbst bei missbräuchlicher Schaffung, nicht von der Flüchtlingseigenschaft aus, sofern eine Verfolgungssituation vorliegt. Die kanadische Praxis tendiert zu höheren Anforderungen an das Element der subjektiven (begründeten) Furcht vor künftiger Verfolgung, ein Ansatz, der der schweizerischen Praxis widersprechen würde. Die Staatenpraxis zeigt, dass die Auslegung der Flüchtlingskonvention unterschiedliche Lösungen für den Umgang mit selbstgeschaffenen Nachfluchtgründen kennt. Insofern besteht u.E. kein Anpassungsbedarf bei der Konvention, allenfalls ein Klärungsbedarf in Bezug auf die Rechtslage in der EU, die wenig stringent ausgestaltet ist.

12. Betreffend Einschränkungen der Rechte der Konvention bei anerkannten Flüchtlingen, welche straffällig werden, Integrationsprobleme aufweisen oder gar als «terroristische Gefährder» anzusehen sind, sieht die Konvention selbst eine Reihe von Möglichkeiten vor, deren Rechte einzuschränken, dies neben den allgemeinen Sanktionen, welche der Rechtsstaat auf der Grundlage der einschlägigen Gesetzgebung gegenüber allen Bewohnern des Landes ergreifen kann (namentlich strafrechtliche, polizeirechtliche und sozialhilferechtliche Instrumente). Eine gewisse Asymmetrie, welche in der Konvention nicht angelegt war, ergibt sich aus der Tatsache, dass der Refoulement-Schutz aus Art. 3 EMRK aufgrund seiner absoluten Geltung weiter reicht als der Refoulement-Schutz aus Art. 33 FK, und daher Flüchtlinge nicht zurückgewiesen werden können, weshalb sie die Flüchtlingseigenschaft nicht verlieren können, solange sie im Asylstaat verbleiben, vorausgesetzt, dass keiner der in Art. 1C der FK vorgesehenen Beendigungsgründe greift.
13. Es besteht – mindestens was die Situation im durch die Dublin-Zuständigkeitsregeln erfassten Raum betrifft – keine freie Wahl des Asyllandes. Den Staaten ist zudem unbenommen, Asylsuchende und Flüchtlinge in sichere Drittstaaten zu überstellen, wobei die Flüchtlingskonvention dieser Praxis nicht im Wege steht. Betreffend Sekundärwanderungen stellen sich weniger konzeptionelle, auf der FK beruhende Fragen, als vielmehr Schwierigkeiten beim Nachweis von rechtlich nicht vorgesehenen Weiterwanderungen oder bei der Rückweisung in Länder, die als nicht sicher eingestuft werden müssen.

2. Gesamtwürdigung

Das Postulat wirft richtigerweise die Frage auf, ob die Flüchtlingskonvention auch annähernd 70 Jahre nach deren Verabschiedung noch zeitgemäss ist und sie die aktuellen Fragen rund um Verfolgung und Vertreibung lösen kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Konvention wohl kaum je den Anspruch hatte, alle diese Probleme lösen zu wollen. Sie entstand unter dem Eindruck des Versagens des Flüchtlingsregimes im Zweiten Weltkrieg und wollte zunächst die Folgen der Vertreibungen vor und während des Krieges regeln.

Heute ist die Flüchtlingskonvention ein unverzichtbarer Grundpfeiler des internationalen Flüchtlingsregimes, deren Bedeutung man sich nur vor Augen führen kann, wenn man hypothetisch von deren Fehlen ausgehen würde: Flüchtlinge hätten keine international verbrieften Rechte, sondern wären illegale Migranten. Die Asylstaaten könnten nicht darauf vertrauen, dass andere Staaten nach ähnlichen Kriterien Asyl gewähren und könnten vor die Wahl gestellt werden, zum alleinigen Magneten für Flüchtlinge zu werden oder zu unmenschlichen Praktiken greifen zu müssen. Würde dieser Eckpfeiler des Flüchtlingsregimes wegbrechen, wären wir in der internationalen Diskussion im Übrigen dort, wo heute die Staatengemeinschaft bei der Suche nach international anerkannten Prinzipien zur Lösung der Probleme durch *internationale Migration (vor allem auch irreguläre Migration)* steht: Ganz am Anfang, ohne einen wirklichen Konsens bezüglich Prinzipien zum Umgang mit dem Phänomen Migration.

Herausforderungen gibt es viele: Die Zahl der weltweiten Flüchtlinge mit der Tatsache, dass aufgrund der Reisemöglichkeiten auch entferntere Weltregionen zur Herkunftsregion von Flüchtlingen werden und dass neue Kommunikationsformen zu verändertem Fluchtverhalten führen; die Frage des Umgangs mit Kriegsvertriebenen; die Frage nach der gerechten Verteilung der Verantwortlichkeiten und Lasten; die Frage des Umgangs mit Flüchtlingen, die während Jahrzehnten in Flüchtlingslagern leben («*protracted refugee situations*»); die Schwierigkeit der Grenzziehung bei sog. «*mixed flows*» zwischen Flüchtlingen und Personen, die aus wirtschaftlichen Gründen auswandern.

U.E. greift es zu kurz, diese Probleme der Konvention allein zuzuschreiben, welche in der Tat nur zum Teil Antworten auf diese drängenden Fragen liefern kann, da sie *nie als ein Instrument der Migrationssteuerung konzipiert* wurde, sondern nur beabsichtigt, Flüchtlingen ein gewisses Mass an Rechten und Schutz zu garantieren. Aufgezeigt wurde zwar, dass über eine zeitgemässe Auslegung des Flüchtlingsbegriffes gewisse Kritikpunkte entkräftet werden können. Andererseits ist die Frage zu stellen, welche Alternative zum heutigen Schutzsystem denn bestehen würde. Vieles spricht in diesem Zusammenhang dafür, dass die Suche nach Antworten auf die skizzierten Fragen und Herausforderungen auf der Grundlage der Flüchtlingskonvention als jedenfalls zu wahrender Mindeststandard erfolgen sollte.

3. Weiteres Vorgehen

1. Aufgrund der festen rechtlichen und politischen Einbettung der Flüchtlingskonvention, die sich jüngst wieder bei der Verabschiedung des Globalen Paktes für Flüchtlinge gezeigt hat, und angesichts der Tatsache, dass – trotz vereinzelter Kritik – in den letzten Jahrzehnten keinerlei staatliche Initiativen auf Änderung der Konvention konstatiert werden konnten, erscheint eine entsprechende Initiative der Schweiz als wenig erfolgversprechend.
2. Ausgehend von den Lücken der Konvention bzw. den Mängeln des internationalen Schutzregimes wäre eine Initiative, welche auf einen besseren Umgang mit Situationen massenhafter Flucht und Lastenteilung hinarbeiten würde, mit den Zielen der Schweizer Aussenpolitik wesentlich kompatibler.
3. Ein solcher Vorstoss könnte in Richtung Schutz von Kriegsvertriebenen, Frühwarnung, Solidaritätsmechanismen, auch finanziellen, Absprachen über die Einrichtung von Schutzinfrastruktur entlang von Fluchtrouten und gemeinsamem Handeln bei Aufnahme (auch im Rahmen von Resettlement) und Rückführung nach Beendigung eines Konfliktes zielen.²⁰⁰
4. Ambitiös wäre, für eine solche Initiative die Rechtsform eines neuen Protokolls zur Flüchtlingskonvention zu wählen.

²⁰⁰ Siehe hierzu auch die Diskussionen im Rahmen der Vorarbeiten zum Globalen Pakt für Flüchtlinge, dazu insbesondere aus Sicht UNHCR *Volker Türk/Madeline Garlick*, From Burdens and Responsibilities to Opportunities: The Comprehensive Refugee Response Framework and a Global Compact on Refugees, IJRL 2016, S. 656ff.; siehe auch *Patrick Wall*, A New Link in the Chain: Could a Framework Convention for Refugee Responsibility Sharing Fulfil the Promise of the 1967 Protocol? IJRL 2017 S. 201ff.