

terbildung — nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Sprache des Aufenthaltslandes — beschlossen.

In einer am gleichen Tag angenommenen *Resolution (76) 12* über die Einführung eines Schul- und Gesundheitspasses für die schulpflichtigen Kinder ausländischer Wanderarbeitskräfte wird diese Maßnahme, um Erfahrungen zu sammeln, zunächst auf die Dauer von drei Jahren vorgesehen.

Unter dem 13. April 1976 nahm der Ministerrat mit der *Resolution (76) 25* das Modell eines Arbeitsvertrages für Wanderarbeitnehmer an, der zugleich eine eingehende Unterrichtung des Wanderarbeitnehmers, der ja den Kontrakt zu unterzeichnen hat, darstellt.

Gleicherweise glücklich und erfolgreich waren die Jahre 1976 und 1977 für die Entwicklung des vor 20 Jahren begründeten *Wiedereingliederungsfonds*. Während in den letzten Jahren alle Appelle von Herrn Schneitter zur Erhöhung des Fonds vergeblich waren, wurde jetzt von den bisherigen Kapitalträgern eine *Verdoppelung der Einlage* auf 15 Mio. Dollar beschlossen. Nach jahrelangem Zögern trat nunmehr auch Schweden, Norwegen und die Niederlande dem Fonds bei. Nichtmitglieder sind leider noch Österreich, Großbritannien und Dänemark.

Der Wiedereingliederungsfonds ist durch sein Kapital, das sich Ende 1977 durch Zinsen usw. auf rund 20 Mio. Dollar erhöht hat, in der Lage, auf dem Kapitalmarkt zu günstigen Bedingungen Anleihen aufzunehmen und damit Aufgaben der Wiedereingliederung von Flüchtlingen auch in Nichtmitgliedsländern zu finanzieren. Der Wiedereingliederungsfonds, der allein 1976 77 Emissionen auflegte, hat sich als hervorragend hilfreich bewährt.

Christoph Gusy:

Neue Rechtsprechung zu Grundfragen des Asylrechts in der Bundesrepublik Deutschland

I. Die Bundesrepublik Deutschland als einer der bedeutendsten Erstzufluchtstaaten für politisch Verfolgte und Flüchtlinge aus vielen Kontinenten gewährt das Asylrecht in Art 16 Abs 2 S 2 des Grundgesetzes ohne Rücksicht auf politische Opportunität. Zur Durchsetzung dieses Rechts steht ein Rechtsweg von mehreren Instanzen offen.

Die große Zahl der einreisenden Asylsuchenden und die schwierigen Rechtsfragen, die sich aus dem sehr allgemein gehaltenen Wortlaut der Asylbestimmung des Grundgesetzes („Politisch Verfolgte genießen Asylrecht“) und der wenigen Normen des Ausländergesetzes, die das Asylrecht zum Gegenstand haben, ergeben, führen zu einer Fülle von Prozessen vor den Verwaltungsgerichten. Im Mittelpunkt dieser Rechtsstreitigkeiten stehen neben den „klassischen“ Problemen des Asylrechts, z. B. der Auslegung der Begriffe „Flüchtling“, „politisch Verfolgter“, „Asylrecht“, zunehmend bisher kaum relevante Rechtsprobleme, die sich aus der Durchführung des Asylrechts ergeben. Dazu gehören insbesondere Zweifelsfragen bezüglich des Anerkennungsverfahrens. Die Aufgaben der Rechtsprechung auf diesem Gebiet werden dadurch erschwert, daß das materielle Asylrecht in der Literatur zwar häufig erörtert wird, der Meinungsstand jedoch äußerst kontrovers ist, während das formelle Asylrecht bisher kaum Gegenstand wissenschaftlicher Arbeiten geworden ist.

Einige Gerichtsentscheidungen hatten in neuerer Zeit besonders umstrittene Fragen, die eine Erörterung von Grundfragen des Asylrechts erforderten, zum Gegenstand.

II. Zu der strittigen Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine drohende Bestrafung wegen Kriegsdienstverweigerung eine politische Verfolgung darstellen kann, hat das Verwaltungsgericht Ansbach in einem Urteil vom 9. Dezember 1976¹ Stellung genommen. Der Kläger hatte seine Anerkennung als Asylberechtigter beantragt, da er in seinem Heimatstaat wegen Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen bestraft werden sollte.

Grundsätzlich hatte bereits das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Entscheidungen festgestellt, daß eine Bestrafung wegen Kriegsdienstverweigerung unter bestimmten Umständen als Asylgrund in Betracht kommen kann². Der Umstand, daß es derartige Bestrafungen auch in demokratisch regierten Ländern gebe, schließe nicht aus, daß in diesen Fällen eine politische Verfolgung vorliegen könne³.

Dieser Auffassung tritt das Verwaltungsgericht Ansbach entgegen. Obwohl es in seiner Entscheidung ausschließlich auf das Asylrecht aus Art 16 Abs 2 S 2 des Grundgesetzes und damit auf die Frage ankam, ob der Kläger in irgendeiner Weise politisch verfolgt ist, stellt das Gericht auf den Flüchtlingsbegriff des Art 1 A 2 FK ab⁴. Dieser Gleichsetzung des Begriffes des politisch Verfolgten mit dem Flüchtlingsbegriff ist das Schrifttum in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes bereits mehrfach zu Recht entgegengetreten⁵. Als Verfolgung erkennt das Verwaltungsgericht Ansbach nur die Einschränkung der Rechtsgüter Gesundheit, Leib, Leben, Freiheit, der wirtschaftlichen Existenz sowie die nach rechtsstaatlichen Grundsätzen in den Kulturstaaten geschützten Rechte an.

Ausgehend von dieser Auffassung prüft das Gericht, ob das Recht auf Kriegsdienstverweigerung zu den verfolgungsbegründenden Rechtsgütern gehört, und kommt dabei zu dem Schluß, „daß das Recht auf Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen nicht zu den geschützten Rechtsgütern im Sinne des asylrechtlichen Verfolgungstatbestandes gehört. Das maßgebliche Kriterium für diese geschützten Rechtsgüter ist der Umstand, daß es sich hierbei um allgemein bzw. zumindest in den Kulturstaaten anerkannte Rechtsgüter handeln muß. Das ist aber bei dem Recht auf Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen als ein Ausnahmerecht gegenüber dem vom Staat eingeführten Wehrpflicht gerade nicht der Fall.

Dabei ist davon auszugehen, daß das Recht zur Selbstverteidigung zu den originären Rechten eines jeden Staates gehört. Aufgrund dieses Rechts können die Staaten die Wehrpflicht ihrer Bürger als staatsbürgerliche Pflicht einführen und die Erfüllung dieser Pflicht durch Strafdrohungen sichern . . . Im übrigen kommt hinzu, daß der Kläger nach Auffassung der Kammer auch nicht „wegen seiner politischen Überzeugung verfolgt werden würde . . . Auch die drohende Freiheitsstrafe zur Durchsetzung der Wehrpflicht ist als Folge der Nichtanerkennung der Gewissensgründe nicht gegen

¹ Az. 3220 II (IV)/73; veröffentlicht in DöV 1977, 637, mit einer Anm. von Wollenschläger, a. a. O., S. 640; das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

² BVerwG, NJW 1962, 2267 = DVBl 1963, 146; BVerwG, DöV 1975, 286.

³ BVerwG, DVBl 1963, 146.

⁴ DöV 1977, 637.

⁵ BVerwGE 9, 174, 181 f.; siehe auch Wollenschläger, AWR-Bulletin 1973, 163 ff.; ders., DöV 1977, 640; Franz, DVBl 1966, 623, 627; die Argumente sollen hier nicht nochmals wiederholt werden.

diese Gründe als solche, sondern nur gegen die Verweigerung der Wehrdienstleistung ohne Rücksicht auf die Weigerungsgründe gerichtet“⁶.

Daneben stellt die Kammer umfangreiche Erörterungen zu dem Recht auf Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen in der Bundesrepublik Deutschland aus Art 4 Abs 3 S 1 des Grundgesetzes (GG) an. Dieses Recht sei kein politisches Recht, der Kläger könne daher nicht als politisch Verfolgter angesehen werden. Sie wies die Klage dementsprechend ab. Gründe und Ergebnis der Entscheidung geben zu Bedenken Anlaß.

Das Recht der Staaten, sich nach innen und außen zu schützen, wird von niemandem bestritten. Zu diesem Zweck sind sie befugt, ihren Bürgern und sonstigen Einwohnern Pflichten aufzuerlegen. Dazu gehört die Pflicht zur Leistung von Wehr- und Kriegsdienst ebenso wie z. B. die Pflicht, bestimmte Tätigkeiten, wie Hochverrat, Spionage, Sabotage gegen Staatsorgane, zu unterlassen. Die Erfüllung dieser Ge- bzw. Verbote kann mit Hilfe des Strafrechts gesichert werden.

Verstößt ein Bürger gegen eine Strafnorm, die dem Schutz des Bestandes oder der Ordnung eines Staates dient, so kann die ihm drohende Strafverfolgung asylrechtlich relevant werden, wenn das Delikt eine politische Straftat war. Ein solcher Straftatbestand liegt vor, wenn der Täter gegen Vorschriften verstoßen hat, die dem Schutz des Willensbildungsprozesses im Gemeinwesen und der dazu erforderlichen Institutionen und Organisationen, insbesondere des Staates, dienen⁷. Ein Verstoß gegen einen solchen Straftatbestand begründet stets eine politische Verfolgung im Sinne des Art 16 Abs 2 S 2 des Grundgesetzes. Der politische Straftäter war stets ein Prototyp des politisch Verfolgten, sein Schutz als Teil des Asylrechts weist bereits eine lange Tradition auf.

Daneben kommt es auf die Merkmale des Art 1 A 2 FK ebensowenig an wie darauf, ob das durch die Strafnorm eingeschränkte Rechtsgut in den Kulturstaaten anerkannt ist. Das Recht auf Spionage ist in keinem Kulturstaat anerkannt, dennoch wird Ausländern, die in ihrem Heimatstaat politisch verfolgt werden, in der Bundesrepublik Deutschland unbestritten Asyl gewährt⁸.

Maßgeblich für die Bewertung einer Straftat als politische oder nichtpolitische ist stets ihre Wertung durch das Recht des Verfolgerstaates, auf die deutsche Rechtsordnung kommt es demgegenüber nicht an. Erörterungen zu Art 4 Abs 3 S 1 des Grundgesetzes können daher bezüglich des Asylrechts für Ausländer keinen Anhaltspunkt geben.

Das Verwaltungsgericht Ansbach erörtert diese Problematik jedoch nicht.

Geht man davon aus, daß die Wehrpflicht als staatsbürgerliche Pflicht eingeführt ist, um das Recht auf Selbstverteidigung und damit den Bestand des Staates zu sichern, so dienen Strafnormen, die die unerlaubte Kriegsdienstverweigerung pönalisieren, gleichermaßen dem Schutz des Staates. Sie sind daher als politisches Strafrecht anzusehen.

⁶ DöV 1977, 637, 638 f.; im Ergebnis zustimmend Wollenschläger, a. a. O. (Fußnote 1).

⁷ Ähnlich definiert § 3 Abs 2 Deutsches Auslieferungsgesetz: „Politische Straftaten sind die strafbaren Angriffe, die sich unmittelbar gegen den Bestand oder die Sicherheit des Staates, gegen das Oberhaupt oder gegen ein Mitglied der Regierung des Staates als solches, gegen eine verfassungsmäßige Körperschaft, gegen die staatsbürgerlichen Rechte bei Wahlen und Abstimmungen oder gegen die guten Beziehungen zum Ausland richten.“ Zu dieser objektiven Theorie vgl. Kleine, Der Asylwerb in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Würzburg 1973, S. 108 ff.

⁸ Statt aller Kimminich, Asylrecht, 1968, S. 98.

Kriegsdienstverweigerer, die wegen ihrer Weigerung bestraft werden sollen, sind deshalb stets politisch Verfolgte. Daß dadurch keineswegs internationale Flüchtlingsströme ausgelöst werden, zeigt sich bereits daran, daß Personen, die nicht aus Gewissensgründen den Wehrdienst verweigern und deshalb in der Bundesrepublik nicht als Kriegsdienstverweigerer anerkannt werden, keineswegs in großer Zahl in das Ausland flüchten. Das wird in anderen Staaten grundsätzlich nicht anders sein⁹.

III. Stellt ein politisch Verfolgter in der Bundesrepublik Deutschland einen Antrag, als Asylberechtigter anerkannt zu werden, so entscheidet über diesen Antrag das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge in Zirndorf. Infolge der großen Zahl von Anerkennungsanträgen dauert das Verfahren gewöhnlich mehrere Monate, nicht selten länger. Weitgehend ungeklärt ist bisher die Rechtsstellung des politisch Verfolgten vor seiner Anerkennung.

Das AusländerG enthält nur wenige Regelungen, die sich häufig nur auf Einzelfälle beziehen (z. B. § 15 Abs 3 AusländerG). Da der Lageraufenthalt vom gesetzlich vorgesehenen Normalfall inzwischen wegen Überfüllung des Sammellagers zum Ausnahmefall geworden ist¹⁰, kann auch § 40 AusländerG keine befriedigende Antwort auf die Frage nach der Rechtsstellung der Anerkennungsbewerber geben. Zudem ist umstritten, worüber im Anerkennungsverfahren entschieden wird und welche Wirkung der Anerkennung zukommt¹¹. Ob sie das Recht auf Asyl oder das Recht im Asyl oder beide Rechtsstellungen regelt, ist bisher nicht abschließend geklärt.

Besonders unbefriedigend gestaltet sich oft die aufenthaltsrechtliche Stellung der Antragsteller. Das Asylrecht aus Art 16 Abs 2 S 2 GG enthält das Recht, sich im Bundesgebiet aufhalten zu dürfen, der Aufenthalt politisch Verfolgter in der Bundesrepublik ist daher rechtmäßig. Gemäß Art 1 Abs 3 des Grundgesetzes bindet dieses Recht alle staatliche Gewalt, also auch die Behörden.

Nach der Konzeption des AusländerG wird die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes eines Ausländers in der Bundesrepublik durch eine Aufenthaltserlaubnis begründet. Bei ihrer Erteilung steht der Ausländerbehörde ein weites Ermessen zu; soweit die Anwesenheit des Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt, darf die Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt werden.

Asylberechtigte haben nach § 43 AusländerG einen Anspruch, sobald sie durch das Bundesamt anerkannt sind. Über ihr Aufenthaltsrecht vor der Anerkennung fehlt im AusländerG eine allgemeine Regelung. Die Praxis behalf sich damit, Duldungen gemäß § 17 AusländerG auszustellen¹². Damit setzen die Ausländerbehörden voraus, daß der Antragsteller sich rechtswidrig im Bundesgebiet aufhält und nur seine Entfernung bis zum Abschluß des Anerkennungsverfahrens ausgesetzt ist. Die Behörde geht also davon aus, daß dem Ausländer kein Asylrecht zusteht, da andernfalls sein Aufenthalt rechtmäßig wäre, so daß die Ausstellung einer Duldung nicht in Betracht käme.

⁹ Zu der vergleichbaren Problematik des Asylrechts für Deserteure, Franz, AWR-Bulletin 1973, 126 ff.

¹⁰ An die Stelle des Lageraufenthaltes ist die „Vorabverteilung“ getreten; dazu Schoeppe, AWR-Bulletin 1976, 118 ff.

¹¹ Grundlegend dazu die Darstellung von Franz, DVBl 1967, 492 f.

¹² Nach der Verwaltungsvorschrift zu § 40 AuslG Nr. 7, 8, soll dieses Verfahren den Regelfall darstellen.

Die endgültige Versagung einer Aufenthaltserlaubnis bereits vor der Anerkennung durch das Bundesamt war Gegenstand einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 16. August 1977¹³. Das Gericht kam zu der Erkenntnis:

„Das durch Art 16 Abs 2 S 2 GG gewährte Grundrecht auf Asyl beinhaltet unter anderem Schutz vor politischer Verfolgung durch Verbot der Zurückweisung an der Grenze. Der politisch Verfolgte darf also unmittelbar aus dem Verfolgungsland in den Geltungsbereich des AusländerG einreisen, ohne zuvor eine sonst dafür erforderliche Erlaubnis einholen zu müssen. Ihm ist es ohnehin in der Regel gar nicht möglich, sich vor der Einreise eine Aufenthaltserlaubnis zu beschaffen. Einem Flüchtling, der unmittelbar aus dem Verfolgungsland einreist, kann der Grenzübertritt ohne die sonst dafür erforderlichen Einreisevoraussetzungen nicht zum Vorwurf gemacht werden. Die Effektivität des Grundrechts aus Art 16 Abs 2 S 2 GG verlangt daher, daß eine solche Einreisevoraussetzung die Asylgewährung und somit auch eine dafür erforderliche Einreise in den Geltungsbereich des AusländerG unmittelbar aus dem Verfolgungsland nicht hindert. Allerdings steht im Zeitpunkt der Einreise noch nicht fest, ob der Ausländer tatsächlich Asyl zu beanspruchen hat. Die erforderliche Prüfung des Asylgesuches findet in einem gesonderten Verfahren statt, das nicht vor der Grenz- oder Ausländerbehörde, sondern vor dem Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge durchgeführt wird. Die Ausländerbehörde muß daher unter Umständen schon vor der Asylentscheidung darüber befinden, ob dem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden soll. Es widerspräche der im AusländerG vorgesehenen Kompetenzverteilung, wenn die Ausländerbehörde im Rahmen dieser Entscheidung den Asylanspruch des Ausländers verneinen und daran anschließend feststellen würde, der Ausländer sei illegal in den Geltungsbereich des AusländerG eingereist und dürfe, weil deswegen seine Anwesenheit Belange der Bundesrepublik beeinträchtige, keine Aufenthaltserlaubnis für die Dauer des Asylverfahrens erhalten.“

Das Bundesverwaltungsgericht geht damit davon aus, daß einem Ausländer, der seine Anerkennung als Asylberechtigter beantragt hat, die Aufenthaltserlaubnis regelmäßig nicht mit der Begründung versagt werden dürfe, seine Anwesenheit beeinträchtige Belange der Bundesrepublik Deutschland. Für eine solche Annahme müssen vielmehr besondere Gründe vorliegen, die illegale Einreise aus dem Verfolgungsstaat reicht dafür nicht aus.

Damit ist aber nur ausgesagt, daß die Aufenthaltserlaubnis nicht mit dieser Begründung versagt werden darf. Das Gericht läßt ausdrücklich offen, ob das Ermessen, das der Ausländerbehörde bezüglich der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zusteht, wenn keine Belange der Bundesrepublik beeinträchtigt sind, bereits vor der Anerkennung durch Art 16 Abs 2 S 2 GG gebunden ist. Damit ist noch nicht entschieden, ob der Anerkennungsbewerber einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis besitzt. Auf diese Frage kam es in dem Verfahren, in dem der Kläger nur gegen die Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis Klage erhoben hatte, nicht an.

Das Bundesverwaltungsgericht gibt jedoch mit seiner Entscheidung zu erkennen, daß das Grundrecht auf Asyl vor der Anerkennung zumindest schon insofern Wirkungen zeitigt, als vor der endgültigen Entscheidung die Ausländerbehörden nicht davon ausgehen dürfen, dem Antragsteller stehe dieses Grundrecht nicht zu. Eine derartige Praxis widerspräche auch der in Art 1 Abs 3 des Grundgesetzes angeordneten unmittel-

¹³ Az. I C 15/76; veröffentlicht in NJW 1978; 507 = DöV 1978, 180 = DVBl 1978, 217.

baren Geltung der Grundrechte, die von einem Anerkennungsverfahren unabhängig ist.

Entwickelt man diese Konzeption des Gerichtes fort, so ist eine Ermessensbindung durch Art 16 II 2 GG anzunehmen.

Die Geltung des Grundrechts auf Asyl und des durch dieses Recht vermittelten Aufenthaltsrechts ist nicht durch die Anerkennung bedingt, beide wirken vielmehr rechts- und pflichtenbegründend von der Einreise des politisch Verfolgten an. Hat dieser somit aus Art 16 Abs 2 S 2 GG ein Recht auf Aufenthalt im Bundesgebiet, so verlangt nach den dargestellten Grundsätzen des Bundesverwaltungsgerichts „die Effektivität des Grundrechts aus Art 16 Abs 2 S 2 GG“, daß die Ausländerbehörde nicht von der Rechtswidrigkeit seines Aufenthaltes ausgeht, solange über das Asylrecht nicht endgültig entschieden ist. Ist der Aufenthalt daher nicht als rechtswidrig anzusehen, so muß seine Rechtmäßigkeit unterstellt werden.

Diese Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes ist grundsätzlich von einer Aufenthaltserlaubnis unabhängig. Da jedoch — außer im Fall einer ausdrücklichen Befreiung von dem Erfordernis einer Aufenthaltserlaubnis durch § 2 Abs 2, 3 AusländerG — dieses Gesetz davon ausgeht, daß die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes eines Ausländers nur durch eine Aufenthaltserlaubnis begründet und nachgewiesen werden kann, sind — zumindest wegen der Notwendigkeit des Nachweises — die Ausländerbehörden verpflichtet, Personen, die ihre Anerkennung vor dem Bundesamt beantragt haben, bis zur Entscheidung durch diese Behörde eine Aufenthaltserlaubnis auszustellen.

IV. Gegenstand einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichtes Koblenz vom 12. November 1976¹⁴ war das Problem, ob ein Ausländer, der seine Anerkennung als Asylberechtigter beantragt hat, vor der Unanfechtbarkeit der Anerkennungsentscheidung durch die Ausländerbehörden ausgewiesen und abgeschoben werden darf.

Allgemein unbestritten ist, daß der politisch Verfolgte nach der Anerkennung durch sein Asylrecht vor Ausweisungs- und Abschiebungsmaßnahmen geschützt ist. Inwieweit das schon vor dem Abschluß des Anerkennungsverfahrens gelten sollte, war bisher kaum Gegenstand eingehender Erörterungen. Dieses Problem erledigt sich keineswegs durch die dargestellte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, da Ausländer sowohl mit als auch ohne Aufenthaltserlaubnis ausgewiesen werden dürfen (§§ 10 ff AuslG).

Bei der Erörterung dieses Problems ist von der Überlegung auszugehen, daß im Falle der vorzeitigen Ausweisung und Abschiebung des Asylanten diesem der Asylschutz genommen wird, wenn er tatsächlich politisch verfolgt ist. Entscheidet später der Anerkennungsausschuß zu seinen Gunsten, so wird ihm diese Entscheidung kaum noch Vorteile bringen, sein Asylrecht ist zu diesem Zeitpunkt faktisch vernichtet¹⁵. Die Trennung der Entscheidungskompetenzen zwischen der Ausländerbehörde und dem Bundesamt wirkt sich in diesem Fall zu Lasten des Asylrechts des Antragstellers aus.

Infolge des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung im AusländerG mußte das Oberverwaltungsgericht Koblenz einige allgemeine Erwägungen zum Asylverfahren anstellen:

„Der Antragsteller hat am 3. Dezember 1975 einen förmlichen Asylantrag eingereicht. Zur Entscheidung über diesen Antrag ist allein das Bundesamt für die Anerken-

¹⁴ Az. II B 73/76; veröffentlicht in NJW 1977, 510 f.

¹⁵ Das wäre die Konsequenz des Ansatzes von Stenschke, BayVBl 1975, 554, und v. Polern, NJW 1976, 2059, die — neben der Entscheidungskompetenz des Bundesamtes — auch den Ausländerbehörden ein selbständiges Prüfungsrecht einräumen sollen; dazu kritisch Franz, zit. bei Harmsen, AWR-Bulletin 1977, 42, 43 f.

nung ausländischer Flüchtlinge in Zirndorf berufen (§ 29 AusländerG). Die allgemeinen Ausländerbehörden dürfen dieser Entscheidung grundsätzlich nicht vorgreifen, indem sie durch Abschiebung des Ausländers die Verwirklichung des grundgesetzlich verankerten Asylanspruchs vereiteln. Diese Rechtslage folgt aus den Regelungen des AusländerG über die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis (§§ 2 ff, 20 ff AusländerG) und über die Anerkennung der Asylberechtigung (§§ 28 ff AusländerG). Nach der Systematik des Gesetzes handelt es sich um zwei getrennte, voneinander unabhängige Verfahren, die von verschiedenen Behörden nach unterschiedlichen gesetzlichen Bestimmungen durchzuführen sind. Dabei ist die Entscheidung im Asylverfahren für die allgemeinen Ausländerbehörden und für die Gerichte nach § 45 AusländerG bindend. Die Frage, ob sich der Asylsuchende während des Anerkennungsverfahrens im Bundesgebiet aufhalten darf, ist in den §§ 31, 38, 40 AusländerG angesprochen. Aus dem Zusammenhang der Vorschriften ergibt sich, daß ein Ausländer grundsätzlich im Bundesgebiet verbleiben darf, bis über seinen Asylantrag unanfechtbar entschieden worden ist. Eine vorherige Abschiebung ist unzulässig . . .

Etwas anderes kann ausnahmsweise nur dann gelten, wenn entweder überhaupt kein Asylgesuch vorliegt oder ein Asylantrag rechtsmißbräuchlich gestellt ist.“

Grundsätzlich geht somit das Gericht davon aus, daß vor der Anerkennungsentscheidung eine Ausweisung und eine Abschiebung unzulässig sind. Dieses Ergebnis leitet es bereits aus der Systematik der Normen des Ausländergesetzes her, ohne noch gesondert auf das Asylrecht einzugehen. Diese Entscheidung sichert effektiv die Rechtsstellung des politisch Verfolgten vor der Anerkennung gegenüber einander widersprechenden Entscheidungen der Ausländerbehörden und des Bundesamtes. Nur so kann ohne Gefährdung des Asylrechts eine einheitliche Regelung der Rechtsstellung des Anerkennungsbewerbers in der Bundesrepublik erreicht werden¹⁶. Diese Entscheidung ist insofern ein konsequenter Schritt zur Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Asylrechts in der Verwaltungspraxis.

Bezüglich des in jüngerer Zeit heftig diskutierten Mißbrauches des Asylrechts¹⁷ urteilt das Gericht zu Recht eng:

„Zwar steht — wie jedes Recht — auch die Befugnis, einen Asylantrag zu stellen und die damit verbundenen rechtlichen Vergünstigungen in Anspruch zu nehmen, unter dem Vorbehalt des Rechtsmißbrauchs. Allerdings kann nach Auffassung des Senats der Einwand der unzulässigen und damit unbeachtlichen Rechtsausübung nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen durchgreifen, da sonst die Gefahr der Aushöhlung der Bestimmungen der §§ 28 ff AusländerG, die der Verwirklichung des verfassungsrechtlich verankerten Asylanspruchs (Art 16 Abs 2 S 2 GG) dienen, zu groß ist.“

Dieser Aspekt wird in der gegenwärtigen Diskussion nicht immer hinreichend berücksichtigt.

V. Der Schutz der Ehe und Familie eines in der Bundesrepublik lebenden ausländischen Asylberechtigten war bereits früher Gegenstand mehrerer Gerichtsentscheidungen¹⁸.

¹⁶ Ähnlich Brause, NJW 1977, 1571.

¹⁷ Vgl. OVG Berlin E 13, 34; BayVGH, BayVBl 1976, 403; Stenschke, a. a. O. (Fußnote 15); v. Pollern, a. a. O. (Fußnote 15); Brause, a. a. O. (Fußnote 16); Theis, BayVBl 1977, 651; Franz, ZRP 1977, 269.

¹⁸ BVerwGE 38, 87 ff.; BVerwG, DVBl 1963, 146; DöV 1974, 784.

Aufgrund der Art 6 des Grundgesetzes, Art 8 der Eur. Menschenrechtskonvention, die Ehe und Familie vor staatlichen Eingriffen schützen, läßt die Praxis der Anerkennungsbehörden und der Gerichte in der Bundesrepublik die Ehegatten und die abhängigen minderjährigen Kinder von Asylberechtigten bei bestehendem Willen zur Fortsetzung der familiären Gemeinschaft grundsätzlich an deren Status teilhaben.

Inwieweit der ausländische Ehegatte eines Asylberechtigten Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis hat, war durch das Verwaltungsgericht München in einem Urteil vom 27. Oktober 1976¹⁹ zu entscheiden. Das Gericht hielt die Versagung der Aufenthaltserlaubnis durch die Ausländerbehörde für rechtswidrig.

„Im vorliegenden Fall haben die Ausländerbehörden verkannt, daß das Asylrecht der Beigeladenen dieser im aufenthaltsrechtlichen Verfahren ihres Ehemannes eine ähnliche Rechtsstellung verschafft, wie sie das Bundesverwaltungsgericht für den deutschen Ehegatten eines Ausländers im Ausweisungsverfahren anerkannt hat. Danach darf mit Rücksicht auf Art 6 Abs 1 GG (und wohl auch wegen Art 11 I GG) ein mit einem deutschen Staatsangehörigen verheirateter Ausländer, gleichviel welchen Geschlechts, bei in der Bundesrepublik Deutschland geführter Ehe nur ausgewiesen werden, wenn die Ausweisungsgründe im Einzelfall schwer wiegen und die Anwesenheit des Ausländers trotz der bestehenden Ehe mit einem deutschen Staatsangehörigen nicht mehr hingenommen werden kann. Bei der Versagung einer Aufenthaltserlaubnis für einen mit einem deutschen Staatsangehörigen verheirateten Ausländer haben diese Grundrechtspositionen des deutschen Ehegatten zwingend zur Folge, daß nicht jeder aufenthaltsrechtlich relevante öffentliche Belang, sondern nur ein solcher, der im Einzelfall schwer wiegt und die Beendigung des Aufenthaltes des Ausländers im Bundesgebiet trotz der bestehenden Ehe mit einem deutschen Staatsangehörigen erforderlich macht, die Versagung der Aufenthaltserlaubnis rechtfertigen kann. Die Notwendigkeit, das Asylrecht eines ausländischen Ehegatten im aufenthaltsrechtlichen Verfahren des anderen ähnlich zu bewerten wie das Grundrecht des deutschen Ehegatten eines Ausländers auf freie Bestimmung des Ortes, wo die Ehe mit dem Ausländer geführt werden soll, ergibt sich nach Auffassung der Kammer aus dem vom Verfassungsgeber dem Asylrecht des Art 16 Abs 2 S 2 GG beigemessenen Inhalt.“

Damit wird deutlich, daß nach der zutreffenden Ansicht des Gerichtes der Ehegatte eines Asylberechtigten kein Asylrecht ohne politische Verfolgung genießt, sondern ausschließlich aufgrund des Schutzes der Einheit von Ehe und Familie geschützt ist. Zutreffend ist gleichfalls die Auffassung der Kammer, daß das Aufenthaltsrecht des Asylanten in der Bundesrepublik dieselbe Stärke besitzt wie das Aufenthaltsrecht eines Deutschen.

VI. Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts, des Oberverwaltungsgerichts Koblenz und des Verwaltungsgerichts München zeigen, daß das Asylrecht des Art 16 Abs 2 S 2 GG inzwischen in der Rechtsprechung verstärkt diejenige Würdigung erfährt, die ihm kraft seines verfassungsrechtlichen Ranges zukommt. Es steht nicht mehr so sehr wie früher „im Schatten der Flüchtlingskonvention“²⁰. Der Schutz durch das Grundrecht wird durch eine Rechtsprechung, die die Lücken im AusländerG allmählich schließt, zunehmend verfeinert.

¹⁹ Az. M 33 VII/73; veröffentlicht in NJW 1978, 500.

²⁰ Franz, DVBl 1966, 623.

Diese Tendenz ist zu begrüßen, da infolge der Zunahme der Zahl von Anerkennungsanträgen in den letzten Jahren Änderungen des AusländerG diskutiert werden, die zu einer Verringerung des Schutzes für politisch Verfolgte führen sollen. Angesichts der zunehmenden Erkenntnis von der Bedeutung des Asylrechts bleibt zu hoffen, daß auch mögliche Änderungen des Ausländerrechts in derselben Verantwortung für dieses Grundrecht durchgeführt werden. Die drei genannten Urteile weisen auf unverzichtbare Grundlagen des Asylschutzes hin.

Summary

The right of asylum for politically persecuted persons is generally stated in Art. 16 (2) 2 of the German Federal Constitution (Grundgesetz). The laws concerning the recognition and the status of these persons are still imperfect and not complete.

The large number of foreigners seeking asylum and the administrative practice to execute these laws have lead to a lot of lawsuits concerning "classical" problems of the right of asylum; but beside them a rising number of new problems came to a relevance which had not yet been recognized before. These new issues often require a recourse to a fundamental view of this right.

Politically persecuted include persons wanted for political offences. A political offence is a crime against the state or the political process. All states have the right to defend themselves against attacks carried out by other states or by their own citizens. In order to reach this aim every state has the right to introduce the duty to do military service. Persons who refuse to fulfill this duty are often consented to hard punishments. Criminal laws to oppress refusals to do military service are stated to safeguard the security of the state. Because of this they are part of the political criminal law, persons who would be punished because of having committed a crime like this are politically persecuted.

The Verwaltungsgericht (Administrative Court) in Ansbach nevertheless did not recognize such a foreigner seeking asylum. It sentenced that the term "politically persecuted" was identical with the word "refugee". Later judgements will have to reverse this sentence.

The right of asylum contains the right to settle in the Federal Republic of Germany. This right only depends on the fact of political persuance, it is independent of any recognition or permission. In order to prove the lawfull stay it is necessary to possess a document which indicates this right.

The Bundesverwaltungsgericht recently judged that the administrative practice to refuse such documents until the recognition does not conforme with the constitutional demands.

This right to settle in the Federal Republic would not be effective if persons seeking asylum were not permitted to reside in this state of refuge until their application for recognition is finally decided by the competent authorities. Because of this the Oberverwaltungsgericht Koblenz judged that any refoulement before the final decision is not admitted.

The Verwaltungsgericht München sentenced that not only the politically persecuted himself, but also his family enjoy a privileged status, founded by Art. 6 of the German Federal Constitution and Art. 8 of the European Convention on Human Rights.

The right of asylum does not only gain importance in this judgements, but also in a number of scholar publications. New tendencies in international public law and the German law will be shown in the book of Hans Ingo von Pollern, *Das moderne Asylrecht, Grundfragen und Entwicklungstendenzen im Völkerrecht und im Grundgesetz*, that will be published this year (Berlin, Verlag Duncker und Humboldt). Discussions will go on.

Richard Breyer:

Drohende Flüchtlingsprobleme in Südwestafrika

Historischer Hintergrund und politische Lage

Seitdem in Angola und Moçambique, also in unmittelbarer Nachbarschaft der Republik Südafrika, besonders aber der ehemaligen deutschen Kolonie Südwestafrika, der Prozeß der Dekolonisierung stürmische Formen angenommen hatte, richtete sich das deutsche Interesse in Presse, Fernsehen und politischer Publizistik auf die in Südwestafrika lebenden Deutschen. Es fand in einem bezeichnenden Satz des damaligen Bundesaußenministers Walter Scheel vom 21. September 1973 Ausdruck, wonach Südwestafrika „für uns ein besonderes Problem“ darstellte. Es sei daher eingangs einschränkend vermerkt, daß sich das zunächst als Frage stellende „drohende Flüchtlingsproblem“ vor allem mit den Deutschen befaßt, zumal dem Bericht neben langjähriger Beobachtung von außen und mancherlei einschlägiger Literatur eine rund 5000 km lange Reiseroute im Februar 1977 zugrunde liegen. Die Reise zwischen Namib und Kalahari, Kunene und Oranje, von Ort zu Ort und von einer deutschen Farm zur anderen, durchaus auch ein touristisches Erlebnis, stand unwillkürlich im Zeichen der Sturmwarnung des ehemaligen Entwicklungsministers Egon Bahr: „Nun geht es zum erstenmal um die Dekolonisation eines Gebietes, bei dem deutsche Emotionen mit hochkommen. Nichts, was wir bisher auf dem Gebiet der Dekolonisierung erlebt haben, wird so viel Aufruhr machen wie Namibia.“ Ob „Vietnam nichts dagegen sein wird“, wie Bahr beschwörend meinte — das ist die noch offene Frage! Will man sich aber über Gegenwart und Zukunft Klarheit verschaffen, so muß zunächst die Vergangenheit geklärt sein. Woher also kommt das „für uns besondere Problem“ der Deutschen in Südwestafrika?

Der in den letzten Jahren in Gang gekommenen Dekolonisierung ist in den beiden Jahrzehnten vor und nach der Jahrhundertwende eine Kolonisierung durch das Bismarckreich (1884 bis 1886 Besitzergreifung von Angra Pequena durch den Bremer Handelsherrn Lüderitz) vorausgegangen, deren einzelne Etappen in Vorstößen (1891 wird Windhuk Zentrum; 1903 Bergbau in Tsumeb; Diamantenfunde bei Lüderitz 1908; 1908 bis 1912 Eisenbahnbau) und Rückschlägen (Hottentottenaufstand 1889 bis 1894; Hereroaufstand 1904 bis 1907; dgl. Hottentottenaufstand) hier nicht nachgezeichnet werden können. Dieser recht mühseligen Erwerbung und Erschließung des Landes, dessen Grenzen 1890 zwischen Deutschland und Großbritannien festgelegt worden sind, liegt jedenfalls der heutige Bestand des Deutschtums in Südwestafrika zugrunde, das man sehr wohl als „Kolonialdeutschtum“ bezeichnen kann. Es teilte das Schicksal der Kolonie, deren Schutztruppe 1915 vor Engländern und Buren kapitulierte. Seit 1920 als sogenanntes „C-Mandat“ des Völkerbundes unter der Verwaltung der Südafrikanischen