

Astrid Epiney / Bernhard Waldmann /
Andrea Egbuna-Joss / Magnus Oeschger

Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und schweizerischen Recht, ein Vergleich unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens

2008

Cahiers fribourgeois de droit européen no 4
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 4



Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Déjà paru / Bisher erschienen

- 1 Andrea Faeh
Zulassung und Vertrieb von rezeptpflichtigen (RX) und nicht rezeptpflichtigen (OTC, OTX) Arzneimitteln
- 2 Astrid Epiney
La mise en oeuvre du droit de l'environnement : lignes directrices pour un système efficace sur la base des exigences du droit de l'Union européenne et des expériences internationales
- 3 Bernhard Hofstötter
Aspects de droit international public sur l'arpentage et la répartition des terres chypriotes réalisés par la Grande-Bretagne
- 4 Astrid Epiney / Bernhard Waldmann / Andrea Egbuna-Joss / Magnus Oeschger
Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und schweizerischen Recht, ein Vergleich unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens

A paraître / im Erscheinen

- 5 Astrid Epiney
Ausländerklauseln im Amateursport – ausgewählte rechtliche Fragen unter besonderer Berücksichtigung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU

Astrid Epiney /Bernhard Waldmann /
Andrea Egbuna-Joss / Magnus Oeschger

**Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und
schweizerischen Recht, ein Vergleich unter
Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens***

* Dieser Beitrag wurde bereits im Jusletter vom 25. Mai 2008 veröffentlicht, www.jusletter.ch.

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeurs Marc Amstutz, Samantha Besson et Astrid Epiney, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von Professor Marc Amstutz und den Professorinnen Samantha Besson und Astrid Epiney hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

Editeur / Herausgeber Institut de droit européen / Institut für Europarecht
Avenue de Beauregard 11
CH-1700 Fribourg

euroinstitut@unifr.ch

www.unifr.ch/euroinstitut

Octobre 2008

Copyright chez l'auteur / beim Autor

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

INHALTSVERZEICHNIS

A.	Einleitung.....	4
B.	Völkerrecht: zur Tragweite der Genfer Flüchtlingskonvention.....	6
I.	Der Flüchtlingsbegriff (Art. 1A GFK)	6
1.	Grundsatz	7
2.	Erlöschensgründe (Art. 1C GFK)	15
3.	Ausschlussgründe (Art. 1D, E, F GFK).....	16
II.	Das Prinzip des <i>non-refoulement</i>	19
C.	Europäisches Asylrecht.....	22
I.	Die Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz im europäischen Recht....	23
1.	Prüfung der Ereignisse und Umstände.....	23
2.	Nachfluchtgründe.....	24
3.	Akteure, von denen die Verfolgung oder ein ernsthafter Schaden ausgehen kann, und anderweitiger Schutz	25
II.	Die Anerkennung als Flüchtling.....	27
1.	Der Flüchtlingsbegriff.....	28
2.	Erlöschensgründe	30
3.	Ausschlussgründe.....	30
III.	Aberkennung, Beendigung oder Ablehnung der Verlängerung der Flüchtlingseigenschaft.....	31
IV.	Zum Inhalt des Internationalen Schutzes	32
D.	Schweizerisches Asylrecht	33
I.	Allgemeines.....	33
1.	Rechtsgrundlagen im nationalen Recht: Art. 3 Asylgesetz.....	33
2.	Abgrenzungen	34
3.	System der Flüchtlingsanerkennung im Asylgesetz	36
II.	Elemente des Flüchtlingsbegriffs nach Art. 3 AsylG.....	41
1.	Ausländerin oder Ausländer.....	41
2.	Verfolgung	42
3.	Bruch mit dem Heimatstaat.....	56
4.	Fehlen einer inländischen Fluchtalternative	56
III.	Flüchtlingsstatus und Asyl	58
1.	Asylausschlussgründe	59
2.	Rechtsfolge.....	61
IV.	Beendigung der Flüchtlingseigenschaft und des Asyls.....	61
1.	Widerruf des Asyls und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (Art. 63 AsylG)	61
2.	Erlöschen des Asyls (Art. 64 AsylG).....	63
3.	Ausweisung (Art. 65 AsylG)	63
E.	Schluss: Konvergenzen und Divergenzen des europäischen und schweizerischen Asylrechts	64

A. Einleitung

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen einer Person Asyl gewährt wird, gehört zu den Grundfragen des Asylrechts; gleichzeitig war sie lange Zeit ausschliesslich eine Frage des nationalen Rechts¹, da die Asylgewährung als souveränes Recht der Staaten anzusehen ist bzw. angesehen wurde. Im Zuge regionaler Integrationsbestrebungen – wobei sich der vorliegende Beitrag auf diejenigen im Rahmen der Europäischen Union beschränkt – haben sich jedoch (über die völkerrechtlichen Vorgaben hinaus) supranationale Vorgaben (auch) in diesem Bereich entwickelt. Zwar ist die Schweiz an diese nicht „formell“ gebunden; im Zuge der Gestaltung ihrer rechtlichen Beziehungen zur Europäischen Union auf der Grundlage der sog. „bilateralen Verträge“ fand aber auch der Bereich des Asylrechts Eingang in die „bilateral“ durch völkerrechtliche Verträge geregelten Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union, wobei die Schweiz verpflichtet ist, den gemeinschaftlichen Besitzstand im Bereich der Zuständigkeit der Staaten für die Behandlung von Asylbegehren zu übernehmen².

In Anbetracht des Wortlauts des Dubliner Assoziierungsabkommens (DAA) und der dort vorgesehenen ausdrücklichen Beschränkung des zu übernehmenden Besitzstandes auf den „Dublin-Besitzstand“ kann aus dem Abkommen jedenfalls keine weitere rechtliche Bindung der Schweiz an sonstige gemeinschaftsrechtliche Vorschriften im Bereich des Asylrechts abgeleitet werden, so dass die Schweiz rechtlich nicht verpflichtet ist, die Vorgaben der sog. Qualifikationsrichtlinie³ der EG zu beachten. Für diesen Ansatz spricht auch ein Vergleich mit den übrigen Bilateralen Verträgen, in denen der Besitzstand teilweise erheblich ausführlicher umschrieben wird. An dieser „rechtlichen Unbeachtlichkeit“ der RL 2004/83 für die Schweiz vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass es selbstverständlich gewisse Wechselwirkungen zwischen der Zuständigkeit eines Staates zur Behandlung eines Asylgesuchs einerseits und der Ausgestaltung der Anerkennung als Flüchtling und auch der Ausgestaltung des Asylverfahrens gibt.

Dieser teilweise Einbezug in den gemeinschaftlichen Besitzstand⁴ dürfte aber – über den ohnehin bestehenden faktischen Einfluss des gemeinschaftlichen Asylrechts aufgrund der geographischen Lage der Schweiz und ihrer wirtschaftlichen und politischen Verbundenheit

¹ Es gibt kein völkerrechtlich gewährleistetes „Recht auf Asyl“, vgl. nur *Walter Kälin/Jörg Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2005, 489; *Kay Hailbronner*, Kompatibilität des Schweizer Asylverfahrens mit Harmonisierungsbestrebungen im Asylrecht der Europäischen Union, 2000, 13. Hiervon zu unterscheiden sind die völkerrechtlichen Vorgaben betreffend das Rückschiebungsverbot (*non-refoulement*), vgl. noch sogleich unten B.II.

² Der sog. „Dublin-Besitzstand“. Vgl. die Assoziierung der Schweiz: Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrages (im Folgenden: Dubliner Assoziierungsabkommen, DAA), BBl 2004 6479. Vgl. hierzu *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Andrea Egbuna-Joss*, Schengen/Dublin, in: Thüerer/Weber/Portmann/Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch, 2007, 903-981, insb. 969 ff.

³ Richtlinie 2004/83 vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. 2004 L304, 12.

⁴ Vgl. zu den in den verschiedenen bilateralen Verträgen verwandten Techniken des Einbezugs der Schweiz in den gemeinschaftlichen Besitzstand m.w.N. *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht, 2006, 77 (97 ff.).

mit der Europäischen Union hinaus – dazu führen, dass auch sonstige Bereiche des nationalen Asylrechts vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Vorgaben zu sehen sind, so dass es sich jedenfalls lohnt, die Kompatibilität des schweizerischen Asylrechts mit den unionsrechtlichen Vorgaben zu analysieren, unabhängig davon, wie daran anschliessend die (primär politische) Frage beantwortet wird, ob und inwieweit man von diesen abweichen möchte. Diese allgemeine Feststellung betrifft auch und gerade die Frage der Voraussetzungen der Gewährung des Asyls, steht doch die Ausgestaltung der diesbezüglichen Rechtsgrundlagen in einem Staat immer auch in einer gewissen Wechselbeziehung zur Rechtslage in anderen Staaten, so dass hier Divergenzen der Rechtslage in der Schweiz mit der Rechtslage in den EU-Mitgliedstaaten (insbesondere den Nachbarstaaten) häufig auch Rückwirkungen auf die rechtliche und politische Situation in der Schweiz entfalten.

Im Folgenden geht es darum, die diesbezüglichen (d.h. auf die Voraussetzungen der Asylgewährung bezogenen) Regelungen des schweizerischen Rechts (D.) vor dem Hintergrund der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (C.) zu analysieren, dies auf der Grundlage der Erörterung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention (B.). Der Beitrag schliesst mit einer Synthese (E.), in der die Konvergenzen und Divergenzen des europäischen und schweizerischen Asylrechts aufgezeigt werden.

Eine grundsätzliche Schwierigkeit ergibt sich dabei aus dem Umstand, dass ein „Rahmengesetz“ (nämlich die europäische Richtlinie) mit einem „Ausführungsgesetz“ (dem schweizerischen Asylgesetz, zu dem auch schon eine entsprechende Praxis und Rechtsprechung besteht), verglichen werden soll. Der Beitrag wird sich prinzipiell auf den Vergleich der Rechtsvorschriften beschränken, wobei die Praxis und die Rechtsprechung (falls vorhanden) selbstverständlich bei der Auslegung der Vorschriften miteinbezogen werden. Ergeben sich rechtliche Divergenzen, die jedoch durch die entsprechende schweizerische Praxis und Rechtsprechung wieder aufgehoben werden, ist dies an den relevanten Stellen entsprechend vermerkt.

Weiter sei bemerkt, dass bei der Erörterung der Frage, ob und inwieweit die Rechtslage in der Schweiz mit den „Vorgaben“ des Unionsrechts⁵ vereinbar ist, zu beachten ist, dass die Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf die Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien in und durch die Mitgliedstaaten ausgesprochen strenge Maßstäbe anlegt, auch und gerade, was die „Klarheit“ der Umsetzung betrifft. So geht der EuGH insbesondere davon aus, dass sich bereits aus dem Umsetzungsakt zweifelsfrei eine richtlinienkonforme Rechtslage ergeben muss, so dass die entsprechenden Formulierungen hinreichend klar und unzweideutig sein müssen⁶. Vor diesem Hintergrund ist es – mit Blick auf die Schweiz – durchaus vorstellbar, dass zwar die Rechtslage als solche nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist bzw. wäre (da die gesetzlichen Grundlagen nicht hinreichend genau formuliert sind), dass aber gleichzeitig im Zuge von Auslegung und Anwendung durchaus eine unionsrechtskonforme Rechtslage in der Praxis gewährleistet kann⁷.

Thematisch beschränkt sich der vorliegende Beitrag auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen Asyl gewährt wird bzw. werden muss und welche Vorgaben in Bezug auf das Aufenthaltsrecht von Flüchtlingen zu beachten sind. Andere Aspekte des Asylrechts bleiben ausgespart.⁸ Ein Herausgreifen der Voraussetzungen der Asylgewährung bzw. gewisser Aspekte des Aufenthaltsrechts von Flüchtlingen rechtfertigt sich schon deshalb, weil es hier um die zentrale (Rechts-) frage des Asylrechts geht, an deren Bejahung oder Verneinung sich weitere Rechtsfolgen anschliessen, etwa die Frage nach den Aufenthaltsbedingungen. Was das Verfahrensrecht

⁵ Die ja als solche nicht für die Schweiz verbindlich sind, s. noch unten E.

⁶ Hierzu etwa aus der jüngeren Rechtsprechung *EuGH*, Rs. C-441/02, Urt. v. 27.4.2006 - Kommission/Deutschland: nicht hinreichend klare Umsetzung der RL 64/221 in § 12 I AufenthG/EWG, da nur in Bezug auf EU-Ausländer mit unbefristeter Aufenthaltserlaubnis klargestellt wird, dass diese nur aus „schwerwiegenden“ Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen werden dürfen, womit unklar sei, wie mit EU-Ausländern mit nur befristeter Aufenthaltserlaubnis verfahren werden kann. Aus der Literatur zum Problemkreis etwa m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung *Astrid Epiney/Andreas Felder*, Überprüfung internationaler wasserwirtschaftlicher Übereinkommen im Hinblick auf die Implementierung der Wasserrahmenrichtlinie, 2002, 19 ff.; *Konrad Westbomke*, Die Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales Recht, *EuUP* 2004, 122 ff.

⁷ Vgl. noch die Ausführungen unten E.

⁸ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass diese in einem vom UNHCR herausgegebenen Sammelband voraussichtlich im Herbst 2008 in verschiedenen Beiträgen behandelt werden.

betrifft, so kommt diesem letztlich insofern dienende Funktion zu, als es die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen der Voraussetzungen für die Asylgewährung ermöglichen soll.

B. Völkerrecht: zur Tragweite der Genfer Flüchtlingskonvention

Die **Genfer Konvention von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (GFK)**⁹ und das Protokoll von 1967¹⁰ stellen die **Grundlagen des internationalen Flüchtlingsschutzes** dar¹¹. Die Konvention formulierte als erstes internationales Instrument eine allgemeine, international anerkannte Definition des Flüchtlings und regelt wichtige Statusrechte der Flüchtlinge, die die Aufenthaltsstaaten zu gewährleisten haben. Im Folgenden sollen die in unserem Zusammenhang bedeutendsten Vorgaben der Konvention skizziert werden, wobei selbstredend keine umfassende Erörterung möglich und angestrebt ist, sondern (nur, aber immerhin) die Grundlagen für die Erfassung der unionsrechtlichen Vorgaben – die vor dem Hintergrund der völkerrechtlichen Regelungen zu sehen und auszulegen sind¹² – gelegt werden. Im Einzelnen geht es einerseits um den Flüchtlingsbegriff (I.), andererseits um den Grundsatz des *non-refoulement* (II.)¹³.

Dabei sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass – wie bereits oben¹⁴ kurz erwähnt – die Genfer Konvention **kein „Recht auf Asylgewährung“** verankert. Vielmehr definiert sie eine Reihe anderer Verpflichtungen, die die Staaten in Bezug auf Flüchtlinge im Sinne der Genfer Konvention zu beachten haben. Insofern ist der Flüchtlingsbegriff im Sinne der Konvention also für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Konvention und damit des Greifens der in der Konvention verankerten Pflichten massgeblich, nicht hingegen für die Frage der (innerstaatlichen) Anerkennung als Flüchtling. Nichtsdestotrotz entfaltet der **Flüchtlingsbegriff der Konvention mittelbar Implikationen für die Voraussetzungen der Asylgewährung** in den nationalen und supranationalen Rechtsordnungen, da diese auf den Flüchtlingsbegriff der Konvention zurückgreifen. Für Flüchtlinge im Sinne der Konvention gilt zudem das noch zu behandelnde *non refoulement*-Gebot, so dass es nahe liegt, bei der Regelung der Voraussetzungen der Asylgewährung zumindest an die in der Konvention verankerten Grundsätze bezüglich des Flüchtlingsbegriffs anzuknüpfen.

I. Der Flüchtlingsbegriff (Art. 1A GFK)

Art. 1A GFK formuliert zunächst die grundsätzlichen Voraussetzungen für das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft (1.), während Art. 1C GFK die Erlöschensgründe (2.) und Art. 1D, E, F GFK die Ausschlussgründe (3.) umschreiben.

⁹ Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, SR 0.142.30.

¹⁰ Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, SR 0.142.301.

¹¹ Auf internationaler Ebene sind zudem noch die für Afrika relevante *OAU Convention Governing Specific Aspects of Refugee Problems in Africa* vom 10. September 1969 und die südamerikanische *Cartagena Declaration on Refugees* vom 22. November 1984 zu erwähnen.

¹² Vgl. noch unten C.

¹³ Die ebenfalls bedeutenden und in der Konvention verankerten Statusrechte der Flüchtlinge sind nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Vgl. zu diesen etwa die Hinweise bei *Kälin/Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz* (Fn. 1), 492. Ausführlich *James C. Hathaway*, *The Rights of Refugees Under International Law*, 2005, 370 ff.

¹⁴ S.o. A. mit Fn. 1.

1. Grundsatz

Art. 1A Abs. 2 GFK definiert den **Begriff „Flüchtling“** – der (wie erwähnt) letztlich für die **Eröffnung des Anwendungsbereichs** der Genfer Konvention bzw. der sich aus ihr ergebenden Verpflichtungen entscheidend ist – als jede Person, die sich

„[...]“¹⁵ aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung ausserhalb ihres Heimatlandes befindet und dessen Schutz nicht beanspruchen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht beanspruchen will“.

Deutlich wird damit, dass sich der Flüchtlingsbegriff der GFK durch eine Reihe von Elementen auszeichnet, die kumulativ vorliegen müssen: Die betroffene Person muss sich ausserhalb ihres Heimatstaates aufhalten (a), ihre Beziehungen zu diesem müssen gebrochen sein (b), und es muss eine „begründete Furcht“ (c) vor einer Verfolgung (d) aus bestimmten Gründen (e) bestehen.

a) Aufenthalt im Ausland

Das Erfordernis des **Aufenthalts im Ausland** schliesst all diejenigen Personen vom Anwendungsbereich der GFK aus, die innerhalb ihres Heimatstaats geflüchtet sind. Diese weltweit stetig wachsende Gruppe der Binnenvertriebenen (*internally displaced persons*) haben *per definitionem* keine internationale Grenze überschritten, sondern sind innerhalb ihres Heimatstaates geflüchtet¹⁶.

Nicht erforderlich ist, dass die Flüchtlinge ihren Heimatstaat **aufgrund der Furcht vor Verfolgung verlassen** haben. Vielmehr genügt es für das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft im Sinne der GFK, dass eine Furcht vor Verfolgung zu bejahen ist, auch wenn diese erst nach der Ausreise entstanden ist¹⁷. Dabei kann zwischen zwei Konstellationen unterschieden werden: Eine sich im Ausland aufhaltende Person hat deshalb (neu) eine begründete Furcht vor Verfolgung, weil sich die Umstände im Heimatstaat verändert haben (z.B. durch einen Regimewechsel), so dass etwa ihre politische Betätigung nunmehr als regimekritisch eingestuft wird (sog. objektive Nachfluchtgründe). Andererseits kann die Furcht vor Verfolgung nach der Ausreise aufgrund der (neuen) Betätigung der betroffenen Person entstehen, etwa, wenn diese im Ausland beginnt, sich politisch zu betätigen und daher im Falle einer Rückkehr eine Verfolgung zu gewärtigen hat (sog. subjektive Nachfluchtgründe)¹⁸.

¹⁵ Die zeitliche Beschränkung in Art. 1A Abs. 2 GFK auf fluchtverursachende Ereignisse vor 1951 sowie die Beschränkung auf Verfolgungshandlungen innerhalb Europas in Art. 1B wurden durch das Protokoll von 1967 (Fn. 10) aufgehoben, so dass die Konvention seither für die Vertragsstaaten des Protokolls (u.a. die Schweiz und alle EU-Mitgliedstaaten) ohne jegliche zeitliche und geographische Beschränkungen gilt.

¹⁶ Zum Schutz der Binnenvertriebenen siehe etwa *Walter Kälin*, Guiding Principles on Internal Displacement – Annotations, 2000; *Catherine Phuong*, The International Protection of Internally Displaced Persons, 2004; *Nils Geißler*, Der völkerrechtliche Schutz der Internally Displaced Persons, 1999; vgl. auch den Überblick bei *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 1), 482-487.

¹⁷ In diesem Zusammenhang spricht man von sog. Nachfluchtgründen und bezeichnet diese Personen dann als „*refugiés sur place*“. Siehe dazu anstatt vieler *James Hathaway*, The Law of Refugee Status, 1991, 33 ff.; *UNHCR*, Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, 1979, Neuaufl. 2003 (nicht-amtliche deutsche Übersetzung), Ziff. 94-96.

¹⁸ Zur Unterscheidung etwa *Hathaway* (Fn. 17), 33 ff.; *Atle Grahl-Madsen*, The Status of Refugees in International Law, Vol. 1, 1966, 242 ff.; *Guy Goodwin-Gill/Jane McAdam*, The Refugee in

b) Bruch der Beziehungen zum Heimatstaat

Ein Flüchtling muss „den Schutz“ seines Heimatstaates nicht mehr beanspruchen können oder – aufgrund seiner begründeten Furcht vor Verfolgung¹⁹ – wollen²⁰. Dabei genügt es nicht, dass die betroffene Person (subjektiv) den Schutz nicht wahrnehmen „will“, vielmehr ist erforderlich, dass entweder der betreffende Staat einem seiner Staatsangehörigen den Schutz verweigert oder objektive Gründe dafür vorliegen, dass die Wahrnehmung dieses Schutzes für den Flüchtling aufgrund oder angesichts erlittener oder drohender Verfolgung (objektiv) nicht zumutbar ist²¹.

Obwohl bei staatenlosen Personen ebenfalls ein Bruch mit ihrem „Heimatstaat“ stattgefunden hat, in dem Sinn dass sie aufgrund ihrer Staatenlosigkeit – möge diese nun auf dem Entzug einer Staatsangehörigkeit oder auf „Rechtslücken“, aufgrund derselben eine Person nie eine Staatsangehörigkeit erworben hat, beruhen – keinen nationalen Schutz eines Staates geniessen, gelten diese gemäss Art. 1A Abs. 2 GFK nicht automatisch als Flüchtlinge²². Für diese Personen verlangt die Flüchtlingsdefinition der GFK zusätzlich einen Bruch mit dem Staat ihres früheren Wohnsitzes, sofern zwischen der Person und ihrem früheren Wohnsitzstaat eine ähnlich geartete Beziehung bestanden hat wie zwischen Staatsangehörigen und ihrem Heimatstaat²³.

Deutlich wird damit, dass diesem Kriterium neben demjenigen der begründeten Furcht vor Verfolgung kaum eine eigenständige Bedeutung zukommen dürfte, da die erwähnte Unzumutbarkeit im Falle der Bejahung einer begründeten Furcht vor Verfolgung regelmäßig gegeben sein dürfte²⁴.

c) „Begründete Furcht“ vor Verfolgung

Die Flüchtlingsdefinition der Genfer Flüchtlingskonvention basiert auf dem Grundgedanken, dass die schutzsuchende Person des internationalen Schutzes bedarf, da sie aus „begründeter Furcht“ vor Verfolgung nicht in ihren Heimat- oder Herkunftsstaat zurückkehren kann. Der **Begriff „begründete Furcht“** enthält ein subjektives und ein objektives Element: Während „Furcht“ sich eher auf die subjektive Wahrnehmung der Situation im Heimatstaat der schutzsuchenden Person sowie ihre (emotionale) Reaktion auf das wahrgenommene Verfolgungsrisiko bezieht, verlangt das Kriterium der Begründetheit eine gewisse Überprüfbarkeit dieser Furcht in objektiven Informationen²⁵.

International Law, 2007, 65 ff. Zu den „Nachfluchtgründen“ im Zusammenhang mit der RL 2004/83 auch noch unten C.I.2.

¹⁹ Dazu sogleich B.I.1.c).

²⁰ Dazu ausführlich *Grahl-Madsen*, Vol. I (Fn. 18), 253 ff.

²¹ Vgl. nur *Künzli/Kälin*, Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 1), 488; *Grahl-Madsen*, Vol. I (Fn. 18), 256 ff.

²² Vgl. dazu ausführlich *Grahl-Madsen*, (Fn. 18), 150 ff.; *Hathaway*, Refugee Status (Fn. 17), 59 ff.; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 67 ff.

²³ Vgl. *Hathaway*, Refugee Status (Fn. 17), 61 ff.

²⁴ S. auch *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 100.

²⁵ *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 37 f.

Die Gewichtung dieser beiden Elemente ist strittig und stark vom konkreten Fall abhängig²⁶. Grundsätzlich kann jedoch festgehalten werden, dass subjektive Elemente *per definitionem* schwieriger nachweisbar sind und die Schutzwürdigkeit eines Antragstellers nicht allein aufgrund der Tatsache, dass die Behörden die geäußerten Befürchtungen des Antragstellers als nicht überzeugend einstufen, verneint werden darf. Vielmehr müssen die Behörden die persönlichen Aussagen anhand aktueller Informationen über die Situation im Heimatstaat auf ihre Wahrscheinlichkeit überprüfen und so eine **umfassende Einschätzung des zukünftigen Risikos einer Verfolgung im Heimatstaat** vornehmen²⁷. Unumstritten ist in Lehre und Praxis, dass kein Nachweis einer bereits erfolgten Verfolgung notwendig ist²⁸. Ein solcher Nachweis wäre mit dem Ziel der Konvention, Personen vor eben dieser Verfolgung zu schützen, unvereinbar.

Insgesamt ist damit eine „begründete Furcht“ regelmässig schon dann zu bejahen, wenn die Verfolgung wegen bestimmter Gründe²⁹ mit erheblicher Wahrscheinlichkeit droht und damit **aktuell und objektiv begründet** ist; eine irgendwie geartete „Verfolgungsabsicht“ seitens der verantwortlichen staatlichen Organe ist jedenfalls nicht notwendig³⁰. Darüber hinaus liegt selbstredend in der Regel eine begründete Furcht vor, wenn die Verfolgung bereits stattgefunden hat und die betroffene Person aus diesem Grund den Heimatstaat verlassen hat und es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass sich die Lage im Heimatstaat in der Zwischenzeit massgeblich verändert hat.

d) Zum Verfolgungsbegriff

Eine „Verfolgung“ im Sinne der GFK liegt nur unter bestimmten Voraussetzungen vor, wobei die Auslegung dieses Begriffs – wie auch die sonstige Ausgestaltung des Flüchtlingsbegriffs und damit des Anwendungsbereichs der GFK – letztlich vor dem Hintergrund der Entstehung der GFK nach dem Zweiten Weltkrieg zu sehen ist³¹. Im Einzelnen sind folgende (kumulativ zu verstehende) Elemente für das Vorliegen einer Verfolgung im Sinne des Art. 1A GFK entscheidend:

- Erstens müssen der betreffenden Person ernsthafte Nachteile drohen oder sie muss diese bereits erlitten haben. M.a.W. ist nicht etwa jede diskriminierende Behandlung oder eine Verletzung „irgendwelcher“ Menschenrechte ausreichend; vielmehr ist eine **Verletzung grundlegender Menschenrechte sowie eine gewisse Intensität** erforderlich³². Zu diesen grundlegenden Menschenrechten, deren (drohende)

²⁶ S. den Problemabriss bei *Niraj Nathwani*, Rethinking Refugee Law - Refugees and Human Rights, 1997, 68 ff.; s. auch *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 63 f.; *Hathaway*, Refugee Status (Fn. 17), 65 ff.; *Grahl-Madsen* (Fn. 18), 174; *Patricia Tuitt*, False Images – Law’s Construction of the Refugee, Pluto Press, 1996, 80-83, 85-86, abgedruckt in: *B.S. Chimni*, International Refugee Law – A Reader, 2002, 18 ff.

²⁷ S. zur ganzen Problematik auch ausführlich *Jean-Yves Carlier*, General Report, in: Carlier/Vanheule/Hullmann/Peña Gailiano (Hrsg.), Who is a Refugee? A Comparative Case Law Study, 1997, 695 ff.

²⁸ *Goodwin-Gill/Mc Adam* (Fn. 18), 63; *Hathaway*, Refugee Status (Fn. 17), 87; *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 45.

²⁹ Hierzu sogleich unten B.I.1.d), e).

³⁰ S. nur *Gabriele von Thenen*, Geschlechtsspezifische Flucht- und Bleibegründe: Völkerrechtliche Verpflichtungen und innerstaatliche Rechtslage, 2004, 71, m.w.N.

³¹ Hierzu etwa den Überblick über die Entstehungsgeschichte und den Hintergrund der GFK bei *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 15 ff.

³² Vgl. *Hathaway*, Refugee Status (Fn. 18), 101 ff. Relativ offen formuliert und die Beurteilung im Einzelfall fordernd *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 51-54; *von Thenen*, Geschlechtsspezifische

Verletzung als Verfolgung eingestuft werden kann, zählen jedenfalls alle nicht derogierbaren Menschenrechte wie das Recht auf Leben, das Recht auf körperliche und psychische Unversehrtheit, das Folterverbot, das Sklavereiverbot, der Kerngehalt der Meinungs-, Religions- und Gewissensfreiheit und das Recht, als rechtsfähige Person anerkannt zu werden³³.

Bei einer Reihe von weiteren Menschenrechten ist in der Doktrin umstritten bzw. gibt die Staatenpraxis keine einheitliche Antwort auf die Frage, ob sie als so grundlegend zu betrachten sind, dass ihre Verletzung als Verfolgung angesehen werden kann³⁴. Nach der hier vertretenen Ansicht liegt aber jedenfalls dann eine Verfolgung im Sinne der Konvention vor, wenn die Verletzung der jeweiligen Rechte mittelbar die erwähnten nicht derogierbaren Rechte beeinträchtigen (könnte). So dürfte etwa im Falle bestimmter Diskriminierungen bei hinreichender Intensität die psychische Unversehrtheit beeinträchtigt sein.

- Weiter müssen diese Nachteile grundsätzlich vom **Staat** zugefügt werden. Damit sind jedenfalls alle „Spielarten“ staatlichen Verhaltens erfasst, wobei bei der Frage, ob und inwieweit staatliches Verhalten vorliegt, auf die völkerrechtlich anerkannten **Zurechnungsgründe** abzustellen ist, so dass auch auf den ersten Blick privates Verhalten als staatliches Verhalten angesehen werden kann, wie etwa im Falle sog. *de facto*-Organe³⁵. Darüber hinaus ist aber auch dann von einer „staatlichen“ Verfolgung auszugehen, wenn der Staat seine **menschenrechtlichen Schutzpflichten verletzt** und den Betroffenen daher **ernsthafte Nachteile (durch Private oder sonstige Akteure)** im soeben dargestellten Sinn drohen oder er solche bereits erlitten hat³⁶. Selbst wenn die Verletzung dieser Schutzpflichten darauf zurückzuführen ist, dass der **Staat nicht in der Lage ist**, dem Opfer Schutz vor Verfolgung (durch Private oder sonstige Akteure, deren Verhalten nicht dem jeweiligen Staat zugerechnet werden kann) zu gewähren, sprechen die besseren Gründe für die Einbeziehung dieser Konstellation in den Begriff der Verfolgung im Sinne der GFK: Denn Sinn und Zweck der GFK ist es doch, all denjenigen Personen einen gewissen (Mindest-) Schutz zukommen zu lassen, die aufgrund bestimmter Merkmale gezielt verfolgt werden und denen kein Schutz durch den Heimatstaat gewährt wird. Durch eine Handlungsunfähigkeit des Staates wird die Schutzbedürftigkeit der Betroffenen nicht gemindert, so dass auch bei dieser Konstellation der Anwendungsbereich der Konvention grundsätzlich eröffnet sein muss³⁷.

Flucht- und Bleibegründe (Fn. 30), 70 ff.; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 90 ff.; *Bianca Hofmann*, Grundlagen und Auswirkungen des völkerrechtlichen Refoulement-Verbots, 1999, 10.

³³ *Hathaway*, Refugee Status (Fn. 17), 109; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 90 ff. (92 f.).

³⁴ *Grahl-Madsen* (Fn. 18), 195.

³⁵ Ausführlich hierzu im Zusammenhang mit dem Verhalten privater Sicherheitsfirmen *Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss*, Zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit dem Verhalten privater Sicherheitsfirmen, SZIER 2007, 215-233.

³⁶ Ebenso wohl *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 1), 488. Zu den staatlichen Schutzpflichten im Zusammenhang mit universellen Menschenrechtsgarantien etwa *Jörg Künzli*, Zwischen Rigidität und Flexibilität: Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte, 2001, 215 ff.

³⁷ Dies dürfte der herrschenden (wenn auch nicht unumstrittenen) Meinung in Literatur und Praxis entsprechen, vgl. *Walter Kälin*, Nichtstaatliche Verfolgung und staatliche Schutzunfähigkeit, ASYL 3/2001, 23 ff.; *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 1), 488; *Hathaway*, Refugee Status (Fn. 17), 125 ff.; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 98 ff.; *Hemme Battjes*, European Asylum Law and International Law, 2006, 243-245. Wohl auch *Susan Kneebone*, Moving Beyond the State: Refugees, Accountability and Protection, in: Susan Kneebone (Hrsg.), The Refugees Convention 50 Years On. Globalisation and International Law, 2005, 279 (292 ff.). S. aber auch etwa *Vigdis Vevstad*, Refugee Protection. A European Challenge, 1998, 65, die zumindest für den Fall, dass der Staat willens,

- Jedenfalls aber muss die Verfolgung **individuell** ausgerichtet sein und eine bestimmte Person oder eine bestimmte Personengruppe gezielt treffen, so dass (drohende) ernsthafte Nachteile allein aufgrund von Kriegswirren nicht ausreichen, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen³⁸.
- Schliesslich ist noch auf die Problematik der **internen Fluchtalternative** hinzuweisen: Konzentriert sich die Verfolgung lediglich auf ein begrenztes Gebiet eines Staates und ist es der verfolgten Person tatsächlich möglich, in einem anderen Teil des Landes Schutz zu finden, erfüllt sie grundsätzlich die Voraussetzungen nicht, um als Flüchtling anerkannt zu werden. Das Konzept der internen Fluchtalternative sollte jedoch vor dem Hintergrund der bereits erwähnten Zielsetzung der GFK, tatsächlich verfolgten Personen effektiven Schutz zu gewährleisten, restriktiv angewandt werden: Entscheidend muss immer sein, ob die schutzsuchende Person tatsächlich die Mittel und die Möglichkeit hatte, in das sichere Gebiet zu reisen, ob sie dort auch effektiven Schutz erhalten hätte und ob kein Risiko der Abschiebung in die Herkunftsregion bestand³⁹.

e) Zu den Verfolgungsgründen

Die Verfolgung muss an mindestens eines⁴⁰ der **abschliessend**⁴¹ in Art. 1A Abs. 2 GFK aufgezählten **verpönten Merkmale** (Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politische Anschauungen) anknüpfen, d.h. die erwähnten ernsthaften Nachteile müssen gerade wegen eines dieser Merkmale drohen oder erlitten worden sein.

Diese sog. Verfolgungsgründe in Art. 1A Abs. 2 GFK entsprechen in weiten Teilen den Anknüpfungspunkten der internationalen Diskriminierungsverbote, weshalb an geeigneter Stelle auf die in den entsprechenden Abkommen enthaltenen Definitionen Bezug genommen werden soll.

Dabei ist allein die Tatsache, dass die schutzsuchende Person ein verpöntes Merkmal aufweist (z.B. einer bestimmten sozialen Gruppe angehört), für sich noch kein ausreichender Grund für die Anerkennung als Flüchtling⁴². Verlangt wird vielmehr ein glaubhaftes Vorbringen, dass

aber nicht in der Lage ist, ausreichend Schutz zu gewähren, die Flüchtlingseigenschaft verneint. Ausführlich zur Problematik *Kneebone, op. cit.* 279 (281 ff.).

³⁸ Vgl. etwa von *Thenen*, Geschlechtsspezifische Flucht- und Bleibegründe (Fn. 30), 70; s. auch *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 1), 488, die aber gleichzeitig auch darauf hinweisen, dass im Falle einer Verfolgung von Personen, die etwa in einem Bürgerkrieg der falschen Gruppe angehören und deshalb Verfolgungen zu gewärtigen haben, wiederum eine gezielte Verfolgung vorliegt, so dass die Flüchtlingseigenschaft zu bejahen ist bzw. sein kann.

³⁹ Siehe zum Ganzen ausführlich *James C. Hathaway/Michelle Foster*, Internal protection/ relocation/ flight alternative as an aspect of refugee status determination, in: Feller/Türk/Nicholson (Hrsg.), Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations on International Protection, 2003, 357-417; *Kneebone*, in: The Refugees Convention 50 Years On (Fn. 37), 279 (287 ff.); *Ninette Kelley*, Internal Flight/ Relocation/ Protection Alternative: Is It Reasonable?, IJRL 2002, 4-44.

⁴⁰ Oft ist auch eine Kombination von Verfolgungsgründen festzustellen, so z.B. wenn eine Person nicht nur aufgrund ihrer politischen Meinung, sondern gleichzeitig auch aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer religiösen oder nationalen Gruppe verfolgt wird; vgl. *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 67.

⁴¹ Dies impliziert auch, dass ungerechtfertigte staatliche Eingriffe etwa in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus anderen Gründen (z.B. Folter im Hinblick auf die Aufklärung von Straftaten) nicht die Flüchtlingseigenschaft zu begründen vermögen. Vgl. *Hofmann*, Refoulement-Verbot (Fn. 32), 9 f.

⁴² Ausnahmen sind jedoch denkbar, vgl. *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 70, 73, 79, 80.

der Person bei Rückkehr in die Heimat **aufgrund dieses Merkmals** Verfolgung droht. Andererseits ist das tatsächliche Fehlen eines verpönten Merkmals kein zwingender Grund, eine Person von der Anerkennung als Flüchtling auszuschliessen. Abzustellen ist vielmehr auf die Wahrnehmung der (potentiellen) Verfolger: Wird der schutzsuchenden Person beispielsweise eine politische Meinung „bloss“ unterstellt und droht ihr wegen der vermeintlichen Meinung Verfolgung, ist sie als Flüchtling anzuerkennen, selbst wenn sie diese politische Ansicht in Wirklichkeit gar nicht vertritt⁴³.

aa) Rasse

Die Entstehungsgeschichte der Flüchtlingskonvention sowie der ihr zugrunde liegende Schutzgedanke rechtfertigen es, den **Begriff der „Rasse“ weit auszulegen**⁴⁴. Art. 1 des internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung⁴⁵ definiert Diskriminierung aufgrund der Rasse als

„jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschliessung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Geniessen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird“.

Diese umfassende und international anerkannte Definition kann auch im Rahmen der GFK herangezogen werden⁴⁶.

bb) Religion

Art. 18 des internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UNO- Pakt II)⁴⁷ sowie Art. 9 EMRK verankern die Gedankens-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Dieses Menschenrecht garantiert einer jeden Person das Recht, aus freiem Willen einer Religion oder einer Glaubensrichtung anzugehören oder ihr beizutreten sowie das Recht, dieser Überzeugung privat oder öffentlich Ausdruck zu verleihen. Art. 18 Abs. 2 UNO-Pakt II hält ausdrücklich fest, dass jeglicher Zwang im Zusammenhang mit der freien Wahl der Weltanschauung oder Religion zu unterlassen ist. Während das Recht, einen Glauben zu haben, nicht einschränkbar ist, kann das Recht, seinen Glauben zu praktizieren, unter gewissen Vorgaben eingeschränkt werden⁴⁸.

In Bezug auf die GFK kann vor diesem Hintergrund festgehalten werden, dass sowohl Personen, die **aufgrund ihrer blossen Angehörigkeit einer bestimmten Glaubensrichtung** verfolgt werden, als auch Personen, welchen Verfolgung droht, da sie im vorgegebenen gesetzlichen Rahmen von ihrem Recht auf Glaubensäusserung Gebrauch machen oder gemacht haben, von Art. 1A Abs. 2 GFK erfasst werden⁴⁹.

⁴³ *Carlier* (Fn. 27), 714.

⁴⁴ *Hathaway*, Refugee Status (Fn. 17), 141; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 70; *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 68.

⁴⁵ Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, SR 0.104.

⁴⁶ *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 70; *Hathaway*, Refugee Status (Fn. 17), 142; vgl. auch *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 8.

⁴⁷ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

⁴⁸ Vgl. Art. 18 Abs. 3 UNO-Pakt II und Art. 9 Abs. 2 EMRK.

⁴⁹ *Hathaway*, Refugee Status (Fn. 17), 146; s. auch *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 71 ff.

cc) *Staatszugehörigkeit*

Der Verfolgungsgrund der Staatszugehörigkeit ist im Zusammenhang der GFK nicht auf die juristische Staatsangehörigkeit zu beschränken, sondern **weit auszulegen**. **Personen bestimmter Herkunft** können ebenso unter diesen Verfolgungsgrund subsumiert werden wie Mitglieder einer bestimmten ethnischen oder sprachlichen Gruppe. Überschneidungen mit dem Verfolgungsgrund der Rasse, der politischen Überzeugung sowie der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe sind daher möglich⁵⁰.

Verfolgungen aufgrund der Staatszugehörigkeit werden oft in Staaten stattfinden, in denen Gruppen unterschiedlicher Nationalitäten zusammenleben, wobei nicht zwingend nur die Minderheit zum Opfer von Verfolgung werden kann⁵¹.

dd) *Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe*

Der Verfolgungsgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe ist auslegungsbedürftig, und im Unterschied zu den übrigen Merkmalen ist kein Rückgriff auf internationale Diskriminierungsverbote oder Abkommen möglich.

In der Doktrin und dem sich in den letzten Jahren stark weiterentwickelten internationalen Fallrecht⁵² sind bei der Auslegung des Begriffs **zwei Herangehensweisen** zu unterscheiden⁵³:

- Zur Identifikation der in Frage stehenden Gruppe wird einerseits auf die Haltung und das Verhalten der Behörden – in ihrer Rolle als (potentielle) Verfolger – oder anderer Gruppen in der gleichen Gesellschaft gegenüber den betroffenen Personen abgestellt. Wird eine Mehrzahl von Personen von den Behörden oder anderen Gruppen aufgrund ihrer charakteristischen Eigenschaften, Aktivitäten, Interessen und Ziele als abgrenzbare Gruppe wahrgenommen, bilden diese eine soziale Gruppe im Sinne der Flüchtlingskonvention⁵⁴.
- Andere gehen davon aus, „dass derartige Gruppen Merkmale haben, die entweder angeboren sind oder einen historischen Hintergrund haben und deshalb nicht geändert werden können⁵⁵ oder Merkmale, die zwar geändert werden könnten, deren Änderung aber nicht verlangt werden sollte⁵⁶, da sie eng mit der Identität einer Person verbunden bzw. ein Ausdruck grundlegender Menschenrechte sind“⁵⁷.

Nicht erforderlich ist, dass sich die Mitglieder der bestimmten sozialen Gruppe kennen oder sich sogar treffen. Auch die Grösse der sozialen Gruppe ist im Rahmen der GFK nicht von entscheidender Bedeutung⁵⁸. In manchen der im Rahmen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe berücksichtigten Fälle lässt sich die Verfolgung auch auf andere

⁵⁰ Vgl. *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 73; *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 74.

⁵¹ Vgl. *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 72 f.; *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 76.

⁵² S. dazu den Überblick bei *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 76 ff.

⁵³ Die beiden Auffassungen werden teilweise auch einschränkend bzw. erweiternd mit einander kombiniert; vgl. *von Thenen* (Fn. 30), 198 f. Siehe zum Ganzen auch *Carlier* (Fn. 27), 713 f.

⁵⁴ *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 75 f.; *von Thenen* (Fn. 30), 196 ff.; *UNHCR*, Auslegung von Art. 1 des Abkommens über die Rechtstellung der Flüchtlinge von 1951, 2001, Ziff. 27, mit Quellenangaben zum internationalen Fallrecht.

⁵⁵ Z.B. Geschlecht, sexuelle Orientierung, Erbgut und allfällige Behinderungen.

⁵⁶ Z.B. Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, Tätigkeit als Journalist.

⁵⁷ *UNHCR*, Auslegung von Art. 1 (Fn. 54), Ziff. 27 (eingefügte Fussnoten nicht im Original). S. auch *von Thenen* (Fn. 30), 191 ff.

⁵⁸ Vgl. Empfehlung 9/2004 des Ministerkomitees des Europarates zum Konzept der „Zugehörigkeit einer bestimmten sozialen Gruppe im Rahmen der GFK, 30. Juni 2004, Ziff. 3 und 4.

Verfolgungsgründe zurückführen⁵⁹. Allerdings sind durchaus auch Fälle denkbar, in denen die Verfolgung allein an ein Merkmal anknüpft, das sich nicht unter die übrigen Verfolgungsgründe subsumieren lässt⁶⁰. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob das **Geschlecht oder die sexuelle Ausrichtung** hinreichend spezifische Merkmale sind, um Personen als bestimmte soziale Gruppe im Sinne der GFK zu definieren. Während es bezüglich einer allgemeinen Beantwortung dieser Frage keine einheitliche Staatenpraxis gibt, ist doch eine in den letzten Jahren wachsende Tendenz zu beobachten, insbesondere gewisse Gruppen von Frauen als bestimmte soziale Gruppe anzuerkennen⁶¹, was insgesamt überzeugt⁶².

Deutlich wird vor diesem Hintergrund, dass letztlich nicht (nur) an den einen oder anderen der beiden erwähnten Ansätze anzuknüpfen, sondern ein **Rückgriff auf beide Auslegungsmöglichkeiten** geboten ist: Denn Zielsetzung der Berücksichtigung des Merkmals der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe ist es doch in erster Linie, im Falle der Existenz einer abgrenzbaren Gruppe, die gerade nicht unter die anderen Merkmale fällt, bei Vorliegen einer Verfolgung einen Schutz durch die GFK zu gewähren. Dann aber kommt es auf die Existenz einer solchen abgrenzbaren Gruppe an, wobei es unerheblich sein muss, auf welche Weise diese begründet ist.

ee) Politische Überzeugung

Art. 19 UNO-Pakt II und Art. 10 EMRK verankern die Meinungsfreiheit, die Informationsfreiheit sowie das Recht auf freie Meinungsäußerung. Während die beiden letzteren unter bestimmten Voraussetzungen gesetzlich eingeschränkt werden können, ist das Recht, sich eine eigene Meinung zu bilden und zu haben, unantastbar.

Einer Person ist somit Asyl zu gewähren, wenn sie im Falle ihrer Rückkehr in den Herkunfts- oder Heimatstaat von Verfolgung wegen ihrer tatsächlichen (oder auch nur von den Behörden unterstellten⁶³) politischen Überzeugung bedroht ist⁶⁴.

Da die Flüchtlingskonvention ausdrücklich von Verfolgung aufgrund der politischen **Überzeugung** und nicht aufgrund politischer **Aktivitäten** spricht, ist nicht zwingend notwendig, dass der Antragsteller seine Überzeugungen im Herkunftsstaat zum Ausdruck gebracht hat⁶⁵; jedenfalls ist aber das Drohen ernsthafter Nachteile glaubhaft zu machen⁶⁶.

⁵⁹ Z.B. auf die Rasse oder Nationalität im Falle von Vergewaltigungen von Frauen einer bestimmten Volksgruppe oder die Religion im Falle der Diskriminierung von Frauen, die sich den (Kleidungs-) Vorschriften dieser Religion widersetzen.

⁶⁰ Z.B. die Verfolgung homosexueller Personen oder Transvestiten. In jüngster Vergangenheit wurden vereinzelt auch von Zwangsheirat bedrohte oder betroffene Frauen sowie Opfer häuslicher Gewalt als Flüchtlinge anerkannt. Zur letzten Fallgruppe s. *Michael G. Heymann*, Domestic Violence and Asylum: Toward a Working Model of Affirmative State Obligations, IJRL 2005, 729 (735 f.).

⁶¹ Vgl. *von Thenen* (Fn. 30), 187 ff.; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 81 ff.

⁶² Vgl. zu dieser Thematik im Zusammenhang mit dem schweizerischen Asylrecht noch unten D.II.2.f).

⁶³ *Carlier* (Fn. 27), 714; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 87.

⁶⁴ *Hathaway*, Refugee Status (Fn. 17), 149.

⁶⁵ *Hathaway*, Refugee Status (Fn. 17), 149 m.w.N.; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 87 ff.

⁶⁶ Hierzu oben B.I.1.d).

2. Erlöschensgründe (Art. 1C GFK)

Der internationale Schutz ist als „Ersatz“ für den fehlenden nationalen Schutz von in ihrem Herkunfts- oder Heimatstaat verfolgten Personen konzipiert⁶⁷. Daher sieht Art. 1C GFK vor, dass in den Konstellationen, in denen Flüchtlinge aufgrund veränderter Umstände im Herkunftsland, aufgrund des Erwerbs der Nationalität eines anderen Staates oder des Schutzes durch einen anderen Staat nicht länger des internationalen Schutzes bedürfen, die Flüchtlingseigenschaft erlischt und die Bestimmungen der Konvention folglich nicht mehr auf sie anwendbar sind.

Die Erlöschensgründe des Art. 1C GFK lassen sich in zwei Gruppen von Fallkonstellationen einteilen: Erlöschen aufgrund einer Veränderung des Schutzbedürfnisses (a) aufgrund freiwilliger Handlungen des Flüchtlings oder (b) aufgrund einer Veränderung der Umstände.

a) Veränderung des Schutzbedürfnisses aufgrund freiwilliger Handlungen des Flüchtlings

Der internationale Schutz erlischt, wenn der Flüchtling durch sein **eigenes, freiwilliges Verhalten** deutlich macht, dass er nicht länger eine begründete Furcht vor Verfolgung hat.

Art. 1C GFK nennt als solches Verhalten die freiwillige Unterstellung unter den Schutz des ehemaligen Verfolgerstaates (Art. 1C Abs. 1 GFK), den freiwilligen Wiedererwerb der verlorenen Staatsangehörigkeit (Art. 1C Abs. 2 GFK), den Erwerb einer neuen Staatsangehörigkeit, sofern der Flüchtling in diesem Staat auch tatsächlichen Schutz genießt (Art. 1C Abs. 3 GFK), sowie die freiwillige Rückkehr und die freiwillige Niederlassung im Land, aus dem der Flüchtling aus Furcht vor Verfolgung geflohen ist (Art. 1C Abs. 4 GFK)⁶⁸.

Im Einzelnen kann die Frage, ob das jeweilige Verhalten tatsächlich „freiwillig“ ist und ob der jeweilige Tatbestand (z.B. Unterschutzstellung) tatsächlich erfüllt ist, unter Umständen schwierig zu beantworten sein. Auch hier muss jeweils der Schutzzweck der Konvention ausschlaggebend sein, wonach eben ein effektiver Schutz Verfolgter zu gewährleisten ist, so dass nicht etwa schon jede Kontaktnahme mit dem Verfolgerstaat unbedingt eine Unterschutzstellung bedeutet, sondern auch (nur) die Wahrnehmung eines wichtigen Interesses der jeweiligen Person darstellen kann (z.B. die Kontaktaufnahme mit einer Botschaft zwecks Ausstellung eines Passes).

b) Veränderung der Umstände

Art. 1C Abs. 5, 6 GFK kommen zur Anwendung, wenn sich die **Umstände, die zur Anerkennung als Flüchtling geführt haben, verändern**⁶⁹: Besteht kein Risiko einer Verfolgung im Heimat- oder Herkunftsstaat mehr, bedarf die Person auch keines internationalen Schutzes mehr.

⁶⁷ Hathaway, Refugee Status (Fn. 17), 135.

⁶⁸ Zu den einzelnen Tatbeständen siehe anstatt vieler *Joan Fitzpatrick/Rafael Bonoan*, Cessation of Refugee Protection, in: Feller/Türk/Nicholson (Hrsg.), Refugee Protection in International Law – UNHCR’s Global Consultations on International Protection, 2003, 491, 523-530.

⁶⁹ Art. 1C Abs. 5 GFK betrifft Personen mit einer Nationalität, Art. 1C Abs. 6 GFK staatenlose Personen.

Da das Erlöschen des Schutzes für die betroffene Person weitreichende Konsequenzen haben kann, rechtfertigt sich eine **restriktive Auslegung** dieser Bestimmungen⁷⁰. Im Beschluss 69 des UNHCR- Exekutivkomitees wird von den Staaten u.a. verlangt, dass sie

„bei jeder Entscheidung über die Anwendung der Beendigungsklauseln, die sich auf den ‚Wegfall der Umstände‘ stützt, sorgfältig den grundlegenden Charakter der Veränderungen im Heimat- oder Herkunftsland einschliesslich der generellen Menschenrechtssituation und der besonderen Ursache für die Verfolgungsfurcht beurteilen müssen, um auf objektive und nachprüfbar Weise sicherzustellen, dass die Situation, welche die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus rechtfertigte, nicht länger existiert“⁷¹.

Auch nach allgemeinen Beendigungsfeststellungen sind **individuelle Anträge** auf Aufrechterhaltung des internationalen Schutzes nach wie vor zu prüfen. Zwar rechtfertigt sich allenfalls eine Prüfung eines solchen Antrages in einem beschleunigten Verfahren, ein grundsätzlicher Ausschluss ist jedoch nicht zulässig⁷², kann doch regelmässig nicht ausgeschlossen werden, dass die jeweilige Einzelperson trotz einer allgemeinen Änderung der Umstände (immer noch) individuell verfolgt wird.

3. Ausschlussgründe (Art. 1D, E, F GFK)

Vom Schutz der Konvention ausgeschlossen sind Personen, die anderweitig Schutz gefunden haben (Art. 1D, E GFK) oder als schutzunwürdig betrachtet werden (Art. 1F GFK).

a) Schutz durch eine andere UN-Organisation oder UN-Institution als das UNHCR

Wird einer Person bereits durch eine **andere UN-Organisation oder UN-Institution als das UNHCR effektiver Schutz** gewährt, ist sie gemäss Art. 1D GFK vom Anwendungsbereich der GFK ausgeschlossen.

Historischer Hintergrund dieser Regelung war die Situation palästinensischer Flüchtlinge, welche zum Zeitpunkt der Verhandlungen über die Flüchtlingskonvention aus politischen Gründen nicht durch das UNHCR sondern durch die *United Nations Relief and Works Agency* (UNWRA), ein Unterorgan der UN-Generalversammlung, Schutz erhielten⁷³.

Sollte dieser Schutz aus irgendeinem Grund wegfallen, ohne dass die Situation der Person endgültig geregelt worden wäre, ist die Person wieder schutzbedürftig und fällt somit auch wieder in den Anwendungsbereich der Konvention.

b) Schutz durch einen anderen Staat

Erfüllt eine Person die Voraussetzungen zur Flüchtlingsanerkennung, hat aber in einem **anderen als ihrem Heimatstaat** Wohnsitz genommen und geniesst dort die gleichen Rechte

⁷⁰ UNHCR, Richtlinien zum internationalen Schutz: Beendigung der Flüchtlingseigenschaft im Sinne des Artikels 1C (5) und (6) des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge („Wegfall der Umstände“-Klauseln), 2003, Ziff. 7; *Fitzpatrick/Bonoan* (Fn. 68), 497 ff., 513 ff.

⁷¹ UNHCR-Exekutivkomitee, Beschluss 69/1992 zur Beendigung des Flüchtlingsstatus, lit. a.

⁷² Vgl. *Fitzpatrick/Bonoan* (Fn. 68), 514 ff.

⁷³ Siehe dazu *Grahl-Madsen* (Fn. 18), 140 ff.; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 153 ff.

und Pflichten wie Staatsangehörige, ist sie vom Anwendungsbereich der Konvention ausgeschlossen (Art. 1E GFK)⁷⁴.

Im Rahmen von Art. 1E GFK ist nicht erforderlich, dass die schutzsuchende Person alle Rechte eines Staatsangehörigen genießt. Der Normzweck verlangt aber, dass zumindest das Recht auf Einreise und Verbleib gewährt wird sowie dass der gleiche Ausweisungsschutz wie für Staatsangehörige besteht⁷⁵.

c) **Schutzunwürdige Fälle**

Durch den Ausschluss gewisser Personen, die aufgrund **schwerer Verbrechen ausserhalb des Gaststaates** schutzunwürdig geworden sind, zielt Art. 1F GFK darauf ab, den Missbrauch der durch die GFK gewährten Rechte zu verhindern. Es widerspräche dem der Konvention zugrunde liegenden Prinzip der Menschlichkeit, Personen, welche gegen eben dieses Prinzip in schwerer Weise verstossen haben, ebenfalls internationalen Schutz zu gewähren. Zudem soll so sichergestellt werden, dass diese Personen nicht auf dem „Asylweg“ einer strafrechtlichen Verfolgung entgehen können.

Im Rahmen von Art. 1F GFK ist weder ein formeller Beweis der vorgeworfenen Straftat noch ein rechtskräftiges Urteil erforderlich⁷⁶: Verlangt werden lediglich „schwerwiegende Gründe, die zur Annahme berechtigen“, dass die Person aufgrund ihres verwerflichen Verhaltens in der Vergangenheit kein Recht auf internationalen Schutz hat⁷⁷.

Die vorgeworfenen Straftaten müssen dabei von einer solchen Schwere sein, dass die Schutzwürdigkeit der betreffenden Person selbst bei festgestelltem Risiko einer drohenden Verfolgung zu verneinen ist⁷⁸. Es ist daher unerlässlich, bei der Prüfung eines Asylantrages immer zuerst die Flüchtlingseigenschaft und erst anschliessend das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 1F GFK zu prüfen („*inclusion before exclusion*“), da sonst eine **Bewertung der gesamten Umstände** des Falles nicht möglich ist⁷⁹.

Art. 1F GFK listet im Einzelnen (abschliessend) die in Betracht kommenden Verhaltensweisen bzw. Straftaten auf.

aa) ***Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit***

Art. 1F lit. a) GFK verweist zur Definition der genannten Verbrechen auf die **Vertragswerke des internationalen Strafrechts**. Zum Zeitpunkt der Entstehung der GFK war dies ein klarer

⁷⁴ In solchen Situationen werden die schutzsuchende Person und die Bevölkerung des „neuen Wohnsitzstaates“ häufig der gleichen ethnischen Abstammung sein; vgl. *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 144; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 161 f. Zum Zeitpunkt der Ausarbeitung der GFK wollte man mit dieser Bestimmung die Gruppe der „Volksdeutschen“ erfassen, die in der Bundesrepublik Deutschland Schutz fanden, obwohl sie nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen, vgl. *Grahl-Madsen* (Fn. 18), 265 ff.

⁷⁵ *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 145; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 162.

⁷⁶ *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 149.

⁷⁷ S. dazu ausführlich *Michael Bliss*, „Serious Reasons for Considering“: Minimum Standards on Procedural Fairness in the Application of the Artikel 1 F Exclusion Clauses, *IJRL Special Supplementary Issue on Exclusion 2000*, 92-133.

⁷⁸ Anders verhält es sich im Rahmen des menschenrechtlichen Refoulement-Verbotes. Siehe dazu anstatt vieler nur *Walter Kälin*, Das menschenrechtliche Verbot der Rückschiebung und seine Bedeutung für das Flüchtlingsrecht, *ASYL 1997/1*, 3-10; *Kälin/Künzli* (Fn. 1), 477 ff. S. hierzu auch noch unten B.II.

⁷⁹ *Reinhard Marx*, *Ausländer- und Asylrecht*, 2005, 700 m.w.N.

Verweis auf das Statut für einen internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg vom 8. August 1945⁸⁰.

Art. VI lit. a) des Statuts definierte Verbrechen gegen den Frieden als

„Planen, Vorbereitung und Einleitung oder Durchführung eines Angriffskrieges oder eines Krieges unter Verletzung internationaler Verträge, Abkommen oder Zusicherungen oder Beteiligungen an einem gemeinsamen Plan oder an einer Verschwörung zur Ausführung einer der vorgenannten Handlungen“.

Im Rahmen der Verhandlungen über das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs⁸¹ konnten sich die Staaten aus politischen Gründen auf keine Definition des Verbrechens der Aggression einigen⁸², so dass der Gerichtshof seine Gerichtsbarkeit diesbezüglich einstweilig nicht ausüben kann. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass zumindest bestimmte Formen der Aggression gewohnheitsrechtlich als Verbrechen angesehen werden müssen⁸³.

Für die Definitionen von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist auf die relevanten Vertragswerke zu verweisen⁸⁴, namentlich die Genozidkonvention von 1948⁸⁵, die vier Genfer Konventionen zum Schutz der Kriegsgesunden von 1949 sowie deren Zusatzprotokolle von 1977⁸⁶, die Statuten der Internationalen Tribunale für Ex-Jugoslawien⁸⁷ und Ruanda⁸⁸ sowie das Statut des internationalen Strafgerichtshofes.

bb) Schwere Verbrechen des gemeinen Rechts

Art. 1F lit. b) GFK zielt darauf ab, diejenigen Personen vom Schutz der Konvention auszuschliessen, von denen angenommen wird, dass sie ein **schweres Verbrechen in ihrem Heimat- oder Herkunftsstaat oder einem Drittstaat** begangen haben⁸⁹. Einschränkend

⁸⁰ Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 18), 163 f. Statut für einen internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg vom 8. August 1945, abgedruckt z.B. in: Heiko Ahlbrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, 1999, Anhang III, 401 ff.

⁸¹ Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshof vom 17. Juli 1988, SR 0.312.1.

⁸² Art. 5 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 Römer Statut. Vgl. auch Antonio Cassese, International Criminal Law, 2003, 112.

⁸³ S. Cassese (Fn. 82), 113.

⁸⁴ Für einen Überblick über die einzelnen Tatbestände s. Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 18), 163 ff.; UNHCR, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 147-150; ausführlich Jelena Pejic, Art. 1F(a): The Notion of International Crimes, IJRL Special Supplementary Issue on Exclusion 2000, 11-45. Für weitergehende Ausführungen zum Völkerstrafrecht sei an dieser Stelle lediglich auf die entsprechende Literatur verwiesen: Siehe z.B. Cassese (Fn. 82); Kai Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2004; Gerhard Werle, Völkerstrafrecht, 2003; André Huet/Renée Koering-Joulin, Droit pénal international, 2001.

⁸⁵ Übereinkommen vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, SR 0.311.11.

⁸⁶ Genfer Abkommen vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Konflikte im Felde, SR 0.518.12; Genfer Abkommen vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Konflikte zur See, SR 0.518.23; Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über die Behandlung der Kriegsgefangenen, SR 0.518.42; Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz von Zivilpersonen zu Kriegszeiten, SR 0.518.51; Zusatzprotokoll vom 8. Juni 1977 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte, SR 0.518.521; Zusatzprotokoll vom 8. Juni 1977 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte, SR 0.518.522.

⁸⁷ UN-Sicherheitsrat Resolution 827 vom 25. Mai 1993, UN-Dokument S/Res/827 (1993).

⁸⁸ UN-Sicherheitsrat Resolution 955 vom 8. November 1994, UN-Dokument S/Res/955 (1994).

⁸⁹ Im Gaststaat begangene Verbrechen sind im Rahmen von Art. 33 Abs. 2 GFK zu berücksichtigen; vgl. UNCHR, Handbuch (Fn. 16), Ziff. 154. Hierzu noch unten B.II.

sollen im Rahmen dieser Bestimmung nur schwere Verbrechen des gemeinen Rechts, sog. nichtpolitische Straftaten⁹⁰, berücksichtigt werden.

Der Grundsatz, dass **politische Straftaten** mit Straftaten des gemeinen Rechts nicht gleichgestellt werden dürfen, findet sich auch im Auslieferungsrecht: Auslieferungen sind demnach zu unterlassen, wenn der ersuchte Staat die Straftat, aufgrund derer die Auslieferung begehrt wird, als politische Handlung betrachtet⁹¹. Die Einrede des politischen Charakters einer Straftat ist jedoch unzulässig, wenn es sich bei den vorgeworfenen Taten um schwerste Straftaten wie Kriegsverbrechen, Völkermord oder auch Flugzeugentführungen und den Einsatz von Massenvernichtungswaffen handelt⁹².

Die Behörden der Vertragsstaaten sind demnach gehalten, die Schwere des vorgeworfenen Delikts, dessen politischen oder nichtpolitischen Charakter sowie das Ausmass der möglicherweise drohenden Verfolgung im Falle einer Rückkehr in den Heimat- oder Herkunftsstaat sorgfältig zu prüfen und gegeneinander **abzuwägen**⁹³.

cc) *Verstoss gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen*

Vom Schutz der Flüchtlingskonvention sollen diejenigen Personen ausgeschlossen werden, welche gegen **Art. 1 und 2 der UNO-Charta**⁹⁴ verstossen haben. Da Art. 1 und 2 UNO-Charta sich ausschliesslich an die UNO als Ganzes sowie ihre Mitglieder richtet, kommen als Täter im Rahmen von Art. 1F lit. c GFK grundsätzlich nur Personen mit Regierungsverantwortung in Betracht⁹⁵.

II. Das Prinzip des *non-refoulement*

Kernelement des internationalen Flüchtlingsrechts auf der Grundlage der GFK ist der in Art. 33 GFK verankerte **Grundsatz des Non-Refoulement**⁹⁶: Danach dürfen Flüchtlinge nicht in ein Land ausgewiesen oder abgeschoben⁹⁷ werden, wo ihr Leben oder ihre Freiheit aufgrund

⁹⁰ Zum Begriff der politischen bzw. nicht-politischen Straftaten s. *Walter Kälin/Jörg Kuenzli*, Art. 1F(b): Freedom Fighters, Terrorists, and the Notion of Serious Non-Political Crimes, IJRL Special Supplementary Issue on Exclusion 2000, 46 (65 ff., 69 ff.); *Grahl-Madsen* (Fn. 18), 289 ff., 298 f.

⁹¹ S. dazu den Überblick über die Staatenpraxis bei *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 174 f.; *Kälin/Kuenzli*, Art. 1F(b) (Fn. 90), 63 ff. Vgl. z.B. auch Art. 3 des Europäischen Auslieferungübereinkommens vom 13. Dezember 1957, SR 0.353.1.

⁹² *Kälin/Kuenzli*, Art. 1F(b) (Fn. 90), 67 f. Vgl. dazu auch z.B. Art. 3 Abs. 2 Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, SR 0.351.1.

⁹³ S. *Kälin/Kuenzli*, Art. 1F(b) (Fn. 90), 71 ff.; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 178, 180 ff.; *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 151-161; im Ergebnis wohl auch *Grahl-Madsen* (Fn. 18), 297 f.; ferner Empfehlung 6/2005 des Ministerkomitees des Europarates zum Ausschluss vom Flüchtlingsstatus im Rahmen von Art. 1F GFK, 23. März 2005, Ziff. 1 lit. d, e.

⁹⁴ Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945, SR 0.120.

⁹⁵ *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), 162 f.; *Grahl-Madsen* (Fn. 18), 282 ff.; differenzierend *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 186 ff. m.w.N.; ausführlich *Edward Kwakwa*, Art. 1F(c): Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations, IJRL Special Supplementary Issue on Exclusion 2000, 79-91.

⁹⁶ Zu den Refoulement-Verboten der Menschenrechtsverträge *Hofmann*, Refoulement-Verbot (Fn. 32), 22 ff.; ausführlich *Thomas Hartl*, Das völkerrechtliche Refoulementverbot abseits der Genfer Flüchtlingskonvention, 1999; zu Art. 3 EMRK noch sogleich im Text.

⁹⁷ Wobei das Verbot „erst recht“ vor dem Hintergrund des Schutzzwecks auch für die Auslieferung gilt, vgl. nur *Hofmann*, Refoulement-Verbot (Fn. 32), 11.

eines verpönten Merkmales gefährdet wäre. Dieses Verbot⁹⁸ – das zwar kein „Menschenrecht auf Asyl“ verankert, jedoch ein völkerrechtlich garantiertes Recht, nicht in den Verfolgerstaat überwiesen zu werden⁹⁹ – impliziert, dass bei Flüchtlingen bzw. Personen, die Flüchtlinge sein könnten, jeweils zu prüfen ist, ob eine Abschiebung notwendigerweise die Rückkehr in den Verfolgerstaat nach sich zöge. Dabei kommt es auch bei sog. „**Kettenabschiebungen**“ zum Zuge¹⁰⁰, und der Schutzzweck des Verbots sicherzustellen, dass ein Flüchtling nicht in den Verfolgerstaat zurückgeschickt werden soll, spricht dafür, dass Art. 33 GFK auch in Bezug auf die Zulässigkeit der Abweisung einer Person an der Grenze anwendbar ist¹⁰¹. Ist die Flüchtlingseigenschaft zu bejahen und fällt diese Prüfung positiv aus, ist der Aufenthalt der jeweiligen Person zu dulden, es sei denn, ein anderer Staat, in dem sie vor Verfolgung und Abschiebung sicher ist, ist zu ihrer Aufnahme bereit. Insofern können also Drittstaatenregelungen – die die Abschiebung von Asylbewerbern in sog. „**sichere Drittstaaten**“ vorsehen – mit dem *Refoulement*-Verbot vereinbar sein, wobei allerdings in den Drittstaaten keine Verfolgung im Sinne des Art. 1 GFK stattfinden darf, keine gegen Art. 33 GFK verstossende Abschiebung drohen darf, der jeweiligen Person in dem Drittstaat allgemein ein tatsächlicher Schutz gewährt werden muss und grundsätzlich wohl auch eine Widerlegung der Vermutung des sicheren Drittstaates möglich sein muss¹⁰².

Das Prinzip des *Non-Refoulement* nach Art. 33 GFK gilt nicht absolut: Art. 33 Abs. 2 GFK behält es den Staaten vor, einen Flüchtling trotz drohender Verfolgung auszuweisen, wenn er eine Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmestaates oder eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes darstellt, sowie in Fällen, in denen der Flüchtling wegen besonders schwerer Verbrechen verurteilt worden ist.

Insofern bleibt die rechtliche Tragweite des Art. 33 GFK hinter derjenigen des menschenrechtlichen *refoulement*-Verbots, so wie es insbesondere in **Art. 3 EMRK** verankert ist, zurück: Das Folterverbot nach Art. 3 EMRK kommt auch im Rahmen von Auslieferungen, Ausweisungen und Kettenabschiebungen zum Zuge und verlangt im Übrigen – im Gegensatz zu Art. 1 GFK – auch nicht, dass die Verfolgung aus bestimmten Gründen erfolgt¹⁰³: Gemäss der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR)

⁹⁸ Ausführlich zu seiner rechtlichen Tragweite bereits *Walter Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht, 1982; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 201 ff.; *Hathaway*, Rights of Refugees (Fn. 13), 278 ff.

⁹⁹ Der Flüchtling hat also ein „Bleiberecht“, wobei die Modalitäten der Wahrnehmung dieses Bleiberechts – unter Vorbehalt der der GFK zu entnehmenden Garantien – dem jeweiligen Staat überlassen sind.

¹⁰⁰ Vgl. nur *Hofmann*, Refoulement-Verbot (Fn. 32), 11; *Andreas Zimmermann*, Asylum Law in the Federal Republic of Germany in the Context of International Law, ZaöRV 1993, 49 (74 f.).

¹⁰¹ Umfassend zu diesem Problem m.w.N. *Hofmann*, Refoulement-Verbot (Fn. 32), 11 ff.

¹⁰² Zur Problematik *Hathaway*, Rights of Refugees (Fn. 13), 295 ff.; *Kay Hailbronner*, Refoulement-Verbote und Drittstaatenregelung (Art. 33 GFK und Art. 3 EMRK), FS Rudolf Bernhardt, 1995, 365 ff.; *Hofmann*, Refoulement-Verbot (Fn. 32), 36 ff.; *Penelope Mathew*, Safe for Whom? Third Country Concept Finds a Home in Australia, in: Kneebone (Hrsg.), The Refugees Convention 50 Years On (Fn. 36), 133 (142 ff.); s. auch *Christian Tomuschat*, Fünfzig Jahre Genfer Flüchtlingskonvention, in: Kay Hailbronner/Eckart Klein (Hrsg.), Flüchtlinge – Menschenrechte – Staatsangehörigkeit, 2002, 19 (26 f.).

¹⁰³ Vgl. EGMR, Soering gg. Vereinigtes Königreich, Serie A 161 Nr. 14038/88, deutsche Übersetzung in: EuGRZ 1989, 314 ff.; EGMR, T.I. gg. das Vereinigte Königreich, Reports 2000-III, deutsche Übersetzung (Auszüge) in: NVwZ 2001, 301 ff. Aus der Literatur etwa *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 1), 478; *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, 139; *Hans-Georg Maassen*, Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht, 1997, 106 f.; ausführlicher unter Berücksichtigung der Rechtsprechung *Kälin*, Verbot der Rückschiebung, ASYL 1997/1 (Fn. 77), 3 ff.; *Martina Caroni*, Die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechts, in: Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 191 ff.; *Martina Caroni*, Die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechts, in: Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, 2006, 187 ff.; zum jüngsten internationalen Fallrecht *Jörg Künzli/Christina Hausammann*, Ausgewählte Entscheide des UNO-Menschenrechtsausschusses

verbietet es die Garantie in Art. 3 EMRK den Vertragsstaaten, einen Ausländer in ein Land auszuweisen oder zurückzuschaffen, wenn „stichhaltige Gründe für die Annahme vorliegen, dass der Ausländer in diesem Land einem tatsächlichen Risiko“¹⁰⁴ einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung ausgesetzt wäre. Dabei muss diese Behandlung nicht zwingend dem jeweiligen Staat zuzurechnen sein; alleiniger Anknüpfungspunkt ist vielmehr die objektive Gefahr einer menschenrechtswidrigen Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK¹⁰⁵. Die trotz des Bestehens einer solchen Gefahr erfolgende Auslieferung, Ausweisung oder Abschiebung ist als Verletzung der eigenen Konventionsverpflichtungen des jeweiligen Vertragsstaates anzusehen. Dieser Schutz des Art. 3 EMRK gilt absolut, so die Garantie des Art. 3 EMRK grundsätzlich auch nicht aus Gründen des Schutzes der Allgemeinheit oder der öffentlichen Sicherheit eingeschränkt werden kann¹⁰⁶.

Hält sich ein Flüchtling rechtmässig – wobei die Rechtmässigkeit grundsätzlich nach dem nationalen Recht des jeweiligen Staates zu beurteilen ist¹⁰⁷ – in einem Vertragsstaat auf, so darf er nur aus Gründen der Staatssicherheit oder der öffentlichen Ordnung ausgewiesen werden (Art. 32 Abs. 1 GFK)¹⁰⁸, und ihm stehen bestimmte Verfahrensrechte zu (Art. 32 Abs. 2 GFK), die letztlich denjenigen der Menschenrechtskonventionen entsprechen¹⁰⁹.

und des UNO-Ausschusses gegen Folter, in: Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 217 ff.

¹⁰⁴ Vgl. EGMR, Soering (Fn. 103), Ziff. 91; EGMR, T.I. (Fn. 103), Ziff. 1; EGMR, Cruz Varas u.a. gg. Schweden, Serie A 201, Nr. 15576/89, Ziff. 75; EGMR, Vilvarajah u.a. gg. Vereinigtes Königreich, Serie A 215, Nr. 13163/87, 13164/87, 13164/87; 13447/87, 13448/87, Ziff. 107; EGMR, Chahal gg. Vereinigtes Königreich, Reports 1996-V, Ziff. 97, 107.

¹⁰⁵ EKMR, Altun gg. BRD, 10308/83, YB 1983, 164; EGMR, Chahal gg. Vereinigtes Königreich, Reports 1996-V; EGMR, Ahmed gg. Österreich, Reports 1996-VI; EGMR, H.L.R. gg. Frankreich, Reports 1997-III. *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 1), 478; *Kälin*, ASYL 1997/1 (Fn. 78), 3 (4).

¹⁰⁶ EGMR, Ahmed gg. Österreich, Reports 1996-VI, Ziff. 41 und 46; EGMR, Chahal gg. Vereinigtes Königreich, Reports 1996-V, Ziff. 107; *Kälin*, ASYL 1997/1 (Fn. 78), 3 (4). Zur Problematik der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorbehalte der nationalen Sicherheit oder / und des *ordre public* Hofmann, Refoulement-Verbot (Fn. 32), 21 f.

¹⁰⁷ Vgl. Hathaway, Rights of Refugees (Fn. 13), 177 ff.; Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 18), 262 f.

¹⁰⁸ Wobei die Anforderungen an den Grad der vom Flüchtling ausgehenden Gefährdung oder Bedrohung etwas tiefer anzusetzen sind als im Rahmen von Art. 33 GFK, insbesondere ist das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils nicht zwingend erforderlich. Art. 32 gelangt allerdings nur insofern zur Anwendung, als die Ausweisung in ein verfolgungssicheres Land in Frage steht. In den übrigen Fällen gilt der strengere Massstab von Art. 33 Abs. 2 GFK. Vgl. Hathaway, Rights of Refugees (Fn. 13), 679 ff.; Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 18), 263.

¹⁰⁹ Vgl. *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 1), 491.

C. Europäisches Asylrecht

Der auf Art. 63 Abs. 1 EGV gestützten¹¹⁰ RL 2004/83 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Personen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (**Qualifikationsrichtlinie**)¹¹¹ sind Vorgaben für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen als Flüchtlinge oder schutzbedürftige Personen zu entnehmen. Die Richtlinie enthält lediglich **Mindestvorschriften**, so dass die Mitgliedstaaten bei der Gewährung von Asyl oder subsidiärem Schutz weiter gehen können, als es die Richtlinie verlangt (Art. 3 RL 2004/83). Die Richtlinie will im Bereich der Flüchtlingsanerkennung die Genfer Flüchtlingskonvention weder ersetzen noch ändern, sondern bezweckt lediglich die einheitliche Auslegung der Vorschriften der Konvention¹¹², so dass an die **völkerrechtlichen Vorgaben angeknüpft** werden kann.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Europäische Union bzw. die Europäische Gemeinschaft zwar nicht selbst Vertragsparteien der EMRK und der GFK sind, so dass diese Vertragswerke keine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung für die Gemeinschaft bzw. Union entfalten¹¹³. Jedoch sind sowohl die erörterten Garantien der GFK als auch die EMRK als Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze für den Gemeinschaftsgesetzgeber verbindlich, und die Mitgliedstaaten sind allesamt Vertragsparteien der genannten Abkommen. Insofern kommt Art. 63 Abs. 1 EGV (der auf die GFK und weitere einschlägige Verträge verweist) und Art. 6 Abs. 2 EUV (der auf die EMRK Bezug nimmt) nur deklaratorischer bzw. klarstellender Charakter zu, wobei sich die Bindung an die EMRK nunmehr direkt aus Art. 6 Abs. 2 EUV ergibt.

Allerdings sind die Klarstellungen in der RL 2004/83 und die Verankerung entsprechender Garantien in einem verbindlichen Gemeinschaftsrechtsakt vor dem Hintergrund von grosser Bedeutung, dass zahlreiche (teilweise auch zentrale) Rechtsfragen in Bezug auf Auslegung und Tragweite der GFK mangels eines verbindlichen Streitbeilegungssystems nach wie vor nicht geklärt sind¹¹⁴. Insofern ist zu erwarten und zu hoffen, dass sich im Zuge der Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung und Tragweite der Richtlinie auch interessante und weiterführende Erkenntnisse zur Reichweite der völkerrechtlichen Vorgaben ergeben.

Nachfolgend wird sich dieser Beitrag auf diejenigen Aspekte der Richtlinie beschränken, die die Anerkennung als Flüchtling betreffen. Im Folgenden sollen somit lediglich Art. 1-14 RL

¹¹⁰ Zu Hintergrund und Entstehungsgeschichte der Richtlinie *Jane McAdam*, *Complementary Protection in International Refugee Law*, 2007, 53 ff.; *Steve Peers/Nicola Rogers*, *EU Immigration and Asylum Law*, 2006, 326 ff.; allgemein zur Entwicklung der europäischen Asylpolitik nur *Catherine Teitgen-Colly*, *The European Union and Asylum: An Illusion of Protection*, *CMLRev.* 2006, 1503 (1505 ff.).

¹¹¹ Zur Qualifikationsrichtlinie etwa *Jane McAdam*, *The European Union Qualification Directive: the Creation of a Subsidiary Protection Regime*, *IJRL* 2005, 461 ff.; *McAdam*, *Complementary Protection* (Fn. 110), 57 ff.; *Harald Meyer/Gisbert Schallenberg*, *Die EU-Flüchtlingsrichtlinie: Das Ende für das Forum Internum und Abschied von der Zurechnungstheorie?*, *NVwZ* 2005, 776 ff.; *Olga Ferguson Sidorenko*, *The Common European Asylum System*, 2007, 63 ff.; *Teitgen-Colly*, *CMLRev.* 2006 (Fn. 110), 1503 (1520 ff.); *Battjes*, *European Asylum Law* (Fn. 37), 219 ff.; *Marcus ter Steeg*, *Das Einwanderungskonzept der EU. Zwischen politischem Anspruch, faktischen Regelungsbedürfnissen und den primärrechtlichen Grenzen in Titel IV des EG-Vertrages*, 2006, 266 ff.

¹¹² Siehe RL 2004/83, Begründungserwägungen 1-4 und insb. 16 und 17; kritisch *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 60 m.w.N.

¹¹³ Vgl. etwa *Kay Hailbronner*, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, 2000, 38; *Bettina Gerber*, *Die Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union*, 2004, 99.

¹¹⁴ Vgl. etwa *Tomuschat*, in: *Flüchtlinge – Menschenrechts – Staatsangehörigkeit* (Fn. 102), 21 ff. Art. 38 GFK sieht zwar vor, dass Streitigkeiten über Auslegung und Anwendung der Konvention auf Begehren eines Vertragsstaates dem IGH vorgelegt werden können, ist in der Praxis jedoch bedeutungslos geblieben.

2004/83 erörtert werden. Dabei kann zwischen der Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz, die sowohl auf die Anträge im Hinblick auf die Gewährung des Flüchtlingsstatus' als auch auf solche im Hinblick auf die Gewährung subsidiären Schutzes anwendbar sind (I.), der Anerkennung als Flüchtling (II.) und der Aberkennung, Beendigung oder Ablehnung der Verlängerung der Flüchtlingseigenschaft (III.) unterschieden werden. Ganz kurz soll abschliessend auf den Inhalt des internationalen Schutzes (der sowohl auf anerkannte Flüchtlinge als auch auf Personen, denen subsidiärer Schutz gewährt wurde, anwendbar ist) eingegangen werden (IV.).

I. Die Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz im europäischen Recht

Art. 4 ff. RL 2004/83 formulieren eine Reihe **allgemeiner Vorgaben, die bei der Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz** – worunter sowohl ein Asylantrag als auch ein Antrag auf „subsidiären Schutz“ zu verstehen ist (Art. 2 lit. g RL 2004/83) – zu beachten sind. Diese Vorgaben weisen einen engen Bezug zum Asylverfahren auf, sind aber doch gleichzeitig untrennbar mit der Frage nach der Zuerkennung des internationalen Schutzes verbunden, da sie die hierfür massgeblichen Kriterien benennen.

1. Prüfung der Ereignisse und Umstände

Die Mitgliedstaaten haben alle für den Antrag (auf Asyl oder auf subsidiären Schutz) **relevanten Anhaltspunkte** zu prüfen (Art. 4 Abs. 1 und 2)¹¹⁵.

Die Anträge sind zwingend „individuell“ zu prüfen, wobei Art. 4 Abs. 3, 4 RL 2004/83 eine Reihe jedenfalls zu berücksichtigender Umstände aufführt¹¹⁶.

Das Aufstellen von Listen „sicherer Drittstaaten“ – in denen davon ausgegangen werden kann, dass eine Verfolgung nicht stattfindet¹¹⁷ – ist nicht grundsätzlich unvereinbar mit der Pflicht zur individuellen Prüfung; allerdings impliziert die Pflicht der „individuellen“ Prüfung, dass selbst vor einer Abschiebung in einen solchen „sicheren Drittstaat“ gleichwohl individuell geprüft wird, ob die Vermutung, dass für den sich in einem solchen Staat aufhaltenden Antragsteller kein Bedarf an internationalem Schutz besteht, widerlegt werden kann.

Zwar können die Mitgliedstaaten verlangen, dass der Antragsteller alle zur Begründung des Antrags auf internationalen Schutz erforderlichen Anhaltspunkte darzulegen hat (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 RL 2004/83), welche die Behörden anschliessend unter Mitwirkung des Antragstellers zu prüfen haben¹¹⁸. Fehlen jedoch für Aussagen des Antragstellers Unterlagen oder sonstige Beweise, bedürfen seine Aussagen unter folgenden, wohl kumulativ zu verstehenden Voraussetzungen keines Nachweises (Art. 4 Abs. 5 RL 2004/83)¹¹⁹:

¹¹⁵ Ausführlich und spezifisch zu Art. 4 RL 2004/83 *Gregor Noll*, Evidentiary Assessment in Refugee Status Determination and the EU Qualification Directive, EPL 2006, 295 ff.

¹¹⁶ Zu den einzelnen Arten von Informationen s. *Noll* (Fn. 115), 306 ff.

¹¹⁷ Zum Konzept der sicheren Drittstaaten s. anstatt vieler *Cathryn Costello*, The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practises: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?, *European Journal of Migration & Law* 2005, 35-70, insb. 39 ff.; *Battjes* (Fn. 37), 385 ff.

¹¹⁸ Zur Mitwirkung des Antragstellers s. *Noll*, EPL 2006 (Fn. 115), 295 (299).

¹¹⁹ S. dazu kritisch *Geoff Gilbert*, Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees?, *EJIL* 2004, 965 (978 f.).

- Bemühen der Substanziierung des Antrages;
- Vorliegen aller dem Antragsteller verfügbaren Anhaltspunkte und hinreichende Erklärung für das Fehlen anderer relevanter Anhaltspunkte;
- Kohärenz und Plausibilität der Aussagen des Antragstellers;
- Beantragung des internationalen Schutzes zum frühest möglichen Zeitpunkt;
- generelle Glaubwürdigkeit des Antragstellers.

Damit ist es den Mitgliedstaaten **verwehrt**, grundsätzlich „handfeste“ **Beweise für das Bedürfnis nach internationalem Schutz** zu verlangen. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die aufgeführten Kriterien – insbesondere die „generelle Glaubwürdigkeit“ des Antragstellers – den Mitgliedstaaten einen sehr grossen Gestaltungsspielraum einräumen¹²⁰, so dass fraglich ist, ob und inwieweit diese Bestimmung tatsächlich einen einheitlichen „Mindeststandard“ für die Prüfung des Antrages sicherzustellen vermag.

Kann der Antragsteller nachweisen, dass er in der Vergangenheit bereits Verfolgung ausgesetzt war oder von einer solchen unmittelbar bedroht war, ist dies als „ernsthafter Hinweis“ für die begründete Furcht des Antragstellers zu werten, es sei denn stichhaltige Gründe sprechen dagegen, dass der Antragsteller erneut von solcher Verfolgung bedroht wird (Art. 4 Abs. 4 RL 2004/83). Damit dürfte letztlich insofern eine **Beweislastumkehr** impliziert sein, als es bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 4 RL 2004/83 – also im Falle des Nachweises, dass eine Verfolgung bereits geschehen war oder unmittelbar bevorstand – dem Staat obliegt, solche stichhaltigen Gründe vorzubringen, die diese Vermutung widerlegen¹²¹.

2. Nachfluchtgründe

Die Notwendigkeit internationalen Schutzes kann auch erst entstehen, nachdem die betroffene Person ihr Heimat- oder Herkunftsland verlassen hat. Art. 5 Abs. 1 RL 2004/83 erfasst diejenigen Personen, die ihr Herkunftsland aus nicht asylrelevanten Gründen verlassen haben und aufgrund anschliessender objektiver Veränderungen in ihrem Herkunftsland (z.B. eines Regimewechsels) zu „*refugiés sur place*“ werden. Die Flüchtlingsanerkennung aufgrund solcher sog. **objektiven Nachfluchtgründe** ist in der Staatenpraxis unumstritten¹²².

Die begründete Furcht vor Verfolgung kann sich jedoch auch aufgrund des individuellen Verhaltens nach der Ausreise aus dem Herkunftsland ergeben (Art. 5 Abs. 2 RL 2004/83). Solche **subjektiven Nachfluchtgründe** sind in der Regel anzuerkennen, wenn das Verhalten des Antragstellers nach Verlassen seines Herkunftslandes Ausdruck seiner fortwährenden Überzeugung ist (Art. 5 Abs. 2 RL 2004/83). Diese Regelvermutung kann jedoch nur – schon im Anschluss an den Wortlaut der Bestimmung – als ein Indiz für die Glaubwürdigkeit des Antragstellers und das Vorliegen einer Verfolgungsgefahr bzw. der Gefahr, einen ernsthaften Schaden zu erleiden, angesehen werden¹²³. Entscheidend ist damit allein die Frage danach, ob eine begründete Furcht vor Verfolgung bzw. Erleidung eines ernsthaften Schadens besteht; diese kann entweder durch das Verlassen (in Präzisierung des Wortlauts von Art. 5 Abs. 2 RL 2004/83) oder aber nach Verlassen des Heimat- oder Herkunftsstaates zu bejahen sein.

¹²⁰ Vgl. Noll (Fn. 115), 310 ff.

¹²¹ So i.Erg. wohl auch Noll (Fn. 115), 309 f.

¹²² Reinhard Marx, Handbuch zur Flüchtlingsanerkennung, Erläuterungen zur RL 2004/83/EG, 2006, Leitsätze Rn. 117 und § 27 Rn. 5-8.

¹²³ Kritisch denn auch teilweise die Literatur zu der Formulierung des Art. 5 Abs. 2, s. etwa James Hathaway, What's in a Label?, EJML 2003, 1 (14 f.); Battjes (Fn. 37), 261; Peers/ Rogers (Fn. 110), 335; Marx, Handbuch (Fn. 122), § 30 Rn. 1-6.

Bestätigt wird diese Sicht dadurch, dass die Meinungs-, Religions- und Gewissensfreiheit jeder Person das Recht gibt, ihre Überzeugung jederzeit zu ändern und ihr im Rahmen der gesetzlich festgelegten Grenzen auch Ausdruck zu verleihen. Entsteht dadurch für die Person eine begründete Furcht vor Verfolgung im Falle einer Rückkehr in ihre Heimat, ist ihr Antrag auf Schutz unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte sorgfältig zu prüfen¹²⁴.

Art. 5 Abs. 3 RL 2004/83 sieht vor, dass selbst geschaffene Nachfluchtgründe von den Mitgliedstaaten – unbeschadet der Flüchtlingskonvention – als in der Regel nicht-asylrelevante Verfolgung eingestuft werden können. Eine pauschale Ablehnung von Asylanträgen aufgrund selbst geschaffener Umstände wäre indessen mit der GFK nicht vereinbar und stünde im Übrigen auch im Widerspruch zu der sich aus Art. 4 Abs. 3 RL 2004/83 ergebenden Pflicht zur individuellen Prüfung eines Asylantrags¹²⁵. Daher ist auch in solchen Fällen zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Flüchtlingsdefinition tatsächlich erfüllt sind, wobei die Glaubwürdigkeit des Antragstellers im Rahmen von Art. 4 RL zu untersuchen ist¹²⁶.

Es ist nicht zu verkennen, dass die hier vertretene Ansicht letztlich impliziert, dass die Mitgliedstaaten die in Art. 5 Abs. 3 RL 2004/83 vorgesehene „Regelvermutung“ nicht heranziehen dürfen, sondern in jedem Einzelfall die Flüchtlingseigenschaft zu prüfen haben. Nur dieser Ansatz steht aber mit den Vorgaben der GFK in Einklang¹²⁷, die ja nach Art. 5 Abs. 3 RL 2004/83 jedenfalls zu beachten ist und gegen die es eben verstossen dürfte, bei „subjektiven“ Nachfluchtgründen eine Regelvermutung aufzustellen, dass die Flüchtlingseigenschaft nicht gegeben ist, auch wenn diese sich nur auf Folgeanträge beziehen sollte.

3. Akteure, von denen die Verfolgung oder ein ernsthafter Schaden ausgehen kann, und anderweitiger Schutz

Art. 6 RL 2004/83 präzisiert, dass die Verfolgung bzw. der ernsthafte Schaden nicht nur vom Staat, sondern auch von einem **Teil des Gebiets beherrschenden Organisationen oder von Privaten** ausgehen kann, wobei bei letzteren der Staat oder die erwähnten Organisationen nicht in der Lage oder nicht willens sein dürfen, angemessenen Schutz zu bieten. Die Richtlinie bewirkt somit eine zu begrüssende europaweite Vereinheitlichung der Staatenpraxis in Bezug auf die Anerkennung nichtstaatlicher Verfolgung¹²⁸.

Allerdings ist internationaler Schutz gemäss Art. 7 RL 2004/83 nicht erforderlich, wenn der Staat (im Falle von nichtstaatlichen oder privaten Verfolgern) oder eine Partei oder eine (internationale) Organisation, welche zumindest einen Teil des Staatsgebiets beherrschen, der verfolgten Person **effektiven Schutz** gewähren können.

¹²⁴ Marx, Handbuch (Fn. 122) Leitsätze Rn. 118 ff.; UNHCR, Kommentar zur Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004, Art. 5 (2).

¹²⁵ Vgl. Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 18), 65 ff.; UNHCR, Handbuch (Fn. 17), Ziff. 96.

¹²⁶ Marx, Handbuch (Fn. 122), Leitsätze Rn. 121 f.; Peers/Rogers (Fn. 110), 335; UNHCR, Kommentar (Fn. 124), Art. 5 (3); Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 18), 88 ff.

¹²⁷ Ebenso Anja Klug, Harmonisation of Asylum in the European Union – Emergence of a Refugee System?, GYIL 2005, 594 (613).

¹²⁸ Die innerhalb Europas uneinheitliche Praxis hatte in der Vergangenheit wiederholt zu Problemen geführt, anstatt vieler siehe dazu nur EGMR, T.I. gg. Vereinigtes Königreich, Reports 2000-III, dt. Übersetzung (Auszüge) in: NVwZ 2001, 301-304; UK House of Lords, Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Adan, Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Aitseguer, Urteile vom 19.12.2000. S. auch Peers/Rogers (Fn. 110), 335 f.; Battjes (Fn. 37), 245 f.; Cesla Amarelle, Le processus d'harmonisation des droits migratoires nationaux des Etats membres de l'Union européenne. Historique, portée et perspectives en droit communautaire d'asile et d'immigration, 2005, 184 ; ausführlich Marx, Handbuch (Fn. 122), § 11 Rn. 3 f.

Ob und inwieweit jedoch der durch eine (internationale) Organisation gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b) RL 2004/83 gewährte Schutz tatsächlich den **fehlenden nationalen Schutz ersetzen** kann, wird häufig fraglich sein; auch ist nicht zu verkennen, dass ein solcher Schutz durch (internationale) Organisationen häufig prekärer und vorübergehender Natur sein wird und zudem nicht zwingend gewährleistet ist, dass die betreffenden Organisationen ihrerseits die völkerrechtlichen Verpflichtungen zur Achtung der Menschenrechte einhalten (können bzw. müssen). Insofern erscheint eine restriktive Auslegung dieser Bestimmung gerechtfertigt¹²⁹, so dass vor dem Hintergrund der Zielsetzung der GFK, tatsächlich verfolgten Personen effektiven Schutz zu gewährleisten, zu fordern ist, dass die (internationale) Organisation einen qualitativ ebenso weitgehenden Schutz zu bieten vermag, wie dies „normalerweise“ bei Staaten der Fall ist, so dass insbesondere das Gewaltmonopol auch effektiv gewährleistet sein muss. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass diese Bestimmung die Gefahr sehr unterschiedlicher Auslegungen in den Mitgliedstaaten mit sich bringt.

Nach Art. 7 Abs. 2 RL 2004/83 ist ein solcher ausreichender Schutz bereits gewährleistet, wenn die entsprechenden Akteure (der Staat oder die einen Teil des Staatsgebiets beherrschenden Organisationen) „geeignete Schritte einleiten“, um die Verfolgung bzw. den ernsthaften Schaden zu verhindern; als Beispiele wird die Aufstellung „wirksamer“ Rechtsvorschriften genannt. Diese Bestimmung wirft insofern Fragen auf, als aus ihr gerade nicht klar hervorgeht, ob der Schutz denn auch greifen muss; die Bezugnahme auf die „Einleitung“ könnte dagegen sprechen, während die Voraussetzung des Zugangs zu diesem Schutz durch den Antragsteller am Ende des Art. 7 Abs. 2 RL 2004/83 sowie die beispielhafte Bezugnahme auf „wirksame“ Rechtsvorschriften dafür sprechen könnte. Die besseren Gründe sprechen jedenfalls für die zweitgenannte Alternative: Denn entscheidend muss doch – auch auf der Grundlage der einschlägigen völkerrechtlichen Vorgaben, insbesondere des Prinzips des *Non-Refoulement* – sein, ob der Antragsteller tatsächlich Schutz in Anspruch nehmen kann, nicht hingegen, ob man beabsichtigt, ihm einen solchen zu gewähren¹³⁰. Daher ist – was auch im Einklang mit dem Effektivitätsprinzip steht – darauf abzustellen, ob dem Antragsteller effektiv Schutz gewährt wird oder nicht.

Art. 8 RL 2004/83 betrifft die **interne Fluchtalternative**¹³¹ im engeren Sinn und erkennt sie als Grund, der die Flüchtlingseigenschaft ausschliesst, an. Im Gegensatz zu Art. 7 RL 2004/83 geht es dabei nicht um die Frage, welcher Akteur Schutz zu bieten vermag, sondern wo der Schutz gesucht werden kann: Gemäss Art. 8 RL 2004/83 können die Mitgliedstaaten feststellen, dass kein Bedarf an internationalem Schutz besteht, wenn der Antragsteller die Möglichkeit hat, in einem anderen Teil seines Herkunftslandes Schutz vor Verfolgung zu finden und vom Antragsteller vernünftigerweise erwartet werden kann, dass er sich in diesem Landesteil aufhält. Die Bestimmung ist dabei so formuliert, dass die Behörden nicht zu untersuchen haben, ob zum Zeitpunkt der Flucht eine interne Fluchtalternative bestand, sondern ob zum Zeitpunkt der Prüfung des Antrages innerhalb des Herkunftslands Schutzalternativen bestehen¹³².

Auch wenn diese Vorschrift mit der Subsidiarität des internationalen Schutzes begründet werden kann¹³³, ist doch nicht zu verkennen, dass sie den Mitgliedstaaten einen erheblichen Gestaltungsspielraum einräumt, wird die diesbezügliche Beurteilung der Lage im Herkunftsstaat doch regelmässig unsicher und zudem häufig gewissen Schwankungen unterworfen sein. Art. 8 RL 2004/83 ist daher im Einzelfall sorgfältig zu prüfen und nur in

¹²⁹ Vgl. *Peers/Rogers* (Fn. 110), 336; *Marx*, Handbuch (Fn. 122), § 13 Rn. 39 ff.; *Roland Bieber/Francesco Maiani*, L’harmonisation du droit matériel d’asile, in: *Epiney/Rivière/Theuerkauf* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht*, 2004, 152; *Hathaway*, *EJML* 2003 (Fn. 123), 15 f.; *Gilbert* (Fn. 119), 976; kritisch zu dieser Bestimmung auch etwa *Ferguson Sidorenko*, *Common European Asylum System* (Fn. 111), 68 f.

¹³⁰ *Peers/Rogers* (Fn. 110), 337; *Battjes* (Fn. 37), 247.

¹³¹ S. aber bereits Art. 7 RL 2004/83 (soeben oben im Text).

¹³² *Marx*, Handbuch (Fn. 122), § 13 Rn. 1 f.

¹³³ *Marx*, Handbuch (Fn. 122), § 13 Rn. 3-6.

eindeutigen Fällen anzuwenden¹³⁴. Es ist daher insbesondere notwendig, dass die schutzsuchende Person tatsächlich die Mittel und die Möglichkeit hatte, in das sichere Gebiet zu reisen, dass sie dort auch effektiven Schutz mit einer gewissen Stabilität erhalten hätte und dass kein Risiko der Abschiebung in die Herkunftsregion bestand¹³⁵. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass Art. 8 Abs. 1, 2 RL 2004/83 zwingend von den Mitgliedstaaten verlangt, dass sie für die Prüfung, ob ein interner Schutz in Frage kommt, nicht nur die „Sicherheitsaspekte“, sondern darüber hinaus die persönlichen Umstände des Antragstellers, von dem vernünftigerweise erwartet werden können muss, dass er sich in den entsprechenden Landesteil begibt, zu berücksichtigen sind. Wenn damit auch den Mitgliedstaaten ein gewisser Gestaltungsspielraum eingeräumt wird, stünde es aber jedenfalls nicht mit den Vorgaben der Richtlinie in Einklang, die individuelle Situation des Antragstellers und damit seine sozio-ökonomische Situation bei der Frage der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nicht zu berücksichtigen¹³⁶.

Art. 8 Abs. 3 RL 2004/83 sieht vor, dass diese Regel auch dann zur Anwendung kommen kann, wenn „praktische Hindernisse“ (in der englischen Version „technical obstacles“) für eine Rückkehr in das Herkunftsland bestehen. Diese Bestimmung ist problematisch, kann sie doch dazu führen, dass eine verfolgte Person weder Zugang zur internen Schutzalternative im Herkunftsstaat noch Zugang zum internationalen Schutz im Aufnahmestaat hat¹³⁷.

II. Die Anerkennung als Flüchtling

Art. 9 ff. RL 2004/83 regeln die Voraussetzungen für die Flüchtlingsanerkennung, wobei auch die soeben¹³⁸ erörterten allgemeinen Vorgaben zu beachten sind. Im Unterschied zur Flüchtlingskonvention müssen die Mitgliedstaaten im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen der Kapitel II und III RL 2004/83 aber die Flüchtlingseigenschaft zuerkennen (Art. 13 RL 2004/83); die Richtlinie verankert somit ein „**Recht auf Asyl**“, das unter bestimmten Voraussetzungen zum Zuge kommt.

Fraglich könnte sein, ob die Mitgliedstaaten damit verpflichtet sind, den Antragstellern ein entsprechendes subjektives Recht auf Asyl oder subsidiären Schutz (im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen) einzuräumen. Diese Frage ist zu bejahen, geht es doch eindeutig um ein rechtlich geschütztes Interesse der betroffenen Personen¹³⁹. Diese Auslegung wird durch Art. 39 RL 2005/85 (Verfahrensrichtlinie)¹⁴⁰, wonach der Rechtsweg zu gewährleisten ist, bestätigt.

Hiermit unterscheidet sich die RL 2004/83 denn auch von der GFK: Während auf der Grundlage der GFK nur (aber immerhin) an die Flüchtlingseigenschaft bestimmte Rechte des Flüchtlings geknüpft sind, die der jeweilige

¹³⁴ Vgl. *Peers/Rogers* (Fn. 110), 337. S. auch oben B.I.1.d).

¹³⁵ Ähnlich etwa auch *Ferguson Sidorenko*, Common European Asylum System (Fn. 111), 69 f.

¹³⁶ S. zum Prüfungsmassstab auch *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 18), 123-126 mit Hinweisen zur Rechtsprechung

¹³⁷ *Battjes* (Fn. 37), 252; *Gilbert* (Fn. 119), 976; *Klug*, GYIL 2005 (Fn. 127), 594 (609); *Marx* plädiert vor dem Hintergrund der erwähnten Schwierigkeiten dafür, den Begriff der „praktischen Hindernisse“ („technical obstacles“) eng auszulegen und ihn nur auf Vorfälle wie einen vorübergehenden Ausfall der Transportverbindungen zu beziehen. Da Abs. 3 auf Abs. 1 verweise, müsse die dortige Bedingung, dass vom Antragssteller vernünftigerweise erwartet werden kann, dass er sich in einem anderen, sicheren Landesteil aufhält, auch beinhalten, dass er diesen Ort unter zumutbaren Bedingungen aufsuchen kann; *Marx*, Handbuch (Fn. 122), § 14 Rn. 15 f.

¹³⁸ C.I.

¹³⁹ Vgl. allgemein zum gemeinschaftlichen Konzept der individuellen Rechte m.w.N. *Astrid Epiney*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), 362 (386 ff.)

¹⁴⁰ Zu dieser *Battjes* (Fn. 37), 289 ff.; *Peers/Rogers* (Fn. 110), 367 ff.; *Günter Renner*, Asylverfahrensrichtlinie, ZAR 2004, 305-310.

Staat zu gewährleisten hat, geht die RL 2004/83 in (mindestens) zweierlei Hinsicht über die Vorgaben der GFK hinaus:

- Erstens ist auf ihrer Grundlage ein subjektives Recht auf Asyl zu gewähren, so dass die Betroffenen ein Recht auf „offizielle Anerkennung“ eines solchen Status¹⁴¹ haben. Vor diesem Hintergrund erklärt es sich wohl auch, dass Art. 13 RL 2004/83 von der „Zuerkennung“ der Flüchtlingseigenschaft spricht¹⁴¹.
- Zweitens gehen die in Art. 20 ff. RL 2004/83 enthaltenen Rechte, die den Personen, denen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde, auch teilweise weiter, als die aufgrund der GFK zu gewährleistenden Rechte¹⁴².

Trotz dieser Unterschiede spricht Vieles – insbesondere auch die in zahlreichen Artikeln der Richtlinie erfolgende Anlehnung an die Begrifflichkeiten und Konzepte der GFK¹⁴³ – dafür, dass die RL 2004/83 davon ausgeht, dass jedenfalls in den Fällen, in denen die Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft nach der GFK vorliegen, auch eine Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft auf der Grundlage des Art. 13 RL 2004/83 zu erfolgen hat. Insofern kann als Auslegungsgrundsatz formuliert werden, dass die in der RL 2004/83 für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft formulierten Voraussetzungen jedenfalls so auszulegen sind, dass den auf der Grundlage der GFK als Flüchtlinge anzusehenden Personen auch nach der RL 2004/83 die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen ist.

1. Der Flüchtlingsbegriff

Der in Art. 2 lit. c RL 2004/83 definierte **Flüchtlingsbegriff** entspricht Art. 1A Abs. 2 GFK, allerdings mit einer Ausnahme: Die Richtlinie schließt alle Bürger eines EU-Mitgliedstaates vom Anwendungsbereich aus, während im Rahmen der GFK keine solche Beschränkung zu finden ist.

Hintergrund dieser Ausnahme ist das Protokoll zum Vertrag von Amsterdam über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten¹⁴⁴, welches auf Drängen der spanischen Delegation verabschiedet wurde. Das Protokoll sieht für ganz ausserordentliche Situationen Ausnahmen vor¹⁴⁵.

Im Sinne einer völkerrechtskonformen Anwendung der Richtlinie ist daher auch EU-Bürgern Asyl oder subsidiärer Schutz zu gewähren, falls sie die übrigen Anerkennungsvoraussetzungen erfüllen, was wohl eher selten sein sollte, aber dennoch nicht pauschal ausgeschlossen werden kann¹⁴⁶.

¹⁴¹ Wobei Erwägung 14 Präambel RL 2004/83 hiermit in einem gewissen Spannungsverhältnis steht, wird dort doch betont, dass die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft ein deklaratorischer Akt sei. Bemerkenswert ist aber, dass in Erwägung 14 Präambel von „Anerkennung“, und nicht von „Zuerkennung“ die Rede ist, was darauf hindeutet, dass die „Zuerkennung“ eben etwas anderes sein soll als die Anerkennung. In diese Richtung geht auch Art. 2 lit. d RL 2004/83, der davon spricht, dass unter „Flüchtlingseigenschaft“ die Anerkennung als Flüchtling durch einen Mitgliedstaat zu verstehen ist, wovon sich dann eben die Zuerkennung in Art. 13 RL 2004/83 unterscheidet.

¹⁴² In diese Richtung geht auch Art. 20 Abs. 6 RL 2004/83, wonach die Mitgliedstaaten die einem Flüchtling aufgrund der RL 2004/83 zugestandenen Rechte unter bestimmten Voraussetzungen einschränken können, wobei aber jeweils die GFK zu beachten ist. Offenbar findet also eine Unterscheidung zwischen den Rechten auf der Grundlage der RL 2004/83 einerseits und der GFK andererseits statt.

¹⁴³ Vgl. sogleich unten C.II. zu den Voraussetzungen der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft.

¹⁴⁴ Vertrag von Amsterdam, Protokoll über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. C 340/1997, 103.

¹⁴⁵ Siehe zum Protokoll ausführlich *Emmanuelle Bribosia*, Le protocole sur le droit d’asile pour les ressortissants des Etats Membres de l’Union Européenne, in: Lejeune (Hrsg.), *Le traité d’Amsterdam, espoirs et déceptions*, 1998, 189-194.

¹⁴⁶ Zum Problem der Völkerrechtskonformität des Protokolls und Art. 2 lit c) siehe *Peers/Rogers* (Fn. 110), 334 f.; *Bribosia* (Fn. 145), 191-193; *Gilbert* (Fn. 119), 975.

So wurde beispielsweise in Deutschland diese Einschränkung des Flüchtlingsbegriffs nicht umgesetzt: Gemäss den Bestimmungen des deutschen Aufenthaltsgesetzes gilt die allgemeine Ausländerdefinition von § 2 Abs. 1 AufenthG – Ausländer ist jede Person, die nicht Deutscher i.S. von Art. 116 Abs. 1 GG ist – auch im Rahmen der Flüchtlingsanerkennung. Somit können in Deutschland (theoretisch) auch Staatsangehörige von EG-Mitgliedstaaten als Flüchtlinge anerkannt werden, wenn sie die übrigen Voraussetzungen erfüllen¹⁴⁷.

a) Zu den Verfolgungshandlungen

Art. 9 RL 2004/83 bezweckt eine europaweit einheitliche Auslegung des Begriffs der Verfolgung im Sinne des Art. 1A GFK, wobei eine **enge Anlehnung an die GFK** erfolgt.

Nicht ganz klar ist allerdings der in Art. 9 Abs. 1 RL 2004/83 erfolgende Hinweis auf die Genfer Flüchtlingskonvention: Soll damit auf die Flüchtlingskonvention verwiesen werden, so dass es um eine Art auslegende Präzisierung geht, oder sollen die Kriterien der Flüchtlingskonvention weiterentwickelt werden? Jedenfalls vermag die RL 2004/83 in keiner Weise die Vorgaben der Flüchtlingskonvention zu determinieren bzw. zu relativieren, so dass vieles dafür spricht, die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie so auszulegen, dass sie ausgehend von den (Mindest-) Vorgaben der Konvention weitere Präzisierungen enthalten¹⁴⁸.

Art. 9 Abs. 1 lit. a) RL 2004/83 nennt als solche Handlungen schwerwiegende Verletzungen der grundlegenden Menschenrechte¹⁴⁹. Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b) RL 2004/83 können auch weitere Handlungen als Verfolgung gelten, sofern sie als Ganzes betrachtet die Person in ähnlicher Weise wie in lit. a) in ihren Rechten beeinträchtigen. Diese offene Konzeption der Verfolgungshandlungen ist ebenso sinnvoll wie notwendig, ermöglicht sie es doch, auch zukünftige Arten von Verfolgungen zu erfassen¹⁵⁰.

Art. 9 Abs. 2 RL 2004/83 enthält eine nicht abschliessende Liste möglicher Verfolgungshandlungen¹⁵¹. Zu begrüssen ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Anerkennung der Strafverfolgung von Militärdienstverweigerern als Verfolgung (Art. 12 Abs. 2 lit. e)¹⁵². Allerdings ist die Bestimmung nur von begrenzter Tragweite, da nicht alle Militärdienstverweigerer aus Gewissensgründen erfasst werden, sondern nur solche, die den Dienst während eines bewaffneten Konflikts verweigern und ansonsten gezwungen wären, sich im Rahmen des zu leistenden Militärdienstes an in Art. 12 (2) genannten Verbrechen zu beteiligen¹⁵³.

¹⁴⁷ Ralf Roszkopf, Die Umsetzung der Qualifikationsrichtlinie in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, AWR 2/2007, 114-136, 118

¹⁴⁸ Zum Problemkreis des Verhältnisses der RL 2004/83 zur Flüchtlingskonvention McAdam, IJRL 2005 (Fn. 110), 461 (466 ff.).

¹⁴⁹ Zur Unterscheidung zwischen grundlegenden und „anderen“ Menschenrechten s. Battjes (Fn. 37), 233.

¹⁵⁰ Vgl. Marx, Handbuch (Fn. 122), § 4; Gilbert (Fn. 119), 975.

¹⁵¹ Wobei zu bemerken ist, dass das Verhältnis von Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 RL 2004/83 nicht ganz klar ist, da teilweise in Art. 9 Abs. 2 auch auf die Anknüpfung an bestimmte Gründe Bezug genommen wird, was an sich in Art. 10 RL 2004/83 geregelt wird.

¹⁵² Allgemein zur Frage ob Dienstverweigerer aus Gewissensgründen als Flüchtlinge anerkannt werden können Mark von Sternberg, Political Asylum and the Law of Internal Armed Conflict: Refugee Status, Human Rights and Humanitarian Law Concerns, IJRL 1993, 153-182; Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 18), 104 ff.; Hathaway, Refugee Status (Fn. 17), 179 ff.; s. ferner auch die Resolution Nr. 1042 (1994) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zu Deserteuren und Militärdienstverweigerern aus Ex-Jugoslawien, 1. Juli 1994.

¹⁵³ Vgl. Marx, Handbuch (Fn. 122), § 9 Rn. 80 ff.; Battjes (Fn. 37), 234; Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 18), 109 Anm. 273.

b) Zu den Verfolgungsgründen

Art. 10 RL 2004/83 definiert die einzelnen **Verfolgungsgründe**, wobei die in der Staatenpraxis anerkannten Auslegungen der einzelnen Begriffe ausdrücklich in die Richtlinie aufgenommen wurden, was zur Rechtsicherheit und rechtsgleichen Anwendung der GFK bzw. Richtlinie beitragen dürfte¹⁵⁴.

Der in der Staatenpraxis bisher sehr unterschiedlich interpretierte Begriff der **Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe**¹⁵⁵ wird in Art. 10 Abs. 1 lit. d) RL 2004/83 zum ersten Mal auf internationaler Ebene in verbindlicher Weise konkretisiert, wobei die Bestimmung nicht abschliessend formuliert ist¹⁵⁶. Anerkannt wurde dabei auch die Verfolgung aufgrund der sexuellen Ausrichtung¹⁵⁷. Das Geschlecht einer schutzsuchenden Person kann zwar nicht für sich alleine genommen, jedoch in Kombination mit weiteren Umständen dazu führen, dass die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe zu bejahen ist¹⁵⁸.

2. Erlöschensgründe

Art. 11 RL 2004/83 regelt die Gründe des Erlöschens der Flüchtlingseigenschaft und entspricht Art. 1C GFK¹⁵⁹.

3. Ausschlussgründe

Art. 12 RL 2004/83 nennt **abschliessend** die Gründe des **Ausschlusses von der Anerkennung als Flüchtling**. Art. 12 Abs. 1 lit. a) RL 2004/83 entspricht dabei Art. 1D GFK, Art. 12 Abs. 1 lit. b) RL 2004/83 wiederholt Art. 1E GFK¹⁶⁰. Art. 12 Abs. 2 RL 2004/83 übernimmt die Ausschlussgründe von Art. 1F GFK, wobei die Bestimmungen von Art. 1F lit. b), c) GFK geändert¹⁶¹ bzw. präzisierend ergänzt wurden¹⁶².

Die Richtlinie geht indessen in Art. 12 Abs. 3 RL 2004/83 einen Schritt weiter als die Flüchtlingskonvention, indem sie auch solche Personen als schutzunwürdig erklärt, die sich an der Begehung bestimmter, in Art. 12 Abs. 2 RL 2004/83 genannter Straftaten oder Handlungen lediglich in irgendeiner Weise **beteiligen**. Im Rahmen des internationalen Strafrechts ist unbestritten, dass sich Personen auch durch Beteiligung an den schwersten Verbrechen strafbar machen¹⁶³, so dass Art. 12 Abs. 3 RL 2004/83 im Rahmen der in Art. 12

¹⁵⁴ Peers/Rogers (Fn. 110), 337; Battjes (Fn. 37), 254 f.

¹⁵⁵ S.o. B.I.1.e)dd).

¹⁵⁶ Zur Frage der Auswirkung der kumulativen Anwendung der beiden gängigen Auslegungsmethoden des Begriffs (s.o. B.I.1.e)dd) in Art. 10 Abs. 1 lit. d) RL 2004/83 Battjes (Fn. 37), 255-257; Hathaway, EJML 2003 (Fn. 123), 17. Ausführlich zur Konkretisierung in der Richtlinie Marx, Handbuch (Fn. 122), § 19, Rn. 6 ff.

¹⁵⁷ Vgl. Battjes (Fn. 37), 257 f.; Marx, Handbuch (Fn. 122), § 19 Rn. 30 ff.; Gilbert (Fn. 119), 975 f.

¹⁵⁸ Marx, Handbuch (Fn. 122), § 19 Rn. 69 ff.

¹⁵⁹ Vgl. Gilbert (Fn. 119), 977 f. S. hierzu oben B.I.2.

¹⁶⁰ Vgl. Battjes (Fn. 37), 266 f. S. in Bezug auf die GFK oben B.I.3.

¹⁶¹ Vgl. Battjes (Fn. 37), 262 ff., der in Anm. 161 seines Beitrages die einzelnen Änderungen aufführt.

¹⁶² Vgl. z.B. Art. 1F GFK im Verhältnis zu Art. 12 Abs. 2 lit. c) RL 2004/83.

¹⁶³ S. dazu Art. 25 Römer Statut (Fn. 81), Art. 7 Statut des Ex-Jugoslawientribunals (Fn. 87), Art. 6 Statut des Ruandatribunals (Fn. 88).

Abs. 2 lit. a) RL 2004/83 aufgeführten Verbrechen lediglich Gewohnheitsrecht wiedergeben dürfte und auf die dort geltenden Regeln verwiesen werden kann¹⁶⁴. Im Rahmen von Art. 12 Abs. 2 lit. b), c) RL 2004/83 hingegen dürfte die Bestimmung den Mitgliedstaaten einen recht weiten Gestaltungsspielraum eröffnen, da die Beteiligungsformen nicht spezifiziert sind und im Übrigen bereits ein Verdacht ausreicht. Jedenfalls dürfte – will man die Richtlinie in Konformität mit den Vorgaben der GFK auslegen – im Zusammenhang mit terroristischen Organisationen die alleinige Mitgliedschaft oder finanzielle Unterstützung nicht ausreichen. Vielmehr ist eine qualifizierte Unterstützung (z.B. als Funktionär oder durch eigene Gewalthandlungen) notwendig, damit Art. 12 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 12 Abs. 3 RL 2004/83 zur Anwendung kommen kann¹⁶⁵.

III. Aberkennung, Beendigung oder Ablehnung der Verlängerung der Flüchtlingseigenschaft

Art. 14 RL 2004/83 nennt **drei Arten von Gründen**, die es rechtfertigen, den Flüchtlingsstatus einer Person zu **beenden**:

- Erlöschensgründe (Art. 14 Abs. 1, 2 RL 2004/83);
- Ausschlussgründe (Art. 14 Abs. 3 lit. a), Abs. 4 RL 2004/83);
- Vorspiegelung falscher Tatsachen (Art. 14 Abs. 3 lit. b) RL 2004/83).

Art. 14 Abs. 1 RL 2004/83 nimmt Bezug auf die **Erlöschensstatbestände von Art. 11 RL 2004/83**, wobei gemäss Art. 14 Abs. 2 RL 2004/83 im Falle der Anwendung dieser Bestimmung die Beweislast (unter Vorbehalt von Art. 4 RL 2004/83) beim Staat liegt¹⁶⁶.

Art. 14 Abs. 3 lit. a) RL 2004/83 deckt solche Situationen ab, in denen sich erst **nach der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft** herausstellt, dass ein Fall von Art. 12 RL 2004/83 vorliegt und die Person eigentlich von der Anerkennung als Flüchtling hätte ausgeschlossen werden müssen.

Der Status eines Flüchtlings kann beendet werden, falls der Flüchtling sich seit seiner Anerkennung zu einer **Gefahr für den Aufnahmestaat** entwickelt hat. Stellt er eine Gefahr für die Sicherheit des jeweiligen Mitgliedstaates dar, reicht als Beweisstandard gemäss Art. 14 Abs. 4 lit. a) RL 2004/83, dass diesbezüglich „stichhaltige Gründe“ für eine entsprechende Annahme vorliegen. Um die Person als Gefahr für die Allgemeinheit bezeichnen zu können und ihren Status zu beenden, ist gemäss Art. 14 Abs. 4 lit. b) RL 2004/83 eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines besonders schweren Verbrechens notwendig. Art. 14 Abs. 4 RL 2004/83 übernimmt Art. 33 Abs. 2 Flüchtlingskonvention.

Kritisiert wurde in diesem Zusammenhang die Begründungserwägung 28, gemäss welcher „der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung [...] auch für Fälle [gilt], in denen ein Drittstaatsangehöriger einer Vereinigung angehört, die den internationalen Terrorismus unterstützt, oder er eine derartige Vereinigung unterstützt“, eröffnet sie den Mitgliedstaaten doch in Verbindung mit Art. 14 Abs. 4 lit. a einen sehr weiten Gestaltungsspielraum¹⁶⁷. Der Status eines Flüchtlings sollte jedoch nur in solchen Fällen beendet oder aberkannt werden, in denen die Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmestaates die Schwere der Verfolgungsgefahr überwiegt. Darüber hinaus ist ebenfalls das Rückschiebungsverbot von Art. 3 EMRK zu beachten.

¹⁶⁴ Battjes (Fn. 37), 263.

¹⁶⁵ Marx, Asyl- und Ausländerrecht (Fn. 79), 702-705; Gilbert (Fn. 119), 977.

¹⁶⁶ Dazu Noll (Fn. 115), 314.

¹⁶⁷ Battjes (Fn. 37), 265; UNHCR, Kommentar (Fn. 124), Begründungserwägung 28.

Gemäss Art. 14 Abs. 5 RL 2004/83 kann Art. 14 Abs. 4 RL 2004/83 auch dann zur Anwendung kommen, wenn über den Asylantrag noch nicht entschieden wurde. Beging der Antragsteller die Tat im Ausland, ist jedoch Art. 12 RL 2004/83 massgebend.

Jedenfalls beziehen sich Art. 14 Abs. 4, 5 RL 2004/83 „lediglich“ auf die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft, wie sich schon aus dem Wortlaut ergibt, so dass es gerade nicht darum geht, dass auf der Grundlage dieser Bestimmung eine Person kein Flüchtling mehr im Sinne der GFK wäre. Art. 14 Abs. 4, 5 RL 2004/83 dürfen somit nicht als zusätzliche Ausschlussgründe i.S. einer Ergänzung von Art. 12 RL 2004/83 bzw. Art. 1F GFK ausgelegt werden.

Wird der Flüchtlingsstatus einer Person beendet bzw. gemäss Art. 14 Abs. 5 RL 2004/83 nicht zuerkannt, kann sie unter Vorbehalt des Aufenthalts im Mitgliedstaat gewisse Rechte geltend machen, die ihr die GFK gewährt (Art. 14 Abs. 6 RL 2004/83). Von Bedeutung dürften dabei insbesondere Art. 16 GFK und Art. 32 Abs. 2 GFK sein, welche Flüchtlingen freien Zugang zu den Gerichten und weitere Verfahrensgarantien gewähren¹⁶⁸, sowie Art. 32 Abs. 3 GFK, wonach einem ausgewiesenen Flüchtling eine angemessene Frist einzuräumen ist, während welcher er sich um die rechtmässige Einreise in ein anderes Land bemühen kann.

IV. Zum Inhalt des Internationalen Schutzes

Art. 20 ff. RL 2004/83 regeln den **Inhalt des internationalen Schutzes** (sei es für anerkannte Flüchtlinge, sei es für Personen mit subsidiärem Schutzstatus) und damit die Modalitäten des Aufenthalts für diese Personen¹⁶⁹. Aufgegriffen werden in diesen Artikeln u.a. eine Reihe von auch in der Flüchtlingskonvention erwähnten sog. Statusrechten¹⁷⁰.

Im Einzelnen geht es hier – neben einer Reihe allgemeiner Bestimmungen und dem *Refoulement*-Verbot (Art. 20, 21 RL 2004/83) – um Vorgaben betreffend die Information der betroffenen Personen (Art. 22 RL 2004/83), die Wahrung des Familienverbandes (Art. 23 RL 2004/83), Aufenthaltstitel und Reisedokumente (Art. 24, 25 RL 2004/83), den Zugang zur Beschäftigung, zur Bildung, zu Sozialhilfeleistungen, zur medizinischen Versorgung, zum Wohnraum und zu Integrationsmassnahmen (Art. 26-29, 31, 33 RL 2004/83), unbegleitete Minderjährige (Art. 30 RL 2004/83) und Freizügigkeit innerhalb des Aufnahmestaates (Art. 32 RL 2004/83).

¹⁶⁸ Vgl. dazu *Battjes* (Fn. 37), 265.

¹⁶⁹ Hierzu etwa *Ferguson Sidorenko*, Common European Asylum System (Fn. 111), 77 ff.; *Teitgen-Colly*, CMLRev. 2006 (Fn. 110), 1503 (1538 ff.); ausführlich *McAdam*, Complementary Protection (Fn. 110), 90 ff.

¹⁷⁰ Zu diesen die Nachweise in Fn. 13.

D. Schweizerisches Asylrecht

I. Allgemeines

1. Rechtsgrundlagen im nationalen Recht: Art. 3 Asylgesetz

Massgebend für den Flüchtlingsbegriff nach schweizerischem Recht sind die beiden Legaldefinitionen der Genfer Flüchtlingskonvention (Art. 1A Abs. 2) und des Asylgesetzes (Art. 3)¹⁷¹.

Hingegen räumen weder Art. 25 Abs. 3 BV noch Art. 3 EMRK einen Aufenthalts- oder Asylgewährungsanspruch ein¹⁷². Sie stehen allenfalls einem Vollzug der Wegweisung nach Art. 44 ff. AsylG entgegen und vermitteln, wie auch Art. 5 AsylG und Art. 33 GFK, einen subsidiären Schutz im Rahmen der vorläufigen Aufnahme gemäss Art. 44 Abs. 2 AsylG¹⁷³.

Der **Flüchtlingsbegriff** als eigentlicher „Kernbegriff des schweizerischen Asylrechts“¹⁷⁴ wird in Art. 3 AsylG definiert:

¹ Flüchtlinge sind Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden.

² Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken. Den frauenspezifischen Fluchtgründen ist Rechnung zu tragen.

Der schweizerische Gesetzgeber hat sich in der Definition des Flüchtlingsbegriffs im Wesentlichen an die entsprechende Umschreibung in der Genfer Flüchtlingskonvention (Art. 1A Abs. 2) angelehnt¹⁷⁵. Vorbehalten bleiben sprachliche Abweichungen¹⁷⁶, die nach dem Willen des Gesetzgebers in erster Linie der Verdeutlichung des konventionsrechtlichen Flüchtlingsbegriffs dienen¹⁷⁷ sowie punktuelle Erweiterungen der Flüchtlingseigenschaft bezwecken¹⁷⁸. Im Übrigen besteht zwischen den Legaldefinitionen von Art. 1A Abs. 2 GFK

¹⁷¹ Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG), SR 142.31.

¹⁷² Vgl. *Mark E. Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 1999, N 297; Urteil des BGer 2P.116/2001 vom 29.8.2001 E. 2d/bb.

¹⁷³ Vgl. *EMARK* 2005 Nr. 23 E. 5.1 mit einer Zusammenfassung der Rechtsprechung des EGMR. Zur Systematik des Non-Refoulement-Prinzips vgl. statt vieler *Alberto Achermann/Christina Hausammann*, Handbuch des Asylrechts, 1991, 187; die Rückschiebungsverbote lassen sich unter den Begriff der Unzulässigkeit der Wegweisung gemäss Art. 44 Abs. 2 AsylG subsumieren.

¹⁷⁴ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Stand 1.1.2008), 1, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0011.File.tmp/Kap._D__1_d_0607.pdf (besucht am 17.3.2008).

¹⁷⁵ Zu den Vorgaben der GFK oben Abschnitt B.

¹⁷⁶ Die Umschreibung „ernsthafte Nachteile“ steht für die „Verfolgung“ bzw. „politische Anschauungen“ für „politische Überzeugung“.

¹⁷⁷ *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 8.2.

¹⁷⁸ Insbesondere wollte man den Flüchtlingsbegriff mit der Aufnahme des „unerträglichen psychischen Druckes“ als Nachteil erweitern, um der besonderen Situation vieler Asylsuchender aus Osteuropa (innere, regimebedingte Zwangslage) entsprechen zu können; vgl. Botschaft zum Asylgesetz und zu einem Bundesbeschluss betreffend den Rückzug des Vorbehalts zu Art. 24 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. August 1977, BBl 1977 III 116 f.; *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 72; *Walter Kälin*, Grundriss des Asylverfahrens, 1990, 28 f.

und Art. 3 AsylG weitgehend inhaltliche Übereinstimmung¹⁷⁹. Bei der Auslegung von Art. 3 AsylG sind daher die Genfer Flüchtlingskonvention sowie die hierzu entwickelte Auslegung durch das *UNHCR* und – unter gewissen Umständen – die Auslegungspraxis der anderen Vertragsstaaten zu beachten¹⁸⁰.

2. Abgrenzungen

Vom (rechtlichen) **Flüchtlingsbegriff** abzugrenzen sind das Asyl (a), die vorläufige Aufnahme (b) sowie der vorübergehende Schutz für Schutzbedürftige (c).

a) Asyl

Wer die Voraussetzungen von Art. 3 AsylG erfüllt (vgl. im Einzelnen unten D.II.), gilt in Anlehnung an die Terminologie von *Achermann/Hausammann* als Flüchtling im materiellen Sinn¹⁸¹. Die Flüchtlingseigenschaft als solche verschafft jedoch für sich allein noch keinen Anspruch auf Asyl. Ein Recht auf Asyl entsteht erst bei Erfüllung aller gesetzlichen Voraussetzungen¹⁸². Neben dem Vorhandensein der in Art. 3 definierten (materiellen) Flüchtlingseigenschaft dürfen zusätzlich **keine Asylausschlussgründe** gemäss Art. 52, 53 oder 54 AsylG vorliegen (s. u. D.III.1.)¹⁸³.

Asyl umfasst den Schutz und die Rechtsstellung, die Personen aufgrund der Flüchtlingseigenschaft in der Schweiz gewährt werden (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 AsylG). Die Rechtsstellung der Personen, denen Asyl gewährt wurde, wird in Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 58 ff. AsylG umschrieben.

b) Vorläufige Aufnahme

Gesuchsteller, die kein Asyl erhalten¹⁸⁴, müssen die Schweiz prinzipiell verlassen¹⁸⁵. Daher verfügt das *BFM* in der Regel mit dem Nichteintretens- oder Abweisungsentscheid die Wegweisung und ordnet deren Vollzug an (Art. 44 Abs. 1 AsylG). Ist der Vollzug **unzulässig, unzumutbar** oder **unmöglich**, so besteht die Rechtsfolge in der vorläufigen Aufnahme (Art. 44 Abs. 2 AsylG)¹⁸⁶. Somit stehen dem Vollzug von Fall zu Fall

¹⁷⁹ Statt vieler *Samuel Werenfels*, Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht, 1987, 60 ff.; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 28; *Walter Schäppi*, Politische Verfolgung im Kontext eines Bürgerkrieges – Anmerkungen zur schweizerischen Entscheidungspraxis, ASYL 1992/2, 51 f.; *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 8.2.

¹⁸⁰ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 2; *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 8.2 m.w.H.

¹⁸¹ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 166), 68. Personen, die zusätzlich in der Schweiz Asyl erhalten gelten nach denselben Autoren als Flüchtlinge im formellen Sinn. Davon abweichend bezeichnet *Kälin* als formellen Flüchtling, wer im Asylverfahren als (materieller) Flüchtling anerkannt worden ist (*Kälin*, Asylverfahren [Fn. 178], 30).

¹⁸² *Urs Bolz*, Rechtsschutz im Ausländer- und Asylrecht, 1990, 42.

¹⁸³ *BFM*, Handbuch, Kap. A §1 (Stand 1.1.2008), 3 f., im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0001.File.tmp/Kap._A_1_d.pdf (besucht am 17.3.2008).

¹⁸⁴ Dabei kann es sich auch um Flüchtlinge im materiellen Sinne handeln (Art. 3 AsylG), die jedoch aufgrund des Vorliegens eines Asylausschlussgrundes (Art. 52 ff. AsylG) kein Asyl erhalten haben.

¹⁸⁵ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 191.

¹⁸⁶ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 171.

verschiedene Schranken entgegen. Das *BFM* muss bei Vorliegen einer oder mehrerer Vollzugsschranken zwingend die vorläufige Aufnahme anordnen¹⁸⁷. Die vorläufige Aufnahme bildet keinen selbständigen Aufenthaltstatus, sondern ist als **Ersatzmassnahme** für den undurchführbaren Vollzug der Wegweisung konzipiert¹⁸⁸.

Art. 44 Abs. 2 AsylG verweist betreffend Rechtsstellung und Regelung des weiteren Anwesenheitsverhältnisses vorläufig Aufgenommener auf das AuG¹⁸⁹ (aANAG¹⁹⁰), welches sich in Art. 83 (Art. 14a aANAG) explizit zu den Schranken des Wegweisungsvollzuges äussert.

Danach ist der Vollzug einer Wegweisung *unmöglich*, wenn die Ausländerin oder der Ausländer aufgrund „technischer“ Umstände¹⁹¹ (wie etwa wegen fehlender Reisepapiere oder fehlender Transportmöglichkeiten) weder in den Heimat- oder in den Herkunftsstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann (Art. 83 Abs. 2 AuG [Art. 14a Abs. 2 aANAG])¹⁹² und somit der Vollzug undurchführbar ist. *Unzulässigkeit* liegt vor, wenn dem Vollzug der Wegweisung völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG [Art. 14a Abs. 3 aANAG]). Zu denken ist hier vor allem an die verschiedenen völkerrechtlichen Rückschiebungsverbote, wie sie sich aus Art. 33 GFK oder Art. 3 EMRK ergeben. *Unzumutbar* ist der Vollzug insbesondere, wenn eine konkrete Gefährdung wie fehlende medizinische Betreuung oder eine instabile Sicherheitslage im Heimat- oder Herkunftsstaat vorliegt (Art. 83 Abs. 4 AuG [Art. 14a Abs. 4 aANAG]). Dabei soll die Kann-Formulierung verdeutlichen, dass die Schweiz hier nicht in Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen, sondern aus humanitären Gründen handelt¹⁹³.

c) Vorübergehender Schutz

Menschen, die den Folgen von Krieg, Bürgerkrieg, Unruhen und allgemeinen Menschenrechtsverletzungen in ihrem Land entfliehen wollen, ohne dass sie selbst individuell verfolgt werden, werden in der Umgangssprache oftmals auch als „Gewaltflüchtlinge“ oder als „de-facto-Flüchtlinge“ bezeichnet¹⁹⁴. Sie gelten nicht als Flüchtlinge im Sinne von Art. 3 AsylG und geniessen auch keinen völkerrechtlichen Schutz vor Rückschiebung¹⁹⁵. Der Bundesrat hat allerdings die Möglichkeit, solchen **schutzbedürftigen Personen** für die Dauer einer schweren allgemeinen Gefährdung, insbesondere wegen eines Krieges oder Bürgerkrieges sowie in Situationen allgemeiner Gewalt, **vorübergehenden Schutz** zu gewähren (Art. 4 AsylG). Der Begriff der Schutzbedürftigkeit ist gerade nicht an den

¹⁸⁷ *BFM*, Handbuch, Kap. G §2 (Stand 1.1.2008), 2, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0023.File.tmp/Kap._G__2_d.pdf (besucht am 17.3.2008); *EMARK* 2006 Nr. 6 E. 4.2.

¹⁸⁸ Botschaft zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren (AVB) und zu einem Bundesgesetz über die Schaffung eines Bundesamtes für Flüchtlinge vom 25. April 1990, BBl 1990 II 647; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 201; *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 171.

¹⁸⁹ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG), SR 142.20.

¹⁹⁰ Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG), abgelöst am 1.1.2008 vom AuG (Fn. 189).

¹⁹¹ Botschaft zum AVB und zum BG über die Schaffung des BFM (Fn. 188), 666.

¹⁹² *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 202.

¹⁹³ Botschaft zum AVB und zum BG über die Schaffung des BFF (Fn. 188), 668; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 203 ff.; *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 188 ff.

¹⁹⁴ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 2; vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. F §3 (Stand 6.2.2007), 1 ff., im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0020.File.tmp/Kap._F__3_d.pdf (besucht am 17.3.2008); vgl. zum Institut des vorübergehenden Schutzes Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 11 ff.

¹⁹⁵ Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes 1995 (Fn. 194), 13.

Flüchtlingsbegriff von Art. 3 AsylG gekoppelt: Ob und nach welchen Kriterien Gruppen von Schutzbedürftigen vorübergehender Schutz gewährt wird, entscheidet der Bundesrat nach Konsultation der Vertreterinnen und Vertreter der Kantone, der Hilfswerke und allenfalls weiterer nichtstaatlicher Organisationen sowie des *UNHCR* (Art. 66 AsylG).

Wo offensichtlich eine Verfolgung im Sinne von Art. 3 AsylG vorliegt, ist ein Flüchtlingsanerkennungsverfahren durchzuführen. Liegt hingegen keine offensichtliche Verfolgung vor, bestimmt das Bundesamt im Anschluss an die Befragung in der Empfangsstelle, wer einer Gruppe Schutzbedürftiger angehört und wem in der Schweiz vorübergehender Schutz gewährt wird (Art. 69 Abs. 2 AsylG). Wird aufgrund der Befragung in der Empfangsstelle oder der Anhörung offenkundig, dass Asylsuchende zu einer Gruppe Schutzbedürftiger gehören, so wird ihnen ohne weitere Abklärungen vorübergehender Schutz gewährt (39 AsylG). Wird der Person vorübergehender Schutz gewährt, wird das Verfahren über ein allfälliges Gesuch um Anerkennung als Flüchtling sistiert (Art. 69 Abs. 3 AsylG). Beabsichtigt das Bundesamt hingegen, den vorübergehenden Schutz für die betreffende Person zu verweigern, so setzt es das Verfahren über die Anerkennung als Flüchtling oder das Wegweisungsverfahren unverzüglich fort (Art. 69 Abs. 4 AsylG).

Die Rechtsstellung von Personen, denen in der Schweiz vorübergehender Schutz gewährt wurde, ist in Art. 74 und 75 AsylG geregelt. Unterschiede zu Flüchtlingen ergeben sich in erster Linie mit Bezug auf die Festigkeit des Aufenthaltsrechts, die restriktiveren Voraussetzungen zur Bewilligung der Erwerbstätigkeit sowie hinsichtlich der Modalitäten der Sozialhilfeleistungen¹⁹⁶.

Die Bestimmungen zum vorübergehenden Schutz wurden angesichts der Krise im Kosovo in das totalrevidierte Asylgesetz vom 26. Juni 1998 aufgenommen. Seither hat der Bundesrat allerdings noch keinen entsprechenden Aufnahmeentscheid für eine Gruppe gefällt.

3. System der Flüchtlingsanerkennung im Asylgesetz

Dem schweizerischen Asylgesetz liegt ein einziger und einheitlicher **Flüchtlingsbegriff** zu Grunde (Art. 3 AsylG i.V.m. Art. 1A Abs. 2 GFK). Lehre und Praxis pflegen allerdings für die Begründung dieses Rechtsstatus zwischen Fällen originärer und Fällen derivativer Flüchtlingseigenschaft zu unterscheiden. Diese Unterscheidung bezieht sich in erster Linie auf die Prüfungskriterien bei der Flüchtlingsanerkennung; sie entspricht nicht einer vom Gesetz vorgenommenen Differenzierung des Flüchtlingsbegriffs, sondern einer in der Praxis aufgegriffenen Dogmatik¹⁹⁷.

a) Originäre Flüchtlingseigenschaft

Von einer **originären** Flüchtlingseigenschaft wird gesprochen, wenn im Asylverfahren das Vorhandensein der Kriterien von Art. 3 AsylG i.V.m. Art. 1A Abs. 2 GFK festgestellt und der Gesuchsteller als Flüchtling anerkannt wird. Die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft erfolgt in einem gesetzlich geregelten **Verwaltungsverfahren** (Asylverfahren). Dieses Verfahren wird durch ein **Asylgesuch** eingeleitet. Als solches gilt jede Äusserung, mit der eine Person zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um Schutz vor Verfolgung nachsucht (Art. 18 AsylG).

¹⁹⁶ Vgl. zur Rechtsstellung Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes 1995 (Fn. 194), 83 f.

¹⁹⁷ *EMARK* 2003 Nr. 11 E. 8c; grundlegend *EMARK* 1997 Nr. 1.

Es genügt somit, dass die gesuchstellende Person den Willen äussert, um Schutz zu ersuchen. Gesuche von Personen mit offensichtlich unbegründeten Verfolgungsbehauptungen dürfen demnach nicht mit auf Art. 32 Abs. 1 AsylG beruhenden Nichteintretensentscheiden erledigt werden; ansonsten könnte dieser Nichteintretenstatbestand dazu führen, dass aussichtslose Gesuche generell gar nicht zum Verfahren zugelassen werden¹⁹⁸.

Fehlt es an den formellen Voraussetzungen zur Behandlung des Gesuchs oder liegen Nichteintretensgründe nach Art. 32-35a AsylG vor, erlässt die Behörde einen **Nichteintretensentscheid** (Art. 37 AsylG). Obwohl Nichteintretensentscheide nach Art. 37 AsylG in der Regel innerhalb von zehn Arbeitstagen nach Gesuchstellung zu treffen sind, können sie – es handelt sich dabei ohnehin nur um eine Ordnungsfrist – bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens und teilweise (vgl. Art. 34 Abs. 2 AsylG) gar noch im Beschwerdeverfahren ergehen. Ein Nichteintreten hat zur Folge, dass das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft nicht geprüft wird¹⁹⁹. Stellt die Behörde das Vorliegen eines Nichteintretensgrundes fest, hat sie dem Gesuchsteller mindestens das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. Art. 36 Abs. 2 AsylG); bei gewissen Nichteintretensgründen hat sogar eine Anhörung stattzufinden (Art. 36 Abs. 1 AsylG). Ergeben sich hierbei Hinweise auf eine Verfolgung (vgl. Art. 32 Abs. 2 lit. e und f, Art. 32 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 lit. b, Art. 34 Abs. 2 und Art. 35 AsylG), ist das Gesuch durch einen Sachentscheid zu erledigen und folglich das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG materiell zu prüfen²⁰⁰.

Die Kriterien der Flüchtlingseigenschaft (Art. 3 AsylG) müssen im Zeitpunkt des Entscheids (noch) gegeben sein²⁰¹. Der **Nachweis** der Flüchtlingseigenschaft obliegt gemäss Art. 7 AsylG dem Gesuchsteller. Die gesetzliche Formulierung ist insofern missverständlich, als die Frage, ob jemand als Flüchtling gilt, eine Rechtsfrage ist und als solche nicht Gegenstand der Beweisführung, sondern der Rechtsanwendung bildet. Der Gesuchsteller hat aber den Nachweis für die Tatsachen zu erbringen, welche die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG begründen. Dies bedeutet nicht nur, dass der Gesuchsteller für die Beibringung der Beweismittel verantwortlich ist („**Beweisführungslast**“), sondern auch, dass er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat („**Beweislast**“). Beweisführungs- und Beweislast werden allerdings in zweifacher Hinsicht relativiert:

- Zunächst sieht Art. 7 Abs. 1 AsylG für den Nachweis der Flüchtlingseigenschaft eine **Beweismassenerleichterung** vor: es genügt, dass der Gesuchsteller das Vorhandensein der Tatsachen, welche die Flüchtlingseigenschaft begründen, **glaubhaft macht**. „Glaubhaft gemacht“ heisst gemäss Art. 7 Abs. 2 AsylG, dass die Behörde das Vorhandensein der Flüchtlingseigenschaft mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für gegeben hält. Das trifft nach der Rechtsprechung der *ARK*²⁰² zu, wenn die Vorbringen genügend substantiiert, in sich schlüssig und plausibel sind²⁰³. Art. 7 Abs. 3 AsylG enthält sodann eine beispielhafte Aufzählung von Vorbringen, die als **unglaubhaft**

¹⁹⁸ *EMARK* 2002 Nr. 5 E. 4a.

¹⁹⁹ *BFM*, Handbuch, Kap. A §1 (Fn. 183), 2.

²⁰⁰ Vgl. zum Nichteintreten aufgrund Papierlosigkeit (Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG) BVGE 2007/8 und Urteil des BVGer D-622/2007 vom 16. Juli 2007, in denen das BVGer zum Schluss kommt, der Gesetzgeber habe mit der Bestimmung von Art. 32 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 AsylG ein Summarverfahren geschaffen, in welchem – trotz der Bezeichnung als „Nichteintretensentscheid“ – über das Bestehen oder Nichtbestehen der Flüchtlingseigenschaft abschliessend materiell befunden wird.

²⁰¹ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 37 f. Vgl. insbesondere zum Zeitpunkt der Verfolgung unten II.2.e).

²⁰² Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32) wurde die Schweizerische Asylokurskommission per 1. Januar 2007 in das Bundesverwaltungsgericht überführt.

²⁰³ *EMARK* 2005 Nr. 21 E. 6.1; 2004 Nr. 1 E. 5a m.w.H.

gelten: Dazu zählen Vorbringen, die in wesentlichen Punkten zu wenig begründet oder in sich widersprüchlich sind, den Tatsachen nicht entsprechen oder massgeblich auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abgestützt werden. Nach der präzisierenden Rechtsprechung der *ARK* ist dies der Fall, wenn sie sich in vagen Schilderungen erschöpfen, in wesentlichen Punkten widersprüchlich sind oder der inneren Logik entbehren und den Tatsachen oder der allgemeinen Erfahrung widersprechen. Dasselbe gilt, wenn der Gesuchsteller persönlich unglaubwürdig erscheint, indem er beispielsweise seine Vorbringen auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abstützt oder indem er wichtige Tatsachen unterdrückt oder bewusst falsch darstellt, im Laufe des Verfahrens auswechselt, steigert oder unbegründet nachschiebt, mangelndes Interesse am Verfahren zeigt oder die nötige Mitwirkung verweigert²⁰⁴.

Hingegen darf Unglaubwürdigkeit nicht schon bei einzelnen Widersprüchen oder Tatsachenwidrigkeiten angenommen werden²⁰⁵. Es gilt zu beachten, dass mit einer extensiven Auslegung von Art. 7 Abs. 3 AsylG letztlich der in Art. 7 Abs. 2 AsylG umschriebene Begriff der Glaubhaftmachung, der eine Gesamtbeurteilung aller Vorbringen bedingt, unterhöhlt wird. Glaubhaftmachung lässt durchaus Raum für gewisse Einwände und Zweifel an den Vorbringen des Gesuchstellers; entscheidend ist, ob die Gründe, die für die Richtigkeit der Sachverhaltsdarstellung sprechen, bei objektiver Sichtweise überwiegen oder nicht²⁰⁶.

- Ferner gilt im Asylverfahren die **Untersuchungsmaxime**, welche besagt, dass die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG). Damit wird die Beweisführung für den Gesuchsteller zwar erleichtert. Auf der anderen Seite steht die Untersuchungsmaxime unter dem Vorbehalt der im Asylgesetz ausführlich geregelten **Mitwirkungspflichten** (Art. 8 AsylG). Die Verletzung dieser Mitwirkungspflichten kann nach Massgabe der in Art. 32 Abs. 2 AsylG aufgelisteten Tatbestände zur Folge haben, dass auf das Asylgesuch nicht eingetreten wird²⁰⁷. Ein Nichteintretensentscheid bewirkt, dass die Frage der Flüchtlingseigenschaft (Art. 3 AsylG) gar nicht geprüft wird.

Wer die Kriterien des Flüchtlingsbegriffs gemäss Art. 3 AsylG erfüllt (und nachweisen kann), gilt als **materieller Flüchtling**. Dies hat allerdings nicht automatisch eine Asylgewährung zur Folge. Neben der Anerkennung als Flüchtling im Sinne von Art. 3 AsylG darf als negative Voraussetzung kein Asylausschlussgrund gemäss Art. 52 ff. AsylG vorliegen. Für den Rechtsstatus des Flüchtlings ist demnach zu unterscheiden:

- Liegen keine Asylausschlussgründe (Art. 52-54 AsylG; s. u. D.III.1.) vor, erhält der Flüchtling **Asyl** in der Schweiz (Art. 49 AsylG); zur materiellen Flüchtlingseigenschaft kommt der formelle Status eines Flüchtlings hinzu²⁰⁸. Die Rechtsstellung der Flüchtlinge ist in den Art. 58-62 AsylG geregelt.

Personen, denen Asyl gewährt wurde, haben Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung im Kanton, in dem sie sich ordnungsgemäss aufhalten (Art. 60 Abs. 1 AsylG). Nach mindestens fünf Jahren ordnungsgemäsem Aufenthalt in der

²⁰⁴ *EMARK* 2005 Nr. 21 E. 6.1; 2004 Nr. 1 E. 5a.

²⁰⁵ Vgl. *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 143 ff. mit Hinweisen auf die ältere Praxis.

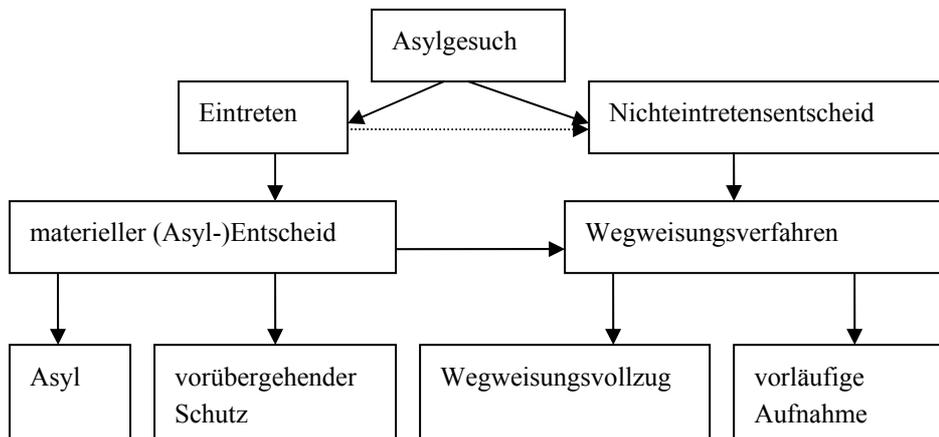
²⁰⁶ *EMARK* 2005 Nr. 7 E. 5 f.; Nr. 21 E. 6.1; 2004 Nr. 1 E. 5a; 1996 Nr. 27 E. 3c/aa; 1996 Nr. 28 E. 3a.

²⁰⁷ Vgl. zur Abgrenzung der Tatbestände von Art. 32 Abs. 2 AsylG *EMARK* 2003 Nr. 27 E. 4g. – Auch Art. 13 Abs. 2 VwVG erlaubt es den Behörden, auf Begehren nicht einzutreten, wenn die Parteien die notwendige und zumutbare Mitwirkung verweigern. Diese Bestimmung wird allerdings restriktiv ausgelegt: Ein Nichteintretensentscheid kommt nur in Frage, wenn eine materielle Beurteilung aufgrund der gesamten Aktenlage ausgeschlossen ist; vgl. VPB 58 (1994) Nr. 54 E. 5; 66 (2002) Nr. 26, E. 4.

²⁰⁸ Zu den Begriffen s. Fn. 181.

Schweiz haben diese Personen Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung, sofern gegen sie kein Ausschlussgrund nach Art. 60 Abs. 2 lit. a und b AsylG vorliegt²⁰⁹.

- Beim Vorliegen von Asylausschlussgründen (Art. 52–54 AsylG) wird dem Flüchtling kein Asyl gewährt. Aufgrund der materiellen Flüchtlingseigenschaft ist aber eine Wegweisung unzulässig. Es erfolgt stattdessen die **vorläufige Aufnahme** als Flüchtlinge (Art. 83 Abs. 8 AuG [Art. 14a aANAG])²¹⁰.



b) Derivative Flüchtlingseigenschaft

In gewissen Fällen ist eine Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft auch möglich, ohne dass geprüft werden muss, ob der Gesuchsteller die Kriterien von Art. 3 AsylG erfüllt. Zwar findet auch in diesen Fällen ein Verfahren der Flüchtlingsanerkennung und Asylgewährung statt. Die Flüchtlingseigenschaft muss allerdings nicht mehr eigens nachgewiesen werden; es reicht aus, wenn an eine entsprechende Aufnahme im Ausland (sog. Zweitasyll, Art. 50 AsylG) angeknüpft werden kann oder einem Familienmitglied die materielle Flüchtlingseigenschaft zugesprochen wurde (sog. Familienasyl, Art. 51 AsylG). Die Flüchtlingseigenschaft ist mit anderen Worten eine abgeleitete.

aa) Zweitasyll

Personen, die bereits in einem anderen Staat als Flüchtlinge aufgenommen worden sind, können in der Schweiz Asyl erhalten, wenn sie sich hier seit mindestens zwei Jahren ordnungsgemäss und ununterbrochen aufhalten (Art. 50 AsylG). Der Aufenthalt ist **ordnungsgemäss**, wenn die Bestimmungen eingehalten werden, die allgemein für ausländische Personen gelten (Art. 36 Abs. 1 AsylV 1²¹¹); dies trifft zu, wenn die Flüchtlinge nicht als Asylgesuchsteller in die Schweiz gekommen sind, sondern sich mit einer

²⁰⁹ Die Ausschlussgründe von Art. 60 Abs. 2 lit. a und b AsylG entsprechen inhaltlich den Widerrufgründen von Art. 62 lit. a und b AuG.

²¹⁰ S. o. D.I.2.b).

²¹¹ Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (Asylverordnung 1, AsylV 1), SR 142.311.

ordentlichen ausländerrechtlichen Bewilligung in der Schweiz aufhalten²¹². Als **ununterbrochen** gilt der Aufenthalt, wenn die Flüchtlinge in den letzten zwei Jahren insgesamt nicht länger als sechs Monate im Ausland weilten; bei längerer Abwesenheit gilt der Aufenthalt nur dann als ununterbrochen, wenn zwingende Gründe für die Abwesenheit vorliegen (Art. 36 Abs. 2 AsylV 1).

Sind diese Voraussetzungen gegeben, kann das Bundesamt auf eine Prüfung der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG verzichten und – gewissermassen in Anerkennung des ausländischen Entscheids²¹³ – Asyl gewähren. Die Gewährung eines solchen Zweitasyls steht zwar im Ermessen der Behörde. Dessen ungeachtet spricht das Völkerrecht Personen, die in einem Vertragsstaat als Flüchtlinge anerkannt werden, in Drittstaaten gewisse Rechte zu: Dazu gehört insbesondere der Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums (Art. 14 GFK), das Recht auf Zugang zu den Gerichten (Art. 16 GFK) oder die Anerkennung von Reiseausweisen und der Verzicht auf die Visumpflicht²¹⁴.

bb) Familienasyl

Ehegatten, eingetragene Partnerinnen und Partner sowie **minderjährige Kinder** eines Flüchtlings werden nach Art. 51 Abs. 1 AsylG als Flüchtlinge anerkannt, ohne dass sie selbst die Flüchtlingseigenschaften gemäss Art. 3 AsylG erfüllen müssen²¹⁵. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für **in der Schweiz geborene Kinder** von Flüchtlingen (Art. 51 Abs. 3 AsylG). Die genannten Personen leiten ihre Anerkennung als Flüchtlinge gewissermassen aus der behördlich festgestellten Flüchtlingseigenschaft ihres Familienmitglieds ab. Art. 51 Abs. 1 AsylG stellt alleine darauf ab, dass dieses Familienmitglied als Flüchtling anerkannt worden ist; die Gewährung von Asyl ist nicht erforderlich. Die Anerkennung als Flüchtling ist zwingend. In der Regel erhalten sie auch Asyl, sofern keine besonderen Umstände dagegen sprechen (Art. 51 Abs. 1 AsylG).

Für **andere nahe Angehörige** von in der Schweiz lebenden Flüchtlingen ist die Anerkennung als Flüchtling hingegen im Grundsatz ausgeschlossen. Sie können aber nach Art. 51 Abs. 2 AsylG in das Familienasyl eingeschlossen werden, wenn besondere Gründe für die Familienvereinigung sprechen. Dies ist insbesondere für jene nahen Angehörigen der Fall, die wegen einer Behinderung oder aus einem andern Grund auf Hilfe einer Person, die in der Schweiz lebt, angewiesen sind (Art. 38 AsylV 1). An das Erfordernis der Hilfsbedürftigkeit werden in der Praxis hohe Anforderungen gestellt²¹⁶.

Ein Anspruch auf die Gewährung von Familienasyl über Art. 51 Abs. 1 und 2 AsylG hinaus kann weder aus Art. 8 EMRK noch aus dem UNO-Pakt II abgeleitet werden. Die Frage nach einem allfälligen Anspruch der nahen

²¹² BFM, Handbuch, Kap. A §1 (Fn. 183), 6.

²¹³ Entscheidend ist, dass der ausländische Entscheid die Flüchtlingseigenschaft in materieller Hinsicht bejaht hat. Der formelle Status (Asyl oder anderweitige Aufnahme) spielt hingegen keine Rolle; vgl. BFM, Handbuch, Kap. A §1 (Fn. 176), 6 f.

²¹⁴ Europäisches Abkommen über die Abschaffung des Visumszwanges für Flüchtlinge vom 20. April 1959, SR 0.142.38.

²¹⁵ Es ist allerdings zu beachten, dass jedem urteilsfähigen Asylsuchenden gleichzeitig das Recht auf Prüfung seiner eigenen Asylvorbringen zusteht (Art. 5 AsylV 1). Ein Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft eines Ehegatten, einer eingetragenen Partnerin oder eines eingetragenen Partners oder eines Elternteils nach Art. 51 Abs. 1 AsylG erfolgt erst, wenn festgestellt wurde, dass die einzubeziehende Person die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG nicht selbständig erfüllt; vgl. Art. 37 AsylV 1; vgl. ebenfalls BVGE 2007/19 E. 3.3 und die Urteilsbesprechung von *Zulauf Carla*, in: ASYL 2007/4, 27 f.

²¹⁶ Vgl. statt vieler *EMARK* 1994 Nr. 7 E. 3 a/d; 2000 Nr. 4 E. 5b; 2001 Nr. 24 E. 3, 4 f und 6.

Verwandten des Beschwerdeführers auf Regelung ihres Aufenthaltes in der Schweiz ist – gestützt auf die eben angeführten Bestimmungen – von der zuständigen Fremdenpolizeibehörde zu beurteilen²¹⁷.

Personen, die nach Art. 51 AsylG in die Flüchtlingseigenschaften ihrer Angehörigen einbezogen worden sind, können diese abgeleitete Flüchtlingseigenschaft nicht an weitere Angehörige weitergeben. Eine Übertragung im Rahmen von Art. 51 AsylG ist allerdings dann möglich, wenn sie ihrerseits zugleich auch die materielle Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG erfüllen²¹⁸.

c) Kollektive Flüchtlingseigenschaft

Art. 56 AsylG ermöglicht die Gewährung von Asyl (und damit implizit die Anerkennung als Flüchtlinge) für **Personengruppen**, ohne dass diese Gruppen oder ihre Mitglieder die Flüchtlingseigenschaften nach Art. 3 AsylG erfüllen müssen.

- Über die Bestimmung dieser Gruppen entscheidet – bei grösseren Gruppen – der Bundesrat und – bei kleineren Gruppen – das Departement (Art. 56 Abs. 1 AsylG). Diese Behörden entscheiden nach freiem Ermessen, ob und welchen Gruppen die kollektive Flüchtlingseigenschaft zugesprochen wird²¹⁹.
- Sind die Flüchtlingsgruppen festgelegt, bestimmt das Bundesamt, wer einer solchen Gruppe angehört (Art. 56 Abs. 2 AsylG). Das Bundesamt arbeitet dabei mit dem *UNHCR* zusammen. Letzteres erstellt zuhanden des Bundesamtes u.a. eine Liste der in Frage kommenden Personen. Der endgültige Entscheid, ob ein Flüchtling unter dieses Kontingent fällt, ergeht vom Bundesamt bzw. dessen Vertreter vor Ort. Selbst auf der Liste figurierende Personen haben nur dann einen Anspruch auf „vorbehaltlose“ Asylgewährung, wenn sie auch tatsächlich kontrolliert und gruppenweise in der vom Bundesamt vorgesehenen Art in die Schweiz einreisen²²⁰.

II. Elemente des Flüchtlingsbegriffs nach Art. 3 AsylG

Die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG erfüllen **Ausländerinnen** oder **Ausländer** (1.), die in ihrem Heimatstaat oder im Staat, in dem sie zuletzt wohnten, aus einem bestimmten Grund verfolgt werden oder begründete Furcht vor **Verfolgung** haben (2.) und deswegen **mit dem Heimat- oder Herkunftsstaat gebrochen** haben (3.). Die Flüchtlingseigenschaft entfällt, falls eine **innerstaatliche Fluchtalternative** besteht (4.).

1. Ausländerin oder Ausländer

Die Flüchtlingseigenschaft setzt zwingend eine **ausländische** Staatsbürgerschaft voraus²²¹. Besitzt jemand neben der ausländischen auch eine schweizerische Staatsangehörigkeit, so ist er nicht ausländischer Nationalität und wird daher in der Schweiz nicht als Flüchtling,

²¹⁷ *EMARK* 2002 Nr. 6 E. 5a-b.

²¹⁸ *EMARK* 1997 Nr. 1 E. 5.

²¹⁹ Vgl. VPB 66 (2002) Nr. 81 E. 1d-f.

²²⁰ *EMARK* 2000 Nr. 40 E. 5a.

²²¹ Vgl. zum Nachweis (Glaubhaftmachung) der Staatsangehörigkeit im Rahmen der Offenlegung der Identität (Art. 8 Abs. 1 lit. a AsylG) *EMARK* 2005 Nr. 8 E. 3.

sondern als Schweizer behandelt. Besitzt ein Asylsuchender neben der Staatsangehörigkeit des Verfolgerstaates die Staatsbürgerschaft eines weiteren Staates, so ist vorgängig zu prüfen, ob er nicht primär den Schutz seines (zweiten) Heimatstaates zu beanspruchen hat²²², was dem „Grundsatz der Subsidiarität asylrechtlichen Schutzes“²²³ entspricht.

2. Verfolgung

Der Begriff der Verfolgung als zentrale Voraussetzung und zugleich komplexester Teilgehalt für die Anerkennung der materiellen Flüchtlingseigenschaft wird in Art. 3 AsylG nicht ausdrücklich erwähnt, ist aber darin enthalten²²⁴. Gemäss Lehre und Rechtsprechung gilt als „**verfolgt**“, wer Nachteile von bestimmter Intensität erlitten hat (bzw. mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit und in absehbarer Zukunft begründeterweise befürchten muss), die ihr gezielt und aufgrund bestimmter, in Art. 3 Abs. 1 AsylG aufgezählter Motive zugefügt worden sind (bzw. zugefügt zu werden drohen), und im Heimatstaat hierfür keinen adäquaten Schutz findet²²⁵. Eine für die Flüchtlingseigenschaft relevante Verfolgung liegt demnach nur vor, wenn

- der Gesuchsteller **ernsthaften Nachteilen** ausgesetzt ist (a),
- diese Nachteile aufgrund **bestimmter Motive** (b) und **gezielt** (c) zugefügt werden bzw. zugefügt zu werden drohen,
- die Nachteile **vom Staat** und seinen Organen zugefügt werden oder – bei Täterschaft **Dritter** – im Staat **kein adäquater Schutz** vorhanden ist (d) und
- die Verfolgung **aktuell** ist (e).

a) Ernsthafte Nachteile

Als **Nachteile** werden in Art. 3 Abs. 2 AsylG namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken, genannt²²⁶. Eine Gefährdung des **Lebens** liegt dann vor, wenn jemand direkter und ernsthafter Todesgefahr ausgesetzt wird, sei es aktiv oder durch bewusstes Unterlassen. Alle ernsthaften Verletzungen der körperlichen Integrität (physisch oder psychisch) stellen Eingriffe in den **Leib** dar, während Eingriffe in die Bewegungsfreiheit Beschränkungen der **Freiheit** bewirken, wobei darunter nicht nur klassische Freiheitsstrafen zu subsumieren sind, sondern auch Deportationen, Entführungen, Verbannungen oder Nötigungen²²⁷. Durch das zusätzliche Kriterium des unerträglichen **psychischen** Drucks werden auch Verfolgungsmassnahmen erfasst, die sich gegen andere Rechtsgüter als Leib, Leben oder Freiheit richten²²⁸. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es sich immer um **Grundrechtseingriffe** handeln muss.

²²² Vgl. *EMARK* 2005 Nr. 12; vgl. *Kathrin Buchmann*, Die Rechtsprechung der Schweiz. Asylrekurskommission im Jahr 2005, *ASYL* 2006/2, 13.

²²³ *EMARK* 2000 Nr. 15 E. 12a.

²²⁴ *Schäppi*, *ASYL* 1992/2 (Fn. 179), 52.

²²⁵ Vgl. statt vieler *EMARK* 2005 Nr. 21 E. 7; *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 3 f.; *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 74 f.; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 38.

²²⁶ *Walter Stöckli*, Asyl, in: Münch/Karlen/Geiser (Hrsg.), *Ausländerrecht*, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, 2002, 330.

²²⁷ Vgl. zu den einzelnen Elementen mit weiteren Beispielen *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 76.

²²⁸ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 30; *Stöckli*, Asyl (Fn. 226), 330.

Art. 3 Abs. 2 AsylG verlangt eine gewisse **Intensitätsschwelle** der Nachteile und spricht daher von **ernsthaften** Nachteilen, die vorliegen müssen, um eine Verfolgung zu bejahen. „Das Asylrecht will nicht Opfer jeglichen Unrechts schützen“²²⁹. Daher genügen nur geringfügige Beeinträchtigungen, Schikanen, Einschränkungen oder Diskriminierungen nicht. Die Schwelle liegt in der objektivierten Zumutbarkeit, die ihrerseits in Relation zur Dauer, Häufigkeit sowie den gesamten, auch persönlichen Umständen²³⁰ zu bestimmen ist. Die Verfolgungsmassnahme muss ein menschenwürdiges Leben im Verfolgerstaat verunmöglichen²³¹ oder in unzumutbarer Weise erschweren, so dass jeder andere in vergleichbarer Lage ebenfalls das Land verlassen hätte²³². Die erforderliche Verfolgungsintensität kann sich auch aus der Kombination oder Kumulation einzelner Handlungen ergeben, die bei isolierter Betrachtung zu wenig intensiv wären²³³.

Mit dem Begriff des unerträglichen psychischen Drucks will Art. 3 Abs. 2 AsylG keinen Auffangtatbestand schaffen, um auch weniger intensive Eingriffe oder Bedrohungen in Leib, Leben oder Freiheit asylrechtlich anzuerkennen. Vielmehr erlaubt diese Formulierung auch Handlungen zu erfassen, die sich nicht unmittelbar gegen die Rechtsgüter Leib, Leben oder Freiheit richten²³⁴. Es muss sich auch bei diesen Tatbeständen um konkrete, „einschneidende Eingriffe“²³⁵ handeln, damit als Effekt eine derartige psychische Zwangslage entsteht, dass dem Betroffenen ein Verbleib im Verfolgerstaat objektiv nicht mehr zugemutet werden kann²³⁶.

b) Verfolgungsmotive

Eine Verfolgung ist nur dann flüchtlingsrelevant, wenn sie aus den im Asylgesetz und in der Genfer Flüchtlingskonvention **abschliessend aufgezählten Motiven** (Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, politische Anschauung) erfolgt. Vor diesem Hintergrund bleiben für die Bejahung der Flüchtlingseigenschaft selbst (schwerwiegende) Menschenrechtsverletzungen irrelevant, solange sie nicht aufgrund eines der genannten Motive zugefügt werden²³⁷. Durch die Konzeption der Verfolgung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe als Auffangtatbestand und die extensive Auslegung der anderen Verfolgungsgründe ist der abschliessende Katalog trotzdem weit genug gefasst, um einer Vielzahl von Verfolgungsfällen und neuen Rechtsschutzbedürfnissen gerecht zu werden²³⁸.

Die schweizerische Asylpraxis verzichtet auf eine nähere Definition der einzelnen asylgesetzlichen und konventionsrechtlichen Verfolgungsmotive²³⁹. Die einzelnen Begriffe sind vielmehr extensiv zu interpretieren. So meint **Rasse** „alle ethnischen Gruppen, die gewöhnlich als ‚Rassen‘ bezeichnet werden“²⁴⁰ und ist nicht als naturwissenschaftlicher, sondern als sozialer Terminus zu verstehen²⁴¹. **Religiös motivierte Verfolgung** betrifft Massnahmen, welche der Verfolger gegen seine Gegner bei Konflikten über die richtige

²²⁹ Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 173), 77.

²³⁰ Stöckli, Asyl (Fn. 226), 330.

²³¹ EMARK 1996 Nr. 28 E. 3b/dd.

²³² BFM, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 27.

²³³ Kälin, Asylverfahren (Fn. 178), 45.

²³⁴ EMARK 1996 Nr. 28 E. 3c/dd; vgl. auch Botschaft zum Asylgesetz 1977 (Fn. 178), 116 f. und Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 6. Juli 1983, BBl 1983 III 783.

²³⁵ Stöckli, Asyl (Fn. 226), 330.

²³⁶ Kälin, Asylverfahren (Fn. 178), 49; vgl. EMARK 1996 Nr. 30 E. 4d.

²³⁷ BFM, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 16; Kälin, Asylverfahren (Fn. 178), 86 f.

²³⁸ Kälin, Asylverfahren (Fn. 178), 88.

²³⁹ EMARK 2006 Nr. 32 E. 8.7.1; Stöckli, Asyl (Fn. 226), 328 f.

²⁴⁰ UNHCR, Handbuch (Fn. 17), 19.

²⁴¹ BFM, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 18.

Anschauung in Fragen des Verhältnisses des Menschen zum Transzendentalen ergreift (Verletzung der positiven oder negativen Religionsfreiheit)²⁴². **Nationalität** muss im Sinne von Volkszugehörigkeit respektive Volksgruppe verstanden werden und ist nicht auf die Staatszugehörigkeit zu begrenzen. **Politisch** ist alles, „was sich gegen das politische System, die staatliche, gesellschaftliche und wirtschaftliche Ordnung, den Bestand und die Legitimität des Staates richtet“²⁴³. Eine nur teilweise abweichende Meinung genügt, und auch eine neutrale Haltung ist eine politische Meinung²⁴⁴. Zu beachten gilt es jedoch, dass der Verfolger von der inneren systemfeindlichen Gesinnung erfahren muss und eine negative Reaktion darauf zeigt. Eine oppositionelle Einstellung als solche ist noch nicht asylrelevant²⁴⁵. Die Eigenschaft als **soziale Gruppe** erfüllen beispielsweise die Familie, Homosexuelle²⁴⁶, Sprachgruppen, Landbesitzer, Gewerkschaftsangehörige oder andere gesellschaftliche „Klassen“. Hingegen vermag das Geschlecht in der Schweiz – anders als in vielen Vertragsstaaten der Genfer Flüchtlingskonvention²⁴⁷ – grundsätzlich für sich allein keine soziale Gruppe zu bilden; vorbehalten bleibt die frauenspezifische Diskriminierung innerhalb der genannten Gruppen.

Die Abgrenzung der einzelnen Verfolgungsmotive spielt in der Praxis oftmals eine untergeordnete Rolle, da sie sich einerseits teilweise inhaltlich überschneiden und andererseits auch kombiniert auftreten können²⁴⁸. Dagegen ist die Abgrenzung zwischen **legitimen Eingriffen** und **illegitimer Verfolgung** relevant, denn wenn Verfolgungsmassnahmen auf legitimen Gründen beruhen²⁴⁹, fehlt es an der asylrechtlich relevanten Verfolgungsmotivation²⁵⁰. Ein Flüchtling ist das (potenzielle) Opfer von Ungerechtigkeit und nicht ein Flüchtling vor der Gerechtigkeit²⁵¹. Die heikle Abgrenzung erfolgt über die Kriterien der öffentlichen Interessen und der Verhältnismässigkeit. Lässt sich ein Eingriff nicht auf ein legitimes, d.h. in grundsätzlich allen Staaten anerkanntes öffentliches Interesse stützen und/oder ist er klar unverhältnismässig²⁵², liegt eine illegitim begründete Verfolgung vor. Dasselbe gilt, „wenn die eingesetzten Mittel völlig übertrieben, willkürlich oder menschenrechtlich absolut verboten sind“²⁵³.

Allen Verfolgungsgründen ist gemein, dass sie sich auf angeborene und unabänderliche Merkmale oder auf zentrale Bestandteile der Identität beziehen. Der Katalog entspricht denjenigen typischer Diskriminierungsverbote wie Art. 26 UNO-Pakt II oder Art. 8 Abs. 2 BV. Der Aspekt der Diskriminierung ist somit im Verfolgungskonzept, das der Flüchtlingskonvention und dem Asylgesetz zugrunde liegt, mitenthalten; der Unterschied zwischen Diskriminierung und flüchtlingsrelevanter Verfolgung liegt vorab in der **Intensität des Eingriffs**²⁵⁴. Entscheidend ist der **verobjektivierte Wille des Verfolgers** (s. u. D.II.2.d),

²⁴² Kälin, Asylverfahren (Fn. 178), 92 f.; *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 18.

²⁴³ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 166), 98 f.

²⁴⁴ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 22.

²⁴⁵ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 22 f.

²⁴⁶ Vgl. zur asylrechtlichen Behandlung Homosexueller *Bertschi Martin*, Die asylrechtliche Behandlung der Verfolgung wegen Homosexualität, ASYL 2007/4, 3 ff.

²⁴⁷ Etwa in Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Belgien, Kanada oder Australien.

²⁴⁸ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 97. – Vgl. auch Urteil des BVGer E-7192/2006 vom 12.2.2007 E. 4.5 (Zugehörigkeit zu albanischer Ethnie kombiniert mit der Tatsache, dass der Gesuchsteller als ehemaliger Funktionär der Bundesrepublik Jugoslawien tätig gewesen ist und dabei mit Aufgaben betraut war, die den Interessen der heutigen Verfolger zuwiderliegen).

²⁴⁹ Dazu zählen etwa die Aufrechterhaltung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens, die innere und äussere Sicherheit oder die Bestrafung gemeinrechtlicher, politischer Delikte oder Staatsschutzdelikte usw.

²⁵⁰ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 100.

²⁵¹ *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), 16.

²⁵² Kälin, Asylverfahren (Fn. 171), 123.

²⁵³ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 101.

²⁵⁴ *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 8.7.1; vgl. auch unten D.II.2.f)bb)bbb).

das Opfer (s. u. D.II.2.c) in den erwähnten Eigenschaften zu treffen. Ob das Opfer tatsächlich eine dieser Eigenschaften besitzt oder sie zu besitzen meint, der Verfolger beim Opfer irrtümlicherweise vom Vorhandensein einer dieser Eigenschaften ausgeht oder der Betroffene die Verfolgung durch ein anderes Verhalten hätte vermeiden können, bleibt hingegen irrelevant²⁵⁵. Das konkrete Handeln und der Verfolgungsanlass bilden bei der Ermittlung des „inneren Handlungsgrundes“²⁵⁶ des Verfolgers nur Indizien für das Vorliegen einer Verfolgung²⁵⁷. Verfolgung erfolgt immer wegen des „Anders-Seins“²⁵⁸ und nicht wegen eines Tuns. Der Verfolger will gerade die hinter der Handlung steckende Gesinnung, Persönlichkeit oder Eigenart der betreffenden Person treffen²⁵⁹.

Aufgrund dieser inneren Verwandtschaft des Verfolgungskonzepts mit dem Diskriminierungsverbot²⁶⁰ anerkannte die *ARK* im Grundsatzentscheid *EMARK* 2006 Nr. 32 das Vorliegen eines relevanten Verfolgungsmotivs bei Anknüpfung an das Geschlecht, ohne dass die Frau einer bestimmten sozialen Gruppe zugehören muss. Entscheidend ist damit weniger das Vorliegen eines bestimmten Verfolgungsmotivs, sondern letztlich die Intensität des Eingriffs.

c) Gezielte Verfolgung

Das Erfordernis der Gezieltheit der Verfolgung ergibt sich aus der Überlegung, dass eine Verfolgung gar nicht vorliegen kann, wenn das Opfer nur zufällig getroffen wird²⁶¹. Dabei stellt sich die schwierige Frage der Abgrenzung gezielter Verfolgung zur ungezielten Unterdrückungsmassnahme²⁶². Bemerkenswert ist, dass sich das Erfordernis der Zielgerichtetheit der Verfolgung als Voraussetzung für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft im Wortlaut von Art. 1A GFK und Art. 3 AsylG nicht findet²⁶³.

aa) Grundsatz: Einzelverfolgung

Es genügt nicht, dass eine Person ihre Flucht mit dem Hinweis auf eine in ihrem Heimatland vorkommende asylrelevante Verfolgung begründet. Vielmehr muss sie selbst davon **individuell-konkret betroffen** sein²⁶⁴. Allgemeine Nachteile, die sich aus der allgemeinen Situation im Land ergeben und jede Person gleich treffen, gelten nicht als Verfolgung²⁶⁵. Dies gilt insbesondere für Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlinge oder für Personen aus bürgerkriegsähnlichen Verhältnissen und Unruhen²⁶⁶. Dem Flüchtlings- und Asylrecht kommt

²⁵⁵ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 96.

²⁵⁶ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 16.

²⁵⁷ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 16.

²⁵⁸ *Stöckli*, Asyl (Fn. 226), 329.

²⁵⁹ *Stöckli*, Asyl (Fn. 226), 329.

²⁶⁰ *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 8.7.1; *Stöckli*, Asyl (Fn. 226), 328 f.

²⁶¹ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 75.

²⁶² *Schäppi*, ASYL 1992/2 (Fn. 179), 53.

²⁶³ Im Rahmen der GFK ist diese Zielgerichtetheit aber – ebenso wie im schweizerischen Recht – als Voraussetzung für die Flüchtlingseigenschaft anerkannt, vgl. schon oben B.I.1.d).

²⁶⁴ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 90.

²⁶⁵ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 9.

²⁶⁶ Diese Personen lassen sich unter dem Begriff „Gewaltflüchtlinge“ zusammenfassen (vgl. *EMARK* 1993 Nr. 37 E. 7c mit Literaturangaben). Der Vollzug der Wegweisung von Gewalt- wie auch von Wirtschaftsflüchtlingen kann aber unzumutbar sein, was die Anordnung der vorläufigen Aufnahme gemäss Art. 44 Abs. 2 AsylG zur Folge hat (s. o. D.I.2.b).

nicht die Aufgabe zu, vor allgemeinen Unglücksfolgen zu bewahren, die aus Krieg, Bürgerkrieg, Revolution oder sonstigen Unruhen hervorgehen²⁶⁷. Aus denselben Überlegungen werden auch „Wirtschaftsflüchtlinge“ grundsätzlich nicht vom materiellen Flüchtlingsbegriff erfasst, solange die wirtschaftliche und soziale Not nicht auf gezielten Eingriffen des Verfolgers oder der Verfolgerin beruht²⁶⁸.

Dies schliesst jedoch nicht aus, dass bestimmte Personen aus den soeben beschriebenen Notsituationen, die nicht lediglich den gleichen Risiken wie die gesamte Bevölkerung des Heimatstaates ausgesetzt sind, als Individuen Opfer einer gezielten, politisch motivierten Verfolgungshandlung werden können²⁶⁹. Der Umstand, dass viele Menschen in Leben, Leib und Freiheit betroffen sind, reicht aber allein nicht aus, um das Vorliegen einer direkten Verfolgung zu verneinen²⁷⁰. Entscheidend ist folglich immer der Einzelfall.

Bei Massnahmen wie Razzien, Massenfestnahmen, Armee- und Polizeikontrollen, die eine Vielzahl von Personen treffen, gilt die Verfolgung als gezielt, sobald der Betroffene identifiziert ist²⁷¹. Als direkt verfolgt gilt auch, wer an der Stelle einer anderen, für die Behörden unauffindbaren Person, verfolgt wird respektive begründete Furcht hat, verfolgt zu werden²⁷². Bei einer solchen sog. *Reflexverfolgung* greifen die Verfolgung und die Verfolgungsmotive gewissermassen auf den Stellvertreter durch²⁷³. Davon zu unterscheiden ist eine asylrechtlich irrelevante Reflexwirkung einer Verfolgung auf Drittpersonen, die nicht zur Zielgruppe der Verfolgerin oder des Verfolgers gehören²⁷⁴.

bb) Ausnahme: Gruppen- oder Kollektivverfolgung

Bei einer Gruppen- oder Kollektivverfolgung möchte der Verfolger möglichst viele Mitglieder einer Gruppe von Menschen, die durch verfolgungsrelevante Eigenschaften²⁷⁵ miteinander verbunden sind, treffen²⁷⁶.

Voraussetzung für die Annahme einer Gruppen- oder Kollektivverfolgung ist eine gewisse Mindestverfolgungsdichte, die dann die Regelvermutung von (auch) eigener Verfolgung rechtfertigt. Ist dies der Fall, so genügt der Nachweis der Zugehörigkeit zu dieser bestimmten Gruppe, damit die individuelle Prüfung der Intensität der erlittenen Nachteile entfällt²⁷⁷.

d) Staatliche und nichtstaatliche Verfolgung

In Art. 1A Abs. 2 GFK ist nur von „Verfolgung“ die Rede und nicht von „staatlicher Verfolgung“. Im Zeitpunkt der Entstehung der Konvention war nur die staatliche Verfolgung

²⁶⁷ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 93. – Vorbehalten bleibt die Gewährung vorübergehenden Schutzes nach Art. 4 i.V.m. Art. 66 ff. AsylG (s. o. D.I.2.c).

²⁶⁸ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 15.

²⁶⁹ Vgl. *EMARK* 1998 Nr. 17 E. 4c/bb.

²⁷⁰ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 11; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 47.

²⁷¹ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 91 f.

²⁷² Vgl. *EMARK* 1994 Nr. 5 E. 3a, wo der Asylsuchende eine Verfolgung aufgrund politischer Aktivitäten seiner Brüder in der Türkei geltend machte; *EMARK* 1994 Nr. 17 E. 3, wo die Asylsuchende die Verfolgung durch den türkischen Staat aufgrund der Mitgliedschaft ihres Bruders in der oppositionellen PKK fürchtete; *EMARK* 2005 Nr. 21 E. 10, wo es ebenfalls um eine Verfolgung aufgrund verwandtschaftlicher Beziehungen zu PKK-Aktivisten ging.

²⁷³ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 12.

²⁷⁴ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 12 f.; *Werenfels* (Fn. 179), 206.

²⁷⁵ Namentlich Rasse, Religion, Nationalität oder politische Anschauung.

²⁷⁶ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 92.

²⁷⁷ *Schäppi*, ASYL 1992/2 (Fn. 179), 54; vgl. *EMARK* 1995 Nr. 1.

relevant. Dahinter steckte die Überlegung, dass der Staat aufgrund seines Gewaltmonopols der einzige Verfolger ist, der die Möglichkeit hat, eine Unrechtssituation zu schaffen, welcher nur durch Schutzsuche im Ausland entronnen werden kann²⁷⁸. Demnach reicht eine rein private Verfolgung nicht aus, falls der Staat keine unmittelbare oder mittelbare Mitverantwortung trägt. In den letzten Jahren hat sich die Situation allerdings verändert: Infolge des zunehmenden weltweiten Zerfalls der Staatsmacht und des (vermehrten) Aufkommens von nichtstaatlichen Verfolgern, von ethnischen Säuberungen durch Milizen oder von Terrorangriffen durch sogenannte Freiheits- und Unabhängigkeitsbewegungen²⁷⁹ hat sich der Schwerpunkt vom **Verantwortlichkeitsgedanken** weg in Richtung **Schutzgedanken**²⁸⁰ verlagert²⁸¹.

In der Schweiz hat die Praxis für die Bejahung der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG bis vor kurzem darauf abgestellt, dass die Verfolgung dem Staat zurechenbar war (aa). Mit dem Grundsatzurteil vom 8. Juni 2006²⁸² hat die *ARK* ihre langjährige Praxis dahingehend geändert, dass die flüchtlingsrechtliche Relevanz einer Verfolgung nicht mehr von der Frage ihres Urhebers, sondern vom Vorhandensein eines adäquaten Schutzes im Heimatstaat abhängt (bb).

aa) Bisherige Praxis: Zurechenbarkeitstheorie

Nach der von der *ARK* bis vor kurzem angewendeten Praxis wurde für die Bejahung der Flüchtlingseigenschaft vorausgesetzt, dass die Verfolgung dem Heimatstaat oder dem Staat, in dem die Gesuchsteller zuletzt wohnten, zugerechnet werden konnte, sei es, dass die ernsthaften Nachteile vom Staat und seinen Organen zugefügt wurden oder sie – bei Täterschaft Dritter – von diesem toleriert wurde²⁸³.

aaa) Unmittelbare staatliche Verfolgung

Direkte staatliche Verfolgung geht immer von **staatlichen Organen** aus²⁸⁴. Zum Staat zu zählen sind alle formellen und informellen Träger staatlicher Gewalt²⁸⁵. Dies ist der von der GFK und vom Asylgesetz vorgesehene Normalfall. Er schliesst Amtsmisbrauch (Handlungen „ultra vires“) mit ein, unter der Voraussetzung, dass der Staat den Amtsmisbrauch billigt oder nichts zu dessen Verhinderung unternimmt²⁸⁶. Ob ein solcher Fall vorliegt, wird unter dem Aspekt der allgemeinen Lage im Herkunftsstaat und der Frage,

²⁷⁸ Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 5; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 66 hingegen begründet dies mit einem Umkehrschluss aus dem Wortlaut von Art. 1A Abs. 2 GFK, dass die Flüchtlingseigenschaft entfalle, wenn es den Asylsuchenden möglich oder zumutbar sei, sich zur Abwehr der Verfolgung unter den Schutz des Heimatstaates zu begeben.

²⁷⁹ Vgl. *Kälin*, ASYL 2001/3 (Fn. 37), 3 ff.

²⁸⁰ Dem Schutzgedanken folgend: *UNHCR*, Handbuch (Fn. 17), 18 f.; *OAU Convention Governing Specific Aspects of Refugee Problems in Africa* (Fn. 11); lateinamerikanische *Cartagena Declaration on Refugees* (Fn. 11).

²⁸¹ Zur Problematik auch schon oben B.I.1.d) sowie C.I.3.

²⁸² *EMARK* 2006 Nr. 18 E. 6.3.1 und 10.2.1.

²⁸³ Vgl. statt vieler *EMARK* 1996 Nr. 16 E. 4c/aa; zum Ganzen auch *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 4 ff. m.w.H.

²⁸⁴ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 85; *EMARK* 1995 Nr. 25 E. 2b.

²⁸⁵ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 61.

²⁸⁶ *EMARK* 1996 Nr. 16 E. 4c/bb.

ob dem Opfer effektive innerstaatliche Schutzinstrumente, deren Anrufung als zumutbar erscheinen, zur Verfügung stehen, geprüft²⁸⁷.

Als Beispiele staatlich gebilligten Amtsmissbrauchs sei hier auf die beiden Entscheide *EMARK* 1996 Nr. 16 und Nr. 17 verwiesen, in denen es um (sexuelle) Übergriffe Angehöriger der serbischen Polizei auf Kosovoalbanerinnen ging²⁸⁸.

bbb) Mittelbare staatliche Verfolgung

Mittelbare staatliche Verfolgung liegt vor, wenn es der Staat unterlässt, der Schutzpflicht gegenüber seinen Bürgern nachzukommen, indem er **Übergriffe Dritter** anregt, unterstützt, billigt oder tatenlos hinnimmt, weil es ihm aus einem relevanten Verfolgungsmotiv am Willen fehlt, die betroffene Person zu schützen, obwohl er dazu in der Lage wäre²⁸⁹. Es genügt, wenn der Staat Privatverfolgungen einfach hinnimmt²⁹⁰. Vorausgesetzt werden somit die **Schutzfähigkeit** sowie der **fehlende Schutzwille** des Staates.

- **Schutzwilligkeit** liegt vor, wenn sich der Staat zur Schutzpflicht gegenüber seinen Bürgern bekennt. Ist dies nicht so offensichtlich, kann sich die Beurteilung des Willens an der geltenden Rechtsordnung, am Verhältnis zwischen der Häufigkeit der entsprechenden Vorkommnisse und den tatsächlich eingeleiteten strafrechtlichen Massnahmen oder an der Rechtsprechungspraxis im Bereich der geltend gemachten Straftatbestände orientieren²⁹¹.
- Ausserdem muss der Staat für die Zurechnung grundsätzlich **schutzfähig** sein. Fehlt die Schutzfähigkeit, kann nicht vom Vorliegen einer staatlichen Verfolgung ausgegangen werden²⁹².

Insbesondere im Zusammenhang mit sogenannten *failed states* oder Staaten in Bürgerkriegssituationen liegt danach regelmässig kein verfolgungsrelevanter Eingriff vor, da entweder kein Staat mehr besteht oder ihm Mittel und Macht fehlen, den Schutz seiner Bewohner zu gewährleisten. So wurde im Zusammenhang mit dem Bürgerkrieg in Somalia eine dem Staat zurechenbare Verfolgung verneint, weil kein Staat mehr existierte²⁹³, während dem algerischen Staat gegenüber der G.I.A. die Schutzfähigkeit nur teilweise abgesprochen wurde²⁹⁴.

ccc) Quasistaatliche Verfolgung

Der staatlichen Verfolgung gleichzustellen ist die quasistaatliche²⁹⁵. Mit der Anerkennung der Relevanz quasistaatlicher Verfolgung wird der Kreis der unter Art. 3 AsylG fallenden

²⁸⁷ Michael Marugg, Die Rechtsprechung der Schweiz. Asylrekurskommission im Jahr 1996, ASYL 1997/3, 70.

²⁸⁸ Wobei Marugg (Fn. 287) diese beiden Fälle der mittelbaren staatlichen Verfolgung zuordnet.

²⁸⁹ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 6 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

²⁹⁰ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 63.

²⁹¹ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 6 m.w.H.

²⁹² *EMARK* 1996 Nr. 28 E. 3c/aa/bb; 1995 Nr. 25 E. 4 und 5; 1993 Nr. 9 E. 5b. – Zur Kritik an dieser Rechtsprechung s. *Kälin*, ASYL 2001/3 (Fn. 37), 3 ff. mit der Begründung, dies lasse sich mit dem Wortlaut der GFK nicht vereinbaren, da der Urheber der Verfolgung nicht bestimmt, aber an den fehlenden staatlichen Schutz angeknüpft wird.

²⁹³ *EMARK* 1996 Nr. 18.

²⁹⁴ *EMARK* 1996 Nr. 28; vgl. zum Ganzen auch Marugg (Fn. 287), 70 f.

²⁹⁵ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 6.

Personen ausgedehnt, da zuvor diese Fälle unter die rein private Verfolgung subsumiert wurden und der Heimatstaat aufgrund typischer Schutzunfähigkeit nicht verantwortlich gemacht werden konnte. Dies hatte in konkreten Anwendungsfällen zu „offensichtlich unbilligen Ergebnissen“ geführt²⁹⁶.

Damit Bürgerkriegsparteien, Aufständische oder einander bekämpfende Fraktionen als quasistaatlich angesehen werden können, müssen sie folgende Kriterien erfüllen: Es muss sich um **private** Körperschaften handeln, die mit einer gewissen **zeitlichen Konstanz** die **faktische (effektive) Herrschaft** im betroffenen Gebiet ausüben. Der Staat selber tritt nicht als Verfolger auf, es handelt sich um private Organisationen, die „kein rechtlich anerkannter Teil der Staatsordnung“²⁹⁷ sind. Was die zeitliche Konstanz betrifft, kann keine starre Grenze gezogen werden. Jedenfalls wäre beispielsweise in Kriegsgebieten mit unklar definierten Frontverläufen und schnellen Herrschaftswechseln kaum von einer genügenden Beständigkeit auszugehen²⁹⁸. Zudem muss es sich um eine „Fremdherrschaft“²⁹⁹ handeln. Die Behörden der legalen Zentralgewalt dürfen im fraglichen Gebiet keinen Einfluss (mehr) haben, sie müssen schutzunfähig sein³⁰⁰. Die erforderliche Stabilität der Fremdherrschaft ergibt sich aus dem Grad der Autonomie gegen aussen oder aus Art und Umfang der Übernahme von Staatsfunktionen (Exekutive, Legislative, Judikative)³⁰¹. Dabei ist nur die effektive Ausübung entscheidend und nicht, ob diese auch rechtmässig erfolgt.

Quasistaatlichkeit wurde in *EMARK* 1995 Nr. 2 angenommen für eine kroatische Gruppierung in der Region Mostar, in *EMARK* 1997 Nr. 6 für die von den Taliban nach Einnahme von Kabul beherrschten Gebiete und in *EMARK* 1997 Nr. 4 für serbische Milizen im besetzten Srebrenica. Verneint wurde sie dagegen in *EMARK* 1995 Nr. 2 für Warlords in Somalia, in *EMARK* 1996 Nr. 28 / 1998 Nr. 25 für islamistische Gruppierungen in Algerien, sowie in anderen Fällen für die Hizbollahmilizen im Libanon oder für die PKK in der Ost-Türkei.

bb) Paradigmenwechsel: Schutztheorie

Noch bis vor kurzem hatte die Asylrekurskommission an der erörterten Zurechenbarkeitstheorie festgehalten und in der Folge die rein private Verfolgung vom Flüchtlingsbegriff ausgenommen³⁰². Obwohl sich die EU-Mitgliedstaaten in einer entsprechenden Richtlinie³⁰³ auf die vom *UNHCR* propagierte Schutztheorie geeinigt hatten³⁰⁴, wonach auch die Verfolgung durch Private asylrelevant sein kann, hielt die *ARK* vorerst eine Änderung der Praxis für nicht angezeigt³⁰⁵. Mit dem Entscheid *EMARK* 2006 Nr. 18³⁰⁶ änderte die *ARK* nun aber ihre bisherige Praxis und wechselte von der Zurechenbarkeitstheorie zur Schutztheorie. Die Schutztheorie geht davon aus, dass

²⁹⁶ *EMARK* 2006 Nr. 18 E. 7.5.2.

²⁹⁷ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 6.

²⁹⁸ *EMARK* 1995 Nr. 2 E. 4d/bb.

²⁹⁹ *EMARK* 1995 Nr. 2 E. 4d/bb.

³⁰⁰ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 6.

³⁰¹ *EMARK* 1995 Nr. 2 E. 4d/bb.

³⁰² Vgl. statt vieler *EMARK* 2004 Nr. 14: In diesem Fall ging es um sexuelle Gewalt gegen eine Frau und die drohende Genitalverstümmelung ihrer Tochter in Somalia durch bewaffnete Banden bzw. Familienangehörige; vgl. zur bisherigen Rechtsprechung auch *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 88; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 71.

³⁰³ Vgl. *Richtlinie* 2004/83/EG. S. hierzu ausführlich oben C.

³⁰⁴ *Susanne Bolz/Kathrin Buchmann*, Die Rechtsprechung der Schweiz. Asylrekurskommission im Jahr 2004 und im ersten Halbjahr 2005, in: *ASYL* 2005/4, 12.

³⁰⁵ *Bolz/Buchmann*, *ASYL* 2005/4 (Fn. 304), 12.

³⁰⁶ In diesem Fall ging es um einen Somalier, der von einer (privaten) Miliz von seinem Land vertrieben, misshandelt und zu Zwangsarbeit gezwungen worden war.

flüchtlingsrelevante Verfolgung nicht von der Frage des Urhebers abhängt, sondern vom **Vorhandensein eines adäquaten Schutzes im Heimatstaat**³⁰⁷. Die ARK begründete den Praxiswechsel mit einer neuen Auslegung³⁰⁸ des Verfolgungsbegriffs und kam zum Schluss, „dass die Schutztheorie der *ratio legis*, dem Ziel und Zweck der Flüchtlingskonvention eindeutig besser entspricht als die bisher von den schweizerischen Asylbehörden praktizierte Zurechenbarkeitstheorie“³⁰⁹. Unter diesem Konzept kann auch eine nichtstaatliche Verfolgung flüchtlingsrelevant werden, sofern der Heimatstaat nicht in der Lage oder nicht willens ist, adäquaten Schutz vor Verfolgung zu bieten³¹⁰.

Was den adäquaten Schutz im Heimatstaat betrifft, kann dieser von einem Staat oder Quasistaat ausgehen. Auch eine internationale Organisation kann u.U. den Schutz ausüben³¹¹. Dabei muss eine funktionierende und effiziente Schutzinfrastruktur zur Verfügung stehen, die einerseits objektiv zugänglich und andererseits für den Schutzbedürftigen individuell zumutbar ist³¹².

e) **Aktualität der Verfolgung**

Die Erleidung ernsthafter Nachteile ist für die Flüchtlingseigenschaft nur dann relevant, wenn die Verfolgung aktuell ist. Gemäss Art. 3 AsylG wird als Flüchtling anerkannt, wer entweder in der Vergangenheit verfolgt wurde (aa), im Zeitpunkt des Entscheids noch tatsächlich verfolgt wird (bb) oder begründete Furcht vor einer künftigen Verfolgung hat (cc). In allen drei Konstellationen hat der Gesuchsteller ein rechtlich begründetes Schutzbedürfnis.

aa) **Frühere Verfolgung**

Obwohl das Asylrecht nicht dem „Ausgleich für vergangene Unbill“³¹³ dient, wird auch denjenigen Personen Schutz gewährt, die erst **nach Abschluss der Verfolgung** in der Schweiz Aufnahme suchen, dies im Sinne einer Regelvermutung, dass aufgrund bereits erlittener ernsthafter Nachteile auf begründete Furcht vor zukünftiger Verfolgung geschlossen werden kann, vorausgesetzt, es besteht zwischen der Vorverfolgung und der Flucht ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang³¹⁴.

Dauert die Verfolgung im Zeitpunkt der Flucht noch an, handelt es sich ohne Weiteres um eine aktuelle Verfolgung (s. sogleich bb). Lässt der Gesuchsteller hingegen nach Abschluss der Verfolgung mehrere Monate verstreichen, bis er flüchtet, fehlt es in der Regel am erforderlichen *zeitlichen Zusammenhang*³¹⁵. Aus dieser

³⁰⁷ *EMARK* 2006 Nr. 18 E. 6.3.1; bestätigt in *EMARK* 2006 Nr. 32 E 6.1, wo es um die Entführung, Zwangsheirat und sexuelle Gewalt eines Offiziers gegenüber einer Äthiopierin ging, die vom Staat geduldet bzw. nicht wirksam verfolgt wurde. Das neue *Bundesverwaltungsgericht* hat den Paradigmenwechsel übernommen; vgl. Urteil des BVGer E-7192 vom 12.2.2007 E. 4.2.

³⁰⁸ *EMARK* 2006 Nr. 18 E. 7.9.

³⁰⁹ *EMARK* 2006 Nr. 18 E. 7.5.5.

³¹⁰ *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 6.1 mit Verweis auf Art. 6 lit. c RL 2004/83.

³¹¹ Vgl. in anderem Kontext dazu *EMARK* 2002 Nr. 8 E. 8 und die kritische Auseinandersetzung mit diesem Entscheid durch *Alexander Beck* (Schutzgewährung durch internationale Gebietsverwaltungen? Eine kritische Anmerkung zum «UNMIK-Urteil» der ARK vom 5. Juli 2002, *ASYL* 2002/4, 37 ff.).

³¹² *EMARK* 2006 Nr. 18 E. 10.3.2.

³¹³ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 127.

³¹⁴ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 35; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 126 ff.

³¹⁵ In der Regel wird der zeitliche Zusammenhang zwischen Verfolgung und Flucht nach sechs bis zwölf Monaten durchbrochen. Wo indes ausreichende und klare Hinweise für eine Gefahr künftiger

Regelvermutung darf nun allerdings nicht automatisch – im Sinne eines Umkehrschlusses – gefolgert werden, dass wer zugegebenermassen nicht die erste Möglichkeit zur Flucht genutzt habe, in seiner Heimat nicht ernsthaft verfolgt gewesen sein könne. Eine solche Argumentation verhält allein schon deshalb nicht, weil plausible objektive Gründe (das Fehlen von Reisemitteln, Zwangslagen wegen der Situation der zurückbleibenden Familienangehörigen usw.) für eine zeitlich verzögerte Ausreise vorliegen können. Daneben lassen sich entsprechende Verzögerungen auch durch individuelle Reaktionen auf erlittene Repressionen (beispielsweise Schockzustand, geistige „Lähmung“ nach erlittener Folter o. ä.) erklären³¹⁶.

bb) Aktuelle Verfolgung

Wer zum **Zeitpunkt der Ausreise** verfolgt wird, ist als Flüchtling anzuerkennen. Sein Schutzbedürfnis ist offensichtlich³¹⁷. Allerdings muss die Verfolgungsgefahr zum Zeitpunkt des Entscheids noch andauern. Sind nach der Ausreise die Urheber der Verfolgung handlungsunfähig gemacht worden (z.B. durch einen Regimewechsel) oder die Ursachen der Verfolgungsgefahr weggefallen (z.B. durch eine Begnadigung), fehlt es in der Regel am flüchtlingsrelevanten Schutzbedürfnis³¹⁸. Es liegt „nur noch“ eine Vorverfolgung vor, die grundsätzlich nur dann für die Anerkennung als Flüchtling beachtlich ist, als sie noch andauert oder – falls sie bereits abgeschlossen ist – die Furcht vor künftiger Verfolgung begründet erscheinen lässt.

Gemäss der in Anlehnung an die Ausnahmebestimmung von Art. 1C Abs. 5 Abs. 2 GFK entwickelten Rechtsprechung der *ARK* ist allerdings eine erlittene Vorverfolgung auch nach Wegfall einer weiteren zukünftig drohenden Verfolgungsgefahr weiterhin als asylrechtlich relevant zu betrachten, wenn eine Rückkehr in den früheren Verfolgerstaat aus zwingenden, auf diese Verfolgung zurückgehenden Gründen nicht zumutbar ist³¹⁹. Als „zwingende Gründe“ in diesem Zusammenhang sind vorab traumatisierende Erlebnisse zu betrachten, die es dem Betroffenen angesichts erlebter schwerwiegender Verfolgungen (insbesondere Folterungen) im Sinne einer Langzeittraumatisierung psychologisch verunmöglichen, ins Heimatland zurückzukehren.

Ist die Verfolgung oder die Verfolgungsgefahr erst **nach der Ausreise** eingetreten, muss für die Frage der Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft nach der Ursache der eingetretenen Gefährdung (sog. „**Nachfluchtgründe**“) unterschieden werden:

- Ist die flüchtlingsrelevante Gefährdung nach der Ausreise losgelöst vom Verhalten des Schutzsuchenden allein durch objektive Veränderungen im Heimatstaat eingetreten, gilt die Verfolgung als aktuell und das Schutzbedürfnis ist zu bejahen. Solche **objektiven Nachfluchtgründe** können beispielsweise durch einen Regimewechsel oder das Einsetzen einer Repressionswelle hervorgerufen werden.
- Tritt die Verfolgung wegen der Ausreise oder wegen Aktivitäten ein, die der Schutzsuchende im Ausland an den Tag gelegt hat (sog. **subjektive Nachfluchtgründe**), ist die Flüchtlingseigenschaft zwar ebenfalls erfüllt. Gemäss Art. 54 AsylG liegt aber ein Asylausschlussgrund vor³²⁰.

Verfolgung bestehen, kann die Flüchtlingseigenschaft auch nach zwölf Monaten noch gegeben sein (*EMARK* 1998 Nr. 20 E. 7).

³¹⁶ *EMARK* 1996 Nr. 25 E. 5b/cc. Vgl. zum sachlichen Zusammenhang auch unten 3.

³¹⁷ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 34.

³¹⁸ Vgl. zum Ganzen auch *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 37 f.; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 130 f.

³¹⁹ Grundlegend *EMARK* 1993 Nr. 31; ferner statt vieler *EMARK* 1995 Nr. 16 E. 6c und d; 1996 Nr. 42 E. 4c; 1997 Nr. 14 E. 6c; 1999 Nr. 7 E. 4d; 2000 Nr. 2 E. 8a und b; 2000 Nr. 21 E. 6b; 2001 Nr. 3 E. 5a. – Zum Ganzen auch *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 38 ff.

³²⁰ Vgl. unten D.III.1.c).

cc) *Zukünftige Verfolgung*

Art. 3 Abs. 1 AsylG nennt neben ernsthaften Nachteilen, denen der Gesuchsteller ausgesetzt ist, auch die **begründete Furcht vor Verfolgung** als Fluchtgrund. Damit soll klargestellt werden, dass als Flüchtling nicht nur anerkannt wird, wer tatsächlich und aktuell verfolgt wird oder in der Vergangenheit verfolgt wurde, sondern bereits derjenige, der zukünftige Verfolgung bloss befürchtet³²¹. Hierfür genügt allerdings nicht jede noch so entfernte Möglichkeit künftiger Verfolgung. Die Furcht vor zukünftiger Verfolgung muss begründet sein³²². Die begründete Furcht enthält eine subjektive und eine objektive Komponente: Die betroffene Person muss **subjektiv** Angst vor Verfolgung haben, die aber angesichts der tatsächlichen Situation **objektiv** gerechtfertigt sein muss³²³. Es muss diesbezüglich glaubhaft gemacht werden, „dass begründeter Anlass zur Annahme besteht, die Verfolgung werde sich mit erheblicher Wahrscheinlichkeit und in absehbarer Zukunft verwirklichen“³²⁴, und es müssen konkrete Indizien³²⁵ und Anhaltspunkte dargelegt werden, „die die Furcht vor einer real drohenden Verfolgung nachvollziehbar erscheinen lassen“³²⁶.

f) **Insbesondere: frauenspezifische Verfolgung**

aa) *Begriff*

Art. 3 Abs. 2 Satz 2 AsylG verlangt, den **frauenspezifischen Fluchtgründen** Rechnung zu tragen. Mit dieser Ergänzung wollte der Gesetzgeber die Ausrichtung des schweizerischen Flüchtlingsbegriffs an der Definition von Art. 1A Abs. 2 GFK verdeutlichen. Hingegen ging es ihm weder um eine Erweiterung der abschliessend aufgezählten Verfolgungsmotive (s. o. D.II.2.b) noch um die Anerkennung der Geschlechtszugehörigkeit als neues, selbständiges Verfolgungsmotiv, sondern darum, in der Auslegung des Flüchtlingsbegriffs den spezifischen Nachteilen, welche ausschliesslich Frauen betreffen, Beachtung zu schenken. Durch die Erwähnung der Berücksichtigung frauenspezifischer Fluchtgründe sollte dem Flüchtlingsbegriff von Art. 3 Abs. 1 AsylG kein neuer Gehalt gegeben, sondern ein bereits berücksichtigtes Anliegen prominenter benannt werden³²⁷.

Die frauenspezifische ist die in der Praxis häufiger auftretende Erscheinungsform der **geschlechtsspezifischen** Verfolgung. Unter letzteren Begriff lassen sich einerseits Fälle der Verfolgung in der Form sexueller Gewalt subsumieren, andererseits aber auch Fälle der Diskriminierung aufgrund der Geschlechterzugehörigkeit. In diesem Zusammenhang macht eine Unterscheidung zwischen *sex* als biologischem Geschlecht und Geschlecht im Sinne des

³²¹ Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 36 f.; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 124.

³²² *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 108.

³²³ *BFM*, Handbuch, Kap. D §1 (Fn. 174), 36.

³²⁴ *EMARK* 1996 Nr. 30 E. 5.

³²⁵ Mögliche Indizien sind namentlich persönliche Erfahrungen, der familiäre Hintergrund oder die Vorverfolgung von Familienangehörigen.

³²⁶ *EMARK* 1996 Nr. 30 E. 5. Zum Begriff der begründeten Furcht s. auch oben B.I.1.c).

³²⁷ Vgl. Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes 1995 (Fn. 194), 40 f.; *Amtl. Bull. SR* 1997, 1195. – Zum Ganzen auch *BFM*, Handbuch, Kap. J §2 (Stand 1.1.2008), 3, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0028.File.tmp/Kap._J_2_d.pdf (besucht am 17.3.2008); *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 8.3.

englischen Wortes *gender* als soziale Dimension der Geschlechterzugehörigkeit Sinn³²⁸. Weiter wird auch die Verfolgung aufgrund eines besonderen Sexualverhaltens zur geschlechtsspezifischen Verfolgung gezählt³²⁹. Dabei ist der Begriff nicht auf frauenspezifische Verfolgung beschränkt, denn auch Männer können geschlechtsspezifischen Übergriffen ausgesetzt sein³³⁰.

Als **frauenspezifische** Verfolgung einzustufen sind Vorkommnisse, die „Frauen aufgrund ihrer besonderen gesellschaftlichen Stellung treffen“³³¹. Die frauenspezifische Verfolgung ist gekennzeichnet durch eine gewisse religiös-traditionell vorbestimmte Geschlechterrolle, die Zurückbindung der Frau in die Privatsphäre, die Beschneidung der persönlichen Selbstentfaltung und die fehlende finanzielle Unabhängigkeit. Zudem ist das Ausmass sexueller Gewalt, das mit der Verfolgung einhergeht, frauenspezifisch³³².

Im Einzelnen können etwa sexuelle Übergriffe, Genitalverstümmelungen, häusliche Gewalt, Zwangsheirat, Sippenhaft, Ehrenmord, Zwangsabtreibung, geschlechtsdiskriminierende Gesetzgebung oder Reflexverfolgungen flüchtlingsrechtlich relevant werden³³³.

bb) Berücksichtigung bei Elementen des Flüchtlingsbegriffs

Der in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 AsylG formulierte Auftrag, frauenspezifischen Fluchtgründen Rechnung zu tragen, bezieht sich auf **alle Elemente des Flüchtlingsbegriffs**. In diesem Sinne sind nicht nur die relevanten Formen von Verfolgung, sondern alle Elemente des Flüchtlingsbegriffs mit besonderer Rücksicht auf Implikationen auszulegen, die sich aus der Geschlechtsperspektive ergeben³³⁴. Flankenschutz erhält dieser Auftrag durch die besonderen Verfahrensvorschriften für die Behandlung von Asylgesuchen von Frauen³³⁵.

aaa) Verfolgungsmotive

Dass die Verfolgungsmotive in Art. 3 Abs. 1 AsylG abschliessend aufgezählt sind und das Verfolgungsmotiv „Geschlecht“ fehlt, bedeutet nicht, dass frauenspezifische Verfolgung nicht mit den gegebenen Motiven erfasst werden kann³³⁶. Zu prüfen bleibt insbesondere, welche

³²⁸ Vgl. *Christina Hausammann*, Die Berücksichtigung der besonderen Anliegen der Frauenflüchtlinge in der laufenden Asylgesetzrevision, in: ASYL 1996/2, 44.

³²⁹ Vgl. zur asylrechtlichen Behandlung der Verfolgung wegen Homosexualität *Bertschi*, ASYL 2007/4 (Fn. 246), 3 ff.

³³⁰ *BFM*, Handbuch, Kap. J §2 (Fn. 327), 4.

³³¹ *Hausammann*, ASYL 1996/2 (Fn. 328), 39.

³³² Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. J §2 (Fn. 327), 4 und *Hausammann*, ASYL 1996/2 (Fn. 328), 39 f. Nicht selten erleben Frauen als Folge sexueller Gewalt eine Stigmatisierung und (weitere) Formen gesellschaftlicher Herabsetzung.

³³³ *BFM*, Handbuch, Kap. J §2 (Fn. 327), 4; ferner *BFM*, Die Situation der Frauen in der Asylpolitik – Würdigung der frauen- bzw. geschlechtsspezifischen Fluchtgründe im Asylverfahren (15.12.06), im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/weitere_themen.Par.0003.File.tmp/Frauenspezifische_Asylgr_nde_d.pdf (besucht am 17.3.2008).

³³⁴ *EMARK* 2006 Nr. 32, E. 8.4; *Walter Kälin*, Die Bedeutung geschlechtsspezifischer Verfolgung im Schweizerischen Asylrecht, ASYL 2001/2, 9.

³³⁵ Vgl. Art. 17 AsylG, Art. 6 AsylV 1.

³³⁶ Vgl. *Hausammann*, ASYL 1996/2 (Fn. 328), 40.

„geschlechtsbezogene Dimension“³³⁷ die beiden Verfolgungsmotive der **politischen Anschauung** und der **sozialen Gruppe** beinhalten.

- Wie oben bereits dargestellt³³⁸, ist das Verfolgungsmotiv der **politischen Anschauung** weit zu interpretieren. Dazu gehören auch Meinungen betreffend die Rollenbilder der Geschlechter, die Ausdruck einer kritischen Haltung gegenüber den Behörden darstellen³³⁹. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass Frauen in ihrem politischen Engagement eher im Hintergrund bleiben und dass ihnen oft politische Anschauungen ihrer Familie unterstellt und sie deshalb verfolgt werden³⁴⁰.
- Das *UNHCR* betrachtet die Geschlechtszugehörigkeit als Kategorie der bestimmten **sozialen Gruppe**, da Frauen für eine durch angeborene und unveränderliche Charakteristika definierte Untergruppe der Gesellschaft ein gutes Beispiel sind und oft anders als Männer behandelt werden³⁴¹. Dahingegen wird in der schweizerischen Praxis die Ansicht vertreten, dass die Geschlechtszugehörigkeit für sich alleine keine soziale Gruppe bilden könne, da das Verfolgungsmotiv der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe als Auffangtatbestand restriktiv anzuwenden sei³⁴². In *EMARK* 2006 Nr. 32 geht die *ARK* nun allerdings soweit, dass sie die Subsumtion unter den Flüchtlingsbegriff unabhängig von der Definition eines bestimmten Verfolgungsmotivs vornimmt; demnach „bestimmt letztlich der Verfolger allein, wen er weshalb verfolgt, und damit auch, ob und wie er von ihm verfolgte Rassen oder soziale Gruppen etc. definiert“³⁴³. Abgestellt wird somit vielmehr auf angeborene und unveränderliche Merkmale, wie sie sich in typischen Diskriminierungsverboten wie Art. 8 Abs. 2 BV finden. Die Differenzierung zwischen (einfacher) Diskriminierung und flüchtlingsrechtlicher Verfolgung verschiebt sich daher auf die Intensität des Eingriffs³⁴⁴.

Vor dem Hintergrund dieser Praxisänderung kann ein nach Art. 3 Abs. 1 AsylG relevantes Verfolgungsmotiv auch dann vorliegen, wenn eine Verfolgung allein an das Geschlecht anknüpft, unabhängig davon, ob und inwieweit diese Frau zusammen mit anderen eine bestimmte soziale Gruppe gemäss Art. 3 Abs. 1 AsylG bildet³⁴⁵.

³³⁷ *UNHCR*, Richtlinien zum internationalen Schutz: Geschlechtsspezifische Verfolgung im Zusammenhang mit Artikel 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (nichtamtliche Übersetzung), 2002, 2.

³³⁸ Vgl. oben D.II.2.b).

³³⁹ Vgl. *UNHCR*, Geschlechtsspezifische Verfolgung (Fn. 337), 10.

³⁴⁰ *UNHCR*, Geschlechtsspezifische Verfolgung (Fn. 337), 10.

³⁴¹ *UNHCR*, Geschlechtsspezifische Verfolgung (Fn. 337), 9.

³⁴² *BFM*, Handbuch, Kap. J §2 (Fn. 327), 6.

³⁴³ *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 8.7.1; vgl. auch *Stöckli*, Asyl (Fn. 226), 328 f.; *BFM*, Handbuch, Kap. J §2 (Fn. 327), 7.

³⁴⁴ *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 8.7.1.

³⁴⁵ *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 8.7.2 betreffend Vergewaltigung und Entführung einer Frau zwecks Heirat: Die *ARK* erblickte im fehlenden adäquaten Schutz durch den Staat Äthiopiens darin ein frauenspezifisches Verfolgungsmotiv, dass weibliche Opfer von Entführungen zwecks Heirat und von Vergewaltigungen nicht denselben staatlichen Schutz erhalten, mit dem im Allgemeinen männliche Opfer privater Gewalt rechnen können. Ausserdem vermutete sie das Ausbleiben wirksamen staatlichen Schutzes auch darin, dass die Frau gegen gängige, von der äthiopischen Tradition diktierte Regeln verstossen hatte, die einer Frau vorschreiben, Entführung und Vergewaltigung zwecks Heirat widerstandslos zu dulden.

bbb) Ernsthafte Nachteile

Wie soeben gesehen, ist im Kontext der frauenspezifischen Verfolgung nicht das Verfolgungsmotiv entscheidend, sondern letztlich die Intensität des Eingriffes. Grundsätzlich genügt eine allgemeine Frauendiskriminierung in einem Staat noch nicht. Die blossе Diskriminierung muss von der Verfolgung im Sinne des Asylgesetzes abgegrenzt werden³⁴⁶. Entscheidend ist dabei, ob für Frauen ein Minimum an menschenwürdiger Entfaltung noch möglich ist oder ob aufgrund gesellschaftlicher oder staatlicher Verhaltensweisen eine solche Existenz nicht mehr gegeben ist³⁴⁷, so dass ein weiteres Verweilen im Heimatstaat als objektiv unzumutbar erscheint³⁴⁸. Allgemeine Unterdrückungsmassnahmen und Benachteiligungen, denen Frauen ausgesetzt sind, genügen dazu in der Regel noch nicht. Abschliessend lässt sich somit feststellen, dass eine **Verfolgung einer Frau wegen ihres Geschlechts** unabhängig davon, ob Frauen eine bestimmte soziale Gruppe bilden, **bei Erreichen einer gewissen Intensitätsstufe flüchtlingsrechtliche Relevanz** erhält³⁴⁹. Denn ein „relevantes Verfolgungsmotiv ist stets daran zu erkennen, dass eine Verfolgung in diskriminierender Weise an persönliche Merkmale der verfolgten Person anknüpft, zu welchem auch das Geschlecht gehört“³⁵⁰.

ccc) Staatlichkeit

Probleme bereitet im Zusammenhang mit frauenspezifischer Verfolgung insbesondere das Element der staatlichen Urheberchaft der Verfolgung. Da frauenspezifische Verfolgung vorwiegend im familiären, gesellschaftlich-privaten Umfeld stattfindet, lief sie Gefahr, als nicht asylrelevante private Verfolgung taxiert zu werden³⁵¹. Mit der Praxisänderung von der Zurechenbarkeitstheorie zur Schutztheorie in *EMARK* 2006 Nr. 18³⁵² fand dahingehend eine Entschärfung der Problematik statt, womit auch der Unterscheidung zwischen Schutzunwilligkeit und Schutzunfähigkeit keine entscheidende Bedeutung mehr zukommt. Entscheidend ist vielmehr das Vorhandensein eines adäquaten staatlichen Schutzes³⁵³.

g) Fazit zum schweizerischen Verfolgungsbegriff

Die Anerkennung **quasistaatlicher** Gebilde im Rahmen der Verfolgungsverursacher und der innerstaatlichen Fluchtalternative (s. u. D.II.4.), der Wechsel von der Zurechenbarkeitstheorie zur **Schutztheorie** im Zusammenhang mit rein privater Verfolgung sowie die Anerkennung **frauenspezifischer Fluchtgründe** erlauben heute eine differenzierte und den tatsächlichen Verhältnissen angepasste Prüfung des Asylgesuches in Bezug auf das Vorliegen der materiellen Flüchtlingseigenschaft.

Insbesondere die Feststellung der *ARK*, dass der Begriff der Diskriminierung im Verfolgungskonzept der GFK und des AsylG mitenthalten ist, führt zu einer Verlagerung der Gewichtung der einzelnen Verfolgungselemente. Neu soll nicht mehr das Verfolgungsmotiv

³⁴⁶ *BFM*, Handbuch, Kap. J §2 (Fn. 327), 8.

³⁴⁷ *BFM*, Handbuch, Kap. J §2 (Fn. 327), 8.

³⁴⁸ Vgl. zu den Voraussetzungen betreffend die Intensitätsschwelle oben D.II.2.a).

³⁴⁹ *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 8.7.2.

³⁵⁰ *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 8.7.3.

³⁵¹ *Hausammann*, ASYL 1996/2 (Fn. 328), 42.

³⁵² S. o. D.II.2.d)bb).

³⁵³ *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 6.1.

im Zentrum stehen, sondern vielmehr die **Intensität** der Eingriffe. Entscheidend ist somit nicht mehr in erster Linie das Vorliegen eines bestimmten Verfolgungsmotivs, sondern letztlich die Intensität des Eingriffs. In diesem Zusammenhang gilt es künftig die blossе Diskriminierung von der flüchtlingsrechtlich relevanten Verfolgung abzugrenzen.

3. Bruch mit dem Heimatstaat

Die Flüchtlingseigenschaft erfüllt, wer mit dem Staat, in dem die Verfolgung stattgefunden hat oder eine solche droht, gebrochen hat.

- Dies setzt zunächst voraus, dass der Schutzsuchende den Heimat- oder Herkunftsstaat **verlassen** hat³⁵⁴. Somit sind Binnenflüchtlinge vom Flüchtlingbegriff gemäss GFK und AsylG nicht erfasst. Zwar gibt es entsprechende Mandate und Tätigkeiten des *UNHCR*, doch sind diese von der Zustimmung der entsprechenden Regierung im Einzelfall abhängig.

Die relevante Verfolgung muss für die Flucht aus dem Heimatstaat kausal gewesen sein³⁵⁵. Dies ist in der Regel der Fall, wenn ein gewisser zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen einer stattgefundenen Verfolgungsmassnahme (bzw. einer anderweitigen Kenntnis einer Gefährdung) und der Ausreise besteht³⁵⁶. Eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs liegt bei einer erst Jahre nach den fraglichen Ereignissen erfolgten Ausreise aus der Heimat vor³⁵⁷, ausser die Verzögerung der Ausreise sei auf entschuldbare Gründe zurückzuführen (vgl. auch oben D.II.2.e)aa)³⁵⁸. Fehlende Kausalität kann sich auch aus veränderten Moralvorstellungen ergeben, die keine zukünftige Verfolgung mehr befürchten lassen³⁵⁹.

- Des Weiteren ist vorausgesetzt, dass der Flüchtling den **heimatstaatlichen Schutz nicht mehr beanspruchen kann oder will**³⁶⁰. Das Element des Bruchs mit dem Heimatstaat spielt insbesondere im Zusammenhang mit dem Widerruf³⁶¹ des gewährten Asyls eine Rolle. „Wer sich wieder unter den Schutz des Verfolgerstaates gestellt hat, ist ebensowenig Flüchtling wie derjenige, der nie aufgehört hat, diesen in Anspruch zu nehmen“³⁶².

4. Fehlen einer inländischen Fluchtalternative

Im Rahmen der Auslegung von Art. 3 AsylG ist insbesondere Art. 1A Abs. 2 GFK Rechnung zu tragen, wonach die Flüchtlingseigenschaft voraussetzt, dass der Verfolgte den Schutz seines Heimatstaates nicht beanspruchen kann. Daraus leiten Rechtsprechung und Lehre den

³⁵⁴ Vgl. *EMARK* 1997 Nr. 15 E. 2c mit Literaturhinweisen.

³⁵⁵ Vorbehalten bleiben die Fälle, in welchen objektive Nachfluchtgründe zu einer flüchtlingsrechtlich relevanten Verfolgung geführt haben; s. dazu oben D.II.2.e)bb).

³⁵⁶ *Stöckli*, Asyl (Fn. 226), 331.

³⁵⁷ Vgl. *EMARK* 1996 Nr. 30.

³⁵⁸ Vgl. *EMARK* 1996 Nr. 25 E. 5b/cc; z.B. aufgrund fehlender Reisemittel, Zwangslagen zurückbleibender Familienangehöriger, Schockzustände usw.

³⁵⁹ Vgl. *EMARK* 1996 Nr. 29, wo aufgrund grundlegend veränderter Moralvorstellungen betreffend Homosexualität in Russland die Kausalität der Ausreise verneint wurde.

³⁶⁰ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 73.

³⁶¹ Vgl. Art. 63 AsylG, insbesondere Abs. 1 lit. b AsylG.

³⁶² *Stöckli*, Asyl (Fn. 226), 327.

sog. **Grundsatz der Subsidiarität** des internationalen Schutzes ab. Demnach bedarf eine Person, die nur in einem Teil des Landes verfolgt wird und sich in eine andere, sichere Region begeben kann, des Schutzes im Ausland nicht³⁶³. Wirken sich die Benachteiligungen nur lokal, nicht aber im ganzen Staatsgebiet aus und ist der Heimatstaat in der Lage und willens, dem Betroffenen in anderen Landesteilen wirksamen Schutz vor Verfolgung zu gewähren, so kann dem Asylsuchenden das Vorliegen einer **innerstaatlichen Fluchtalternative** entgegengehalten werden. Eine solche Fluchtalternative versteht sich sowohl aus der Sicht der GFK als auch auf der Grundlage von Art. 3 AsylG als Schranke des materiellen Flüchtlingsbegriffs³⁶⁴.

Eine innerstaatliche Fluchtalternative besteht dann, wenn eine Verfolgungs- oder Gefährdungssituation sich nur lokal, nicht aber im ganzen Staatsgebiet auswirkt und wenn gleichzeitig der Heimatstaat in der Lage und Willens ist, dem Betroffenen in anderen Landesteilen wirksamen Schutz vor der Verfolgung zu gewähren. Dabei genügt es nicht, dass ihn dort keine Verfolgungshandlungen erreichen; vielmehr sind hohe Anforderungen an die **Effektivität des gewährten Schutzes** zu stellen³⁶⁵:

- Einerseits muss sichergestellt sein, dass der Betroffene am Zufluchtsort nicht wieder Opfer von Behelligungen im Sinne von Art. 3 AsylG wird. An einer wirksamen Schutzgewährung fehlt es insbesondere, wenn der Betroffene bereits in seiner Heimatregion von Organen der Zentralgewalt – d.h. **unmittelbar staatlich** – verfolgt worden ist, vermag doch diesfalls ein Wegzug in einen anderen Landesteil diese Behelligungen nicht effektiv zu unterbinden. Es darf sich mithin nicht um eine landesweite, andauernde oder neuerliche Verfolgung handeln³⁶⁶.
- Andererseits muss auch ein genügender Schutz vor „mittelbarer Gefährdung“ bestehen. Der Betroffene darf nicht aus anderen Gründen Gefahr laufen, auf offizielle oder faktische Weise aus Motiven gemäss Art. 3 AsylG in das Gebiet seiner Verfolgung zurückgeschickt oder zurückgedrängt zu werden. Eine derartige mittelbare Gefährdung kann beispielsweise darin liegen, dass die Behörden am Zufluchtsort den Betroffenen nicht oder nur ungenügend gegen eine ernsthafte Bedrohung wesentlicher Rechtsgüter (insbesondere Leib und Leben) durch private Drittpersonen zu schützen bereit sind. Auf welchen Motiven die Verfolgungsmassnahmen der privaten Personen oder Organisationen beruhen, spielt keine Rolle; von Bedeutung ist allerdings, dass der Staat den Schutz aus den in Art. 3 AsylG genannten (Verfolgungs-) Motiven verweigert³⁶⁷.

Mit der Frage, ob und inwieweit (zwei) **quasistaatliche** Gebilde innerhalb des gleichen Staatsgefüges eine valable interne Fluchtalternative vor Verfolgung durch den Zentralstaat oder durch einen anderen Quasistaat darstellen, befasste sich die *ARK* im Zusammenhang mit Bosnien-Herzegowina und den Kurdengebieten im Nordirak³⁶⁸. Danach ist, wenn das Bestehen eines Quasistaates³⁶⁹ einmal feststeht, in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob dieser

³⁶³ Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. D §2 (Stand 1.1.2008), 1, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0012.File.tmp/Kap._D_2_d.pdf (besucht am 17.3.2008); *Stöckli*, Asyl (Fn. 226), 332.

³⁶⁴ *BFM*, Handbuch, Kap. D §2 (Fn. 363), 2 ff.; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 73 f.

³⁶⁵ *EMARK* 1996 Nr. 1 E. 5 (Grundsatzurteil); bestätigt und präzisiert u.a. in *EMARK* 1997 Nr. 12 E. 6; 2000 Nr. 15 E. 7. S. auch schon oben bezüglich der Rechtslage unter der RL 2004/83.

³⁶⁶ *EMARK* 1996 Nr. 1 E. 5c.

³⁶⁷ *EMARK* 1996 Nr. 1 E. 5c. – Vgl. zur unmittel- und mittelbaren Verfolgung durch den Staat und die Schutztheorie bei rein privater Verfolgung oben 2.d).

³⁶⁸ Vgl. *Stöckli*, Asyl (Fn. 226), 332; *EMARK* 2000 Nr. 2 und Nr. 15.

³⁶⁹ Für die Kriterien s. o. D.II.2.d)aa)ccc).

Quasistaat schutzfähig ist und somit als innerstaatliche Fluchtalternative zur Verfügung steht³⁷⁰. An die Schutzfähigkeit werden hohe Anforderungen gestellt. Von ihr und somit vom Bestehen einer innerstaatlichen Fluchtalternative kann dann ausgegangen werden, wenn sich der durch einen Quasistaat gewährte Schutz auf entsprechende internationale Garantien stützt³⁷¹. Fehlen entsprechende internationale Garantien, so muss eine Prognose darüber Auskunft geben, ob der gewährleistete Schutz von dauerhaftem Charakter sein kann³⁷². Eine Garantie für dauerhaften und genügenden quasistaatlichen Schutz kann sich somit – unter Vorbehalt entsprechender internationaler Abkommen – „aufgrund anderer innerstaatlicher oder geopolitischer Faktoren“³⁷³ ergeben.

Genügt der festgestellte innerstaatliche Schutz den hohen Anforderungen der Effektivität, so ist die Inanspruchnahme der innerstaatlichen Fluchtalternative zumutbar. Trotzdem stellte sich in der Praxis die Frage, ob es bei der Prüfung der Zumutbarkeit neben der Effektivität auch andere Gründe zu berücksichtigen gilt, wie beispielsweise angespannte wirtschaftliche und soziale Verhältnisse, kulturelle oder religiöse Integrationserschwerisse oder der fehlende Bezug zum möglichen innerstaatlichen Zufluchtsort³⁷⁴. In *EMARK* 1993 Nr. 9 und Nr. 37 prüfte die *ARK* unter der Zumutbarkeit solche sozial-ökonomische Faktoren, während sie in *EMARK* 1993 Nr. 39 eine Prüfung der Unzumutbarkeit einer unter Sicherheitsaspekten in Frage kommenden innerstaatlichen Fluchtalternative unter dem Aspekt der Flüchtlingseigenschaft verneinte³⁷⁵. Im Grundsatzentscheid *EMARK* 1996 Nr. 1 kam sie dann zum Schluss, dass das Vorliegen ungünstiger Lebensbedingungen am Zufluchtsort der Bejahung einer innerstaatlichen Fluchtalternative nicht entgegenstehe; findet der Betroffene am Zufluchtsort wirksamen Schutz vor Verfolgung, seien erschwerte Lebensumstände nicht unter dem Aspekt der Flüchtlingseigenschaft, sondern allein unter demjenigen der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges³⁷⁶ zu prüfen³⁷⁷.

III. Flüchtlingsstatus und Asyl

Wer die Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 AsylG erfüllt, gilt als materieller Flüchtling. Dies hat jedoch nicht automatisch die Gewährung von Asyl zur Folge. Hierfür bedarf es neben der Anerkennung als Flüchtling im Sinne von Art. 3 AsylG zusätzlich als negative Voraussetzung das Fehlen eines Asylausschlussgrundes (Art. 49 AsylG *e contrario*).

³⁷⁰ *BFM*, Handbuch, Kap. D §2 (Fn. 363), 9.

³⁷¹ *BFM*, Handbuch, Kap. D §2 (Fn. 363), 10. Für Bosnien-Herzegowina wurde dies ab Inkrafttreten des Dayton-Abkommens und für den Kosovo ab der Stationierung der Friedenstruppen angenommen; hingegen fehlte es in den nordirakischen Kurdengebieten an einer vergleichbaren internationalen Absicherung (vgl. zusammenfassend *EMARK* 2000 Nr. 15).

³⁷² *BFM*, Handbuch, Kap. D §2 (Fn. 363), 10.

³⁷³ *EMARK* 2000 Nr. 15 E. 12c.

³⁷⁴ Vgl. *Schäppi*, *ASYL* 1992/2 (Fn. 179), 55.

³⁷⁵ Vgl. *EMARK* 1996 Nr. 1 E. 5d/bb.

³⁷⁶ S. o. D.I.2.b).

³⁷⁷ *EMARK* 1996 Nr. 1 E. 5d; bestätigt u.a. in *EMARK* 2005 Nr. 17 E. 6.3. – Vgl. auch *Marugg* (Fn. 287), 72.

1. Asylausschlussgründe

Die Asylausschlussgründe sind in abschliessender Weise in den Art. 52-54 AsylG geregelt. Dazu zählen die Aufnahme in einem Drittstaat (Art. 52 AsylG), die Asylunwürdigkeit (Art. 53 AsylG) und das Vorliegen subjektiver Nachfluchtgründe (Art. 54 AsylG).

a) Aufnahme in einem Drittstaat (Art. 52 Abs. 2 AsylG)

Vor der Revision vom 16. Dezember 2005 war in der Regel vom Asyl ausgeschlossen, wer die Möglichkeit hatte, in einem Drittstaat, in welchem er sich zum Zeitpunkt des Entscheids aufhielt oder zu welchem er wegen eines früheren Aufenthalts oder wegen dort lebender Angehöriger engere Beziehungen als zur Schweiz besass, effektiven Schutz vor Verfolgung zu finden³⁷⁸. Im Einzelnen unterschied Art. 52 AsylG danach, wo sich der Gesuchsteller im Zeitpunkt des Entscheids aufhielt.

Unter dem neuen, am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Recht sind Gesuche von Asylsuchenden, die in einen Drittstaat zurückkehren, weiterreisen oder ausreisen können, nach den Bestimmungen von Art. 34 Abs. 2 lit. a-e AsylG durch Nichteintreten zu erledigen. Im Kontext der **Asylausschlussgründe** werden nur noch jene Fälle behandelt, in denen sich der Asylsuchende im Zeitpunkt des Entscheids **im Ausland** befindet: Gemäss Art. 52 Abs. 2 AsylG kann das Asyl einem solchen Asylsuchenden verweigert werden, wenn es ihm zugemutet werden kann, sich in einem anderen Staat um Aufnahme zu bemühen. Diese Bestimmung steht in direktem Zusammenhang mit der Regelung zur Erteilung der Einreisebewilligung (Art. 20 Abs. 2 AsylG)³⁷⁹. In beiden Fällen steht der Behörde ein breiter Ermessensspielraum offen. Dabei ist nach der Praxis der *ARK* in einer **Gesamtschau** zu prüfen, ob es aufgrund der ganzen Umstände geboten erscheint, dass es gerade die Schweiz ist, die den angesichts der bestehenden Gefährdung erforderlichen Schutz gewähren soll³⁸⁰.

Obwohl Art. 52 Abs. 2 AsylG nicht unterscheidet, ob das Asylgesuch aus dem Herkunftsstaat oder aus einem Drittstaat gestellt wurde, geht die Praxis der *ARK* von der (widerlegbaren) Vermutung aus, dass bei einem Asylgesuch aus einem Drittstaat davon ausgegangen werden kann, die betreffende Person habe dort bereits anderweitig Schutz gefunden. Folglich sei es sachgerecht, bei einem Gesuch aus einem Drittstaat in bestimmter Hinsicht höhere Anforderungen in Bezug auf die Zumutbarkeit der Zufluchtnahme in einem anderen Staat als in der Schweiz zu stellen; eine Abwägung hat allerdings auch in solchen Fällen stattzufinden³⁸¹. Im Rahmen dieser Abwägung bildet namentlich die besondere Beziehungsnähe des Asylsuchenden zur Schweiz ein zentrales, wenn auch nicht das einzige Kriterium. Die Bindung braucht dabei nicht die gleiche Intensität anzunehmen, wie es im Fall des Familienasyls (Art. 51 AsylG) gefordert wird³⁸². Eine fehlende Beziehungsnähe kann aber nie allein ausschlaggebend sein; zu berücksichtigen sind auch die praktische Möglichkeit und die objektive Zumutbarkeit einer anderweitigen Schutzsuche³⁸³.

b) Asylunwürdigkeit (Art. 53 AsylG)

Personen, welche die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG erfüllen, wird gemäss Art. 53 AsylG kein Asyl gewährt, wenn sie wegen verwerflicher Handlungen dessen **unwürdig** sind

³⁷⁸ Vgl. dazu *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 155; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 178), 167 f.

³⁷⁹ Vgl. *EMARK* 2004 Nr. 20 E. 3.

³⁸⁰ *EMARK* 2004 Nr. 21 E. 4a; 1997 Nr. 15 E. 2f.

³⁸¹ *EMARK* 2004 Nr. 21 E. 4b/aa.

³⁸² *EMARK* 2004 Nr. 21 E. 4b/aa; 1997 Nr. 15 E. 2g.

³⁸³ *EMARK* 2005 Nr. 19 E. 4.

oder wenn sie die **innere oder die äussere Sicherheit** der Schweiz verletzt haben oder gefährden.

Abzugrenzen von der Asylunwürdigkeit ist der **Ausschluss** der Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 1F lit. a-c GFK³⁸⁴. Im Gegensatz zur Konzeption der GFK, welche eine des flüchtlingsrechtlichen Schutzes unwürdige Person vom Flüchtlingsbegriff als solchem und der Geltung der ganzen Konvention ausschliesst (insbesondere auch vom flüchtlingsrechtlichen Rückschiebungsverbot), schliesst Art. 53 AsylG eine asylunwürdige Person lediglich von der Asylgewährung aus, lässt dagegen keine Rückschlüsse auf die Flüchtlingseigenschaft zu³⁸⁵. Gemäss Art. 98a AsylG hat das Bundesamt (oder das Bundesverwaltungsgericht) den zuständigen Strafverfolgungsbehörden Informationen und Beweismittel über Asylsuchende, bei denen ernsthafte Gründe für den Verdacht bestehen, dass sie ein Verbrechen gegen das Völkerrecht begangen haben, zu übermitteln.

Als „**verwerflich**“ gelten gemäss ständiger Praxis der *ARK* alle vom Asylsuchenden begangenen Delikte, deren Begehung durch das StGB³⁸⁶ (Art. 10 Abs. 2 StGB³⁸⁷) als „Verbrechen“ gelten, dies unabhängig davon, ob diese Delikte in der Schweiz oder im Herkunftsland begangen wurden³⁸⁸. Damit erfasst Art. 53 AsylG auch weniger gravierende Taten, die nicht ein „schweres Verbrechen“ im Sinne von Art. 1F lit. b GFK darstellen würden. Die Annahme der Asylwürdigkeit muss allerdings in Anbetracht des Alters des Täters zur Zeit der Tatbegehung, der Umstände der Tat und der seither vergangenen Zeit verhältnismässig sein³⁸⁹.

Die alleinige Tatsache einer Mitgliedschaft bei einer extremistischen Organisation vermag keine Asylunwürdigkeit zu begründen³⁹⁰. Dasselbe gilt für eine blosser Beteiligung an einer nicht strafbaren Handlung (Todesfasten), die von extremistischen Organisationen initiiert wurde³⁹¹. Asylunwürdigkeit wurde hingegen angenommen mit Bezug auf die Mitwirkung als Richter in einem islamischen Gericht der Mudschaheddin-Rebellen, in welchem nach unfairen Verfahren Todesurteile verhängt wurden³⁹².

Ebenfalls asylunwürdig sind Personen, welche die **innere oder äussere Sicherheit** der Schweiz verletzt haben oder gefährden. Dieser Ausschlussgrund steht im Konnex mit Art. 121 Abs. 2 BV, wonach Ausländerinnen und Ausländer ausgewiesen werden können, wenn sie die Sicherheit des Landes gefährden. Nicht jede Verletzung der gesetzlichen Ordnung führt indes zu einer Gefährdung der Staatssicherheit; der Begriff ist eng auszulegen³⁹³.

³⁸⁴ Hierzu oben B.II.3.c); vgl. auch *EMARK* 2006 Nr. 29 zu Art. 1F lit. a GFK.

³⁸⁵ Statt vieler *EMARK* 1996 Nr. 18 E. 5-7; 1993 Nr. 8 E. 6b-c; Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes 1995 (Fn. 194), 71 ff.

³⁸⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0.

³⁸⁷ An der Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen wurde bei der Revision des Allgemeinen Teils des StGB festgehalten (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes], und des Militärstrafgesetzbuches sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 2000).

³⁸⁸ *EMARK* 2002 Nr. 9 E. 7b; 1996 Nr. 18 E. 5; 1996 Nr. 40 E. 6a; 1993 Nr. 8 E. 6b; 1993 Nr. 23 E. 6 m.w.H. Die *ARK* hat an dieser Praxis – trotz entsprechender Kritik in der Lehre (vgl. *Achermann/Hausammann*, Handbuch [Fn.166], 163 f., 165 f.) – festgehalten. In den von Art. 1 F GFK umfassten Fällen stellt Art. 53 AsylG (gleich wie Art. 8 aAsylG) nicht bloss einen Asylausschlussgrund, sondern darüber hinaus einen Grund für den Ausschluss vom Flüchtlingsbegriff dar; *EMARK* 1996 Nr. 18 E. 5-7.

³⁸⁹ *EMARK* 2002 Nr. 9 E. 7d; 1996 Nr. 40 E. 6.

³⁹⁰ *EMARK* 1993 Nr. 8 E. 6.

³⁹¹ *EMARK* 2004 Nr. 21 E. 5b.

³⁹² *EMARK* 1999 Nr. 12 E. 6b.

³⁹³ Vgl. *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 167.

c) **Subjektive Nachfluchtgründe (Art. 54 AsylG)**

Art. 54 AsylG verbietet die Asylgewährung an Flüchtlinge, die erst durch ihre Ausreise aus dem Heimat- oder Herkunftsstaat oder wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise Flüchtlinge im Sinne von Art. 3 AsylG wurden³⁹⁴.

2. **Rechtsfolge**

Das Vorliegen eines Asylausschlussgrundes hat zur Folge, dass das Asylgesuch abgewiesen werden muss. Erfüllen die Schutzsuchenden allerdings die Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 AsylG (was unabhängig vom Vorliegen eines Asylausschlussgrundes geprüft werden muss), kommen sie in den vollen Genuss der in der GFK und im AsylG für Flüchtlinge gewährleisteten Rechte (insbesondere des Rückschiebungsverbots von Art. 33 GFK). Vor diesem Hintergrund erscheint der Vollzug der Wegweisung grundsätzlich unzulässig (Art. 44 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 83 Abs. 3 AuG [Art. 14a aANAG])³⁹⁵; Flüchtlinge, bei denen Asylausschlussgründe nach Art. 53 und 54 AsylG vorliegen, werden (als Flüchtlinge) **vorläufig aufgenommen** (Art. 83 Abs. 8 AuG [Art. 14a aANAG])³⁹⁶.

Vorbehalten bleiben folgende Sonderfälle:

- (1) Wird das Asylgesuch aus dem Ausland eingereicht und liegt ein Asylausschlussgrund vor, geht die Abweisung des Gesuchs mit der Verweigerung der Einreisebewilligung einher³⁹⁷.
- (2) Im Kontext der Asylunwürdigkeit von Art. 53 AsylG scheidet eine Berufung auf das Rückschiebungsverbot aus, wenn erhebliche Gründe für die Annahme vorliegen, dass der Schutzsuchende die **Sicherheit** der Schweiz gefährdet, oder wenn er als **gemeingefährlich** einzustufen ist, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist (Art. 5 Abs. 2 AsylG).

IV. **Beendigung der Flüchtlingseigenschaft und des Asyls**

Im vierten Abschnitt des dritten Kapitels regelt das Asylgesetz die „Beendigung des Asyls“ (Art. 63-65 AsylG). Das Gesetz unterscheidet nicht nur nach den Gründen, die zur Beendigung führen, sondern auch zwischen der Beendigung des Asylstatus' einerseits und der Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft andererseits. Im Folgenden wird auf eine umfassende Darstellung der Asylbeendigungsgründe verzichtet; der Fokus wird vielmehr auf die Frage gerichtet, wie sich die Beendigung des Asyls auf den innerstaatlich und völkerrechtlich verankerten Flüchtlingsschutz auswirkt.

1. **Widerruf des Asyls und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (Art. 63 AsylG)**

Gemäss **Art. 63 Abs. 1 AsylG** wird das Asyl widerrufen, wenn die ausländische Person das Asyl oder die Flüchtlingseigenschaft durch falsche Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen **erschlichen** hat (lit. a) oder wenn Gründe im Sinne der **Beendigungsklauseln der GFK** (nämlich Art. 1C Abs. 1-6 GFK) erfüllt sind.

³⁹⁴ Vgl. auch schon oben D.II.2.e).

³⁹⁵ Vgl. *EMARK* 1999 Nr. 29 E. 4b.

³⁹⁶ Vgl. zum Status der vorläufig Aufgenommenen Art. 84 ff. AuG; dazu oben D.I.2.b).

³⁹⁷ Vgl. beispielsweise den Sachverhalt in *EMARK* 2005 Nr. 19; 2004 Nr. 21.

Art. 1C GFK enthält in den Ziffern 1-6 eine abschliessende Aufzählung von Umständen, die dazu führen, dass der Flüchtling seine Flüchtlingseigenschaft verliert und damit nicht mehr unter den Schutz des Abkommens fällt. Die Beendigungsgründe sind restriktiv auszulegen; diese Zurückhaltung beruht darauf, dass Flüchtlinge im Hinblick auf eine erfolgreiche Integration im Aufenthaltsstaat die Sicherheit haben müssen, dass ihr Statut nicht ständig und ohne triftigen Grund neu beurteilt wird³⁹⁸.

Der Widerruf des Asyls hat nicht zwingend die Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft zur Folge; letztere muss vielmehr ausdrücklich im Dispositiv des Entscheids ausgesprochen werden. Da der Betroffene im Kontext der Beendigungsklauseln der GFK den Schutz dieses Abkommens verliert, wird mit dem Widerruf des Asyls in aller Regel auch die Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft verbunden. Der Asylwiderruf und die Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft gelten gegenüber allen eidgenössischen und kantonalen Behörden (Art. 63 Abs. 3 AsylG). Sie erstrecken sich aber nicht auf den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner und die Kinder (Art. 63 Abs. 4 AsylG).

Nach **Art. 63 Abs. 2 AsylG** wird das Asyl widerrufen, wenn Flüchtlinge die innere oder die äussere **Sicherheit** der Schweiz verletzt haben, gefährden oder **besonders verwerfliche strafbare Handlungen** begangen haben. Diese Bestimmung steht im direkten Zusammenhang mit dem Asylausschlussgrund von Art. 53 AsylG (Asylunwürdigkeit).

Während Art. 53 AsylG die Begehung von „verwerflichen Handlungen“ in der Schweiz oder im Ausland als asylunwürdig qualifiziert, verlangt Art. 63 Abs. 2 AsylG für den Asylwiderruf das Vorliegen von „besonders verwerflichen strafbaren Handlungen“. Diese müssen qualitativ eine Stufe über den einfachen verwerflichen Handlungen stehen; es muss sich um eine Straftat mit erheblicher Strafandrohung und einer gewissen Intensität handeln³⁹⁹. Wie unter Art. 53 AsylG muss auch hier bei der Würdigung des Delikts dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Beachtung geschenkt werden⁴⁰⁰.

Im Gegensatz zu Art. 63 Abs. 1 AsylG sieht Art. 63 Abs. 2 AsylG nur den Widerruf des Asyls vor. Eine **Aberkennung** der Flüchtlingseigenschaft bleibt zwar in jenen Fällen möglich, in denen Art. 1F GFK die Flüchtlingseigenschaft und damit die Anwendbarkeit der Konventionsgarantien ausschliesst⁴⁰¹. Diese Tatbestände sind allerdings eng definiert; beispielsweise kennt die GFK keinen Aberkennungsgrund wegen im Gastland begangener Straftaten oder wegen Straftaten im Ausland, die nach der Aufnahme im Gastland begangen worden sind. In diesen Fällen fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für die Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft⁴⁰². Immerhin kann sich eine Person grundsätzlich⁴⁰³ nicht mehr auf das asyl- bzw. flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot berufen, wenn erhebliche Gründe dafür vorliegen, dass sie die Sicherheit des Gastlandes gefährdet oder eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes bedeutet (Art. 33 Abs. 2 GFK; Art. 5 Abs. 2 AsylG). Allerdings sind auch hier immer die Vorgaben des Art. 3 EMRK zu beachten⁴⁰⁴.

³⁹⁸ *EMARK* 2002 Nr. 8 E. 6a; vgl. auch *EMARK* 2002 Nr. 21. S. auch schon oben B.I.2.

³⁹⁹ *EMARK* 2003 Nr. 11 E. 7 m.w.H.

⁴⁰⁰ S. o. D.III.1.b).

⁴⁰¹ S. o. D.III.1.b).

⁴⁰² *EMARK* 2003 Nr. 11 E. 8 betreffend einen Fall von schwerer Delinquenz eines Flüchtlings nach der Asylgewährung.

⁴⁰³ Offen bleibt das Verhältnis zu Art. 25 Abs. 2 BV (vgl. *EMARK* 2003 Nr. 11 E. 6a).

⁴⁰⁴ Hierzu oben B.II.

2. Erlöschen des Asyls (Art. 64 AsylG)

Gemäss Art. 64 AsylG **erlischt das Asyl** in der Schweiz, wenn sich Flüchtlinge während mehr als drei Jahren im Ausland aufgehalten haben (lit. a)⁴⁰⁵, sie in einem anderen Land Asyl oder die Bewilligung zum dauernden Verbleiben erhalten haben (lit. b), auf das Asyl verzichtet haben (lit. c) oder die Ausweisung oder die gerichtliche Landesverweisung vollzogen worden ist (lit. d). Mit dem Vorliegen einer dieser Gründe erlischt das gewährte Asyl des Flüchtlings automatisch, ohne dass es hierfür eines weiteren Verwaltungsaktes bedürfte. Einer nachträglichen „Feststellung“ des Erlöschens durch das Bundesamt kommt aufgrund ihres deklaratorischen Charakters keine Verfügungsqualität im Sinne von Art. 5 VwVG zu⁴⁰⁶. Eine Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft ist in den Tatbeständen von Art. 64 Abs. 1 lit. a-d AsylG nicht vorgesehen. Sie bleibt einzig in den von Art. 1C Abs. 1-6 GFK erfassten Fällen möglich.

Erwirbt die ausländische Person die Schweizer Staatsangehörigkeit, erlischt nicht nur das Asyl, sondern auch der Flüchtlingsstatus (Art. 64 Abs. 3 AsylG; vgl. auch Art. 1C Ziffer 3 GFK).

3. Ausweisung (Art. 65 AsylG)

Art. 65 AsylG äussert sich nicht zu den Tatbeständen, die eine Ausweisung begründen⁴⁰⁷, sondern zu den Schranken der Ausweisung für Flüchtlinge. Diese dürfen nur ausgewiesen werden, wenn sie die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährden oder die öffentliche Ordnung in schwerwiegender Weise verletzt haben. Die Schranke gilt sowohl für Flüchtlinge, die Asyl erhalten haben, als auch für Personen, die als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen worden sind.

Beim Vollzug der Ausweisung sind das Rückschiebungsverbot von Art. 33 Abs. 1 GFK i.V.m. Art. 5 Abs. 1 AsylG⁴⁰⁸, die Verfahrensgarantien von Art. 32 GFK (insbesondere Abs. 3) sowie die allgemeinen Garantien von Art. 25 Abs. 3 BV und Art. 3 EMRK zu beachten, was dazu führen kann, dass die Ausweisung nur in einen Drittstaat erfolgen darf, wo der Betroffene vor Rückschiebung in den Verfolgerstaat geschützt ist⁴⁰⁹. Kann (und darf) die Ausweisung vollzogen werden, erlischt das Asyl (Art. 64 Abs. 1 lit. d AsylG) von Gesetzes wegen. Die Flüchtlingseigenschaft bleibt erhalten.

⁴⁰⁵ Vorbehalten bleiben besondere Umstände, die eine Verlängerung der Frist implizieren (Art. 64 Abs. 2 AsylG).

⁴⁰⁶ *EMARK* 2003 Nr. 23 E. 2a (über dreijähriger Aufenthalt im Ausland); 2000 Nr. 25 E. 2c (Verzicht auf Asyl).

⁴⁰⁷ Solche Tatbestände finden sich in Art. 68 AuG (sog. „administrative“ Ausweisung durch das Bundesamt für Polizei) und Art. 121 Abs. 2 BV (sog. „politische“ Ausweisung durch den Bundesrat). Die gerichtlich ausgesprochen Nebenstrafe der Landesverweisung (Art. 55 aStGB; AS 1951, 1) ist mit der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Teilrevision vom 13. Dezember 2002 weggefallen.

⁴⁰⁸ Vgl. allerdings die Ausnahmen vom Rückschiebungsverbot gemäss Art. 5 Abs. 2 AsylG und Art. 33 Abs. 2 GFK.

⁴⁰⁹ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 173), 197.

E. Schluss: Konvergenzen und Divergenzen des europäischen und schweizerischen Asylrechts

Auf der Grundlage der erfolgten Erörterung der völkerrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sowie der derzeitigen Ausgestaltung des schweizerischen Asylrechts in Bezug auf die Anerkennung als Flüchtling kann festgehalten werden, dass das schweizerische Asylrecht im Grossen und Ganzen mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Einklang steht und somit **weitgehende Konvergenzen in der Ausgestaltung der einschlägigen rechtlichen Vorgaben** gegeben sind. Dies gilt insbesondere für die Voraussetzungen des Vorliegens der Flüchtlingseigenschaft, unter Einschluss (aufgrund der neueren Rechtsprechung der ARK) der Frage, wem die Verfolgungshandlungen zuzurechnen sein müssen bzw. von wem sie ausgehen müssen und unter Einschluss der Behandlung der „geschlechtsspezifischen Verfolgung“.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der allgemeine Einbezug nicht staatlicher Verfolgung zwingend in der RL 2004/83 vorgesehen ist, so dass die schweizerische Praxis (mittlerweile) mit diesem Ansatz der Richtlinie im Einklang steht. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die an eine hinreichend klare Umsetzung zu stellenden Anforderungen dürfte hingegen die gesetzliche Formulierung als solche diesen Anforderungen nicht genügen, was – wie erwähnt – jedoch nichts an der Parallelität der Behandlung dieser Frage ändert.

Insofern stimmen also die grundsätzlichen Konzepte des schweizerischen und europäischen Asylrechts – immer in Bezug auf die hier erörterte Frage der Voraussetzungen der Anerkennung als Flüchtling – durchaus überein.

In Bezug auf die bei der Auslegung des schweizerischen Rechts massgeblichen Grundsätze drängen sich – auch im Hinblick auf die (mögliche) zukünftige Entwicklung – aber noch einige ergänzende Bemerkungen auf:

- Die einschlägigen Vorgaben des schweizerischen Asylrechts in Bezug auf die Anerkennung von Flüchtlingen sind jedenfalls im **Sinne einer völkerrechtskonformen Auslegung im Einklang mit der GFK** auszulegen, lehnt sich das Asylgesetz doch in dieser Hinsicht an die Vorgaben der GFK an⁴¹⁰.
- Darüber hinaus stellt sich aber die Frage, ob das schweizerische Asylrecht in Bezug auf die Anerkennung von Flüchtlingen grundsätzlich und wenn möglich **parallel zu der Rechtslage nach der RL 2004/83 auszulegen** ist. Grundsätzlich dürfte diese Frage zu **verneinen** sein: Denn es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass das Asylgesetz sich an die RL 2004/83 anlehnen wollte, so dass für die Annahme eines „autonomen Nachvollzugs“ kaum Raum bleibt⁴¹¹ und das schweizerische Recht grundsätzlich autonom zu interpretieren ist. Allerdings kann eine „richtlinienkonforme“ Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts gleichwohl in Betracht kommen, als sich ja auch die RL 2004/83 an die GFK anlehnt, so dass die **Auslegung der Richtlinie (insbesondere durch den EuGH) möglicherweise Rückschlüsse auf die Interpretation der GFK** zulässt, die dann wiederum in der Schweiz jedenfalls zu berücksichtigen wären. Zwar

⁴¹⁰ S. o. D.I.1., II.

⁴¹¹ Vgl. zu den Grundlagen für eine mögliche parallele Auslegung „nachvollzogenen“ nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht *Rainer Schweizer*, Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet, in: Epiney/Rivière (Hrsg.), *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*, 2006, 23 ff.; *Marc Amstutz*, *Interpretatio multiplex. Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335*, in: ebd., 93 ff.

wäre eine solche Auslegung schon deshalb nicht notwendigerweise zwingend von den schweizerischen Behörden zu beachten, da es im Völkerrecht eben grundsätzlich keinen für alle verbindlichen Streitbeilegungsmechanismus gibt. Gleichzeitig ist aber nicht zu verkennen, dass die (mittelbare) Präzisierung der Tragweite der GFK durch den EuGH durchaus von grosser Bedeutung wäre, zieht sie doch eine entsprechende Praxis in den immerhin 27 EU-Mitgliedstaaten nach sich. Eine nachfolgende Praxis ist aber bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge zu berücksichtigen.

- Schliesslich sollte die RL 2004/83, ihre Auslegung durch die zuständigen Organe in der Europäischen Union und ihre Umsetzung in den Mitgliedstaaten im Wege der **Rechtsvergleichung** für die Beantwortung von Rechtsfragen im nationalen Asylrecht herangezogen werden, eine Methode, die das Bundesgericht durchaus in verschiedenen Bereichen anwendet⁴¹² und die erkenntnisfördernd sein kann.

Weiter stellt sich trotz der erwähnten, insgesamt festzustellenden weitgehenden Konvergenz in den Grundkonzepten in Bezug auf einige Aspekte die Frage, ob und inwieweit (mehr oder weniger weitgehende) **Divergenzen** zwischen den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und dem schweizerischen Recht zu verzeichnen sind:

- Die Regelung in **Art. 7 Abs. 1 AsylG**, wonach der Gesuchsteller das Vorhandensein der die Flüchtlingseigenschaft begründenden Tatsachen „**glaubhaft**“ machen muss, dürfte – auch unter Berücksichtigung der Präzisierungen dieser Voraussetzung durch die ARK – zwar insofern (und auf der Grundlage der strengen Anforderungen des EuGH an die Umsetzung⁴¹³) grundsätzlich nicht mit **Art. 4 Abs. 5 RL 2004/83**⁴¹⁴ in Einklang stehen, als diese Bestimmung abschliessende und kumulativ zu verstehende Voraussetzungen formuliert, bei deren Vorliegen die Aussagen des Antragstellers gerade **keines Nachweises** bedürfen. Nicht unter diesen Voraussetzungen figuriert die „Glaubhaftmachung“; vielmehr reichen näher in der Bestimmung umschriebene Bemühungen, Plausibilität und die generelle Glaubwürdigkeit des Antragstellers aus; eine Art „Beweislast“ – wenn auch mit Beweismasserleichterung – dürfte hiermit gerade nicht in Einklang stehen. Zudem kann es dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 5 der RL 2004/83 folgend nicht entscheidend sein, ob die Behörde von der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ des Vorhandenseins der einschlägigen Voraussetzungen ausgeht (dies würde ja rein grammatikalisch ein nicht nachprüfbares Ermessen implizieren, was aber, wie erwähnt, in der Praxis nicht so gehandhabt wird), sondern ob eine solche überwiegende Wahrscheinlichkeit vorliegt, was gerichtlich überprüft werden kann. Vor diesem Hintergrund würde wohl das vom schweizerischen Gesetzgeber in Art. 7 Abs. 2 AsylG gewählte Konzept der „Glaubhaftmachung“ bzw. dessen Formulierung mit dem vom EuGH in ständiger Rechtsprechung herangezogenen Erfordernis einer klaren Umsetzung von Richtlinien nicht im Einklang stehen. Allerdings ist zu beachten, dass Konzept und Handhabung des Glaubhaftmachens im schweizerischen Recht im Ergebnis durchaus richtlinienkonform sein dürften, so dass insofern und insoweit keine Divergenz vorliegt.
- Auch dürfte die Anforderung von **Art. 4 Abs. 4 RL 2004/83** – wonach in den Fällen, in denen der Antragsteller in der Vergangenheit bereits einer Verfolgung ausgesetzt war, i.Erg. eine Art „**Beweislastumkehr**“ vorzusehen ist⁴¹⁵ – im schweizerischen

⁴¹² Vgl. hierzu etwa *Kathrin Klett*, Inspiration des Bundesgerichts durch das EU-Recht im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter, in: Epiney/von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU, 2004, 133 (134 f.).

⁴¹³ S.o. A.

⁴¹⁴ Zu dieser oben C.I.1.

⁴¹⁵ S.o. C.I.1.

Asylgesetz keinen bzw. unzureichenden Niederschlag gefunden haben, wenn man die strengen Vorgaben des EuGH in Bezug auf die Klarheit der Umsetzung zugrunde legt. Allerdings kennt die schweizerische Praxis ebenfalls die Regelvermutung, dass aufgrund bereits erlittener ernsthafter Nachteile auf begründete Furcht vor zukünftiger Verfolgung geschlossen werden kann⁴¹⁶, so dass auch hier im Ergebnis und in der praktischen Anwendung wohl keine Divergenz bestehen dürfte.

- Das schweizerische Asylgesetz regelt nur unzureichend den Einbezug **subjektiver Nachfluchtgründe**. Wie ausgeführt⁴¹⁷ erfordert Art. 5 Abs. 2 RL 2004/83 allgemein den Einbezug auch subjektiver Nachfluchtgründe, woran auch die „Reserve“ des Art. 5 Abs. 3 RL 2004/83 für Folgeanträge nichts ändert. Art. 54 AsylG steht der Asylgewährung für Personen, die erst durch ihre Ausreise aus dem Heimat- oder Herkunftsstaat oder wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise Flüchtlinge wurden, jedoch grundsätzlich entgegen.
- Flüchtlinge aufgrund subjektiver Nachfluchtgründe gelten in der Schweiz zwar gegenüber den Behörden als Flüchtlinge (Art. 59 AsylG), werden aber lediglich vorläufig aufgenommen (Art. 83 Abs. 8 AuG), so dass ihnen in Bezug auf ihren Aufenthaltsstatus gegenüber Personen, denen Asyl gewährt wurde, Nachteile erwachsen. Die Richtlinie sieht jedoch keinen „schlechteren“ Status von Flüchtlingen aufgrund subjektiver Nachfluchtgründe vor, so dass diesbezüglich eine Divergenz besteht⁴¹⁸.
- Eine ähnliche Divergenz lässt sich auch im Zusammenhang mit einer allfälligen **internen Fluchtalternative** feststellen: Da Art. 8 RL 2004/83 es den Mitgliedstaaten aufgibt, im Falle der Berücksichtigung der internen Fluchtalternative bereits bei der Frage, ob die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird, auch die „persönlichen Umstände“ und damit die sozio-ökonomische Situation des Antragstellers zu berücksichtigen, dürfte die Rechtslage und Praxis in der Schweiz, wonach diese Aspekte nur im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung der vorläufigen Aufnahme berücksichtigt werden, nicht in Einklang stehen. Vielmehr wären die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling entsprechend zu ergänzen.
- Weiter dürfte die Regelung der „**Asylunwürdigkeit**“ in Art. 53 AsylG teilweise nicht mit den Vorgaben insbesondere von Art. 14 Abs. 4, 5 RL 2004/83 vereinbar sein: Art. 14 Abs. 4 lit. b) RL 2004/83 stellt nämlich (auch für die Verweigerung der Rechtsstellung als Flüchtling) darauf ab, dass jemand eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens rechtskräftig verurteilt wurde⁴¹⁹, während Art. 53 AsylG im Hinblick auf die erfassten Straftaten (es wird allgemein auf Verbrechen abgestellt) weiter gefasst ist; zudem verlangt Art. 53 AsylG – ebenfalls im Gegensatz zu Art. 14 Abs. 4 lit. b) RL 2004/83 – gerade keine rechtskräftige Verurteilung. Vielmehr genügt gemäss ständiger Praxis ein Geständnis oder eine klare Aktenlage oder Anklageerhebung.
- Weitgehend parallele Erwägungen lassen sich für den **Widerrufsgrund** des Art. 63 Abs. 2 AsylG – der ebenfalls auf besonders verwerfliche strafbare Handlungen abstellt – anstellen.

⁴¹⁶ S.o. D.II.2.e) aa).

⁴¹⁷ S.o. C.I.1.

⁴¹⁸ Vgl. beispielsweise die unterschiedlichen Vorschriften über den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit: Gemäss Art. 26 RL 2004/83 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, einer Person unmittelbar nach der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu gestatten, während es im Ermessen der schweizerischen Behörden steht, vorläufig aufgenommenen Personen eine Arbeitsbewilligung zu erteilen (Art. 85 Abs. 6 AuG).

⁴¹⁹ S. o. C.II.3.

- Unproblematisch ist die (schweizerische) Rechtsprechung, einen **Kausalzusammenhang zwischen der Verfolgung im Heimat- oder Herkunftsstaat und der Flucht**⁴²⁰ zu verlangen, nur insoweit, als dieses Erfordernis lediglich als Indiz für das Vorhandensein einer begründeten Furcht zur Anwendung kommt und auch bei mangelndem Kausalzusammenhang geprüft wird, ob allenfalls (objektive oder subjektive) Nachfluchtgründe vorliegen. Als gesondertes und zusätzliches Prüfungskriterium würde ansonsten diese Rechtsprechung weder mit den Vorgaben der GFK⁴²¹ noch mit denjenigen der RL 2004/83 in Einklang stehen: Letztere stellt nämlich nur (und insofern in abschliessender Weise) auf das Bestehen einer Verfolgung(sgefahr) ab⁴²². Daher ist im Sinne des „Schutzansatzes“ entscheidend, ob der betroffenen Person eine Verfolgung im Heimat- oder Herkunftsstaat droht, wofür es unerheblich sein muss, was der (zunächst) primäre Grund der Ausreise war.

Bezüglich der erwähnten Unvereinbarkeiten des schweizerischen Asylrechts mit den Vorgaben der RL 2004/83 dürfte es (abgesehen von dem zuletzt genannten Aspekt, dessen „Europarechtskompatibilität“ wohl durch [eine andere] Auslegung sichergestellt werden könnte) schon aufgrund des jeweils recht klaren Wortlauts der einschlägigen Bestimmungen schwierig sein, durch (richterliche) Auslegung eine „europarechtskonforme“ Rechtslage – wie dies etwa hinsichtlich des Einbezugs der nichtstaatlichen Verfolgung möglich war – zu erreichen. Es wäre daher zu begrüßen, wenn sich der Gesetzgeber bei nächster Gelegenheit diesen Fragen annehmen könnte: Wenn auch keine Pflicht zur „Übernahme“ der gemeinschaftsrechtlichen Rechtslage besteht, würde sich angesichts der eingangs⁴²³ bereits erwähnten rechtlichen Teileinbindung der Schweiz in den europäischen Asylraum und der zahlreichen Interdependenzen zwischen der EU und der Schweiz (auch) in diesem Bereich zumindest eine genaue Auseinandersetzung mit der Frage, ob es sachgerecht ist, in solch zentralen Bereichen des Asylrechts eine andere Lösung als die 27 EU-Mitgliedstaaten zu verfolgen, aufdrängen, wenn sich auch das qualitative und quantitative „Ausmass“ der Divergenzen in engen Grenzen halten dürfte. Wenn diese Überlegungen auch nicht zwingend in eine in jeder Beziehung gemeinschaftsrechtskonforme Rechtslage münden müssen, sind hier doch auch politische (Opportuni-täts-) Überlegungen von Bedeutung, sollten (gesetzgeberische) Entscheidungen (auch) in diesem Bereich aber jedenfalls auf der Grundlage einer genauen Analyse der gemeinschaftlichen Rechtslage und unter Abwägung aller Vor- und Nachteile einer gemeinschaftsrechtskonformen Ausgestaltung des nationalen Rechts erfolgen.

⁴²⁰ S. o. D.II.3.

⁴²¹ S. o. B.I.1.a).

⁴²² S. o. C.I.1., 2., C.II.1.

⁴²³ Vgl. auch schon oben A.

Der schweizerische Flüchtlingsbegriff lehnt sich – mit einigen Abweichungen – eng an die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) an. Hingegen ist die Schweiz trotz der Ratifizierung des Dubliner Assoziierungsabkommens (DAA) nicht verpflichtet, die entsprechenden Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts zu übernehmen. Der vorliegende Beitrag zeigt allerdings auf, dass es durchaus gewisse Wechselwirkungen zwischen der gemeinschaftsrechtlich geregelten Ausgestaltung der Anerkennung als Flüchtling und dem schweizerischen Asylverfahren gibt.

La notion suisse de réfugié s'inspire principalement, avec quelques divergences, de la Convention relative au statut des réfugiés de Genève. Bien que la Suisse ait ratifié l'Accord d'association à Dublin, elle n'est pas tenue de reprendre les dispositions du droit communautaire en la matière. La présente étude démontre cependant l'existence de certaines interactions entre la façon dont le droit communautaire règle le statut de réfugié et la procédure d'asile que connaît la Suisse.

Astrid Epiney, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Europa-, Völker- und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., Direktorin am Institut für Europarecht der Universitäten Bern, Neuchâtel und Freiburg i.Ue.

Bernhard Waldmann, Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Direktor am Institut für Föderalismus, Universität Freiburg i.Ue.

Andrea Egbuna-Joss, MLaw, wissenschaftliche Mitarbeiterin, Lehrstuhl für Europa-, Völker- und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue.

Magnus Oeschger, lic.iur., dipl. Assistent, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Freiburg i.Ue.