ASYL

88/2
3. Jahrgang

Schweizerische Zeitschrift für Asylrechtspraktiker

Herausgeberin: Schweizerische Zentralstelle für Flüchtlingshilfe (SFH), Postfach 279, 8035 Zürich, Telefon 01 361 96 40



Inhaltsverzeichnis

- Editorial 2

Abhandlungen

- Härtefälle
  - Zur humanitären Regelung von Härtefällen . 3
  - Entwicklung der Härtefalldiskussion 4
  - Zuständige kantonale Stellen für Härtefälle . 6
- Asylverfahren und gerichtliche Landesverweisung: Eine Entgegnung 7
- Vollzug rechtskräftiger Wegweisungsverfügungen 9
- Le DFJP et les avances de frais 10
- Die asylrechtliche Behandlung von Wehrdienstverweigerern 11
- Bestrafung wegen illegaler Einreise – Ende in Sicht? 14

Rechtsprechung

- Wiederaufnahme des Asylverfahrens nach Widerruf des Rückzugs 15
- Splitter/Publikationen 16

Editorial

Wünsche zum Asylverfahren

In manchen Märchen darf die Hauptfigur drei Wünsche tun. Wie jeder weiss, wird die seltene Chance oft vertan. Auf die Gefahr hin, dass es mir nicht anders ergehe, will ich den Versuch wagen.

Zum ersten wünsche ich mir, dass die *Textbausteine,* die man im Verfahren zur Begründung ablehnender Asylentscheide benutzt, gründlich ausgemistet werden. Niemand wird den Rationalisierungseffekt der Standardbegründungen in Zweifel ziehen, doch vieles, was sich an Texten inzwischen gesammelt hat, darf nicht gedankenlos weiterverwendet werden. Manches ist nicht glaubwürdig, was hier wider die Glaubwürdigkeit ins Feld geführt wird, und manche Evidenz, die der Lebenserfahrung abgezwungen wird, nennt sich zu Unrecht «allgemein». Darüber hinaus wirken viele Texte stossend. Man muss Jacques Pilet recht geben, wenn er in «l'Hebdo» nach der Lektüre einer Standardbegründung schreibt: «Avec un sans-gêne stupéfiant, un fonctionnaire invoque, le cul dans son fauteuil, l'expérience générale de la vie pour mettre en doute les affirmations d'un jeune homme infirme, tabassé, emprisonné et maintenant menacé par la Suisse d'être remis à ses bourreaux.» Die Textbausteine sind zu überprüfen und zwar primär nicht auf ihre juristische Zulässigkeit hin – wie bereits geschehen –, sondern auf ihre Vereinbarkeit mit dem gesunden Menschenverstand und dem Rechtsempfinden eines normalen Bürgers. Dies wäre ein erster wichtiger Beitrag wider den Zynismus im Asylverfahren. Da keine Dienststelle gegen Betriebsblindheit gefeit ist, muss die Überprüfung durch Aussenstehende erfolgen.

Als zweites wünsche ich mir *Übereinstimmung* zwischen dem, was in einer Verfügung steht, und dem, was mit der Verfügung gemeint wird. Die gegenwärtige Praxis bezüglich der Tamilen verdeutlicht das Problem. Die Zumutbarkeit der Rückschaffung wird in der Verfügung festgehalten, der Vollzug aber ausgesetzt; Fristen werden fixiert, sollen jedoch keine rechtlichen Wirkungen entfalten. Viel wäre für das Vertrauen in das Verfahren wieder gewonnen, wenn Worte und Taten wieder in Einklang miteinander kommen könnten. Das Auseinanderklaffen von Wort und Tat gehört nun einmal nicht zu den Axiomen unserer Rechtskultur.

Und schliesslich wünsche ich mir eine gute, funktionsfähige *Rechtsmittelinstanz*. Die Spatzen pfeifen es von den Dächern, und sogar die «NZZ» berichtet an prominenter Stelle darüber: Der Beschwerdedienst ist überfordert! Die verheerenden Konsequenzen dieses Umstandes sind Insidern längst bekannt:

- Der Pendenzenberg wächst weiter an; die beachtlichen Anstrengungen des Delegierten zum Pendenzenabbau scheitern am Beschwerdedienst.
- Eine echte materielle Kontrolle der erstinstanzlichen Entscheide fehlt. Der Beschwerdedienst beschränkt sich im wesentlichen auf eine Rechtskontrolle bzw. verfahrensrechtliche Prüfung.
- Die *vorläufige* Aufnahme bleibt toter Buchstabe, solange ihre Aufhebung, die in einer beschwerdefähigen Verfügung ergehen muss, faktisch nicht durchsetzbar ist. Die Überlastung des Beschwerdedienstes verunmöglicht es zurzeit.
- Schützenswerte Interessen bei der Zuteilung kann der Asylbewerber nicht mit Beschwerde geltend machen. Der angebliche Grund: Der Verteilentscheid ziehe keine nichtwiedergutzumachenden Nachteile nach sich.

Es wäre für die Legitimationskraft des Verfahrens viel gewonnen, verfügten wir über eine Rechtsmittelinstanz, die taugt.

Es ist an der Zeit, eine unabhängige und funktionsfähige Beschwerdeinstanz ausserhalb des EJPD zu schaffen. Verantwortlich für den Beschwerdedienst ist heute der Generalsekretär des Departementes. Vermutlich wird es deshalb nicht einfach sein, die Diskussion über die Zukunft der Rechtsmittelinstanz in Gang zu setzen. Der Anstoss dazu muss wohl von aussen kommen. Mit Schützenhilfe von innen darf allerdings gerechnet werden.

Walter Schmid

Impressum

Herausgeberin: Schweizerische Zentralstelle für Flüchtlingshilfe (SFH), Postfach 279, 8035 Zürich

Mitarbeiter/innen dieser Nummer: Philippe Bois (professeur à l'université de Neuchâtel), Mario Gattiker (HEKS-Beratungsstelle Bern), Walter Kälin (Professor an der Universität Bern), Walter Schmid (SFH), Peter Schütz (Stabsmitarbeiter beim DFW), Walter Stöckli (SFH), Bendicht Tellenbach (Amnesty International)

Verantwortlich für diese Nummer: M. Gattiker, W. Stöckli, B. Tellenbach

Erscheinungsweise: 4mal pro Jahr

Abonnements: Fr. 30.–/Jahr
Bestellungen an: SFH, ASYL, Postfach 279, 8035 Zürich

Inserate: nach Absprache

Redaktion, Administration, Inserate, Vertrieb bei: SFH, ASYL, Postfach 279, 8035 Zürich, Telefon 01 361 96 40. (Abhandlungen, Kommentare, Entscheide, Leserbriefe, Gegendarstellungen und andere Beiträge sind in allen drei Amtssprachen *erwünscht*; Abdruck in der Originalsprache.)

Nachdruck von Texten und Bildern: Sofern nicht mit Vermerk Copyright versehen, Nachdruck ohne Anfrage unter Quellenangabe gestattet.

Die nächste Nummer erscheint am 15. September 1988 und enthält voraussichtlich unter anderem folgendes:

- Die Notwendigkeit einer unabhängigen Beschwerdeinstanz aus rechtlicher Sicht
- Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Asylrecht?
- Auszüge aus einem Rechtsgutachten über die Empfangsstellen
- Der GPK-Bericht vom Mai 1988

Mario Gattiker, HEKS-Beratungsstelle, Bern

Zur humanitären Regelung von Härtefällen

Wiederholt sind Globallösungen gescheitert, die das Ziel hatten, den Pendenzenberg unerledigter Asylgesuche abzubauen und für die seit langem in der Schweiz lebenden Betroffenen auf diese Weise eine menschliche Lösung zu treffen. Dies hat dazu geführt, dass die Gesuche nun einzeln erledigt werden müssen. Die *Weisung des EJPD vom 31. März 1988 über die Vorläufige Aufnahme und die Behandlung von Härtefällen* schafft Transparenz über die anwendbaren Kriterien und skizziert den Regelungsweg.

Was ist ein «Härtefall»?

Abgewiesene Asylsuchende haben beim Vorliegen folgender, kumulativ vorhandener Kriterien eine Chance, in den Genuss einer humanitären Anwesenheitsberechtigung zu kommen:

Aufenthaltsdauer
Verheiratete Gesuchsteller mit Kindern müssen sich mindestens vier Jahre in der Schweiz aufhalten und eine Gemeinschaft bilden. Beurteilungselemente sind weiter Alter und Einschulung der Kinder. Andere Gesuchsteller müssen sich länger in der Schweiz aufhalten und eine «enge Beziehung» zu unserem Land haben. Verlangt wird hier auch das Vorhandensein von besonderen Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in einem anderen Land.

Integrationsgrad
Unabhängigkeit von der öffentlichen Fürsorge, Leumund und Anpassungsfähigkeit sind die wesentlichen Gradmesser dieses Kriteriums.

Medizinische Gründe
spielen eine Rolle, sofern eine Verlängerung der Ausreisefrist zur Behandlung nicht ausreicht.

Dieser Kriterienkatalog dient als Richtlinie für die Auslegung von Art. 3 Abs. 2 Internierungsverordnung (Voraussetzung der Vorläufigen Aufnahme aus humanitären Gründen) sowie von Art. 13 Buchst. f und Art. 36 Begrenzungsverordnung (humanitäre Aufenthaltsbewilligung).

Die vom EJPD angestrebte Lösung

Als gesetzliche Regelungsmöglichkeiten für «Härtefälle» stehen die *Vorläufige Aufnahme* (Art. 14a und 14b ANAG) sowie die *humanitäre Aufenthaltsbewilligung* zur Verfügung. Die ordentliche fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligung im Rahmen der jährlich vom Bundesrat festgelegten Höchstzahlen kann hier – da kaum je von Bedeutung – vernachlässigt werden.
Die Vorläufige Aufnahme wird durch den Delegierten für das Flüchtlingswesen (DFW) verfügt und setzt das Vorhandensein einer rechtskräftigen Wegweisungsverfügung voraus. Die Kantone sind bloss antrags*berechtigt*. Die humanitäre Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 13 Buchst. f BGV wird demgegenüber durch die Kantone erteilt. Vorgängig hat das Bundesamt für Ausländerfragen (BFA) der Ausnahme von den Höchstzahlen zuzustimmen. *Nichterwerbstätigen* Ausländerinnen und Ausländern kann eine humanitäre Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 36 Begrenzungsverordnung erteilt werden.
Ist die Wegweisung *aufgrund der Situation in der Schweiz,* wie sie durch langjährigen Aufenthalt entstanden ist, nicht mehr zumutbar, soll nach der Weisung des EJPD eine *humanitäre Aufenthaltsbewilligung* erteilt werden. Demgegenüber soll die Vorläufige Aufnahme hauptsächlich dann verfügt werden, wenn sich aus Gründen des Refoulementverbotes Hindernisse in bezug auf den Vollzug der Wegweisung ergeben.
Das Schicksal eines «Härtefalls» liegt demnach wesentlich in den Händen des Aufenthaltskantons, der die Bereitschaft zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung signalisiert, sowie des BFA, das der Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung zustimmen muss.
Die Frage, ob ein «Härtefall» vorliegt oder nicht, muss durch die zuständigen Behörden stets *vor* dem Entscheid über den asylbeachtlichen Wegweisungsentscheid geprüft werden (Art. 21a Abs. 4 Asylgesetz). Die Asylbehörden (DFW bzw. Beschwerdedienst des EJPD) laden vor dem Entscheid den Aufenthaltskanton des Asylsuchenden mittels eines standardisierten Fragebogens zur Stellungnahme ein, allerdings nur in den Fällen, wo prima vista eine humanitäre Regelung in Frage kommt. Erklärt sich der Kanton bereit, den weiteren Aufenthalt humanitär zu regeln, werden die Akten dem BFA unterbreitet. Stimmt dieses zu, verzichten die Asylbehörden im Falle der Asylverweigerung darauf, die Wegweisung zu verfügen.
Ersucht ein Kanton um Zustimmung des BFA nach abgeschlossenem Asylverfahren und rechtskräftiger Wegweisungsverfügung, ist die humanitäre Regelung nur noch dann möglich, wenn die verfügende Asylbehörde die Wegweisungsverfügung revisionsweise aufhebt (s. dazu ASYL 88/1, S. 16).
Für Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter von potentiellen Härtefällen drängt sich folgendes Vorgehen auf:
Gesuch um Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung an die zuständige kantonale Behörde (vgl. separate Zusammenstellung, hinten S. 6). Dies hat vor dem Asylentscheid des DFW, spätestens jedoch parallel zur Einreichung einer Asylbeschwerde zu geschehen.

Bemerkungen zum Verfahren vor den Bundesbehörden...

Die Verweigerung der Zustimmung des BFA gegenüber einem kantonalen Antrag stellt üblicherweise eine

Verfügung im Sinne von Art. 53 Begrenzungsverordnung dar. Diese ist durch die betroffene Person, nicht aber durch den antragstellenden Kanton, beim EJPD anfechtbar.
Ergeht der kantonale Antrag im Rahmen des Asylverfahrens und nach entsprechender Einladung durch die Asylbehörden, erfolgt dies im Rahmen der Anhörung des Aufenthaltkantons nach Art. 21a Asylgesetz. Laut Auffassung des EJPD hat dies zur Konsequenz, dass für die Asylbehörde sowohl der kantonale Antrag auf Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung wie auch die Verweigerung/Zustimmung des BFA bloss *konsultativen* Charakter haben. In der Praxis heisst dies dann beispielsweise, dass die allfällige Verweigerung der Zustimmung des BFA nie selbständig anfechtbar ist.
Unproblematisch scheint mir die Konsequenz dieser Haltung für den Fall zu sein, wo die Verweigerung der Zustimmung des BFA vor einer erstinstanzlichen Asylverweigerung und Wegweisungsverfügung des DFW geschieht. Hier kann die Verweigerung der Zustimmung des BFA im Rahmen der Beschwerde gegen die Wegweisung gerügt werden. In vielen Fällen stellt sich das Problem jedoch vor dem Entscheid des Beschwerdedienstes des EJPD, wo nach der zitierten Auffassung gegen die Haltung des BFA nicht rekurriert werden kann. Es ist nicht einzusehen, weshalb Asylsuchende gegenüber «normalen» Ausländerinnen und Ausländern schlechtergestellt werden, um so mehr, als bei *beiden* «Kategorien» kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung besteht. In beiden Fällen handelt es sich schliesslich um einen Ermessensentscheid, im Rahmen dessen die bundesrätliche Ausländerpolitik berücksichtigt wird.

...und zum kantonalen Vorverfahren

In bezug auf die Übertragung der Prüfungsbefugnis für den kantonalen Vorentscheid hat das EJPD bereits im Oktober 1986 die Schaffung *gemischter Gutachterkommissionen* angeregt und zu Recht festgestellt, dass Gremien, in denen nicht einzig die rein fremdenpolizeiliche Betrachtungsweise dominiert, eher in der Lage sind, die für einen Entscheid notwendigen gesamten Lebensumstände zu beurteilen. In den Kantonen sind zurzeit (Stand 1.5.1988) drei Modelle anzutreffen:
In 17 Kantonen (15 der Deutschschweiz, 1 der Romandie sowie im Tessin) werden die Stellungnahmen zuhanden der Asylbehörden allein durch die Fremdenpolizeibehörden vorgenommen. Die beiden Basel und Thurgau haben Gutachterkommissionen eingesetzt, die sich aus Vertretern verschiedener Departemente (Fremdenpolizei, Fürsorge u. a.) zusammensetzen. In den Kantonen Bern, Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Wallis wird die Aufgabe wahrgenommen durch gemischte Gutachterkommissionen, in denen neben Vertretern der Behörden auch solche der Kirchen und der Hilfswerke Einsitz nehmen (vgl. sep. Zusammenstellung, hinten S. 6).

Entwicklung der Härtefalldiskussion

1985: Das EJPD befürwortet eine Globallösung für die alten Pendenzen: Langjährigen Asylbewerbern – Stichdaten sind der 1.1.1983 oder der 1.1.1984 – soll ein bundesrechtlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung eingeräumt werden. Ausnahmebewilligungen von den bundesrätlichen Höchstzahlen; den Betroffenen soll in der Regel Erwerbstätigkeit sowie Familiennachzug bewilligt werden. Der Bund kommt für allfällig entstehende Fürsorgekosten auf. Der Bundesrat will nach Anhörung der Kantonsregierungen dem Parlament einen entsprechenden Bundesbeschluss unterbreiten.

27. August 1985: Eine Mehrheit von 16 Deutschschweizer Kantonen – gegenüber den Stimmen der Romandie, des Tessins, St. Gallen, Schwyz, Uri, Appenzell Ausserrhoden – lehnt die vom EJPD präsentierte Regelung an einer Konferenz ab. Im Vordergrund der Kritik der Kantone: Eine Globallösung schafft einen rechtsungleichen Zustand, der heutigen unbefriedigenden Situation soll durch Verbesserung der Voraussetzungen zur individuellen Gesuchsbehandlung abgeholfen werden. Der Bundesrat verzichtet im folgenden darauf, den Räten einen entsprechenden Bundesbeschluss zu unterbreiten.

Februar 1986: Die mit der Vorbereitung der Asylgesetz-Revision beauftragte Kommission stimmt mit 11 zu 7 Stimmen der Aufnahme einer Übergangsbestimmung zu, welche eine Globallösung in modifizierter Form vorsieht: Asylsuchende, welche vor dem 1.1.1983 eingereist sind, sollen «in der Regel» nicht mehr weggewiesen werden und in den Genuss eines stark abgekürzten Asylverfahrens kommen.

19. März 1986: Der Nationalrat bevorzugt im Rahmen der Debatte über die Asylgesetzrevision zunächst eine individualisierte Globallösung gegenüber dem Vorschlag der nationalrätlichen Kommission: Asylsuchende, die vor dem 1.1.1983 eingereist sind, sollen unter bestimmten Voraussetzungen die «Vorläufige Aufnahme» erhalten, welche das Verfahren beendet, es sei denn, der Asylsuchende wünsche dessen Fortsetzung. In der Gesamtabstimmung unterliegt diese «individualisierte Globallösung», die in Form eines gesonderten Bundesbeschlusses hätte erlassen werden sollen, knapp mit 96 zu 82 Stimmen.

Kreisschreiben des EJPD an die Polizeidirektoren der Kantone vom 14. April 1986: Durch die rechtliche Verankerung des Instituts der Vorläufigen Aufnahme, die im Rahmen der zweiten Asylgesetzrevision zurzeit diskutiert werde, könne humanitären Aspekten künftig noch besser Rechnung getragen werden. In einer Übergangsphase sollten möglichst flexible Lösungen gefunden werden. Die Kantone haben die Möglichkeit, durch eine spezielle Vernehmlassung im Individualverfahren die Bereitschaft zu signalisieren, trotz negativem Asylentscheid den weiteren Aufenthalt zu regeln. Das EJPD skizziert drei Möglichkeiten der Kantone: Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Kontingents («selten»), Antrag auf Erteilung einer humanitären

Die Bestimmung des zuständigen Gremiums liegt allein in der kantonalen Kompetenz; nicht alle Kantone sind zudem in gleichem Masse vom hier diskutierten Problem betroffen. Dem gegenwärtigen Zustand der ungleichen Bedingungen gerade in denjenigen Kantonen, in welchen über eine Vielzahl von potentiellen «Härtefällen» entschieden wird, haftet jedoch etwas Willkürliches an, und er birgt die Gefahr der rechtsungleichen Behandlung der Betroffenen in sich.
Weiterhin nicht in allen Kantonen befriedigend gelöst ist die Ausgestaltung des Verfahrens, das dem Entscheid vorangeht, ob gegenüber dem BFA die Zustim-

Aufenthaltsbewilligung («für ganz stossende Ausnahmefälle»), Befürwortung der offenen Internierung («Die Beurteilung der Zumutbarkeit kann in diesem Rahmen unter Berücksichtigung aller Kriterien erfolgen»). Im Kreisschreiben regt das EJPD ferner die Errichtung von Gutachterkommissionen an: Die Tatsache, dass die Vernehmlassungen meist von den Fremdenpolizeibehörden behandelt werden, bringt es mit sich, dass die Frage eines allfälligen weiteren Aufenthaltes «aus einer spezifisch fremdenpolizeilichen Betrachtungsweise beurteilt» wird. Weitere Aspekte spielen unter Umständen jedoch eine wesentliche Rolle: «Massgebend ist beispielsweise, ob der Asylbewerber in den Arbeitsprozess integriert ist, ob er nach wie vor der Fürsorge bedarf, ob er sich den schweizerischen Lebensgewohnheiten angepasst hat usw.» Die Errichtung von eigentlichen Gutachterkommissionen, in welchen Vertreter der Fürsorge, der Polizei oder auch der betreuenden Hilfswerke vertreten sind, werden begrüsst: «... nur sie sind in der Lage, die für einen Entscheid notwendigen gesamten Lebensumstände des Betroffenen in der Schweiz objektiv zu beurteilen.»

Kreisschreiben des DFW an die kantonalen Fremdenpolizeibehörden vom 20. Februar 1987: Sofern bei der Bearbeitung lange pendenter Asylgesuche zum vornherein ersichtlich ist, dass die Wegweisung nicht mehr zugemutet werden kann, soll ein reduziertes Asylverfahren stattfinden. Als verfahrensökonomisches Instrumentarium bietet sich die fremdenpolizeiliche Regelung «als persönlicher Härtefall» im Sinne von Art. 13 lit. f der Begrenzungsverordnung an. Die Kantone erhalten die Gelegenheit, vor einem allfälligen Asylentscheid mittels Fragebogen Stellung zu nehmen. Sollte eine humanitäre Aufenthaltsbewilligung nach dem Willen des Kantons erteilt werden, wird der Antrag dem BFA unterbreitet. Kommt keine Regelung als «Härtefall» in Frage, wird das normale Asylverfahren durchgeführt. In diesem Fall behält sich der DFW jedoch vor, im Falle der Unzumutbarkeit der Wegweisung zu internieren. Die Kantone erhalten Gelegenheit, im Fragebogen auch zur allfälligen Internierung Stellung zu nehmen.

1987: Im Departement zeichnen sich folgende Kriterien in bezug auf die Anerkennung als «Härtefall» ab: Leumund, Familienverhältnisse (namentlich Situation von allfälligen Kindern), Integrationsgrad, wirtschaftliche Selbständigkeit, Aufenthaltsdauer (Richtwerte: Familien 3, Alleinstehende 4 Jahre), Zweck des Asylgesuchs (kein «Härtefall», sofern Asylgesuch ausschliesslich zur Erlangung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung gestellt wurde).

1.1.1988: Inkrafttreten der revidierten ANAG-Bestimmungen (u.a. «Vorläufige Aufnahme») und der neuen InternierungsVO. Art. 3 Abs. 2 IntVO: Vollzug der Wegweisung kann unzumutbar sein, wenn er für Ausländer ‹schwerwiegende persönliche Härte› darstellt.

Weisung über die Vorläufige Aufnahme und die Behandlung von Härtefällen des EJPD vom 31. März 1988.

mung zur Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung beantragt werden soll. Nicht selten werden die kantonalen Vorentscheide ohne Einbezug der Betroffenen getroffen, vielfach auch ohne deren Wissen. Im Gefolge der neuen Weisung des EJPD, die für die Regelung der Härtefälle eine klare Priorität zugunsten der humanitären Aufenthaltsbewilligung vorsieht, hat die Bedeutung des kantonalen Vorverfahrens noch einmal deutlich zugenommen, da so auch formal ohne die Kantone nichts mehr geht. Die bereits in einer früheren ASYL-Nummer aufgestellte Forderung nach einem transparenten, dem Anspruch auf Anhörung Rechnung tragenden Verfahren hat nichts an Aktualität eingebüsst.

Ebenfalls nach wie vor wünschbar wäre es, die Asylbehörden würden die Betroffenen von der Tatsache in Kenntnis setzen, dass zurzeit der Aufenthaltskanton zur Stellungnahme begrüsst wird. Sie hätten so die Möglichkeit, von sich aus bei den zuständigen kantonalen Behörden vorstellig zu werden (s. dazu «Permis humanitaires, décisions à l'aveugle», von Yves Brutsch, in ASYL 86/3, S. 14).

Beurteilung

- Die neue Weisung des EJPD ist insofern zu begrüssen, als sie in bezug auf die *Art* der zu erteilenden Anwesenheitsberechtigung sowie der anzuwendenden Kriterien eine möglichst gleiche Behandlung der «Härtefälle» anstrebt.
- Die *humanitäre Aufenthaltsbewilligung* ist für «Härtefälle» die angemessene und sinnvolle Lösung. Sie hat gegenüber der Vorläufigen Aufnahme den Vorteil, dass auf den Erlass einer Wegweisungsverfügung verzichtet wird. Die Aufenthaltsbewilligung verschafft insbesondere im Hinblick auf einen allfälligen Familiennachzug und die Möglichkeit von Auslandreisen erhebliche Vorteile gegenüber der Vorläufigen Aufnahme. Das Ziel, «Härtefälle» möglichst in den Genuss einer humanitären Aufenthaltsbewilligung kommen zu lassen, setzt gegenüber der Vorläufigen Aufnahme jedoch noch vermehrt die Kooperationsbereitschaft der Kantone voraus, da sie es sind, die sie erteilen und für allfällige Fürsorgekosten auch aufzukommen haben.
- Die *Vorläufige Aufnahme* wird als Regelungsmöglichkeit für «Härtefälle» in den Hintergrund rücken. Ihre Bedeutung wird allenfalls die eines «Notnagels» sein, wenn sich ein Kanton trotz klar gegebener Kriterien weigert, eine humanitäre Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Auch wenn die Bundesbehörden aus staatspolitischen Gründen diesbezüglich Zurückhaltung üben werden, haben sie doch zu berücksichtigen, dass die aus einem bundespolitischen Problem hervorgegangenen «Härtefälle» einen legitimen Anspruch auf rechtsgleiche und willkürfreie Behandlung haben.
- Die in der EJPD-Weisung skizzierten *Kriterien*, insbesondere die zeitlichen, sind – verglichen mit den in den Globallösungsdiskussionen debattierten – als frappierend restriktiv zu werten. Vermehrt sollte zudem bei der Prüfung der Einzelfälle in Rechnung gestellt werden, inwieweit sich die betroffenen Personen nicht nur integriert, sondern auch inwieweit sie sich in bezug auf ihr Herkunftsland *desintegriert* haben. Hier liegt nämlich vielfach der Unterschied zu den sogenannt «normalen» – meist europäischen – Ausländerinnen und Ausländern, die im Rahmen der asylpolitischen Diskussion so gerne den «Härtefällen» unter den abgewiesenen Asylbewerbern gegenübergestellt werden.

Zuständige kantonale Stellen für Härtefälle

A. Gemischte Gutachterkommissionen

1. BE

Anschrift
Polizeidirektion des Kt.s BE,
z. H. Gutachterkommission für Härtefälle
Kramgasse 20
3011 Bern

Zusammensetzung
9 Mitglieder, präsidiert von ehem. Korektorin der Schule für Sozialarbeit. Weitere Mitglieder: Vorsteher der kant. Fremdenpolizei, Vorsteher der Abt. für den Straf- u. Massnahmevollzug, kant. Koordinator für das Asylwesen, Vorsteher des städt. Fürsorgeamtes, Direktionssekr. der kant. Justizdirektion, Präsident der Arbeitsgruppe «Brot für Brüder» (Vertr. der ev.-ref. Kirche), kant. Beauftragter der Kirche für Flüchtlingsfragen (Vertr. der ev.-ref. Kirche), Vertreterin der röm.-kath. Kirche.

2. FR

Adresse
Administration cantonale
Section de l'asile
Rue de l'Industrie 7
1700 Fribourg

En font partie
Représentant de la police des étrangers, des Eglises catholiques, de la coordination pour le droit d'asile, de Caritas, du Conseil synodal du canton, de la Croix-Rouge, de la prévoyance sociale, de l'office cantonal du travail.

3. GE

Adresse
Département de justice et police
Case postale 362
1211 Genève 3

En font partie
2 anc. membres du CICR, 2 anc. Présidents du Grand Conseil, 2 avocats.

4. JU

Adresse
Commission consultative pour les questions relatives aux réfugiés
Monsieur Paul Jubin
93, Route de Moutier
2800 Délémont

En font partie
Représentants de la police des étrangers, du département de la justice et de l'intérieur, de Caritas, de la Croix-Rouge, de l'Association jurassienne d'accueil aux demandeurs.

5. NE

Adresse
Commission cantonale consultative en matière d'asile
p.a. M. Maurice Frainier
premier secr. du dépt de police
Rue des Beaux Arts 13
2001 Neuchâtel

En font partie
Représentant du département de police, de Caritas, du CSP, de la Ligue des droits de l'homme.

6. VS

Adresse
Etat du Valais
Commission de coordination pour les candidats à l'asile
p.a. M. Brunner, Chef du Service cantonal de la prévoyance sociale
Rue des Vergers 2
1951 Sion

En font partie
Représentant de la police des étrangers, de la police cantonale de la Croix-Rouge, de Caritas, de l'office de l'industrie et du travail et du Comité valaisan pour la défense du droit d'asile (voix consultative).

B. Kommissionen aus Behördenvertretern

7. BL

Anschrift
Fremdenpolizei des Kt.s Baselland, z. H. Härtefallgremium
Rheinstrasse 24a
4410 Liestal

Zusammensetzung
Vertreter von Fremdenpolizei, Arbeitsamt, Justizdirektion

8. BS

Anschrift
Fremdenpolizei des Kt.s Basel-Stadt, z. H. Konsultativgremium für Härtefälle
Postfach
4001 Basel

Zusammensetzung
Vertreter des Polizei- und Militärdepartements, der Fremdenpolizei (2), des Rechtsdienstes des Justizdepartements (2)

9. TG

Anschrift
Herr Dr. Urs Haubensak
Departementssekretär des Justiz- und Polizeidepartements
Regierungsgebäude
8500 Frauenfeld

Zusammensetzung
Vertreter der Fremdenpolizei, der Fürsorge, des Rechtsdienstes der Fürsorge, des Justiz- und Polizeidepartements

C. Keine Gutachterkommissionen

10. AG

Fremdenpolizei des Kts. Aargau
Obere Vorstadt
Postfach
5001 Aarau

11. AI

Fremdenpolizei des Kts. AI
9050 Appenzell

12. AR

Kant. Fremdenpolizei
9042 Speicher

13. GL

Fremdenpolizei des Kts. GL
8750 Glarus

14. GR

Fremdenpolizei des Kts. GR
7000 Chur

15. LU

Fremdenpolizei des Kts. LU
Hallwilerweg 7
6003 Luzern

16. NW

Fremdenpolizei des Kts. NW
Rathaus
Postfach 164
6370 Stans

17. OW

Fremdenpolizei des Kts. OW
Polizeigebäude
Forbachstrasse
6060 Sarnen

18. SH

Kantonales Ausländeramt
Schönmaiengässchen
8201 Schaffhausen

19. SG

Fremdenpolizei des Kt.s SG
Oberer Graben 32
9001 St. Gallen

(Empfohlenes Vorgehen: Gesuch an die Beratungsstelle für Asylsuchende [Bahnhofstr. 2, 9001 St. Gallen] zur Verfassung eines Berichts u. Weiterleitung an eine kirchliche Kommission, die den Bericht der Fremdenpolizei unterbreitet)

20. SO

Amt für Ausländerfragen
Ambassadorenhof
4500 Solothurn

21. SZ

Fremdenpolizei des Kts. SZ
Bahnhofstr. 7
6430 Schwyz

22. TI

Ufficio cantonale degli stranieri e dei passaporti
Palazzo governativo
6501 Bellinzona

23. UR

Polizeikommando Uri
Abt. Fremdenpolizei
Postfach
6460 Altdorf

24. VD

Secrétaire général du Département de la justice, de la police et des affaires militaires
M. Jean-Claude Chappuis
Rue Cité-Devant 12
1014 Lausanne

25. ZG

Fremdenpolizei des Kts. ZG
ZVB-Haus an der Aa
6300 Zug

26. ZH

Fremdenpolizei des Kt.s ZH
Stampfenbachstr. 15
8090 Zürich

(Empfohlenes Vorgehen: Gesuch an die Beratungsstelle für Asylsuchende [Bertastr. 8, Postfach, 8033 Zürich] zur Verfassung eines Sozialberichtes u. Weiterleitung an eine Kommission der kath. u. prot. Kirchen, Caritas, HEKS u. Beratungsstelle, welche den Bericht der Fremdenpolizei unterbreitet)

Walter Kälin, Professor an der Universität Bern

Das schwierige Verhältnis zwischen Asylverfahren und gerichtlicher Landesverweisung: eine Entgegnung

Zugegeben: Die Frage, wie sich Asylverfahren und gerichtliche Landesverweisung gemäss Art. 55 StGB zueinander verhalten, ist äusserst komplex und in Doktrin und Praxis nur teilweise geklärt.[1] In solchen Situationen ist kreatives Mitdenken bei der Suche nach befriedigenden Lösungen nicht nur erlaubt, sondern erforderlich. Wer dabei unorthodoxe Auffassungen vorbringt, muss allerdings mit Widerspruch rechnen. In diesem Sinn seien mir hier einige Bemerkungen zum Artikel von Heinz Schöni, DFW-Informationsdienst, in ASYL 1988/1 erlaubt.

Herr Schöni vertritt die Ansicht, zwischen gerichtlicher Landesverweisung und Wegweisungsentscheid gemäss Art. 21a AsylG bestehe keine Rangordnung. Deshalb sei die *Anordnung* der gerichtlichen Landesverweisung gegenüber Flüchtlingen und Asylbewerbern immer zulässig. Diese Aussage lässt sich auf BGE 111 IV 14 stützen, wonach erst beim Vollzug der Landesverweisung zu prüfen ist, «wie die Nebenstrafe durchgeführt werden kann, ohne dass der Grundsatz der Nichtrückschiebung (Art. 45 AsylG) verletzt oder gegen Art. 3 EMRK verstossen wird».[2] Problematisch ist aber die Meinung von Herrn Schöni, die kantonale Strafvollzugsbehörde dürfe in diesem Stadium «die Zulässigkeits- oder Zumutbarkeitsprüfung... unabhängig von einer Beurteilung durch den Delegierten für das Flüchtlingswesen» vornehmen, weshalb sogar ein positiver Asylentscheid oder die Feststellung, der Vollzug der Wegweisung sei wegen des Non-Refoulement-Prinzips unzulässig, nicht zwingend dazu führe,
«dass die kantonalen Strafvollzugsbehörden vom Vollzug der gerichtlichen Landesverweisung absehen müssen. Geben diese Behörden strafrechtlichen Erwägungen, wie denjenigen in Art. 45 Abs. 2 AsylG, den Vorrang, oder weicht ihre Einschätzung der Gefährdungssituation des Asylbewerbers oder des Flüchtlings von derjenigen des Delegierten ab, so kann die gerichtliche Landesverweisung dennoch vollzogen werden. Das ergibt sich unzweifelhaft aus der Gewaltentrennung».[3]

Im folgenden soll dargelegt werden, warum diese Darlegungen dem geltenden Recht nur teilweise entsprechen. Dabei ist zu beachten, dass sich die Frage nach dem Verhältnis von Landesverweisung und Asylrecht je nach dem Stand des Asylverfahrens im Zeitpunkt des Entscheides über den Vollzug der Nebenstrafe anders stellt.

1. Vollzugsentscheid nach abgeschlossenem Asylverfahren

a) Bei anerkannten Flüchtlingen

Hat der Straftäter Asyl erhalten oder ist seine Flüchtlingseigenschaft im Asylverfahren trotz Abweisung des Asylgesuchs bejaht worden, indem, gestützt auf Art. 45 AsylG, die Zumutbarkeit der Wegweisung verneint wurde, darf die Strafvollzugsbehörde entgegen der Meinung von Herrn Schöni nicht mehr prüfen, ob die betreffende Person im Heimatstaat in flüchtlingsrelevanter Weise verfolgt wird. Zwar sind «nach schweizerischer Rechtsauffassung... Gerichte und Behörden befugt, vorfrageweise auch Rechtsfragen aus einem andern Rechtsgebiet zu prüfen, sofern diese Prüfung nicht durch eine gesetzliche Bestimmung verboten ist und soweit darüber die hiefür zuständige Behörde im konkreten Fall noch keinen rechtskräftigen Entscheid getroffen hat».[4] Das Asylgesetz enthält nun aber genau für diesen Fall eine Bestimmung. Art. 25 AsylG lautet:

«Der Ausländer, dem die Schweiz Asyl gewährt hat, gilt gegenüber allen eidgenössischen und kantonalen Behörden als Flüchtling im Sinne des Gesetzes sowie des internationalen Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtstellung der Flüchtlinge.»

Gemäss der bundesrätlichen Botschaft sollte diese Bestimmung die frühere Rechtslage ändern, gemäss welcher der Asylentscheid gegenüber andern Behörden keine Bindungswirkung entfaltete: «So konnten etwa», führt die Botschaft in diesem Zusammenhang aus, «die Gerichte die Frage der Flüchtlingseigenschaft in jedem Fall vorfrageweise erneut überprüfen...»[5] Offensichtlich soll dies nach Inkrafttreten des Asylgesetzes nicht mehr möglich sein.[6] Aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte von Art. 25 Asylgesetz ergibt sich somit klar, dass die Bejahung der Flüchtlingseigenschaft durch den DFW alle anderen Behörden daran hindert, sie erneut zu prüfen. Die kantonale Vollzugsbehörde darf in solchen Fällen nur noch untersuchen, ob im konkreten Fall die Ausschaffung in einen Drittstaat in Frage kommt, in welchem der straffällige Flüchtling vor Verfolgung geschützt bleibt, oder ob die qualifizierten Voraussetzungen von Art. 45 Abs. 2 AsylG[7] erfüllt sind. Das gilt auch dann, wenn sich die Verfolgungssituation im Verfolgerstaat seit der Asylgewährung wesentlich entschärft hat: Für diesen Fall sieht das Asylgesetz nicht eine Ausnahme von der Bindungswirkung des Art. 25 vor, sondern die Möglichkeit, gestützt auf Art. 41 Abs. 1 lit. b i.V. mit Art. 1 Buchstabe C Ziffer 5 der Flüchtlingskonvention von 1951, wegen Wegfalls der Verfolgungsgefahr das Asyl zu widerrufen und gemäss Art. 41 Abs. 2 die Flüchtlingseigenschaft abzuerkennen. Für diesen Entscheid ist nicht die kantonale Strafvollzugsbehörde, sondern gemäss Art. 44 der DFW zuständig. Sein Entscheid gilt, sobald er rechtskräftig geworden ist, gemäss Art. 41 Abs. 2 AsylG ebenfalls «gegenüber allen eidgenössischen und kantonalen Behörden».

Hier, wie (analog) auch bei den nachstehend diskutierenden Kategorien gilt für das *Rechtsmittelverfahren* folgendes: Gegen die Verletzung von Art. 25 oder 45 AsylG und von Art. 3 EMRK durch die kantonalen Strafvollzugsinstanzen steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung;[8] Verstösse gegen Art. 33 Flüchtlingskonvention sind dagegen nach dem (nicht unbestrittenen) heutigen Stand der Praxis wohl mit Verwaltungsbeschwerde beim Bundesrat i.S. von Art. 73 Abs. 1 lit. b VwVG zu rügen.[9]

b) Straftäter mit negativem Asylentscheid

Ist über den Vollzug der Landesverweisung eines Straftäters in einem Zeitpunkt zu entscheiden, in welchem ein negativer Asylentscheid bereits rechtskräftig geworden ist, muss differenziert werden: Wurde die Flüchtlingseigenschaft geprüft und ausdrücklich verneint, liegt darüber ein rechtskräftiger Entscheid vor, den

eine andere Behörde nicht mehr vorfrageweise in Zweifel ziehen darf.[10] Ist allerdings zwischen Asylentscheid und Vollzugsentscheid im Strafverfahren einige Zeit vergangen oder haben sich die Verhältnisse in der Zwischenzeit verändert, muss die kantonale Vollzugsbehörde auf entsprechende Einwände des Straftäters eingehen und sie prüfen: Für die Anwendung der völkerrechtlichen Rückschiebungsverbote ist nämlich die Situation im Zeitpunkt der Rückschaffung massgebend. In jedem Fall darf aus der Verneinung der Flüchtlingseigenschaft nicht automatisch auf die Zulässigkeit des Vollzugs der Landesverweisung geschlossen werden: Die Gründe für oder gegen den Vollzug der Landesverweisung decken sich mit jenen der Wegweisung gemäss Art. 21a AsylG nicht; deshalb sind gemäss BGE 103 Ib 26 in einem solchen Fall fremdenpolizeiliche Überlegungen für die Strafvollzugsbehörden ohne Belang.[11]
Ist das Asylgesuch (z.B. gestützt auf Art. 6 oder 8 AsylG) ohne Prüfung der Flüchtlingseigenschaft abgewiesen worden, hat die kantonale Vollzugsbehörde frei und umfassend zu prüfen, ob dem Straftäter im Heimatstaat flüchtlingsrechtlich relevante Verfolgung drohen würde. In einem solchen Fall entfaltet, wie die Entstehungsgeschichte von Art. 25 AsylG zeigt, der Asylentscheid keinerlei Bindungswirkung: Gemäss der bundesrätlichen Botschaft bedeutet «die Asylverweigerung noch keine verbindliche Negierung des Vorliegens der Flüchtlingseigenschaft», wenn z.B. das Gesuch abgelehnt werde, weil der Flüchtling bereits in einem andern Staat Schutz gefunden habe.[12] Unter diesen Umständen gilt die allgemeine Regel, wonach bei Fehlen eines entsprechenden gesetzlichen Verbotes Entscheide anderer Behörden die vorfrageweise Prüfung nicht hindern.[13]

2. Vollzugsentscheid ohne Bezug zum Asylverfahren

Auch Straftäter, die kein Asylgesuch gestellt haben und nicht beabsichtigen, ein solches zu stellen, können sich beim Vollzug der Landesverweisung auf Art. 45 AsylG und Art. 3 EMRK berufen. Das ergibt sich aus der Tatsache, dass das Non-Refoulement-Prinzip des Füchtlingsrechts nicht nur für formell anerkannte Flüchtlinge, sondern für jedermann gilt, der materiell Flüchtling ist, [14] und die Menschenrechte der EMRK von jeder Behörde in jedem Verfahren zu beachten sind. Die kantonale Vollzugsbehörde hat selbständig und umfassend die erhobenen Einwände zu prüfen und darüber zu entscheiden. Sie darf den Straftäter nicht zwingen, ein Asylgesuch zu stellen oder seine Vorbringung mit dem Argument zurückzuweisen, die Tatsache, dass er kein Gesuch gestellt habe, beweise, dass er kein Flüchtling sei.[15]

3. Vollzugsentscheid während eines hängigen Asylverfahrens

Problematisch sind die Verhältnisse, wenn im Zeitpunkt des Entscheides über den Vollzug der Landesverweisung noch ein Asylgesuch vor dem DFW oder der Beschwerdeinstanz hängig ist. Weder Asyl- noch Verwaltungsverfahrensgesetz sehen hierfür irgendwelche Regeln vor. In solchen Fällen dürfen Zweckmässigkeits- und Praktikabilitätsüberlegungen beim Entscheid eine Rolle spielen, welche Behörde ihr Verfahren sistieren soll. Der erwähnte BGE 111 IV 14 gibt dafür deutliche Hinweise: Das Bundesgericht hat dort die Dispensierung des Strafrichters vom Entscheid über die flüchtlingsrechtlichen Aspekte der Zulässigkeit einer Landesverweisung im wesentlichen damit begründet, dem Richter sei die «Problematik des Asyl- und Flüchtlingsrechts» wenig vertraut; zudem liesse sich so die Gefahr von Widersprüchen zu Entscheiden der zuständigen Asylbehörde vermindern. Diese Argumente lassen sich auf das Verhältnis zwischen kantonaler Strafvollzugsbehörde und dem DFW übertragen: Die kantonale Behörde dürfte in aller Regel kaum in der Lage sein, die behauptete Verfolgungsgefahr wirklich abzuklären und wenig Erfahrung im Umgang mit den nationalen und internationalen Normen des Flüchtlingsrechts besitzen. Zudem wäre es kaum erträglich, wenn die kantonalen Behörden einen Straftäter in seine Heimat zurückschaffen würden, welchen der DFW als Flüchtling einstufen müsste, der nicht unter Art. 45 Abs. 2 AsylG fällt: Hier würde die kantonale Behörde im Ergebnis die Anwendung des Asylgesetzes verhindern, und der Flüchtling würde Opfer einer Behandlung, die er nicht erleiden müsste, wenn (zufälligerweise) der DFW schneller als die kantonale Behörde entschieden hätte.[16] Die Tatsache, dass Art. 25 AsylG alle Behörden an den positiven Asylentscheid bindet, ist zudem Indiz dafür, dass der Entscheid über die Flüchtlingseigenschaft im Gegensatz zu früher heute so weit als möglich beim DFW zentralisiert werden soll.
Herr Schöni hält zwar mit Hinweis auf die Praxis die Sistierung des kantonalen Verfahrens bis zum Entscheid des DFW ebenfalls für sinnvoll, gibt aber zu bedenken, im Fall eines wegen besonders schwerer Verbrechen verurteilten Asylbewerbers ändere «selbst die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft nichts am Vollzug der Entfernungsmassnahme».[17] Dem ist zu widersprechen: Eine solche Verurteilung genügt für sich allein nicht für die Anwendung von Art. 45 Abs. 2 AsylG; sie wird gemäss der bundesrätlichen Botschaft «nicht in jedem Fall ohne weiteres die zwangsweise Ausschaffung nach sich ziehen können».[18] Auch bei Schwerverbrechern ist nämlich zu prüfen, ob sie gemeingefährlich sind, ob das Interesse der Schweiz an der Entfernung dasjenige des Flüchtlings am Schutz vor Verfolgung überwiegt und ob allenfalls der absolute Rückschiebungsschutz von Art. 3 EMRK greift.[19]

Anmerkungen

[1] Siehe z.B. die Ansicht des Bundesrates, die heutige Handhabung des Rechtsmittelweges bleibe «unbefriedigend» und müsste an sich im Rahmen einer Gesetzesrevision geprüft werden (Entscheid des Bundesrates vom 22. August 1984, VPB 49/1985, Nr. 1, S. 189).

[2] BGE 111 IV 12ff. betrifft einen Straftäter, dessen Asylgesuch im Zeitpunkt des Strafurteils noch hängig war. Ob der Grundsatz des Bundesgerichts sich auf anerkannte Flüchtlinge ohne weiteres übertragen lässt, erscheint zweifelhaft. Laut Art. 25 AsylG ist der Strafrichter in einem solchen Fall an die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft des Täters gebunden (vgl. dazu Ziff. 1a dieses Artikels). Die Frage der Bedrohung kann also nicht mehr geprüft werden. Unter diesen Umständen stellt sich nur noch die Frage, ob die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 45 Abs. 2 AsylG gegeben sind. Dies ist eine Rechtsfrage, die der Strafrichter ebensogut beantworten kann wie die Strafvollzugsbehörde und für deren Entscheidung die Verhältnisse im Zeitpunkt der Entlassung aus dem Strafvollzug in den meisten Fällen eine untergeordnete Rolle spielen (in diesem Sinne die frühere Praxis: Urteil des bernischen Obergerichts vom 23. März 1966 i. S. Divalcsek, ZBJV 1972, S. 129; unpubl. Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 1966 i. S. St.; Obergericht Luzern in RS 1969, Nr. 72, 44).

[3] *Heinz Schöni,* Asylverfahren und gerichtliche Landesverweisung nach Art. 55 StGB, ASYL 1988/1, S. 14.

[4] BGE 105 II 311 E. 2; 102 Ib 369, 101 III 8, 98 Ia 120.

[5] Botschaft zum Asylgesetz vom 31. August 1977, BBl 1977 III 128.

[6] Zur fehlenden Bindungswirkung des negativen Asylentscheides siehe nachstehend lit. b.

[7] Vgl. dazu *Walter Kälin,* Das Prinzip des Non-Refoulement; Bern 1982, S. 130ff., 279ff.

[8] Vgl. BGE 106 IV 332, 103 Ib 20, 102 Ib 36; *Robert Hauser,* Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a. M. 1984, S. 308.

[9] Vgl. VPB 49/1985, Nr. 1, S. 15ff. und BGE 101 IV 375, welche allerdings die Anfechtung des Strafurteils betreffen. Auf die Problematik dieser Praxis kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. dazu aber die immer noch gültige Kritik bei *Viktor Lieber,* Wer entscheidet über die Landesverweisung von Flüchtlingen?, SJZ 74/1978, S. 23f.

[10] BGE 105 II 311; zitiert oben bei Anm. 4.

[11] In diesem Fall hat das Bundesgericht die Beschwerde eines wegen Drogendelikten und Veruntreuung zu zwei Jahren Zuchthaus verurteilten Malaysiers gutgeheissen und an die kantonalen Instanzen zur Prüfung der Frage zurückgewiesen, ob die Landesverweisung deshalb probeweise aufzuschieben sei, weil die Resozialisierungschancen in der Schweiz angesichts der hiesigen Unterstützung durch Gattin und Arbeitgeber *und* wegen der Gefahr ethnischer Diskriminierung in der Heimat besser seien.

[12] Botschaft (Anm. 5), S. 128.

[13] BGE 105 II 311.

[14] Siehe *Kälin* (Anm. 7), S. 88ff. mit Hinweisen.

[15] Das wäre schon deshalb widersprüchlich, weil der verurteilte Straftäter wegen Asylunwürdigkeit gemäss Art. 8 AsylG ohnehin keine Aussicht auf Asylgewährung hat.

[16] Vgl. oben Ziff. 1a.

[17] *Schöni* (Anm. 3), S. 14.

[18] Botschaft (Anm. 5), S. 138.

[19] Siehe hierzu *Kälin* (Anm. 7), S. 130ff, 279ff.; ders., Drohende Menschenrechtsverletzung im Heimatstaat als Schranke der Rückschiebung gemäss Art. 3 EMRK, ZAR 1986, S. 172ff.

Walter Schmid, SFH

Vollzug rechtskräftiger Wegweisungsverfügungen

Kürzlich hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ein Kreisschreiben an die Polizeidirektionen der Kantone versandt, das für die praktische Arbeit von Rechtsanwälten, Beratungsstellen und Betreuern von einiger Bedeutung sein wird und darüber hinaus langfristig nicht ohne asylpolitische Konsequenzen bleiben dürfte (KS des EJPD v. 7.3.1988 «Vollzug rechtskräftiger Wegweisungsverfügungen»). Im folgenden wollen wir die bekanntgegebenen Praxisänderungen hinsichtlich des Vollzugs rechtskräftiger Wegweisungsverfügungen vorstellen und anschliessend kurz kommentieren.

Neue Zuständigkeit zur Fristenansetzung

Die entscheidende Praxisänderung besteht darin, dass der Beschwerdedienst in Zukunft *keine Ausreisefristen* mehr ansetzen, sondern der ersten Instanz im Dispositiv einen Auftrag zur Ansetzung einer Ausreisefrist erteilen wird. Das Kreisschreiben unterscheidet vier Fälle:

- Der DFW wird bei Ablehnung des Asylgesuches gleichzeitig die Wegweisung mit Frist zur Ausreise und neu die Androhung der Ausschaffung im Falle des Nichtbefolgens verfügen. Wird dagegen keine Beschwerde erhoben, so stellt der DFW dem Kanton wie bisher zusammen mit allfälligen Reisepapieren eine Rechtskraftbescheinigung zu.
- Lehnt das Departement eine Beschwerde ab, so soll das Dispositiv der Beschwerdeabweisung neben der Urteilformel inskünftig den Auftrag an den DFW zur Aktualisierung der Fristansetzung gemäss Erwägungen im Entscheid enthalten.
- Verfügt das Bundesamt für Ausländerfragen (BFA) im Fremdenpolizeiverfahren eine Wegweisung, so setzt sie wie bisher eine Ausreisefrist an.
- Lehnt das Departement in einem Fremdenpolizeiverfahren eine Beschwerde rechtskräftig ab, so hält es im Dispositiv den Auftrag zur Fristansetzung und zur Vollstreckung durch das BFA fest.

Vollzug des Departementsentscheides

Der Beschwerdedienst stellt dem Kanton eine Kopie des negativen Departementsentscheides zu. Die Akten gehen zurück an die erste Instanz (im Falle des DFW an die Sektion «Ausreise und Aufenthalt»). Die erste Instanz wird in jedem Fall eine zusätzliche Rechtskraftbescheinigung an die Betroffenen und die Kantone versenden, und darin das Ausreisedatum vermerken. Damit ein Departementsentscheid vollziehbar wird, bedarf es demnach in Zukunft nicht nur des ablehnenden Beschwerdeentscheides, sondern zusätzlich der Rechtskraftbescheinigung samt Ausreisedatum, zugestellt durch den DFW bzw. das BFA.

Fristen und Erstreckungsgesuche

An der Dauer der angesetzten Ausreisefristen soll nichts Wesentliches geändert werden. Der Beschwerdedienst wird in den Erwägungen seiner Entscheidung

eine Minimalfrist nennen, die ihm angemessen erscheint. Die erste Instanz kann dann das Ausreisedatum auf einen Zeitpunkt nach Ablauf dieser Frist festsetzen. Mit dieser juristisch vermutlich einmaligen Konstruktion soll verhindert werden, dass die Fristansetzung durch die erste Instanz beschwerdefähig wird.
Gesuche um Erstreckung einer Ausreisefrist (das Kreisschreiben spricht von «Verlängerungsgesuchen» – korrekt wäre wohl «Gesuch um Verschiebung des Ausreisetermins») sind inskünftig stets an den DFW bzw. das BFA zu richten, auch dann, wenn der Endentscheid vom Departement gefällt wurde.
Wie bis anhin bleiben die Kantone befugt, Ausreisefristen in eigener Kompetenz bis zu einem Monat zu erstrecken. Den Kantonen wird überdies nahegelegt, den Ausländer kurz vor Ablauf der Wegweisungsfrist noch einmal vorzuladen, um sich über seine Ausreisevorbereitungen zu erkundigen. Bei diesen Gesprächen könnten Anhaltspunkte für die allfällige Anordnung einer Ausschaffungshaft gewonnen werden.

Kommentar

Ausgangspunkt dieser Praxisänderung ist einmal mehr der überforderte Beschwerdedienst. Fristerstreckungs-, Wiedererwägungs- und Revisionsbegehren offenbar hilflos ausgeliefert, vermag er seinen Beitrag zum Vollzug rechtskräftiger Wegweisungsverfügungen nicht mehr zu leisten. Dies hat das Departement dazu bewogen, die Kompetenz zur Fristansetzung in allen Asylverfahren dem Delegierten zu übertragen. Niemanden erstaunt, dass man der dynamischeren ersten Instanz eher zutraut, diese Aufgabe zu lösen. Doch hat man auch die Konsequenzen bedacht?
Zu den *juristischen Konsequenzen:* Im eigensinnigen, aber durchaus fantasiereichen Laboratorium erstinstanzlicher Rechtsfindung wurde die bisherige Ausreisefrist in zwei Komponenten getrennt: Eine Minimalfrist des Departements und ein Ausreisedatum der ersten Instanz. Die entscheidende Komponente ist dabei das Ausreisedatum, während die Minimalfrist als Frist ein eher trauriges Leben fristet, denn sie entfaltet nicht einmal die Rechtswirkungen einer Ordnungsfrist. Es würde mich wundern, wenn dieser interpretatorische Akt auf dem hohen Seil ohne jedes dogmatische Sicherheitsnetz gut ausgeht.
Die *rechtsstaatlichen Bedenken:* Die neue Regelung führt zu einer weiteren Verschiebung der Kompetenzen von der zweiten Instanz zum Delegierten. Er wird inskünftig in jedem Fall die letzte und zwar ganz konkrete Verantwortung für den Vollzug einer Wegweisung tragen. Die am Schluss alles entscheidende Frage, ob und wie lang eine Ausreisefrist angesetzt wird, bleibt nun in allen Fällen ihm allein überlassen. Das Beschwerdeverfahren entwickelt sich mehr und mehr zur Papiermühle. Jeder weiss, dass der Delegierte die Verantwortung nicht scheut, doch rechtsstaatlich ist es äusserst fragwürdig, wenn sich das Departement als zweite Instanz in diesen entscheidenden Fragen aus der Verantwortung stiehlt und in den politischen Windschatten verkriecht.
Schliesslich die *asylpolitischen Konsequenzen:* Man braucht nicht Hellseher zu sein, um vorauszusagen, dass sich der Personenkreis der rechtskräftig Weggewiesenen, denen jedoch aus irgendwelchen Gründen kein Ausreisedatum angesetzt wird, vergrössert wird. Heute sind es noch vorwiegend die Tamilen, doch bald schon dürften andere Gruppen dazu stossen, die zwar ab- und weggewiesen, jedoch (noch) nicht vorläufig aufgenommen oder ausgeschafft werden. Damit entsteht eine neue Gruppe von Geduldeten, die in der Rechtsordnung nicht vorgesehen ist. Diese wird die eben erst neugeschaffene Gruppe der vorläufig Aufgenommenen längerfristig unterschichten. Das neue Kreisschreiben ist ein wohl eher unbewusster als bewusster Schritt in diese Richtung.

Philippe Bois, professeur à l'Université de Neuchâtel

Le DFJP et les avances de frais; curieuse interprétation de la loi

Classiquement, lorsqu'on cherche à diminuer le nombre de cas soumis à une autorité administrative ou judiciaire, on recourt à la demande d'avance de frais. Plus la somme est élevée, plus joue la dissuasion.
Le Département fédéral de justice et police (DFJP) exige de telles avances des requérants d'asile non entretenus par l'assistance. Les montants ont tendance à prendre de l'importance (prétexte pris des recherches nécessaires). On peut se demander si cette manière d'agir est conforme au droit.
Dans une affaire X., le DFJP a demandé FS 600.–, à titre d'avance, à payer sous peine d'irrecevabilité. Il se fondait sur l'art. 63 IV LPA, exclusivement, ne mentionnant pas l'art. 33 II. L'art. 63 IV est clair, et ne prête pas à de longues interprétations: l'avance de frais peut être demandée à un recourant qui n'a pas de domicile fixe. Dans ce cas X., le recourant avait un domicile connu en Suisse. Le Conseil fédéral n'a pas donné suite à une dénonciation. Il est intéressant d'examiner les arguments du DFJP, dans ses observations, et ceux du CF.
Le DFJP ne se prononce pas clairement sur la notion de domicile. Il laisse entendre qu'il faut trancher de cas en cas, et, tout en admettant que dans une telle situation les art. 23 et ss. CCS sont applicables, il contourne l'obstacle. En particulier, il se réfère à une phrase de l'ATF 113 II 5, Y., pour en tirer, audacieusement, que le TF a voulu une différence entre le domicile civil de droit privé et, si l'on ose dire, le domicile civil de droit

public. Cette manière de voir est criticable; J.-M. Grossen (Droit des personnes, Traité de droit privé suisse, Fribourg 1974, II 2, p. 71) se rallie au principe de l'unité (n. 43), suivi par H. Deschenaux/P. Tercier (Personnes physiques et tutelle, Berne 1986, p. 94, qui citent la thèse de U. Vischer, Bâle 1977, où la question n'est pas abordée).
Le Conseil fédéral tranche clairement la question, admettant sans réserve qu'il y a domicile, mais contestant qu'il soit fixe. Il se rallie, à raison, à la thèse de l'unité, et suit en cela la doctrine dominante. Il se fonde, pour ne pas donner suite à la plainte, sur le fait que le recourant a changé trois fois d'adresse au cours de la procédure, soit en 8 mois. Dans la mesure où ces changements ont été communiqués à l'autorité, on peut douter qu'ils soient de nature à mettre en cause la «fixité»: l'important est de pouvoir atteindre l'intéressé (ce que l'on sait très bien faire en cas de refoulement). Peu importe pour le moment: il est établi que le domicile du requérant est en Suisse. Dans de nombreux cas, les décisions exigeant l'avance des frais ne reposent donc pas sur une base légale et sont contraires au droit.
La décision attaquée ne mentionnait que l'art. 64 IV. Le DFJP estime toutefois, se fondant sur l'art. 5 I de l'OCF sur les frais (RS 172.041.0), que l'art. 33 est subsidiaire et s'applique de lui-même. Le raisonnement est curieux, et le CF n'a même pas jugé bon d'y faire référence. Si le DFJP veut se garantir de frais d'expertise, il doit le préciser dans sa décision sur frais, et le motiver. Rien de tel n'avait été fait.
Une fois encore, on relève dans un dossier des vices de procédure qui ne sont pas sanctionnés par le CF. A l'extrême limite, on pourrait soutenir, du côté des autorités, que l'examen à l'occasion d'une dénonciation est par nature très flou. Mais il en résulte ceci: comme la décision sur frais est rendue par le DFJP, elle ne peut pas faire l'objet d'un recours. La nécessité d'une autorité *judiciaire* de recours apparaît clairement.

Peter Schütz, Stabsmitarbeiter beim DFW

Die asylrechtliche Behandlung von Wehrdienstverweigerern

In jüngster Zeit hat die Frage wieder an Aktualität gewonnen, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen Dienstverweigerer als Flüchtlinge anerkannt werden können. Losgelöst von den teilweise sehr unterschiedlichen länderspezifischen Gegebenheiten, die bei der Beurteilung eines jeden Einzelfalles zu berücksichtigen sind, werden im folgenden die herrschende Lehre und Praxis zu diesem Problembereich aufgezeigt. Nach einer Begriffserklärung und einigen Vorbemerkungen ist der Frage nachzugehen, ob bereits die *Einberufung zum Wehrdienst* eine Verfolgungsmassnahme im Sinne von Art. 3 AsylG darstellen kann. Anschliessend wird geprüft, ob und unter welchen Gegebenheiten die *Bestrafung wegen Wehrdienstverweigerung* asylrelevant werden kann. Den Schluss bilden einige Bemerkungen zur Behandlung von nicht als Flüchtlinge anerkannten Wehrdienstverweigerern im Wegweisungsverfahren.

A. Begriffserklärung

In der Diskussion zum Thema Wehrdienstverweigerung werden hauptsächlich die Ausdrücke Refraktäre, Deserteure und Dienstverweigerer verwendet. Dabei meint man mit *Refraktären* Personen, die einem Aushebungsbefehl keine Folge leisten und sich den Militärbehörden nicht stellen. *Deserteure* dagegen sind Wehrmänner, die ohne Befehl, Erlaubnis oder Beurlaubung ihre Truppe oder den angestammten Einsatzort verlassen. Von einem *Dienstverweigerer* spricht man dann, wenn jemand zu einer befohlenen Dienstleistung nicht einrückt, einem Marschbefehl nicht gehorcht. Dienstverweigerer können Refraktäre oder bereits ausgebildete Wehrmänner sein.[1]
Da es aufzuzeigen sein wird, dass es bei der asylrechtlichen Beurteilung dieser Frage keine Rolle spielt, ob es sich um Dienst im Rahmen der militärischen Ausbildung in Friedenszeiten oder um Kriegsdienst handelt[2] und demnach in allen Fällen eine einheitliche Betrachtungsweise geboten scheint[3], wird im folgenden die ganze Problematik unter dem Begriff *Wehrdienstverweigerung* abgehandelt.

B. Vorbemerkungen

Unbestritten ist, dass das Recht zur Organisation der Selbstverteidigung zu den originären und souveränen Rechten jedes Staates gehört. Aufgrund dieses Rechtes können die Staaten die Wehrpflicht ihrer Bürger als staatsbürgerliche Pflicht einführen und die Erfüllung der Pflicht durch Strafandrohungen sichern.[4]
Darüber hinaus erlangt die Verpflichtung, Wehrdienst zu leisten, auch nicht schon dann asylrechtliche Bedeutung, wenn die Streitkräfte nicht zur Abwehr eines Angriffs von aussen, sondern im Falle eines inneren Notstandes zur Bekämpfung von Aufständen eingesetzt werden. Denn die Wehrpflicht dient herkömmlicherweise dazu, den Staat gegenüber Bedrohungen zu sichern. Dabei gehört es zu den traditionellen Grundsätzen, dass das Militär zur Abwehr äusserer und innerer Herausforderungen gleichermassen herangezogen werden darf[5] (vgl. hiezu insb. Art. 2 i. V. m. Art. 16–19 BV).
Die Heranziehung zum Wehrdienst und die Bestrafung wegen Wehrdienstverweigerung, die ungeachtet der politischen und religiösen Überzeugung des Betroffenen erfolgt, werden noch nicht dadurch zur Verfolgungsmassnahme, dass der betreffende Staat politi-

schen oder religiösen Zielen nachstrebt, die nicht den politischen oder religiösen Anschauungen des einzelnen Wehrpflichtigen entsprechen.[6,7]
Die Prüfung der Relevanz einer zur Asylbegründung geltend gemachten Wehrdienstverweigerung hat unter zwei Gesichtspunkten zu erfolgen. Einerseits kann die *Einberufung* zur Wehrdienstleistung als solche bereits eine Verfolgungsmassnahme im Sinne von Art. 3 AsylG darstellen, und anderseits kann eine *Bestrafung* wegen Wehrdienstverweigerung zu einer Verfolgung aus einem in Art. 3 AsylG genannten Grund werden. Ob die Heranziehung zum Wehrdienst und eine Bestrafung wegen Wehrdienstverweigerung eine asylbeachtliche Verfolgungsmassnahme darstellen, richtet sich danach, ob diesen staatlichen Massnahmen neben ihren allgemeinen – asylrechtlich nicht relevanten – Intentionen auch eine Verfolgungstendenz innewohnt.[8, 9]

1. Die Einberufung zum Wehrdienst als Asylgrund

Um zu beurteilen, ob die Heranziehung zum Wehrdienst eine Verfolgungsmassnahme im Sinne von Art. 3 AsylG darstellt, ist von der Zielrichtung der dem Betroffenen auferlegten Verpflichtung auszugehen. Zu prüfen ist deshalb, ob einer derartigen Verpflichtung allenfalls neben ihrer allgemeinen und asylrechtlich unbedenklichen Intention auch eine *Verfolgungstendenz* innewohnen könnte. Das wäre etwa der Fall, wenn damit zugleich
- eine politische Disziplinierung und Einschüchterung von politischen Gegnern in den eigenen Reihen,
- eine Umerziehung von Andersdenkenden oder
- eine Zwangsassimilation von Minderheiten

bezweckt würde. Es ist m.a.W. zu prüfen, ob *aus der Sicht des Staates* die Einberufung zum Kriegsdienst *darauf abzielt,* in der Person des Betroffenen einen politischen Gegner oder den Inhaber einer bestimmten weltanschaulichen Gesinnung oder religiösen Überzeugung zu treffen. Dies kann etwa dann angenommen werden, wenn eine *zielgerichtete Auswahl nach bestimmten, im Sinne von Art. 3 AsylG relevanten Eigenschaften und Überzeugungen* unter den Wehrpflichtigen stattfindet. Eine solche Verfolgungsmotivation kann dann gegeben sein, wenn ein aus nationalen, religiösen oder politischen Gründen gespeister Widerstand weiter Kreise der Bevölkerung gegen eine dem Land durch fremde Macht aufgezwungene Umwälzung seines staatlichen Lebens nach wie vor unvermindert anhält und unter diesen Umständen aus der Sicht des Regimes jeder, der sich ihm nicht positiv zur Verfügung stellt, als politischer Gegner gilt und die Zwangsrekrutierung demgemäss nicht nur zur Auffüllung der militärischen Verbände, sondern auch zur Disziplinierung und Einschüchterung des in jedem Rekruten vorab vermuteten politischen oder religiösen Gegners eingesetzt wird.[10] Ist die Verfolgungsabsicht des Staates Ausgangspunkt der asylrechtlichen Betrachtungsweise, so stellt Werenfels zu Recht fest, dass die von ihm aufgeführten Einzelfälle nicht geeignet sind, der Asylpraxis gegenüber Wehrdienstverweigerern neue Wege zu weisen.[11] Vor allem in der deutschen Asylpraxis, die sich allerdings auf ein vom schweizerischen abweichendes Verfassungsverständnis (kein Zwang zum Dienst mit der Waffe[12]) abstützt, hat das Vorliegen eines durch die Militärdienstpflicht ausgelösten, schweren und aktuellen Gewissenskonfliktes verschiedentlich zur Asylgewährung geführt. Diese Praxis schafft jedoch praktisch unlösbare Abgrenzungsschwierigkeiten, weil die beim Gesuchsteller vorhandene Motivation keine Rückschlüsse auf die Verfolgungsmotivation des Staates zulässt. Beim Gesuchsteller vorhandene schwere und aktuelle Gewissenskonflikte sollten daher nur bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Wegweisung berücksichtigt werden.

2. Die Bestrafung wegen Wehrdienstverweigerung als Asylgrund

Eine wegen Wehrdienstverweigerung zu befürchtende Bestrafung kommt nur dann als Asylgrund in Betracht, wenn sie sich für den Betroffenen als Verfolgung aus einem in Art. 3 AsylG abschliessend aufgezählten Grund darstellt. Das ist nicht der Fall, wenn es sich bei der Bestrafung um eine reine Kriminalstrafe wegen Verletzung staatsbürgerlicher Pflichten[13] handelt.[14] Die Bestrafung wegen Wehrdienstverweigerung stellt m.a.W. solange keine asylbeachtliche Verfolgungsmassnahme dar, als sie ausschliesslich in der begangenen Wehrdienstverweigerung begründet liegt.
Sie wird dagegen dann zur asylrelevanten Verfolgung, wenn es die erkennbare Absicht des Staates ist, von der Zielrichtung der Strafe her nicht nur die Einhaltung der Wehrpflicht zu sichern, sondern weitergehend eine in der Wehrdienstverweigerung zum Ausdruck kommende abweichende Geisteshaltung zu eliminieren, den Andersdenkenden zu disziplinieren und einzuschüchtern bzw. dessen Umerziehung zu erreichen.[15, 16]
Da jedoch der Straftatbestand der Wehrdienstverweigerung nicht politischen, sondern kriminellen Charakters ist, müssen an die Verweigerungsgründe strenge Anforderungen gestellt werden. Bei Wehrdienstverweigerung wird nämlich nur in Ausnahmefällen eine Verfolgung aus einem Grund gemäss Art. 3 AsylG drohen. Eine asylrelevante Verfolgung wird jedenfalls dann zu verneinen sein, wenn die abweichende Geisteshaltung

Wir sind auf Ihre Mitarbeit angewiesen!

Teilen Sie uns Ihre Erfahrungen mit, schicken Sie uns interessante Entscheide, schreiben Sie Artikel, kritisieren Sie uns –
und abonnieren Sie ASYL!

Artikel und Zuschriften werden in ASYL in der vom Verfasser gewählten Landessprache abgedruckt.

des Verweigerers erst mit seiner Einberufung oder der Passverweigerung offenbar wird.[17] Gleiches gilt um so mehr, wenn der Entschluss zur Wehrdienstverweigerung ausserhalb des Heimatstaates gefasst wird. In solchen Fällen wird lediglich im Rahmen der Beurteilung der Zumutbarkeit der Wegweisung zu prüfen sein, ob im konkreten Fall dem Vollzug der Wegweisung allenfalls Art. 3 EMRK entgegenstehen könnte.

3. Die Behandlung von Wehrdienstverweigerern im Wegweisungsverfahren

Wenn die geltendgemachte Wehrdienstverweigerung im Einzelfall nicht zur Asylgewährung führen kann, ist im Wegweisungsverfahren zu prüfen, ob sich der Vollzug der Wegweisung durch Rückweisung in den Heimatstaat mit den von der Schweiz im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) übernommenen internationalen Verpflichtungen vereinbaren lässt.

Dass die *Verpflichtung, Wehrdienst zu leisten,* mit der EMRK und inbesondere mit dem Verbot der Zwangsarbeit (Art. 4 EMRK) vereinbar ist und demnach eine Ausweisung in den Heimatstaat keine unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK darstellt, stellte die Europäische Menschenrechtskommission im Falle eines pazifistisch eingestellten ägyptischen Wehrdienstverweigerers fest.[18]

Dagegen kann die *Bestrafung wegen Wehrdienstverweigerung* je nach ihrer Ausgestaltung eine unmenschliche Behandlung darstellen, die einer Rückweisung entgegensteht. Der Betroffene hat diesfalls glaubhaft darzulegen, dass ihm im Falle der Rückweisung die *konkrete Gefahr* einer Folter oder unmenschlichen Behandlung droht. Es müssen somit *schwerwiegende Gründe* für die Befürchtung sprechen, dass er im Falle der Rückweisung einer solchen Behandlung unterworfen wird. Gemäss Praxis der schweizerischen Asylbehörden müssen die Höhe einer Strafe sowie die Strenge der Haftbedingungen zum Schuldvorwurf in einem angemessenen Verhältnis stehen, damit sie einer Ausschaffung nicht entgegenstehen und diese nicht unzumutbar ist.[19]

4. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Asylrecht, das allein dem Schutz der aus den in Art. 3 AsylG abschliessend aufgezählten Gründen verfolgten Personen dient, es nicht zur Aufgabe hat, vor den allgemeinen Unglücksfolgen zu bewahren, die aus Krieg, Bürgerkrieg, Revolution und sonstigen Unruhen hervorgehen. Soweit Schutz vor solchen Unglücksfolgen geboten erscheint, m. a. W. der Vollzug der Wegweisung aus völkerrechtlichen Gründen (Art. 3 EMRK) *nicht zulässig* oder aus humanitären Überlegungen[20] *nicht zumutbar* ist, ist dieser Schutz nicht über das dafür nicht bestimmte Asylrecht, sondern gemäss den für alle Ausländer geltenden Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme [21] zu gewähren.[22]

Anmerkungen

[1] *Samuel Werenfels,* Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht, Diss., Bern 1987 (zit. Werenfels), pag. 256, m.w.H.

[2] *Viktor Lieber,* Die neuere Entwicklung des Asylrechts im Völkerrecht und Staatsrecht, Diss., Zürich 1973 (zit. Lieber), pag. 126

[3] *Marx/Strate/Pfaff,* Kommentar zum Asylverfahrensgesetz, 2. Aufl., Frankfurt 1987 (zit. Marx/Strate/Pfaff), pag. 190, N 349

[4] BVerwG, 17.7.1979 zitiert in *Reinhard Marx,* Asylrecht, Band 1: Rechtsprechungssammlung mit Erläuterungen, 4. Aufl., Baden-Baden 1984 (zit. Marx), pag. 456, 63.32; vgl. hiezu auch UNHCR, Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, deutsche nicht-amtliche Übersetzung, Genf 1979 (zit. Handbuch HCR), pag. 48, N 167, *Lieber,* pag. 126; *Wolfgang G. Beitz / Michael Wollenschläger,* Handbuch des Asylrechts, Band 1, Baden-Baden, 1980 (zit. Beitz/Wollenschläger), pag. 218; *Otto Kimminich,* Asylrecht, Berlin 1968 (zit. Kimminich), pag. 92; *Christoph Gusy,* Asylrecht und Asylverfahren in der BRD, Diss., 1980 (zit. Gusy), pag. 130; *Klaus Schaeffer,* Asylberechtigung, Diss., 1980 (zit. Schaeffer), pag. 30

[5] *Marx,* pag. 84, 11.9

[6] *Marx,* pag. 440, 63.1 und 452, 63.25

[7] Handbuch HCR, pag. 48, N 171: «Nicht immer wird die Überzeugung eines Menschen, der desertiert ist oder sich der Einberufung entzogen hat, wie echt diese auch sein mag, ein ausreichender Grund für seine Anerkennung als Flüchtling sein. Es genügt nicht, dass eine Person nicht mit der Auffassung ihrer Regierung in der politischen Rechtfertigung einer bestimmten militärischen Aktion übereinstimmt. ...»

[8] *Marx,* pag. 90, 11.90

[9] Handbuch HCR, pag. 48, N 169: «Ein Deserteur oder jemand, der sich der Einberufung entzieht, kann auch als Flüchtling angesehen werden, wenn er dartun kann, dass er aufgrund seiner Rasse, Religion, Nationalität, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politischen Überzeugung wegen seines militärischen Vergehens eine unverhältnismässig schwere Strafe zu erwarten hätte. Das gleiche gilt, wenn er – abgesehen von der Strafe wegen Desertion – aus den genannten Gründen begründete Furcht vor Verfolgung geltend machen kann.»

[10] BVerwGE 69, 320 (322) im Falle eines afghanischen Asylbewerbers, zitiert in *Marx/Strate/Pfaff,* pag. 193, N 357; vgl. hiezu insb. *Marx,* pag. 82, 11.7: «...Die Armee, in der Politinstrukteure zur Indoktrinierung und Umerziehung Andersdenkender eingesetzt sind, ist zu einem Instrument gesellschaftlicher Umwälzung durch eine Regierung geworden, die dem afghanischen Volk unter Verletzung des Selbstbestimmungsrechts durch die Sowjetunion aufgezwungen worden ist...»

[11] *Werenfels,* pag. 259ff.

[12] Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Art. 12a Abs. 2 Bonner Grundgesetz; vgl. zum Kerngehalt von Art. 4 Abs. 3 GG insb. *Franz W. Seidler,* Wehrpflicht und Kriegsdienstverweigerung, Bundeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), 1984, pag. 59

[13] vgl. «Vorbemerkungen» (hievor) und zur schweizerischen Asylpraxis insb.: *Werenfels,* pag. 257f. m.w.H.

[14] *Marx,* pag. 452, 63.24

[15] *Marx,* pag. 78, 11.3; vgl. auch: *Werenfels,* pag. 256; *Marx,* pag. 440, 63.1; *Marx/Strate/Pfaff,* pag. 192, N 354f; *Kimminich,* pag. 93

[16] *Marx,* pag. 87, 11.9: «Dass die Wehrdienstentziehung mit – möglicherweise – langjährigen Freiheitsstrafen und in Ausnahmefällen sogar mit der Todesstrafe geahndet wird, gibt dem staatlichen Vorgehen ohne das Hinzutreten sonstiger Umstände nicht ohne weiteres ein politisches Gepräge. Die wegen der unbestimmten Rechtsfolgen mangelnde Vorhersehbarkeit des Ahndungsmittels und die nicht ausgeschlossene Gefahr unverhältnismässig harter Bestrafung widersprechen zwar den Geboten der Rechtsstaatlichkeit. Diese Wertung besagt aber noch nichts über ihren politischen Charakter. *Asylrechtlich bedeutsam ist jedoch,* dass es sich... strafverschärfend auswirkt, wenn der Wehrdienstverweigerer offen zu erkennen gibt, dass sein Verhalten Ausdruck politischer Opposition ist. Derartiger Politmalus, der sich darin äussert, dass die politische Einstellung in der Strafzumessung zum Nachteil ausschlägt, erfüllt die Merkmale politischer Verfolgung. Denn die

politische Überzeugung des Täters dient als Anlass, um eine Strafe festzusetzen, die ohne die politische Komponente niedriger ausgefallen wäre. Die asylrechtlich relevante Betroffenheit ergibt sich aus dem intensiveren Eingriff in das Schutzgut der persönlichen Freiheit. Unter diesem Gesichtspunkt hat der Kläger in Afghanistan mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit politische Verfolgung zu befürchten. ...»

[17] *Marx,* pag. 452, 63.26

[18] Beschwerde Nr. 4314/69 zitiert in *Walter Kälin,* Das Prinzip des non-refoulement, Diss., Bern 1982, pag. 172

[19] Entscheid des Beschwerdedienstes EJPD vom 17. Juli 1985 in Sachen L.S., Rek. 30508/N 96370, zitiert in *Werenfels,* pag. 259, FN 94 (In diesem Fall eines irakischen Wehrdienstverweigerers wurde die Zumutbarkeit der Rückschaffung mit der Begründung, dass dem Beschwerdeführer eine langjährige Gefängnis- und Arbeitslagerstrafe drohe und deshalb eine erniedrigende und unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK nicht ausgeschlossen werden könne, verneint.)

[20] Festzustellen ist dabei, dass humanitäre Überlegungen in Ausübung freien staatlichen Ermessens erfolgen. Vgl. hiezu insb. *Kay Hailbronner,* Das Refoulement-Verbot und die humanitären Flüchtlinge im Völkerrecht, ZAR 1/1987, pag. 11: «...Völkerrechtliche Pflichten zur Schutzgewährung ergeben sich aus dem Non-refoulement-Grundsatz, der über die politischen Flüchtlinge der Genfer Konvention hinaus mittlerweile in Fällen drohender Foltergefahr und unmenschlicher Behandlung eingreift. ...Eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur temporären Asylgewährung an Flüchtlinge, die Bürgerkriegen, inneren Unruhen, bewaffneten Konflikten oder Naturkatastrophen zu entfliehen suchen, ist dagegen bislang weder aus der Staatenpraxis noch aus völkerrechtlichen Verträgen ableitbar.» Ebensowenig lässt sich aus den Schlussfolgerungen des UNHCR oder aus regionalen Flüchtlingskonventionen (OAU-Konvention, Declaration of Cartagena) eine in diese Richtung weisende opinio juris ableiten.

[21] Art. 14 Abs. 1 ANAG i.V.m. Art. 3 Internierungsverordnung

[22] So auch BVerwG, 2.1.1980 zitiert in *Marx,* pag. 457, 63.34

Walter Stöckli, SFH

Bestrafung wegen illegaler Einreise – Ende in Sicht?

Seit Erscheinen der ersten Nummer von ASYL haben wir in verschiedenen Beiträgen die Praxis der Untersuchungs- und Justizbehörden in einigen Kantonen kritisiert, wonach illegal eingereiste Asylbewerber gestützt auf Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG verurteilt worden sind.[1]
Der Kanton Schaffhausen befand sich bis vor kurzem auf unserer «schwarzen Liste» derjenigen Kantone, die regelmässig und unter blosser Überprüfung der Tatbestandsmässigkeit illegal eingereiste Asylbewerber zu Freiheitsstrafen verurteilt haben. Diese Praxis des Verhöramtes des Kantons Schaffhausen wurde vom Kantonsgericht im Fall F.B. nach Einspruch des Verurteilten am 25. November 1987 erstinstanzlich korrigiert.[2]
Das Gericht hat zwar festgestellt, dass für den Angeklagten kein Notstand vorlag, da er «nicht aus einem Verfolgerstaat direkt an die Schweizer Grenze gekommen»[3] ist. Hingegen wurde sowohl der Putativnotstand nach Art. 34 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 StGB bejaht als auch die spezifischen Rechtfertigungsgründe von Art. 23 Abs. 2 ANAG und Art. 31 Ziff. 1 FlüKonv.
Zu Art. 23 Abs. 2 Satz 2 ANAG sei beispielsweise dieser Abschnitt zitiert:

«Dieser Rechtfertigungsgrund muss auch in Fällen, wo die Flucht auf dem Landweg erfolgt, angerufen werden können. Andernfalls würde ein Flüchtling, der (aus welchen Gründen auch immer) mit dem Flugzeug flüchtet, ohne sachlichen Grund bessergestellt werden als derjenige, der mit dem Auto einen Drittstaat durchqueren muss, um in sein Fluchtland zu gelangen.»[4]

Bei der Abhandlung des Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 31 Ziff. 1 FlüKonv klärte das Gericht vorerst die *Flüchtlingseigenschaft* des Angeklagten ab[5] und bejahte sie.[6] Neben der Prüfung der *«triftigen Gründe»* und der *«unverzüglichen»* Gesuchstellung setzte sich das Gericht auch mit dem vierten in der Konvention genannten Kriterium auseinander, der Frage, ob die Einreise *«unmittelbar»* aus einem bedrohten Gebiet erfolgte. Das Gericht schloss sich – im Gegensatz zur Rechtsauffassung des DFW – der Meinung Liebers[7] an, wonach die Unmittelbarkeit einer Einreise zu bejahen ist, wenn der Aufenthalt in einem Drittstaat 20 Tage nicht überschritten hat.[8]
Der Freispruch erfolgte demzufolge gestützt auf die drei Rechtfertigungsgründe des Strafgesetzbuches, des ANAG und der Flüchtlingskonvention. Das Urteil wurde von der Staatsanwaltschaft an das Obergericht des Kantons Schaffhausen weitergezogen.
Auf Ersuchen der Schweizerischen Zentralstelle für Flüchtlingshilfe hat die Rechtsabteilung des UNO-Hochkommissariates für Flüchtlinge zu den verschiedenen Rechtsfragen bei der Auslegung des Art. 31 Ziff. 1 FlüKonv ein Gutachten erstellt, welches vom prozessführenden Anwalt in der zweiten Instanz ins Recht gelegt wurde.
In dieser Stellungnahme hat der UNHCR[9] die vier Kriterien aus seiner Sicht und gestützt auf die Konferenz der Bevollmächtigten, die seinerzeit die Konvention angenommen haben, interpretiert. Der Rechtsdienst der UNHCR kommt darin zum Schluss, dass keine Asylbewerber wegen illegaler Einreise bestraft werden sollten, da ihre *Flüchtlingseigenschaft* noch nicht im eigens dazu eingerichteten Verfahren geprüft worden ist. Als *«unmittelbar»* lässt der UNHCR auch die in kurzer Zeit erfolgte Durchreise durch ein dazwischenliegendes Land gelten. Bezüglich der Begriffe der *unverzüglichen Gesuchstellung* und der *triftigen Gründe* wird betont, dass keine starren Kriterien angewendet werden dürfen, sondern jeder Fall nach den besonderen Umständen beurteilt werden sollte, in denen sich der betreffende Flüchtling befand.
Am 29. April 1988 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen den erstinstanzlichen Freispruch bestätigt und zwar – gemäss der mündlichen Begründung – gestützt auf die beiden Rechtfertigungsgründe des

ANAG und der Flüchtlingskonvention. Damit dürfte die Praxis der automatischen Verurteilungen im Kanton Schaffhausen der Vergangenheit angehören. Vielleicht lassen sich auch Kantone wie z. B. der Aargau von der Richtigkeit der hier dargestellten Argumentation überzeugen. Oder reagieren sie nur auf Befehle aus Lausanne? Die Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen hat am 6. Mai 1988 Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht erklärt.

Anmerkungen

[1] vgl. *Viktor Lieber,* Zur Bestrafung illegal eingereister Asylbewerber, ASYL 86/1, S. 2ff.; ders., Kritik eines BGE in: ASYL 87/1, S. 14; *Walter Stöckli,* Bestrafung von Asylbewerbern wegen illegaler Einreise – die Praxis der Kantone, ASYL 87/3, S. 10ff.
[2] Urteil des Kantonsgerichts Schaffhausen vom 25. November 1987 i. S. F. B., Nr. 66/87.
[3] Fn. 2, S. 5.
[4] Fn. 2, S. 10.
[5] Entsprechend der Meinung des Bundesgerichts, geäussert in BGE 112 IV 119f.; kritisiert in ASYL 87/1, S. 14, durch *Viktor Lieber.*
[6] Ausser auf die Angaben des Angeklagten stützte sich das Gericht auch auf Informationen in der «Kurzübersicht über die politische Situation jugoslawischer Asylgesuchsteller» des Rechtsdienstes des DFW.
[7] Fn. 1, *Viktor Lieber.*
[8] Fn. 2, S. 13.
[9] Brief des Deputy Director der Division of Refugee Law and Doctrine des UNHCR vom 11. April 1988 an den Rechtsdienst der SFH.

EJPD 21.5.1987 i. S. C. P., Rek. 870580

Rückzug des Asylgesuches, Wiederaufnahme des Asylverfahrens nach Widerruf des Rückzugs

Sachverhalt:

C. P., Tamile aus Sri Lanka, reiste am 20. April 1983 mit gültigem Visum in die Schweiz ein, um sich an einer Hotelfachschule ausbilden zu lassen. Zwecks Praktika wurden ihm Aufenthaltsbewilligungen erteilt. Bemühungen, nach deren Ablauf in einem Drittland eine Stelle zu finden, verliefen erfolglos. Am 6.2.1985 reisten Ehefrau und Kind in die Schweiz nach. Nachdem die Fremdenpolizei die bis zum 25.10.1985 befristete Aufenthaltsbewilligung nicht mehr zu verlängern bereit war, reichte C. P. am 8.10.1985 für sich und seine Familie ein Asylgesuch ein.

Am 20.11.1985 erhielt C. P. eine neue, bis 31.5.1986 befristete Kurzaufenthaltsbewilligung. Hierauf teilte er der Fremdenpolizei am 4.12.1985 mit, «deshalb nicht mehr auf politisches Asyl angewiesen zu sein». Auf Ersuchen der Arbeitgeberfirma, welche für C. P. eine Beschäftigungsmöglichkeit in einem ihr gehörenden Hotel in Saudi-Arabien in Aussicht hatte, wurde die Ausreisefrist bis zum 9.8.1986 erstreckt. Nachdem jedoch feststand, dass der Beschwerdeführer seine Familie auf keinen Fall nach Saudi-Arabien würde mitnehmen können, stellte der Beschwerdeführer am 11.7.1986 erneut ein Asylgesuch für seine Frau und sein Kind. Obwohl C. P. im Juli 1986 ein Einreisevisum für Saudi-Arabien fest zugesagt worden war, wurde ihm dieses kurze Zeit später ohne Begründung verweigert, worauf er am 5.9.1986 für sich selbst ebenfalls ein neues Asylgesuch stellte.

Der DFW stellte sich auf den Standpunkt, nach dem erfolgten Rückzug liege ein zweites Asylgesuch vor, welches als Wiedererwägungsgesuch zu behandeln sei. Auf das Gesuch wurde nicht eingetreten, da keine Rückkommensgründe vorlägen.

In seiner Beschwerde beantragt C. P., der Entscheid des DFW sei aufzuheben und es sei auf das Asylgesuch einzutreten bzw. es sei ihm Asyl zu gewähren. Zur Begründung führt er an, es sei nie seine Absicht gewesen, «mit seiner Familie zusammen ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zu erzwingen. Vielmehr hätten sie immer beabsichtigt, legal in ein anderes sicheres Land zu gehen. Erst als klar geworden sei, dass sie nach Sri Lanka hätten zurückkehren müssen, seien sie gezwungen gewesen, im Oktober 1985 ein Asylgesuch einzureichen. Unter der Bedingung, das Asylgesuch zurückzuziehen, habe er Ende 1985 eine nochmalige Aufenthaltsbewilligung erhalten. Er sei jedoch auf dieses Angebot der Fremdenpolizei (...) nur eingegangen, weil er der festen Überzeugung gewesen sei, nicht mehr nach Sri Lanka zurückkehren zu müssen, zumal ihm die Firma G. ein Visum für Saudi-Arabien in Aussicht gestellt habe. Da (...) ein Einreisevisum für Saudi-Arabien verweigert worden sei, habe er keine andere Möglichkeit gehabt, als für seine Angehörigen und später für sich selbst nochmals um Asyl nachzusuchen.»

Das EJPD heisst die Beschwerde gut, hebt die Verfügung des DFW auf und weist die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen:

«8.2 Zunächst ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht auf das zweite Asylgesuch des Beschwerdeführers vom 5. September 1986 nicht eingetreten ist. Vorweg ist festzuhalten, dass das Recht des Asylbewerbers, sein Asylgesuch durch einseitige Willenserklärung zurückzuziehen, ein Gestaltungsrecht darstellt (vgl. VPB 39.110). Da Gestaltungsrechte grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderruflich sind, war das erste Asylgesuch mit der Angabe der Rückzugserklärung erloschen und das Verfahren damit beendet. Der DFW hätte das zweite Asylgesuch des Beschwerdeführers vom 5. September 1986 auch aus einem anderen Grunde nicht als Wiedererwägungsgesuch behandeln dürfen. Das – ansonsten in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich definierte – Rechtsinstitut der Wiedererwägung setzt nämlich zwingend das Bestehen einer formell rechtskräftigen Verfügung voraus, auf welche die entscheidende Behörde nunmehr zurückkommen soll (P. Saladin, a. a. O., S. 166). Eine solche «erste» Verfügung hat die Vorinstanz jedoch nie erlassen. Obwohl es die Rechtssicherheit verlangt, dass rechtshängige Verfahren formell durch Urteil oder Beschluss erledigt werden (F. Gygi, a. a. O., S. 317), hat es der DFW nach dem am 4. Dezember 1985 erfolgten Rückzug des Beschwerdeführers unterlassen, das ursprüngliche Asylgesuch mittels einer entsprechenden Abschreibungsverfügung abzuschliessen, so dass dieses Asylverfahren im Zeitpunkt der Einreichung des zweiten Asylgesuchs formell immer noch hängig war. Mangels einer Abschreibungsverfügung hätte die Vorinstanz das zweite Gesuch daher nicht als «Wiedererwägungsgesuch», sondern allenfalls als Widerruf des Rückzuges und als Begehren um Wiederaufnahme des früheren Verfahrens behandeln müssen.

8.3 Demnach hätte die zweite Eingabe des Beschwerdeführers unter zwei Gesichtspunkten geprüft werden müssen:

– Zunächst wäre abzuklären gewesen, ob der Beschwerdeführer seine frühere Rückzugserklärung unter Berufung auf einen Willensmangel hätte widerrufen können. Die analoge Anwendung der entsprechenden Grundsätze des Privatrechts wird in der neueren Lehre und Rechtsprechung zumindest dann bejaht, wenn einerseits für die sich auf Willensmängel berufende Partei schwerwiegende Nachteile auf dem Spiel stehen, und anderseits die Rechtssicherheit durch das nachträgliche In-Zweifel-Ziehen von Prozesserklärungen nicht in unannehmbarer Weise beeinträchtigt wird (F. Gygi, S. 59 mit Hinweisen; M. Imboden/R. Rhinow, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Bd. I, S. 12 u. S. 283).

– Ob die Berufung auf einen Willensmangel statthaft gewesen wäre, kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Vorinstanz ohnehin zum Eintreten auf das neue Asylgesuch zu verpflichten ist. In analoger Anwendung der Grundsätze, die das Bundesgericht für das Zurückkommen auf bereits formell rechtskräftige Verfügungen aufgestellt hat, hätte die Vorinstanz das zweite Gesuch entgegennehmen und ein neues, ordentliches Asylverfahren durchführen müssen. Denn das Bundesgericht hat in ständiger Praxis aus Artikel 4 BV eine Eintretenspflicht unter anderem dann abgeleitet, «wenn eine (...) wesentlich verän-

derte Sachlage vorliegt oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel geltend macht, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn unmöglich war oder keine Veranlassung bestand» (BGE 109 Ib 251 mit Hinweisen).
Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sind die letztgenannten Voraussetzungen auf jeden Fall erfüllt. Aus den Akten ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführer das ursprüngliche Asylgesuch auf Drängen seiner Arbeitgeberin einerseits, der Fremdenpolizei des Kantons Zürich anderseits nur deshalb zurückzog, weil er – wie auch seine Arbeitgeberin und die Fremdenpolizeibehörde – damals offenbar damit rechnen durfte, demnächst in ein Drittland weiterreisen zu können. Deshalb hätte er keine Veranlassung gehabt, an seinem Asylgesuch festzuhalten, da ihm die Fremdenpolizei des Kantons Zürich ja eine neue, provisorische Aufenthaltsregelung offerierte. Weshalb es zum Rückzug kam, erhellt auch aus einem Schreiben des zuständigen Sachbearbeiters der Fremdenpolizei des Kantons Zürich vom 8. November 1985, mit welchem dieser dem Zürcher Arbeitsamt die Erteilung einer nochmaligen Kurzaufenthalterbewilligung beantragte: «Aufgrund der Situation in Sri Lanka (P. ist Tamile) ist zurzeit eine Rückkehr dorthin nicht möglich. Er hat daher am 8. Oktober 1985 ein Asylgesuch eingereicht. C. P. möchte aber so schnell wie möglich in ein Drittland weiterreisen. Dazu hat er im Moment verschiedene Bewerbungen laufen. Die X. AG ist ihm bei der Stellensuche behilflich und der Ansicht, dass die Weiterreise innerhalb weniger Monate möglich sein sollte. Wir erachten es deshalb als wenig sinnvoll, ein Asylverfahren einzuleiten, und ersuchen Sie, dem eingangs gestellten Begehren zu entsprechen.» Auch das Bundesamt für Ausländerfragen stimmte damals «im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse» der Erteilung dieser bis 31. Mai 1986 befristeten Aufenthaltsbewilligung zu.
Offensichtlich zog der Beschwerdeführer das ursprüngliche Asylgesuch ausschliesslich deshalb zurück, weil er darauf vertrauen durfte, auch dank der neu erteilten Aufenthaltsbewilligung vor einer Wegweisung nach Sri Lanka geschützt und deshalb auf das Asyl nicht mehr angewiesen zu sein. Daran vermag die Befristung dieser Bewilligung nichts zu ändern, da der Beschwerdeführer unter den damaligen Umständen Grund zur Annahme hatte, demnächst in einem anderen Land unterzukommen. Dass er bei dieser Sachlage keine Veranlassung hatte, auf seinem Asylgesuch zu beharren, geht aus dem Wortlaut seiner Rückzugserklärung eindeutig hervor: «Da Sie meine Arbeitsbewilligung im Restaurant K. freundlicherweise bis Ende Mai 1986 verlängert haben, verbessert sich meine Chance, bis zu diesem Zeitpunkt eine Stelle in einem sicheren Land zu finden. Deshalb bin ich zurzeit nicht auf politisches Asyl angewiesen und kann somit Ihrer Weisung entsprechend das Asylgesuch rückgängig machen.»
Da sich jedoch sämtliche Auswanderungspläne zerschlugen und Saudi-Arabien dem Beschwerdeführer – offenbar entgegen früheren Zusagen und in Abkehr von der bisherigen Praxis – ein Einreisevisum verweigerte, war der Beschwerdeführer gezwungen, zunächst für seine Familie, kurz darauf auch für sich selbst im Herbst 1986 neue Asylgesuche einzureichen. Es ist nicht zu übersehen, dass der Beschwerdeführer, falls ihm diese Umstände schon im Herbst 1985 bekannt gewesen wären, sein Asylgesuch bestimmt nicht zurückgezogen hätte. Demnach wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, auf die neuen Asylgesuche einzutreten.»

Kommentar:

Diese sehr sorgfältige Begründung des EJPD-Entscheides hebt sich in ihrer sauberen und überzeugenden Argumentation wohltuend von anderen Entscheiden der gleichen Instanz ab. Es bleibt zu hoffen, dass diese Ausführungen wegleitend werden für ähnliche Fälle, in welchen sich Asylbewerber zum Rückzug ihrer Asylgesuche praktisch genötigt sehen (z. B. weil sie sonst, nach der nicht unbedenklichen Praxis mancher Kantone, keine Heiratserlaubnis erhalten), später nach einer veränderten Sachlage aber auf die behördliche Weigerung stossen, das Asylverfahren wieder aufzunehmen. Bendicht Tellenbach

Splitter

Der Gärtner

«Guten Tag, Herr Gärtnersmann,
haben Sie Lavendel,
Majoran und Thymian
und ein wenig Quendel?»

«Ja Madame, das haben wir,
tät es gern servieren.
Aber Madame, leider muss
ich den Dienst quittieren.

Hab ein Brieflein heut gekriegt,
lautend: ‹Herr Tamile,
die Verhaftung, tut uns leid,
reicht nicht zum Asyle!›»

«Nein, mein Gärtner, so was kann
man nicht mit mir treiben.
Muss ich meinem Freund in Bern
gleich ein Kärtchen schreiben:

‹Lieber Peter, bis zum Herbst
bitt ich Dich zu warten.
Brauch ich den Tamilen doch
dringend noch im Garten.›»

«Freundin meiner Jugend, klar
kann ich Dich verstehen.
Wunsch erfüllt. Ich grüsse Dich,
wünsch Dir Wohlergehen.»

Kam ein Journalist daher,
hat wohl was gerochen.
Über alle hat er gleich
seinen Stab gebrochen.

Und was wird erreicht vom Herrn
Journalist, dem braven?
Künftig gelten, ei wie fein,
nur noch Paragraphen! **LYSA**

Quellen: «Beim Gärtner», Kindergedicht von Eduard Fischer; «Weltwoche» vom 21.4.1988

Publikationen

La protection des réfugiés en France, 2e édition, 592 p., Frédéric Tiberghien, Economica, 49, rue Héricart, 75015 Paris, 195 FF (1988)

Die Fürsorge für Asylbewerber in der Schweiz von 1979–1986, Lizentiatsarbeit bei der phil. Fakultät der Universität Freiburg, 112 S., Paul Rüegg, zu beziehen zum Selbstkostenpreis beim Autor, 33, Petit-St-Jean, 1700 Fribourg (1987)

Refugees: An anthology of poems and songs, edited by Brian Coleman, The Editor, 44 Caroline Avenue, Ottawa K1Y OS7, Canada, Can$ 12.00 (May 1988)

Neuerscheinungen bei Amnesty International, PF 1051, 3001 Bern:
- Chile: Briefing; Juni 1988, 18 S. (d/e/sp)
- Chili: Sur les traces des disparus; juin 1988, 47 p. (f)
- Jugoslawien: Gewaltlose politische Gefangene (Überarb. der dt. Fassung der 1985 erschienenen Broschüre); Januar 1988, 82 S. (d)
- Syrien: Folter ist in Syrien illegal; März 1988, 54 S. (d, Übersetzung des im Oktober 1987 in f/e erschienenen Papiers)