

Der dritte Teil der Arbeit ist dann ausschließlich dem Ersatz des Schadens gewidmet, der nicht *in natura* wiedergutmacht werden kann. Auch hier führt Iovane die Praxis wiederum zu der Feststellung, daß eine allgemeine Regel des Völkerrechts nicht besteht, derzufolge angemessener Schadensersatz (*risarcimento per equivalente*) zu leisten sei. Es besteht demnach keine allgemeine Verpflichtung, Geldersatz für wirtschaftliche Schäden zu leisten, die, in welcher Art auch immer, einem Staat durch die Verletzung irgendeiner Primärnorm entstehen können. In diesem Zusammenhang wird vor allem die Verletzung von Wirtschafts- und Finanzverträgen untersucht, die zu dem Ergebnis führt, daß in der Regel eher ein Ausgleich als ein voller Ersatz des Schadens gefordert wurde.

Nach dieser sehr eingehenden Untersuchung der Praxis bleibt als Fazit die Feststellung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts, die dem Staat, der eine Völkerrechtsverpflichtung verletzt hat, auferlegt, eine Wiedergutmachung in Geld zu leisten, unter Ausschluß der Verpflichtung der Wiederherstellung des vorhergehenden Zustandes, und zwar allein für materielle Schäden, die an Gütern oder Einrichtungen des verletzten Staates eingetreten sind oder die sich aus einer Verletzung von Personen oder Gütern seiner Staatsbürger oder -organe aufgrund von Zwangsmaßnahmen und Anwendung von Gewalt ergeben.

Diese schon durch die Aufbereitung der Fülle des Materials sehr interessante Monographie macht deutlich, wie wichtig es ist, in der Doktrin allgemein anerkannte Thesen nach einem gewissen Zeitablauf anhand der Praxis zu überprüfen. Andererseits kann eine solche Arbeit natürlich nur die Ergebnisse der Praxis, also die Schiedssprüche als solche, bewerten, ohne die ihnen zugrundeliegenden Motive zu berücksichtigen, die oft im politischen Feld zu suchen sind und sicher bisweilen einen anderen Schluß nahegelegt hätten. Der Leser vermißt allerdings jegliche Auseinandersetzung mit der Frage, welche praktische Bedeutung die Ergebnisse der Untersuchung haben. Der Verf. hat zwar den Umfang der Haftungspflicht als allgemeine Regel des Völkerrechts in der eben dargelegten Definition beschränkt, die bisher meist als Wiedergutmachung angesehenen Leistungen aber überwiegend nur als Teil der Primärverpflichtung in eine zwischenstaatliche Beziehung verlagert, ohne daß dadurch die Festsetzung z.B. der Höhe der Leistung oder ihre zwangsweise Erfüllung einer leichteren Handhabung zugänglich gemacht wäre. Nach allem ist die Monographie, die ihre Motivation aus der Praxis herleitet, vor allem ein wichtiger Beitrag zur theoretischen Völkerrechtslehre in dem Sinne, daß der Begriff der Wiedergutmachung von Völkerrechtsverletzungen wissenschaftlich sauber neu definiert und umschrieben und damit die bislang herrschende Lehre in Frage gestellt wird. Karin Oellers-Frahm

Kälin, Walter: Grundriss des Asylverfahrens. Basel, Frankfurt a.M.: Helbing & Lichtenhahn (1990). XXXIV, 352 S. (Das Recht in Theorie und Praxis). SFr. 79.–

Der Asylrechtsspezialist Walter Kälin stellt in seinem Grundriß des Schwei-

zer Asylverfahrens sowohl die materiellrechtlichen Voraussetzungen und Schranken als auch das Verfahren der Asylgewährung gemäß dem schweizerischen Asylgesetz dar. Überdies zeigt er auf, welche Regeln für Asylsuchende gelten, deren Gesuch abgelehnt wird. Während er die Beendigung des Asyls nur kurz streift, hat er die Rechtsstellung von Asylsuchenden und Flüchtlingen in bezug auf Arbeit, Fürsorge, Sozialversicherung, Privatrecht und verwandte Bereiche ganz ausgeklammert. Für diese Fragen kann nun aber auf den von Kälin selbst in der Zwischenzeit herausgegebenen Band "Droit des Réfugiés" verwiesen werden (Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1991, mit Beiträgen von Wissenschaftlern der Universitäten Bern, Fribourg, Genf, Lausanne und Neuchâtel).

Zwar ist Kälin's Buch in erster Linie an Praktiker in der Schweiz gerichtet. Deren Einstieg und leichtes Zurechtfinden gewährleisten insbesondere das im vierten Teil dargestellte Asylverfahren aufgrund des Asylgesetzes (unter Ausschluß der Asylverordnungen 1 und 2), das im Anhang abgedruckte Schweizer Asylgesetz (leider ohne Asylverordnungen), das Sachregister sowie die in den verschiedenen Kapiteln herausgearbeiteten Prüfungsprogramme für die Entscheidung komplexer Fragen im Rahmen des Asylverfahrens. Gleichwohl ist Kälin's Grundriß nicht als eigentlicher Kommentar konzipiert, sondern seine Arbeit soll zugleich "einen Beitrag zur aktuellen Diskussion über die Harmonisierung des Asylrechts in Europa leisten, indem sie ausländischen Lesern die Praxis der schweizerischen Behörden zugänglich machen und an internationalen Standards messen will" (Vorwort). Kälin erreicht dieses zusätzliche Ziel durch eine kritische Kommentierung der Schweizer Praxis, deren Würdigung unter Berücksichtigung der Praxis anderer europäischer Staaten, durch das Aufzeigen dogmatischer Grundstrukturen des Asylrechts mit seinen völker- und landesrechtlichen Bezügen, sowie durch kurze Hinweise und Exkurse auf die Bedeutung der Europäischen Erstasylabkommen (Dublin, Schengen, CAHAR-Entwurf im Rahmen des Europarats).

Ausgangspunkt von Kälin's Untersuchung ist zunächst die Darstellung und Klärung der verschiedenen Elemente des Flüchtlingsbegriffs von Art. 3 des Schweizer Asylgesetzes sowie dessen Verhältnis zu Art. 1 Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951. Aufgrund ihrer grundsätzlichen Deckungsgleichheit (mit Ausnahme der abweichenden Regelung der Ausschlußgründe wegen Asylunwürdigkeit) legt Kälin das schweizerische Asylgesetz im Lichte der Auslegung der Flüchtlingskonvention und damit unter Berücksichtigung von Doktrin und Praxis zu Art. 1 der Flüchtlingskonvention aus. Unter Zugrundelegung der gemäßigten subjektiven Furchttheorie als Theorie der Flüchtlingskonvention kommt er beispielsweise zum Schluß, daß die schweizerische Praxis, welche auf die "objektive Furchttheorie" abstellt, künftig subjektive Elemente wieder vermehrt berücksichtigen sollte.

Der zweite Teil des Buches klärt zunächst den Asylbegriff aufgrund der Voraussetzungen der Asylgewährung und des Inhalts des gesetzlichen Anspruchs auf Asyl. Dabei behandelt das den Asylausschlußgründen gewidmete Kapitel unter

anderem die Beziehung der Flüchtlinge zu einem Drittstaat, ihre Asylunwürdigkeit wegen begangener Straftaten oder Gefährdung der Staatssicherheit, sowie den mit dem dringlichen und bis 1995 befristeten Bundesbeschluß über das Asylverfahren von 1990 geklärten Problembereich der subjektiven Nachfluchtgründe. Danach gewährt die neu eingefügte Bestimmung von Art. 8a Asylgesetz einem Ausländer kein Asyl, "wenn er erst durch seine Ausreise aus dem Heimat- oder Herkunftsstaat oder wegen seines Verhaltens nach der Ausreise Flüchtling im Sinne von Artikel 3 wurde". Durch die Aufnahme dieses Asylausschlußgrundes wird gemäß Botschaft des Bundesrats aber gleichzeitig "klargestellt, daß es sich bei der erwähnten Flüchtlingskategorie um Flüchtlinge handelt" (BBl 1990 II 613). In Übereinstimmung mit der Praxis des UNHCR, Frankreichs, der Niederlande und des deutschen Bundesverfassungsgerichts unterstellt auch Kälin diese Flüchtlinge dem Schutz des Rückschiebungsverbots von Art. 33 Flüchtlingskonvention bzw. Art. 45 Asylgesetz. Können sich nach ihm solche Flüchtlinge im Rechtssinne grundsätzlich auch auf die weiteren Garantien der Flüchtlingskonvention berufen, stehe es demgegenüber den Staaten frei, ob sie solchen Personen Asyl gewähren wollten.

Im dritten Teil stellt Kälin den Rechtsschutz und die Schranken der Wegweisung der kein Asyl erhaltenden Gesuchsteller und *de facto*-Flüchtlinge dar, worunter neben den unter dem Schutz der Rückschiebungsverbote stehenden Flüchtlingen im Rechtssinne ohne Asyl auch die Gewaltflüchtlinge gehören, die – ohne individuell verfolgt zu sein – den Folgen von Bürgerkrieg, Unruhen, Unterdrückung oder verbreiteter schwerer Menschenrechtsverletzungen zu entfliehen suchen. Weil Kälin einen gewohnheitsrechtlichen Schutz für *de facto*-Flüchtlinge gegen Rückschiebung in den Herkunftsstaat für zu optimistisch und juristisch noch kaum begründbar hält, leitet er Ansätze zur Anerkennung einer humanitären Schutzpflicht für Gewaltflüchtlinge zunächst aus dem den Behörden und Regierungen obliegenden Verbot widersprüchlichen Verhaltens ab: So könnten sich die Staaten "nach Treu und Glauben nicht auf den Standpunkt stellen, die Behandlung von Gewaltflüchtlingen stehe völlig in ihrem Belieben, nachdem sie in der Generalversammlung der UNO mit der Zustimmung zur Erweiterung des Zuständigkeitsbereiches des UNHCR die Schutzwürdigkeit von Personen anerkannt haben, welche Gewaltsituationen zu entfliehen suchen" (S. 209). Zudem begründet Art. 35 Flüchtlingskonvention nach Kälin insofern eine Kooperationspflicht zwischen den Mitgliedstaaten und dem UNHCR, als diese Staaten sich im Bereich des gesamten Mandats des UNHCR und damit auch mit Bezug auf den Schutz von Gewaltflüchtlingen zur Kooperation mit dem Hochkommissariat verpflichten würden. Diese Verpflichtung zur Kooperation umfasse unter anderem die Pflicht, Hand zu bieten für befriedigende Lösungen auch für Gewaltflüchtlinge. Dies schließe "beispielsweise eine Politik aus, welche jede temporäre Schutzgewährung an Gewaltflüchtlinge völlig ausschließt" (S. 208). Dem auf dem völkerrechtlichen Vertrauensprinzip beruhenden, aber keine eigentliche

Rechtsverbindlichkeit zukommendem Grundsatz, daß auch Gewaltflüchtlinge minimalen Schutz genießen, spricht Kälin die Qualität von völkerrechtlichem *soft law* zu. *De lege ferenda* ist mit Kälin zu wünschen, daß sowohl die vorläufige Aufnahme von Gewaltflüchtlingen in der Schweiz als auch ihr rechtlicher Status etwa mit Bezug auf Arbeitsmöglichkeiten und fürsorgerische Unterstützungsrechte durch eine Revision des Asylgesetzes geregelt werden.

Im Kapitel über das Prinzip des *non-refoulement* unterscheidet Kälin weiterhin zwischen einem Rückschiebungsverbot im engeren Sinne als einem Institut des Flüchtlingsrechts und einem menschenrechtlichen Rückschiebungsverbot im weiteren Sinne, welches auch auf Personen Anwendung finden könne, die keine Flüchtlinge seien. Es fragt sich jedoch, ob diese Unterscheidung, welche zugleich die dogmatische Ausgrenzung des Menschenrechtsschutzes aus dem Flüchtlingsrecht zur Folge hat, aufrechterhalten werden kann. Denn die beiden zusammenhängenden Fragen der Flüchtlingeigenschaft und der Rückschiebung müssen ohnehin stets im Rahmen und bei Anwendung des Flüchtlingsrechts beantwortet werden. Zudem verleitet die Bezeichnung des flüchtlingsrechtlichen Rückschiebungsverbots als engeres Institut zur unzutreffenden Annahme eines weitergehenden oder spezifischeren Rückschiebungsschutzes. Dies ist aber nicht der Fall, da das flüchtlingsrechtliche *refoulement*-Verbot – im Gegensatz etwa zum menschenrechtlichen Rückschiebungsverbot von Art. 3 EMRK oder zu andern *ius cogens*-Normen – keinen absoluten Schutz bietet. Schließlich liegt der Bezeichnung des menschenrechtlichen Rückschiebungsverbots als *refoulement*-Prinzip im weiteren Sinne die Prämisse zugrunde, daß die menschenrechtlichen Schrankenormen "(a)ußerhalb des eigentlichen Flüchtlingsrechts existieren" (Walter Kälin, Das Prinzip des non-refoulement [1982], 5). Zwar entspricht eine solche Ausgrenzung auch den menschenrechtlichen Schranken der traditionellen Sichtweise, welche das Asyl ausschließlich als zwischenstaatliches und damit allein auf die Staaten bezogenes Institut ohne Grundrechtscharakter definiert, mit der Folge, daß die betroffenen Flüchtlinge auf der völkerrechtlichen Ebene als bloße Objekte des Asylverfahrens ohne formell- und materiellrechtliche Subjektstellung behandelt werden. Aufgrund der Anerkennung der Individuen als Völkerrechtssubjekte gerade im Bereiche der Menschenrechte und des folgerichtigen Ausbaus des Rechtsschutzes für Flüchtlinge sowohl auf völker- als auch auf landesrechtlicher Ebene sollte aber auch das Asylrecht mit Bezug auf seine völker- und landesrechtlichen Schranken um die individualrechtliche Grund- und Menschenrechtsdimension ergänzt werden. Ein solcher formeller und materieller Einbezug der Flüchtlinge als Völkerrechtssubjekte aufgrund des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes in die asylrechtliche Schrankendogmatik würde denn auch den aus dem Fall *Soering* zu ziehenden und von Kälin dargestellten Rechtsfolgen in den Bereichen des Auslieferungs-, Ausweisungs- und Asylrechts entsprechen.

Stephan Breitenmoser, Basel