

Günter Frankenberg

Politisches Asyl – ein Menschenrecht?

Versuch, den Schutz vor Folter auszuweiten*

1. Zwei Gesichter der Moderne

Fremden, die im Ausland Schutz vor politischer Verfolgung suchen, tritt die Moderne mit einem Januskopf entgegen. Beim Folterverbot wendet ihnen der völkerrechtliche Diskurs ein menschenrechtliches Antlitz zu. Internationale Pakte, regionale Deklarationen und nationale Verfassungen verheißen den Flüchtlingen Zuflucht vor staatlicher Willkür und Barbarei. Klagen sie jedoch jene Menschenrechte ein, so bietet ihnen eben dieses Völkerrecht die Stirn staatlicher Souveränität. Im Zweifel übertrumpft Staatsraison die Humanität. Gleichwohl sind die menschenrechtlichen Klagen begründet: In jedem dritten Land der Welt wird gefoltert; kaum ein Staat ist von Beschwerden ausgenommen, er unterwerfe Bürger grausamen, erniedrigenden oder unmenschlichen Behandlungen.¹

Politische Flüchtlinge, so verheißen Menschenrechtsdokumente, sollen Asyl genießen.² In den einschlägigen Resolutionen, Deklarationen und Pakten begegnet den Verfolgten eine humanitär gesonnene Weltgesellschaft. In vielfältigen staatlichen Maßnahmen und sekundierenden juristischen Lehren schlägt die edle Gesinnung freilich in Abwehr und Abschreckung um.³ Wer im Heimatstaat am eigenen Leibe barbarische Unterdrückung erlebt, stößt in den Zufluchtsländern nicht selten auf Engherzigkeit und Fremdenhaß.

* Für kritische Hinweise danke ich Thomas Blanke, Klaus Günther, Winrich Kühne, Reinhard Marx und Ulrich Staschert.

¹ Diese Behauptung wird insbesondere gestützt auf den Bericht des Sonderberichterstatters der UN-Menschenrechtskommission P. Kooijmans, *Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* vom 19. 2. 1986 (E/CN.4/1986/15) sowie auf die Jahresberichte von *amnesty international*, zuletzt: Jahresbericht 1985 (Frankfurt 1985). Vgl. auch E. Peters, *Torture* (New York 1985) sowie die Ausführungen und Nachweise in Kap. III unten.

² Zur internationalen, regionalen und nationalen Verankerung des Asylrechts vgl. die materialreiche Monographie von I. v. Pollern, *Das moderne Asylrecht* (Berlin 1980). Vom Genießen sprechen insbesondere Art. 14 I AllgErklMR und Art. 16 II 2 GG.

³ Vgl. den Bericht des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen, ZAR 1984, 68 ff. Zur Politik der Abschreckung von Asylsuchenden in der Bundesrepublik vgl. R. Marx, *Vom Schutz vor Verfolgung zur Politik der Abschreckung*, KJ 1985, 379 ff.; R. Jackle, KJ 1985, 415 ff.; Diakonisches Werk der Evgl. Kirche in Deutschland (Hg.), *Zur Lage der Asylsuchenden in der Bundesrepublik Deutschland* (April 1984); T. Hoffmann (Hg.), *Abgelehnt, Ausgewiesen, Ausgeliefert* (Gesellschaft f. bedrohte Völker, Göttingen 1985) jeweils mit zahlreichen Nachweisen. Bemerkenswert wegen ihrer Deutlichkeit ist die Presseerklärung des Landkreisesverbandes Bayern aus dem Jahre 1982: „Die unerwünschte Integration (Asylsuchender) in die deutschen Lebensverhältnisse ist durch bewußt karge, lagermäßige Unterbringung zu verhindern. Sie muß als psychologische Schranke gegen den weiteren Zustrom Asylwilliger aufgebaut werden. Eine Arbeitsaufnahme ist im Interesse abschreckender Zustände abzulehnen.“ (zit. nach Südd. Zeitg. v. 14. 3. 1985).

Vgl. auch H. Rütsteg, *Asylrechte gegen Flüchtlinge*, InfAuslR 1986, 322 und die differenzierte Analyse von A. Söllner, *Westdeutsche Asylpolitik*, *Leviathan* 4/1986, 496 ff. zur Asylpolitik der Bundesregierung.

Mit der Modernität der Weltgesellschaft scheint es nicht weit her zu sein. Nicht nur die sonntägliche Erklärung und die alltägliche Praxis der Menschenrechte klaffen auseinander. Das könnte ebenso wenig überraschen wie Divergenzen der menschenrechtlichen Bewußtseinslagen zwischen den Vereinten Nationen einerseits und den Bevölkerungen andererseits. Eine Überraschung – oder: Paradoxie – verbirgt sich, wie es scheint, im Verhältnis von Menschenrechtssystemen zu staatlichen Souveränitätsansprüchen. Menschenrechte, internationale zumal, provozieren allem Anschein nach, was sie gerade limitieren wollen: Vorbehalte im Namen der staatlichen Souveränität.

Eine paradoxe Situation verlangt nach einer paradoxen Intervention. Die folgenden Überlegungen lassen sich daher von der Frage leiten, wie der Schutz vor Folter verbessert werden kann. Dazu knüpfen sie an ein Motiv an, das in der Epoche der bürgerlichen Revolutionen bei der Formulierung der Menschenrechte Pate stand und zunächst in dem auf Einwanderung angewiesenen Kolonistenland der Vereinigten Staaten,⁴ später auch anderswo, ihre förmliche Anerkennung förderte. Gemeint ist die Relativierung der strengen Unterscheidung von Staatsangehörigen und Fremden. Angesichts der Renaissance des staatlichen Souveränitätsdenkens erscheint der Rückgriff auf diese Relativierung paradox. Im folgenden soll diese Paradoxie mit Bezug auf das politische Asyl⁵ aufgelöst und sollen die juristischen Bemühungen um den Schutz politisch Verfolgter, insbesondere von Folteropfern, ohne menschenrechtliche Akrobatik⁶ aus der Defensive geführt werden.

II. Menschenrechte. Einige kritische Anmerkungen

Vordergründig läßt sich die Geschichte der Menschenrechte als schrittweises Gelingen der Aufklärung beschreiben, repräsentieren sie doch die Glanzpunkte einer vernünftigen Regelung des Lebens in Gesellschaft, weil sie dem Individuum den Schutz verheißen, dessen es gegenüber staatlicher Macht bedarf. Es gibt also gute Gründe für die These, eine menschenrechtlich fundierte Verfassungsordnung sei der Zustimmung aller billig und gerecht Denkenden sowie vernünftig Handelnden fähig.⁷ Die Umwandlung aller sozialen Beziehungen zwischen Individuen und Gruppen gegenüber aller staatlichen Gewalt in *Menschenrechtsverhältnisse* läßt sich ferner als ein normativer Fortschritt auszeichnen: Die *bürgerrechtliche* Abstraktion von traditionellen Geburts- und Standesvorrechten sowie von sozioökonomischen

⁴ Vgl. G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte in: R. Schnur (Hg.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte (Darmstadt 1964), 1 ff./38 und T. Paune, Die Rechte des Menschen (Berlin 1962).

⁵ Vgl. dazu W. Abendroth, Suchwort Asylrecht. in: Strupp/Schlochhauer, Wörterbuch des Völkerrechts I, 2. Aufl. (Berlin 1960) und zur aktuellen Debatte die polaren juristischen Positionen von R. Marx, Eine menschenrechtliche Begründung des Asylrechts (Baden-Baden 1985) und H. Quaritsch, Recht auf Asyl (Berlin 1986). Zur Asylpraxis in der Bundesrepublik vgl. H. Kauffmann (Hg.), Kein Asyl bei den Deutschen. Anschlag auf ein Grundrecht (Reinbek b. Hamburg 1986).

⁶ Diese kritische Anspielung auf die Menschenrechtsdebatte zielt primär auf die »Internationalisierung« des Menschenrechts auf Asyl ab. Hinsichtlich der nationalen Asylgarantien erscheint Skepsis geboten. Die Auslegung und Praxis selbst eines absoluten Rechts auf Asyl wie Art. 16 II 1 GG legt die Vermutung nahe, daß mit der Konstruktion eines Menschenrechts keine verläßliche Sperre gegen exekutive Maßnahmen (wie z. B. Visumpflicht oder Transportverbote für Asylsuchende) oder restriktive Doktrinen (wie z. B. Folter kein Asylgrund) errichtet wird. Damit soll allerdings keiner »Entregelung« der Asylproblematik das Wort geredet werden (vgl. dazu insbes. Kap. IV unten).

⁷ Zum Prinzip der Zustimmungsfähigkeit vgl. G. Frankenberg/U. Rödel, Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz. Die Freiheit politischer Kommunikation im Verfassungsstaat (Frankfurt 1981), Kap. I.

Klassenlagen wird noch einmal gesteigert und ebnet – idealiter – auch staatsbürgerliche Privilegien ein. Alle Menschen in einer Gesellschaft und in der Weltgesellschaft sind Brüder und Schwestern. Jedenfalls im Lichte der Menschenrechte. Die moderne Leistung der Menschenrechte besteht also darin, daß sie von jeglicher Individualität und Sozialität abstrahieren, den *Menschen als solchen* in Schutz nehmen und diesen Schutz zum Kriterium für die Legitimität politischer Herrschaft machen.

Diese Abstraktionsleistung spiegelt sich, wiederum vordergründig, im freien Flug der Menschenrechte über nationale Grenzen hinweg und in alle Gefahrenzonen der real existierenden Gesellschaften hinein. Nach dem Muster einer Evolutionsparabel werden von den Historikern der Menschenrechte drei Kodifikationswellen nebst Theorieschüben markiert.⁸ Unter dem Sternzeichen der (von den Kirchen nicht sonderlich geschätzten) Autonomie und vor dem Hintergrund des absolutistischen Staates vollzieht sich in der »*idealistischen Phase*« bis etwa zum Beginn des 19. Jahrhunderts die menschenrechtliche Emanzipation des Individuums von übermäßigen, nicht verfassungsgemäßen Eingriffs- und Kontrollbefugnissen der Staatsgewalt. Die Habeas Corpus Akte, die englischen und nordamerikanischen Bills of Rights sowie französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 geben dem Idealismus und Humanismus der Aufklärung Ausdruck und umschreiben, in der Rückschau, den heute fast unstreitigen substantiellen Kern der Menschenrechte: Anspruch auf gleiche Achtung der menschlichen Person, Verbot der unmenschlichen Behandlung und Schutz vor willkürlicher Entziehung der persönlichen Freiheit sowie der religiösen und politischen Grundfreiheiten.⁹

Nach dem 1. Weltkrieg erfährt dieses liberale Menschenrechtsmodell einen Bedeutungszuwachs. Die Programmatik der Arbeiterbewegung schlägt auf die Menschenrechtsdebatte durch und erzwingt die Thematisierung der »sozialen Frage« auch im Verfassungskontext. Neben negative Kompetenzen der Staatsgewalt treten menschenrechtlich begründete, positive, also auf die Herstellung sozialer Gleichheit gerichtete Pflichten. Menschenrechte treten in die »*realistische Phase*« ein.¹⁰ Soziale Menschenrechte können freilich nicht umstandslos gegenüber justiziellen und Freiheits-Menschenrechten als Normen gesteigerter Abstraktheit begriffen werden, da der soziale Kontext – Ungleichheit, Klassenschranken, Lebensbedingungen – wenigstens ausschnittsweise und juristisch gefiltert in den menschenrechtlichen Tatbeständen aufscheint.¹¹

Ein noch nicht abgeschlossener Abstraktionsschub setzt allerdings nach dem 2. Weltkrieg mit der *Internationalisierung* der Menschenrechte ein. In den universellen und regionalen Menschenrechtspakten tritt uns das Bild des Menschen als solchen entgegen, der an jedem Ort und in jeder Hinsicht unter dem Schirm der Menschenrechtssysteme leben soll. In Art. 55 c der Charta der Vereinten Nationen

8 Vgl. F. Hartung, Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart, 4. Aufl. (Göttingen 1972); G. Oestreich, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss (Berlin 1978); W. Stuzelwicz, Der Kampf um die Menschenrechte (Frankfurt 1968) oder M. Cranston, What Are Human Rights? (New York 1973).

9 J. A. Frowein, Vom innerstaatlichen zum völkerrechtlichen Schutz der Menschenrechte, in: J. Schwartländer (Hg.), Modernes Freiheitsethos und christlicher Glaube (München 1981), 104 ff./104.

10 Nur »Realismus« bezieht sich allerdings nur auf die Wahrnehmung sozialer Unterschiede, ungleicher Lebens- und Arbeitsbedingungen etc., nicht aber auf die Durchsetzungschancen sozialer Menschen- oder Grundrechte in Gesellschaften mit kapitalistischer Wirtschaftsordnung. Der programmatische Charakter sozialer Menschenrechte wie übrigens auch der sogenannten »dritten Generation« von Menschenrechten (Recht auf Frieden, Recht auf Entwicklung etc.) weist auf ihren »Idealismus« hin. Umgekehrt läßt sich für die »idealistische Phase« zeigen, daß die klassischen Menschenrechte geradezu »realistisch« in die Legitimitätslücken des absolutistischen Staates eindringen.

11 F. Hartung (Anm. 8) verweist in diesem Zusammenhang auf die Verfassung der Russ. Sozialist. Föderativen Sowjetrepublik von 1918 und auf die Weimarer Verfassung von 1919.

verpflichten sich die Mitgliedsstaaten, »die allgemeine Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion« zu fördern. In der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, in zwei Menschenrechtspakten der Vereinten Nationen von 1966 über bürgerliche und politische sowie über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, in einer langen Reihe von einschlägigen Resolutionen und Abkommen zu Einzelfragen¹² kommt der Internationalismus zur Sprache. Von Diskriminierungsverboten bis zum Recht auf Urlaub, vom Schutz vor Folter bis zur Erfüllung der »basic needs«,¹³ von der Gewissensfreiheit bis zum Recht auf Frieden reicht der internationale menschenrechtliche Schirm. Das Reservoir menschenrechtsfähiger Problemlagen läßt sich nicht ausloten: Den internationalen Organisationen und Kommissionen arbeitet schließlich eine Literatur zu, die in der Lage ist, jedes Thema auf menschenrechtliche Füße zu stellen – Prostitution oder Frieden, Hunger oder Krebs.¹⁴

Zu kritisieren ist ein Internationalismus, der stets neue Menschenrechte entdeckt, ohne jedoch mit einer der Rhetorik vergleichbaren Intensität zur Sache zu kommen. Zum einen ist das darauf zurückzuführen, daß die *thematische Entgrenzung* der Menschenrechtsproduktion zwangsläufig die Menschenrechtsidee trivialisiert. Was nicht heißt, daß Hunger, Ausbeutung, Sklavenhandel, Prostitution oder Krebs triviale Sachverhalte sind. Erst mit der – ausnahmsweise sei der barbarische Ausdruck gestattet – »Vermenschenrechtlichung« werden diese Probleme zu Gegenständen juristisch-dogmatischer Arbeit und Kommissionspolitik verdinglicht und von den Teilnehmern des internationalen Diskurses über Menschenrechte eher rhetorisch als politisch wirkungsvoll verwaltet. Aus ihnen spricht – jedenfalls unter den gegenwärtigen institutionellen Randbedingungen der Staatengemeinschaft – weniger ein politischer Gestaltungswille als der Bedarf an normativ aufgeladener Magie in einer heillosen Welt.

Zum anderen legt auch die *Effektivität* des internationalen Menschenrechtsschutzes Skepsis nahe. Die universalistische Sprache der Texte verdeckt einen Pluralismus der Menschenrechtsverständnisse. Ob es hinreicht, ein westliches, ein östliches und ein islamisches Menschenrechtskonzept zu unterscheiden,¹⁵ kann dahingestellt bleiben. Die äußerst selektive Ratifizierung der internationalen Menschenrechtsdokumente spricht für sich.¹⁶ Und noch der Durchsetzung allseits ratifizierter Menschenrechte stehen beachtliche nationale Vorbehalte im Wege. Von einer auch nur einigermaßen

¹² Nachw. bei B. Simma, *Menschenrechte – Ihr internationaler Schutz*, 2. Aufl. (München 1985), Teil I.

¹³ Vgl. dazu D. Trubek, *Economic, Social, and Cultural Rights in The Third World: Human Rights Law and Human Needs Programs*, in: T. Merton (Hg.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (Oxford 1984) und P. Alston, *Human Rights and Basic Needs: A Critical Assessment*, 11 *Revue des Droits de l'Homme* 1979, 19.

¹⁴ E. g. Alan Gewirth, *Human Rights* (Chicago 1982); vgl. auch D. Trubek (Anm. 13).

¹⁵ »Angesichts der Öl-Mächtigkeit islamischer Staaten und der generativen Zuwächse der Mohammedaner überhaupt wird künftig von drei verschiedenen Menschenrechtsverständnissen auszugehen sein: Das erste steht in den Statuten der Vereinten Nationen, das zweite schließt das Gulag-System ein, das dritte auch die Strafen der Scharia« (H. Quaritsch, Anm. 5, 85). Zu einer differenzierteren Sicht der Menschenrechtsproblematik vgl. P. Koslowski, *Begründung der Menschenrechte aus dem Geist der Moderne*, in: *Der Staat* 1985, 247 ff.

¹⁶ Vgl. P. Alston (Anm. 13); B. Simma/H. Steiger, *Völkerrechtliche Möglichkeiten der Durchsetzung für Deutsche gegenüber den Staaten Osteuropas*, in: dies. (Hg.), *Menschenrechte für Deutsche in Osteuropa* (Bonn 1980), 32 ff. Charakteristische Merkmale internationaler Menschenrechte sind: a) ein *double standard* der Staaten, die ihre Reaktionsweise von nationalen Sicherheitsinteressen oder ökonomischen Erwägungen abhängig machen, b) Unterzeichnung von Menschenrechtspakten, die dann aber nicht ratifiziert werden, c) Pluralismus der Auslegungsweisen von internationalen Menschenrechten, d) euphemistische Berichte der Staaten zur Menschenrechtspraxis bei gleichzeitigem Ansteigen der Zahl der Menschenrechtsbeschwerden bei der UN-Kommission (vgl. dazu auch H.-J. Bartsch, *NJW* 1977, 477).

geregelten und wirksamen Kontrolle der Menschenrechtspraxis kann nicht die Rede sein.¹⁷ Typischerweise sind die Menschenrechtskommissionen auf die Kooperationsbereitschaft gerade der Instanzen angewiesen, deren Maßnahmen zur Debatte und zur Überprüfung anstehen – nämlich der Nationalstaaten. Diese an den institutionellen Gegebenheiten orientierte Kritik kann freilich den kontrafaktischen Idealismus der Menschenrechte nicht widerlegen. Als »Schattenrechte« können sie gerade in der Hand nichtstaatlicher Organisationen durchaus bei der Aufdeckung und Bekämpfung menschenverachtender Herrschaftspraktiken wie bei der Skandalisierung menschenunwürdiger Lebensumstände von Nutzen sein. Nicht diese Bedeutung von Menschenrechten als regulativen Ideen und kritischen Maßstäben für staatliche Maßnahmen wird hier in Zweifel gezogen, sondern ihre *instrumentelle* Eignung zur Lösung zwischenstaatlicher bzw. supranationaler Probleme wie etwa des Schutzes politisch Verfolgter. Diese Zweifel sollen im folgenden an einer der Kernkomponenten der Menschenrechtsidee, dem Folterverbot, illustriert werden. Dabei konzentrieren sich die kritischen Fragen auf die zivilisierenden Wirkungen des Folterverbots sowie auf die Art und Weise, wie die von der menschenrechtlichen Dogmatik erfaßten Lebenslagen juristisch zugerichtet werden. Es handelt sich hier also um einen Sonderfall der Verrechtlichungskritik.

III. Folterverbote und Folterpraxis

Daß Folter – nach neuester Definition:

»jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich schwere körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, um z. B. von ihr oder einem Dritten eine Auskunft oder ein Geständnis zu erlangen, sie wegen einer von ihr oder einem Dritten begangenen oder mutmaßlich begangenen Handlung zu bestrafen oder sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu erpressen und aus einem sonstigen auf Diskriminierung jeder Art beruhenden Grund...«¹⁸ –

als eine fast weltweite Herrschaftspraxis die menschenrechtlichen Kodifikationswellen und insbesondere die Phase der Internationalisierung überleben könnte, muß *prima facie* als eine höchst unwahrscheinliche Annahme gelten. *Erstens* verbindet sich mit der Aufklärung die populäre Vorstellung, sie habe allem Aberglauben und aller despotischen Barbarei, also der Folterpraxis des Mittelalters und des Ancien Régime ein Ende und die Dignität der Menschen ins Recht gesetzt.¹⁹ *Zweitens* läßt auch Menschenrechtsskepsis die Vermutung zu, der rhetorische Siegeszug der Menschenrechte in universellen und regionalen Pakten und Resolutionen sowie in nationalen Verfassungen müßte jedenfalls hinsichtlich der größten Menschenrechtsverstöße auf die Staatspraxis eine zivilisierende Wirkung entfaltet haben. Hierfür spricht, *drittens*, daß sich insbesondere nach 1945 in den internationalen

17 Jedenfalls nicht durch die Kommissionen der Vereinten Nationen, die in den institutionalisierten Berichts- oder Beschwerdeverfahren (vgl. etwa die Provisional Rules of Procedure of the Human Rights Committee, in: B. Simma, Anm. 12, 39 ff.) auf die Berichte der Staaten (Rule 66), auf deren Erklärung, daß sie sich bestimmten Verfahren unterwerfen (Art. 41 IPbÜRG), angewiesen sind und kaum mehr als Empfehlungen aussprechen können. Vgl. Simma/Steiger (Anm. 16).

18 Art. 1 I der Folterkonvention der Vereinten Nationen, die mit der Resolution 39/46 der UN-Generalversammlung am 10. 12. 1984 angenommen wurde (abgedruckt in: B. Simma, Anm. 12, 412 ff.). Vgl. auch Art. 1 I der Erklärung über den Schutz vor Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, Resol. 3452 (XXX) der Generalversammlung vom 9. 12. 1975 (in: B. Simma, Anm. 12, 209 ff.). Historische Nachweise zum Bedeutungswandel des Folterbegriffs enthält E. Peters, Anm. 3, 1 ff.

19 Einflußreich war das Standardwerk von H. C. Lea, *Superstition and Force* (Philadelphia 1866).

und regionalen Menschenrechtsdokumenten eine Vielzahl von Hinweisen auf die Ächtung von Folter und anderen Formen der unmenschlichen, grausamen und erniedrigenden Behandlung finden. Genannt seien nur die internationalen Folterverbote in Art. 5 AllgErklMR, Art. 7 IPbürgpolR, Art. 1 der Resolution der UN-Generalversammlung vom 9. 12. 1975 und Art. 1 der UN Folter-Konvention vom 10. 12. 1984 sowie die regionalen Folterverbote in Art. 3 EMRK, Art. 5 II der Inter-American Convention on Human Rights und Art. 5 der African Charter on Human and Peoples' Rights.²⁰ Die allgemein gefaßten Ächtungen von Folter werden, *viertens*, von für die internationale Menschenrechtsdebatte nicht eben typischen, ins Detail gehenden und präventiven Schutzregelungen flankiert. Diese lenken das Augenmerk auf besonders gefährdete Gruppen (Sklaven, ethnische oder rassische Minderheiten, Kinder, Frauen und Strafgefangene), auf potentielle Folterer (Strafvollzugsbeamte, Mediziner, Naturwissenschaftler, Militärs) und »foltergeneigte« Situationen (insbesondere Haft).

Die Eingangsthese einer *heute fast unversellen Folterpraxis* steht quer zu den soeben skizzierten, möglichen zivilisierenden Effekten der Rechtsentwicklung. Die vier Punkte bedürfen der Erläuterung. Hinsichtlich der Aufklärung ist zunächst daran zu erinnern, daß bis hin zu dieser Epochenschwelle in nahezu allen bekannten Rechtskulturen Folter als geregeltes Verfahren zur Aufdeckung und »Verifizierung« von Verstößen gegen geltende Normen praktiziert wurde – ein Verfahren freilich, das die Angeklagten weitgehend rechtlos stellte.⁴¹ Folter war fast durchweg von den jeweils etablierten Beweismethoden abhängig und galt als eine wegen der Schärfe der angedrohten Sanktion, insbesondere der Todesstrafe, legitime Methode der »Wahrheitsfindung«. Die »Rationalität« dieser Methode im Sinne der jeweils vorgeschriebenen Prozeduren sollten folgende Kautelen verbürgen: Folter war nur bei besonders gravierenden Normverstößen, typischerweise bei Hochverrat, Häresie oder Kapitalverbrechen zulässig. Bestimmte Personengruppen waren von der Folter ausgenommen, insbesondere Kinder, schwangere Frauen, Alte sowie Angehörige des Klerus und Adels. Folter bedurfte einer richterlichen Anordnung und Überwachung. Folter, die zum Tode oder zu schweren und dauernden körperlichen Schäden führte, war häufig verpönt.

Ob das hier skizzierte Verfahren rechtlich regulierter Folter stets eingehalten wurde, und in welcher Hinsicht zwischen den unterschiedlichen Rechtskulturen bis zum Ausgang des Ancien Régime Differenzen zu betonen wären, kann offen bleiben.¹² Es kommt in diesem Zusammenhang allein auf das vom jeweiligen Gesetzgeber vorgesehene und von der Jurisprudenz ausgearbeitete *rechtliche Ritual* der Folter an. Diese Rituale haben die Aufklärung in der Tat nicht überlebt. Es spricht einiges dafür, daß weniger die moralische Kritik der Folter²³, also Ideen und Rhetorik der

20 Zum Nachweis des menschenrechtlichen Schutzes vor Folter vgl. den Bericht von P. Kooijmans (Anm. 1), die Menschenrechtspakte, Deklarationen und Resolutionen (in: B. Simma, Anm. 12) sowie die ausführliche Dokumentation der völker- und regionalrechtlichen Materialien von I. v. Pollern (Anm. 2).

21 Die nachfolgenden Überlegungen stützen sich vor allem auf E. Peters (Anm. 1). Vgl. aber auch A. Mellor, *La Torture* (Paris 1949, 2. Aufl. Tours 1961); H. C. Lea (Anm. 19) und ders., *Geschichte der Inquisition im Mittelalter*, 3 Bde. (Bonn 1905/1909/1913); J. H. Langbein, *Torture and the Law of Proof* (Chicago 1977), der den Nexus zwischen der moralischen Kritik der Aufklärung und der Abschaffung der Folter bestreitet, sowie F. Böckle/J. Pohier (Hg.), *The Death Penalty and Torture* (New York 1979) und M. Foucault, *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses* (Frankfurt 1981).

22 Vgl. dazu E. Peters (Anm. 1), J. H. Langbein (Anm. 21), die Beiträge in F. Böckle/J. Pohier (Anm. 21) und *La Preuve* (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions, 19. Jhrg., I-IV, Brüssel, 1963).

23 Für die moralisch-humanistische Kritik der Folter erlangte C. Beccarias *Über Verbrechen und Strafe* (1764), hrsg. und eingeleitet von W. Alff (Frankfurt 1966) den Rang eines paradigmatischen Werkes. J. H. Langbein (Anm. 21) und E. Peters (Anm. 1), 74 ff. beurteilen die Auswirkungen dieser Kritik eher skeptisch.

Aufklärung, als vielmehr auch gesellschaftliche und innerjuristische Entwicklungen hin zu neuartigen Kriminalstrafen und zu einem neuen Beweisrecht sowie moderne Formen der Verbrechenaufklärung (Polizei) und Übergänge zur langsamen mentalen Disziplinierung von Straftätern in Gefängnissen der Folter jegliche Legitimation entzogen.²⁴ Was immer auch der Folterpraxis den Weg verlegte: Im 19. Jahrhundert und auch danach läßt sich Folter als geregeltes Verfahren der Geständniserzwingung kaum noch nachweisen.²⁵

Die moralisch-humanitäre Kritik und rechtsinterne Entwertung der Folter konnten ihre Wiedergeburt im 20. Jahrhundert nicht verhindern. Was sich allerdings in den Kellern der Gestapo, im Gulag, in den Konzentrationslagern, wenig später in den Gefängnissen der Kolonialmächte wie etwa in Algerien oder heute in den Verhörtzellen und Haftkäfigen der Sicherheitspolizeien oder Militärstreitkräfte unzähliger Länder und schließlich unter dem Signum des islamischen Fundamentalismus ereignet, hat mit der vergleichsweise gebändigten Folterpraxis des Ancien Régime wenig zu tun. Die Aussagen der Opfer und ihrer Folterer, Berichte nichtstaatlicher Organisationen wie vor allem von *amnesty international* und zuletzt der Report des Sonderberichterstatters der UN-Menschenrechtskommission deuten darauf hin,²⁶ daß die heutigen Foltermethoden nicht von Gerichtsverfahren oder Beweisrecht, sondern vom Stand der Wissenschaft und Technik, daß das Ausmaß der Folterungen vom Konsensbedarf und Vergeltungsbedürfnis des »instrumentellen Staates«²⁷ abhängen. Merkmale der modernen Folter sind: *ausgefesselte Techniken* wie etwa sensorische Deprivation, Incommunicado-Haft, Verabreichung von Medikamenten und Elektroschock; *modernisierte Folterwerkzeuge*, an deren Herstellung und Export die entwickelten Industriestaaten maßgeblich beteiligt sind; die *professionelle Ausbildung* der Folterer sowie die systematische *Verwendung wissenschaftlichen Wissens* vor allem der Medizin, Psychiatrie und Pharmakologie.²⁸ Nicht immer lassen sich die Spuren moderner Folterungen an sichtbar verstümmelten Opfern ablesen.

Konnte im Folterverfahren der Vor-Aufklärungszeit wenigstens theoretisch Einspruch erhoben werden, etwa bei unzureichenden Verdachtsmomenten, so ist seit der Renaissance und Ausbreitung der Folterungen im 20. Jahrhundert nicht einmal

²⁴ Vgl. J. H. Langbein (Anm. 21), E. Peters (Anm. 1), M. Foucault (Anm. 21) und M. Frommel, *Strafjustiz und Polizei – Muß man die Strafrechtsgeschichte vom Kopf auf die Füße stellen?* (erscheint in: *Jus Commune*, Akten des 26. Rechtshistorikertages, Frankfurt 1986).

²⁵ Das 5. Amendment zur Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika (Recht zur Aussageverweigerung) ist der positiv-rechtliche Ausdruck der Abolition von Folter. Gemeinsam mit den legislativen Folterverboten anderer Staaten verbannt das Recht zur Aussageverweigerung die Geständniserzwingung durch physische Marter aus dem öffentlichen Gerichtsprozeß.

²⁶ P. Kooijmans (Anm. 1).

²⁷ Die Theorie des »instrumentellen Staates«, der als Werkzeug einer überlegenen Ideologie oder Rasse oder gesellschaftlichen Klasse im wesentlichen der Unterwerfung aller »ideologisch Verblendeten«, »Untermenschen« oder »Ungläubigen« dient, knüpft an das Konzept totalitärer Herrschaft an (vgl. dazu H. Arendt, *Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft*, Frankfurt 1955) und stützt sich auf A. Mellors Analysen der Folterpraxis im 19. und 20. Jahrhundert (Anm. 21). Vgl. E. Peters (Anm. 1), 103 ff.

²⁸ Zu den modernen Formen und Methoden der Folter vgl. P. Kooijmans (Anm. 1), 28 ff.; E. Peters (Anm. 1), 169 ff.; A. Mellor (Anm. 21); H. Alleg, *La Question* (Paris 1958) und P. Vidal-Naquet, *Raison d'Etat* (Paris 1962) über Folterungen während des Algerien-Krieges; T. Taylor, *Nuremberg and Vietnam* (New York 1970) über Folter- und Menschenrechtspraxis im Vietnam-Krieg; *Hearings before the Subcommittee on International Organizations of the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, 96. Congress, First Session* (Washington D. C. 1980) über Folter in Lateinamerika (»Human Rights and the Phenomenon of Disappearance«); L. D. Gerson, *The Secret Police in Lenin's Russia* (Philadelphia 1976), M. Ruthven, *Torture: The Grand Conspiracy* (London 1978), 218 ff. und L. Fuller *Pashukanis and Vyshinski, Mich.L.Rev.* 1949, 1159 ff. zur Strafrechts- und Folterpraxis in der Sowjetunion. Vgl. auch den bibliographischen Essay zur modernen Folter in E. Peters (Anm. 1), 193 ff. sowie vor allem *amnesty international*, *Torture in the Eighties* (New York 1984).

der Schatten rechtlicher Rationalität greifbar. Dem entspricht, daß nach allen zur Verfügung stehenden Informationen in allen denkbaren Fällen politischer Nonkonformität Folter zur Anwendung kommen kann. Nicht ein *crimen exceptum*, sondern jegliches politisch abweichende Verhalten kann die Foltermaschinerie in Gang setzen. Und zwar auch in solchen Staaten, die die internationalen und regionalen Folterverbote ratifiziert haben. Demnach muß Folter als »Pest des 20. Jahrhunderts«²⁹ angesehen werden, gegen die keine Gesellschaft und kein politisches System immun sind.³⁰ Gleichwohl wird die Wahrscheinlichkeit und Häufigkeit von Folter und vor allem durch die Abwesenheit demokratischer Strukturen und Garantien politischer Willensbildung, durch Ausnahme- und Notstandsrechtslagen und durch die Drohung und Verhängung der Todesstrafe indiziert.³¹

Diese Indikatoren haben Historiker der Menschenrechte und des Strafrechts sowie Theoretiker der Moderne dazu verleitet, die Universalität von Folter gleichsam weg- oder kleinzurationalisieren. In evolutionstheoretischer Perspektive erscheint Folter als *Regression* in vormoderne Zeiten, wodurch weder die möglichen Ursachen eines derartigen Rückfalls geklärt noch der spezifischen Modernität der verwissenschaftlichten Folterpraxis und dem gänzlich entrechteten Folteropfer Rechnung getragen wird. In einem Standardwerk zur Geschichte der Folter³² wird gar das (soeben in der Bundesrepublik von der revisionistischen Geschichtsschreibung bezüglich der NS-Vernichtungsapparatur³³ bemühte) Syndrom des »Asianismus« eingeführt, um die Renaissance der Folter im 20. Jahrhundert zu erklären. Abgesehen von dem reichlich makabren Rassismus werden hiermit die kontinental-europäischen Beiträge zur heutigen Folterproblematik unterschlagen: etwa die Exporte der Foltermethoden durch die Kolonialmächte in die Gesellschaften der »Dritten Welt« oder die Ausbildung südamerikanischer Geheimpolizisten und Militärs in den USA.

Theorien der gesteigerten Verletzbarkeit und Reizbarkeit des »instrumentellen Staates«, der als Werkzeug einer überlegenen Rasse oder politischen Avantgarde oder religiösen Heilslehre fungiert,³⁴ haben beachtliche Plausibilität bezüglich totalitärer Systeme wie Faschismus, Stalinismus oder Khomenyismus. Sie versagen jedoch bereits bei einer angemessenen Beschreibung der Diffusion der Folterpraxis und der Folterzwecke in der heutigen Welt. Den Berichten der internationalen und regionalen Menschenrechtskommissionen sowie der nichtstaatlichen Menschenrechtsorganisationen läßt sich der erschreckende Befund entnehmen, daß allein Kanada als *in jeder Hinsicht* vorbildlich gelten muß. Alle anderen Staaten sind entweder Gegenstand konkreter Beschwerden gewesen oder haben gegen die Über-

29 J. P. Sartre in seinem Vorwort zu *La Question* (Anm. 28). So auch P. Kooijmans (Anm. 1), 1.

30 E. Peters (Anm. 1), 5.

31 In bezug auf Staaten mit einigermaßen intakten rechtsstaatlichen Verfahren und demokratischen Verfassungsgarantien beschränken sich die Vorwürfe und die dokumentierten Vorfälle von Menschenrechtsverletzungen auf Körperverletzung im Amt, sexuelle Belästigung und Nötigung, Schlafentzug und andere unzulässige Verbörmethoden sowie inhumane Haftbedingungen (vgl. Kooijmans, Anm. 1 und E. Peters, Anm. 1).

32 A. Mellor, *La Torture* (Anm. 21).

33 Die These von der »asiatischen Tat« der Nationalsozialisten wurde ursprünglich von E. Nolte formuliert (FAZ v. 6. 6. 1986) und von J. Fest (FAZ v. 29. 8. 1986) verteidigt. Angesichts der von J. Habermas initiierten Kritik (Die Zeit v. 11. 7. 1986), die von Historikern im Kern übernommen und vertieft wurde (vgl. E. Jäckel, Die Zeit v. 12. 9. 1986 und M. Broszat, Die Zeit v. 3. 10. 1986), sah sich E. Nolte veranlaßt, seine These von der Ursprünglichkeit des »Archipel Gulag« für Vernichtungslager wie Auschwitz zu revidieren (Die Zeit v. 31. 10. 1986). Ob mit der erneuten Wortmeldung von J. Habermas (Die Zeit v. 6. 11. 1986) die von Nolte vorgetragene Wende in der Geschichtsbetrachtung zum Stillstand gekommen ist oder gar rückgängig gemacht werden konnte, darf bezweifelt werden. Zu groß scheint das Bedürfnis, die Verantwortungslast der Vergangenheit abzuwälzen und die deutsche Vergangenheit zu entsorgen (vgl. dazu H. Dubiel/G. Frankenberger, *Entsorgung der Vergangenheit*, Die Zeit v. 18. 3. 1983).

34 S. o. Anm. 27.

prüfung ihrer Menschenrechtspraxis (insbesondere der Einhaltung des Folterverbots) Vorbehalte geltend gemacht oder lassen in ihren nationalen Rechtsordnungen legislative oder administrative Vorkehrungen gegen Folter oder andere Formen grausamer oder unmenschlich harter Bestrafung vermissen.³⁵

Für die hier gestellte Frage, wie Folteropfer oder von Folter Bedrohte geschützt werden können und ob in diesem Kontext den Menschenrechten, vor allem dem Folterverbot und dem Recht auf Asyl, eine besondere *instrumentelle* Bedeutung beizumessen ist, kommt es nicht darauf an, *jedes* Land unter Folterverdacht zu stellen. Auch ohne etwa die Isolationshaft^{35a} oder die Verhängung der Todesstrafe gegen Jugendliche, einschließlich der Unterbringung in »death row«,³⁶ an Art. 1 der Folterkonvention zu messen, bleibt Folter ein hinreichend universelles Phänomen, das die Suche nach universellen Lösungen rechtfertigt. Bedenkt man ferner, daß sich die Folterpraxis zwar als krasser Widerspruch zu den Folterverboten, aber doch im Gleichlauf mit den menschenrechtlichen Deklarationen ausbreiten konnte, so ist eher fragwürdig, angemessene Lösungen auf die Formel eines internationalen Menschenrechts zu bringen.³⁷ Ganz gleich wie die Durchschlagskraft solcher Menschenrechte einzuschätzen ist, dürfte kaum streitig sein, daß diese Form der Verrechtlichung aus dem normativen Blickwinkel der Weltgesellschaft einen Gegenzug hin zur staatlichen Souveränität provoziert. Ob das Asyl eine solche Frontstellung vermeidet, bleibt zu klären.

IV. Politisches Asyl und staatliche Souveränität

Asyl als *Zuflucht* entzieht die politisch Verfolgten dem Zugriff ihrer Verfolger. Die tatsächlichen Hindernisse, die zwischen Folter und Asyl liegen, sind beachtlich. Gleichwohl deutet die Zahl der Flüchtlinge in aller Welt darauf hin, daß Flucht und Zuflucht sich nicht als rein theoretische Möglichkeiten abschreiben lassen.³⁸

Asyl als der *im Ausland* gewährte Schutz von *Fremden* vor Verfolgung in ihrem *Heimatstaat* verweist allerdings ganz unmittelbar auf jene Staatsraison, die hinter dem Anspruch auf staatliche Souveränität Barrieren gegen alle Ansätze zu einem effektiven internationalen Schutz der Menschenrechte errichtet. Führt damit Asyl in die Souveränitätsfalle des normativen Internationalismus?

35 Vgl. P. Kooijmans (Anm. 1), 18 ff. Die Bundesrepublik unterzeichnete die Folterkonvention erst nach erheblichem innenpolitischen und außenpolitischem Druck, wobei sie zugleich Vorbehalte gegen das in Art. 3 festgelegte Ausweisungsverbot bei drohender Folter geltend machte (vgl. FR v. 17. 7. 1986 und Südd. Zeitg. v. 18./19. 10. 1986).

35a Zur Kritik der Isolationshaft vgl. P. Bakker Shit et al. (Hg.), *Todesschüsse Isolationshaft Eingriffe ins Verteidigungsrecht* (Amsterdam 1983) sowie H. Hannover, *Verteidigung in Stammheim – Begegnung mit der Angst*, KJ 1985, 396 ff.

36 Pressemeldungen zufolge warten in den USA derzeit 36 zum Tode verurteilte Jugendliche auf die Vollstreckung ihrer Strafe (FR v. 6. 1. 1986).

37 Womit nicht gesagt wird, daß Menschenrechte in der Hand nichtstaatlicher Organisationen wie insbesondere von *amnesty international* nicht eine erhebliche moralische und strategische Bedeutung haben können. Gegenüber den zur Kooperation verpflichteten und nicht mit Sanktionsbefugnissen ausgestatteten internationalen Kommissionen haben nichtstaatliche Organisationen den Vorteil, relativ frei von Rücksichtnahmen auf die prekäre Balance des internationalen Staatensystems und auf ideologische Empfindlichkeiten operieren zu können. Sie sind per se institutionell »undiszipliniert« und können vor der Weltöffentlichkeit ohne Bindung an Geheimhaltungsklauseln (vgl. das Verfahren für die Behandlung von Mitteilungen mit Bezug auf Verletzungen von Menschenrechten und Grundfreiheiten, Resol. 1503 des Wirtschafts- und Sozialrats, zit. bei B. Simma, Anm. 12, 15 ff) Menschenrechtsverletzungen skandalisieren. Und zwar auf eine Art und Weise, die das Leiden der Betroffenen nicht auf die Ebene von Subsumtionselementen herunterbringt.

38 Zahlenangaben zum Weltflüchtlingsproblem bei R. Marx, *Asylrecht*, 4. Aufl. (Baden-Baden 1984), 919 ff und bei R. Marx (Anm. 3), 391 ff.

Als nicht bloß faktische Möglichkeit, sondern als ein einklagbarer und durchsetzbarer Anspruch, an der Grenze eines Zufluchtslandes nicht abgewiesen und nicht an das Verfolgerland ausgeliefert oder dorthin ausgewiesen und abgeschoben zu werden, berührt Asyl in zweifacher Hinsicht die staatliche Souveränität. Die *Asylgewährung* befreit den Verfolgten aus dem Netz der Rechte und Pflichten innerhalb der politischen Gemeinschaft des Heimatstaates und unterstellt ihn kraft Territorialhoheit der Jurisdiktion des Gasrlandes. Als *verweigerte Auslieferung* beeinträchtigt das externe Asyl die anerkannten oder angemäßen Befugnisse souveräner Staaten, nach Maßgabe ihrer jeweiligen Rechtsordnung über die Staatsangehörigen verfügen zu können, kurz: ihre Personalhoheit. Ein Ausweg wäre, das Recht politisch Verfolgter auf Asyl in den Verfassungen aller Staaten zu verankern. Auf internationaler Ebene, so könnte man argumentieren, bestünde dann kein Regelungsbedarf. Die Staaten hätten sich zur Aufnahme Asylsuchender verpflichtet; das Problem wäre gelöst. Dieser Ausweg ist freilich nicht gangbar. Nationale Regelungen, die der im Wortlaut absoluten Asylgarantie des Art. 16 II 2 GG entsprächen, oder auch nur ein relativ gefaßtes Recht auf Asyl, wie es Art. 10 III der Verfassung Italiens vorsieht,³⁹ sind die Ausnahme geblieben. Solche Rechte auf Asyl gelten, wie die Asyldebatte in Europa zeigt, als außerordentlich lästig. Kaum ein Staat wird sich hinreißen lassen, heute noch ein subjektives Recht auf Asyl zu normieren. Auf nationaler Ebene ist daher bis auf weiteres mit dem Vorrang staatlicher Ermessensfreiheit in Asylfragen zu rechnen.

Zu denken wäre daher an ein internationales Recht auf Asyl, das den Problemkomplex »politische Verfolgung« der Staatengemeinschaft überantwortet. Nun kennzeichnet freilich den völkerrechtlichen Diskurs über das moderne Asylrecht nichts mehr als die widersprüchlichen Rücksichtnahmen auf die Territorialhoheit und die Personalhoheit der Staaten.⁴⁰ Allein das *territoriale Asylrecht*, d. h. das Recht der souveränen Staaten, auf ihrem Territorium Fremden Asyl zu gewähren, findet allgemeine Anerkennung. Asylgewährung, besagt dieses »Recht«, darf von anderen Staaten nicht als Verletzung ihrer Souveränität, ja nicht einmal als unfreundlicher Akt gewertet werden.⁴¹ Diesem Recht zur Asylgewährung korrespondiert freilich keine völkerrechtliche *Pflicht* der Staaten *zur Aufnahme* politischer Flüchtlinge, jedoch ein Schutz vor Ausweisung (Art. 32, 33 FK). Vor eine solche Pflicht hat die Staatenpraxis wiederum die nationalstaatliche Souveränität gesetzt. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 spricht in Art. 14 I »jedem Menschen« das Recht (zu), in anderen Ländern vor Verfolgungen Asyl zu suchen und zu genießen«. Das klingt gut, wird aber im völkerrechtlichen Diskurs zum »Recht« heraufbagatellisiert, sich auf die Flucht zu begeben.⁴² Denn der Art. 14 I ist wie folgt zu lesen:

39 Zit. nach P. C. Mayer-Tasch, Die Verfassungen Europas. 2. Aufl. (München 1975), 315. Weitere Nachweise bei M. R. Garcia-Mora, International Law and Asylum as a Human Right (Washington 1956), 155 ff.

40 Zum Stand der Souveränitätslehren und zum Zusammenhang von Menschenrechten, Flüchtlingsproblematik und staatlicher Souveränität vgl. die Beiträge in E. Kroker/T. Veiter (Hg.), Rechtspositivismus, Menschenrechte und Souveränitätslehre in verschiedenen Rechtskreisen (Wien 1976); C. E. Ritterband, Universeller Menschenrechtsschutz und völkerrechtliches Interventionsverbot (Bern 1982); J. Delbrück, Menschenrechte im Schnittpunkt zwischen universalem Schutzanspruch und staatlicher Souveränität, German Yearbook of Int'l. Law 1979, 384 ff sowie O. Kimmnich, Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Souveränitätslehren und Souveränitätspraxis, in: Kroker/Veiter, a. a. O., Bd. IX, 97 ff.

41 Vgl. G. Goodwin-Gill, The Refugee in International Law (1967); A. Grahl-Madsen, The Status of Refugees in International Law (Leyden 1967); O. Kimmnich, Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings (Köln/Berlin 1962), 215 ff und R. Marx (Anm. 5), 99 ff.

42 Vgl. auch zur Kritik: O. Kimmnich, Kommentierung zu Art. 16 GG (Bonner Kommentar, Drittbearb. Okt. 1984), Rz. 137 ff und D. Kennedy, International Refugee Protection, Human Rights Quarterly 1986, 1 ff/48.

»Jeder Mensch hat – falls es ihm gewährt wird – das Recht, ... Asyl zu genießen.«⁴³ Auf diese Weise bleibt das Asylrecht in die Ermessensfreiheit der Staaten eingebettet. Hieran hat weder die Flüchtlingskonvention von 1951 noch die Asylrechtserklärung der Vereinten Nationen von 1967⁴⁴ Wesentliches geändert. Beide schweigen zur Aufnahmespflicht und zum Asylrecht im subjektiven Sinne und beschränken sich darauf, bekannte Grundsätze des Völkerrechts, wie etwa das Verbot der Zurückweisung und Ausweisung von politischen Flüchtlingen, zu bekräftigen. Angesichts der Offenheit des territorialen Asylrechts für staatliche Sicherheitsbedenken und Gemeinschaftsvorbehalte, für Zumutbarkeitslehren und Vorstellungen von Asylwürdigkeit sei an ein archaisches Asylverständnis erinnert, das schutzbedürftigen Fremden bedingungslos Zuflucht gewährte.⁴⁵ Dieses hat jedoch ebenso wenig wie moderne Lehren, die den humanitären Gehalt des Asylrechts radikaler fassen⁴⁶, in absehbarer Zeit eine Chance, herrschende Meinung oder Praxis zu werden.

Das gilt auch für ein *völkerrechtlich* begründeteres Menschenrecht auf Asyl.⁴⁷ Zum einen hat ein internationales Recht auf Asyl an der oben skizzierten Problematik des normativen Internationalismus teil. Zum anderen hat die advokatorische Mobilisierung eines internationalen Menschenrechts für politisch Verfolgte eine überschießende normative Tendenz. Diese ist zwar dem Bemühen geschuldet, Souveränitätsvorbehalte der Staaten abzubauen; gleichwohl provoziert sie solche Vorbehalte durch die argumentative »Entgrenzung« der nationalen Hoheitsbereiche.⁴⁸ Denn ein internationales Recht auf Asyl zielt fast zwangsläufig darauf ab, die staatlichen Grenzen für politische Flüchtlinge nach innen zu öffnen und nach erfolgter Flucht und Aufnahme um jeden Preis nach außen zu schließen.⁴⁹ Im Medium der normati-

43 D. Kennedy (Anm. 42), 48.

44 Abgedruckt in: I. v. Pollern (Anm. 2), 135 und O. Kimmich (Anm. 42), Rz. 140f.

45 Zur Geschichte des Asylrechts vgl. O. Kimmich (Anm. 42), Rz. 71 ff; ders., *Asyl, das älteste Recht*, in: H. Spaich, (Hg.), *Asyl bei den Deutschen* (Reinbek 1982), 150 ff.

46 So forderte bereits H. Grotius, selbst ein politischer Flüchtling: »Aber selbst ein dauernder Aufenthalt darf den Fremden, welche, aus ihrer Heimat vertrieben, um Aufnahme bitten, nicht abgeschlagen werden, sobald sie sich den bestehenden Staatsgewalten und Einrichtungen für die öffentliche Sicherheit unterwerfen« (De iure belli ac pacis, 2. Buch, 2. Kap., XVI). Vgl. auch M. Garcia-Mora (Anm. 39), 23 ff.

47 Was bei Grotius noch humanitäre Verpflichtung war, kleiden moderne völkerrechtliche Asyllehren in ein menschenrechtliches Gewand: »Jeder Mensch hat das Recht, in anderen Ländern Asyl vor Verfolgung zu suchen und zu erlangen.« (Vorschlag der Menschenrechtskommission für die Fassung des späteren Art. 14 I AllgErkMR, UN Doc E/800). Zur Begründung eines subjektiven Rechts auf Asyl im Völkerrecht vgl. M. Grassi, *Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht* (Winterthur 1955); H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights* (New York 1950) und R. Marx (Anm. 5), 149 ff.

48 Diese Argumentation ist verständlich, wenn man bedenkt, daß nach h.M. im Völkerrecht der Schutz, den das ausgeübte Asylrecht vermittelt, als Ausfluß der Souveränität im staatlichen Ermessen liegt, während die Nichtgewährung des Asyls auf vertraglicher Basis beruht (vgl. I. v. Pollern, Anm. 2, 123). Da keine völkerrechtliche Verpflichtung der Zufluchtsstaaten gegenüber Asylsuchenden besteht, muß die Begründung eines individuellen Rechts auf Asyl die Zurückweisung von Flüchtlingen an der Grenze oder die Ausweisung verhindern. Folgerichtig knüpfen menschenrechtliche Asyllehren an das Prinzip des *non-refoulement* (V. Lieber, *Die neuere Entwicklung des Asylrechts im Völkerrecht und im Staatsrecht*, Zürich 1973), an das Prinzip der *Nichtauslieferung politischer Straftäter* (vgl. I. v. Pollern, Anm. 2, 125 f) oder an das *Verbot der Ausweisung/Abschiebung* bei drohender menschenrechtswidriger Behandlung an (K. Doehring, *Der Konventionsentwurf der Int'l. Law Association über die Gewährung territorialen Asyls*, ZaöRVR 1973, 56 ff/61 f; vgl. auch Frowein/Kühner, *ZaöRVR* 1983, 537 ff und G. Frankenberg, *Ausweisung und Abschiebung trotz drohender Todesstrafe?*, JZ 1986, 414 ff). Der Ansatz von R. Marx (Anm. 5), *Asyl als subsidiäres Menschenrecht*, getragen von einem Basisrecht auf politische Gemeinschaft, in den allgemeinen Menschenrechtsschutz einzubeziehen, weist über die »Grenzfixierung« hinaus. Anstatt aber die »soziale Komponente« des allgemeinen Menschenrechtsbegriffs weiter zu entfalten (S. 133 f), sucht er einen festen Grund für das subjektive Recht auf Asyl in der »universell konsentierten« Gewissensfreiheit. Angelpunkt bleibt auch hier das »gewöhnheitsrechtlich anerkannte Zurückweisungsverbot« (S. 167).

49 Eine solche Auffassung kann sich immerhin auf Grotius berufen, der Asyl als permanentes Niederlassungsrecht konzipiert (Anm. 46 und 1. Buch, 5. Kap., XXI). Bei M. R. Garcia-Mora (Anm. 39) erscheint Asyl als humanitäre Pflicht der Staaten (S. 161), deren internationale Qualität aus dem Grundsatz des

ven Rhetorik treten dabei das Recht zur Einreise und Aufnahme als Einwanderungsrecht sowie der gebotene Schutz vor Verfolgung als Einbürgerungsrecht auf. Diese Tendenz geht sowohl über die schutzwürdigen Bedürfnisse politischer Flüchtlinge hinaus als auch an legitimen staatlichen Interessen vorbei. Bei derzeit über 15 Millionen Flüchtlingen, von denen gewiß nicht alle, aber doch eine beachtliche Zahl als politisch Verfolgte Träger eines internationalen Menschenrechts auf Asyl wären, muß man sich über souveränitätsgestützte Abwehrreaktionen der Staaten nicht wundern. Es erscheint daher sinnvoll, sich noch einmal des Schutzbedürfnisses politisch Verfolgter zu vergewissern und es in Beziehung zu setzen zu anerkennungswürdigen staatlichen Interessen.

Ausgangspunkt des hier skizzierten Versuchs, den Schutz politisch Verfolgter neben nationalen Asylgarantien und internationalen Deklarationen und Konventionen zusätzlich *zwischenstaatlich* zu verankern, sind drei empirische Annahmen. Nämlich, *erstens*, daß ein Ende der weltweiten Verfolgungen und Flüchtlingsströme nicht abzusehen ist. Daß wir, *zweitens*, vor allem mit politischen Flüchtlingen aus der »Dritten Welt« rechnen müssen, an denen, *drittens*, die Staaten der »Ersten Welt« – ungeachtet anderslautender offizieller Erklärungen – kein Interesse haben, weil diese Flüchtlinge anders als ihre Vorgänger aus den sozialistischen Ländern nicht problemlos zu integrieren sind und ihr berufliches Qualifikationsprofil keinen leicht zu realisierenden ökonomischen Nutzen verspricht. Zu vermuten ist also bestenfalls ein sekundäres Interesse potentieller Aufnahmeländer an einer gleichmäßigen Verteilung der politischen Flüchtlinge entsprechend der jeweiligen nationalen Wirtschaftskraft und unabweisbarer politisch-moralischer oder historisch-ökonomischer Verantwortlichkeiten, wie etwa Faschismus und Kolonialismus. Eine wechselseitige Verpflichtung aller in Frage kommenden Gesellschaften oder – völkerrechtlich gesprochen: ihrer – Staaten zur Kooperation beim Schutz politisch Verfolgter läßt sich mit einiger Aussicht auf Erfolg nur begründen, wenn der Verfolgungsschutz auf einen *bestimmten Personenkreis* beschränkt und auf *begrenzte Dauer* angelegt wird. Jedes weiterreichende, zwischenstaatlich zu verankernde Asyl rief zwangsläufig Souveränitätsvorbehalte auf den Plan.

Diese doppelte Beschränkung illustrieren im übrigen sowohl die Flüchtlingskonvention von 1951 als auch etwa das Europäische Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus von 1977.⁵⁰ Hier werden bestimmte Kategorien Verfolgter ausgezeichnet, nämlich die wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, ethnischen oder sozialen Gruppenzugehörigkeit oder wegen ihrer politischen Überzeugung Verfolgten (Art. 1 A Nr. 2 FK). Eine *politische* Verfolgung in diesem Sinne betrifft demnach in aller Regel das Verhältnis zwischen Staat und Einzelpersonen oder Gruppen (Minderheiten), beruht typischerweise auf staatlichen Maßnahmen oder staatlicher Duldung und gründet letztlich darin, daß die von Verfolgung Betroffenen in ihrem Heimatstaat *de facto* oder *de iure* schutzlos sind.⁵¹ Zwischenstaatliche oder regionale Vereinbarungen, die etwa nach dem Muster des Auslieferungsrechts politisch

non-refoulement, aus Ausweisungssperren bei drohender politischer Verfolgung und aus den Menschenrechtskatalogen als »irreduzibles Minimum« (S. 166) abgeleitet wird, ohne daß eine zeitliche Begrenzung diskutiert wird. R. Marx (Anm. 5) verknüpft die Auswanderungsfreiheit mit dem »gewohnheitsrechtlich anerkannten Zurückweisungsverbot« zu einer Pflicht der Staaten, Verfolgte entweder aufzunehmen oder »in gemeinsamer Aktion mit anderen Staaten ein sicheres Aufnahmeland ausfindig zu machen« (S. 167). Bei den von Marx sorgfältig erarbeiteten Grundsätzen des völkerrechtlichen Asylrechts (S. 178) fehlt jeder Hinweis auf eine temporäre Begrenzung. Anders etwa P. C. Jessup, A Modern Law of Nations (1948), der von »temporary refuge« spricht (S. 55).

⁵⁰ BGBl. II 1978, 321. Vgl. dazu auch H. Quaritsch (Anm. 5), 60 ff.

⁵¹ Zum Begriff der politischen Verfolgung s. O. Kimmich (Anm. 42), Rz. 179 ff mit zahlreichen Nachweisen.

Verfolgten Asyl gewähren, liegen daher nicht außerhalb von Regelungen, auf die sich Staaten einlassen können. Ansätze und Anregungen hierzu finden sich in den Vorschlägen der parlamentarischen Versammlung und des Ministerrates der Europäischen Gemeinschaft sowie in zwei Entschlüssen des Europaparlaments zur Harmonisierung der Asylverfahren bzw. zur Garantie humaner Lebensbedingungen für Asylsuchende.⁵¹

Es fragt sich, unter welchen Bedingungen politischen Flüchtlingen mit solchen Regelungen gedient wäre. Angesichts der Asylpraxis in der Bundesrepublik wie auch in anderen europäischen Staaten ist daran zu erinnern, daß Asylsuchenden, *erstens*, die Möglichkeit der *Anreise* zum Zufluchtsland offen gehalten werden muß. Visumzwang und Transportverbote für Fluggesellschaften wären also zwischenstaatlich zu untersagen. *Zweitens* gehört zum politischen Asyl die gesicherte *Einreise* in das Aufnahmeland. Hier kann im Ansatz auf den völkerrechtlichen Grundsatz des *non-refoulement* zurückgegriffen werden. *Drittens* ist der zeitlich begrenzte Aufenthalt im Asylland zu verbürgen. Gegen eine menschenrechtliche, faktisch auf Einbürgerung hinauslaufende Argumentation ist festzuhalten, daß politisch Verfolgte grundsätzlich nur eines temporären Schutzes vor dem Zugriff des Verfolgerstaates bedürfen. Ihnen ist so lange Asyl zu gewähren, bis die Rückkehr in das Heimatland *gefahrlos* möglich ist. Die Dauer des Asyls hängt also primär von der Verfolgungssituation im Einzelfall ab. Daß mit der Dauer des Asyls eine Pflicht zur Rückkehr ins Heimatland sukzessive ihre normative Kraft verliert, und daß sehr wohl Fälle denkbar sind, in denen eine Rückkehr praktisch nie in Frage kommt, ändert nichts am Grundsatz einer zeitlichen Begrenzung des politischen Asyls. Eine zwischenstaatliche Vereinbarung hätte allerdings dafür Sorge zu tragen, daß die Feststellung der Verfolgungssituation und die Festlegung der Asyldauer von staatlicher Willkür frei bleiben, was etwa durch die Mitwirkung des Hohen Flüchtlingskommissars gesichert werden könnte.

Schließlich und *viertens* bedürfen politische Flüchtlinge humaner, nicht diskriminierender Lebensbedingungen – ein Aspekt, der von auf die Öffnung bzw. Schließung der Staatsgrenzen fixierten Doktrinen vernachlässigt wird. Hier kommt die Relativierung der rechtlichen Differenz zwischen Staatsangehörigen und Fremden zum Tragen und zeigt sich die menschenrechtliche Idee des politischen Asyls: Wer infolge politischer Verfolgung ohne Schutz gestellt ist, soll Asyl »genießen« (vgl. Art. 14 I AllgErkMR). Die *de facto* oder *de iure* aus ihrem Heimatstaat Ausgestoßenen sollen für die Dauer des Asyls Aufnahme in eine andere politische Gemeinschaft finden. Es spricht einiges dafür, das *Recht auf politische Gemeinschaft* als Menschenrecht auszuzeichnen, das der Kategorie des Nationalstaats vorausliegt.⁵² Der argumentationsstrategische Vorteil liegt auf der Hand. Ein derartiges Recht bedroht nicht staatliche Souveränitätsansprüche, sondern muß von diesen vorausgesetzt werden: Keine Personalhoheit ohne Personen, über die sie ausgeübt werden kann.

Was aber könnte ein solches Recht auf politische Gemeinschaft besagen? Wenn damit nur der Schutz vor Zurückweisung, Auslieferung oder Ausweisung gemeint wäre, müßte es nicht zusätzlich formuliert werden. Es läßt sich aber hinsichtlich der

⁵¹ Die Empfehlung des Ministerrates Nr. 81/16 vom 5. 11. 1981 sieht vor, die nationalen Asylverfahren – unter Wahrung der Verfahrensgarantien – zu vereinheitlichen, insbesondere für Schutz vor Zurückweisung und Rechtshilfe zu sorgen. Die Empfehlungen 953 (1983) und 1016 (1985) der parlamentarischen Versammlung bekräftigen eine Anregung des Hohen Flüchtlingskommissars, auch bei großen Flüchtlingszahlen wenigstens temporär Asyl und humane Lebensbedingungen zu garantieren. Die Entschlüsse des Europaparlaments (Doc. 583 AP 0160 v. 9. 6. 1983) befassen sich mit der bestmöglichen Behandlung Asylsuchender.

⁵² Vgl. R. Marx (Anm. 5), 131 ff. S. auch oben Anm. 5 und 48.

universell deklarierten Vorstellung vom Asyl»genuß« konkretisieren. Asyl genießt nicht bereits, wer einer nationalen Jurisdiktion unterstellt wird; von »genießen« kann vielmehr nur die Rede sein, wenn politische Flüchtlinge *wie Staatsbürger* (wenn auch grundsätzlich auf Zeit) behandelt werden. Einer politischen Gemeinschaft gehört an, wem nicht von vornherein ungleiche Lebensbedingungen auferlegt werden. Sonderbehandlungen, wie etwa die zwangsweise Unterbringung in Lagern, und rechtliche Diskriminierungen, wie etwa Arbeitsverbote, sind mit politischem Asyl als Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft unvereinbar. Gewiß nicht eine die politische Verfolgung betreibende Regierung, wohl aber politisch verfaßte Gesellschaften können im Verhältnis zueinander geltend machen, daß ihre Mitglieder während eines temporären Aufenthaltes im Ausland nicht dauerhaft demoralisiert, stigmatisiert oder geschädigt werden. Da keine Gesellschaft gegen politische Verfolgung immun ist, kann von allen angenommen werden, daß sie sich unter dem Druck des Weltflüchtlingsproblems auf zwischenstaatliche Abmachungen einlassen, die für einen derartigen Fall Schutz vor Willkür und eine politische Ersatzgemeinschaft, jedenfalls aber eine gleichmäßige Verteilung der »Verfolgungslasten« verbürgen.⁵³

V. Asyl als Schutz vor Folter

Zu klären bleibt damit, ob Gefolterte oder von Folter Bedrohte politisches Asyl in Anspruch nehmen können. Eine Situation größerer Schutzlosigkeit als Folter ist kaum vorstellbar. Nach diesem Kriterium wäre die Asylberechtigung keine Frage. Gleichwohl ist international wie national außerordentlich umstritten, ob Folter als politische Verfolgung gilt. In der Flüchtlingskonvention fehlt ein ausdrücklicher Hinweis auf Folter. Die Erklärung über den Schutz vor Folter von 1975⁵⁴ stellt keine Verbindung zwischen Asyl und Folter her; sie gibt den Staaten nur auf, Vorkehrungen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche und erniedrigende Behandlungen zu treffen (Art. 3–6), Folterungen zu ahnden und gegebenenfalls die Opfer zu entschädigen (Art. 7–11). Die UN-Folterkonvention von 1984 ergänzt bzw. wiederholt nur die regional- oder national-rechtlichen Auslieferungsverbote, soweit sie den Staaten zur Auflage macht, in Fällen drohender Folter von Zurück- oder Ausweisungen abzusehen (Art. 3 I) – ein Passus, gegen den einzelne Signatarstaaten wie zuletzt die Bundesrepublik erhebliche Vorbehalte geltend machen.⁵⁵ Das völkerrechtliche Zurückweisungsverbot wäre aber nur dann ein Äquivalent zum politischen Asyl, wenn es den Staaten nicht nur untersagte, Flüchtlinge

⁵³ Für diese Annahme finden sich starke Evidenzen in der Flüchtlingskonvention (Art. 33 ff) sowie im Auslieferungsrecht (Verbot der Auslieferung politischer Straftäter, Verbot der Auslieferung bei drohender Folter und anderer unmenschlicher, grausamer oder erniedrigender Behandlung; vgl. dazu G. Frankenberg, Anm. 48) wie auch in neueren regionalen und internationalen Erklärungen zum Asylrecht (»Asyl für Personen in Gefahr vor Verfolgung«, Resolution des Ministerkomitees des Europarates v. 29. 6. 1967; Erklärung über das territoriale Asyl in den Mitgliedstaaten des Europarates v. 5. 12. 1977, zit. bei O. Kimmich, Anm. 42, Rz. 139; UN-Asylrechtsdeklaration v. 14. 12. 1967, Anm. 44). Vgl. auch die Resolutionen 1 und 2 (XXIV) der Unterkommission für die Verhinderung von Diskriminierungen und für den Schutz von Minderheiten v. 13. 8. 1971 bzw. v. 16. 8. 1971 (abgedr. in: B. Simma, Anm. 12, 15 ff) und die Empfehlungen der Organe der Europäischen Gemeinschaft (Anm. 51 a).

⁵⁴ Nachw. Anm. 18.

⁵⁵ Repräsentanten der Bundesrepublik sehen im Verbot der Auslieferung, Ausweisung und Abschiebung bei drohender Folter eine »Ausweitung der Asylpraxis«, die »völlig außerhalb des Vorstellungsvermögens der Verfassungsväter« liege (FR v. 17. 7. 1986), weil »Folter« im übrigen zu abstrakt definiert sei (Südd. Zeitg. v. 18./19. 1. 1986).

unmittelbar an der Grenze oder nach der Einreise abzuweisen, sondern ihnen zugleich aufgabe, Asylsuchenden die Anreise zu gestatten. Im Völkerrecht ist eine so weite Auslegung des *non-refoulement* jedoch keineswegs herrschend.⁵⁶ In der Praxis der europäischen Staaten setzt sich gerade in letzter Zeit eine engherzige Interpretation durch, die eine »Vorverteidigung« gegen politische Flüchtlinge durch Visumzwang und Transportverbote für Fluggesellschaften diktiert.

Ebensowenig wie das Zurückweisungsverbot machen Auslieferungssperren die Frage nach dem Zusammenhang von Asyl und Folter entbehrlich. Zum einen stellt das Auslieferungsrecht auf den politischen Gehalt einer Straftat ab, während politisches Asyl auf politische Verfolgung und die allgemeine Situation der rechtlichen oder faktischen Schutzlosigkeit der Verfolgten abhebt. Zum anderen lassen Auslieferungsverbote die Fragen nach der Rechtsstellung der Betroffenen und den von ihnen zu genießenden Lebensbedingungen offen.

Das Schweigen der Flüchtlingskonvention zur Folter und die Zurückhaltung der internationalen Deklarationen zum asylrechtlichen Schutz der Gefolterten oder von Folter Bedrohten ist daher zumindest überraschend. Die Überraschung legt sich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß in bezug auf politisches Asyl international wie national die Vorstellung gehegt wird, bei Folter sei zwischen politischer und nichtpolitischer, rein strafrechtlicher Verfolgung zu unterscheiden.⁵⁷ Demnach hat Anspruch auf Anerkennung als Konventionsflüchtling bzw. ist asylberechtigt, wer aus einem in der Flüchtlingskonvention genannten Grunde gefoltert wurde oder werden soll. Folter, zur Aufklärung »normaler« Straftaten angewendet, soll dagegen »niemals politische Verfolgung«⁵⁸ oder bestenfalls ein Indiz sein, das durch die Erforschung der politischen Motive des Folterstaates zu erhärten ist.⁵⁹ Warum aber soll es bei Folterungen nun doch nicht allein auf die Schutzlosigkeit der Opfer, also ihre Entrechtung und faktische Ausbürgerung, und auf die Mittel staatlicher Herrschaftsausübung ankommen? Einem deutschen Staatsrechtslehrer verdanken wir den Hinweis auf die zynische Staatsraison, die uns im Kleide der asylrechtlichen Dogmatik – »kein Asyl für Kriminelle!« – entgegentritt: Da könnte ja jeder kommen, der gefoltert wird! Oder: »Jemand, der in die Bundesrepublik auswandern will, könnte in einem Folterland durch eine Straftat das Einreise- und Aufenthaltsrecht für die Bundesrepublik erwerben.«⁶⁰

Gegen die Unterscheidung von politischer und nichtpolitischer Folter wird eingewendet, daß nicht die Motivation, sondern Art und Grad der Reaktion eines Staates bei der Prüfung der Asylgründe den Ausschlag geben. Gemessen wird jeweils die Menschenrechts- oder Rechtsstaatswidrigkeit.⁶¹ Diese Kritik bezieht ihre Plausibilität aus einem verfassungsrechtlichen Kontext wie etwa dem des Art. 16 II 2 GG. Jede Suche nach einem raschen und wirksamen zwischenstaatlichen Schutz vor Folter belastet sie mit voraussetzungsvollen normativen Maßstäben. Im völkerrecht-

⁵⁶ Vgl. W. Kälin, Das Prinzip des Non-Refoulement (Bern/Frankfurt 1982).

⁵⁷ Nachweise bei O. Kimmich (Anm. 42), Rz. 205, 247ff.; R. Marx, Folter im Asylrecht, in: Vorgänge 1986, 64 ff.

⁵⁸ H. Quaritsch (Anm. 5), 75, der nicht zwischen ausnahmsweise oder systematisch angewandeter Folter, sondern zwischen »normaler« und »politischer« Kriminalität unterscheidet.

⁵⁹ Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und des Bundesverfassungsgerichts ist in diesem Punkt un einheitlich und widersprüchlich. Für die Indizwirkung von Folter: BVerwGE 67, 193; VGH BW, InfAuslR 1985, 183 ff und OVG Lüneburg, InfAuslR 1985, 188 ff. Gegen die Indizwirkung von Maßnahmen zur Erzwingung von Aussagen bei Verdacht von politischen wie nichtpolitischen Straftaten: BVerwG, InfAuslR 1986, 265 ff.

⁶⁰ H. Quaritsch (Anm. 5), 75.

⁶¹ Vgl. R. Marx, ZAR 1981, 42; Franz in: Handb. des Asylrechts 1981 (2), 777; I. v. Pollern (Anm. 2), 268/283 f.

lichen Kontext steht aber ein allseits anerkanntes oder auch nur zustimmungsfähiges Konzept von Menschenwürde oder von Rechtsstaatlichkeit nicht zur Verfügung. Zwar läßt sich dartun, daß die westlichen Freiheitsrechte über die Befreiungsbewegungen Eingang in die nichtwestlichen Kulturen gefunden haben. Allerdings ist zweifelhaft, ob das Postulat der Unantastbarkeit der menschlichen Würde mit dem ihm zugrundeliegenden abstrakten und individualistischen Menschenbild eine vergleichbare Verbreitungschance haben kann. Der Pluralismus der Menschenrechtsverständnisse spricht dagegen.

Dem Vorwurf des Eurozentrismus und »Menschenrechtsimperialismus« entgeht jene Kritik an der Folterdogmatik, die auf die funktionale Bedeutung von Folter abstellt. Von Folter als »gängigem Bestandteil der Ermittlungsarbeit« schließt diese Auffassung auf eine »asylrechtsrelevante Verfolgungstendenz«, weil regelmäßig praktizierte Folter der »Demonstration und zugleich Festigung staatlicher Macht« diene.⁶² Wen Folter nur ausnahmsweise trifft, der wird diese Differenzierung zwischen Regel-Folter und Ausnahme-Folter kaum nachvollziehen wollen. Aus der Perspektive der Opfer und Bedrohten stellt sich die Frage, warum das Kriterium der Schutz- und Rechtlosigkeit für Ausnahmefälle nicht gelten soll. Naheliegender wäre, auch hier den »politischen Vernichtungswillen« eines Staates am Werke zu sehen, der ein absolutes Rechtsverbot, nämlich das Folterverbot, überschreitet, um »das Opfer zu vernichten und für immer aus der politischen Gemeinschaft aus-(zu)schließen«⁶³ oder ihm durch schärfste politische Verfolgung Anpassung abzu-

nötigen. Zur Kritik der Abgrenzungslehren bedarf es nicht des Rückgriffs auf unsichere normative Maßstäbe oder funktionale Erwägungen; denn sie genügen nicht einmal dem von ihnen selbst implizit oder explizit erhobenen Anspruch, die Asylentscheidung nach rationalen, d. h. logisch kontrollierbaren Kriterien zu fällen. Dazu wäre erforderlich, die nichtpolitische Folter von der politischen einigermaßen trennscharf abzugrenzen. Die vorgeschlagenen Grenzen krankten jedoch an einer dreifachen Unbestimmtheit. *Erstens* gilt für Begriffe wie »politische Verfolgung«, »normale Verbrechensaufklärung« oder »reiner Gesetzesvollzug«, daß sie wie die Rechtssprache insgesamt *semantisch* unbestimmt sind, also keine deutlich konturierten Bedeutungsråder haben. Die Hoffnung auf ein klares System juristischer Begriffe, denen strikte Auslegungs- und Anwendungsmethoden Eindeutigkeit verleihen, trägt seit der Kritik an der Begriffsjurisprudenz nostalgische Züge. Die Einsicht in die semantische Unbestimmtheit mag heute trivial erscheinen, weil uns die philosophische Hermeneutik und die Sozialwissenschaften aufgeklärt haben. Hinsichtlich der Prädikate »politisch« oder »normal«, die ideologisch aufgeladen sind, ebenso wie hinsichtlich moralnaher Konzepte wie etwa »Folter« ist allerdings keine triviale Unbestimmtheit zu besorgen. Denn hier kann nicht auf die Rationalitätshilfen des alltäglichen Sprachgebrauchs oder einer einheitlichen Verwendungsweise innerhalb der »interpretatorischen Gemeinschaft« der Juristen rekurriert werden; die Bedeutungen wechseln dramatisch im Zeitablauf und zwischen den unterschiedlichen kulturellen Kontexten.

Zweitens sind die hier interessierenden Begriffe wie alle abstrakten Rechtsbegriffe auch *strukturell* oder technisch unbestimmt. Als abstrakte Konzepte bedürfen sie jeweils der Konkretisierung in einem spezifischen *juristischen Kontext*. Was Folter oder politische Verfolgung bedeutet, läßt sich bei einer Asylentscheidung nicht abstrakt festlegen, sondern ist auf Asylgründe, auf die Flüchtlingskonvention, auf

62 Vgl. B. Huber, *Ausländer- und Asylrecht* (München 1983), 170 und O. Kimmich (Anm. 42), Rz. 250.

63 R. Marx (Anm. 5), 195

nationale Asylverfahren etc. zu beziehen. Dabei sind eine Reihe unterschiedlicher Perspektiven denkbar: die des verständigen neutralen Beobachters, die aller menschenrechtlich Denkenden, die der Opfer, die Perspektive des Aufnahmestaates oder des Folterlandes. Die Abgrenzungslehren signalisieren, daß sie mit der strukturellen Unbestimmtheit ihre Probleme haben, die sie vorwiegend objektivistisch zu bändigen versuchen. Stets aber taucht ein »subjektiver Faktor« als »gefährliches Supplement«⁶⁴ auf, das die Rationalität einer dogmatischen Festlegung stört. Wer beispielsweise die »unpolitische« Qualität von Folterungen aus der formalrechtlichen Verfahrensgestaltung oder dem reinen Gesetzesvollzug oder aus offiziell-staatlichen Dokumenten ableitet,⁶⁵ muß sich des Einwandes erwehren, nur die greifbare, objektive Hülle für etwas ganz Anderes bezeichnet zu haben. Flugs kommen dann staatliche Intentionen und Motive ins Spiel. Wer nun aber die Grenze zwischen politischer und nichtpolitischer Folter entsprechend der Motivation des Folterlandes verlegt, muß Hinweise auf »objektive Faktoren« geben, aus denen sich eine solche Motivlage in überprüfbarer Weise erschließen läßt. Immerhin ist für Folter kennzeichnend, daß sie weithin geächtet und weithin praktiziert wird. Wer daher die Perspektive wechselt und sich auf die Verfolgungsfurcht der von Folter Betroffenen einstellt, fragt im zweiten Schritt nach deren »Begründetheit«, also nach der objektiv feststellbaren Gefahr. Auch hierfür gibt es freilich keine kontextunabhängigen Meßzahlen, sondern allenfalls Annäherungswerte. Diese beruhen ihrerseits auf subjektiven Einschätzungen, bisweilen auch auf höchst idiosynkratischen richterlichen Wahrnehmungen, die in einem irriierenden Ausmaß den Blickwinkel von Folterstaaten einnehmen.⁶⁶

Drittens ist die rechtliche Bearbeitung der Folterproblematik *kognitiv* oder *fundamental* unbestimmt oder jedenfalls unterbestimmt. Die abstrakten Begriffe »politische Verfolgung« oder »Folter« müssen nämlich jeweils in bezug auf einen *sozialen Kontext* hin konkretisiert werden. Ob ein Asylsuchender verfolgt wurde oder Folter zu gewärtigen hat, ist keine »reine« Rechtsentscheidung. Gefragt ist vielmehr eine »Gesamtschau des jeweiligen Lebenssachverhalts einschließlich der politischen Si-

64 Das »gefährliche Supplement« scheint in Texten als das Gegenteil zu dem einen, immer wieder betonten Motiv auf. Zu dieser Methode der Textlektüre und -kritik vgl. J. Dernda, *Grammatologie* (Frankfurt 1983), 244 ff.

65 Wie etwa H. Quantsch (Anm. 5) oder auch das BVerwG: »Weder dem Inhalt noch der Anwendung des materiellen Strafrechts oder des Strafverfahrensrechts hat das Berufungsgeschicht Anhaltspunkte dafür entnehmen können, daß die Strafverfolgungsorgane darauf abzielten, die Betroffenen – zumindest auch – wegen ihrer Rasse ... oder wegen ihrer politischen Überzeugung zu treffen.« (InfAuslR 1986, 265).

66 Was abwegig oder lebensfremd erscheint, gewinnt freilich im Kontext der gegenwärtigen Asyldebatten in Europa und in der Bundesrepublik eine »Lebensnähe«, die nicht mehr juristisch, sondern nur mehr moralisch-politisch zu kritisieren ist, weil nicht der Eindruck entsteht, den Gerichten sei an strukturellen Auslegungen oder konsistenten Begründungen gelegen. Das BVerwG versteht sich, jedenfalls in der jüngsten, oben zitierten Entscheidung (Anm. 59, Inf AuslR 1986, 265 ff) ganz offensichtlich als Vollstrecker der exekutiv verfügten Abwehr von Asylsuchenden. Nur so ist verständlich, daß türkische Asylsuchende, die wegen ihrer Tätigkeit in links- oder rechtsextremistischen Organisationen in ihrem Heimatstaat Folter zu befürchten haben, dennoch nicht als Asylberechtigte anerkannt wurden. Das BVerwG entwickelt Verständnis für die »Furcht« folternder türkischer Staatsorgane »vor einer Destabilisierung der Staats- und Gesellschaftsordnung« und trägt dem »Erwartungsdruck« Rechnung, »im Kampf um die Rettung der bedrohten Staatseinheit Erfolge bei der Aufklärung einschlägiger Straftaten aufzuweisen« (S. 267). Sodann weiß das Gericht, immerhin das höchste Verwaltungsgericht der Bundesrepublik, daß es den folternden Sicherheitskräften nicht darum geht, »politische Straftäter wegen ihrer Gesinnung zu maßregeln« – das wäre asylrechtsrelevante Folter –, »sondern sie an ihrem staatsgefährdendem Tun zu hindern bzw. wegen dieses Tuns« – unter Anwendung auch von Folter in asylrechtsrelevanter Weise – »einer Bestrafung zuzuführen« (a. a. O.). Daß diese Ausführungen keine Entgleisungen sind, beweist eine Durchsicht der einschlägigen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte in Asylangelegenheiten, die sich hinsichtlich der Bewertung von Folterungen weitgehend von intersubjektiv zugänglichen Kriterien freigemacht hat. Vgl. RspNachw. bei R. Marx (Anm. 38), 307 ff. Zur Kritik vgl. B. Huber, *Legitimation der Folter in der Rechtsprechung zum Asylrecht*, KJ 1983, 164 ff und R. Marx, *Politisches Strafrecht und Folter im Asylrecht*, ZAR 1984, 102 ff.

tuation im Herkunftsland«. ⁶⁷ In die Abgrenzung von politischer und nichtpolitischer Folter gehen, meist verkürzt und verdeckt, Realanalysen der politisch-rechtlichen Verhältnisse des Folterlandes, möglichst auch ihrer historischen Entwicklung sowie normative Beschreibungen der gesellschaftlichen Ordnung ein. Jedes richterliche Urteil skizziert – wie rudimentär auch immer – das soziale Arrangement, das in Begriffe wie »Folter« oder »politische Verfolgung« eingelassen ist. Die Unmöglichkeit, diese titanische Aufgabe zu bewältigen, beweisen paradoxerweise gerade jene juristischen Entscheidungen, die sich daran machen, den sozialen Kontext ihrer Urteilsgründe wenigstens grob zu umreißen. ⁶⁸

Die Kritik an der juristischen Rationalität der Abgrenzungslehren soll hier nicht weiter vertieft werden. Es ist nicht auszuschließen, daß eine solche Kritik die Intention dieser Dogmatik verfehlt, sollte es ihr am Ende nicht um die rationale Vermittlung zwischen internationalem oder nationalem Recht, zwischen Flüchtlingskonvention und Asylgarantie einerseits und der Asylentscheidung im Einzelfall andererseits gehen, sondern um die Entlastung der potentiellen Aufnahmeländer (und ihrer Justiz) von Folteropfern, die Asyl suchen.

Die nicht nur konzeptuelle, sondern auch empirische Unangemessenheit der »Apartheid« von politischer und nichtpolitischer Folter erhellt ein abschließender Blick auf die aktuelle Folterpraxis und ihre Vorgeschichte. Die als rechtsförmiges Ritual ausgezeichnete vormoderne Folterpraxis läßt sich nur mit Mühe und allein in Hinsicht auf die Bindung an Beweisrecht und vorgeschriebene Verfahrensweisen als »rechtliches« Phänomen – nach heutigem Sprachgebrauch: als Gesetzesvollzug – etikettieren. Streng genommen richtet sich auch die Leibesmarter technisch nicht allein auf die aufzuklärende Tat oder auf die Absicherung der juristischen Sanktion durch ein Geständnis. Sie fügt sich vielmehr »logisch in ein Strafsystem ein, in welchem direkt oder indirekt der Souverän selbst Anklage erhebt, das Urteil fällt und die Strafen vollstrecken läßt, da über das Gesetz er selbst durch das Verbrechen angegriffen worden ist. In jedem Vergehen steckt ein *crimen majestatis* und noch im geringsten Verbrecher ein kleiner potentieller Königsmörder.« ⁶⁹ Der politische Souverän ist stets als Macht gegenwärtig, die Rache übt, Leiden verordnet oder Gnade vor Recht ergehen läßt. In diesem Sinne ist die Folter der Vor-Aufklärungszeit ein »politischer Faktor«. ⁷⁰

Für die moderne Folterpraxis – und den Übergang vom Geständnis- zum Gesinnungszwang – trifft dies erst recht zu. Als *crimen majestatis* kann heute jede Form politischer Nonkonformität in den Bannkreis der Folterer führen. Der politische Souverän tritt heute in anderem Gewande auf, ist gleichwohl allgegenwärtig. Folter findet nicht in »rechtlichen« Bahnen statt; sie ist eingegliedert in maßnahmestaatliche Herrschaft. Abgesehen vom islamischen Fundamentalismus diktieren politische Ideologeme, der Sicherheitsbedarf politischer Regime oder die Konsenszwänge autoritärer Staaten den Rückgriff auf Folter. Dissidenten und auch Straftäter, die den Respekt vor der staatlichen Rechtsordnung vermissen lassen, bedrohen den Souverän und sollen durch physische und psychische Marter auf einen staatstragenden Kurs oder zum Schweigen gebracht werden. Im 20. Jahrhundert wird Folter als ein öffentliches Ereignis inszeniert, das im Verborgenen stattfindet, um die imaginäre Allmacht der Staatsgewalt besonders wirkungsvoll zu verbreiten. Hinter dem

⁶⁷ BVerwG NVwZ 1984, 43.

⁶⁸ Typischerweise stützten sie sich dabei auf wissenschaftliche Gutachten, Expertisen diplomatischer Stellen und bisweilen auch regierungsamtliche Erklärungen eines Folterlandes. S. im einzelnen die bei R. Marx (Anm. 38), 307ff abgedruckten Entscheidungen oder auch BVerwG Inf/AuslR 1986, 265 ff.

⁶⁹ M. Foucault (Anm. 21), 71.

⁷⁰ Ebenda. Vgl. auch R. Marx (Anm. 5), 195.

Schirm der Geheimhaltung und der offiziellen Bekenntnisse zu Recht und Menschenrechten waltet eine Politik, deren Terror sich nicht auf Regel- oder Ausnahme-Folter stützt. Sie bedient sich vielmehr der noch in der Zusage, Folterer zu bestrafen, bekräftigten Drohung, jede als staatsgefährdend erkannte Person jederzeit der Folter zu unterwerfen, um ihre politische Gesinnung zu korrigieren oder auszulöschen.

VI. Schluß

Worin könnte nun die oben angekündigte paradoxe Intervention in die Folterpraxis des 20. Jahrhunderts bestehen? Wohl darin, daß Folter zwar als extreme Form *politischer* Verfolgung gekennzeichnet, aber zur Abhilfe dennoch kein weiteres Menschenrecht formuliert wird. Und das, obwohl mit dem internationalen Menschenrecht auf Asyl als Ausprägung des Elementarrechts auf Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft ein theoretisch durchaus überzeugendes und praktisch möglicherweise leistungsfähiges Konzept zur Verfügung stünde. Statt die menschenrechtlichen Folterverbote räumlich auszudehnen durch einen menschenrechtlich begründeten Schutz vor Verfolgung im Ausland, wird hier auf ein weniger nobles Motiv gesetzt: das gegenüber nationalen Egoismen sekundäre Interesse potentieller Zufluchtsländer an einer gleichmäßigen Verteilung der Asyllasten. Statt auf den kontrafaktischen Idealismus eines internationalen Menschenrechts auf Asyl zu vertrauen, soll also, ähnlich wie bei den Auslieferungsübereinkommen, die Logik der Gegenseitigkeit in Führung gehen. Wie die Vorschläge aus dem Kreis der Europäischen Gemeinschaft zeigen, ist die Annahme nicht unbegründet, daß sich die Staaten über Aufnahmequoten und Mindeststandards humaner Lebensbedingungen für politische Flüchtlinge sowie eine zwischenstaatliche Verantwortung für den Schutz politisch Verfolgter einigen. Der vom Weltflüchtlingsproblem gesetzte Zwang zur Kooperation der souveränen Staaten könnte, gleichsam als List egoistischer Staatsräson, Überlegungen hin zu einem internationalen Minderheitenschutz auslösen. Auf diesem Wege wäre denkbar, daß die Staaten in Ausübung ihrer Souveränität höchstselbst das wohl am zähesten verteidigte Reservat souveräner Staatlichkeit schwächen – das Fremdenrecht.