

Martina Caroni und Sandro Hofstetter¹

Flüchtlingsrechtliche und rechtsstaatliche Überlegungen zur geplanten Teilrevision des Asylgesetzes betreffend Desertion und Dienstverweigerung

1. Einleitung

Am 20. Dezember 2005 fällte die Asylrekurskommission (ARK) ein Urteil, das von Politik und Medien zunächst nicht weiter wahrgenommen wurde. Erst als im September und Oktober 2006 die Zahl der Asylgesuche von eritreischen Staatsangehörigen in die Höhe schoss, rückte dieses Urteil der ARK plötzlich ins Zentrum der Aufmerksamkeit und wurde vom Bundesamt für Migration (BFM) als ursächlich für den Anstieg hingestellt.² Denn die ARK hatte neun Monate vorher entschieden, dass Deserteure und Dienstverweigerer aus Eritrea wegen der unverhältnismässig harten, vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als Folter eingestuften Strafen für militärische Delikte als Flüchtlinge anzuerkennen seien, wenn sie begründete Furcht hätten, einer solchen Bestrafung ausgesetzt zu werden. Im Februar 2007 erklärten Bundesrat Blocher und das BFM, dass der Sogwirkung des ARK-Urteiles auf eritreische Asylsuchende durch systematische Abklärungen im Einzelfall begegnet werden,³ im Übrigen aber das Urteil respektiert werden solle.⁴ Nur acht Monate später, Ende Oktober 2007, erfolgte die Kehrtwende. Das ARK-Urteil vom Dezember 2005 wurde unversehens als Grundsatzurteil qualifiziert, das zu einer Praxisänderung geführt habe und im Widerspruch zur Rechtslage im Ausland stehe. Daher müsse, so Bundesrat Blocher, auf dem Wege eines dringlichen Bundesbeschlusses Art. 3 des Asylgesetzes (AsylG) geändert werden, damit Deserteure und Militärdienstverweigerer aus Eritrea nicht mehr generell als Flüchtlinge anerkannt würden.⁵ Im April 2008 informierte schliesslich die neue Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes (EJPD), Bundesrätin Widmer-Schlumpf, an der bereits von ihrem Vorgänger in die Wege geleiteten Änderung des Flüchtlingsbegriffes solle zwar festgehalten werden, diese solle aber nunmehr im normalen Gesetzgebungsverfahren erfolgen.⁶

Der vorliegende Beitrag möchte das Urteil der ARK vom 20. Dezember 2005 in Lehre und Rechtsprechung einbetten, den vermeintlichen Konnex zwischen diesem Urteil und den stark gestiegenen Zahlen eritreischer Asylsuchender hinterfragen sowie mögliche Handlungsoptionen des EJPD unter flüchtlingsrechtlichen und rechtsstaatlichen Aspekten würdigen.

2. Das Urteil der ARK vom 20. Dezember 2005

2.1 Sachverhalt und Urteil

Die ARK hatte in ihrem Urteil vom 20. Dezember 2005⁷ über die Beschwerde eines eritreischen Staatsangehörigen zu befinden, dessen Asylgesuch vom BFM abgelehnt worden war. Der Beschwerdeführer hatte geltend gemacht, dass er im Falle einer Rückkehr nach Eritrea als Deserteur mit dem Tod bestraft würde, da er im Jahr 2000 während eines Gefechtes zwischen seiner militärischen Einheit und äthiopischen Truppen desertiert und nach Somalia geflüchtet sei.

In ihrem Urteil betonte die ARK, jeder Staat habe das Recht, Streitkräfte zu unterhalten und seine Bürger zum Dienst zu verpflichten. Sanktionen für die Missachtung dieser Dienstpflicht seien zulässig und einzig dann flüchtlingsrechtlich relevant, «wenn der Wehrpflichtige wegen seines Verhaltens mit einer Strafe zu rechnen hat, welche entweder aus Gründen nach Art. 3 AsylG diskriminierend höher ausfällt oder an sich unverhältnismässig hoch ist»⁸. Deserteure und Dienstverweigerer würden in Eritrea unter Missachtung jeglicher justizmässiger Verfahren und Vorschriften von Militärkommandanten nach Gutdünken bestraft. Die entsprechenden Strafmassnahmen zeichneten sich durch ausserordentliche Brutalität aus und stellten – wie sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte⁹ als auch ausländische Gerichte¹⁰ bejaht hätten –

¹ Prof. Dr. Martina Caroni, LL.M., ist Professorin für öffentliches Recht und Völkerrecht an der Universität Luzern; Sandro Hofstetter ist Mitarbeiter am Lehrstuhl für öffentliches Recht und Völkerrecht der Universität Luzern. Wir danken Tobias D. Meyer, MLaw (Luzern) für die kritische Durchsicht des Manuskriptes.

² «Starke Zunahme der Asylgesuche im Oktober – Das Bundesamt an der Kapazitätsgrenze», NZZ vom 29. November 2006, S. 14; «Mehr Asylgesuche – weniger Erledigungen. Grosser Anteil vorläufiger und definitiver Aufnahmen im Jahr 2006», NZZ vom 24. Januar 2007, S. 16. Bereits früher hatte das BFM unter Bundesrat Blocher Asylgesuchszahlen politisch interpretiert. So wurde im Jahre 2004 ein Rückgang der Gesuchszahlen sehr rasch mit dem Sozialhilfestopp erklärt und im Frühjahr 2005 eine leichte Zunahme mit dem Nothilfeurteil des Bundesgerichtes in Zusammenhang gebracht. Vgl. hierzu «Ärger über Statistik», Der Bund vom 25. Oktober 2005, S. 9, sowie «Sozialhilfeausschluss bei Nichteintretensentscheiden (NEE) erfüllt die Erwartungen», Medienmitteilung des EJPD vom 23. August 2005.

³ «Wie weiter in der Asylpolitik?», Medienmitteilung des EJPD vom 2. Februar 2007.

⁴ «Blocher reagiert auf Asylrekurs-Entscheide. Gesetzesänderungen für erneute Restriktionen in Prüfung», NZZ vom 3. Februar 2007, S. 15.

⁵ «Wie geht es in der Asyl- und Ausländerpolitik weiter?», Medienmitteilung des EJPD vom 24. Oktober 2007; hierzu auch «Blocher zieht positive Bilanz seiner Asylpolitik», NZZ vom 25. Oktober 2007, S. 15, sowie kritisch zu den Plänen «Kein Asyl für verfolgte Dienstverweigerer?», NZZ vom 26. Oktober 2007, S. 17.

⁶ «Weiter im Text der Asylrevisionen», NZZ vom 14. April 2008, S. 9; «Anpassung des Asylrechts an neue Probleme», Interview mit Bundesrätin Widmer-Schlumpf, NZZ vom 17. April 2008, S. 17.

⁷ Auszugsweise publiziert in EMARK 2006 Nr. 3, S. 29 ff.

⁸ EMARK 2006 Nr. 3, Erw. 4.2, S. 32.

⁹ EGMR, Said gegen die Niederlande, Beschwerde Nr. 2345/02, Urteil vom 5. Juli 2005.

¹⁰ Siehe z.B. die britische Praxis in [2005] UKIAT 00073; [2005] UKIAT 00165; [2005] UKIAT 00106; [2007] UKIAT 00059.

Folter im Sinne von Art. 3 EMRK dar. Da gemeinrechtliche Delikte im Gegensatz zu militärrechtlichen Strafen in einem justizmässigen Verfahren ausgefällt würden und auch relativ adäquat seien, schloss die ARK, dass die Strafen für Deserteure und Dienstverweigerer im Sinne eines absoluten Malus in keinem Verhältnis zum geahndeten kriminellen Unrecht stünden und die Bestrafung vielmehr aus politischen Gründen wegen staatsfeindlicher bzw. oppositioneller Haltung erfolge. Daher seien die Sanktionen für Deserteure und Dienstverweigerer grundsätzlich flüchtlingsrechtlich relevant. Eine begründete Furcht vor solcher Bestrafung könne indes nicht jeder eritreische Staatsangehörige im dienstpflichtigen Alter geltend machen, sondern vielmehr nur wer glaubhaft machen könne, bereits mit den für die Durchsetzung der Dienstpflicht betrauten Organen einen konkreten Kontakt gehabt zu haben.¹¹

Da der Beschwerdeführer als Deserteur zweifellos einen konkreten Kontakt zum Militär hatte, bestand für ihn die begründete Furcht, im Fall einer Rückkehr einer Verfolgung im Sinne von Art. 3 AsylG ausgesetzt zu sein. Daher anerkannte die ARK die Flüchtlingseigenschaft des Beschwerdeführers und wies das BFM an, ihm Asyl zu erteilen.

Das Urteil hat somit nicht, wie dies wiederholt vertreten wurde, zur generellen und voraussetzungslosen Anerkennung von eritreischen Deserteuren und Dienstverweigerern als Flüchtlinge geführt. Es statuiert keine Kollektivgewährung von Asyl, sondern verlangt weiterhin, dass im Rahmen der üblichen Prüfung der Glaubwürdigkeit der Vorbringen über die Flüchtlingseigenschaft und die Asylgewährung entschieden wird.

2.2 Die Haltung von Lehre und Rechtsprechung

In der Lehre ist unbestritten, dass es den Staaten gestattet ist, von ihren Staatsangehörigen die Leistung von Militärdienst zu verlangen.¹² Eine Bestrafung für die Missachtung der Dienstpflicht stellt nicht per se flüchtlingsrechtlich relevante Verfolgung dar; die flüchtlingsrechtliche Relevanz beginnt dann, wenn die Sanktion malusbehaftet ist, d. h. gestützt auf ein Verfolgungsmotiv höher ausfällt (relativer Malus) oder ganz allgemein unverhältnismässig hoch ist, d. h. vom Strafzweck und der Strafhöhe nicht mehr rechtsstaatlich legitimen Zwecken dient (absoluter Malus). Diese Sichtweise wurde 2001 erstmals auch von der ARK geteilt, als sie anerkannte, dass die Bestrafung irakischer Deserteure und Dienstverweigerer dazu diene, eine vermutete staatsfeindliche und oppositionelle Gesinnung zu eliminieren.¹³ In der Folge bestätigte die ARK verschiedentlich diese Praxis, u. a. im Urteil vom 20. Dezember 2005.¹⁴ Ausländische Lehre¹⁵ und Praxis¹⁶ sowie das UNHCR¹⁷ befinden sich auf der gleichen Linie.

2.3 Bestätigung der Rechtsprechung oder Grundsatzurteil?

Als Grundsatzurteile bezeichnete die ARK Urteile, in denen eine bislang noch nicht entschiedene Rechtsfrage beantwortet oder eine Praxisänderung vorgenommen wurde. Das Urteil vom 20. Dezember 2005 erfüllte diese Voraussetzungen klar nicht. Die Praxis zu den Voraussetzungen für eine flüchtlingsrechtliche Relevanz der Bestrafung von Deserteuren und Dienstverweigerern wurde bereits früher begründet; das vorliegend im Mittelpunkt stehende Urteil hat diese Rechtsprechung, die für irakische Deserteure galt, auf Deserteure und Dienstverweigerer aus Eritrea ausgedehnt. Wegen der länderspezifischen Analyse der drohenden Strafen wurde das Urteil in der EMARK publiziert.

3. Die geplante Teilrevision des Asylgesetzes

Ausgehend von der vermeintlichen Korrelation zwischen dem ARK-Urteil und den stark gestiegenen Zahlen eritreischer Asylsuchender arbeitet das EJPD seit Oktober 2007 eine neuerliche Teilrevision des Asylgesetzes aus. Während Teile dieser Revision ursprünglich als dringlicher Bundesbeschluss verabschiedet werden sollten,¹⁸ sollen nunmehr alle Revisionsvorhaben auf dem ordentlichen Gesetzgebungsweg erfolgen.¹⁹

3.1 Übersicht über die geplanten Revisionen

Im April 2008 informierte Bundesrätin Widmer-Schlumpf über die geplante Teilrevision des Asylgesetzes. Hauptpunkte dieser Revision sind:

- Ausschluss von Desertion und Dienstverweigerung als Asylgrund: Das Asylgesetz soll dahingehend geändert

¹¹ EMARK 2006 Nr. 3, Erw. 4.10, S. 39 f.

¹² Eingehend und mit weiteren Verweisen Christa Luterbacher, Die flüchtlingsrechtliche Behandlung von Dienstverweigerung und Desertion, Basel/Genf/München 2004, S. 36 ff.; ferner Walter Kälin, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 115 ff.; Alberto Achermann/Christina Hausammann, Handbuch des Asylrechts, 2. Auflage, Bern/Stuttgart 1991, S. 100 ff.

¹³ Nicht publiziertes Urteil der ARK vom 4. Juli 2005; Hinweise bei Luterbacher (Fn. 12), S. 48 ff.

¹⁴ Siehe z.B. EMARK 2004 Nr. 2; Unpubliziertes Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes, D-6749/2006, Urteil vom 17. Dezember 2007.

¹⁵ Z.B. Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam, The Refugee in International Law, 3rd Edition, Oxford 2007, S. 108 f.

¹⁶ Siehe hierzu z.B. «Die meisten Eritreer erhalten in Skandinavien Asyl», NZZ vom 28. November 2007, S. 19.

¹⁷ UNHCR, Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, Genf 1979, Ziff. 167 ff.

¹⁸ Siehe die Hinweise oben Fn. 6. Zur vielschichtigen Problematik des Dringlichkeitsrechts vgl. Thomas Gächter, Demokratie und Dringlichkeit, Gedanken zu Geschichte und Anwendung des Dringlichkeitsrechts der schweizerischen Bundesverfassung, in: Isabelle Häner (Hrsg.), Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte, Beiträge für Alfred Kölz, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 75 ff.

¹⁹ Siehe oben Fn. 6.

werden, dass Dienstverweigerung und Desertion alleine nicht die Flüchtlingseigenschaft zu begründen vermögen.²⁰

- Strafrechtliche Sanktionen für die Setzung subjektiver Nachfluchtgründe: Die absichtliche Schaffung subjektiver Nachfluchtgründe durch vorgetäuschte politische Aktivitäten soll künftig strafrechtlich geahndet werden können. Diese Massnahme soll sich dabei sowohl gegen die Betroffenen selber als auch gegen ihre Helfer richten.²¹
- Beweislastumkehr für die Unzumutbarkeit einer Wegweisung: Schliesslich soll im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung einer Rückkehr die Beweislast – trotz der auch hier geltenden Untersuchungsmaxime – umgekehrt werden. Neu sollen Personen, deren Asylgesuch abgewiesen wurde, die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs beweisen müssen.²²

3.2 Insbesondere der Ausschluss von Desertion und Dienstverweigerung als Asylgrund

Das Urteil der ARK vom Dezember 2005 habe, so das EJPD, zu einem starken Anstieg der Asylgesuche aus Eritrea geführt. Richtig ist, dass die Zahl der eritreischen Asylgesuche von 181 im Jahre 2005 auf 1207 bzw. 1661 in den Jahren 2006 und 2007 angestiegen ist. Der departementale Erklärungsansatz, wonach das Urteil der ARK alleine ursächlich für den Anstieg der Asylgesuchszahl ist, erscheint monokausal und greift zu kurz. Einerseits, weil sich keineswegs alle eritreischen Asylsuchenden auf diesen Asylgrund berufen haben oder dies konnten. Andererseits, weil er vernachlässigt, dass die Zahl der von eritreischen Staatsangehörigen eingereichten Asylgesuche europaweit zugenommen hat.²³ Dies spricht dafür, dass weniger Pull-, sondern eher Push-Faktoren für die Zunahme verantwortlich sind.²⁴ Dennoch folgerte das EJPD aus der gestiegenen Zahl eritreischer Asylgesuche, dass Massnahmen ergriffen werden müssten, um die Attraktivität der Schweiz als Zielland von Dienstverweigerern oder Deserteuren zu vermindern.

Das EJPD hat bislang weder weitere Informationen über die Stossrichtung der geplanten Änderung noch Vorentwürfe zur Änderung von Art. 3 AsylG publiziert. Über die inhaltliche Ausrichtung der Revision kann daher nur gemutmasst werden. Denkbar sind folgende Varianten:

- Variante 1: Vorstellbar ist zunächst, dass Art. 3 AsylG um einen Absatz mit folgendem Wortlaut ergänzt wird: «Personen, die wegen drohender Bestrafung von Desertion und Dienstverweigerung ihren Heimatstaat verlassen, sind nicht Flüchtlinge». Damit würde nichts anderes als der Status quo festgeschrieben. Denn Lehre und Rechtsprechung lassen keine Zweifel daran aufkommen, dass eine Bestrafung wegen Desertion oder Dienstverweigerung für sich alleine genommen flüchtlingsrechtlich nicht relevant ist. Erst wenn die Bestrafung malusbehaftet oder diskriminierend ist, sind Strafen für die

Missachtung der Dienstpflicht flüchtlingsrechtlich relevant.²⁵ Die vom EJPD angestrebte Einschränkung der Flüchtlingseigenschaft würde so also nicht erreicht.

- Variante 2: Grundsätzlich denkbar ist auch, dass das EJPD Art. 3 AsylG durch einen Absatz ergänzen möchte, wonach Deserteure und Dienstverweigerer selbst bei begründeter Furcht vor Verfolgung aufgrund ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten politischen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauung nicht Flüchtlinge sind. Diese Variante ist – wie noch auszuführen sein wird²⁶ – sowohl völkerrechtlich als auch rechtsstaatlich höchst problematisch.
- Variante 3: Schliesslich wäre möglich, dass das EJPD Art. 3 AsylG unverändert belässt und stattdessen Desertion und Dienstverweigerung als Asylausschlussgrund statuiert. Obwohl völkerrechtlich durchaus zulässig²⁷, ist die Opportunität und Rechtsstaatlichkeit dieser Möglichkeit zweifelhaft.²⁸

3.3 Fazit

Angesichts des Umstandes, dass die ARK in ihrem nunmehr als Sündenbock abgestempelten Urteil bloss die bisherige Praxis zur flüchtlingsrechtlichen Relevanz der Bestrafung von Deserteuren und Dienstverweigerern auf Eritrea angewendet, keinesfalls aber eine Kollektivgewährung von Flüchtlingsstatus und Asyl angeordnet hat, mutet der ab Herbst 2006 einsetzende lautstarke Protest gegen das Urteil als reine politische Reaktion an. Hierfür spricht auch, dass die Gesetzesänderungen zunächst als dringlicher Bundesbeschluss erfolgen sollten. Die Diskussion wurde durch die Ankündigung von Bundesrätin Widmer-Schlumpf, die Teilrevision nunmehr auf dem ordentlichen Gesetzgebungswege durchzuführen, in gewisser Weise versachlicht. Es ist jedoch weiterhin völlig unklar, in welche Richtung diese Revision führen wird.

²⁰ EJPD, Medienmitteilung vom 24. Oktober 2007; «Kein Asyl für verfolgte Dienstverweigerer?», NZZ vom 26. Oktober 2007, S. 17; «Weiter im Text der Asylrechtsrevisionen», NZZ vom 14. April 2008, S. 9; «Anpassung des Asylrechts an neue Probleme», NZZ vom 17. April 2008, S. 17.

²¹ «Weiter im Text der Asylrechtsrevisionen», NZZ vom 14. April 2008, S. 9; «Anpassung des Asylrechts an neue Probleme», NZZ vom 17. April 2008, S. 17.

²² «Weiter im Text der Asylrechtsrevisionen», NZZ vom 14. April 2008, S. 9; «Anpassung des Asylrechts an neue Probleme», NZZ vom 17. April 2008, S. 17.

²³ «Anhaltender Zustrom von Asylsuchenden aus Eritrea», NZZ vom 28. November 2007, S. 19.

²⁴ Siehe hierzu z.B. die Ausführungen des britischen Asylum and Immigration Tribunal in (2005) UKIAT 00165, Ziff. 41.

²⁵ Siehe oben 2.2 und unten 4.2.a.

²⁶ Siehe unten 4.2.b., 5.1.b und 5.4.a.

²⁷ Unten 4.2.c.

²⁸ Unten 5.1.c. und 5.4.b.

4. Flüchtlingsrechtliche Aspekte der geplanten Revision

4.1 Das Zusammenspiel von Flüchtlingskonvention und Asylgesetz

Flüchtlings- und Asylrecht gründet auf zwei Pfeilern: im völkerrechtlichen Flüchtlingsrecht – im Vordergrund steht hier die Flüchtlingskonvention (FK)²⁹ – sowie im nationalen Asylrecht. Während das Völkerrecht festschreibt, wer als Flüchtling gilt, und die Rechtsstellung von Flüchtlingen umschreibt, ist es dem staatlichen Recht vorbehalten, die Voraussetzungen der Asylgewährung an Flüchtlinge zu regeln. Das schweizerische Asylgesetz regelt deshalb auf landesrechtlicher Ebene zum einen die völkerrechtlich vorgeschriebene Behandlung von Flüchtlingen inklusive der Frage, wer Flüchtling ist. Zum anderen enthält das Asylgesetz aber auch die autonom gesetzten Bestimmungen über die Asylgewährung. Diese doppelte Basis ist auch für die Beurteilung der geplanten Teilrevision des Asylgesetzes bedeutsam.

Die Schweiz ist völkerrechtlich an die Flüchtlingsdefinition von Art. 1A Abs. 2 FK sowie die von der Flüchtlingskonvention statuierten Rechte und Garantien für Flüchtlinge gebunden. Sie kann zwar über diese Minimalgarantien hinausgehen, diese aber nicht unterschreiten.³⁰ Innerstaatliches Korrelat dieser völkerrechtlichen Verpflichtung ist der grundsätzliche Vorrang von Völkerrecht vor Landesrecht. Mit Ausnahme bewusster Völkerrechtsverletzungen durch den Gesetzgeber gehen die völkerrechtlichen Grundsätze im Konfliktfall schweizerischen Bestimmungen vor.³¹

4.2 Vereinbarkeit der Revisionsmöglichkeiten mit dem Flüchtlingsrecht

a. Variante 1

Die Ergänzung von Art. 3 AsylG um einen Absatz, wonach Personen, die ihren Heimatstaat wegen drohender Bestrafung von Desertion und Dienstverweigerung verlassen, nicht Flüchtlinge sind, ist mit den völkerrechtlichen Vorgaben vereinbar. Dieser Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft ist insofern zulässig, als er in der für legitim erachteten Bestrafung für die Missachtung militärischer Dienstpflichten gründet und daher die flüchtlingsrelevanten Verfolgungskonstellationen unberührt lässt. In Lehre und Rechtsprechung ist unbestritten, dass Deserteure und Dienstverweigerer grundsätzlich nicht Flüchtlinge im Sinne der Flüchtlingskonvention sind. Erst wenn die Bestrafung malusbehaftet oder diskriminierend ist, sind Strafen für die Missachtung der Dienstpflicht flüchtlingsrechtlich relevant. Eine solche Ergänzung von Art. 3 AsylG wäre zwar mit der Flüchtlingskonvention vereinbar, käme aber lediglich einer expliziten Festschreibung bereits geltender Regelungen gleich.

b. Variante 2

Mit dem Flüchtlingsbegriff der Flüchtlingskonvention nicht vereinbar wäre hingegen der Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft für Deserteure und Dienstverweigerer selbst bei begründeter Furcht vor Verfolgung aufgrund ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten politischen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauung. Eine derartige Einschränkung der Flüchtlingsdefinition in Art. 3 AsylG wäre durch Art. 1A Abs. 2 FK nicht gedeckt. Eine entsprechende Revision des Asylgesetzes würde die von der Schweiz mit der Ratifikation der Flüchtlingskonvention eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen verletzen. Es könnte sich die Frage stellen, ob der Gesetzgeber in Anwendung der so genannten Schubert-Praxis nicht bewusst die Völkerrechtsverletzung in Kauf nehmen und dadurch die innerstaatlichen Behörden zur Anwendung von Landesrecht (statt dem vorrangbehafteten Völkerrecht) zwingen könnte. Vom Beschreiten dieses Weges müsste indes dringend abgeraten werden. Zum einen, weil es einem kaum vorstellbaren Armutszeugnis eines demokratischen Rechtsstaates gleichkommen würde, wenn der Gesetzgeber in vollem Bewusstsein der Völkerrechtsverletzung eine Bestimmung annimmt, wonach gewisse Kategorien von Flüchtlingen explizit nicht als Flüchtlinge geschützt würden, obwohl ihnen aus flüchtlingsrelevanten Verfolgungsmotiven ernsthafte Nachteile drohen. Zum anderen aber auch, weil eine solche Regelung unter Rechtsgleichheitsaspekten zu grössten Bedenken Anlass geben müsste.³²

c. Variante 3

Die dritte mögliche Stossrichtung einer Revision ist die Schaffung eines neuen Asylausschlussgrundes. Danach würde die Bestrafung wegen Desertion oder Dienstverweigerung zwar nicht einer Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft im Wege stehen, indes jedoch zur Verweigerung von Asyl führen; die Betroffenen würden vielmehr als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen. Da die Staaten im Rahmen der Asylgewährung an Flüchtlinge frei sind, ist die Schaffung eines solchen Asylausschlussgrundes völkerrechtlich zulässig. Hingegen stellen sich auch hier Fragen zur Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit rechtsstaatlichen Grundsätzen.³³

²⁹ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, SR o.142.30.

³⁰ Kälin (Fn. 12), S. 26 ff. Der schweizerische Gesetzgeber ist z.B. bei Art. 51 AsylG (Familienasyl) über die Minimalgarantien der Flüchtlingskonvention hinausgegangen.

³¹ Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Bern 2007, N 27 ff. zu § 9.

³² Unten 5.1.b.

³³ Siehe 5.1.c.

5. Rechtsstaatliche Aspekte der geplanten Revision

Im Hinblick auf die ins Auge gefasste Änderung des Asylgesetzes stellen sich neben flüchtlingsrechtlichen auch rechtsstaatliche Fragen. Diese betreffen einerseits materielle Aspekte, andererseits aber auch formelle Gesichtspunkte.

5.1 Rechtsgleichheit

Das Rechtsgleichheitsgebot, das jede staatliche Tätigkeit und somit auch die Rechtsetzung beschlägt³⁴, verlangt, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt wird; es ist dann verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird.³⁵ Ein Erlass verletzt das Rechtsgleichheitsgebot, wenn er «rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen».³⁶ Entscheidend ist somit das Vorliegen erheblicher tatsächlicher Unterschiede³⁷ sowie das Bestehen sachlicher Gründe für eine Ungleichbehandlung gleicher bzw. eine Gleichbehandlung ungleicher Situationen.³⁸

Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der tatsächlichen Unterschiede sowie der sachlichen und vernünftigen Gründe für eine vorgenommene Differenzierung ist u. a. vom Zweck des Erlasses auszugehen. Namentlich darf der Adressatenkreis nicht weiter oder enger definiert werden, als der Gesetzeszweck dies erfordert. Zudem muss der Regelungszweck mit Blick auf die Unterscheidungen, die er bewirkt, den Wertungen der geltenden Rechtsordnung entsprechen. Die Beantwortung der Frage, was als erheblicher Unterschied zu qualifizieren ist, hängt eng mit der Bestimmung der zu vergleichenden tatsächlichen Verhältnisse, der Vergleichsbasis, zusammen und kann nicht ohne Wertung vorgenommen werden. Insofern ist eine möglichst objektive Betrachtungsweise anzustreben; die Frage der Erheblichkeit ist in diesem Sinne mit Blick auf objektive Kriterien wie etwa Erlasszwecke oder in Literatur und Praxis allgemein geteilte Auffassungen zu beantworten.

a. Variante 1

Unter Rechtsgleichheitsaspekten unproblematisch ist die mögliche Ergänzung von Art. 3 AsylG um einen Absatz, wonach Personen, die ihren Heimatstaat wegen drohender Bestrafung von Desertion und Dienstverweigerung verlassen, nicht Flüchtlinge sind. Wer seinen Heimatstaat wegen eines Verfolgungsmotives von Art. 1A Abs. 2 FK bzw. Art. 3 AsylG verlässt, befindet sich in einer völlig anderen Situation als jene Person, die den Heimatstaat wegen der drohenden Strafe für ein militärrechtliches Delikt verlässt. Eine rechtliche relevante Ungleichbehandlung vergleich-

barer Sachverhalte ist somit in dieser Konstellation nicht gegeben.

b. Variante 2

Mit dem Rechtsgleichheitsgebot nicht vereinbar wäre hingegen der Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft für Deserteure und Dienstverweigerer selbst bei begründeter Furcht vor Verfolgung aufgrund der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten politischen Gruppe oder wegen der politischen Anschauung.

Sowohl Völkerrecht als auch innerstaatliches Recht postulieren, dass Personen, die aufgrund begründeter Furcht vor Verfolgung ihr Heimatland verlassen haben, die Flüchtlingseigenschaft zuzuschreiben ist, falls sie die in Art. 1 FK bzw. Art. 3 AsylG bezeichneten Nachteile wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder ihrer politischen Meinung zu befürchten haben.³⁹ Zweck des Asylrechts ist der Menschenrechtsschutz bzw. die Sorge darum, dass Flüchtlinge dem Zugriff des Verfolgerstaates entzogen bleiben und die grundlegenden Voraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein ausserhalb ihres Heimatstaates erhalten.⁴⁰ Mit Blick auf diese objektiven Kriterien wäre zu zeigen, dass sich die Lage von Dienstverweigernden und Desertierenden erheblich von derjenigen anderer sozialer Gruppen unterscheidet, denen bei Erfüllung der in Art. 1 FK bzw. Art. 3 AsylG genannten Voraussetzungen die Flüchtlingseigenschaft zugesprochen wird. Genügend erhebliche Unterschiede in den tatsächlichen Verhältnissen von Dienstverweigernden oder Desertierenden sind nicht ersichtlich, können Dienstverweigerung oder Desertion doch, wie bereits erwähnt, (ausnahmsweise) begründete Furcht vor staatlicher Verfolgung auslösen sowie zu staatlicher Verfolgung führen, die von einem flüchtlingsrechtlich relevanten Motiv getragen ist. Daraus folgt aber, dass die tatsächlichen Verhältnisse der Dienstverweigernden und Desertierenden in den flüchtlingsrechtlich relevanten Fällen denjenigen tatsächlichen Verhältnissen, die in anderen Konstellationen zur Zusprechung der Flüchtlingseigenschaft führen, in rechtserheblicher Weise gleichen.

Weiterhin fragt sich, ob die durch das EJPD vorgetragene Begründung der Revision von Art. 3 AsylG von sachlicher und vernünftiger Argumentation getragen ist. Disku-

³⁴ Vgl. Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, Bern 2007, S. 346 f.; Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Rn. 747; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 4 zu § 23.

³⁵ Vgl. z.B. BGE 129 I 1 (3), E. 3.

³⁶ BGE 132 I 157 (162 f.), E. 4.1.

³⁷ Vgl. Häfelin/Haller (Fn. 34), Rn. 758 und BGE 129 I 1 (3), E. 3.

³⁸ Vgl. Kiener/Kälin (Fn. 34), S. 347 f.; Häfelin/Haller (Fn. 34), Rn. 756, sowie Tschannen/Zimmerli (Fn. 34), N 5 ff. zu § 20 f.

³⁹ Bezüglich der Zwecke differenzierend Kälin (Fn. 12), S. 5 ff.

⁴⁰ Vgl. Kälin (Fn. 12), S. 8.

tiert wurden in diesem Kontext, soweit ersichtlich, insbesondere die Zunahme der Zahl der eritreischen Asylgesuche sowie die bereits erwähnte Rechtsprechung der damaligen ARK.⁴¹ Als unsachlich ist wohl die oben beschriebene politische Einflussnahme auf eine rechtsprechende Behörde bzw. die Unterstellung einer von der ARK nicht vertretenen Rechtsauffassung zu qualifizieren. Aus der Zunahme ausschliesslich eritreischer Asylgesuche sowie der Tatsache, dass diese Entwicklung bislang während verhältnismässig kurzer Zeit zu beobachten ist, lässt sich kein vernünftiges Argumentarium gewinnen, welches Revisionsbedarf begründen würde.

c. Variante 3

Die dritte mögliche Revision – die Schaffung eines neuen Asylausschlussgrundes – wäre unter Rechtsgleichheitsaspekten ebenfalls problematisch. Die entsprechende Regelung würde in den hier interessierenden Konstellationen zwar nicht die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus hindern, aber zur Verweigerung von Asyl und zur vorläufigen Aufnahme führen. Eine entsprechende Revision würde somit zu einer rechtlich relevanten Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Flüchtlingsgruppen führen. Während sich die im geltenden Asylrecht vorgesehenen Asylausschlussgründe – mit Blick auf die hieraus resultierende ungleiche Rechtsposition – auf sachliche Gründe stützen lassen, werden mit der Dienstverweigerung und Desertion als Asylausschlussstatbestände vergleichsweise spezifische, ausserhalb der Kontrolle der Betroffenen liegende Lebenssachverhalte herausgegriffen und mit Rechtsfolgen versehen, für die in den tatsächlichen Verhältnissen keine sachlichen und vernünftigen Gründe ersichtlich sind.

5.2 Legalitätsprinzip

Im Rahmen einer so oder anders ausfallenden Revision des Asylgesetzes wird ferner auch das Legalitätsprinzip von Art. 5 BV relevant. Selbst eine durch den Bundesrat initiierte Revision muss sich nach Art. 5 Abs. 1 BV mit und durch Recht begründen lassen und wird von demselben beschränkt; nach Art. 5 Abs. 4 BV sind zudem die völkerrechtlichen Schranken zu beachten.⁴² Während die Schweiz bei der Umschreibung der Voraussetzungen der Asylgewährung völkerrechtlich frei ist, begrenzen völkerrechtliche Normen die staatliche Freiheit im Umgang mit Flüchtlingen, mitunter auch die Freiheit bezüglich der Definition des Flüchtlingsbegriffs.⁴³ Dieser Umstand hat für eine allfällige Revision von Art. 3 AsylG insofern Konsequenzen, als es dem Gesetzgeber verwehrt ist, Bestimmungen zu erlassen, die zu einer im Vergleich zum flüchtlingsrechtlich bestimmten Flüchtlingsbegriff restriktiveren Definition der Flüchtlingseigenschaft und damit potenziell zu einer Verletzung von Art. 33 FK führen würde.⁴⁴

Ausgangspunkt der Fragestellung, unter welchen Umständen die Bestrafung wegen Dienstverweigerung und Desertion flüchtlingsrechtlich zu würdigen, d. h. die Flüchtlingseigenschaft erfüllt ist, bildet wie erwähnt die grundsätzliche Legitimität der Sanktionierung der Verweigerung der Militärdienstpflicht, soweit diese gesetzlich vorgesehen ist. Der massgebliche Unterschied zwischen dieser legitimen staatlichen Strafverfolgung und der flüchtlingsrechtlich relevanten Verfolgung – und hierin besteht sowohl in der schweizerischen wie auch internationalen Literatur und Praxis Einigkeit – liegt darin, dass letztere durch eine flüchtlingsrechtlich umschriebene Verfolgungsmotivation i.S.v. Art. 3 AsylG und Art. 1 FK charakterisiert ist.⁴⁵ Demnach würde der prinzipielle Ausschluss der Flüchtlingseigenschaft bei Dienstverweigerung und Desertion im Sinne der Variante 2 dem völkerrechtlich geprägten Flüchtlingsbegriff widersprechen und folglich auch das Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 BV verletzen. Demgegenüber wäre die Schaffung eines Asylausschlussgrundes bei Dienstverweigerung oder Desertion unter diesem Gesichtspunkt wohl nicht zu beanstanden.

5.3 Gewaltenteilung

Das Gewaltenteilungsprinzip betrifft insbesondere die Motivation bzw. die Genese der geplanten Revision des Asylgesetzes. Nach Art. 6a Abs. 1 AsylG entscheidet das BFM u. a. über die Gewährung oder Verweigerung des Asyls und damit auch über das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft. Gegen Verfügungen des BFM kann laut Art. 105 AsylG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden, wobei sich das Verfahren entsprechend Art. 6 AsylG nach dem Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (VGG) richtet, soweit das AsylG nichts anderes vorsieht. Demnach wird mit dem Einreichen einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht der Bereich der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege verlassen und ein Verwaltungsgerichtsverfahren eröffnet. Im Gegen-

⁴¹ Oben 3.2.

⁴² Vgl. Kälin (Fn. 12), S. 14.

⁴³ Vgl. Mario Gattiker, Das Asyl- und Wegweisungsverfahren, Asylgewährung und Wegweisung nach dem Asylgesetz vom 26.6.1998, Bern 1999, S. 11; vgl. auch Kälin (Fn. 12), S. 27.

⁴⁴ Vgl. Kälin (Fn. 12), S. 27. Zudem erscheint der Erlass von Revisionsbestimmungen der beschriebenen Art bzw. des beschriebenen Inhalts auch mit Blick auf den noch zu diskutierenden Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit (Gewaltenteilung) problematisch. Der prinzipielle Ausschluss der Flüchtlingseigenschaft oder die Begründung eines Asylausschlussgrundes bei Dienstverweigerung und Desertion führt u.E. im Ergebnis dazu, dass politisch in die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe eingegriffen wird. Gemäss Kälin (Fn. 12), S. 274, setzt sich insbesondere der Flüchtlingsbegriff aus unbestimmten Rechtsbegriffen zusammen, die auszulegen gerade Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichtes und nicht einer politischen Behörde ist.

⁴⁵ Vgl. etwa Luterbacher (Fn. 12), S. 36.; ferner EMARK 2002 Nr. 19, E. 7a, sowie UNHCR (Fn. 17), Ziff. 167 ff.

satz zum erstgenannten Verfahren verfügen die Behörden der justiziellen Verwaltungsrechtspflege über richterliche Unabhängigkeit. Die verfassungsmässige Grundlage dieses Prinzips findet sich in Art. 29a i.V.m. Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 2 VGG wiederholt dieses für das Bundesverwaltungsgericht.

Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit besagt bekanntlich, dass die Gerichte gegenüber Parlament, Verwaltung und Regierung in sachlicher, organisatorischer und personeller Hinsicht unabhängig sind.⁴⁶ Gerichtsinstanzen sind insbesondere nicht an Weisungen einer anderen Gewalt gebunden; Exekutive und Legislative sind zudem nicht kompetent, ergangene Urteile zu kassieren oder zu reformieren.⁴⁷

Die politischen Auseinandersetzungen über die Handhabung der Dienstverweigerungs- und Desertionsproblematik wirft einmal mehr die Frage auf, in welchem Ausmass politische Überlegungen das geltende Asylrecht in rechtlicher Hinsicht zu beeinflussen vermögen. Festzustellen ist, dass mit dem seit 1979 fortdauernden Verrechtlichungsprozess der Asylpolitik als Verwaltungsrecht eine Beschränkung der Möglichkeiten politischer Einflussnahme auf das Asylrecht einhergeht bzw. politische Erwägungen nurmehr dort rechtlich prägend sein können, wo die gesetzliche Regelung selbst hierzu Raum lässt.⁴⁸

Damit stellt sich die Frage, ob die geplante Revision als zulässige politische Einflussnahme auf die geltende Asylrechtslage bewertet werden kann oder ob der erwähnte Revisionsgegenstand einer Einflussnahme der Politik allenfalls entzogen ist. Bedenkenswert erscheint in diesem Zusammenhang zunächst die Anstossnahme des EJPD am Zuwachs der Zahl der eritreischen Asylgesuche, was aus Sicht des nämlichen Departements auf das Urteil einer verwaltungsunabhängigen Rekurskommission zurückzuführen ist. Man kann sich an dieser Stelle zu Recht fragen, ob mit der erwähnten Anstossnahme bzw. dem geplanten Revisionsvorhaben in der Sache letztlich nicht die flüchtlingsrechtliche Würdigung der Dienstverweigerungs- und Desertionsproblematik getroffen werden soll.⁴⁹ Inhaltlich erinnert das Revisionsvorhaben immerhin bedenklich stark an die Geltendmachung eines Weisungsrechts gegenüber der ARK bzw. dem BVerwG mit Bezug auf die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch das EJPD, welches nicht nur innerhalb des geltenden Asylrechts jeglicher Rechtsgrundlage entbehrt.⁵⁰

5.4 Gesetzgebungsmethodische Aspekte

Endlich erscheint die Frage nach der Opportunität oder Legitimität einer erneuten Revision des materiellen Asylrechts bedenkenswert. Dass Methodenfragen letztlich eng mit Verfassungsfragen verknüpft sind, gilt nicht nur für den vornehmlich diskutierten, die Auslegungsmethoden betreffenden Bereich der Rechtsanwendung (Bindung des Richters an das Recht), sondern ebenso für den Bereich der Rechtsetzung.⁵¹ Wohl ist es schweizerischen – im Unter-

schied etwa zum deutschen Bundesverfassungsgericht – Gerichtsinstanzen untersagt, Erlasse formell, also mit Blick auf die Einhaltung gewisser wesentlicher Grundsätze der Gesetzgebungsmethodik, zu überprüfen; indessen schreiben verschiedene Bundesverfassungsprinzipien dem Gesetzgeber immerhin ein Minimum an legislatorischer Rationalität vor.⁵² Solche Minimalerfordernisse an die gesetzgeberische Rationalität ergeben sich etwa aus dem bereits erwähnten Rechtsgleichheitsgebot, dem Willkürverbot oder dem Legalitätsprinzip.⁵³ Das Legalitätsprinzip im Sinne des Art. 5 Abs. 2 BV schreibt den gesetzgebenden Organen mithin auch vor, ihre legislatorische Tätigkeit verhältnismässig auszuüben und durch öffentliche Interessen zu legitimieren.⁵⁴

a. Varianten 1 und 2

Zunächst ist fraglich, ob eine allfällige Revision von Art. 3 AsylG mittels eines eigentlichen öffentlichen Interesses begründet werden kann; jedenfalls müsste dasselbe deutlich

⁴⁶ Vgl. Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2001, S. 228.

⁴⁷ Nach Kiener (Fn. 46), S. 225 ff., hält der – im vorliegenden Kontext vornehmlich betroffene – institutionelle Aspekt der Garantie richterlicher Unabhängigkeit jene sachwidrigen Einflüsse von der Rechtsprechung fern, die gerade aus der Einbindung der Justiz in das staatliche Behördengefüge resultieren können. Die funktionelle Selbständigkeit der Rechtsprechung, so Kiener, S. 239 ff., 236 f. und 226, ist nicht nur durch unmittelbare Einwirkung (beispielsweise Erteilen von Weisungen), sondern unter Umständen auch durch mittelbare Einwirkungen (beispielsweise behördliche Kritik an einzelnen Urteilen) in Frage gestellt. Von Behörden initiierte öffentliche Kritik an spezifischen Urteilen ist jedenfalls dann als problematisch zu beurteilen, wenn diese, wie hier, ohne differenzierte Auseinandersetzung mit den einem Urteil zugrunde liegenden Erwägungen erfolgt. Vgl. auch Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rn. 1857 f.; siehe zu den Hauptelementen richterlicher Unabhängigkeit auch Tschannen (Fn. 31), N 16 ff. zu § 40.

⁴⁸ M.w.H. zu politischen Einbruchstellen Kälin (Fn. 12), S. 13 ff.

⁴⁹ Vgl. Kiener (Fn. 46), S. 236 ff.

⁵⁰ Vgl. Kälin (Fn. 12), S. 13 f. und S. 274. Die Feststellung der ARK, im Rahmen ihres Jahresberichts 2006 an den Bundesrat zuhanden der Bundesversammlung unter grossem politischem Druck gestanden zu haben, vermag insgesamt wohl wenig zu erstaunen. Vgl. hierzu Susanne Bolz/Kathrin Kummer, Die Rechtsprechung der Schweizerischen Asylrekurskommission im Jahre 2006, ASYL 2/07, S. 18 ff. (31).

⁵¹ Vgl. Bernd Rüthers, Rechtstheorie, 3. Aufl., München 2007, Rn. 649; vgl. auch Charles-Albert Morand, Die Erfordernisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrechts im Hinblick auf die Gestaltung der Rechtsvorschriften, in: Dieter Grimm/Werner Maihofer (Hrsg.), Jahrbuch für Rechtssoziologie, Rechtstheorie, Bd. 13, Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Opladen 1988, S. 11 ff.

⁵² Vgl. Morand (Fn. 51), S. 14 f. Gemäss Morand, S. 16 ff., sind für den deutschen Gesetzgeber insbesondere vier durch das BVerfG herausgearbeitete Grundsätze der Gesetzgebungsmethodik beachtlich: 1. Die Verpflichtung zur Feststellung der Tatsachen, 2. Die Verpflichtung zur Beurteilung der Daten und der Alternativen, 3. Die Verpflichtung zur einer vorausschauenden Beurteilung, 4. Die Verpflichtung zur Beobachtung und Korrektur von Rechtsvorschriften.

⁵³ Vgl. Morand (Fn. 51), S. 11 f. und 13 f.

⁵⁴ Vgl. Morand (Fn. 51), S. 15 f.; gleicher Ansicht wohl auch Georg Müller, Elemente einer Rechtsetzungslehre, Zürich 1999, Rn. 20 ff. und 149 ff.

bezeichnet werden.⁵⁵ Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit enthält mehrere Erfordernisse im Hinblick auf die Rationalität der legislatorischen Tätigkeit.⁵⁶ Aufgrund der Vorschrift der Geeignetheit muss eine gesetzgeberische Massnahme imstande sein, die gesetzlich angestrebten Wirkungen, den Gesetzeszweck zu erreichen.⁵⁷ Wie oben bereits gezeigt wurde, läuft die beabsichtigte Revision des Art. 3 AsylG dem asylrechtlich verfolgten Zweck des Menschenrechtsschutzes diametral entgegen, so dass die Verhältnismässigkeit im Sinne der Geeignetheit dieses Revisionsvorhabens entschieden zu bestreiten ist. Die weiteren, sich aus der Verhältnismässigkeit ergebenden Erfordernisse der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne bedürfen einer komplexen Analyse der verschiedenen Alternativlösungen bzw. einer Überprüfung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen und privaten Interessen.⁵⁸ Eine solche Analyse würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen und ist nach der hier vertretenen Ansicht auch gar nicht notwendig.

b. Variante 3

Der Verhältnismässigkeit kommt weiterhin auch bezüglich der Schaffung eines Asylausschlussgrundes bei Dienstverweigerung und Desertion grosse Bedeutung zu. Jenes Prinzip impliziert nämlich gewissermassen eine Prüfung der soziologischen Realität, soweit Geeignetheit und Erforderlichkeit nicht nur eines Erlasses, sondern auch einer einzelnen Vorschrift zur Debatte stehen.⁵⁹ Der Gesetzgeber wäre in diesem Sinne aufgefordert, zunächst den Handlungsbedarf, sodann die Geeignetheit und schliesslich die Erforderlichkeit des diskutierten zusätzlichen Asylausschlussgrundes mit soziologischen Daten zu untermauern. Offensichtlich ist dabei vorerst nur, dass sich weder mit Hinweisen auf eine politisch unliebsame Rechtsprechung der ARK noch mit Verweisen auf die bislang zeitlich beschränkte Zunahme der Asylgesuche ausschliesslich eritreischer Dienstverweigerer oder Deserteure ein zusätzlicher Asylausschlussgrund vernünftig begründen lässt. Die bisher in der Hauptsache vorgetragenen Argumente des EJPD basieren vornehmlich auf ungesicherten Erkenntnissen und vermögen daher Geeignetheit und Erforderlichkeit des Asylausschlussgrundes nicht in genügender Weise zu substantiieren.

6. Fazit

Die Antwort der schweizerischen Asylpolitik auf die stark gestiegene Zahl von Asylgesuchen eritreischer Staatsangehöriger ist eine scheinbar einfache: Das Asylgesetz muss einer erneuten Teilrevision unterzogen werden, um die Attraktivität der Schweiz als Zielland eritreischer Asylsuchender zu vermindern. Die Stossrichtung der geplanten Revision ist auch rasch identifiziert worden. Da anschei-

nend ein Konnex zwischen dem Urteil der ARK vom 20. Dezember 2005 betreffend eines eritreischen Deserteurs und der Zunahme eritreischer Asylgesuche besteht, sollen künftig Deserteure und Dienstverweigerer ganz allgemein kein Asyl mehr in der Schweiz erhalten. Die völkerrechtliche und rechtsstaatliche Umsetzung dieses Revisionsvorhabens ist indes alles andere als einfach: Einzig jene Revisionsvariante, die lediglich den Status quo explizit gesetzlich festschreibt, ist sowohl mit den flüchtlingsrechtlichen als auch mit den rechtsstaatlichen Anforderungen vereinbar. Alle anderen Revisionsmöglichkeiten vermögen diese grundlegenden Voraussetzungen nicht zu erfüllen.

Résumé

Depuis l'octobre 2007, le Département fédéral de justice et police (DFJP) travaille sur un nouveau projet de révision partielle de la loi sur l'asile. Le but de la modification envisagée est, entre autres, de réduire le nombre des demandes d'asile déposées par des citoyens érythréens. Dérivée de la relation présumée entre un jugement de la commission suisse de recours en matière d'asile (CRA) du décembre 2005, dans lequel la qualité de réfugié était accordée à un déserteur érythréen, et le nombre croissant de requérants d'asile d'origine érythréenne, la désertion et le refus de service ne devraient désormais plus constituer un motif d'asile.

A l'heure actuelle, on ne peut que faire des hypothèses sur l'orientation du contenu de la révision; toutefois, trois variantes sont envisageables: (1) l'ajout d'un paragraphe à l'Art. 3 LAsi, selon lequel les personnes qui quittent leur pays d'origine à cause d'une menace de punition au cas d'un refus de service ne sont pas considérés comme des réfugiés; (2) l'ajout d'un paragraphe à l'Art. 3 LAsi, selon lequel les déserteurs et réfractaires ne sont pas considérés comme des réfugiés même au cas d'une persécution importante dans le sens du droit des réfugiés et (3) l'exclusion de l'asile pour des cas de désertion et du refus de service.

La présente contribution examine la compatibilité de ces trois variantes avec les conditions générales de droit des réfugiés et de l'Etat de droit et conclut qu'uniquement la première variante, qui ne décrit rien d'autre que le status quo, correspond à ces conditions générales.

⁵⁵ Hinzuweisen ist immerhin auf die Tatsache, dass die Kritik an der (nicht zur Disposition stehenden) Rechtsprechung der damaligen ARK, soweit ersichtlich, in Lehre und Praxis nicht geteilt wird, und – wenn man denn überhaupt bereit ist, Asylgesuchszahlen als Indikatoren für Revisionsbedarf im Bereich des Asylrechts heranzuziehen – die Zahl der eritreischen Asylgesuche laut NZZ vom 26. Oktober 2007, S. 17, seit einiger Zeit zurückgeht.

⁵⁶ Vgl. Morand (Fn. 51), S. 15 f.

⁵⁷ Vgl. Morand (Fn. 51), S. 15.

⁵⁸ Vgl. Morand (Fn. 51), S. 15 f.

⁵⁹ Vgl. Morand (Fn. 51), S. 15.