

Unabhängige Expertenkommission
Schweiz – Zweiter Weltkrieg

Rechtliche Aspekte der schweizerischen Flüchtlingspolitik im Zweiten Weltkrieg

**Beiheft zum Bericht
Die Schweiz und die Flüchtlinge
zur Zeit des Nationalsozialismus**

Wurde ersetzt durch die überarbeitete und ergänzte Fassung:

Walter Kälin:

Rechtliche Aspekte der schweizerischen Flüchtlingspolitik im Zweiten Weltkrieg, in: Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg (Hg.): Die Schweiz, der Nationalsozialismus und das Recht, Bd. I: Öffentliches Recht, Zürich 2001 (Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg, Bd. 18), S. 261–516.

Bestellung: Chronos Verlag (www.chronos-verlag.ch)

Die Unabhängige Expertenkommission: Schweiz – Zweiter Weltkrieg erhielt im Dezember 1996 vom Parlament den Auftrag, Umfang und Schicksal der infolge der nationalsozialistischen Herrschaft in die Schweiz gelangten Vermögenswerte historisch und rechtlich zu untersuchen. In seiner Ernennungsverfügung hat der Bundesrat das Mandat dahingehend präzisiert, dass auch die Flüchtlingspolitik im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen und finanziellen Beziehungen der Schweiz zu den Achsenmächten und den Alliierten geklärt werden müsse.

Nach der Auswertung der relevanten Quellen und der Anhörung von Zeitzeugen identifizierte die Kommission eine Reihe von zu klärenden rechtlichen Fragen. Da die Untersuchung dieser Fragen ein spezialisiertes Fachwissen voraussetzte, entschied die Kommission, sie durch einen externen Experten beantworten zu lassen, wie dies im Bundesratsbeschluss vom Dezember 1996 vorgesehen ist. Sie beauftragte Prof. Dr. Walter Kälin vom Institut für öffentliches Recht der Universität Bern, die Entwicklung und den Stand der für die schweizerische Flüchtlingspolitik relevanten Normen des Völkerrechts und des Landesrechts darzustellen und aus dieser Analyse Kriterien abzuleiten, welche eine Beurteilung der Flüchtlingspolitik auf der Grundlage des zeitgenössischen Rechts ermöglichen.

Die Kommission hat die wichtigsten Ergebnisse in ihrem Bericht berücksichtigt. Sie hat sich dazu entschlossen, das Gutachten der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die wissenschaftliche Verantwortung liegt beim Autor.

Mitglieder der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg

Jean-François Bergier (Präsident), Sybil Milton (Vizepräsidentin), Joseph Voyame (Vizepräsident), Wladyslaw Bartoszewski, Saul Friedländer, Georg Kreis, Harold James, Jacques Picard, Jakob Tanner

Herausgeber

Unabhängige Expertenkommission
Schweiz – Zweiter Weltkrieg
Postfach 259
CH-3000 Bern 6
www.uek.ch

Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg (Hg.): Rechtliche Aspekte der schweizerischen Flüchtlingspolitik im Zweiten Weltkrieg. Beiheft zum Bericht: Die Schweiz und die Flüchtlinge zur Zeit des Nationalsozialismus. Verfasst von Walter Kälin, in Zusammenarbeit mit Martina Caroni, Jörg Künzli, Andreas Rieder. Bern 1999.
ISBN 3-908661-11-0

Vertrieb

BBL/EDMZ, 3003 Bern
www.admin.ch/edmoz
Art.-Nr. 201.282.4
12.99 500 H-UEK 07-10-99

Unabhängige Expertenkommission
Schweiz – Zweiter Weltkrieg

Rechtliche Aspekte der schweizerischen Flüchtlingspolitik im Zweiten Weltkrieg

**Beiheft zum Bericht
Die Schweiz und die Flüchtlinge
zur Zeit des Nationalsozialismus**

Gutachten

erstattet von

Professor Dr. Walter Kälin

in Zusammenarbeit mit

Dr. Martina Caroni
Dr. Jörg Künzli
lic. iur. Andreas Rieder

Institut für öffentliches Recht der Universität Bern

Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS.....	V
ABKÜRZUNGEN	XIII
EINLEITUNG	15
I. AUFTRAG	15
II. VORGEHEN.....	16
ERSTER TEIL: FLÜCHTLINGSRECHT.....	17
A. FLÜCHTLINGSBEGRIFF	17
I. EINLEITUNG	17
1. Fragestellung.....	17
2. Vorbemerkungen zum Flüchtlingsbegriff.....	18
a) Begriffliche Unterscheidungen.....	18
b) Methodischer Hinweis: Die Kontextabhängigkeit rechtlicher Flüchtlingsdefinitionen	20
3. Flüchtlingsbegriffe in der Schweiz vor und im Zweiten Weltkrieg.....	21
a) Kategorien der in die Schweiz geflüchteten Personen	21
b) Der Begriff des politischen Flüchtlings in Art. 21 ANAG.....	23
II. ENTWICKLUNG BIS ZUM ERSTEN WELTKRIEG	25
1. Einleitung.....	25
2. Auslieferungsrechtlicher Flüchtlingsbegriff	25
a) Das Prinzip der Nichtauslieferung politischer Flüchtlinge	25
b) Landesrechtliche Regelungen.....	28
aa) Schweiz.....	28
bb) Regelungen im Einreiserecht Grossbritanniens und der USA.....	28
3. Zusammenfassung.....	29
III. DEFINITIONEN IN VEREINBARUNGEN DES VÖLKERBUNDES	29
1. Vorbemerkung.....	29
a) Das Fehlen des diplomatischen Schutzes als Ausgangspunkt.....	29
b) Exkurs: Der diplomatische Schutz.....	31
2. Vereinbarungen zugunsten von Flüchtlingen aus Russland und der Türkei	34
a) Fehlender diplomatischer Schutz als Motiv für die Arrangements von 1922, 1924, 1926, 1928 und die Konvention von 1933	34
b) Übersicht über die Definitionen des Flüchtlingsbegriffs in den Vereinbarungen von 1922–1933.....	36
3. Vereinbarungen zugunsten von Flüchtlingen aus Deutschland.....	37
4. Staatenpraxis	40
5. Schlussfolgerungen	41
a) Zusammenfassung	41
b) Politisch, rassisch oder religiös Verfolgte als Flüchtlinge?	41

IV. FLÜCHTLINGSDEFINITIONEN IN DEN STATUTEN INTERNATIONALER ORGANE UND ORGANISATIONEN.....	43
1. Der Flüchtlingsbegriff in den Statuten des Intergovernmental Committee on Refugees	43
2. Die Flüchtlingsdefinition der IRO.....	44
3. Entwicklung des Flüchtlingsbegriffs in den UNHCR-Statuten und in der Flüchtlingskonvention von 1951	46
V. SCHLUSSFOLGERUNGEN	49
1. Beurteilungskriterien.....	49
2. Entwicklung des Flüchtlingsbegriffs im Völkerrecht in Hinblick auf bestimmte Flüchtlingskategorien.....	50
B. DAS NON-REFOULEMENT-PRINZIP	53
I. EINLEITUNG	53
1. Fragestellung.....	53
2. Rechtliche Grundlagen der schweizerischen Praxis im Zweiten Weltkrieg	54
a) Rückschiebung/Ausweisung politischer Flüchtlinge	54
b) Rückschiebung ziviler Flüchtlinge bzw. «politischer Emigranten».....	55
c) Militärflüchtlinge	62
aa) Entwichene Kriegsgefangene	62
bb) Militärinternierte	63
cc) Deserteure und Refraktäre	63
II. RÜCKSCHIEBUNGSVERBOTE DES VÖLKERBUNDES	64
1. Das Arrangement vom 30. Juni 1928 über den Rechtsstatus russischer und armenischer Flüchtlinge.....	64
a) Entstehungsgeschichte	64
aa) Vorarbeiten	64
bb) Staatenkonferenz	66
b) Bedeutung des Arrangements.....	67
2. Die Konvention vom 28. Oktober 1933 über die internationale Rechtsstellung von Flüchtlingen.....	68
a) Entstehungsgeschichte.....	68
b) Bedeutung	71
aa) Erstmalige völkerrechtliche Verankerung des Non-Refoulement-Prinzips.....	71
bb) Pflicht zur Aufnahme von Flüchtlingen aus Art. 3 Abs. 2	72
cc) Auswirkungen	74
3. Das provisorische Arrangement vom 4. Juli 1936 betreffend den Rechtsstatus von Flüchtlingen aus Deutschland	75
a) Entstehungsgeschichte	75
b) Der rechtliche Gehalt von Artikel 4	77
c) Geltung für die Schweiz.....	78
4. Die Konvention vom 10. Februar 1938 über die Stellung der Flüchtlinge aus Deutschland.....	80
a) Entstehungsgeschichte	80
b) Rechtliche Bedeutung von Artikel 5.....	81
c) Auswirkungen der Konvention von 1938.....	82
5. Hinweise auf die zeitgenössische Staatenpraxis.....	82
III. ARTIKEL 33 FLÜCHTLINGSKONVENTION 1951.....	86
IV. SCHLUSSFOLGERUNGEN.....	90

ZWEITER TEIL: DAS VOLLMACHTENREGIME	93
A. DIE VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT DES VOLLMACHTENBESCHLUSSES VON 1939	93
I. EINLEITUNG	93
1. Der Vollmachtenbeschluss von 1939.....	93
2. Fragestellung.....	94
II. DIE SCHWEIZERISCHE NOTRECHTSPRAXIS	94
1. Der Erste Weltkrieg.....	94
2. Die Zwischenkriegszeit.....	98
3. Der Vollmachtenbeschluss vom 30. August 1939	100
a) Entstehungsgeschichte und Inhalt.....	100
b) Umfang und Grenzen der Exekutivbefugnisse	102
III. JURISTISCHE LEHRMEINUNGEN	103
1. Doktrin zwischen dem Ersten Weltkrieg und dem Jahre 1938.....	103
2. Doktrin zwischen 1939 und 1950	106
3. Doktrin seit 1950.....	110
IV. BEURTEILUNG.....	112
1. Grundsätzliche Zulässigkeit von Notrecht.....	112
a) Zusammenfassung	112
b) Der Verzicht auf den Gebrauch von Dringlichkeitsrecht	113
c) Völkerrechtliche Zulässigkeit von Notrecht.....	115
2. Voraussetzungen und Grenzen der Notrechtskompetenzen der Exekutive	117
a) Rechtliche Anforderungen an Noterlasse.....	117
b) Subsidiarität der notrechtlichen Rechtssetzung?	118
3. Schlussfolgerung: Relevante Fragestellungen und Beurteilungskriterien	119
B. GRUNDRECHTSSCHUTZ FÜR FLÜCHTLINGE	125
I. GRUNDRECHTE DER BUNDESVERFASSUNG	125
1. Vorbemerkungen.....	125
a) Eingriff in Grundrechte oder Verdrängung der Grundrechte durch Notrecht?.....	125
b) Freiheitsrechte und besonderes Rechtsverhältnis.....	126
2. Die Eigentumsgarantie	129
3. Die Rechtsgleichheit	130
4. Persönliche Freiheit und andere relevante Grundrechte	132
II. SCHUTZ AUS VÖLKERRECHT	133
1. Einleitung.....	133
2. Schutz aus humanitärem Völkerrecht?.....	135
a) Das Haager Abkommen vom 18. Oktober 1907 betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges	135
b) Das Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges von 1907	137
c) Die Konvention über die Behandlung der Kriegsgefangenen von 1929	138
d) Fazit.....	139

3. Schutz aus bilateralen Niederlassungsverträgen	139
a) Einleitung.....	139
b) Die durch die Niederlassungsverträge geschützten Rechtspositionen	140
c) Begriff der Gleichbehandlung	142
d) Geltung im Krieg und Notstand?.....	142
e) Geschützter Personenkreis	144
aa) Staatsangehörige der Vertragsstaaten.....	144
bb) Nur Ausländer mit Bewilligung zum Aufenthalt.....	147
4. Verpflichtungen aus dem völkerrechtlichen Fremdenrecht	150
a) Geltung und Anwendungsbereich des völkerrechtlichen Fremdenrechts	150
b) Prinzip der Inländergleichbehandlung oder Prinzip des Mindeststandards?.....	151
c) Der Schutz des Eigentums im völkerrechtlichen Fremdenrecht.....	153
d) Der Schutz weiterer «Freiheitsrechte» im völkerrechtlichen Fremdenrecht	155
e) Diskriminierungsverbot?.....	155
f) Fazit.....	158
5. Exkurs: Internationalprivatrechtlicher Ordre public	158
III. AUSGEWÄHLTE PROBLEMBEREICHE	160
1. Vorbemerkung: Kategorisierung der Flüchtlinge in der Schweiz.....	160
2. Rechtmässigkeit der Deponierungspflicht von Flüchtlingsvermögen?.....	161
a) Die Deponierungspflicht von Flüchtlingsvermögen	161
b) Beurteilung.....	163
aa) Die Pflicht zur Kostentragung	163
bb) Deponierungspflicht.....	164
cc) Rechtsgrundlage	166
3. Rechtmässigkeit der Solidaritätsabgabe?.....	166
a) Die Solidaritätsabgabe.....	166
b) Beurteilung.....	168
aa) Verfassungsrecht	168
bb) Völkervertragsrecht	170
cc) Völkergewohnheitsrechtliches Fremdenrecht	172
4. Die Problematik des «J-Stempels»	172
a) Praxis.....	172
b) Beurteilung.....	174
aa) Verfassungsrecht	174
bb) Völkervertragsrecht	175
cc) Völkergewohnheitsrechtliches Fremdenrecht	176
5. Behandlung in Internierungs- und Flüchtlingslagern	176
a) Die Regelung der Rechtsstellung der Flüchtlinge in den Internierungslagern	176
b) Beurteilungskriterien.....	179
aa) Verfassungsrecht	179
bb) Völkervertragsrecht	181
cc) Völkergewohnheitsrechtliches Fremdenrecht	182
IV. FAZIT	183

Literaturverzeichnis

Die hier aufgeführte Literatur wird in den Anmerkungen mit Autorennamen und bei mehreren Werken des gleichen Autors mit einem Titelstichwort bezeichnet. Weitere Literaturhinweise finden sich in den Anmerkungen.

Abella Irving, Canadian Refugee Policy to 1980: Historical Overview, in: Vaughan Robinson (Ed.), *The International Refugee Crisis, British and Canadian Responses*, London 1993, 77ff.

Ballreich Hans, Das Staatsnotrecht in der Schweiz, in Max Planck Institut (Hrsg.), *Das Staatsnotrecht in Belgien, Frankreich, Grossbritannien, Italien, den Niederlanden, der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika*, Köln/Berlin 1955, 187ff.

Battelli Maurice, Suisse – Les pleins pouvoirs, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger* 1950, 124ff.

Bosshardt Hans, Die Eigentums garantie, Diss. Zürich 1930.

Brack Ernst, Die Gesetzesdelegation in der Praxis des Bundes unter Berücksichtigung ihrer rechtstheoretischen Grundlagen, Diss. Zürich 1953.

Brühwiler Hans, Die Freiheitsrechte der Kantonsverfassungen in ihrem Verhältnis zur Bundesverfassung, Diss. Bern 1948.

Bühler Jacques, Le droit d’exception de l’Etat, *Etude des droits publics allemands en Suisse de 1871 à nos jours*, Diss. Lausanne 1994.

Burckhardt Walther, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931.

Buss Peter, Das Dringlichkeitsrecht im Bund, Diss. Basel 1983.

Christ Werner, Die Genehmigung von Verordnungen der Exekutive durch die Legislative, Diss. Zürich 1945.

Davy Ulrike, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht, Band I: Völkerrechtlicher Rahmen, Wien 1996.

Dirks Gerald E., *Canada’s Refugee Policy – Indifference or Opportunism?*, Montreal/London 1977.

Doehring Klaus, Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes, *Deutsches Recht und Rechtsvergleichung*, Köln/Berlin 1959.

Dolzer Rudolf, *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, Berlin/Heidelberg/New York/Tokio 1985.

Eichenberger Kurt, Die oberste Gewalt im Bunde – Über die verfassungsrechtliche Verteilung und die tatsächliche Ausübung der Rechtssetzungs- und Regierungsfunktionen im schweizerischen Bundesstaat, Diss. Bern 1949.

EJPD, Das Flüchtlingswesen in der Schweiz während des Zweiten Weltkrieges und in der unmittelbaren Nachkriegszeit, 1933–1950, o.J. (EJPD-Bericht, verfasst von Oskar Schürch).

Favre John, *Le droit de nécessité de l’Etat*, Diss. Neuchâtel 1937.

Fehrli Wolfram, Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz, Diss. Bern 1952.

Fleiner Fritz, Die Dringlichkeitsklausel, *ZBl* 1927, 577ff (Dringlichkeitsklausel).

- Fleiner Fritz**, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923 (Bundesstaatsrecht).
- Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria**, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.
- Flournoy Richard/Hudson Manley**, A Collection of Nationality Laws of Various Countries as Contained in Constitutions, Statutes and Treaties, New York 1929.
- François J.-P.-A.**, Le problème des apatrides, Recueil des Cours 53 (1935), 287ff.
- Fürer Jacob**, Willkür als Verstoß gegen die Rechtsgleichheit: als Grund für den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht, Diss. Fribourg 1928.
- Geck Wilhelm Karl**, Stichwort «Diplomatic Protection», in: Encyclopedia of Public International Law, Bd. 10, Amsterdam etc. 1987, 99ff.
- Giacometti Zaccaria**, Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945 (Vollmachtenregime).
- Giacometti Zaccaria**, Der neue Notrechtsartikel der Bundesverfassung, SJZ 1950, 84ff (Notrechtsartikel).
- Giacometti Zaccaria**, Rechtsstaat und Notrecht, ZBl 1950, 209ff (Notrecht).
- Goodwin-Gill Guy**, The Refugee in International Law, 2nd ed., Oxford 1996.
- Grahl-Madsen Atle**, The Status of Refugees in International Law, vol. I: Refugee Character, Leyden 1966 (Refugee Character).
- Grahl-Madsen Atle**, The Status of Refugees in International Law, vol. II: Asylum, Entry and Sojourn, Leiden 1972 (Asylum, Entry and Sojourn).
- Green L.C.**, Refugees and Refugee Status – Causes and Treatment in Historico-Legal Perspective, in: The Refugee Problem on Universal, Regional and National Level, Thesaurus Acroasium, Thessaloniki 1987, 545ff.
- Guggenheim Paul**, Völkerrechtspolitische Betrachtungen zum Flüchtlingsproblem, in: Schweizerische Zentralstelle für Flüchtlingshilfe (Hrsg.), Flüchtlinge wohin?, Bericht über die Tagung für Rück- und Weiterwanderungsfragen, Zürich 1945, 114–129 (Völkerrechtspolitische Betrachtungen).
- Guillermet A.**, La situation juridique des réfugiés, in: Semaine judiciaire 66 (1944), 201–224.
- Haab Robert**, Krisenrecht, Rektoratsrede gehalten am 20. Nov. 1936, Basler Universitätsreden 8, Basel 1936.
- Haefliger Hans**, Das Asylrecht nach Völkerrecht und nach dem schweizerischen öffentlichen Recht, Diss. Zürich 1943.
- Hathaway James C.**, The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920–1950, International and Comparative Law Quarterly 33 (1984), 348ff.
- Hauser Mathilde**, Die den Ausländern in der Schweiz garantierten Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1961.
- Hefti Markus**, Die Rechtsstellung und Tätigkeit der Vollmachtenkommission der eidg. Räte im Zweiten Weltkrieg und in der Nachkriegszeit, Diss. Zürich 1951.
- Hess Paul-Alfred**, Die Internierung nach schweizerischem Fremdenpolizeirecht, Diss. Bern 1942.
- His Eduard**, Zur Frage des staatsrechtlichen Charakters des Bundesbeschlusses vom 3. August 1914 und der bundesrätlichen Notstandsmassnahmen, ZSR 1917, 287ff.
- Hoerni Robert**, L'état de nécessité en droit public fédéral, Diss. Genève 1917.

Holborn Louise, The International Refugee Organization – A Specialized Agency of the United Nations. Its History and Work 1946–1952, London/New York/Toronto 1956 (IRO).

Holborn Louise, The Legal Status of Political Refugees 1920–1938, American Journal of International Law 32 (1938), 680ff.

Homberger Arthur, Das Tatsächliche als Element der Rechtsbildung, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1941, 1ff.

Huber Arthur, Die Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit durch das Notverordnungsrecht des Bundes, Diss. Bern 1925.

Huber Harald, Zur Problematik des Dringlichkeitsartikels der BV, SJZ 1950, 81ff.

Hug Markus, Der Ausländer als Grundrechtsträger, Diss. Zürich 1989.

Hungerbühler Hellmut, Der dringliche Bundesbeschluss, Diss. Zürich 1951.

Jaeger Gilbert, Les Nations Unies et les réfugiés, in: Revue Belge de Droit International 1989, 18ff.

Janner Antonio, La Puissance protectrice en Droit international, d'après les expériences faites par la Suisse pendant la Seconde guerre mondiale, Basel 1948.

Jennings Yewdall R., Some Legal Aspects of the Refugee Question, British Yearbook of International Law 20 (1939), 98ff.

Jèze Gaston, L'exécutif en temps de guerre – Les pleins pouvoirs (Angleterre, Italie, Suisse), Paris 1917.

Kälin Walter, Das Prinzip des Non-Refoulement, Bern 1982 (Non-Refoulement).

Kälin Walter, Grundriss des Asylverfahrens, Basel 1990 (Grundriss).

Kammermann Iwan Walter, Die fremdenpolizeiliche Ausweisung von Ausländern aus der Schweiz, Diss. Bern 1948.

Kapani Münci, Les pouvoirs extraordinaires de l'exécutif en temps de guerre et de crise nationale, Diss. Genève 1949.

Kelsen Hans, Théorie générale du droit international public, Recueil des Cours 1932 IV, 121ff.

Kimminich Otto, Der Internationale Rechtsstatus des Flüchtlings, Köln et al. 1962.

Knellwolf Jean-Pierre, Die Schutzmacht im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse, Diss. Bern 1985.

Köhl Guido, Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Diss. Bern 1955.

Kottusch Peter, Die Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 6 ANAG, ZBl 1986, 513ff.

Kuhne Fritz, Das Problem der Delegation und Subdelegation von Kompetenzen der Staatsorgane, Diss. Zürich 1941.

Lammasch Heinrich, Auslieferungspflicht und Asylrecht, Leipzig 1887.

Langhard Johann, Das schweizerische Auslieferungsrecht nebst den Auslieferungsverträgen der Schweiz, Bern 1910.

Lohse Volker Heinrich, Streik und Staatsnotstand unter Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz, Berlin 1969.

- London Louise**, British Immigration Control Procedures and Jewish Refugees 1933–1939, in: Werner E. Mosse et al. (Ed.), *Second Chance: Two Centuries of German-speaking Jews in the United Kingdom*, Tübingen 1991, 485ff.
- Ludwig Carl**, Die Flüchtlingspolitik der Schweiz in den Jahren 1933 bis 1955, Bericht an den Bundesrat zuhanden der eidgenössischen Räte, Bern 1957.
- Macheret Augustin**, L’immigration étrangère en Suisse à l’heure de l’intégration européenne, Genève 1969.
- Malezieux Raymond**, Les pleins pouvoirs en Suisse, Paris 1942.
- Manuel André**, Les pleins pouvoirs en droit public fédéral suisse, Diss. Lausanne 1953.
- Marti Hans**, Das Verordnungsrecht des Bundesrates, Zürich 1944 (Verordnungsrecht).
- Marti Hans**, Der Vollmachtenbeschluss vom 30. August 1939, Zürich 1944 (Vollmachtenbeschluss).
- Marti Hans**, Dringlichkeit und Notrecht, ZSR 1950, 165ff (Notrecht).
- Marugg Michael**, Völkerrechtliche Definitionen des Ausdrucks «Flüchtling», Diss. Zürich 1990.
- Masnata Silvio**, La Délégation de la compétence législative en droit suisse et comparé, Diss. Lausanne 1942.
- Mäusli Heinz Walter**, Die dringlichen Bundesbeschlüsse nach Art. 89bis BV, Diss. Zürich 1960.
- Meier Franz**, Der Notstand des Staates, Diss. Basel 1943.
- Meyer Paul**, Das Prinzip der Rechtsgleichheit in historischer und dogmatischer Betrachtung, Diss. Zürich 1923.
- Moore Bob**, Refugees from Nazi Germany in the Netherlands 1933–1940, Dordrecht/Boston/Lancaster 1986.
- Morgenstern Felice**, The Right of Asylum, in: *British Yearbook of International Law* 1949, 327ff.
- Moser Emilio**, Die Rechtsverordnungen des Bundesrates, Diss. Bern 1942.
- Moser Hans Peter**, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, ZSR 1967 II, 327ff.
- Müller Albert**, Das Niederlassungsrecht der Ausländer in der Schweiz, Diss. Zürich 1925.
- Müller Jörg P.**, Gebrauch und Missbrauch des Dringlichkeitsrechts, Bern 1977.
- Nathan-Chapotot Roger**, La qualification internationale des réfugiés et personnes déplacées dans le cadre des Nations Unies, Diss. Genf, Paris 1949.
- Niederer, Werner**, Das Problem des ordre public in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts, ZSR 62 (1943), 1ff.
- Oppenheim L.**, *International Law, Vol. II – War and Neutrality*, 3rd ed., London 1921.
- Orelli Konrad von**, Das Verhältnis von Demokratie und Gewaltenteilung und seine Wandlungen insbesondere im schweizerischen Bunde, Diss. Zürich 1947.
- Oswald Wilhelm**, Die Gewaltentrennung im Schweizerischen Staatsrecht, Basel 1943.
- Pestalozzi Richard**, Die Notgesetzgebung, Diss. Zürich 1944.
- Pfanner Toni**, Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbstätigen Ausländers, Diss. St. Gallen 1985.

Pompe C.A., The Convention of 28 July 1951 and the International Protection of Refugees, U.N. Doc. HRC/INF/42, May 1958.

Poulin Guido, Le problème des réfugiés, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht 3 (1946), 95ff.

Proudfoot Malcolm J., European Refugees: 1939–1952, A Study in Forced Population Movement, London 1957.

Reale Egidio, Le droit d'asile, Recueil des Cours 63 (1938), 473ff.

Reber Kurt, Das Notrecht des Staates, Diss. Bern 1938.

Rechsteiner Beat, Beschränkung des Grundstückerwerbs durch Ausländer, Diss. Zürich 1985.

Robinson Nehemiah, Convention relating to the Status of Refugees, Its History, Contents and Interpretation, New York 1953.

Roth Andreas, The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens, Diss. Genf 1949.

Rothenfluh Walter, Das Notrecht extra constitutionem in der Schweiz und in Frankreich seit 1914, Diss. Zürich 1961.

Ruck Erwin, Schweizerisches Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 1939.

Ruth Max, Fremden-Polizeirecht der Schweiz, Zürich 1934.

Schelbert Beat, Die rechtliche Bewältigung ausserordentlicher Lagen im Bund, Diss. Bern 1986.

Schindler Dietrich, Die selbständige Polizeiverordnung nach schweizerischem Staatsrecht, SJZ 1934/35, 305ff (Polizeiverordnung).

Schindler Dietrich, Dringlichkeit und Notrecht, Gutachten zuhanden der FDP, in: Schriften der FDP Nr. 35, Bern 1937 (Dringlichkeit).

Schindler Dietrich, Gleichberechtigung des Individuums als Problem des Völkerrechts, Winterthur 1957 (Gleichberechtigung).

Schindler Dietrich, Notrecht und Dringlichkeit, Separatabdruck aus der «Neuen Zürcher Zeitung» Nr. 1669 vom 19. Oktober, Nr. 1671 vom 20. Oktober und 1973 vom 6. Dezember 1942. (Notrecht).

Simpson John Hope, The Refugee Problem, Report of a Survey, London 1939.

Skran Claudena M., Refugees in inter-war Europe, The Emergence of a Regime, Oxford 1995.

Société des Nations, Haut-Commissariat pour les réfugiés, Documents préparatoires et procès-verbaux de la Conférence Intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28–30 juin 1928; Arrangement et Accord du 30 juin 1928, 1930 (Documents Préparatoires).

Speiser Thomas Max, Vom Notrecht im formellen und materiellen Sinn, Diss. Zürich 1952.

Spoendlin Kaspar, Die verfassungsmässige Garantie der persönlichen Freiheit, Diss. Zürich 1945.

Steiner Max, Die Internierung von Armeeehörigen kriegführender Mächte in neutralen Staaten, insbesondere in der Schweiz während des Weltkrieges 1939/45, Diss. Bern 1947.

Stenberg Gunnel, Non-Expulsion and Non-Refoulement, The Prohibition against Removal of Refugees with Special Reference to Articles 32 and 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, Uppsala 1989.

- Stoffel Walter A.**, Die völkervertraglichen Gleichbehandlungsverpflichtungen der Schweiz gegen über Ausländern, Zürich 1979.
- Strupp Karl/Schlochauer Hans-Jürgen**, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 1–3, Berlin 1960–1962.
- Sulzer Walter**, Der allgemein verbindliche Bundesbeschluss nach Artikel 89 der schweizerischen Bundesverfassung, Diss. Zürich 1932.
- Suter Werner**, Notrecht und ausserordentliche Vollmachten im schweizerischen Bundesstaatsrecht, Diss. Zürich 1960.
- Takkenberg Alex/Tahbaz Christopher C.**, The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees, Volume I: Early History and the Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems 16 January – 16 February 1950, Lake Success/New York, Dutch Refugee Council/European Legal Network on Asylum, Amsterdam 1989 (History).
- Takkenberg Alex/Tahbaz Christopher C.**, The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees, Volume II: The Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons 14–25 August 1951, Geneva/Switzerland, Dutch Refugee Council/European Legal Network on Asylum, Amsterdam 1989 (Ad Hoc Committee).
- Takkenberg Alex/Tahbaz Christopher C.**, The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees, Volume III: The Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, 2–25 July 1951, Geneva/Switzerland, Dutch Refugee Council/European Legal Network on Asylum, Amsterdam 1989 (Conference).
- Töndury Gian Robert**, Der Begriff des Notstandes im Staatsrecht, Diss. Zürich 1947.
- Twenhöven Jörg**, Die Stellung der Legislative im Staatsnotstand, Diss. Fribourg 1972.
- United Nations**, Department of Social Affairs, A Study of Statelessness, U.N. Doc. E/1112, Lake Success/New York 1949 (Study of Statelessness).
- Vannod Alex**, Fragen des internationalen Enteignungs- und Konfiskationsrechts, Diss. Zürich 1959.
- Verdross Alfred**, Les règles internationales concernant le traitement des étrangers, Recueil des Cours 1931 III, 327ff (Etrangers).
- Verdross Alfred**, Völkerrecht, 2. Aufl., Wien 1950 (Völkerrecht).
- Verdross Alfred/Simma Bruno**, Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984.
- Vernant Jacques**, Les réfugiés dans l'après-guerre, Monaco 1953.
- Vichniac Marc**, Le statut international des apatrides, Recueil des Cours 43 (1933), 119ff.
- von Waldkirch Eduard Otto**, Die Notverordnungen im schweizerischen Bundesstaatsrecht, Diss. Bern 1915 (Notverordnung).
- von Waldkirch Eduard**, Das Völkerrecht, Basel 1926 (Völkerrecht).
- von Waldkirch Eduard**, Die Grundsätze des Niederlassungsrechtes der Fremden in der Schweiz, ZSR 1923, 56ff (Niederlassungsrecht).
- Wackernagel Jacob**, Zur Lehre vom Staatsnotstand, ZSR 1937, 169ff.
- Weis Paul**, Legal Aspects of the Convention of 25 July 1951, relating to the Status of Refugees, in: British Yearbook of International Law 1953, 478ff (Legal Aspects).
- Weis Paul**, The International Protection of Refugees, in: American Journal of International Law (AJIL) 48 (1954), 193ff (International Protection).

Weis Paul, The Refugee Convention 1951, The Travaux Préparatoires Analysed, with a Commentary by the Late Dr. Paul Weis, Cambridge 1995 (Refugee Convention).

Wertenschlag Rudolf, Grundrechte der Ausländer in der Schweiz, Basel und Frankfurt a.M. 1980.

Wyss Georg, Die Rechtsstellung des entwichenen Kriegsgefangenen im neutralen Staat, Diss. Bern 1945.

Zihlmann Rudolf, Legitimität und Legalität des Notrechts, Diss. Bern 1950.

Zoller Lili, Die Notverordnung und ihre Grundlagen im schweizerischen Staatsrecht insbesondere, Diss., Zürich 1928.

Abkürzungen

ANAG	Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (bis 1947: Eidgenössische Gesetzessammlung; bis 1987: Sammlung der eidgenössischen Gesetze)
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung
BRB	Bundesratsbeschluss
BV	Bundesverfassung vom 29. Mai 1874
CCR	Comité Consultatif pour les Réfugiés des Völkerbundes
DDS	Documents Diplomatiques Suisses/Diplomatische Dokumente der Schweiz
E.	Erwägung
ECOSOC	Economic and Social Council (Wirtschafts- und Sozialrat der UNO)
EDA	Eidgenössisches Departement für Auswärtiges
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
ICJ	International Court of Justice
IGCR	Intergovernmental Committee on Refugees
IRO	International Refugee Organization
JO	Journal Officiel
LoNTS	League of Nations Treaty Series
Rz.	Randziffer
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof (des Völkerbundes)
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees (Hochkommissar/Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Flüchtlinge)
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (bis Dezember 1988: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Einleitung

I. Auftrag

Gemäss Mandatsvertrag vom 13. Oktober 1998 mit der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg (UEK) ist uns folgender Auftrag erteilt worden:

«2. Auftrag

Professor Kälin (und seine Abteilung des Instituts für öffentliches Recht) wird als beigezogener Experte beauftragt, Fragen im Zusammenhang mit der Flüchtlingsproblematik der Schweiz im Zweiten Weltkrieg rechtlich zu untersuchen und zu klären. Bei seiner Darstellung der historischen Ereignisse und Fakten berücksichtigt er die relevanten Rechtsgrundlagen (Völkerrecht und Verfassungsrecht) sowie die juristischen Beurteilungskriterien (Rechtsentwicklung, Interpretations- und Handlungsspielräume, Praxis anderer wichtiger Staaten).

3. Inhalt des Mandates

Sein Mandat umfasst folgende inhaltliche Schwerpunkte (Vertiefungsgrad: D = in erster Linie rechtliche Dokumentation, D + B = rechtliche Dokumentation und rechtliche Beurteilung):

3.1 Flüchtlingsrecht

3.1.1 Flüchtlingsbegriff (D + B)

Entwicklung des Flüchtlingsbegriffs im Völkerrecht und im Recht wichtiger anderer Staaten bis 1951 im Hinblick auf: politische Flüchtlinge; Jüdinnen und Juden – deutsche und österreichische, staatenlose, sogenannte Ostjuden aus Deutschland, Juden aus Frankreich u.a.; Zeugen Jehovas; «Zigeuner» (Roma und Sinti); Militärinternierte (polnische, französische, ...); Deserteure; entflozene Kriegsgefangene aus Deutschland/Italien

3.1.2 Rückschiebungsverbot (D + B)

Entwicklung des *Non-Refoulement*-Prinzips im Völkerrecht und im Recht wichtiger anderer Staaten bis 1951

3.2 Vollmachtenregime

3.2.1 Verfassungsmässigkeit (D + B)

Zeitgenössische Diskussion und spätere Beurteilung der Verfassungsmässigkeit des Vollmachtenregimes (im Hinblick auf Verordnungsrecht im Flüchtlingsbereich)

3.2.2 Grundrechtsschutz (D + B)

Geltung und Tragweite der Grundrechte (vor allem Gleichbehandlungsgebot und Eigentumsgarantie) für die in Ziff. 3.1.1 erwähnten Personenkategorien allgemein und im Hinblick a) auf die Zwangsverwaltung der Flüchtlingsvermögen, Toleranzkaution/Solidaritätsabgabe, b) die Behandlung in Lagern, c) den J-Stempel

3.3 Diplomatischer und konsularischer Schutz (D)¹

Inhalt und Tragweite der Konzepte im Hinblick auf die unterschiedliche Behandlung verschiedener Personenkategorien»

¹ Auf die vollständige Publikation dieses Teils des Gutachtens wurde verzichtet, da er sich auf die Wiedergabe der herrschenden Doktrin beschränkte und keine neuen Gesichtspunkte behandelte. Die wesentlichen Aussagen wurden hinten (I. Teil A.III.1.b) integriert.

II. Vorgehen

Das vorliegende Gutachten will die Entwicklung und den Stand der für die schweizerische Flüchtlingspolitik im Zweiten Weltkrieg relevanten Normen des Völkerrechts und Landesrechts darstellen und aus dieser Analyse Kriterien ableiten, welche für eine umfassendere Beurteilung dieser Politik relevant sein können. Dabei kann es nicht um eine Bearbeitung der gestellten Fragen aus heutiger Sicht gehen, sondern um eine Analyse auf der Grundlage des zeitgenössischen Rechts. Das Mandat erstreckte sich nicht auf die Aufgabe, zu abschliessenden Folgerungen bezüglich der Rechtmässigkeit der schweizerischen Flüchtlingspolitik zu kommen. Abgesehen davon, dass eine rein juristische Betrachtungsweise in diesem komplexen Bereich zu verkürzten Schlussfolgerungen gelangen müsste, wäre diese Aufgabe nur in voller Kenntnis aller Fakten zu lösen.

Zur Erfüllung des Auftrages musste die Literatur aus der fraglichen Periode und die moderne Doktrin, soweit sie sich dazu äussert, umfassend aufgearbeitet werden. Literatur und Dokumente wurden hauptsächlich in Bern (Juristische Bibliothek der Universität Bern, Landesbibliothek) beschafft. Wichtige Literatur und Dokumente zum zeitgenössischen Flüchtlingsrecht konnten im Dokumentationszentrum des Refugee Studies Programme der Oxford University (UK) eingesehen werden, wo u.a. der Nachlass von Paul Weis liegt, der die Arbeiten internationaler Gremien seit den vierziger Jahren verfolgt und sie in verschiedenen Funktionen in wichtigen Belangen mitgestaltet hat. Weniger ergiebig war das Völkerbundsarchiv bei der UNO in Genf, da wichtige, in der Literatur oft zitierte Dokumente (Doc. XIII [...]) gemäss Auskunft des Archivars nicht vorhanden sind. Teilweise konnte ihr Inhalt auf der Basis von Sekundärliteratur fruchtbar gemacht werden, wobei eine Überprüfung anhand der Originale allerdings nicht möglich war.

An den Vorarbeiten haben sich intensiv Dr. Jörg Künzli (Vollmachtenregime), lic. iur. Andreas Rieder (Flüchtlingsbegriff und diplomatischer Schutz) und Dr. Martina Caroni (Non-Refoulement) beteiligt. Ihre Entwürfe dienten als Grundlage für die Schlussredaktion des Berichtes durch Prof. Walter Kälin.

In einem Punkt weicht die Untersuchung vom Auftrag leicht ab: Die Behandlung der Fragen zum Grundrechtsschutz der Flüchtlinge (Ziff. 3.2.2) konnte nicht, wie ursprünglich geplant, auf die Untersuchung der Bundesverfassung beschränkt werden, sondern musste angesichts der Beschränktheit des verfassungsrechtlichen Schutzes auf eine Diskussion relevanter völkerrechtlicher Normen ausgedehnt werden. In diesem Zusammenhang erwies sich v.a. die Bedeutung der Niederlassungsverträge als besonders komplexe Problematik.

Der Auftrag (Ziff. 2) erstreckte sich auf die Aufgabe, die Praxis anderer wichtiger Staaten darzustellen. Dies war im Rahmen der zur Verfügung stehenden Zeit und Mittel nur sehr beschränkt möglich, da die identifizierbare Literatur für den fraglichen Zeitraum äusserst spärlich und oft wenig aussagekräftig ist.

Erster Teil: Flüchtlingsrecht

A. Flüchtlingsbegriff

I. Einleitung

1. Fragestellung

Die Flüchtlingspolitik der Schweiz im Zweiten Weltkrieg beruhte auf der begrifflichen Unterscheidung zwischen politischen Flüchtlingen, welche gemäss Art. 21 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG)² Asyl erhielten, und anderen Flüchtlingen, darunter namentlich Juden aus Deutschland, Österreich und Osteuropa, denen gegenüber der Spielraum bezüglich Aufnahme oder Abweisung bedeutend grösser war. Ihren Höhepunkt fand diese Unterscheidung in der Anweisung im Kreisschreiben der Polizeidivision vom 13. August 1942, illegal einreisende Ausländer mit Ausnahme von entwichenen Kriegsgefangenen, Deserteuren und politischen Flüchtlingen zurückzuweisen, wobei ausdrücklich festgehalten wurde, dass «Flüchtlinge nur aus Rassegründen, z. B. Juden, [...] nicht als politische Flüchtlinge» galten und deshalb der Rückweisung unterlagen³. Zwar betonte der Bundesrat, dass auch die Asylgewährung an politische Flüchtlinge im freien Ermessen der Schweiz liege⁴; die begriffliche Unterscheidung zwischen politischen Flüchtlingen, welche laut Gesetz Asyl erhalten konnten, und anderen Flüchtlingen erleichterte aber konzeptionell die Härte gegenüber jüdischen und anderen zivilen Flüchtlingen. Die Schweiz hat somit nicht allen Menschen auf der Flucht Schutz gewährt, die solchen Schutzes bedürftig waren.

Die folgenden Ausführungen sind der Frage gewidmet, wie diese Verengung des Flüchtlingsbegriffs im Lichte der völkerrechtlichen Entwicklungen zu beurteilen ist. Dabei sind drei Phasen zu unterscheiden, nämlich die Zeit bis zum Ende des Ersten Weltkrieges (Ziff. II), die besonders wichtige Phase des Flüchtlingsschutzes durch den Völkerbund (Ziff. III) und schliesslich die Übergangsphase während und nach dem Zweiten Weltkrieg, welche durch Aktivitäten verschiedener internationaler Organe und Organisationen geprägt ist, die letztlich zur Annahme des Flüchtlingsbegriffs der Flüchtlingskonvention führte (Ziff. IV). Dieser historische Rückblick wird schliesslich einige Schlussfolgerungen (Ziff. V) erlauben.

² Dazu gleich anschliessend Ziff. 2.

³ Zitiert nach LUDWIG 205.

⁴ Vgl. Ziff. 1 der Richtlinien des Bundesrates für die Handhabung der schweizerischen Asylpraxis von Ende September 1942 (hier zitiert nach EJPB-Bericht 15): «Das Asylrecht wird auch weiterhin als Recht des Staates im Geiste der schweizerischen Überlieferung frei und unabhängig ausgeübt, als Gebot der Menschlichkeit, aber nicht als rechtliche Pflicht. Von jeher ist es als eine politische Staatsmaxime im Rahmen der gegebenen Möglichkeiten gehandhabt worden. Dies gilt auch noch heute.»

2. Vorbemerkungen zum Flüchtlingsbegriff

a) Begriffliche Unterscheidungen

Wer heute Flüchtling im Rechtssinn ist, wird in der Schweiz und den meisten anderen europäischen Staaten durch den *Flüchtlingsbegriff* der Flüchtlingskonvention von 1951⁵ bestimmt, welcher den nationalen Asylgesetzen zugrunde liegt. Flüchtlinge, die als solche anerkannt sind, erhalten einen bestimmten *Rechtsstatus*: Dieser ist weitgehend durch die Flüchtlingskonvention und ergänzend durch innerstaatliche Gesetze umschrieben; er garantiert in Bereichen wie Arbeit, Ausbildung, Wohnen, Fürsorge etc. die Gleichbehandlung mit eigenen Staatsangehörigen oder den bestgestellten Ausländern im Aufenthaltsstaat und schützt vor Ausweisung und Rück-schiebung in den Verfolgerstaat. Die Staaten verknüpfen diesen Rechtsstatus regelmässig mit der Gewährung von *Asyl*, welches im Kern in einem langfristigen Aufenthaltsrecht besteht. Das heutige Flüchtlingsrecht ist somit stark durch eine begriffliche und faktische Verknüpfung der Elemente völkerrechtlicher Flüchtlingsbegriff/Rechtsstatus/Asyl geprägt. Diese Koppelung ist historisch eine neue Erscheinung, welche auf die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg zurückgeht. Bei der Betrachtung der Entwicklung des Flüchtlingsbegriffs bis 1945 ist es demgegenüber hilfreich, sich von Anfang an folgende Unterscheidungen gegenwärtig zu halten:

- *Die Unterscheidung zwischen engem und weitem Flüchtlingsbegriff*: Das moderne Flüchtlingsrecht hat seinen Ausgangspunkt im Auslieferungsrecht des 19. Jh., welches erstmals 1833 auf zwischenstaatlicher Ebene den Grundsatz anerkannte, dass Personen, welche politische Delikte verübt hatten, anders als gemeinrechtliche Delinquenten nicht ausgeliefert werden sollen. Der Begriff «Asyl» wurde damals mit jenem der Nichtauslieferung gleichgesetzt. Politischer Flüchtling war jener, der im Herkunftsstaat mit strafrechtlicher Verfolgung wegen eines politischen Deliktes zu rechnen hatte⁶. Dieser enge Begriff des politischen Flüchtlings blieb bis Ende des Zweiten Weltkriegs bestehen und spielt – wenn auch stark begrenzt – bis heute eine gewisse Rolle. – Diesem engen steht ein weiter Flüchtlingsbegriff gegenüber, welcher alle Menschen erfasst, die wegen Verfolgung gute Gründe zur Flucht haben, obwohl ihnen im Herkunftsstaat keine strafrechtliche Verfolgung wegen politischer Delikte droht. Die Entwicklung des Flüchtlingsbegriffs seit dem Ende des Ersten Weltkriegs bis zur Verabschiedung der Flüchtlingskonvention von 1951 kann als Ringen um den Umfang und die Grenzen des weiteren Flüchtlingsbegriffs verstanden werden⁷.
- *Die Unterscheidung zwischen Begriff und Rechtsstatus des Flüchtlings*: Für die Zeit vor der Flüchtlingskonvention ist typisch, dass an die Einstufung als Flüchtling *kein* Rechtsstatus geknüpft ist. Es geht vielmehr darum, jene Personen zu identifizieren, deren Schicksal

⁵ Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, SR 0.412.30.

⁶ Wenn im folgenden von «politischen Flüchtlingen» die Rede ist, sind solche Personen gemeint.

⁷ Die Debatte ist heute wieder aktuell geworden und betrifft die Frage, inwiefern Opfer von Bürgerkriegen und nichtstaatlicher Verfolgung, welche nach Auffassung vieler Staaten durch die Flüchtlingskonvention von 1951 nicht geschützt sind, als Flüchtlinge im Rechtssinn gelten sollen.

für internationale Organisationen wie den Völkerbund und später die IRO (International Refugee Organization) von Belang ist und die ein internationales Reisedokument erhalten können, wenn sie keinen nationalen Pass (mehr) haben. Rechte von Flüchtlingen gegenüber dem Aufenthaltsstaat bestehen nur, wenn dieser sie ausdrücklich gewährt – sei es durch entsprechende Bestimmungen im Landesrecht, sei es durch Ratifikation entsprechender völkerrechtlicher Verpflichtungen. Ursprünglich hatte das Fehlen eines Rechtsstatus seinen Grund in der Tatsache, dass für Flüchtlinge keine besonderen Schwierigkeiten bestanden, sich auf der Basis der Niederlassungsverträge und der damit verknüpften Freiheit des Personenverkehrs in einem anderen Staat niederzulassen oder nach Übersee auszuwandern. Nach dem Ersten Weltkrieg beschränkten die europäischen Staaten diese Niederlassungsfreiheit stark⁸. Damit geriet auch das bisherige flüchtlingsrechtliche Regime in eine Krise. Diese war der eigentliche Grund für das Tätigwerden des Völkerbundes⁹.

- *Das Verhältnis zwischen völkerrechtlichem und innerstaatlichem Flüchtlingsbegriff:* In der Zeit bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges bestand, abgesehen vom auslieferungsrechtlichen Begriff des politischen Delinquenten, kaum Identität zwischen völkerrechtlichen und innerstaatlichen Flüchtlingsbegriffen: Die Staaten waren frei, Personen als Flüchtlingen Asyl zu gewähren, die vom Völkerrecht nicht als solche anerkannt waren, oder umgekehrt Flüchtlingen im Sinn völkerrechtlicher Instrumente Asyl mit der Begründung zu verweigern, sie seien gemäss Landesrecht nicht Flüchtlinge. Abgesehen von Umschreibungen des politischen Flüchtlings im auslieferungsrechtlichen Sinn existierten in den meisten europäischen Staaten allerdings keine landesrechtlichen Definitionen. Der Schwerpunkt der Begriffsbildung lag somit eindeutig auf der völkerrechtlichen Ebene.
- *Die Unterscheidung zwischen Asylrecht als Recht der Staaten und dem menschenrechtlichen Anspruch auf Asyl:* Die fehlende Identität von völkerrechtlichen und landesrechtlichen Flüchtlingsbegriffen hat ihren Grund in der Tatsache, dass das Asylrecht völkerrechtlich ein Recht der Staaten, nicht aber ein Menschenrecht zugunsten Verfolgter ist. Als Recht der Staaten ist es durchaus ambivalent¹⁰. Einerseits berechtigt das Völkerrecht jeden Staat, Flüchtlingen nach eigenem Gutdünken Asyl zu gewähren und sie damit der Hoheitsgewalt ihres Heimatstaates zu entziehen, ohne damit einen feindlichen Akt gegenüber dem Verfolgerstaat oder eine unzulässige Einmischung in dessen innere Verhältnisse zu begehen. In diesem Sinn ist das Asylrecht der Staaten notwendige und unverzichtbare Voraussetzung

⁸ Diese Entwicklung hat das Bundesgericht kürzlich folgendermassen wiedergegeben: «Es ergibt sich zusammenfassend, dass nach übereinstimmendem Wille der Vertragsstaaten die vor dem 1. Weltkrieg abgeschlossenen Niederlassungsverträge seit dem 1. Weltkrieg in bezug auf Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung unter dem Vorbehalt der nationalen Fremdenpolizeigesetzgebung stehen, dass die Angehörigen der Vertragsstaaten gemäss einzelnen Zusatzabkommen immerhin insoweit noch eine Vorzugsstellung geniessen, als ihnen nach ordnungsgemässer und ununterbrochener Anwesenheit während einer bestimmten Zeit die Niederlassungsbewilligung erteilt werden soll, und dass damit im Ergebnis der Anwendungsbereich der Niederlassungsverträge auf Ausländer mit Niederlassungsbewilligung beschränkt ist» (BGE 119 IV 65, 69f).

⁹ Dazu hinten (1. Teil A.III).

¹⁰ Siehe dazu KÄLIN (Grundriss) Iff mit zahlreichen Hinweisen.

dafür, dass verfolgte Menschen in anderen Staaten überhaupt Schutz erhalten können. Andererseits beinhaltet dieses Recht, das letztlich Ausfluss der territorialen Souveränität jedes Staates ist, den Anspruch, nach Gutdünken den schutzsuchenden Flüchtlingen Asyl zu verweigern. Einen subjektiven Anspruch von Flüchtlingen auf Asyl gab es nie, und er existiert auch heute noch nicht¹¹.

b) **Methodischer Hinweis: Die Kontextabhängigkeit rechtlicher Flüchtlingsdefinitionen**

Ein einheitlicher Flüchtlingsbegriff existiert nicht. Der Begriff lässt sich unter verschiedenen Gesichtspunkten definieren, etwa unter soziologischen, politischen oder rechtlichen Aspekten. Die verschiedenen Ansätze müssen jeweils auseinandergelassen werden, da sie trotz vielfältiger Überschneidungen nicht deckungsgleich sind. Insbesondere sind die juristischen Flüchtlingsbegriffe enger als der soziologische Begriff, nach welchem jede Person als Flüchtling gilt, die unfreiwillig ihren Wohnort verlässt und deshalb besonderen Schutzes bedarf. Die Elemente dieses Begriffs liegen zwar auch dem rechtlichen Flüchtlingsbegriff zugrunde, sie reichen jedoch nicht aus, damit jemand ein Flüchtling im Rechtsinn ist.

Diese Differenz macht sich in der Entwicklung des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs, insbesondere in den Vereinbarungen im Rahmen des Völkerbundes, besonders deutlich bemerkbar. Eine umfassende, weitgehend mit der heutigen soziologischen Umschreibung übereinstimmende Definition des Begriffs «Flüchtling» war in der juristischen Literatur schon damals geläufig. Drei Elemente kennzeichneten diesen Begriff: das Verlassen des Staates des gewöhnlichen Aufenthaltes, das Vorliegen von politischen Gründen, wobei der Begriff «politisch» weit gefasst war¹², und die Schutzbedürftigkeit¹³.

Das Institut de Droit International definierte 1936 in Anlehnung an diese soziologischen Kriterien den Begriff folgendermassen¹⁴:

«Dans les présentes Résolutions le terme «réfugié» désigne tout individu qui, en raison d'événements politiques survenus sur le territoire de l'Etat dont il était ressortissant, a quitté volontairement ou non ce territoire ou en demeure éloigné, qui n'a acquis aucune nationalité nouvelle et ne jouit de la protection diplomatique d'aucun autre Etat.»

¹¹ Zwar anerkennt Art. 14 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung von 1948 das Recht jedes Menschen, «in anderen Ländern vor Verfolgungen Asyl zu suchen und» – einmal erhalten – «zu geniessen». Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich klar, dass der Ausschluss des Anspruches, Asyl zu erhalten, gewollt war. KIMMINICH (81) hat deshalb illusionslos festgestellt, Art. 14 bedeute «nichts anderes als das Recht, sich auf die Flucht zu begeben».

¹² Wie GUGGENHEIM (115) im Jahre 1945 betonte, genügt es für die Bejahung politischer Gründe, «dass die Rückkehr nach dem Heimatstaat *nicht zuzumuten ist*, angesichts der Gefahr für Leben und Freiheit, die den Heimkehrer bedroht».

¹³ Dabei war für die Zwischenkriegszeit das Fehlen des diplomatischen Schutzes entscheidend (vgl. 1. Teil A.III.2.a).

¹⁴ Zit. nach GRAHL-MADSEN (Refugee Character) 74. Siehe zu diesem Begriff beispielsweise auch GUGGENHEIM 114ff. Gemäss der Übersetzung von GUGGENHEIM (114) ist als Flüchtling «jedes Individuum zu bezeichnen, das wegen politischer Ereignisse, die auf dem Gebiet jenes Staates, dessen Staatsangehöriger er war, eingetreten sind und es freiwillig oder unfreiwillig verlassen hat oder sich von ihm fernhält, keine neue Staatsangehörigkeit erwarb, und das den diplomatischen Schutz keines Staates geniess».

Diese Begriffsbestimmung findet sich auch in der zeitgenössischen juristischen Literatur:

«The term «refugee» is generally held to refer to those who have left or been forced to leave their country for political reasons, who have been deprived of its diplomatic protection and have not acquired the nationality or diplomatic protection of any other state.»¹⁵

Diese umfassende Definition floss allerdings nicht in die rechtlichen Regelungen ein, weil sich die Staaten in dieser Frage nicht auf klar definierte Regeln einigen konnten¹⁶. Der rechtliche Begriff wurde gegenüber dem soziologischen Begriff stark eingeschränkt¹⁷, wobei auch auf juristischer Ebene eine einheitliche Definition fehlte (und bis heute fehlt).

Die Tatsache, dass rechtliche Begriffsbeschreibungen als Resultat politischer Entscheidungsmechanismen immer stark kontextabhängig sind, zeigt sich beim Flüchtlingsbegriff besonders deutlich¹⁸. Definitionen des Begriffs «Flüchtling» können zudem nicht losgelöst vom Inhalt der rechtlichen Instrumente betrachtet werden, die ihnen erst einen fassbaren Gehalt geben. Je nach der Zielsetzung und der konkreten Ausformulierung der rechtlichen Instrumente hat die Zuschreibung der Flüchtlingseigenschaft eine andere Bedeutung. Dies wird besonders deutlich, wenn man die flüchtlingsrechtlichen Vereinbarungen zur Völkerbundszeit mit denjenigen der Nachkriegszeit vergleicht. Beide haben einen grundsätzlich anderen Ansatz und daher auch eine andere Zielsetzung. Die Vereinbarungen der Nachkriegszeit entstanden unter dem Einfluss der Idee der Menschenrechte. Sie dienen daher dem Schutz von Personen, die sich mit ihrer Flucht schwerwiegender Beeinträchtigungen dieser Rechte entziehen (Verfolgung). Die Vereinbarungen der Völkerbundszeit wollten demgegenüber die Lücke in der rechtlichen Stellung von Ausländern schliessen, welche dadurch entstand, dass Flüchtlinge keinen Heimatstaat mehr hatten, welcher sie nötigenfalls mit dem Instrument des diplomatischen Schutzes vor Übergriffen des Gastlandes schützen konnte¹⁹.

3. Flüchtlingsbegriffe in der Schweiz vor und im Zweiten Weltkrieg

a) Kategorien der in die Schweiz geflüchteten Personen

Die Vielfalt und Kontextabhängigkeit des Flüchtlingsbegriffs zeigt sich auch in der Schweiz. Die schweizerische Praxis vor und im Zweiten Weltkrieg kannte unterschiedliche Begriffe für die verschiedenen Gruppen von Personen, welche in die Schweiz geflohen waren. Der Bericht des EJPD zum Flüchtlingswesen im Zweiten Weltkrieg²⁰ unterschied folgende Kategorien:

¹⁵ HOLBORN (Legal Status) 680; ähnlich SIMPSON 3f.

¹⁶ HOLBORN (Legal Status) 681.

¹⁷ Vgl. zum selektiven Charakter des rechtlichen Flüchtlingsbegriffs KÄLIN (Grundriss) 23f, m.w.H.

¹⁸ GRAHL-MADSEN (Refugee Character) 73.

¹⁹ Dazu 1. Teil A.III.1.b.

²⁰ Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Das Flüchtlingswesen in der Schweiz während des Zweiten Weltkrieges und in der unmittelbaren Nachkriegszeit, 1933–1950, ohne Herausgabedatum (EJPD-Bericht) 75ff.

(1) Zivilflüchtlinge

- *Emigranten* waren Personen, welche vor dem Krieg oder während der ersten Zeit des Krieges legal in die Schweiz eingereist waren und von den Kantonen eine Toleranzbewilligung gemäss Art. 7 ANAG erhielten. Ihr Aufenthalt in der Schweiz war damit rechtmässig, aber bis zu jenem Zeitpunkt befristet, in dem ihre Rück- oder Weiterreise möglich wurde.
- «*Flüchtlinge*» waren alle Zivilpersonen, welche während des Krieges (meist illegal) in die Schweiz gekommen waren und von keinem Kanton eine Toleranzbewilligung erhalten hatten. Ihr Aufenthalt war damit ein rein faktischer, welcher mangels einer Anwesenheitsbewilligung nicht ein rechtmässiger werden konnte. Laut Art. 12 ANAG hätten diese Personen deshalb aus der Schweiz ausreisen müssen²¹. Da sie aus praktischen oder humanitären Gründen aber nicht ausgeschafft werden konnten, wurden sie gemäss Art. 14 Abs. 2 ANAG interniert²². Die Internierung gemäss Art. 14 Abs. 2 ANAG war während der ganzen Kriegsdauer die Grundlage für die Aufnahme solcher Flüchtlinge²³, wenn auch die Modalitäten notrechtlich ausgestaltet und präzisiert wurden. Der Begriff der Internierung gemäss Art. 14 Abs. 2 ANAG ist mit demjenigen der faktischen Einweisung in ein Internierungslager nicht identisch: Internierung im Sinn des Gesetzes konnte in einer geschlossenen Anstalt, einem Lager oder durch freie Unterbringung im Sinn eines bewilligten Aufenthaltsortes vollzogen werden²⁴.
- *Politische Flüchtlinge* waren Emigranten oder «Flüchtlinge», die wegen ihrer politischen Gefährdung von der Bundesanwaltschaft als solche anerkannt worden waren und Asyl im Sinn einer (nötigenfalls vom Bund den Kantonen aufoktroierten) Toleranzbewilligung erhalten hatten²⁵.

(2) Militärflüchtlinge

- *Internierte* waren Angehörige fremder Truppen, die in die Schweiz geflüchtet oder abgedrängt worden waren. Sie wurden auf der Basis von Art. 11 des Haager Abkommens vom 18. Oktober 1907 betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges²⁶ interniert und konventionskonform an der Ausreise gehindert.

²¹ Art. 12 Abs. 1 ANAG 1931 lautet: «Der Ausländer, der keine Bewilligung besitzt, kann jederzeit zur Ausreise aus der Schweiz verhalten werden.»

²² Art. 14 lautet:

«¹Kommt der Ausländer der Pflicht zur Ausreise nicht nach, so kann er ausgeschafft werden.

²Wenn die Ausschaffung nicht durchführbar ist, so kann an deren Stelle die Internierung treten; sie darf keinesfalls die Dauer von zwei Jahren überschreiten. ...»

Die Abweichung von der Zweijahresfrist war eine typisch notrechtliche Massnahme.

²³ Dies wurde durch den BRB über die Unterbringung von Flüchtlingen vom 12. März 1943 ausdrücklich bestätigt.

²⁴ RUTH 112.

²⁵ Zu diesem Begriff auch hinten, Anm. 749.

²⁶ Dazu hinten 2. Teil B.II.2.

- *Entwichene Kriegsgefangene* wurden auf der Basis von Art. 13 der gleichen Haager Konvention an einem zugewiesenen Aufenthaltsort betreut.
- *Deserteure* wurden gemäss Art. 16 des Bundesratsbeschlusses über die Änderungen der fremdenpolizeilichen Regelung vom 17. Oktober 1939 notrechtlich vom EJPD behandelt.
- *Refraktäre* waren Ausländer, die in ihrem Heimatland einem militärischen Aufgebot keine Folge geleistet hatten und in die Schweiz geflohen waren. Sie wurden als Zivilisten in Ausnahmefällen als Emigranten behandelt, in der Regel aber nach den Bestimmungen von Art. 14 Abs. 2 ANAG interniert.
- *Hospitalisierte* waren kranke ausländische Wehrmänner, welche auf der Grundlage besonderer Vereinbarungen mit den Kriegsparteien einige Zeit in die Schweiz kamen, um hier gepflegt zu werden.

Der Begriff «Flüchtling» wurde von den schweizerischen Behörden teilweise als Oberbegriff für alle diese Personen verwendet. «Flüchtlinge» im eigentlichen Rechtssinn, welchen Asyl gewährt werden konnte, machten aber nur einen kleinen Teil der in die Schweiz geflohenen Menschen aus. Der Grund dafür wird klar, wenn man sich die konzeptionelle Basis dieses juristischen Flüchtlingsbegriffs vor Augen führt.

b) Der Begriff des politischen Flüchtlings in Art. 21 ANAG

Art. 21 ANAG bildete die rechtliche Grundlage für die Asylgewährung an Flüchtlinge im Rechtssinn. Diese Bestimmung lautete:

«Der Bundesrat kann einem Ausländer, der glaubhaft macht, er suche Zuflucht vor politischer Verfolgung, und dem eine Bewilligung verweigert wurde, Asyl gewähren, indem er einen Kanton zur Duldung verpflichtet. Er wird zuvor die Vernehmlassung des Kantons einholen.»

Die Bedeutung des Begriffes «politische Verfolgung» im Sinne dieser Bestimmung ist von HAEFLIGER in seiner Dissertation von 1943 auch in historischer Perspektive so deutlich und umfassend dargestellt worden, dass es sich rechtfertigt, die entsprechende Passage im vollen Wortlaut wiederzugeben:

«1. Nach der schweizerischen Auffassung wird der Asylschutz nur einer ganz bestimmten Kategorie von politischen Flüchtlingen gewährt. Es gehören einmal alle politischen Delinquenten dazu, deren Auslieferung an andere Staaten nach den Grundsätzen des Auslieferungsrechts verweigert wurde. Wir werden unten noch näher auszuführen haben, dass die Praxis des Bundesgerichts dabei geradezu auf die Asylwürdigkeit der Flüchtlinge abstellt. Daneben gewährt die Schweiz aber auch seit jeher politischen Flüchtlingen Schutz und Zuflucht auf ihrem Gebiet, die in ihrer Heimat infolge politischer Vergehen Verfolgungen ausgesetzt sind, oder die dort in ihrer persönlichen Freiheit oder gar an Leib und Leben gefährdet erscheinen, ohne dass ihre Auslieferung vom verfolgenden Staate verlangt wird. Auch bei dieser Asylgewährung ist der Zusammenhang mit dem Grundsatz der Nichtauslieferung politischer Delinquenten leicht ersichtlich. In seinem Schreiben an die tessinische Regierung Mitte des letzten Jahrhunderts führte der Bundesrat die Hauptmerkmale der politischen Flüchtlinge an, welchen Asyl gewährt werden solle. Es sind die wesentlichen Grundsätze, die seither bis auf den heutigen Tag für die schweizerische Asylpraxis massgebend und bestimmend waren. Der Bundesrat schrieb damals [Anm.: Vgl. Ullmer, Die staatsrechtl. Praxis der schweiz. Bundesbehörden, 1848–63, Zürich 1866, Bd. II, N. 926]: «Als politische Flüchtlinge betrachten wir allerdings auch jetzt noch nur diejenigen Personen, welche in ihrer Heimat wegen politischer Vergehen verfolgt werden, ohne erhebliche Gefahr nicht zurückkehren

können und deswegen ein Asyl notwendig haben.» Gegen Fremde ohne Ausweisschriften sollten die allgemeinen Gesetze der Fremdenpolizei zur Anwendung gelangen und diejenigen entschieden zurückgewiesen werden, die nicht ganz unzweifelhaft in die Klasse solcher Flüchtlinge gehören, die ein Asyl unbedingt notwendig hätten. Auch heute noch wird der Asylschutz nicht unterschiedslos allen Personen zubilligt, die sich als politische Flüchtlinge ausgeben. Vielmehr werden diese in einem besonderen Verfahren bestimmt. Erst durch die Anerkennung als solcher erfährt der politische Flüchtling die rechtliche und tatsächliche Besserstellung gegenüber den anderen Personen, die nur eine gewöhnliche Toleranzbewilligung zubilligt erhalten. Schollenberger [Anm.: Schollenberger, Kommentar zur schweiz. Bundesverfassung, 1905, 479] befindet sich mit seiner Ansicht daher entgegen anderen Auffassungen durchaus in Übereinstimmung mit der schweizerischen Asylpraxis, wenn er schreibt, dass Objekt des Asylrechtes nur der politisch Verfolgte und nur dieser sein könne. Der Fremde, der nicht im Besitze der nötigen Ausweispapiere sei, genieße nur die Toleranz und kein Asyl, was auch für die Deserteure und Refraktäre gelte. Sie unterständen in jeder Hinsicht der gewöhnlichen Fremdenpolizei.

2. Keinen Asylschutz geniessen nach dem schweizerischen öffentlichen Recht daher alle Personen, die nicht als politische Flüchtlinge anerkannt werden, weil sie nicht von einem anderen Staate unmittelbar wegen eines politischen Vergehens verfolgt oder bedroht werden. Insbesondere sind hier auch die politischen Emigranten zu zählen, Personen, die aus politischen oder religiösen Gesinnungsgründen ihre Heimat verlassen, um sich dauernd in einem anderen Lande niederzulassen. Es besteht für sie in ihrer Heimat meistens keine unmittelbare Gefahr für ihr Leib und Leben, wenn sie vielleicht auch aus politischen Gründen allerlei Unannehmlichkeiten ausgesetzt sind. Sie suchen vielmehr im Ausland um Aufenthalt nach, mit der Absicht des dauernden Verbleibens. Ihre Aufnahme und Duldung in einem Lande hat daher mit dem Prinzip der Nichtauslieferung der politischen Flüchtlinge und dem Auslieferungsasyl nichts zu tun.

Die Zulassung und das Aufenthaltsverhältnis richtet sich in der Schweiz nach den allgemeinen fremdenpolizeilichen Bestimmungen.»²⁷

Politische Flüchtlinge konnten somit nur jene sein, die selbst politisch aktiv gewesen waren und deshalb mit Sanktionen ihrer heimatlichen Behörden rechnen mussten.

Die Umschreibung von HAEFLIGER stimmt weitgehend mit der Praxis der Bundesbehörden im Zweiten Weltkrieg überein. In diesem Sinn führen die Weisungen des EJPD über die Rückweisung oder Aufnahme illegal einreisender Ausländer vom 29. Dezember 1942 aus:

«Politischer Flüchtling [...] ist nicht schon derjenige, der gesinnungsmässig mit dem politischen Regime seines Heimat- bzw. Herkunftsstaates nicht übereinstimmt, sondern nur derjenige, der wegen dieser Gesinnung oder entsprechender politischer Tätigkeit in seinem Heimat- bzw. Herkunftsstaat persönlich gesucht oder sonstwie verfolgt wird. Beispiele: Der Franzose, der sich als Anhänger de Gaulles erklärt, ist deswegen noch nicht als politischer Flüchtling zu betrachten, sondern nur wenn er glaubhaft macht, dass seine politische Einstellung den Behörden bekannt geworden ist und er deswegen oder wegen aktiver gaullistischer Umtriebe persönlich verfolgt wird; der Deutsche ist nicht schon deshalb als politischer Flüchtling zu betrachten, weil er seinerzeit Sozialdemokrat oder Gewerkschafter war, sondern nur wenn er glaubhaft macht, dass er heute wegen regimefeindlicher Gesinnung oder Umtriebe persönlich verfolgt wird. [...] Flüchtlinge nur aus Gründen der Rasseverfolgung sind nicht als politische Flüchtlinge im Sinne dieser Weisungen zu betrachten.»

Konzis fasste der damalige Generalsekretär des Polizei- und Justizdepartementes des Kantons Genf diese Auffassung in einem 1944 in Genf gehaltenen Vortrag zusammen:

²⁷ HAEFLIGER 61f.

«On considère généralement comme tels ceux qui sont recherchés pour leurs opinions ou leur activité politique, ou aussi en raison des fonctions qu'ils ont remplies dans leur pays et qui, de ce fait, sont exposés à des sanctions graves.»²⁸

Die schweizerische Konzeption der asylberechtigten Flüchtlinge ist nicht eine Eigenentwicklung, sondern knüpft deutlich an den völkerrechtlichen Entwicklungen an. Diese sind im folgenden darzustellen.

II. Entwicklung bis zum Ersten Weltkrieg

1. Einleitung

In der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg wurde einer rechtlichen Definition des Flüchtlingsbegriffs praktisch keine Beachtung geschenkt. Soweit politische Aktivisten (v.a. Revolutionäre) oder Angehörige verfolgter Glaubensgemeinschaften besonderen Schutz benötigten, konnten sie diesen von politischen Verbündeten oder Glaubensgenossen im Zufluchtsstaat erhalten. Zudem wurde die Frage der Einreise und des Aufenthaltes in den meisten Staaten im 19. Jahrhundert äusserst liberal gehandhabt. Kontrollen und Beschränkungen gab es in einem Europa, das von einem dichten Netz bilateraler Beziehungen aus Niederlassungsverträgen überzogen war, praktisch nicht. Die Zuwanderung wurde im Gegenteil mehrheitlich als positive Erscheinung verstanden²⁹. Für eine rechtliche Erfassung des Flüchtlingsbegriffs bestand unter diesen Umständen wenig Grund. Probleme ergaben sich erst, wenn der Herkunftsstaat sich des Flüchtlings behändigen wollte und zu diesem Zweck an den Aufenthaltsstaat ein Auslieferungsgesuch richtete. Hier bildete sich der bereits erwähnte auslieferungsrechtliche Flüchtlingsbegriff heraus, welcher die nachfolgende Entwicklung mitbestimmte und den Begriff des politischen Flüchtlings jedenfalls bis über die Zeit des Zweiten Weltkrieges hinaus beeinflusste.

2. Auslieferungsrechtlicher Flüchtlingsbegriff³⁰

a) Das Prinzip der Nichtauslieferung politischer Flüchtlinge

Im 19. Jahrhundert setzte sich die Auffassung durch, dass die Staaten einander bei der Bekämpfung der Kriminalität helfen und zu diesem Zweck Straftäter, die sich drohender Strafverfolgung durch Flucht in einen anderen Staat entzogen hatten, ausliefern sollten. In der Folge wurden im europäischen Raum zahlreiche bilaterale Auslieferungsverträge geschlossen. Die ursprünglich unbeschränkte Freiheit der Staaten, über das Schicksal der auf ihrem Territorium anwesenden Ausländer zu bestimmen, wurde damit vertraglich eingeschränkt. Ab 1833 und v.a. in den nach 1848 abgeschlossenen Verträgen wurde jedoch regelmässig eine Ausnahme

²⁸ GUILLERMET 220.

²⁹ Dies als Folge liberaler Postulate; vgl. MARUGG 35, HATHAWAY 348.

³⁰ Die folgenden Ausführungen folgen teilweise eng der Darstellung in KÄLIN (Non-Refoulement) 33ff, wo sich weitere Literaturhinweise finden.

von der Auslieferungspflicht für diejenigen Personen vorgesehen, die in ihrem Heimatstaat wegen politischer Delikte verfolgt wurden³¹.

Der Gedanke, dass politische Delinquenten anders als gemeine Verbrecher zu behandeln und vor dem Zugriff des Verfolgerstaates zu schützen sind, geht auf die Zeit der Französischen Revolution zurück. Doch bereits bevor diese Epoche das Recht des Widerstandes gegen die Staatsgewalt proklamierte, begann sich im Verlaufe des 18. Jahrhunderts langsam das Bewusstsein durchzusetzen, dass die gegenseitige Solidarität der Staaten bei der Auslieferung gemeiner Straftäter nicht ohne weiteres auch für politische Delinquenten gelten dürfe³²:

«La solidarité des Etats, qui ne trouve plus d'obstacles quand il s'agit de la criminalité ordinaire, tend à s'effacer devant la criminalité politique. Déjà au cours du XVIII^e siècle, l'attentat contre les institutions politiques de l'Etat commence à n'être plus considéré ainsi qu'il l'était dans le passé, comme un délit particulièrement grave, pour la répression duquel tous les souverains ont intérêt à s'unir. Déjà, avant que la Révolution française proclame le droit à l'insurrection en donnant une base morale et juridique aux actes dirigés contre le gouvernement, celui qui est banni de sa patrie ou a été obligé de la quitter pour des raisons politiques, commence à être considéré comme inviolable. Les souverains ouvrent leurs cours aux réfugiés politiques, ils refusent de les livrer à leurs adversaires, parfois même ils les comblent de faveurs.»³³

Der Übergang vom moralischen Grundsatz, wonach politische Delinquenten nicht ausgeliefert werden sollten, zum rechtlichen Prinzip erfolgte durch die Französische Revolution³⁴. Als Ausfluss des Gedankens, dass den Unterdrückten aller Staaten geholfen werden sollte, proklamierte die französische Verfassung von 1793 in Artikel 120, dass der Staat

«[...] donne asile aux étrangers bannis de leur patrie par la cause de la liberté».

Im 19. Jahrhundert konnte sich der Grundsatz, dass keine Auslieferung wegen politischer Delikte erfolgen könne, trotz zunächst teilweise heftiger Ablehnung³⁵, allmählich durchsetzen. 1831, im Nachgang zur *Affaire Galotti*³⁶, beschloss die französische Regierung, in Zukunft auf die Auslieferung politischer Delinquenten zu verzichten und selber auch keine Auslieferungsgesuche wegen politischer Delikte zu stellen³⁷. Ebenso nahm der 1833 revidierte schweizerisch-französischen Auslieferungsvertrag Verbrechen gegen die Sicherheit des Staates («crimes contre la sûreté de l'Etat») ausdrücklich von der Auslieferung aus³⁸. Dem französischen Beispiel folgend, verabschiedete Belgien 1833 ein Auslieferungsgesetz, welches die Freiheit der Regierung, Auslieferungen zu bewilligen, beschränkte und notwendige Voraussetzungen des Abschlusses von Auslieferungsverträgen niederlegte. In Artikel 6 dieses Gesetzes wurde ausgeführt:

³¹ Dazu MARUGG 29ff und KÄLIN (Non-Refoulement) 33ff.

³² Vgl. die Hinweise bei REALE 541f.

³³ REALE 542f.

³⁴ GRAHL-MADSEN (Asylum, Entry and Sojourn) 8f; REALE 544; WEIS (Territorial Asylum) 75.

³⁵ Siehe die Ausführungen von REALE 541ff.

³⁶ Hierzu REALE 549 f; GRAHL-MADSEN (Asylum, Entry and Sojourn) 9.

³⁷ REALE 550; GRAHL-MADSEN (Asylum, Entry and Sojourn) 9; KÄLIN (Non-Refoulement) 34.

³⁸ REALE 550; GRAHL-MADSEN (Asylum, Entry and Sojourn) 9; KÄLIN (Non-Refoulement) 34.

«Il sera expressément stipulé dans ces traités que l'étranger ne pourra pas être poursuivi et puni pour aucun délit politique antérieur à l'extradition ni pour aucun fait connexe à un semblable délit.»³⁹

Bereits 1834 wurde erstmals eine entsprechende Klausel in den Auslieferungsvertrag zwischen Frankreich und Belgien aufgenommen⁴⁰. Vergleichbare Formulierungen fanden in der Folge Eingang in viele Auslieferungsverträge anderer europäischer Staaten⁴¹. Von einer fest verankerten Praxis Kenntnis nehmend, führte das *Institut de Droit International* 1880 aus, dass «l'extradition ne peut avoir lieu pour faits politiques»⁴². In der Folge setzte die zeitgenössische Doktrin den Begriff des politischen Asyls weitgehend mit jenem der Nichtauslieferung für politische Delikte gleich⁴³.

Damit ergibt sich zumindest mittelbar aus dem Vorbehalt der Nichtauslieferung für politische Delikte, dass politischer Flüchtling ist, wer im Heimatstaat wegen politischer Delikte strafrechtlich verfolgt wird. Die genaue Tragweite dieser Bestimmungen ist allerdings unklar, da der Begriff «politische Straftat» in den Auslieferungsverträgen und Auslieferungsgesetzen⁴⁴ nicht näher bestimmt war⁴⁵; daher wurde schon zur Zeit der Entstehung dieser Verträge kontrovers diskutiert, unter welchen Bedingungen man von einem politischen Delikt sprechen konnte. In der Lehre wurden drei verschiedene Theorien vertreten: die objektive Theorie, nach der es auf das angegriffene Rechtsgut ankommt, die subjektive Theorie, die auf die Beweggründe des Täters abstellte, und schliesslich eine dritte Theorie, welche die äusseren Umstände als entscheidend ansah⁴⁶. Im Zentrum stand aber in jedem Fall eine strafrechtlich relevante Handlung des Täters. Eine Verfolgung aus politischen Gründen, die nicht in ein Strafverfahren mündete, wurde durch diese auslieferungsrechtlichen Regelungen nicht erfasst. Auch dem Verhalten des um Auslieferung nachsuchenden Staates, d. h. den Gründen, die diesen zum Instrument der Strafverfolgung greifen lassen, wird erst in neuerer Zeit vermehrt Beachtung geschenkt⁴⁷.

³⁹ Zitiert nach GRAHL-MADSEN (Asylum, Entry and Sojourn) 10; vgl. auch REALE, 550 f; KÄLIN (Non-Refoulement) 34f.

⁴⁰ GRAHL-MADSEN (Asylum, Entry and Sojourn) 10; KÄLIN (Non-Refoulement) 35.

⁴¹ Siehe dazu aus der zeitgenössischen Literatur LAMMASCH 206ff; vgl. auch GRAHL-MADSEN (Asylum, Entry and Sojourn) 10; KÄLIN (Non-Refoulement) 35.

⁴² Zitiert nach GRAHL-MADSEN (Asylum, Entry and Sojourn) 10.

⁴³ Z. B. LAMMASCH 40.

⁴⁴ Für die Schweiz bis 1983 das Bundesgesetz betreffend die Auslieferung gegenüber dem Auslande vom 28. Januar 1892.

⁴⁵ HAEFLIGER 68.

⁴⁶ Vgl. MARUGG 31f und aus der zeitgenössischen Literatur LANGHARD 49ff (Praxis des Bundesgerichts) und 69ff.

⁴⁷ MARUGG 33. So bestimmt z. B. Art. 3 Abs. 2 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957 (SR 0.353.1), dass nicht ausgeliefert wird, «wenn der ersuchte Staat ernstliche Gründe hat anzunehmen, dass das Auslieferungsersuchen wegen einer nach gemeinem Recht strafbaren Handlung gestellt worden ist, um eine Person aus rassistischen, religiösen oder auf politischen Anschauungen beruhenden Erwägungen zu verfolgen oder zu bestrafen, oder dass die verfolgte Person der Gefahr einer Erschwerung ihrer Lage aus einem dieser Gründe ausgesetzt ist». Zur flüchtlingsrechtlichen Bedeutung dieser Vorschrift ausführlich KÄLIN (Non-Refoulement) 240ff.

b) Landesrechtliche Regelungen

aa) Schweiz

Dieser auslieferungsrechtliche Begriff des politischen Flüchtlings fand Eingang in innerstaatliche Regelungen auslieferungs- oder aufenthaltsrechtlicher Natur. Frühe Beispiele finden sich auch in der Schweiz. Die wenigen Beispiele sind allerdings kaum aussagekräftig, nicht zuletzt, weil sie häufig auf einen konkreten Anlass hin zugeschnitten wurden. Dies wird etwa deutlich in den Grundsätzen der Asylpolitik des Bundes gegenüber den deutschen Flüchtlingen in den Jahren 1848 und 1849⁴⁸. Als politische Flüchtlinge wurden damals diejenigen Personen behandelt, die aus einem bestimmten Gebiet aus Anlass eines bestimmten Ereignisses geflohen waren. Dieser an objektiven Umständen anknüpfende Begriff wurde später durch das Kriterium einer minimalen aktiven Teilnahme an den Ereignissen eingeschränkt, wodurch man eine Annäherung an den auslieferungsrechtlichen Begriff erreichte. In diesem Sinn bestimmte das schweizerische Auslieferungsgesetz vom 22. Januar 1892⁴⁹ in Art. 10:

«¹ Wegen politischer Verbrechen und Vergehen wird die Auslieferung nicht bewilligt.

² Die Auslieferung wird indessen bewilligt, obgleich der Täter einen politischen Beweggrund oder Zweck vorschützt, wenn die Handlung, um derentwillen die Auslieferung verlangt wird, vorwiegend den Charakter eines gemeinen Verbrechens oder Vergehens hat. Das Bundesgericht entscheidet im einzelnen Falle nach freiem Ermessen über die Natur der strafbaren Handlung aufgrund des Tatbestandes.»

Etwas weiter ging das zürcherische Ausländergesetz von 1836, das zwischen politischen Flüchtlingen und übrigen Landesfremden unterschied, wobei politische Flüchtlinge nicht nur die wegen politischen Delikten verfolgten Straftäter waren, sondern auch Personen, die flüchteten, «um sonst einer politischen Verfolgung vom Ausland her zu entgehen»⁵⁰.

bb) Regelungen im Einreiserecht Grossbritanniens und der USA

Eine andere Entwicklung lässt sich im angloamerikanischen Raum feststellen. Zwar spielte auch dort die Nichtauslieferung für politische Delikte eine grosse Rolle⁵¹. Ansätze für einen Flüchtlingsbegriff finden sich dort aber auch in den innerstaatlichen Regelungen der Zuwanderung von Ausländern im Einreiserecht. Der britische Aliens Act 1905 bestimmte verschiedene Kategorien von unerwünschten Ausländern. Ausnahmen waren vorgesehen für einen Ausländer

«who proves that he is seeking admission to this country solely to avoid prosecution or punishment on religious or political grounds or for an offence of a political character, or persecution, involving danger of imprisonment or danger to life or limb, on account of religious belief [...]»⁵².

Diese Definition schliesst den auslieferungsrechtlichen Flüchtlingsbegriff ein, geht aber insofern weiter, als nicht die Handlung der verfolgten Person, sondern die Motivation des Staates

⁴⁸ Siehe MARUGG 39f.

⁴⁹ Vorher beschränkte sich die gesetzliche Regelung des Auslieferungsrechts auf Art. 57 und 59 lit. a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874, welche das Bundesgericht für zuständig erklärten, über die Anwendung der Auslieferungsverträge zu entscheiden.

⁵⁰ Zitiert nach MARUGG 38.

⁵¹ Vgl. MARUGG 32 m.H. auf weitere Literatur.

⁵² Zitiert nach MARUGG 43.

(politisch motivierte Strafverfolgung) in den Vordergrund gerückt wird. Bei der Verfolgung wegen religiöser Ansichten ist die Definition noch weiter gefasst, weil hier keine strafrechtliche Verfolgung vorausgesetzt wird. Die Bestimmung zielte auf den Schutz verfolgter Juden aus Unruhegebieten Osteuropas ab⁵³. Sie wurde im Aliens Act 1914 nicht mehr erwähnt⁵⁴.

Das amerikanische Recht sah ähnliche Definitionen vor, die ebenfalls sowohl auf politische Delikte als auch auf (rechtliche oder tatsächliche) Verfolgung aus religiösen Gründen Bezug nahmen. Während verschiedene Gesetze aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts für politische Straftäter eine Ausnahme vom Einreiseverbot für Kriminelle verankerten⁵⁵, nahm Section 3 des Gesetzes vom 5. Februar 1917 alle Personen vom Einreiseerfordernis des Bestehens eines «literacy tests» aus

«who shall prove [...] that they are seeking admission to the United States to avoid religious persecution in the country of their last permanent residence, whether such persecution be evidenced by overt acts or laws or governmental regulations that discriminate against the alien or race to which he belongs because of his religious faith»⁵⁶.

Auch hier ging es um Schutzgewährung an verfolgte Juden aus Osteuropa; hinzu kam der Schutz für Armenier⁵⁷.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass in der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg Flüchtlingsdefinitionen nur in ersten Ansätzen vorhanden waren. Auf völkerrechtlicher Ebene spielte dabei ausschliesslich der auslieferungsrechtliche Begriff eine Rolle, der sich auf politische Flüchtlinge bezog.

Grossbritannien und die USA kannten zum Teil umfassendere Umschreibungen, die sich allerdings stets an bestimmten Situationen bzw. an bestimmten Gruppen von Flüchtlingen orientierten, wobei verfolgte Juden aus Osteuropa im Vordergrund standen⁵⁸.

III. Definitionen in Vereinbarungen des Völkerbundes

1. Vorbemerkung

a) Das Fehlen des diplomatischen Schutzes als Ausgangspunkt

Die rechtliche Stellung des Ausländers bestimmte sich in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg primär über seine Staatsangehörigkeit. Das sogenannte Fremdenrecht beruhte auf der Verpflichtung der Staaten, fremde Staatsangehörige in einer bestimmten, teilweise gewohnheits-

⁵³ MARUGG 44.

⁵⁴ SIMPSON 265.

⁵⁵ Übersicht bei MARUGG 46ff.

⁵⁶ Zitiert nach MARUGG 47.

⁵⁷ MARUGG 48.

⁵⁸ Vgl. MARUGG 48.

rechtlich, vielfach aber auch durch völkerrechtliche Verträge festgelegten Weise zu behandeln. Dieses Fremdenrecht galt nicht Fremden schlechthin, sondern nur gegenüber denjenigen Fremden, die Angehörige eines fremden Staates waren⁵⁹. Diese Personen konnten auch in den Genuss des sogenannten diplomatischen Schutzes ihres Heimatstaates gelangen⁶⁰. Für das flüchtlingsrechtliche Denken der Zwischenkriegszeit entscheidend war die Tatsache, dass Fremde, die keine Staatsangehörigkeit hatten (Staatenlose), vom fremdenrechtlichen Schutz des Heimatstaates nicht profitieren konnten; ihr rechtlicher Status innerhalb des Gastlandes, dann aber auch ihre Möglichkeiten, zwischen den Staaten zu verkehren, waren eingeschränkt.

Der Erste Weltkrieg und die Oktoberrevolution in Russland führten nun zu massiven Fluchtbewegungen von Gruppen von Personen, denen ihre Staatsangehörigkeit abgesprochen worden war oder die sie sonst verloren hatten. Die Aufnahmeländer hatten aus den bereits erwähnten Gründen massive Probleme bei der rechtlichen Erfassung dieser Flüchtlinge. An dieser Frage setzten daher die ersten völkerrechtlichen Vereinbarungen flüchtlingsrechtlicher Natur an.

Der Grundstein für die Internationalisierung der Massnahmen im Bereich der Flüchtlingsproblematik wurde durch den Völkerbund mit der 1921 erfolgten Errichtung eines *Hochkommissariates für Flüchtlinge aus Russland und Armenien* gelegt. Die Bestrebungen des Hochkommissariates konzentrierten sich zunächst auf die Beschaffung von Ausweispapieren für die russischen und armenischen Flüchtlinge, da diese Flüchtlinge zumeist staatenlos geworden waren, die Aufnahmestaaten aber die Vorlage amtlicher Identitätsdokumente verlangten. Erste Erfolge dieser Bemühungen stellten das *Arrangement relatif à la délivrance des certificats d'identité aux réfugiés russes*⁶¹ vom 5. Juli 1922, das *Arrangement concernant l'institution d'un certificat d'identité pour les réfugiés arméniens*⁶² vom 31. Mai 1924 sowie das *Arrangement relatif à la délivrance des certificats d'identité aux réfugiés russes et arméniens, complétant et amendant les arrangements antérieurs*⁶³ vom 12. Mai 1926 dar. Die internationalen Bemühungen im Bereich der Flüchtlingsproblematik beschränkten sich ausschliesslich auf den Aspekt der Beschaffung von Ausweispapieren. Aspekte des Rechtsstatus von Flüchtlingen, wie etwa die Frage von Rück- und Abschiebungen, blieben in dieser ersten Zeit weiterhin ohne internationale Regelung.

Die Beschränkung auf diesen Ansatz bedeutete nicht unbedingt, dass humanitäre Probleme im Zusammenhang mit den Flüchtlingen völlig übersehen wurden. Im Rahmen des Völkerbundes kam aber dem Respekt vor der staatlichen Souveränität noch ein erheblicher Stellenwert zu, was die Einigung auf völkerrechtliche Normen gerade in dieser Frage erschwerte. Regelungen, die der Beschaffung von Identitätspapieren dienten, konnten demgegenüber relativ leicht erzielt

⁵⁹ Zum Fremdenrecht ausführlich hinten 2. Teil B.II.4. Vgl. für die heutige Rechtslage VERDROSS/SIMMA 798ff.

⁶⁰ Dazu anschliessend Abschnitt b).

⁶¹ 13 LONTS 237; französischer Text bei POULIN 129ff abgedruckt, von der Schweiz ratifiziert.

⁶² LONTS 1924, 969f; französischer Text bei POULIN 132f; von der Schweiz ratifiziert.

⁶³ 89 LONTS 47; französischer Text bei POULIN 133ff; von der Schweiz ratifiziert.

werden, da die staatliche Souveränität davon nicht betroffen war und die Staaten hier ein unmittelbares Bedürfnis sahen: Reisepapiere machten es Flüchtlingen leichter, einen Zufluchtsstaat zu finden. Deutlich schwieriger war dagegen die Regelung des Aufenthaltes der Flüchtlinge in solchen Staaten⁶⁴. Eine erhebliche Zurückhaltung bei der Regelung dieser Fragen kennzeichnet die ganze Periode des Völkerbundes⁶⁵.

Bei der Betrachtung der flüchtlingsrechtlichen Regelungen aus der Völkerbundszeit ist ausserdem zu beachten, dass es sich nicht um ein planmässig entstandenes System handelte, sondern dass diese Regelungen immer unter dem Eindruck konkreter Ereignisse zustande kamen. Die verschiedenen Vereinbarungen bildeten jeweils Ad-hoc-Entscheidungen⁶⁶, die immer das Resultat einer Austarierung nationaler, politischer, wirtschaftlicher und humanitärer Interessen darstellten.

b) Exkurs: Der diplomatische Schutz

Unter dem diplomatischen Schutz versteht man in der Völkerrechtslehre und -praxis «*die Einwirkung eines Staates zugunsten seiner Angehörigen auf einen anderen Staat, wenn dieser sie durch völkerrechtswidriges Verhalten schädigt, mit dem Ziele, Wiedergutmachung zu erhalten*»^{67 68}. Völkerrechtswidriges Verhalten, welches Anlass zur Ausübung des diplomatischen Schutzes geben kann, bilden z. B. Verletzungen von Niederlassungsverträgen, entschädigungslose Enteignungen, Misshandlungen oder die Verwehrung des Zugangs zu Gerichten⁶⁹. Der diplomatische Schutz ist das Gegenstück zur Verantwortlichkeit der Staaten für Völkerrechtsverletzungen, welche völkerrechtlich geschützte Interessen natürlicher oder juristischer Personen beeinträchtigen⁷⁰.

Träger des Rechts auf diplomatischen Schutz ist nicht das betroffene Individuum, sondern der Heimatstaat der im Ausland geschädigten Individuen; dieser macht gegenüber dem Schädiger eigene Rechte geltend. Grund für dieses Konzept ist die klassische, erst nach dem Zweiten Weltkrieg überwundene Auffassung, dass bloss Staaten (und allenfalls internationale Organisationen) als Völkerrechtssubjekte Träger internationaler Rechte und Pflichten sein können. In-

⁶⁴ SIMPSON 242.

⁶⁵ SIMPSON 191. Zu den Schranken von Ausweisung und Rückschiebung hinten I. Teil B.II.

⁶⁶ SKRAN 84.

⁶⁷ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 45^{bis} betreffend die Schweizer im Ausland, BBl 1965 II 385. Siehe hierzu aus der reichen Literatur etwa GECK 100.

⁶⁸ Vom diplomatischen Schutz ist der konsularische Schutz zu unterscheiden. Unter dem Begriff «konsularischer Schutz» versteht man die Geltendmachung und Durchsetzung der Rechte der natürlichen und juristischen Personen mit Hilfe einer staatlichen Vertretung. Die Ausübung des konsularischen Schutzes bedingt daher, anders als diejenige des diplomatischen Schutzes, nicht die formelle Behauptung der Verletzung eines Völkerrechtssatzes. Der Staat übt kein eigenes Recht aus, sondern er stellt seinen Staatsangehörigen im Ausland seine Hilfe bei der Geltendmachung ihrer eigenen Rechte zur Verfügung (VPB 42 [1978], Nr. 144, 611).

⁶⁹ Botschaft (Anm. 67) 385; siehe auch Weisungen des Eidgenössischen Politischen Departementes zum diplomatischen und konsularischen Schutz von 1972 (abgedruckt in Jörg P. Müller/Luzius Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, Bern 1982, 359).

⁷⁰ Vgl. für weitere Definition GECK 100.

dividuen können in diesem System nicht direkt aus Völkerrecht, sondern nur *mittelbar* – als Angehörige des berechtigten Staates – berechtigt sein.

Der Staat, der gegen völkerrechtliche Pflichten zum Schutz von natürlichen oder juristischen Personen (sog. Fremdenrecht) verstösst, verletzt folglich nicht deren Rechte, sondern die Rechte des Heimatstaates dieser Personen⁷¹. Der Ständige Internationale Gerichtshof hat dies bereits 1924 in der folgenden, auch den heutigen Stand der Dinge wiedergebenden Weise umschrieben:

«C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international.»⁷²

Die Instrumente des diplomatischen Schutzes sind vielfältig und sie gehen – entgegen der Bezeichnung des Instituts – weit über die diplomatische Tätigkeit hinaus: Sie reichen von Interventionen der diplomatischen Vertretung bis hin zur Einleitung von Schiedsgerichtsverfahren oder Klagen an den Internationalen Gerichtshof. Damit ein Staat zugunsten seiner Angehörigen im Ausland intervenieren darf, ohne sich einer Einmischung in die inneren Verhältnisse des betroffenen Staates schuldig zu machen, müssen vier Voraussetzungen erfüllt sein:

1. *Staatsangehörigkeit*: Die Ausübung des diplomatischen Schutzes setzt voraus, dass der schutzgewährende Staat zum Eintreten für die schutzbegehrende Person berechtigt ist. Unbestritten ist, dass nach Völkergewohnheitsrecht ein Staat berechtigt ist, seine Angehörigen (natürliche und juristische⁷³ Personen) zu schützen⁷⁴. Allerdings ist der Schutz eigener Staatsangehöriger ausnahmsweise unzulässig, wenn diese Doppelbürger, d. h. auch Staatsangehörige des Staates sind, dem ein völkerrechtswidriges Verhalten zum Nachteil einer natürlichen oder juristischen Person vorgeworfen wird⁷⁵. Die Haltung der schweizerischen Behörden während des Zweiten Weltkrieges richtete sich nach diesem Grundsatz aus:

⁷¹ Daraus folgt, dass Private völkerrechtlich keinen Anspruch darauf haben, dass der Heimatstaat zu ihren Gunsten diplomatischen Schutz ausübt.

⁷² Ständiger Internationaler Gerichtshof, *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, Urteil vom 30. August 1924, Serie A Nr. 2, 12.

⁷³ Zu den möglichen Anknüpfungspunkten für den diplomatischen Schutz zugunsten juristischer Personen vgl. STRUPP/SCHLOCHAUER 382 sowie die Antwort des EDA in einer Umfrage des «Procedural Aspects of International Law Institute» in Washington D.C. vom 10. November 1997, veröffentlicht in SZIER 8 (1998), 655.

⁷⁴ Vgl. Antwort des EDA (Anm. 73) 655. Ausnahmsweise ist das Eintreten unzulässig, wenn die betreffenden Personen auch die Staatsangehörigkeit des Staates besitzen, gegen den der diplomatische Schutz begehrt wird. Siehe dazu STRUPP/SCHLOCHAUER 381.

⁷⁵ STRUPP/SCHLOCHAUER 381.

«Nous avons eu affaire plusieurs fois à des demandes de doubles nationaux qui, bien que domiciliés dans leur seconde patrie, ont requis la protection des autorités fédérales. Nous n'avons pu déférer à leur désir et avons également refusé de prêter appui à des doubles nationaux établis en pays tiers, lorsqu'il était avéré qu'ils s'étaient jusqu'alors toujours prévalus de leur seconde nationalité.»⁷⁶

Ausnahmsweise darf ein Staat auch anderen Personen als seinen Staatsangehörigen diplomatischen Schutz gewähren, nämlich dann, wenn ein Staat als Schutzmacht für den Heimatstaat der schutzbegehrenden Person handelt⁷⁷.

2. *Schädigung des Staatsangehörigen durch völkerrechtswidriges Verhalten*: Die Ausübung des diplomatischen Schutzes setzt ein völkerrechtliches Unrecht voraus. Ein Ausländer unterliegt zwar auch der (Gebiets-)Hoheit des Staates, in dem er sich aufhält; durch Völkerrecht werden ihm jedoch in einem bestimmten Rahmen Rechte gewährleistet⁷⁸, deren Verletzung dem Heimatstaat die Ausübung des diplomatischen Schutzes gestattet⁷⁹. Dabei handelt es sich in der Zeit bis nach dem Zweiten Weltkrieg vor allem um einen gewohnheitsrechtlichen Mindeststandard; erst danach wird die Stellung der ausländischen Individuen in zunehmendem Mass durch Völkervertragsrecht ausgebaut⁸⁰.
3. *Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges*: Ein Staat kann erst dann diplomatischen Schutz gewähren, wenn die schutzbegehrende Person die (wirksamen) innerstaatlichen Rechtsbehelfe im Staat, dem schädigendes Verhalten vorgeworfen wird, ausgeschöpft hat⁸¹.
4. *Keine Verjährung oder Verwirkung*: Als weitere Voraussetzung ist erforderlich, dass der Anspruch gegen den fremden Staat aus seinem völkerrechtswidrigen Verhalten nicht verjährt oder verwirkt ist.

⁷⁶ Auszug aus dem Bericht des Bundesrates über seine Geschäftsführung im Jahr 1944, Politisches Departement, veröffentlicht im SJIR 2 (1945), 116.

⁷⁷ Eine Schutzmacht ist ein Staat, der die Vertretung eines anderen Staates (sending oder protected state) in einem dritten Staat (receiving state) übernimmt, wenn zwischen den letztgenannten Staaten keine direkten diplomatischen (bzw. konsularischen) Beziehungen bestehen. Normalerweise besteht die Aufgabe der Schutzmacht darin, ein Minimum an unabdingbaren Kontakten zwischen kriegführenden Staaten aufrechtzuerhalten und die Rechte und Interessen des vertretenen Staates und dessen Angehörigen zu wahren. Bei der Wahrung der Interessen der Angehörigen des fremden Staates handelt es sich um eine spezielle Form des diplomatischen bzw. des konsularischen Schutzes, wobei der letztgenannte Schutz allerdings nicht im Vordergrund steht. Im einzelnen können folgenden Aufgaben mit dem Mandat einer Schutzmacht verbunden sein: Schutz des diplomatischen und konsularischen Personals des vertretenen Staates, Schutz der Räumlichkeiten und der Archive des vertretenen Staates, Schutz der Angehörigen dieses Staates (hierzu KNELLWOLF 208ff).

⁷⁸ Vgl. die Ausführungen zum Fremdenrecht, hinten 2. Teil B.II.4.

⁷⁹ Ausführlicher dazu GECK 102f und STRUPP/SCHLOCHAUER 380.

⁸⁰ GECK 102. Indem Individuen zunehmend die Möglichkeit eingeräumt wird, Ansprüche vor internationalen Instanzen geltend zu machen, schwindet die Bedeutung des diplomatischen Schutzes langsam.

⁸¹ Siehe dazu GECK 110f und STRUPP/SCHLOCHAUER 383.

2. Vereinbarungen zugunsten von Flüchtlingen aus Russland und der Türkei

a) Fehlender diplomatischer Schutz als Motiv für die Arrangements von 1922, 1924, 1926, 1928 und die Konvention von 1933

Nach dem Ersten Weltkrieg sahen sich die europäischen Staaten mit massiven Fluchtbewegungen konfrontiert. Die erfolgreiche Oktoberrevolution in Russland und die Auflösung des Osmanischen Reiches zwangen zahlreiche Menschen zur Flucht. Oft verloren diese Menschen ihre frühere Staatsangehörigkeit. Dies traf besonders auf die Russen zu, die Russland in der Folge der Revolution verlassen hatten und denen die neue sowjetische Regierung 1921 bzw. 1924 die Staatsangehörigkeit aberkannte⁸². Dasselbe galt aber auch für Armenier und einige andere Kategorien ehemaliger osmanischer Untertanen sowie für verschiedene andere Gruppen vorwiegend aus Zentraleuropa. Die Fluchtbewegung dieser Staatenlosen traf in den (potentiellen) Aufnahmestaaten auf ein von vielen Problemen geprägtes politisches, wirtschaftliches und rechtliches Umfeld. Der Krieg und die wirtschaftliche Krise der Nachkriegszeit verringerten die Bereitschaft der Staaten zur Aufnahme von Ausländern und von Flüchtlingen in entscheidendem Mass.

Zum Teil schon vor, spätestens aber während des Krieges begannen die Staaten, die Kontrolle der Einreise und des Aufenthaltes von Ausländern zu verschärfen. Mehrere Länder, so auch die Schweiz, erliessen in dieser Zeit entsprechende Gesetze⁸³. Diese gingen davon aus, dass die eingereisten Fremden als Angehörige eines dritten Staates jederzeit wieder zur Rückkehr in den Herkunftsstaat angehalten werden konnten, setzten also geordnete und störungsfreie Beziehungen des Fremden zu diesem Staat voraus. Flüchtlinge, bei denen dies regelmässig nicht der Fall war, konnten in dieses ausländerrechtliche System nicht integriert werden⁸⁴. Hinzu trat bei den Personen ohne Staatsangehörigkeit, welche den grössten Teil der flüchtenden Ausländer ausmachte, die durch das Fehlen des diplomatischen Schutzes verursachte Unklarheit über ihren rechtlichen Status.

Wie bereits erwähnt, konnten Ausländer damals gegenüber dem Aufenthaltsstaat nicht eigene Rechte geltend machen; vielmehr profitierten sie von den fremdenrechtlichen Mindeststandards, welche Rechte des Heimatstaates darstellten, nur reflexweise als Angehörige ihres Heimatstaates⁸⁵, welcher für sie diplomatischen Schutz ausüben konnte⁸⁶. Insofern war ihre Rechtsstellung mediatisiert. Dieser diplomatische Schutz durch den Heimatstaat fehlte den

⁸² Erstmals in einem Dekret vom 15. Dezember 1921 (vgl. FLOURNOY/HUDSON 511), bestätigt in Art. 12 des sowjetischen Bürgerrechtsgesetzes Nr. 203 vom 29. Oktober 1924 (FLOURNOY/HUDSON 511–14).

⁸³ Vgl. für die Schweiz die Verordnung vom 21. November 1917 betreffend die Grenzpolizei und die Kontrolle der Ausländer (AS 33, 959), Verordnungen über die Kontrolle der Ausländer vom 17. November 1919 (AS 35, 939) und vom 29. November 1921 (AS 37, 825); ANAG vom 26. Mai 1931.

⁸⁴ MARUGG 49.

⁸⁵ Vgl. zum Fremdenrecht hinten 2. Teil B.II.4.

⁸⁶ Siehe vorne 1. Teil A.III.1.b.

Staatenlosen und denjenigen Flüchtlingen, die zwar die Staatsangehörigkeit noch besaßen, denen es aber nicht zuzumuten war, diesen Schutz in Anspruch zu nehmen, oder denen der Schutz faktisch nicht gewährt wurde⁸⁷. Diese Kategorien wurden vom ausländerrechtlichen System nicht erfasst; sie waren daher im eigentlichen Sinn rechtlos⁸⁸. SIMPSON beschrieb 1939 diese Situation der Flüchtlinge eindrücklich mit folgenden Worten:

«The refugee finds himself deprived of legal protection, mutual support, the access to employment, and the measure of freedom of movement which happier mortals take as a matter of course. In an ordered world this legal protection and mutual support, constituting what may be called social security, is enjoyed by the nationals of a sovereign State. Security is extended to them, not only at home, but when they move about the world in other countries. The refugee, unless special means are taken for his protection, has no such security, but exists in any country on sufferance. His defencelessness lies in his inability to demand the protection of any State. For practical purposes he is outlawed by his country of origin; in his country of refuge, he has a measure of ordinary legal protection in any decently governed State, but he suffers under all sorts of disabilities [...]; above all, he has no claim as of right to continued residence, and he is liable to expulsion if his presence for any reason is no longer desired.»⁸⁹

Die Existenz einer grossen Zahl von rechtlich oder faktisch Staatenlosen wurde in diesem internationalen rechtlichen System als Anomalie betrachtet, welche die Staaten im Umgang mit diesen Personen vor massive Probleme stellte⁹⁰. Diese Schwierigkeiten waren es, die den entscheidenden Anstoss zur internationalen Behandlung des Flüchtlingsproblems gaben⁹¹, bei welcher die Erleichterung der Einreise von Flüchtlingen in andere Staaten im Vordergrund stand⁹².

Zur Lösung dieser Probleme entstanden im Rahmen des Völkerbundes verschiedene Arrangements: das Arrangement über Identitätsausweise für russische Flüchtlinge von 1922, das Arrangement über Identitätsausweise für armenische Flüchtlinge von 1924, das Arrangement von 1926 über Identitätsausweise für russische und armenische Flüchtlinge und drei weitere Arrangements von 1928 (Arrangement du 30 juin 1928 relatif à l'extension à d'autres catégories de réfugiés de certaines mesures prises en faveur des réfugiés russes et arméniens, Arrangement

⁸⁷ In diesem Sinn meinte POULIN 1946: «Le trait caractéristique et fondamental du problème des réfugiés réside dans le fait que les personnes tombant dans la catégorie des réfugiés ne possèdent pas de nationalité régulière. Les réfugiés sont en effet des apatrides de droit ou de fait. A côté des réfugiés dénationalisés par des mesures législatives, administratives ou judiciaires, il y a un nombre croissant de réfugiés non protégés parce qu'ils ne jouissent pas en fait de la protection d'un gouvernement bien qu'ils n'aient pas été formellement dénationalisés par l'Etat de leur nationalité» (POULIN 111f).

⁸⁸ SIMPSON 230.

⁸⁹ SIMPSON 3. JENNINGS (99) meinte im gleichen Jahr: «The normal individual is a national of some state enjoying the protection of the government of that state. There are also stateless persons who are not legally entitled to claim the protection of any state. A refugee may, or may not, be a stateless person. Quite often he remains a national of the state from which he has had to flee. The peculiarity of the refugee is that he does not *in fact* enjoy the protection of the government of his state of origin, whether he is legally entitled to such protection or not. He is the victim of a pathological state of society in which the government which would normally form the link between him and the international law not only fails to perform that function, but goes out of its way to embarrass him, so that he is actually in need for protection against it. It is this lack of protection, in fact, which is the test of a refugee adopted in all the arrangements and conventions.»

⁹⁰ Siehe die Beschreibung im Memorandum of 6 May 1921 on the Possible Action of the League in Connection with Russian Refugees, NBKR 4.450, zitiert nach SKRAN 103: «As things are, they [the Russian refugees] cannot travel, marry, be born, or die without creating legal problems, to which there is no solution.»

⁹¹ Vgl. HOLBORN (Legal Status) 683f.

⁹² Vgl. statt vieler HATHAWAY 349.

du 30 juin 1928 relatif au statut juridique des réfugiés russes et arméniens, Accord du 30 juin 1928 relatif au fonctionnement des Services du Haut-Commissaire de la Société des Nations pour les réfugiés). Wie bereits die Titel dieser Vereinbarungen zeigen, gelang es allerdings nicht, die Probleme der Flüchtlinge wirklich zu lösen und ihnen einen eigentlichen Schutzstatus zu verschaffen. Diese Arrangements hatten ausschliesslich den Zweck, den genannten Flüchtlingsgruppen zu Identitätspapieren zu verhelfen, die ihnen den Verkehr zwischen den Staaten ermöglichen sollten⁹³ und ihnen den Status Illegaler nahm, was ihre Stellung wenigstens nach dem Landesrecht der Zufluchtsstaaten in verschiedenen Punkten etwas zu verbessern vermochte. Nicht angestrebt wurde mit diesen Vereinbarungen die Gewährung eines besonderen rechtlichen Schutzes; primär ging es darum, diese Gruppen von Personen durch die Ausstellung von Identitätspapieren überhaupt in das Rechtssystem einzugliedern, ohne den Staaten weitreichende Vorschriften im Bereich der Behandlung von Ausländerinnen und Ausländern zu machen⁹⁴.

b) Übersicht über die Definitionen des Flüchtlingsbegriffs in den Vereinbarungen von 1922–1933

Die ersten beiden Arrangements von 1922 und 1924 enthalten keine explizite Definition des Flüchtlingsbegriffs. Hingegen definierte das Arrangement von 1926 den Begriff «Russischer Flüchtling» folgendermassen:

«En ce qui concerne la définition de la qualité de réfugié, la Conférence adopte les définitions suivantes: Russe: Toute personne d'origine russe qui ne jouit pas ou ne jouit plus de la protection du Gouvernement de l'Union des Républiques Soviétiques Socialistes et qui n'a pas acquis une autre nationalité.»

«The conference adopts the following definitions of the term «refugee»: Russian: Any person of Russian origin who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the Government of the Union of Socialist Soviet Republics and who has not acquired another nationality.»

Analog lautete die Definition des Begriffes «Armenischer Flüchtling»⁹⁵. Diese Begriffsbestimmungen verweisen einerseits auf eine bestimmte territoriale (Russian origin) oder ethnische (Armenian origin) Herkunft⁹⁶, andererseits machen sie den fehlenden diplomatischen Schutz durch die Regierung des betreffenden Staates zu einem entscheidenden Begriffsmerkmal. Das Abkommen unterscheidet nicht zwischen der De-jure- und der De-facto-Staatenlosigkeit⁹⁷. Die Ineffektivität des diplomatischen Schutzes reichte folglich aus, um als Flüchtling im Sinn dieses Arrangements anerkannt zu werden. Entscheidend für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft war nicht das persönliche Schicksal der Flüchtlinge, sondern die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe.

⁹³ Nach GUGGENHEIM (119) sind die Arrangements Instrumente des allgemeinen Verkehrsrechts.

⁹⁴ JENNINGS 101.

⁹⁵ «The conference adopts the following definitions of the term «refugee»: Armenian: Any person of Armenian origin formerly a subject of the Ottoman Empire who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the Government of the Turkish Republic and who has not acquired another nationality.»

⁹⁶ GRAHL-MADSEN (Refugee Character) 126.

⁹⁷ GRAHL-MADSEN (Refugee Character) 123.

Die Arrangements von 1928 enthalten Empfehlungen über die Rechtsstellung der bisher anerkannten Flüchtlingsgruppen und erweitern darüber hinaus den Kreis der geschützten Gruppen von Personen. Die entsprechenden Definitionen sind nach dem Muster der Konvention von 1926 aufgebaut, umschreiben also die geschützten Gruppen mit Hinweisen auf die ethnische Herkunft und auf den fehlenden diplomatischen Schutz⁹⁸.

Die Konvention vom 28. Oktober 1933 ging über die bisherigen Instrumente deutlich hinaus, weil sie eine Liste von Garantien für die Behandlung der in den früheren Arrangements erfassten Flüchtlinge in den Zufluchtsstaaten aufstellte (darunter ein Rückweisungsverbot in den Herkunftsstaat⁹⁹); sie enthält deshalb keine eigenständige Definition, sondern verweist für den persönlichen Geltungsbereich auf die Arrangements von 1926 und 1928.

3. Vereinbarungen zugunsten von Flüchtlingen aus Deutschland

Die bisher genannten Arrangements schützten die wichtigsten Flüchtlingsgruppen, welche als Folge politischer Ereignisse nach dem Ersten Weltkrieg – der russischen Revolution und der Auflösung des Osmanischen Reichs – entstanden waren. Nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten sah sich der Völkerbund mit einer neuen Gruppe konfrontiert, den Flüchtlingen aus Deutschland, später aus Österreich und dem Sudetenland.

In diesem Zusammenhang wurden verschiedene, den bisherigen Arrangements nachgebildete Vereinbarungen geschlossen. Diese übernehmen deren Definition des Begriffs «Flüchtling», d. h. sie knüpfen an die territoriale Herkunft und am fehlenden diplomatischen Schutz der Angehörigen der betroffenen Gruppen an. Die rechtliche und technische Definition schliesst folglich immer noch am Kriterium des de jure oder de facto fehlenden diplomatischen Schutzes an.

Zu nennen ist hier als erstes das Arrangement vom 30. Juli 1935 über die Ausstellung von Identitätsausweisen für Flüchtlinge aus dem Saarland. Als solche Flüchtlinge gelten:

«[...] personnes qui, possédant antérieurement le statut d’habitant de la Sarre, ont quitté le territoire à l’occasion du plébiscite et ne disposent pas d’un passeport national».

In der Provisorischen Übereinkunft betreffend die Rechtsstellung der Flüchtlinge aus Deutschland vom 4. Juli 1936 ist in Art. 1 folgende Definition enthalten:

«Est considérée pour l’application du présent arrangement comme réfugié provenant d’Allemagne toute personne ayant été établie dans ce pays, qui ne possède pas une autre nationalité que la nationalité allemande et à l’égard de laquelle il est établi qu’en droit ou en fait elle ne jouit pas de la protection du Gouvernement du Reich.»

⁹⁸ Die Definitionen lauten folgendermassen: Assyrian and Assyro-Chaldean and assimilated refugees: «Any person of Assyrian or Assyro-Chaldean origin, and also by assimilation any person of Syrian or Kurdish origin, who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the state to which he previously belonged and who has not acquired or does not possess another nationality.»

Turkish refugees: «Any person of Turkish origin, previously a subject of the Ottoman Empire, who under the terms of the Protocol of Lausanne of 24 July 1923, does not enjoy or no longer enjoys the protection of the Turkish Republic and who has not acquired another nationality.»

⁹⁹ Dazu ausführlich hinten 1. Teil B.II.2.b.

«The term <refugee coming from Germany> shall be deemed to apply to any person who was settled in that country, who does not possess any nationality other than German nationality and in respect of whom it is established that in law or in fact he or she does not enjoy the protection of the Reich.»

Diese Definition folgte dem früheren Muster. Sie war aber insofern eng, als sie Opfer nationalsozialistischer Verfolgung in Deutschland (und später anderen Ländern) nicht schützte, sofern ihnen – wie bei Zwangsarbeitern aus Osteuropa oder bei vielen Sinti und Roma – die deutsche Staatsangehörigkeit fehlte. Die Konvention regelte im übrigen die Frage der Identitätspapiere (Art. 2), des Aufenthaltes aufgenommener Flüchtlinge und ihre Reisemöglichkeiten (Art. 3), die Ausweisung und die Beschränkung der Rückschiebung in den Herkunftsstaat (Art. 4)¹⁰⁰ und ihren Status in international-privatrechtlicher bzw. prozessualer Hinsicht (Art. 5–7). Sie wurde von sieben Staaten, darunter auch die Schweiz, ratifiziert¹⁰¹.

Die Konvention vom 10. Februar 1938 betreffend die Rechtsstellung der Flüchtlinge aus Deutschland bestimmt in Art. 1:

«1. Sont considérés, au sens de la présente Convention, comme réfugiés provenant d'Allemagne:

a) Les personnes possédant ou ayant possédé la nationalité allemande et ne possédant pas une autre nationalité, et à l'égard desquelles il est établi qu'en droit ou en fait elles ne jouissent pas de la protection du Gouvernement allemand;

b) Les apatrides non visés par les conventions ou arrangements antérieurs ayant quitté le territoire allemand où ils s'étaient fixés et à l'égard desquels il est établi qu'en droit ou en fait ils ne jouissent pas de la protection du Gouvernement allemand.

2. Ne sont pas comprises dans cette définition les personnes qui quitteront l'Allemagne pour des raisons de convenance purement personnelle.»

«(1) For the purpose of the present Convention, the term <refugees coming from Germany> shall be deemed to apply to:

a) Persons possessing or having possessed German nationality and not possessing any other nationality who are proved not to enjoy, in law or in fact, the protection of the German Government.

b) Stateless persons not covered by previous Conventions or Arrangements who have left German territory after being established therein and who are proved not to enjoy, in law or in fact, the protection of the German Government.

(2) Persons who leave Germany of purely personal convenience are not included in this definition.»

Diese Definition folgt grundsätzlich dem gleichen Muster wie die bisherigen, wenn sie neu auch die Staatenlosen und jene deutschen Staatsbürger erfasst, welche ihr Land nicht als Flüchtlinge verliessen, sondern erst während eines Aufenthaltes im Ausland den Schutz ihres Heimatstaates verloren. Völlig neu ist das Erfordernis des guten Glaubens, das in Ziff. 2 festgehalten ist. Dieses war in den vorhergehenden Definitionen nicht verankert; es wurde allerdings bei der Anerkennung stillschweigend vorausgesetzt¹⁰². Man wollte aber klarstellen, dass Personen, die keine Verfolgung zu befürchten hatten, nicht als Flüchtlinge gelten konnten. In diesem Sinne führte der französische Delegierte Longuet aus:

¹⁰⁰ Dazu hinten 1. Teil B.II.3.

¹⁰¹ Angaben bei POULIN 149. Die übrigen Staaten waren Belgien, Grossbritannien, Dänemark, Spanien, Frankreich und Norwegen.

¹⁰² MARUGG 76f.

«[...] il ne s'agit pas des personnes que la Conférence a mission de protéger, mais des personnes qui quitteraient l'Allemagne pour des raisons absolument étrangères à la persécution»¹⁰³.

Die Verankerung dieses Erfordernisses war insofern problematisch, als sich damals in Deutschland der Ausschluss der Juden aus dem Wirtschaftsleben verschärft hatte. Der Vertreter der Schweiz, Rothmund, wollte in diesem Sinne sicher sein

«que les personnes qui ont quitté l'Allemagne pour des motifs d'ordre économique mais sans y avoir été contraints, ou pour se soustraire à leur obligations fiscales, ou encore les déserteurs et les réfractaires ne sont pas visé par le deuxième paragraphe de l'article premier»¹⁰⁴.

Der französische Delegierte erwiderte darauf:

«[...] c'est là un problème délicat. Par exemple, les israélites dont on a confisqué les biens peuvent avoir quitté l'Allemagne pour des motifs d'ordre économique sans qu'on puisse dire qu'ils l'ont fait pour des raisons de convenance purement personnelle.»

Der schweizerische Delegierte konnte sich mit dieser Meinung abfinden: «M. Rothmund (Suisse) déclare qu'il n'insiste pas», vermerkt das Protokoll¹⁰⁵.

Im übrigen übernahm die Konvention im wesentlichen die Garantien der Konvention von 1933 für die Behandlung von Flüchtlingen und machte sie nun auf Flüchtlinge aus Deutschland anwendbar. Da viele dieser Garantien nur für aufgenommene Flüchtlinge galten, war ihre praktische Bedeutung beschränkt¹⁰⁶. Immerhin wurde sie von sieben Staaten ratifiziert, darunter auch Frankreich, Belgien, die Niederlande und Dänemark als Nachbarstaaten Deutschlands¹⁰⁷. Die Schweiz verzichtete sogar auf eine Signierung, war also von Anfang an nicht bereit, die entsprechenden Vertragspflichten zu übernehmen¹⁰⁸. Für sie galt somit die provisorische Übereinkunft von 1936 weiter¹⁰⁹.

An beiden Konferenzen wurde die Haltung vieler Nachbarstaaten Deutschlands sehr deutlich, Flüchtlinge nicht dauernd, sondern nur als Transitland aufnehmen zu müssen. Dies betonte nicht nur der Delegierte der Schweiz¹¹⁰, sondern auch die Vertreter der Niederlande¹¹¹, Belgiens¹¹² und der Tschechoslowakei¹¹³ sowie des weiter entfernten Rumäniens¹¹⁴. Polen¹¹⁵

¹⁰³ Société des Nations, Conférence internationale pour l'adoption d'une Convention concernant le statut des réfugiés provenant d'Allemagne, procès-verbal provisoire, Doc. Conf. C.S.R.A./P.V. 5 vom 9. Februar 1938, 2.

¹⁰⁴ Doc. Conf. C.S.R.A./P.V.5 vom 9. Februar 1938, 7.

¹⁰⁵ A.g.l.O., 8.

¹⁰⁶ Zum Rückschiebungsverbot hinten I. Teil B.II.4.b.

¹⁰⁷ Dazu kamen Grossbritannien, Spanien und Norwegen. Angaben bei POULIN 153.

¹⁰⁸ Vgl. SKRAN 126f.

¹⁰⁹ Art. 18 der Konvention von 1938 bestimmt ausdrücklich: «La présente Convention remplace l'Arrangement provisoire du 4 juillet 1936 pour toutes les Parties à la Convention. Cela n'affecte évidemment pas l'application dudit Arrangement provisoire pour les Parties à cet Arrangement non liées par la présente Convention.»

¹¹⁰ Conf. S.R.A./1ère session/P.V.4, 16 juillet 1936, 4.

¹¹¹ Conf. S.R.A./1ère session/P.V.5, 16 juillet 1936, 7.

¹¹² Conf. C.S.R.A./P.V.1, 7 février 1938, 6f.

¹¹³ Conf. C.S.R.A./P.V.2, 9 février 1938, 13.

¹¹⁴ Conf. S.R.A./1ère session/P.V.2, 9 juillet 1936, 4.

¹¹⁵ Conf. C.S.R.A./P.V.1, 7 février 1938, 12.

erklärte 1938, überhaupt keine zusätzlichen Flüchtlinge aufnehmen zu können, und Grossbritannien machte in allgemeiner Weise darauf aufmerksam, die Konventionen könnten nur die Probleme der bereits anwesenden Flüchtlinge lösen und nicht alle künftigen Flüchtlingsströme vorwegnehmen¹¹⁶.

Schliesslich ist das Zusatzprotokoll vom 14. September 1939 zu erwähnen, welches den Geltungsbereich der beiden Konventionen auf Flüchtlinge aus Österreich nach dem Anschluss ausdehnte; es wurde nur von Grossbritannien und Dänemark ratifiziert¹¹⁷.

4. Staatenpraxis

Die zugängliche Literatur zur Staatenpraxis vermittelt nur ein lückenhaftes Bild, dessen Vervollständigung vertiefte Forschung notwendig machen würde. Immerhin sind folgende Hinweise möglich:

Soweit die Schweiz Vereinbarungen des Völkerbundes ratifiziert hatte¹¹⁸, wandte sie die entsprechenden Bestimmungen gemäss dem schweizerischen Grundsatz der direkten Geltung des Völkerrechts im Landesrecht an, ohne sie zuerst ins Gesetzesrecht aufzunehmen. Andere Staaten, so z. B. Frankreich¹¹⁹, stellten die Anwendung des Vertragsrechts – und damit auch des Flüchtlingsbegriffs – auf dem Wege der Gesetzgebung sicher. Diese Staatengruppe stützte sich damit auf den technischen Flüchtlingsbegriff des Völkerbundes.

Obwohl in den Konventionen nicht ausdrücklich vorgesehen, dehnten einige Staaten ihren diplomatischen und konsularischen Schutz auf Flüchtlinge in einem Drittstaat aus, welche ein von ihnen ausgestelltes Identitätspapier besaßen¹²⁰. Die Schweiz lehnte diese Idee ab¹²¹.

Andere Staaten brachten in ihrem Landesrecht zum Ausdruck, dass neben den klassischen politischen Flüchtlingen, deren Definition am Auslieferungsrecht anknüpfte, auch religiös verfolgte Menschen Flüchtlinge sind. Wie bereits erwähnt, hatte diese Idee schon früher Eingang in die amerikanische und britische Gesetzgebung gefunden¹²². In Schweden stellte ein Gesetz vom 19. Juli 1937 Verfolgung wegen der Überzeugung als Fluchtmotiv in den Vordergrund,

¹¹⁶ Conf. C.S.R.A./P.V.1, 7 février 1938, 15.

¹¹⁷ Text und Angaben bei POULIN 162f.

¹¹⁸ Relevant sind das Arrangement du 30 juin 1928 relatif au statut juridique des réfugiés russes et arméniens und das Arrangement provisoire du 4 juillet 1936 concernant le Statut des réfugiés provenant d'Allemagne. Die Convention du 28 octobre 1933 relatif au statut international des réfugiés hatte die Schweiz nicht ratifiziert, aber ausdrücklich erklärt, sie werde dessen Bestimmungen anwenden (POULIN 141).

¹¹⁹ Décret du 17 septembre 1936, Journal officiel du 23 septembre 1936, vom französischen Delegierten erwähnt im Dokument Conf. C.S.R.A./P.V.2, 9 février 1938, 3.

¹²⁰ Z. B. Norwegen: So der norwegische Delegierte an der Conférence internationale pour l'adoption d'une Convention concernant le statut des réfugiés provenant d'Allemagne (1938), Conf. C.S.R.A./P.V.2, 9 février 1938, 11f.

¹²¹ Conf. C.S.R.A./P.V.6, 9 février 1938, 10, als Antwort auf einen entsprechenden Vorschlag: «M. Rothmund (Suisse) déclare, en ce qui concerne la protection diplomatique à accorder éventuellement aux réfugiés, que pour ce qui est des réfugiés russes, cette protection est plus ou moins assurée par l'Office Nansen qui fonctionne un peu dans le genre d'un consulat. Il semble difficile d'obliger les Etats à prendre eux-mêmes la responsabilité d'assurer une telle protection.»

¹²² Vorne 1. Teil A.II.2.b.bb.

wobei der Begriff «conviction» ohne weiteres auch religiöse Überzeugungen abzudecken vermag. SIMPSON fasst seinen Inhalt folgendermassen zusammen:

«A refugee within the meaning of this law is deemed a person who had been exposed to severe persecution on the ground of his convictions and who comes to Sweden from a country where he was persecuted or from a country where he had reasonable grounds to apprehend reconduction to the country where he had been persecuted. Under no circumstances can a refugee be expelled from Sweden to either of such countries.»¹²³

5. Schlussfolgerungen

a) Zusammenfassung

Das Konzept des Flüchtlingsbegriffs in den Vereinbarungen des Völkerbundes kann zusammenfassend in der folgenden Weise umschrieben werden:

- Es existiert kein allgemeiner rechtlicher Flüchtlingsbegriff. Die Flüchtlingseigenschaft wird für einzelne Gruppen von Fall zu Fall festgelegt, sobald sie derart gross werden, dass die Zufluchtsstaaten nach Lösungen suchen.
- Zur Definition dieser Gruppen wird entscheidend auf eine bestimmte (frühere) Staatsangehörigkeit, die territoriale oder ethnische Herkunft einerseits, die De-jure- oder De-facto-Staatenlosigkeit andererseits abgestellt.
- Die Vereinbarungen berücksichtigen die Flüchtlinge nicht als Individuen, sondern nur als Angehörige bestimmter Gruppen. Nur als Angehörige bestimmter, in den verschiedenen Vereinbarungen festgelegten Personengruppe konnten einzelne Flüchtlinge unter die Definition fallen.
- Der Grund für die Anknüpfung an die Staatenlosigkeit liegt darin, dass sich diese Frage bei der Behandlung der russischen Flüchtlinge als wesentliches Problem herausstellte. Das Kriterium liess sich zudem verhältnismässig leicht feststellen, und die Lösung dieses Problems entsprach einem Anliegen der Staaten. In späteren Definitionen wurde dieses Kriterium erwähnt, weil die Definitionen derjenigen des Begriffs «russischer Flüchtling» nachgebildet wurden¹²⁴.

b) Politisch, rassistisch oder religiös Verfolgte als Flüchtlinge?

Erfasste der Flüchtlingsbegriff der Vereinbarungen des Völkerbundes auch Personen, welche wegen politischer, rassistischer oder religiöser Verfolgung fliehen mussten? Die Frage ist aus verschiedenen Gründen zu bejahen:

- Erstens fällt auf, dass die geschützten Flüchtlinge aus der Türkei (Armenier und Chaldäer) als Christen ebenso Opfer einer religiös-ethnischen Diskriminierung waren wie die Jüdinnen und Juden aus Deutschland, welche in erster Linie von den beiden Abkommen über Flücht-

¹²³ SIMPSON 257.

¹²⁴ So MARUGG 78f.

linge aus Deutschland profitieren konnten. Unter den Flüchtlingen aus Russland befanden sich viele Menschen, die nicht politische Aktivisten gewesen waren, die aber – aus welchen Gründen auch immer – politisch auf der falschen Seite standen und deshalb Gefahren von seiten der siegreichen revolutionären Regierung zu befürchten hatten. Mit anderen Worten: Der Völkerbund schützte zwar nicht alle politisch, religiös oder rassistisch-ethnisch verfolgten Personen; jene Gruppen, die in seinen Vertragswerken Schutz fanden, bestanden aber zu einem grossen Teil aus solchen Personen.

- Die zeitgenössische Doktrin vertrat denn auch folgerichtig die Meinung, hinter dem technischen Begriff der Übereinkommen stecke ein weiter Flüchtlingsbegriff, der zwar formal an der Idee der Staatenlosigkeit anknüpfe, aber in Wirklichkeit auf das Verlassen des Herkunftsstaates aus politischen und ähnlichen Gründen abstelle. So schrieb SIMPSON 1939 in seinem zeitgenössischen Standardwerk:

«The essential quality of a refugee therefore may be said to be that he has left his country of regular residence, of which he may or may not be a national, as a result of political events in that country which render his continued residence impossible or intolerable, and has taken refuge in another country, or, if already absent from his home, is unwilling or unable to return, without danger to life or liberty, as a direct consequence of political conditions existing there. [...] *The term political in this description is used in a sense wide enough to include religious conditions.* Other features of the existence of the refugee, such as the absence of a *de iure* national status (i.e. statelessness), may be incidental but are not essential to his quality as refugee in a non-technical sense. He is distinguished from the ordinary alien or migrant in that he has left his former territory because of political events there, not because of economic conditions or because of the economic attractions of another territory.»¹²⁵

- Diese Auffassung wird nicht nur durch einen Teil der Staatenpraxis¹²⁶, sondern auch durch die Materialien der beiden Verträge über die Flüchtlinge aus Deutschland deutlich bestätigt. Dort ging man übereinstimmend davon aus, dass Personen, welche wegen ihrer politischen Anschauung oder ihrer Religion bzw. ethnischen Herkunft ihr Land verlassen mussten, Flüchtlinge waren. An der Konferenz von 1936 vertrat der französische Delegierte die Meinung, die Definition erfasse «non seulement les israélites allemands»; die Konvention müsse anwendbar sein «à toute personne ayant perdu la nationalité allemande pour des raisons politiques ou religieuses»¹²⁷. Die Niederlande wollten klarstellen, dass Flüchtling nur sei, wer Deutschland «pour des raisons politiques ou religieuses» verlassen habe¹²⁸. Der schweizerische Delegierte Rothmund betonte, die Staaten müssten weiterhin das Recht haben, jeden Fall individuell zu beurteilen «en faisant des discriminations à l'égard des personnes qui, sans raison politique ou religieuse, arrivent en Suisse sans aucun papier»¹²⁹. Grossbritannien schliesslich schlug vor, im Rückschiebungsartikel klarzustellen, dass Rückschiebungen von Personen, welche Deutschland «pour des raisons d'ordre politique, ethnique ou religieux»

¹²⁵ SIMPSON 3f (Hervorhebung durch die Verfasser).

¹²⁶ Vorne 1. Teil A.III.4.

¹²⁷ Conf. S.R.A./1ère session/P.V.2, 9 juillet 1936, 6.

¹²⁸ A.a.O., 9.

¹²⁹ A.a.O., 14.

verlassen haben, stark einzuschränken seien¹³⁰. 1938 wurde die Frage weniger diskutiert, da es bei der Definition bloss um die Ausdehnung auf Staatenlose und den Vorbehalt von Ziff. 2 (Ausschluss bei fehlender Gefährdung) ging. Die bereits zitierte Debatte zwischen dem schweizerischen und dem französischen Delegierten zeigt aber, dass auch damals daran festgehalten wurde, dass Opfer der deutschen Rassengesetzgebung erfasst sein sollten¹³¹.

IV. Flüchtlingsdefinitionen in den Statuten internationaler Organe und Organisationen

1. Der Flüchtlingsbegriff in den Statuten des Intergovernmental Committee on Refugees

1938 beginnt die Überlagerung bzw. die Ablösung des Systems des Völkerbundes zum Schutz der Flüchtlinge durch andere Institutionen. An der Konferenz von Evian, an welcher die Schweiz teilnahm, kam es in diesem Jahr zur Gründung des Intergovernmental Committee on Refugees (IGCR).

Laut der Gründungsresolution vom 14. Juli 1938 sollte sich das Committee mit folgenden Flüchtlingen befassen:

- «(1) Persons who have not already left their country of origin (Germany, including Austria), but who must emigrate on account of their political opinions, religious beliefs or racial origin, and
(2) Persons as defined in (1) who have already left their country of origin and who have not yet established themselves permanently elsewhere.»

Diese Umschreibung enthält einen Flüchtlingsbegriff, der sich in seiner Struktur von den bisherigen Definitionen unterscheidet, indem er nicht mehr am (rechtlich oder tatsächlich) fehlenden diplomatischen Schutz anknüpft, sondern auf das Merkmal der politischen, religiösen oder rassistischen Verfolgung abstellt. Damit begann die Ablösung der kontinentaleuropäischen Definitionstradition durch die angelsächsische, die bereits auf landesrechtlicher Ebene auf eine aus bestimmten Gründen erfolgte Verfolgung abstellte (vgl. die US-amerikanische und britische Einreisegesetzgebung¹³²), wobei die Resolution bloss ausdrücklich in Worte fasste, was inhaltlich schon vorher diskutiert worden war. In der Struktur näherte sich dieser Flüchtlingsbegriff demjenigen an, der dann auch in der Nachkriegszeit Verwendung fand.

Die Definition war insofern innovativ, als sich auch Personen darauf berufen konnten, die sich noch in ihrem Heimatstaat befanden. Damit und mit dem Wechsel der Art, den Begriff des Flüchtlings zu definieren, war allerdings kein erhöhter rechtlicher Schutz der Flüchtlinge verbunden. Offenbar wollte man mit dieser Begriffsbestimmung keine Ausweitung der erfassten Personengruppe im Vergleich mit der Konvention von 1938 erreichen; laut MARUGG wurde

¹³⁰ Conf. S.R.A./1ère session/P.V.4, 16 juillet 1936, 6.

¹³¹ Vorne 1. Teil A.III.3.

¹³² Vorne 1. Teil A.II.2.b.bb.

diese Bezeichnung gewählt, um den eigentlich zu berücksichtigenden Personenkreis, die jüdischen Flüchtlinge aus Deutschland, nicht beim Namen nennen zu müssen¹³³.

Die rechtliche Bedeutung der Definition des Begriffs «Flüchtling» in den Statuten des IGCR war überdies äusserst beschränkt. Die Definition war nur für die Zuständigkeit des IGCR relevant und richtete sich damit primär an das Organ und nur mittelbar an die beteiligten Staaten. Primäre Zielsetzung des IGCR war die Ermöglichung einer geplanten Emigration anstelle unkontrollierter Ausreisen¹³⁴.

Bedeutend ist die Definition des IGCR vor allem deshalb, weil sie die Umschreibung des Flüchtlingsbegriffs in der Folge wesentlich mitbestimmt hat, vor allem in der Erweiterung, die sie anlässlich der Bermuda-Konferenz von 1943 erfahren hat. Dort wurde der Begriff des Flüchtlings neu definiert als

«persons wherever they may be who, as a result of events in Europe, have had to leave, or may have to leave their country of residence because of danger to their lives or liberties on account of their race, religious or political beliefs»¹³⁵.

2. Die Flüchtlingsdefinition der IRO

Nach ihrer Gründung im Jahre 1945 musste die UNO die Aufgabe übernehmen, sich mit internationalen Flüchtlingsproblemen zu befassen, die nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges besonders akut waren. Sie schuf innerhalb ihres Systems 1946 die International Refugee Organization (IRO).

In der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg war vor allem die Behandlung der «displaced persons» und der Nachkriegsflüchtlinge aus Osteuropa umstritten. Diese Frage beeinflusste die Definition des Flüchtlingsbegriffs der IRO massgeblich und führte u.a. zu der ausgesprochen komplexen und detaillierten Definition des Flüchtlingsbegriffs in Annex I der Verfassung der IRO vom 15. Dezember 1946. Die Anerkennung von Vorkriegsflüchtlingen und vor allem von Opfern der Verfolgung in den Verliererstaaten des Zweiten Weltkrieges gab hingegen keinen Anlass zu Auseinandersetzungen¹³⁶. Unterstützt von der IRO wurden ausschliesslich Personen, die nicht repatriert werden konnten oder die völlig frei und in voller Kenntnis der Umstände triftige Gründe gegen eine Rückkehr in den Herkunftsstaat vorbrachten¹³⁷ und die zudem zu einer der in Annex I, Section A, definierten Kategorie von Flüchtlingen gehörte. Diese Bestimmung lautet:

¹³³ MARUGG 85f.

¹³⁴ SIMPSON 225f. Kurze Übersicht über die Zielsetzung des IGCR bei JENNINGS 109.

¹³⁵ MARUGG 89.

¹³⁶ Übersicht über diese Entwicklung bei NATHAN-CHAPOTOT 100ff sowie bei PROUDFOOT 399ff.

¹³⁷ Section C Ziff. 1 des Annexes I der IRO-Statuten.

Section A – Definition of Refugees

«1 [...] the term «refugee» applies to a person who has left, or who is outside of, his country of nationality or former habitual residence, and who, whether or not he had retained his nationality, belongs to one of the following categories:

- a) victims of the nazi or fascist regimes or of regimes which took part on their side in the second world war, or of the quislings or similar regimes which assisted them against the United Nations, whether enjoying international status as refugees or not;
- b) Spanish Republicans and other victims of the Falangist regime in Spain, whether enjoying international status as refugees or not;
- c) persons who were considered refugees before the outbreak of the second world war, for reasons of race, religion, nationality or political opinion.

2 [...] the term «refugee» applies to a person, other than a displaced person as defined in section B of this Annex, who is outside of his country of nationality or former habitual residence, and who, as a result of events subsequent to the outbreak of the second world war, is unable or unwilling to avail himself of the protection of the Government of his country of nationality or former nationality.

3 [...] the term «refugee» also applies to persons who, having resided in Germany or Austria, and being of Jewish origin or foreigners or stateless persons, were victims of nazi persecution and were detained in, or were obliged to flee from, and were subsequently returned to, one of those countries as a result of enemy action, or of war circumstances, and have not yet been firmly resettled therein.»¹³⁸

Die Definition umfasst mehrere Kategorien, unter anderem Opfer des Nazi-Regimes und der faschistischen Regimes, spanische Republikaner und andere Opfer des falangistischen Regimes in Spanien, Personen, die vor Ausbruch des Zweiten Weltkrieges wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität oder politischen Meinung als Flüchtlinge galten, sofern sich diese Personen ausserhalb des Verfolgerstaates befanden. Im einzelnen gilt folgendes:

- Flüchtlinge nach Ziff. 1 dieser Definition sind Personen, die sich ausserhalb des Verfolgerstaates befinden und einer der in lit. a–c bezeichneten Gruppen angehören. Lit. a spricht in wenig deutlicher Weise von der Zugehörigkeit zu einer Gruppe, die Opfer einer Verfolgung durch nationalsozialistische, faschistische oder diese unterstützende Regimes waren. Die Zugehörigkeit zu einer Gruppe, die bereits in der Völkerbundszeit anerkannt war, ist für diese Gruppe nicht entscheidend¹³⁹. Lit. b bezieht sich ausdrücklich auf die spanischen Flüchtlinge. Lit. c schliesslich dient der Bezeichnung derjenigen Gruppen, die bereits durch die verschiedenen Arrangements der Völkerbundszeit anerkannt waren¹⁴⁰. Allerdings werden diese nun nachträglich als Personen, die wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität oder politischen Überzeugung verfolgt waren, bezeichnet¹⁴¹.

¹³⁸ Zitiert nach MARUGG 104. Französische Fassung bei POULIN 187.

¹³⁹ So MARUGG 105. Lit. a erfasste somit etwa auch von den Nationalsozialisten verfolgten Sinti und Roma.

¹⁴⁰ NATHAN-CHAPOTOT 141.

¹⁴¹ HATHAWAY 375. Vgl. auch MARUGG 105. In der Praxis der IRO wurden unter diesen Begriff allerdings auch weitere Kategorien subsumiert, die entweder de jure oder de facto staatenlos waren, denen aber in der Völkerbundszeit kein besonderer Schutz gewährt wurde. Dies ist im Manual for Eligibility Officers festgehalten, welches bestimmt, dass auch Personen «who were refugees before the war although they did not belong to a recognized category of refugees [...]» von der IRO erfasst werden konnten (IRO, Manual for Eligibility Officers, 15, N. 5/6, zit. nach MARUGG 105. Hinweis auch bei GRAHL-MADSEN Refugee Status, 135); allerdings mussten sie immer noch, d. h. auch nach dem Zweiten Weltkrieg, einer Verfolgung aus den genannten Gründen ausgesetzt sein, was nach MARUGG die wichtigste Gruppe dieser Personen, die italienischen Flüchtlinge, ausnahm; siehe MARUGG 105.

- Ziff. 2 umfasst Personen, die aus Gründen, die nach Ausbruch des Zweiten Weltkrieges entstanden, nicht in der Lage oder nicht willens waren, den Schutz ihres (früheren) Heimatstaates zu beanspruchen. Die erste Gruppe (nicht in der Lage) umfasste nach der Praxis der IRO Personen, die von keinem Staat als Staatsangehörige anerkannt wurden oder denen die Rückkehr in ihren Heimatstaat verweigert wurde; die zweite Gruppe (nicht willens) umfasste im wesentlichen Personen, die aus Gründen der Rasse, Religion bzw. der politischen Überzeugung ausserhalb ihres (früheren) Heimatstaates verbleiben wollten (Flüchtlinge aus Deutschland und Osteuropa).
- Ziff. 3 bezieht sich auf Opfer nationalsozialistischer Verfolgung, die ihr Heimatland nicht verlassen hatten oder nicht verlassen konnten und die nun nachträglich wegen der erlittenen Verfolgung emigrieren wollten.

Mit dieser Definition nahm die allmähliche Ablösung eines Systems, das auf Einzelvereinbarungen für bestimmte Flüchtlingsgruppen basierte, ihren Fortgang. Es entstand ein Flüchtlingsbegriff, der auf der Verfolgung aufgrund bestimmter Merkmale beruhte und nicht mehr auf einzelne Gruppen beschränkt war. Nun wurde endgültig klar, dass nicht nur politische Flüchtlinge im auslieferungsrechtlichen Sinn, sondern auch Personen, welche wegen ihrer Rasse, Religion oder Nationalität, d. h. Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen Gruppe, verfolgt wurden, die Flüchtlingsqualität aufweisen.

3. Entwicklung des Flüchtlingsbegriffs in den UNHCR-Statuten und in der Flüchtlingskonvention von 1951

Die Entwicklung der Flüchtlingsbegriffe im Statut des UNHCR und in der Konvention geschah unter dem Eindruck des deutlich hervortretenden Ost-West-Konflikts und vor allem der beginnenden Entkolonialisierung. Die durch den letztgenannten Prozess ausgelösten neuen Fluchtbewegungen beeinflussten die Begriffsbestimmung in entscheidender Weise. Während sich bei den Staaten des Westens kaum Widerstand dagegen regte, die Flüchtlingseigenschaft der (verhältnismässig wenigen) Personen, die aus den Ostblockstaaten flohen, anzuerkennen, gab es gegen die Ausdehnung des Schutzes auf andere Gruppen, etwa die Flüchtlinge in Indien und in Pakistan, erhebliche Vorbehalte¹⁴². Offenbar bestand auch der Eindruck, dass im Zusammenhang mit der Entkolonialisierung mit weiteren grossen Flüchtlingsproblemen zu rechnen sei.

Die Entwicklung der Flüchtlingsbegriffe der Genfer Flüchtlingskonvention und des UNHCR-Statuts waren eng miteinander verzahnt. Die Verhandlungen darüber fielen zwar nicht zusammen, aber die Erarbeitung beider Definitionen erfolgte unter ständiger und umfassender gegen-

¹⁴² Die USA wollten in erster Linie die Zuständigkeit des UNHCR beschränken; an der Flüchtlingskonvention hatten sie weniger Interesse, da Flüchtlinge gemäss amerikanischem Recht relativ rasch einen mit der Rechtsstellung von Staatsangehörigen weitgehend identischen Status erlangten. Ziel war daher wohl vor allem das Vermeiden von unabschätzbaren administrativen und finanziellen Lasten, die mit der Zuerkennung einer umfassenden Zuständigkeit des UNHCR verbunden zu sein schienen; dazu MARUGG 128 mit weiteren Hinweisen.

seitiger Berücksichtigung¹⁴³. Zuweilen verwies man bei der Ausarbeitung der Definition des Statuts explizit auf den (noch zu erarbeitenden) Begriff der Konvention bzw. verknüpfte die beiden formell zusammen¹⁴⁴; aus diesem Grund erlangte vor allem die Arbeit des Ad-hoc-Komitees «on statelessness and related problems», welches die Flüchtlingskonvention vorbereitete, eine grosse Bedeutung auch für den Flüchtlingsbegriff des Statuts.

Ausgangspunkt der Begriffsbestimmung bei der Ausarbeitung des Statuts und der Konvention war der Flüchtlingsbegriff der IRO¹⁴⁵; dies nicht zuletzt deshalb, weil das UNHCR als Nachfolgeorganisation der nur befristet eingesetzten IRO vorgesehen war. Mit der Ausarbeitung der Genfer Flüchtlingskonvention bezweckte man, die Rechtsstellung der Flüchtlinge völkerrechtsrechtlich abzustützen, was bisher, wie die Erfahrungen des Zweiten Weltkrieges und der unmittelbaren Nachkriegszeit gezeigt hatten, nur in unzureichendem Mass geschehen war¹⁴⁶. Trotz dieser Einsicht wurde die Erarbeitung des Flüchtlingsbegriffs auch in dieser Phase in entscheidendem Mass von politischen Überlegungen geprägt. Der allgemeine Flüchtlingsbegriff, der den Arbeiten zugrunde gelegt wurde, gab allerdings während der gesamten Vorarbeiten nie Anlass zu Diskussionen: Dieser baute unbestritten auf der Verfolgung bzw. der Furcht vor Verfolgung aus bestimmten Gründen auf und rückte damit einen menschenrechtlichen Aspekt in den Vordergrund¹⁴⁷.

Es geht aus den Materialien und aus der Literatur nicht eindeutig hervor, wie es genau zur Übernahme dieses Begriffs gekommen ist. Der Schritt von der Konzeption der IRO (Hinweis auf die Verfolgung in Ziff. 1 lit. c der Definition und dann auch in Teil I, Abschnitt C, § I (a) (i) von Annex I (Verfolgung als Grund gegen eine Repatriierung)) zur Verallgemeinerung wird nirgends ausdrücklich vollzogen. Man kann diese Entwicklung aber damit erklären, dass die Verfolgung bzw. die begründete Furcht davor bereits früher als Element des allgemeinen, soziologischen Flüchtlingsbegriffs betrachtet wurden. In diesem Sinn meint GRAHL-MADSEN:

«However, the drafters of the IRO Constitution had not invented the term [persecution, or fear based on reasonable grounds of persecution, die Verf.]. It was in the air, so to speak. It had been employed both by the United Nations Relief and Rehabilitation Administration and by the Allied military authorities responsible for assistance to displaced persons and refugees. [...] Two years after the IRO Constitution was adopted by the General Assembly of the United Nations, the same body included the term «persecution» – as contradistinguished from «persecution genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations» – in Article 14 of the Universal

¹⁴³ So auch MARUGG 122.

¹⁴⁴ Formelle Verknüpfung durch die Resolution der Generalversammlung A/RES 319 (IV) vom Dezember 1949.

¹⁴⁵ Vgl. die Resolution des Wirtschafts- und Sozialrats der UNO (ECOSOC) E/RES 248 (IX): Das Generalsekretariat soll Vorschläge für eine Nachfolgeorganisation der IRO vorlegen; bezüglich der Definition verweist die Resolution kurz auf «refugees who have been the concern of the IRO under its mandate»; in den einleitenden Erwägungen wird jedoch auch auf eine mögliche Ausweitung der Definition hingewiesen. Vgl. MARUGG 123. Mit dieser Resolution wird auch das Ad-hoc-Komitee eingesetzt.

¹⁴⁶ MARUGG 118.

¹⁴⁷ Vgl. in den Protokollen des Ad-hoc-Komitees z. B. E/AC.32/SR.3 N. 25 (Frankreich). VERNANT (14) setzt Verfolgung mit Massnahmen und schweren Sanktionen willkürlicher Art gleich, die gegen eine Person oder ihre Güter gerichtet und unvereinbar mit den Grundsätzen der AEMR sind. Weitere Hinweise zum menschenrechtlichen Hintergrund aus der zeitgenössischen Literatur bei GRAHL-MADSEN, Refugee Character, 193f.

Declaration of Human Rights. It was only shortly afterwards that the term <persecution> was incorporated in the drafts for the UNHCR Statute and the Refugee Convention.»¹⁴⁸

Allerdings war umstritten, ob dieser weite und allgemeine Begriff in die Konvention bzw. in das Statut übernommen werden sollte. Den Befürwortern dieser Position standen andere gegenüber, die dafür plädierten, den rechtlichen Schutz nur einzelnen, genau bestimmten Kategorien von Flüchtlingen zukommen zu lassen. Entscheidend für diese Haltung war nicht eine grundsätzlich andere Vorstellung über den Flüchtlingsbegriff, sondern das Bestreben, allzu hohe finanzielle Lasten für das UNHCR bzw. die dieses finanzierenden Staaten zu vermeiden.

Die Meinungsverschiedenheiten über den Flüchtlingsbegriff, der für die Konvention bzw. das Statut gewählt werden sollte, schlugen sich in zwei unterschiedlichen Definitionsansätzen nieder. Die eine Seite wollte den Flüchtlingsbegriff weiterhin über bestimmte Gruppen festlegen. Einzelflüchtlinge wären dann nur als Mitglieder einer dieser Gruppen erfasst worden. Im Unterschied zum Flüchtlingsbegriff der IRO sollte die Verfolgung deutlicher als gemeinsames Element hervorgehoben werden; allerdings sollten weiterhin bestimmte Kategorien enumerativ genannt werden. Dies war vor allem die Position der USA. Die andere Seite wollte einen allgemeinen, individuellen und für zukünftige Entwicklungen offenen Flüchtlingsbegriff verankern¹⁴⁹, d. h. einen Flüchtlingsbegriff, der die Zugehörigkeit zu einer bestimmten, festgelegten Gruppe nicht mehr als primäres Erfordernis vorsah¹⁵⁰.

Die entscheidenden Diskussionen fanden vor allem im Ad-hoc-Komitee statt. Sie sind von diesem Streit um eine allgemeine oder eine enumerative Definition geprägt. Der Ausgangspunkt, dass nämlich die begründete Furcht vor Verfolgung das wesentliche Element des Flüchtlingsbegriffs war, wurde dabei nie in Frage gestellt; diese Frage wurde nicht einmal aufgeworfen, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt (und folglich auch nicht diskutiert). Diese in der Definition der IRO (siehe dort Ziff. 1 lit. c) noch nicht in allgemeiner Weise festgehaltene, aber doch bereits prägende Umschreibung war für die Begriffsbestimmung im Rahmen der Erarbeitung des UNHCR-Statuts und der FK daher zentral. Die Entwicklung, die sich mit dem IGCR-Statut angebahnt hatte, setzte sich hier nun durch. Diese Feststellung wird allerdings durch die Tatsache relativiert, dass sich in den Verhandlungen schliesslich ein enger Ansatz durchsetzen konnte, welcher den Geltungsbereich der Flüchtlingskonvention von 1951 auf Ereignisse vor dem 1. Januar 1951 als relevante Fluchtursachen beschränkte¹⁵¹ und zudem den Staaten die Möglichkeit einräumte, zusätzlich eine geographische Beschränkung auf Flüchtlinge aus Europa zu wählen. Für die Definition im UNHCR-Statut wurden die Einschränkungen auf

¹⁴⁸ GRAHL-MADSEN (Refugee Character) 189.

¹⁴⁹ MARUGG 119.

¹⁵⁰ Dies war vor allem die Position von Grossbritannien und (wenn auch nur in einer ersten Phase) von Frankreich. Zu den verschiedenen Standpunkten: Ad hoc-Committee on Statelessness and Related Problems, Third meeting, 17. Januar 1950 (E./AC.32/SR.3).

¹⁵¹ Diese Beschränkungen wurden erst im Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. Januar 1967 aufgehoben.

bestimmte Gruppen jedoch zugunsten einer allgemeinen und zukunfts offenen Definition fallengelassen (vgl. vor allem Ziff. 6 B des Statuts)¹⁵².

V. Schlussfolgerungen

1. Beurteilungskriterien

Für die Beurteilung der schweizerischen Flüchtlingspolitik im Zweiten Weltkrieg erscheinen folgende Gesichtspunkte relevant:

- Die Schweiz war im fraglichen Zeitpunkt an keine internationale Konvention gebunden, die sie verpflichtet hätte, Flüchtlingen Asyl zu gewähren¹⁵³. Das von ihr ratifizierte provisorische Arrangement vom 4. Juli 1936 erfasste zwar nicht nur «politische Flüchtlinge» im Sinne von Art. 21 ANAG, sondern auch Jüdinnen und Juden aus Deutschland. Art. 2 verpflichtete die Staaten aber zur Ausstellung von Identitätspapieren bloss an Flüchtlinge «séjournant régulièrement sur leur territoire», und die Aufenthalts- und Bewegungsfreiheit dieser Flüchtlinge im Zufluchtsstaat stand unter dem Vorbehalt des Rechts des Aufenthaltsstaates «de régler le droit de résidence».
- Die schweizerische Haltung, dass höchstens eine vorübergehende Aufnahme von Flüchtlingen, nicht aber ihre permanente Niederlassung in Frage kam, wurde bereits vor Kriegsausbruch durch andere Nachbarstaaten Deutschlands geteilt.
- Die Schweiz war aus Völkerrecht nicht verpflichtet, innerstaatlich einen über Art. 21 ANAG hinausgehenden Flüchtlingsbegriff zu verwenden. Im fraglichen Zeitraum bestand international aber bereits ein weiter Flüchtlingsbegriff, welcher die Opfer rassistischer Verfolgung durch das Naziregime ohne weiteres abdeckte und zum Ausdruck brachte, dass die internationale Staatengemeinschaft diese Flüchtlinge rechtlich als Personen einstufte, welche eines minimalen Schutzes durch die Zufluchtsstaaten bedürftig und würdig waren.
- Auf internationaler Ebene partizipierte die Schweiz aktiv an den Rechtsetzungsaktivitäten des Völkerbundes im Bereich des Flüchtlingsrechts und trug dessen Bestrebungen zur Schaffung eines wenigstens minimalen Schutzes für Opfer der deutschen Rassenverfolgung aktiv mit¹⁵⁴. Im Innern dagegen versteifte sie sich trotz Kenntnis der modernen Entwicklungen auf einen engen und traditionellen Flüchtlingsbegriff, welcher aus dem 19. Jahrhundert stammte und wenig geeignet war, adäquate Antworten auf die Herausforderungen der zeitgenössischen Flüchtlingsprobleme zu geben. So fällt bei der Lektüre zeitgenössischer

¹⁵² MARUGG 141. Er vermutet, dass diese Ausweitung deshalb zustande kam, weil das UNHCR unter der Kontrolle der UNO stand, so dass immer noch Einfluss auf die Umsetzung des Mandats genommen werden konnte (MARUGG 145).

¹⁵³ Zur Frage des Rückschiebungsverbotes siehe hinten 1. Teil B.II.3.b.

¹⁵⁴ Vgl. z. B. die Aussage des schweizerischen Delegierten an der Konferenz von 1936, vorne 1. Teil A.III.3.

Doktrin und Praxis der Schweiz auf, dass die internationale Debatte nicht den geringsten Einfluss auf die landesinterne Diskussion hatte¹⁵⁵.

2. Entwicklung des Flüchtlingsbegriffs im Völkerrecht in Hinblick auf bestimmte Flüchtlingskategorien

Was die in Punkt 3.1.1 des Mandates genannten Kategorien von Flüchtlingen betrifft, lassen sich folgende Aussagen machen:

- *Politische Flüchtlinge* im Sinne von Art. 21 ANAG fielen völkerrechtlich zu einem grossen Teil unter den auslieferungsrechtlich geprägten Flüchtlingsbegriff. Völkerrechtlich gab es für sie ausserhalb der Nichtauslieferungsklausel für politische Delikte in den Auslieferungsverträgen der meisten Staaten kein spezifisches Instrument. Soweit sie aus Gebieten kamen, welche von den Flüchtlingskonventionen des Völkerbundes erfasst waren (Russland, Türkei, Deutschland), und die Voraussetzung der dort verankerten weiteren Flüchtlingsdefinitionen erfüllten, fielen sie aber in den Geltungsbereich der betreffenden Instrumente.
- *Jüdinnen und Juden aus Deutschland*, die (früher) die Staatsangehörigkeit dieses Landes besaßen, waren von der provisorischen Übereinkunft betreffend die Rechtsstellung der Flüchtlinge aus Deutschland vom 4. Juli 1936 erfasst; die Konvention vom 10. Februar 1938 betreffend die Rechtsstellung der Flüchtlinge aus Deutschland dehnte den Schutz auf alle staatenlosen Jüdinnen und Juden aus, d. h. auch auf jene, die früher Angehörige eines andern Staates waren, falls sie sich vor der Flucht in Deutschland aufhielten. Das Zusatzprotokoll vom 14. September 1939 dehnte den Geltungsbereich der beiden Konventionen auf Flüchtlinge aus *Österreich* nach dem Anschluss aus. Die Schweiz hatte nur die provisorische Übereinkunft von 1936 ratifiziert.
- Diese Verträge waren unter den gleichen Voraussetzungen auch auf *Zeugen Jehovas* und «*Zigeuner*» (Sinti und Roma) aus Deutschland bzw. Österreich anwendbar, sofern sie zumindest ursprünglich die Staatsangehörigkeit dieser Staaten besaßen hatten.
- Keine Anwendung fanden diese Verträge auf Gebiete, die von Deutschland besetzt waren. Flüchtlinge irgendwelcher Art aus diesen Gebieten waren damit durch keinen völkerrechtlichen Vertrag geschützt. Angesichts der fallbezogenen Vorgehensweise und der Ad-hoc-Lösungen des Völkerbundes kann auch nicht von der Existenz eines gewohnheitsrechtlichen Flüchtlingsbegriffs ausgegangen werden¹⁵⁶. Auch das Mandat des Intergovernmental Committee on Refugees war 1938 auf Flüchtlinge aus Deutschland und Österreich beschränkt.

¹⁵⁵ So werden die Arbeiten des Völkerbundes und die von der Schweiz ratifizierten Konventionen in der zeitgenössischen Literatur überhaupt nicht oder nur ganz am Rand erwähnt.

¹⁵⁶ JENNINGS 110.

- Für Militärflüchtlinge galten, wie noch ausführlich darzustellen sein wird¹⁵⁷, folgende Grundsätze: Als Vertragspartei des Haager Abkommens vom 18. Oktober 1907 betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges war die Schweiz berechtigt, aber nicht verpflichtet, entlohene Kriegsgefangene aufzunehmen; sie durfte sie nicht internieren, konnte ihnen aber einen Aufenthaltsort zuweisen. Sie durfte in unser Land geflohene oder abgedrängte Truppenteile oder Einzelangehörige kriegführender Staaten aufnehmen, war dazu aber völkerrechtlich nicht verpflichtet; sie durfte sie internieren und musste sie in diesem Fall mit minimalen Subsistenzgütern (Nahrung, Kleidung etc.) ausstatten. Für Deserteure bestanden keine völkerrechtlichen Regeln; die Schweiz hatte sie aber schon in früheren Kriegen regelmässig aufgenommen.

¹⁵⁷ Hinten 2. Teil B.II.2.

B. Das Non-Refoulement-Prinzip

I. Einleitung

1. Fragestellung

Im Folgenden geht es darum, die Entwicklung des Verbotes der Rückschiebung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat, das sogenannte Prinzip des Non-Refoulement, darzustellen und auf seinen Inhalt sowie seine Geltungskraft hin zu untersuchen (Ziff. 3.1.2 des Mandats).

Das internationale Flüchtlingsrecht hat, wie bereits dargelegt¹⁵⁸, seine Wurzeln im Auslieferungsrecht des 19. Jahrhunderts und dem dort verankerten Grundsatz der Nichtauslieferung für politische Delikte. Damals war anerkannt worden, dass nicht seinen Verfolgern ausgehändigt werden soll, wer für seine politischen Ideale gekämpft hat. Der Begriff des (auslieferungsrechtlichen) Asyls fiel mit jenem der Nichtrückschiebung zusammen¹⁵⁹. Die Nichtauslieferung politischer Straftäter ist für die Flüchtlingspolitik des Zweiten Weltkrieges nicht direkt relevant und soll deshalb hier nicht weiter vertieft werden; sie hat allerdings, wie ebenfalls bereits erwähnt, grossen Einfluss auf die schweizerische Unterscheidung zwischen grundsätzlich nicht rückschiebbaren politischen Flüchtlingen und rechtlich dagegen nicht geschützten «anderen» Flüchtlingen gehabt.

Direkt relevant sind demgegenüber die Übereinkommen des Völkerbundes, welche teilweise erste Rückschiebungsverbote enthalten. Sie werden im Folgenden ausführlich dargestellt, wobei wenigstens ein kurzer Blick auf die Staatenpraxis vor und während des Zweiten Weltkrieges zu werfen ist (Ziff. II). Dabei werden drei Aspekte des Non-Refoulement zu unterscheiden sein:

- die Rückschiebung von Flüchtlingen, die vom Zufluchtsstaat aufgenommen worden sind;
- die Rückschiebung von Flüchtlingen, die sich illegal auf dem Gebiet des Zufluchtsstaates aufhalten;
- die Abweisung von Flüchtlingen an der Grenze inklusive die Rückschiebung jener, die unmittelbar nach einer illegalen Einreise im grenznahen Raum aufgegriffen werden.

Es wird sich zeigen, dass der Rückschiebungsschutz des Völkerbundes insgesamt schwach ausgebildet war und sich auf die erste Kategorie konzentrierte. Die Abweisung an der Grenze wurde nicht allgemein verboten oder war gar vom Verbot der Rückschiebung ausdrücklich ausgenommen. Die besonders wichtige Frage möglicher Schranken der Abweisung an der Grenze wurde erst nach dem Zweiten Weltkrieg anlässlich der Erarbeitung des Rückschiebungsverbotes von Art. 33 der Flüchtlingskonvention von 1951 diskutiert. Auf die

¹⁵⁸ Vorne 1. Teil A.II.2.

¹⁵⁹ Dazu vorne 1. Teil A.II.2.

Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung ist deshalb ebenfalls vertieft einzugehen (hinten Ziff. III). Die Ausführungen werden mit einigen Schlussfolgerungen abgeschlossen (Ziff. IV).

Aus rechtlicher Sicht keine besondere Bedeutung kommt den Aktivitäten des Intergovernmental Committee on Refugees (IGCR) und der International Refugee Organization (IRO) zu. Diese Organisationen setzten sich zwar aus humanitären Gründen dafür ein, dass Flüchtlinge nicht zurückgeschoben wurden, sondern in einen Drittstaat weiterreisen konnten; Rückschiebungsverbote sind aber in ihren Rechtsgrundlagen nicht erwähnt.

2. Rechtliche Grundlagen der schweizerischen Praxis im Zweiten Weltkrieg

Bevor die Entwicklung auf internationaler Ebene beschrieben wird, macht es Sinn, die rechtlichen Grundlagen für die Rückschiebungspraxis der Schweiz im Zweiten Weltkrieg kurz zusammenzufassen. Dabei ist zwischen politischen Flüchtlingen, anderen Zivilflüchtlingen und Militäreflüchtlingen zu unterscheiden.

a) Rückschiebung/Ausweisung politischer Flüchtlinge

Am 7. April 1933 erging der *BRB über die Behandlung politischer Flüchtlinge*. Politische Flüchtlinge unterstanden für die Regelung ihres Aufenthaltsverhältnisses den fremdenpolizeilichen Vorschriften und konnten daher auch aus- oder weggewiesen werden¹⁶⁰. Ein Kreisschreiben des EJPD vom 20. April 1933 an die Kantonsregierungen ordnete an, «dass Ausländer, die zwischen den Grenzübergangsstellen in die Schweiz einreisten, der nächsten offiziellen Übergangsstelle zuzuführen seien. Gegenüber Personen, die sich offensichtlich zu Unrecht als politische Flüchtlinge ausgäben, habe Zurückweisung unter Meldung an die Bundesanwaltschaft zu erfolgen».¹⁶¹ Der Grundsatz der Nichtückschiebung «echter» politischer Flüchtlinge wurde damit wenigstens andeutungsweise und indirekt anerkannt.

Mit *BRB vom 28. März 1938* führte der Bundesrat für Inhaber österreichischer Reisepässe ab dem 1. April 1938 die Visumpflicht wieder ein. In den Ausführungen wird festgehalten, dass «die ohne Visum oder gar ohne Pass an der Grenze erscheinenden Flüchtlinge, die glaubhaft machen, dass sie wegen Gefahr für Leib und Leben das Land verlassen müssen, [...] zu behandeln [sind] wie Flüchtlinge aus Deutschland. Auf sie findet der Bundesratsbeschluss vom 7. April 1933 über die Behandlung der politischen Flüchtlinge Anwendung.»

Mit Art. 9 des *BRB vom 17. Oktober 1939 über Änderungen der fremdenpolizeilichen Regelung* wurde ausdrücklich festgelegt, dass rechtswidrig eingereiste politische Flüchtlinge¹⁶², die von der Bundesanwaltschaft gemäss *BRB vom 7. April 1933 über die Behandlung politischer Flüchtlinge* anerkannt worden waren, nicht in ihr Herkunftsland zurückgeschafft werden

¹⁶⁰ LUDWIG 54.

¹⁶¹ Zitiert nach LUDWIG 55.

¹⁶² Zu diesem Begriff vorne 1. Teil A.I.3.b.

sollten¹⁶³. HAEFLIGER, dessen Dissertation die einzige zeitgenössische Untersuchung zum Rückschiebungsverbot mit Anspruch auf eine etwas vertiefte Behandlung darstellt, führt in diesem Sinne aus:

«Sobald sich also ein rechtswidrig eingereister Ausländer glaubwürdig darauf beruft, er sei in seinem Ursprungsland einer politischen Verfolgung ausgesetzt, darf er sich bis zum Entscheid durch die Bundesanwaltschaft in der Schweiz aufhalten. Mit der Anerkennung nun ist er gegen die Ausschaffung endgültig geschützt.»¹⁶⁴

An einer anderen Stelle meint er:

«Politische Flüchtlinge, die die fremdenpolizeilichen Vorschriften oder die Toleranzbedingungen missachten, können weg- oder ausgewiesen werden. Diese Verfügungen werden jedoch nur vollzogen, wenn der Flüchtling in einem dritten Staat Zuflucht findet oder sein Fortkommen dort einigermaßen gesichert erscheint. Keine Ausweisung findet in der Regel statt aus dem Grunde, dass er der öffentlichen oder privaten Wohltätigkeit zur Last fällt. Ist dies der Fall oder käme ein Vollzug der Aus- oder Wegweisung nur in sein Ursprungsland in Betracht, wird der Flüchtling interniert.»¹⁶⁵

Der Grundsatz der Nichtrückweisung politischer Flüchtlinge wurde, wie die im nächsten Abschnitt dargestellten Beschlüsse, Weisungen und Kreisschreiben zeigen, während des Zweiten Weltkriegs immer wieder bestätigt.

b) Rückschiebung ziviler Flüchtlinge bzw. «politischer Emigranten»

Bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) am 1. Januar 1934 bildete die verschiedentlich abgeänderte Verordnung des Bundesrates über die Kontrolle der Ausländer vom 29. November 1921 die rechtliche Grundlage für die Behandlung von Flüchtlingen¹⁶⁶. Mit Ausnahme der Angehörigen einiger weniger Staaten und staatenloser Personen bestand kein Visumszwang, d. h., für die Einreise genügte grundsätzlich der Besitz eines anerkannten Ausweispapieres. Ausländer, die sich länger als acht Tage in der Schweiz aufzuhalten beabsichtigten, mussten sich spätestens am achten Tag bei den Polizeibehörden des Aufenthaltsortes anmelden. Dies galt nicht für diejenigen Ausländer, die weniger als drei Monate ohne Erwerbsabsichten in der Schweiz weilten. Schriftenlose und Ausländer ohne genügende Ausweispapiere konnten über die Grenze abgeschoben werden. Die Kantone waren ermächtigt, Ausländer wegen Unterlassung der Anmeldung, Verweigerung der Auskunft, Widerhandlungen gegen die Weisungen von Polizeibehörden oder ungenügenden Ausweisen auszuschaffen. Ferner war dem Bundesrat das Recht vorbehalten, im Fall von politischen, wirtschaftlichen oder gesundheitlichen Gefahren oder wenn einzelne Staaten der Einreise von Schweizern besondere Hindernisse in den Weg legten, die Grenze für die Einreise ganz oder teilweise zu schliessen.

¹⁶³ Der Wortlaut der Bestimmung findet sich hinten 1. Teil B.I.2.b.

¹⁶⁴ HAEFLIGER 89.

¹⁶⁵ HAEFLIGER 89.

¹⁶⁶ Vgl. hierzu und zum folgenden LUDWIG 24ff.

Auf den 1. Januar 1934 trat das ANAG in Kraft. Zur Übersiedlung oder zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit eingereiste Ausländer mussten sich nun innert 14 Tagen – durch einen BRB vom 28. November 1934 wurde diese Frist auf 8 Tage reduziert – anmelden. Alle anderen Ausländer mussten sich erst nach drei Monaten anmelden. «Ausländer, die keine Bewilligung besaßen, konnten jederzeit zur Ausreise aus der Schweiz verhalten werden. Ferner waren sie zur Ausreise verpflichtet, wenn ihnen eine Bewilligung oder die Verlängerung einer solchen verweigert oder die Bewilligung widerrufen oder entzogen wurde. Kam der Ausländer der Pflicht zur Ausreise nicht nach, so konnte er ausgeschafft werden, und erwies sich die Ausschaffung als undurchführbar, so war an deren Stelle Internierung bis auf die Dauer von zwei Jahren zulässig [...]».¹⁶⁷ Zivile Flüchtlinge unterstanden grundsätzlich den Bestimmungen des ANAG und somit auch der Bestimmung von Art. 14 ANAG, wonach Ausländer, die der Pflicht zur Ausreise nicht nachkommen, ausgeschafft werden können¹⁶⁸. Einzig wenn die Ausschaffung nicht durchführbar war, konnte an deren Stelle die Internierung treten.

Diese Regelungen wurden ab 1939 durch Notrecht vielfältig ergänzt und teilweise modifiziert. Für die Handhabung der Rückschiebungsproblematik waren v.a. folgende Erlasse und Weisungen relevant:

- *Weisungen des EJPD vom 31. März 1933 betreffend die Einreise von Israeliten*: Mit diesen Weisungen legte der Bundesrat den Grundsatz fest, dass Flüchtlinge in der Schweiz nur vorübergehenden Schutz erhalten und ein dauernder Aufenthalt nicht möglich sei. Die Schweiz sollte lediglich Transitland sein¹⁶⁹.
- *Der BRB vom 28. März 1938 über die Einführung der Visumpflicht für Personen aus Österreich* verbot zwar die Abweisung von Flüchtlingen, «die glaubhaft machen, dass sie wegen Gefahr für Leib und Leben das Land verlassen müssen», erlaubte damit aber e contrario, anderen Flüchtlingen die Einreise zu untersagen.
- *Das Kreisschreiben vom 10. August 1938 an die Grenzposten der schweizerisch-deutschen Grenze* bestimmte:

«Personen, die mit einem österreichischen Pass ohne das erforderliche Visum eines schweizerischen Konsulates an einem Grenzpolizei-posten die schweizerische Grenze überschreiten wollen, sind zurückzuweisen und der deutschen Grenzpolizei zu übergeben. Diese Übergabe ist notwendig, weil solche Flüchtlinge Gefahr laufen, von den deutschen Behörden bestraft zu werden, wenn sie nach ihrer Rückreise nach Deutschland von der Polizei aufgegriffen werden und den Nachweis nicht erbringen können, dass sie von der schweizerischen Behörde zurückgewiesen worden sind. Flüchtlinge, die mit der Bahn eintreffen, sind auf dem gleichen Weg zurückzuspedieren. [...] Flüchtlinge, die die Grenze zwischen den Grenzposten überschritten haben und aufgegriffen werden, sind der schweizerischen Ortspolizeibehörde zu übergeben, die gemäss Weisung der kantonalen Polizeibehörde vorgeht. Sollten solche schon einmal der deutschen Grenzpolizei übergeben worden sein, so sind sie dieser wiederum zurückzuführen, unter Aufklärung des Sachverhalts und mit einer Reklamation an die Adresse dieser Behörde. [...]»

¹⁶⁷ LUDWIG 26.

¹⁶⁸ GUILLERMET 215.

¹⁶⁹ EJPD-Bericht 7.

- Diese Instruktionen wurden mit einem weiteren *Kreisschreiben vom 18. August 1938* an die gleichen Adressaten ergänzt:

«Im Nachgang und in Erweiterung unseres Kreisschreibens vom 10. August teilen wir Ihnen mit, dass alle Personen, die mit einem österreichischen Pass ohne das erforderliche Visum eines schweizerischen Konsulates die schweizerische Grenze überschreiten wollen, ausnahmslos zurückzuweisen sind. Solche, denen es gelungen ist, die Grenze zwischen den Posten zu überschreiten, sind über die Grenze zurückzustellen. [...]»

- Das *Kreisschreiben vom 7. September 1938 an die schweizerischen Grenzpolizeiposten* bestätigte die Kreisschreiben vom August und ordnete an, zurückzuweisen seien auch

«Emigranten, die Inhaber eines deutschen Passes sind [...]. Insbesondere muss festgestellt werden, ob die Pässe (mit Ausnahme der Diplomatenpässe) seit dem 15. August 1938 ausgestellt worden sind. Wenn ja, sind diejenigen Inhaber dieser Pässe zurückzuweisen, die Juden oder sehr wahrscheinlich Juden sind [...]. In den Pass ist der Eintrag <Zurückgewiesen> zu machen mit dem Stempel des Grenzpolizeipostens, der durchzustreichen ist.»

- Der bereits erwähnte *BRB über Änderungen der fremdenpolizeilichen Regelung vom 17. Oktober 1939* bestimmte:

Art. 9 (Ausschaffung)

Die Kantone haben Ausländer, die rechtswidrig in die Schweiz kommen oder seit Inkrafttreten des Bundesratsbeschlusses vom 5. September 1939 über Einreise und Anmeldung der Ausländer in die Schweiz gekommen sind, ohne weiteres auszuschaffen in das Land, aus dem sie gekommen sind oder dem sie angehören. Dies gilt nicht für Deserteure (siehe Art. 16 dieses Beschlusses) und für von der Bundesanwaltschaft gemäss Bundesratsbeschluss vom 7. April 1933 über die Behandlung der politischen Flüchtlinge als solche anerkannte Ausländer.

Art. 15 (Ausschaffung von Emigranten)

Die eidgenössische Fremdenpolizei kann verfügen, dass ein Emigrant in das Land ausgeschafft wird, aus dem er gekommen ist oder dem er angehört, wenn er:

sich rechtswidrig in der Schweiz aufhält;

gegen das Verbot der politischen oder neutralitätswidrigen Betätigung oder der Erwerbstätigkeit verstösst;

seine Bemühungen zur Weiterreise nicht mit allem Nachdruck fördert oder die Möglichkeit dazu nicht benutzt;

den Behörden unrichtige Angaben macht, auch über seine finanziellen Verhältnisse;

sich den behördlichen Anordnungen oder der Heim- oder Lagerdisziplin nicht fügt, sich einer Bestandsaufnahme (Art. 17) entzieht oder sich sonst schwere Unregelmässigkeiten zuschulden kommen lässt;

an der rechtswidrigen Einreise eines anderen Emigranten oder deren Versuch teilnimmt.

- Das *Kreisschreiben vom 18. Juni 1940 an die Polizeidirektionen der Kantone an der schweizerisch-französischen Grenze* sah die Rückweisung von flüchtenden Zivilpersonen, mit Ausnahme von Frauen, Kindern bis 16, Männern über 60 und Invaliden vor. Unverzüglich auszuschaffen waren Personen, welche die Grenze heimlich überschritten hatten.

- Am 4. August 1942 beschloss der Bundesrat, dass künftig illegal in die Schweiz eingereiste Ausländer zurückzuweisen seien, selbst wenn diese damit an Leib und Leben gefährdet würden:

«1. Art. 9 des Bundesratsbeschlusses über Änderungen der fremdenpolizeilichen Regelung vom 17. Oktober 1939 sieht vor, dass die Kantone Ausländer, die rechtswidrig in die Schweiz kommen, ohne weiteres auszuschaffen haben in das Land, aus dem sie gekommen sind oder dem sie angehören. Die Polizeiabteilung des Justiz- und Polizeidepartementes, der die Fälle unerlaubter Einreise von Ausländern in der Regel unterbreitet werden, hat aus Gründen der Menschlichkeit sowie aus aussen- und innenpolitischen Erwägungen immer mehr von der Rückweisung rechtswidrig eingereister ausländischer Flüchtlinge abgesehen und die Aufnahme (mit Internierung) angeordnet, sodass der erwähnte Art. 9 schliesslich nur noch ausnahmsweise angewendet wurde.

2. Der Zustrom fremder Zivilflüchtlinge ist nun aber feststelltermassen mehr und mehr organisiert, wird von gewerbsmässigen «Passeurs» gefördert und hat in den letzten Monaten ein Ausmass und einen Charakter angenommen, dass eine wieder strengere Anwendung des Artikels 9 des Bundesratsbeschlusses vom 17. Oktober 1939 geboten ist, künftig also in vermehrtem Masse Rückweisungen von ausländischen Zivilflüchtlingen stattfinden müssen, auch wenn den davon betroffenen Ausländern daraus ernsthafte Nachteile (Gefahren für Leib und Leben) erwachsen könnten.»

- Das *Kreisschreiben an die Polizeidirektionen der Kantone und an die kantonalen Polizeikommandos vom 13. August 1942 – Eindämmung des Zustroms ausländischer Zivil- und Militärflüchtlinge* – führte aus:

«Obschon Art. 9 des Bundesratsbeschlusses über Änderungen der fremdenpolizeilichen Regelung vom 17. Oktober 1939 vorsieht, dass Ausländer, die rechtswidrig in die Schweiz kommen, ohne weiteres auszuschaffen sind in das Land, aus dem sie gekommen sind oder dem sie angehören, wurde in der letzten Zeit aus Gründen der Menschlichkeit sowie aus aussen- und innenpolitischen Erwägungen nur ausnahmsweise von dieser Bestimmung Gebrauch gemacht. [...] Nachdem nun aber der Zustrom nicht nur viel grösser geworden ist, sondern [...] auch [...] von [...] «Passeurs» gefördert wird, hat der Bundesrat kürzlich [...] die Weisung gegeben, inskünftig Art. 9 wiederum strenger anzuwenden, also in vermehrtem Masse ausländische Zivilflüchtlinge zurückzuweisen. [...] Da zu erwarten ist, dass zwischen den Grenzposten des Nachbarstaates «schwarz» zurückgewiesene Flüchtlinge versuchen werden, an einem anderen Ort in die Schweiz zurückzukehren, ist ihnen vor der Rückweisung die Übergabe an die ausländische Grenzpolizei anzudrohen, sofern sie nochmals die Grenze überschreiten sollten. [...] Alle schon einmal «schwarz» zurückgewiesenen Flüchtlinge, die neuerdings auf schweizerischem Gebiet aufgegriffen werden, sind durch die zivile Polizei der ausländischen Grenzpolizei zu übergeben.»

- Dieses Kreisschreiben begleitete die berühmte Weisung vom 13. August 1942, dass illegal einreisende Ausländer mit Ausnahme von entwichenen Kriegsgefangenen, Deserteuren und politischen Flüchtlingen zurückzuweisen seien, wobei ausdrücklich festgehalten wurde, dass «Flüchtlinge nur aus Rassegründen, z. B. Juden, [...] nicht als politische Flüchtlinge» galten und deshalb der Rückweisung unterlagen¹⁷⁰.
- Das *Kreisschreiben an die Polizeidirektionen der Kantone und an die kantonalen Polizeikommandos vom 25. August 1942* milderte die Rückschiebungspflicht für «ausländische Flüchtlinge, die hinter der schweizerischen Grenzkontrolle angehalten werden», bestätigte es aber für Abweisungen an der Grenze.

¹⁷⁰ Zitiert nach LUDWIG 205; französischer Text in DDS 14, 725f.

- Die *telephonische Weisung über die Behandlung von Flüchtlingen aus dem unbesetzten Frankreich vom 26. September 1942* lautete:

- «I. Illegal einreisende Ausländer sind zurückzuweisen.
- II. Hievon sind auszunehmen
 1. Deserteure, [...]
 2. Politische Flüchtlinge, [...] Flüchtlinge nur aus Rassegründen sind nach bisheriger Praxis nicht politische Flüchtlinge.
 3. Härtefälle
 - a) Offenbar kranke Personen und schwangere Frauen,
 - b) Flüchtlinge im Alter über 65 Jahre. Bei Ehegatten wenn wenigstens einer über 65 Jahre ist.
 - c) Alleinreisende Kinder unter 16 Jahren,
 - d) Eltern mit eigenen Kindern unter 16 Jahren,
 - e) Flüchtlinge, die sofort behaupten und es auch glaubhaft machen, dass sie nahe Angehörige (Ehegatte, Eltern, Kinder) in der Schweiz oder sonstwie enge Beziehungen zu der Schweiz (langjähriger Aufenthalt in der Schweiz) haben.
- III. Ausnahmslos zurückzuweisen sind französische Juden, da sie in ihrem Heimatland nicht gefährdet sind.
- IV. In Zweifelsfällen [...] mit uns telephonisch [...] Fühlung nehmen.»

- Mit *Weisung vom 11. November 1942* wurde diese Massnahme gemildert:

«Französische Flüchtlinge, auch Juden, sind bis auf weiteres aufzunehmen und in Auffanglager zu verbringen. Zurückzuweisen sind den Grenzorganen bekannte Unerwünschte. Für die anderen jüdischen Flüchtlinge bleiben die bisherigen Weisungen bestehen, soweit sie praktisch durchführbar sind.»

- Die *Weisungen vom 29. Dezember 1942 über Rückweisung oder Aufnahme illegal einreisender Ausländer* bestimmten:

«1. Ausländer, die beim illegalen Überschreiten der Grenze oder unmittelbar nachher in der Grenzgegend von Grenzwach- oder Polizeiorganen angehalten werden, sind von diesen über die Grenze zurückzuweisen. Nicht zurückzuweisen sind Ausländer der in Abschnitt II aufgezählten Kategorien. [...]

2. Die Rückweisung hat sofort und ohne weiteres zu erfolgen, es sei denn, die Zeit- oder Witterungsverhältnisse oder der körperliche Zustand des Flüchtlings lassen einen Aufschub von einigen Stunden geboten erscheinen; wenn nötig sind die Flüchtlinge, soweit es nach den Umständen möglich ist, vor der Rückweisung zu verpflegen.

Auf jeden Fall ist darauf zu achten, dass Flüchtlinge, die zurückgewiesen werden müssen, mit niemandem (Verwandten, Bekannten, Anwälten, Gesandtschaften, Konsulaten, Flüchtlingsorganisationen usw.) direkt oder indirekt (namentlich telefonisch) Fühlung nehmen können. [...]

Abschnitt II nahm folgende Personen von der Rückschiebung aus:

«Nicht zurückzuweisen, sondern dem Polizeioffizier des zuständigen Territorialkommandos zu melden und zur Verfügung zu halten sind:

1. Deserteure [...]
2. Ausländer, die sich bei der ersten Befragung sofort von sich aus ausdrücklich als politische Flüchtlinge erklären und diese Behauptung glaubhaft machen. [...]
3. Härtefälle
 - a) Offenbar kranke Personen und hochschwängere Frauen
 - b) Flüchtlinge im Alter von über 65 Jahren; Ehegatten, wenn wenigstens einer über 65 Jahre alt ist;
 - c) Allein reisende Kinder unter 16 Jahren

- d) Eltern mit eigenen Kindern bis zu 6 Jahren; Eltern mit mehreren eigenen Kindern, wenn wenigstens eines von diesen 6 Jahre alt oder jünger ist.
 - e) Flüchtlinge, die sofort glaubhaft machen, dass sich Ehegatte, Eltern oder eigene Kinder in der Schweiz befinden, ferner gebürtige Schweizerinnen und ihre Ehegatten.
 - 4. Ausländer, die zwar in Umgehung der Grenzkontrolle eingereist sind, aber ein gültiges ordentliches Visum oder ein sogenanntes <Visum C> eines schweizerischen Konsulates besitzen. [...]
 - 5. Ausländer, die auf einer den Grenzbehörden übermittelten Liste von Personen stehen, die im Falle einer heimlichen Einreise nicht zurückzuweisen sind.»
- Die *Weisungen über Flüchtlinge aus Italien vom 14. September 1943* sahen die Rückweisung von Flüchtlingen vor, bestimmten aber in Ziff. III: «Ausländer, die glaubhaft machen, sie seien besonders gefährdet an Leib und Leben, sind vom Grenzposten telephonisch dem Polizeioffizier des Ter.Kdos. zu melden, der verfügt, ob sie zugelassen werden können oder zurückzuweisen sind.»
 - Am 17. September 1943 wurden die Weisungen mit der Anordnung verschärft, dass «alle männlichen Flüchtlinge im Alter von über 16 Jahren [...] zurückzuweisen» seien.
 - Die *Weisungen über die Aufnahme oder Rückweisung ausländischer Flüchtlinge vom 12. Juli 1944* differenzierte zwischen Flüchtlingen an der Grenze und im Landesinnern:
 - «1. Flüchtlinge, die beim Überschreiten der Grenze, oder unmittelbar nachher in der Grenzgegend von Grenzschutz-, Polizei- oder militärischen Organen angehalten werden, sind von diesen ohne weiteres über die Grenze zurückzuweisen, sofern sie nicht zu einer Personenkategorie gehören, die auf der beiliegenden Liste aufgeführt ist. [...]
 - 2. Flüchtlinge, die hinter dieser Grenzgegend oder erst im Landesinnern aufgegriffen werden, sind in jedem Fall auf dem Dienstwege der Polizeiabteilung zu melden, die über das Weitere entscheidet.[...]
 - 4. Wenn der körperliche Zustand des Flüchtlings oder die Orts-, Zeit- oder Witterungsverhältnisse die Rückweisung nicht zulassen, ist der Fall dem Ter.Kdo. (Pol.Of.) zu melden, das das Weitere anordnet.»
- Ausgenommen von der Rückweisung an der Grenze waren nach der beigefügten Liste:
- «1. Knaben im Alter bis zu 16 Jahren und Mädchen bis zu 18 Jahren. Sie begleitende Erwachsene sind nur aufzunehmen, wenn sie einer anderen Kategorie von Flüchtlingen angehören, die aufzunehmen sind.
 - 2. Ehemalige Schweizerbürgerinnen, die durch Heirat Ausländerinnen geworden sind, und ihre eigenen Kinder bis 18 Jahren.
 - 3. Ausländer, die aus politischen oder anderen Gründen wirklich an Leib und Leben gefährdet sind und keinen anderen Ausweg als die Flucht nach der Schweiz haben, um sich dieser Gefahr zu entziehen. [...]
 - 4. Bestimmte Personen, die von der Polizeiabteilung den Grenzorganen mit Namen gemeldet werden, mit der Weisung, sie aufzunehmen, falls sie als Flüchtlinge eintreffen sollten.
 - 5. Ausländer, die ein gültiges schweizerisches Einreisevisum besitzen, die aber nicht ordnungsgemäss einreisen können, weil sie das Ausreisevisum des Herkunftsstaates nicht erhalten haben.»
- Schliesslich bestimmten die *Weisungen vom 29. März 1945 betr. ausländische Flüchtlinge aus Deutschland*:
 - «2. Ausländische Zivilpersonen, die von Deutschland her ohne Einreisevisum über die Schweizergrenze zu gelangen versuchen, sind ohne weiteres zurückzuweisen.

3. Ausländische Zivilpersonen, denen es vom Zeitpunkt dieser Weisung an gelungen ist, von Deutschland her illegal (ohne Einreisevisum) über die Schweizergrenze zu gelangen, sind – gleichgültig wo sie angehalten werden können – unverzüglich wieder über die deutsche Grenze auszuschieffen. Das gilt auch für Flüchtlinge, die im Flugzeug in die Schweiz gelangt sind.
4. Die Pflicht zur Rückweisung gilt auch gegenüber den Einwohnern von nahe der Schweizergrenze gelegenen Ortschaften, die vor einer ihnen drohenden Gefahr (Kampfhandlungen) nur kurzfristig auf Schweizergebiet ausweichen möchten (sogenannte Grenzflüchtlinge). [...]
6. Für Flüchtlinge, die sich mit einem Schweizerpass ausweisen oder die behaupten, das Schweizerbürgerrecht zu besitzen, gelten die hierüber erlassenen Weisungen. Es sei hier nur festgehalten, dass Schweizerbürgern der Grenzübertritt nicht versagt werden darf.»

Die zeitgenössische Literatur bestätigte die Möglichkeit zur Rückschiebung von Flüchtlingen, die nicht unter die Kategorie der politischen Flüchtlinge fielen. So legte etwa HAEFLIGER dar, dass nach schweizerischem Recht all jene Personen, die nicht den politischen Flüchtlingen zugerechnet werden können, keinen Asylschutz geniessen. Dazu gehörten auch Personen, die ihre Heimat aus politischen oder religiösen Gesinnungsgründen verlassen hätten, da sie in ihrer Heimat zwar aus politischen Gründen gewissen Unannehmlichkeiten ausgesetzt sein könnten, meist aber keine unmittelbare Gefahr für Leib und Leben bestehe¹⁷¹.

Nicht einmal in der zeitgenössischen juristischen Literatur wurde bestritten, dass zivile Flüchtlinge im Gegensatz zu politischen Flüchtlingen benachteiligt waren. So führte HAEFLIGER 1943 aus, dass das Rückweisungs- und Ausschaffungsverbot politischer Flüchtlinge diese wesentlich besserstelle «als die Ausländer, die [...] ihr Land aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen verlassen haben. Diese letzteren können bei rechtswidriger Einreise ohne weiteres wieder in ihr Ursprungsland ausgeschafft werden.»¹⁷² GUILLERMET, der als Generalsekretär des EJPD die damalige Politik mitgestaltet und mitgetragen hatte, erklärte 1944, die Schweiz sei bezüglich der Behandlung von zivilen Flüchtlingen völkerrechtlich nicht gebunden; sie sei frei, diese Menschen zu behandeln, wie sie es für gut erachte¹⁷³. Wie zu zeigen sein wird, stimmte diese Auffassung nicht ganz: Wenigstens punktuell war die Freiheit der Schweiz bei der Behandlung ziviler Flüchtlinge völkerrechtlich beschränkt¹⁷⁴. Die Aussage zeigt aber deutlich, auf welchem Verständnis der Rechtslage die verschiedenen Anordnungen der Behörden beruhten.

¹⁷¹ HAEFLIGER 62, siehe das Zitat vorne 1. Teil A.I.3.b.

¹⁷² HAEFLIGER 89.

¹⁷³ GUILLERMET 215: «La Suisse n'est pas liée, à cet égard, par le droit international; elle demeure libre de traiter les réfugiés civils comme bon lui semble [...] J'ouvre ici une parenthèse à propos des refoulements qu'on critique souvent sans mesure et généralement en ignorant ou sous-estimant certains aspects de cet épineux problème. Je ne juge pas pouvoir donner ici les critères selon lesquels les refoulements sont opérés. Ce sont là des instructions d'ordre interne qu'il n'est pas permis aux organes d'exécution de rendre publiques. Par contre, tout le monde sait, pour avoir eu connaissance de tel ou tel cas, que les autorités fédérales ont eu égard, dans toute la mesure possible, des conditions pitoyables dans lesquelles certains étrangers se trouvaient avant de gagner notre territoire». Ders., 217: «Indépendamment de certaines considérations qui touchent à la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse – [...] il tombe sous le sens que les autorités ne pouvaient accueillir sans discrimination tous les réfugiés. Nul ne contestera, je pense, que nos possibilités (on pourrait dire notre «capacité de réception») sont limités.»

¹⁷⁴ Hinten 1. Teil B.II.3.c.

c) Militärlüchtlinge

aa) Entwichene Kriegsgefangene

Art. 13 Abs. 1 des Abkommens betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges von 1907¹⁷⁵ bestimmt in Bezug auf die Stellung entwichener Kriegsgefangener:

«Die neutrale Macht, die entwichene Kriegsgefangene bei sich aufnimmt, wird diese in Freiheit lassen. Wenn sie ihnen gestattet, auf ihrem Gebiet zu verweilen, so kann sie ihnen den Aufenthaltsort anweisen.»

Zur schweizerischen Interpretation dieser Bestimmung durch das Eidgenössische Politische Departement¹⁷⁶ wird im Bericht des EJPD ausgeführt:

«Art. 13 des Haager Abkommens ging von der Voraussetzung aus, dass der neutrale Staat nicht allseitig von unter dem Machtbereich der einen Kriegspartei stehenden Gebiet umschlossen, sondern in der Lage sei, zu ihm gekommene Flüchtlinge aus dem Gebiet der einen Kriegspartei unmittelbar, oder über einen neutralen Drittstaat, ins Kriegsgebiet der anderen Partei ziehen zu lassen. Die einzigartige Lage, in der sich die Schweiz in der zweiten Hälfte des letzten Weltkrieges gegenüber den beiden Kriegsparteien befand, war den vertragsschliessenden Mächten beim Abschluss des Haager Abkommens nicht gegenwärtig und war darum auch im Abkommen nicht berücksichtigt. Der neutrale Staat, der entwichene Kriegsgefangene aufnimmt, ist nicht nur befugt, sondern verpflichtet, sie ausreisen und in ihre Heimat weiterziehen zu lassen. Als Weiterreise ist dabei nur die zu verstehen, die nicht unter Umgehung der ordentlichen Grenzkontrolle geschieht; denn kein Staat kann verpflichtet sein, Ausländer unter Umgehung auch der eigenen Grenzkontrolle ausreisen zu lassen.

Über die Behandlung der aufgenommenen entwichenen Kriegsgefangenen, denen die Weiterreise aus dem neutralen Staat nicht möglich ist, bestimmt das Haager Abkommen nichts. Die Behandlung hat sich somit ausschliesslich nach dem nationalen Recht und den nationalen Interessen des aufnehmenden neutralen Staates zu richten. [...]»¹⁷⁷

Zu den Folgen dieser Interpretation führt LUDWIG aus:

«Dieser Auffassung des Haager Abkommens entsprechend, kam es zu zahlreichen Zurückweisungen von Kriegsgefangenen nach Deutschland und zur Behandlung Aufgenommener, denen das Verlassen der Schweiz auf legalem Weg unmöglich war, nicht nach dem Grundsatz, dass sie «in Freiheit zu belassen» seien, sondern gemäss schweizerischem Recht, was insbesondere die Zulässigkeit einer Internierung in sich schloss. Für die Aufnahmepraxis setzte die Polizeiabteilung die folgenden Richtlinien fest:

1. Für den Entscheid können (nach internationalem Recht) und dürfen (vom schweizerischen Standpunkt aus) allein die schweizerischen Landesinteressen massgebend sein. Für eine weitherzige Aufnahmepraxis sprechen Gründe der Menschlichkeit, unsere Asyltradition, das Interesse an wohlwollender Behandlung erfüllbarer Wünsche ausländischer Regierungen usw. Grösste Zurückhaltung in der Aufnahme wird dagegen geboten durch die einzigartige Lage der Schweiz in der gegenwärtigen Kriegsphase, die hohe Zahl bereits anwesender Flüchtlinge aller Art, die schweizerische Ernährungs- und Wirtschaftslage, – Gründe, die dazu führen, die Asylgewährung überhaupt einzuschränken.

2. Allgemeine Regeln für die Aufnahmepraxis können deshalb nicht aufgestellt werden. Jeder einzelne Fall ist nach seinen besonderen Umständen zu entscheiden. Allgemein sind jedoch unerwünschte Elemente (Juden, politische Extremisten, Spionageverdächtige) fernzuhalten.»¹⁷⁸

¹⁷⁵ SR 0.515.21.

¹⁷⁶ Originaltext der offiziellen Auslegung abgedruckt bei LUDWIG 192.

¹⁷⁷ EJPD-Bericht 74.

¹⁷⁸ LUDWIG 192.

Nach diesem Verständnis folgt aus Art. 13 nicht nur, dass es den neutralen Staaten freisteht, entwichene Kriegsgefangene aufzunehmen, sondern auch, sie in das Land der Gefangenschaft zurückschieben. GUILLERMET verweist hier auf die Entstehungsgeschichte von Art. 13. Danach sei bei der Abfassung des Wortlautes Einwänden, u.a. auch der Schweiz, Rechnung getragen worden, dass neutralen Staaten das Recht zukommen müsse, unerwünschte Personen abzuschicken¹⁷⁹. Dies bedeutet jedoch nicht, betont GUILLERMET, dass die Schweiz alle entwichenen Kriegsgefangenen zurückschieben könnte. Eine derartige Interpretation von Art. 13

«serait contraire à l'esprit et à la lettre de la convention. Celle-ci implique pour notre pays le devoir – tout au moins moral – d'accueillir les prisonniers de guerre évadés dans la mesure du possible. Cette idée est au surplus conforme à nos traditions d'hospitalité et de charité. Il va de soi que l'exercice de ce droit par la puissance neutre, qui a le choix entre l'acceptation ou le refoulement, présuppose un examen approfondi de chaque cas particulier.»¹⁸⁰

Die schweizerische Haltung in der Frage der Rückschiebung entwichener Kriegsgefangener ist weder in der zeitgenössischen noch in der späteren Literatur thematisiert worden.

bb) Militärinternierte

Die Stellung von Militärinternierten wird durch Art. 11 des Abkommens betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges von 1907 geregelt. Diese Bestimmung verpflichtet die neutrale Macht, Truppen kriegführender Mächte im Landesinnern unterzubringen, und erlaubt ihr, sie zu internieren¹⁸¹.

Aus Art. 11 Abs. 1 folgt keine Verpflichtung neutraler Staaten, Truppen kriegführender Parteien den Übertritt in ihr Staatsgebiet zu gestatten¹⁸². Sind Truppenteile oder Truppenangehörige indes bereits über die Grenze getreten, so sind die neutralen Mächte verpflichtet, diese zu internieren und «daran zu hindern, während des Krieges das Land zu verlassen und erneut an Kriegshandlungen teilzunehmen»¹⁸³. Solange die Kriegshandlungen andauerten, konnten Militärinternierte daher nicht ausgewiesen oder in ihr Herkunftsland zurückgeschafft werden.

cc) Deserteure und Refraktäre

Obwohl für neutrale Staaten keine Verpflichtung zur Aufnahme von Deserteuren bestand, galt bereits während des Ersten Weltkrieges grundsätzlich¹⁸⁴, dass Deserteure und Refraktäre – Ausländer, die einem Aufgebot zum Militärdienst in ihrem Heimatland nicht Folge geleistet haben¹⁸⁵ – nicht über die Schweizer Grenze ausgeschafft werden können. Vorbehalten war ledig-

¹⁷⁹ GUILLERMET 203; siehe ferner auch LUDWIG 28.

¹⁸⁰ GUILLERMET 203.

¹⁸¹ Dazu ausführlicher hinten 2. Teil B.II.2.a.

¹⁸² GUILLERMET 209; EJPD-Bericht 73.

¹⁸³ LUDWIG 27; ferner EJPD-Bericht 73.

¹⁸⁴ Einzig von Mai bis Oktober 1918 war ein BRB in Kraft, der bestimmte, dass Deserteure und Refraktäre am Überschreiten der Grenze zu hindern seien und, wenn sie die Grenze überschritten hatten, wieder abzuschicken seien. Vgl. LUDWIG 20.

¹⁸⁵ EJPD-Bericht 79.

lich die Landesverweisung nach Art. 70 BV¹⁸⁶. Daran anknüpfend bestimmte Art. 16 des BRB vom 17. Oktober 1939:

«Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement wird näher bestimmen, welche Ausländer als Refraktäre und welche als Deserteure zu behandeln sind. Es wird im Einvernehmen mit der Armee die Behandlung der Deserteure regeln. Für Refraktäre gelten Art. 13, Abs. 1, und Art. 14 des gegenwärtigen Beschlusses.

Refraktäre und Deserteure können nur auf Beschluss des Bundesrates in ihren Heimatstaat ausgeschafft werden.»

Damit wird, wie GUILLERMET ausführt, «une pratique ancienne, que les déserteurs ne peuvent être refoulés dans leur pays d'origine que sur décision du Conseil fédéral»¹⁸⁷, ausdrücklich festgeschrieben. In einem grundsätzlichen Beschluss führt der Bundesrat am 7. März 1941 aus:

«Im Lauf der Zeit hat sich in der Schweiz die Tradition entwickelt, ausländische Militärflüchtlinge nicht in den Heimatstaat auszuschaffen [...] Traditionsgemäss wird somit dem ausländischen Militärflüchtling ein besonderer persönlicher Schutz gewährt. Der Staat kann jedoch die Wohltat dieses besonderen Schutzes nicht unbedingt, unbesehen in jedem Fall gewähren. Er muss ihn vielmehr versagen, wenn schweizerische öffentliche Interessen, hinter denen die privaten Interessen auch des Militärflüchtlings zurücktreten müssen, das gebieten. Er muss sich aber auch vorbehalten, den besonderen Schutz zu versagen, wenn der Militärflüchtling dessen infolge persönlicher Gründe, die ausserhalb seines Militärverhältnisses zum Heimatstaat liegen, offenkundig nicht würdig ist.»¹⁸⁸

II. Rückschiebungsverbote des Völkerbundes

1. Das Arrangement vom 30. Juni 1928 über den Rechtsstatus russischer und armenischer Flüchtlinge

a) Entstehungsgeschichte

aa) Vorarbeiten

Die 1922, 1924 und 1926 getroffenen Vereinbarungen des Völkerbundes betrafen lediglich Fragen von Ausweispapieren für russische und armenische Flüchtlinge¹⁸⁹. Das Comité Consultatif pour les Réfugiés (CCR) des Völkerbundes erkannte jedoch spätestens 1927, dass in Bezug auf die Situation dieser Flüchtlingsgruppen keine Verbesserungen möglich seien, solange die juristische Lage der Flüchtlinge nicht durch den Völkerbund geregelt werde¹⁹⁰. Es empfahl deshalb in seiner Resolution vom 7. September 1927 dem Hochkommissar des Völkerbundes für Flüchtlinge u.a., eine internationale Konferenz einzuberufen und anlässlich dieser anzuregen, u.a. Vorkehren zu treffen, damit diese Flüchtlinge nicht an die Grenze des Zufluchtsstaates zurückgestellt würden («ne soient pas refoulés à la frontière»), ohne ein Einreisevisum des Nachbarstaates erhalten zu haben¹⁹¹.

¹⁸⁶ LUDWIG 19.

¹⁸⁷ GUILLERMET 223.

¹⁸⁸ Zitiert nach LUDWIG 190 Anm. 1.

¹⁸⁹ Vorne 1. Teil A.III.2.

¹⁹⁰ CCR, Résolution 7. September 1927, abgedruckt in SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 7.

¹⁹¹ SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 8.

Zur Vorbereitung der internationalen Konferenz richtete der Hochkommissar für Flüchtlinge, Fridtjof Nansen, einen Fragebogen an die 16¹⁹² eingeladenen Staaten und ersuchte sie um Auskünfte zur Stellung russischer und armenischer Flüchtlinge in den einzelnen Staaten. Die Problematik von Aus- und Rückweisungen wurde ebenfalls angesprochen. Konkret ersuchte der Hochkommissar um Auskunft, ob Ausweisungsmassnahmen und Rückstellungen an die Grenze auf Flüchtlinge Anwendung finden und wie sie gegebenenfalls vollzogen würden, wenn die betroffenen Personen keine Einreisevisa für die Nachbarstaaten hätten¹⁹³. Die Umfrage ergab¹⁹⁴, dass in den meisten Staaten die allgemeinen fremdenpolizeilichen Bestimmungen über Aus- oder Rückweisung auch auf russische und armenische Flüchtlinge Anwendung fanden¹⁹⁵. Eine gewisse Anzahl Staaten erklärte jedoch, dass Aus- oder Abweisungen von Flüchtlingen dann nicht vollzogen würden, wenn die Betroffenen in kein anderes Land einreisen könnten¹⁹⁶. Die Schweiz erklärte in bezug auf diesen Punkt, es sei Sache des Betroffenen, sich darum zu kümmern, dass er in einem anderen Staat zugelassen werde¹⁹⁷. Die österreichischen Behörden legten in ihrer Antwort dar, dass das Fehlen eines Einreisevisums für einen anderen Staat bloss ein praktisches Hindernis des Ausweisungsvollzugs darstelle, die Anordnung der Ausweisung rechtlich aber nicht hindere¹⁹⁸. Die britische Regierung erläuterte, dass ein Flüchtling, dem die Landung in Grossbritannien erlaubt werde, nicht deportiert werden könne, wenn kein anderes Land ihn aufnehme¹⁹⁹. Rumänien erklärte, dass russische und armenische Flüchtlinge weder aus- noch abgewiesen würden.

In einem Memorandum russischer und armenischer Juristen, das der Konferenz als Arbeitsgrundlage diente, wurde schliesslich die Ausformulierung einer Empfehlung angeregt, wonach die Staaten russische und armenische Flüchtlingen dann nicht ausweisen sollten, wenn diese nicht in der Lage seien, eine Einreisebewilligung eines Nachbarlandes zu erhalten²⁰⁰. In ihrem Entwurf schlugen die Experten folgende Formulierung vor:

¹⁹² Ägypten, Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Königreich der Serben, Kroatien und Slowenen, Lettland, Litauen, Österreich, Rumänien, Schweiz, Tschechoslowakei und das Vereinigte Königreich.

¹⁹³ SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 13.

¹⁹⁴ SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 33ff. Darauf stützen sich die folgenden Angaben.

¹⁹⁵ Belgien, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Österreich, Schweiz, Tschechoslowakei und das Vereinigte Königreich. Die Regierung Lettlands führte aus, Flüchtlinge würden nur dann aus Lettland aus- oder abgewiesen, wenn sie über keine Beziehungen zum Land verfügten. Die Behörden Bulgariens legten dar, dass illegal eingereiste Flüchtlinge in das Land, aus dem sie eingereist sind, zurückgeschafft werden, wenn sie in der Grenzzone gefasst werden.

¹⁹⁶ Belgien, Estland, Frankreich, Griechenland, Deutschland und die Tschechoslowakei.

¹⁹⁷ Antwort der Schweizerischen Regierung vom 28. März 1928, abgedruckt in SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 39.

¹⁹⁸ Antwort der Österreichischen Regierung vom 29. Mai 1928, abgedruckt in SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 42f.

¹⁹⁹ Antwort der Regierung des Vereinigten Königreichs vom 15. Mai 1928, abgedruckt in SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 63.

²⁰⁰ «Le Comité des experts russes et arméniens suggère donc que la Conférence formule une proposition recommandant aux Gouvernements de ne pas appliquer l'expulsion et le refoulement aux réfugiés russes et arméniens qui seraient dans l'impossibilité d'obtenir l'autorisation d'entrée d'un des pays voisins. Bien entendu les pays d'origine des réfugiés (l'U.R.S.S. et la Turquie) ne pourraient pas entrer en ligne de compte», Memorandum présenté à la

«Que les mesures d'expulsion et de refoulement à la frontière, en ce qui concerne les réfugiés apatrides russes et arméniens, ne soient pas mises à exécution aussi longtemps que l'intéressé sera dans l'impossibilité d'entrer légalement dans un pays voisin.»²⁰¹

Diese ganze Diskussion zeigt, dass es nicht um die Rückschiebung in den Verfolgerstaat ging, sondern um das Problem, dass die russischen und armenischen Flüchtlinge wegen Fehlens von Reisepapieren sich nirgends legal aufhalten konnten und deshalb von Land zu Land geschoben wurden²⁰².

bb) Staatenkonferenz

Delegierte aus 15 Staaten²⁰³ versammelten sich vom 28. bis 30. Juni 1928 in Genf zur *Conférence Intergouvernementale pour le Statut Juridique des Réfugiés*. An den Verhandlungen nahmen neben den Regierungsdelegationen auch zwei Vertreter privater Organisationen sowie einige russische und armenische Juristen teil.

Anlässlich der Debatte zur vorgeschlagenen Empfehlung bezüglich Ausweisung und Refoulement wurde deutlich, dass nicht die Frage der Ausweisung in Fällen, in denen die betroffenen Flüchtlinge in kein anderes Land legal einreisen konnten, problematisch war, sondern vielmehr der Aspekt der Abweisung an der Grenze oder der Rückführung dorthin nach erfolgter illegaler Einreise. So beantragte etwa der deutsche Delegierte MARTIUS, die Worte «et de refoulement à la frontière» aus dem Vertragsentwurf, welcher Ausweisungen und Rückweisungen an der Grenze einschränken wollte, zu streichen, da nicht einsichtig sei, warum ein Land ein unerwünschtes Individuum z. B. auch dann einreisen lassen müsse, wenn ein Konsul irrtümlicherweise ein Visum erteilt habe²⁰⁴. Auch der Vorsitzende der Konferenz, der Schweizer DELAQUIS, gab zu bedenken, dass «si pour l'expulsion le texte dont il a été lecture est tout à fait satisfaisant, il semble également [...] difficile de mentionner le refoulement qui obligerait un Etat à accueillir des personnes indésirables sans qu'il en ait pris préalable l'engagement»²⁰⁵. RUBINSTEIN, Mitglied der juristischen Expertengruppe, führte gegen die geäußerten Bedenken und Einwände an, der Entwurf wolle die Situation der russischen Flüchtlinge verbessern, welche normalerweise erst nach sehr langer Zeit einen legalen Aufenthalt in einem Land erlangen könnten. In ihrem Fall sei die übliche Behandlung unmenschlich; sie seien zwar nicht Kriminelle, würden aber immer wieder mit verwaltungsrechtlichen Vorschriften in Konflikt treten²⁰⁶. Am Schluss der Diskussion bestand ein Konsens, dass Ausweisungen legal anwesender Flücht-

Conférence par le Comité des Experts juristes russes et arméniens sur le statut juridique des réfugiés russes et arméniens, SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 25.

²⁰¹ Mémoire présenté à la Conférence par le Comité des Experts juristes russes et arméniens sur le statut juridique des réfugiés russes et arméniens, SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 28.

²⁰² Dazu vorne I. Teil A.III.2.

²⁰³ Ägypten, Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Lettland, Österreich, Polen, Rumänien, Königreich der Serben, Kroaten und Slowenen, Schweiz und die Tschechoslowakei.

²⁰⁴ SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 146.

²⁰⁵ SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 147.

²⁰⁶ SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 147.

linge beschränkt werden sollten. Für ihre genaue Formulierung wurde die Bestimmung jedoch der Redaktionskommission überwiesen. Diese schlug folgenden Text vor:

«Il est recommandé que les expulsions ou les mesures analogues soient évitées ou suspendues à l'égard des réfugiés russes et arméniens, lorsque celui qui en est frappé est dans l'impossibilité d'entrer régulièrement dans un pays voisin. D'autre part, il est recommandé que, dans tous les cas, les pièces d'identité ne soient pas retirées.»²⁰⁷

Zum Einwand des schweizerischen Delegierten DELAQUIS, sein Vorbehalt bezüglich illegal eingereister oder anwesender Flüchtlinge sei von der Redaktionskommission nicht berücksichtigt worden, bemerkte der französische Vertreter DE NAVAILLES, die Protokolle der Konferenz seien in diesem Punkt genügend klar. Da DELAQUIS auf einer ausdrücklichen Regelung beharrte, wurde in der Folge dem Wortlaut beigefügt, dass die Empfehlung «ne vise pas le réfugié qui a pénétré sur un territoire en enfreignant intentionnellement les prescriptions nationales». Die Wendung «intentionnellement» wurde eingefügt, um Flüchtlinge, welche die Grenze ohne Bewilligung überqueren, weil sie verfolgt werden, von der Beschränkung auszunehmen²⁰⁸. Zum Abschluss der Debatte zu § 7 der Empfehlungen betonte der deutsche Delegierte MARTIUS nochmals «qu'il soit bien entendu que les mesures analogues aux expulsions ne comprennent pas la mesure allemande connue sous le nom d'«Abweisung». Le refoulement dans le sens spécial de la jurisprudence et de la pratique allemande, c'est-à-dire l'«Abweisung» à la frontière ne constitue pas une mesure analogue à l'expulsion.»²⁰⁹ Der Schlusstext von § 7 des Arrangements vom 30. Juni 1928²¹⁰ über den Rechtsstatus russischer und armenischer Flüchtlinge wurde schliesslich widerspruchlos wie folgt verabschiedet:

«7. Il est recommandé que les expulsions ou les mesures analogues soient évitées ou suspendues à l'égard des réfugiés russes et arméniens lorsque celui qui en est frappé est dans l'impossibilité d'entrer régulièrement dans un pays voisin. Cette recommandation ne vise pas le réfugié qui a pénétré sur un territoire en enfreignant intentionnellement les prescriptions nationales. D'autre part, il est recommandé que dans tous les cas les pièces d'identité ne soient pas retirées.»

b) Bedeutung des Arrangements

Da die Verfechter der Erarbeitung einer verbindlichen Konvention sich an der Konferenz nicht durchzusetzen vermochten²¹¹, kam dem Arrangement, wie der Wortlaut seiner Bestimmungen deutlich machte, lediglich der Status von Empfehlungen²¹² an die Staaten zu. Die 9. Versammlung des Völkerbundes billigte das Arrangement noch 1928 und bat die Regierun-

²⁰⁷ SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 169.

²⁰⁸ Vgl. die Wortmeldung von SERAFIMOFF: «se référant au cas des réfugiés passant la frontière sans y être autorisés parce qu'ils sont pourchassés, et qui ne sauraient être refoulés, demande que ce cas soit bien excepté de la phrase qui est proposé, en raison du caractère politique de cet acte», SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928), 170; siehe ebenso die Ansicht des Vorsitzenden DELAQUIS, der «se rallie à cette formule, qui écarte le cas des personnes obligés de traverser la frontière parce que leur présence n'est pas tolérée de l'autre côté», SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 170.

²⁰⁹ SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 170.

²¹⁰ 89 LONTS 53; französischer Text bei POULIN 136ff.

²¹¹ Vgl. die Debatten in SOCIÉTÉ DES NATIONS (Documents Préparatoires 1928) 109ff sowie 174ff.

²¹² VICHNIAC 219f; POULIN 116.

gen inständig, davon abzusehen, Flüchtlinge, die von keinem anderen Land aufgenommen würden, auszuweisen²¹³. 13 Staaten traten in der Folge dem Arrangement bei²¹⁴, darunter auch die Schweiz.

Wie Wortlaut und Entstehungsgeschichte verdeutlichen, ist der Geltungsbereich von § 7 des Arrangements von 1928 beschränkt. Erfasst waren nur russische und armenische Flüchtlinge. Die Staaten wurden lediglich aufgefordert, auf die Ausweisung von Flüchtlingen, welche zum Staatsgebiet zugelassen worden waren, wenigstens dann zu verzichten, wenn die Betroffenen nicht legal in ein anderes Land einreisen konnten. Wie die Debatten anlässlich der Konferenz verdeutlichten, wurden nur Ausweisungen und ähnliche Massnahmen erfasst, nicht aber die Rückweisung an der Grenze²¹⁵. Trotz der inhaltlichen Beschränktheit des Dokuments darf die Bedeutung dieser Empfehlung nicht unterschätzt werden. *Erstmals* wurde auf völkerrechtlicher Ebene versucht, der grundsätzlichen Freiheit der Staaten, den Aufenthalt von Fremden und dessen Beendigung frei zu regeln, gewisse minimale Schranken zu setzen: Falls die Betroffenen nicht in der Lage waren, in legaler Weise in ein anderes Land einzureisen, so sollte auf ihre Ausweisung verzichtet werden²¹⁶. Obwohl dem Arrangement 14 Staaten beitraten, setzte allerdings lediglich Deutschland die Empfehlung in innerstaatliches Recht um²¹⁷.

2. Die Konvention vom 28. Oktober 1933 über die internationale Rechtsstellung von Flüchtlingen

a) Entstehungsgeschichte

Die weltweite Wirtschaftskrise ab 1929 wirkte sich auch auf die russischen und armenischen Flüchtlinge aus. Ihre verschlechterte wirtschaftliche Situation liess die Aufnahmeländer vermehrt zum Mittel der Aus- und Rückweisung von Flüchtlingen greifen, und zwar auch dann, wenn diese nicht in der Lage waren, ordnungsgemäss in ein anderes Land einzureisen. Dieses Vorgehen nahm derartige Ausmasse an, dass die 13. Versammlung des Völkerbundes am 10. Oktober 1932 in einer Resolution die Regierungen dazu aufrief, Flüchtlinge nicht auszuweisen, wenn diese nicht die Bewilligung erhalten hätten, in ein anderes Land einzureisen²¹⁸. Es wurde offensichtlich, dass § 7 – wie auch die übrigen Paragraphen des Arrangements von 1928 – nicht die gewünschten oder erhofften Wirkungen zeitigte²¹⁹.

²¹³ HOLBORN (Legal Status) 687; KIMMINICH 225.

²¹⁴ Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Jugoslawien, Lettland, Österreich, Polen, Rumänien, Schweiz und die Tschechoslowakei; vgl. UNITED NATIONS (Study of Statelessness) 82.

²¹⁵ Siehe die Voten des deutschen Delegierten MARTIUS, vorne I. Teil B.II.1.a.bb.

²¹⁶ KIMMINICH 224f.

²¹⁷ Artikel 31 der preussischen Polizeiverordnung über die Behandlung von Ausländern vom 27. April 1932 sah vor, dass «l'étranger frappé d'un arrêté d'expulsion ou de refoulement et dont la nationalité est inconnue, incertaine, ou ne peut être établie, ne doit pas être reconduit à la frontière d'un pays qu'à condition que ce pays ait autorisé l'entrée de l'expulsé ou du refoulé» (zitiert nach FRANÇOIS 325; siehe hierzu auch SIMPSON 258f).

²¹⁸ VICHNIAC 228; HOLBORN (Legal Status) 689.

²¹⁹ So stellte VICHNIAC 1933 (228f) fest: «Il devenait évident [...] que l'Arrangement de 1928, nonobstant toute sa valeur positive et de principe, ne remplissait pas son but. Interprété comme un ensemble de simples vœux sans force légale, il ne pouvait servir par lui-même de base à un statut possédant pleine valeur juridique. On en arriva peu à peu à la

1932 stellte der Conseil d'Administration des Nansenamtes fest, dass eine verbindliche Konvention für diese Gruppen von Flüchtlingen nötig sei²²⁰. Nachdem der Völkerbundsrat im Frühjahr 1933 der Ausarbeitung einer Flüchtlingskonvention im vereinfachten Verfahren zugestimmt hatte, entwarfen die Commission intergouvernementale consultative pour les réfugiés und das internationale Nansenamt einen entsprechenden Konventionsentwurf. Artikel 2 dieses Entwurfes schlug zum Thema Aus- und Rückweisung von Flüchtlingen folgenden Text vor:

«Chacune des Parties Contractantes s'engage à ne pas éloigner de son territoire par application de mesures de police, telles que l'expulsion ou le refoulement, les réfugiés, à moins que lesdites mesures ne soient dictées par des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. Elle s'engage, dans tous les cas, à ne pas refouler les réfugiés sur les frontières de leur pays d'origine et à suspendre les mesures dont il s'agit aussi longtemps que les réfugiés visés par celles-ci n'auront pas reçu, sur leur requête ou grâce à l'intervention des institutions s'occupant d'eux, les autorisations et visas nécessaires leur permettant de se rendre dans un autre pays. Elle se réserve le droit d'appliquer aux réfugiés, dont l'expulsion motivée par des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public se trouvera suspendue, telles autres mesures d'ordre interne qu'elle jugera nécessaires.»²²¹

Mit dem zweiten Satz wurde erstmals das Verbot der Rückschiebung in den Verfolgerstaat angesprochen.

Der Konventionsentwurf wurde vom 26. bis 28. Oktober 1933 anlässlich der *Conférence Intergouvernementale pour le Statut Juridique des Réfugiés* in Genf von Delegierten aus 15 Staaten²²² unter dem Vorsitz des französischen Vertreter DE NAVAILLES behandelt. Die Debatten zur Bestimmung über die Aus- und Rückweisung von Flüchtlingen zeigt deutlich, dass es den Staaten bewusst war, nicht mehr nur Empfehlungen auszuarbeiten, sondern verbindliche Bestimmungen. So liess bereits zu Beginn der Verhandlungen über Artikel 2 der polnische Delegierte KULSKI verlauten, dass die vorgeschlagene Bestimmung zwei völlig unterschiedliche Aspekte regle. Einerseits die Ausweisung, eine Massnahme, die gegen sich legal im Land aufhaltende Personen ergriffen werde, andererseits die Rückschiebung, welche gegen Personen verfügt werde, die sich illegal im Land befänden. Die polnische Regierung würde indes keine Bestimmung akzeptieren, die ihre Freiheit, Flüchtlinge zurückzuschieben, beschränken würde²²³. Der Vorsitzende schlug – unter Hinweis auf die unterschiedliche Terminologie in den einzelnen Staaten – vor, beide Begriff beizubehalten, dem Wortlaut aber einen Passus beizufügen, «*précisant que le contenu de cet article ne s'applique qu'aux réfugiés autorisés à séjourner sur le territoire. Ainsi sont éliminés automatiquement ceux qui n'ont pas obtenu cette autorisation.*»²²⁴

conviction que, en 1928, une grave erreur tactique avait été commise lorsque, aux fins d'obtenir le plus grand nombre de signatures au bas de l'Arrangement, on avait sacrifié la valeur intrinsèque de cet acte.»

²²⁰ REALE 568.

²²¹ Zitiert nach VICHNIAC 240.

²²² Ägypten, Belgien, Bulgarien, China, Estland, Finnland, Frankreich, Jugoslawien, Lettland, Österreich, Polen, Rumänien, Schweiz und die Tschechoslowakei.

²²³ C.113.M.41.1934 (1933), 23.

²²⁴ C.113.M.41.1934 (1933), 23.

Auch die vorgeschlagene Regelung, wonach Flüchtlinge in keinem Fall in ihr Herkunftsland zurückgeschoben werden dürfen, stiess an der Konferenz auf vehementen Widerspruch. Umstritten war insbesondere, ob das Prinzip der Nichtrückschiebung in das Herkunftsland nur für legal anwesende oder auch illegal im Inland lebende Flüchtlinge gelte. Der polnische Vertreter KULSKI erklärte in kategorischer Weise, die polnische Regierung könne einer Regelung, wonach illegal im Land lebende Flüchtlinge nicht in ihr Herkunftsland zurückgeschoben werden dürften, nicht zustimmen²²⁵. RUBINSTEIN, Vertreter der Commission intergouvernementale consultative pour les réfugiés, setzte sich für die Beibehaltung des vorgeschlagenen Wortlautes ein, wonach alle Flüchtlinge – illegal und legal im Land sich aufhaltende – nicht in ihr Herkunftsland zurückgeschoben werden dürften, und betonte die furchtbaren Konsequenzen einer Rückschiebung in den Herkunftsstaat, welche nur deshalb vorgenommen werde, weil der Flüchtling im Zufluchtsstaat keinen geregelten Aufenthalt habe²²⁶. Der estnische Delegierte SCHMIDT erklärte, seine Regierung sei bereit, sich moralisch zu engagieren, sie könne aber keine völkerrechtliche Verpflichtung eingehen²²⁷. Auch FELDMANS, Vertreter der Regierung Lettlands, äusserte Zweifel daran, ob sein Land – das im übrigen bisher noch nie Flüchtlinge in ihr Herkunftsland zurückgeschoben habe – eine formelle Verpflichtung eingehen würde²²⁸. Schliesslich erklärte der französische Vorsitzende DE NAVAILLES, man habe das Prinzip verankern wollen, dass man im allgemeinen die Rückschiebung von Flüchtlingen in den Herkunftsstaat ablehne²²⁹. Die Beschränkung des Rückschiebungsverbotes auf legal im Land anwesende Flüchtlinge würde dieses Prinzip schwächen. Aus diesem Grunde sollten diejenigen Staaten, die das Verbot nicht annehmen wollten, einen Vorbehalt anbringen. Das Prinzip, wonach sowohl illegal als auch legal anwesende Flüchtlinge nicht in ihr Herkunftsland zurückgeschafft werden durften, wurde schliesslich von den Vertretern der Tschechoslowakei, Rumäniens, Belgiens, Bulgariens, Frankreichs und der Schweiz angenommen^{230 231}.

Der Wortlaut der Bestimmung – nach der Schlussredaktion nunmehr Artikel 3 der Konvention über die internationale Rechtsstellung von Flüchtlingen – lautete schliesslich:

«Chacune des Parties contractantes s'engage à ne pas éloigner de son territoire par application de mesures de police, telles que l'expulsion ou le refoulement, les réfugiés ayant été autorisés à y séjourner régulièrement, à moins que lesdites mesures ne soient dictées par des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

Elle s'engage, dans tous les cas, à ne pas refouler les réfugiés sur les frontières de leur pays d'origine.

²²⁵ C.113.M.41.1934 (1933), 47.

²²⁶ C.113.M.41.1934 (1933), 47.

²²⁷ C.113.M.41.1934 (1933), 48.

²²⁸ Vgl. C.113.M.41.1934 (1933), 48.

²²⁹ C.113.M.41.1934 (1933), 48.

²³⁰ Vgl. C.113.M.41.1934 (1933), 48.

²³¹ Umstritten war auch die Formulierung, wonach die Staaten sich verpflichten, den Vollzug aufenthaltsbeendender Massnahmen so lange aufzuschieben, bis die Betroffenen die Bewilligung erhalten hätten, in ein anderes Land einzureisen. Der tschechoslowakische Delegierte KÜNZL-JIZERSKY gab zu bedenken, dass diese Bestimmung praktisch den Vollzug von Ausweisungen verunmögliche (C.113.M.41.1934 [1933], 23). Da diese Bedenken auch von anderen Delegierten gehegt wurden, wurde dieser Teil von Artikel 2 gestrichen.

Elle se réserve le droit d'appliquer telles mesures d'ordre interne qu'elle jugera opportunes aux réfugiés qui, frappés d'expulsion pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, seront dans l'impossibilité de quitter son territoire parce qu'ils n'auront pas reçu, sur leur requête or grâce à l'intervention d'institutions s'occupant d'eux, les autorisations et visas nécessaires leur permettant de se rendre dans un autre pays.»²³²

Die Konvention wurde in der Folge von 8 Staaten ratifiziert: von Belgien, Bulgarien, Dänemark, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Norwegen und von der Tschechoslowakei²³³, wobei Grossbritannien und Italien Vorbehalte anbrachten; Grossbritannien lehnte eine Bindung an das Verbot der Rückschiebung in den Verfolgerstaat ganz ab²³⁴. Wie der Jahresbericht 1937 des Conseil d'Administration des internationalen Nansenamtes ausführt, hatten mehrere Staaten²³⁵, darunter auch die Schweiz, erklärt, sie wollten die Konvention zwar nicht ratifizieren, bereits anwesende russische und armenische Flüchtlinge genössen aber trotzdem in ihrem Staatsgebiet die meisten, wenn nicht alle durch die Konvention eingeräumten Rechte²³⁶.

b) Bedeutung

aa) *Erstmalige völkerrechtliche Verankerung des Non-Refoulement-Prinzips*

Mit der Verabschiedung von Art. 3 der Konvention über den internationalen Rechtsstatus von Flüchtlingen gelang eine inhaltlich umfassende Regelung des Problembereiches Ausweisung und Rückschiebung. Nach Art. 3 Abs. 1 durften aufenthaltsbeendende Massnahmen gegen Flüchtlinge nur dann verfügt werden, wenn sie aus Gründen der Staatssicherheit und der öffentlichen Ordnung notwendig waren. Dies galt indes nur für Flüchtlinge, die sich rechtmässig im Land aufhielten. Flüchtlinge, die ohne Bewilligung auf dem Territorium eines Staates lebten, waren nach dem ausdrücklichen Willen der an der Konferenz vertretenen Staaten und dem eindeutigen Wortlaut von Abs. 1 nicht geschützt²³⁷.

Art. 3 Abs. 2 verbot – und das ist das Neue – erstmals im Völkerrecht in absoluter Weise²³⁸, Flüchtlinge – unabhängig davon, ob sie sich mit oder ohne Bewilligung im Land aufhielten²³⁹ –

²³² 159 LONTS 199; französischer Text bei POULIN 141ff.

²³³ Vgl. UNHCR Doc. HCR/120/34/80 Appendix 7.

²³⁴ «... Le paragraphe 2 de l'article 3 n'est pas accepté» Doc. A.21.1937.XII, 5. Italien erklärte: «Article 3 of the Convention cannot limit the right of the Italian authorities to apply measures of expulsion to refugees for reasons of national and public order» (zitiert nach UNITED NATIONS [Study of Statelessness] 95); auch Ägypten hatte einen ähnlichen Vorbehalt abgegeben, die Konvention aber in der Folge nicht ratifiziert.

²³⁵ Estland, Finnland, Griechenland, Irak, Lettland, Schweden, Schweiz und die USA.

²³⁶ Doc. A.21.1937.XII, 5; vgl. hierzu auch die Ausführungen von HANSSON in seinem Bericht zuhanden der 17. Versammlung des Völkerbundes: «Moreover, certain Governments which have not felt able to ratify an international undertaking have nevertheless explicitly stated that the treatment provided for under the 1933 Convention is, in practice, applied to refugees in their respective countries, generally speaking on the same bases and in accordance with the same principles. This applies to the Governments of Estonia, Finland, Greece, Iraq, Sweden, Switzerland and Yugoslavia», A.27.1936.XII, 9.

²³⁷ STENBERG 42; MORGENSTERN 351.

²³⁸ Im Gegensatz zu Artikel 3 Absatz 2 Konvention 1933 gilt das Verbot des Refoulement von Art. 33 Flüchtlingskonvention nach Abs. 2 nicht absolut.

²³⁹ Vgl. vorne 1. Teil B.II.a zur Debatte, ob das Verbot der Rückschiebung nur für legal im Land lebende Flüchtlinge gelte oder ob es auch ohne Bewilligung sich im Land aufhaltende Flüchtlinge erfasse. Siehe hierzu ferner STENBERG, 42; GRAHL-MADSEN (Asylum, Entry and Sojourn) 93 Anm. 26 nimmt indes an, dass auch Art. 3 Abs. 2 nur für legal im Land lebende Flüchtlinge Geltung besitze.

in ihr Herkunftsland zurückzuschieben. In solchen Fällen erlaubte Abs. 3 den Staaten, interne Massnahmen zu ergreifen, wenn Flüchtlinge aus Gründen der Staatssicherheit oder der öffentlichen Ordnung zwar ausgewiesen werden, aber (momentan) noch nicht in ein anderes Land ausreisen konnten. In ihrer Tragweite wurde diese Regelung allerdings durch den engen persönlichen Geltungsbereich der Konvention auf russische und armenische Flüchtlinge stark eingeschränkt.

bb) Pflicht zur Aufnahme von Flüchtlingen aus Art. 3 Abs. 2

Es stellt sich die Frage, ob Art. 3 Abs. 2 der Konvention von 1933 die Abweisung von Flüchtlingen an der Grenze verbietet und damit eine Pflicht zur Aufnahme von Flüchtlingen statuiert. Anlässlich der Konferenz wurde in den Debatten die Frage der Abweisung an der Grenze mit keinem Wort angetönt²⁴⁰. Die englische Übersetzung von Art. 3 Abs. 2 – «each contracting party undertakes in any case not to refuse entry to refugees at the frontiers of their country of origin»²⁴¹ – legt nahe, die Frage zu bejahen. In diesem Sinn haben verschiedene Autoren das Bestehen einer Pflicht abgeleitet, Flüchtlinge auf das Staatsgebiet zuzulassen, wenn der Aufnahmestaat an den Verfolgerstaat grenzt²⁴². So führt etwa SIMPSON in seinem 1939 erschienenen Werk «The Refugee Problem – Report of a Survey» aus, dass «by Article 3 each of the High Contracting Parties undertakes [...] in any case not to refuse entry to refugees at the frontiers of their countries of origin»²⁴³. In ähnlicher Weise legt 1949 MORGENSTERN dar, dass «States have not accepted treaty obligations to admit refugees. The only exception is the Convention of 1933 on the Legal Status of Refugees [...] in article 3, paragraph 2.»²⁴⁴ Ebenso führt WEIS in einem 1954 erschienen Aufsatz aus, «the Convention of October 28, 1933, Relating to the Status of Refugees [...] restrict[s] the causes for expulsion and refoulement (i.e. non-admittance at or reconduction to the frontier) to reasons of national security or public order [...] [It] obliges states not to refuse entry to refugees at the frontiers of their countries of origin.»²⁴⁵ POMPE meint, «refoulement» in Art. 3 Abs. 1 bedeute «non-admittance at the frontier»²⁴⁶. Schliesslich vertritt auch KIMMINICH, von der deutschen Übersetzung des Wortlautes von Art. 3 Abs. 2 ausgehend, wonach die Staaten sich «auf jeden Fall [verpflichten], Flüchtlingen an den Grenzen ihrer Heimatstaaten den Eintritt nicht zu verweigern»²⁴⁷, die Ansicht, die Konvention von 1933 verpflichte die Staaten zur Aufnahme²⁴⁸.

²⁴⁰ STENBERG 42f.

²⁴¹ Zitiert nach MORGENSTERN 341.

²⁴² Siehe neben den nachfolgend aufgeführten Autoren auch L. C. GREEN, Refugees and Refugee Status – Causes and Treatment in Historico-Legal Perspective, in: The Refugee Problem on Universal, Regional and National Level, Thesaurus Acroasium, Thessaloniki 1987, 545ff, 587.

²⁴³ SIMPSON 250.

²⁴⁴ MORGENSTERN 341.

²⁴⁵ WEIS (International Protection) 197.

²⁴⁶ POMPE 19 Anm. 3.

²⁴⁷ Zitiert nach KIMMINICH 232.

²⁴⁸ KIMMINICH 233.

Allerdings ist massgebender Text der Konvention einzig die französische Fassung, welche in Art. 3 Abs. 2 nicht von der Verweigerung der Einreise, sondern von «refouler [...] les réfugiés sur les frontières de leur pays d'origine» spricht. GRAHL-MADSEN vertritt die Ansicht, dass die Ableitung einer Pflicht zur Aufnahme von Flüchtlingen aus Art. 3 Abs. 2 der Konvention auf einer unkorrekten englischen Übersetzung des massgebenden französischen Textes beruhe.

«The word «refouler» does not mean to «refuse entry», but to return or reconduct, in other words: to send back. Consequently, the provision does not refer to admission of refugees, but merely to the treatment of refugees who are already in the territory of a Contracting State.»²⁴⁹.

Die Konvention von 1933 über den internationalen Rechtsstatus von Flüchtlingen enthalte daher weder eine Aufnahmepflicht in bestimmten Situationen noch eine Bestimmung über die Abweisung von Flüchtlingen an der Grenze. Diese Auffassung vermag allerdings nur teilweise zu überzeugen: Zwar ist für die Frage, ob Art. 3 Abs. 2 Konvention 1933 in gewissen Fällen eine Pflicht zur Aufnahme an der Grenze statuiert, tatsächlich die Bedeutung des Wortes «refouler» entscheidend. SKRAN meint, der Fall der Abweisung an der Grenze sei ebenfalls als «a case of refoulement» einzustufen²⁵⁰, sie räumt aber ein, dass Art. 3 Abs. 2 der Konvention von 1933 im allgemeinen so ausgelegt worden sei, dass er nur Anwendung auf bereits eingereiste Flüchtlinge gefunden habe²⁵¹. Demgegenüber betont DAVY, dass «im Flüchtlingsrecht der frühen dreissiger Jahre [...] der Ausdruck «refouler» sichtlich ebenfalls in einer umfassenden, Massnahmen «an der Grenze» einschliessenden Bedeutung verwendet» wurde²⁵². In diesem Sinn wurde bei der Erarbeitung der Flüchtlingskonvention von 1951 im vorberatenden Ad-hoc-Komitee den englischsprachigen Delegierten erklärt:

«The practice known as *refoulement* in French did not exist in the English-speaking countries. In France and Belgium, however, there was a definite distinction between expulsion, which could only be carried out in pursuance of the decision of a judicial authority, and *refoulement*, which meant either deportation as a police measure or non-admittance at the frontier.»²⁵³

Dies spricht deutlich zugunsten der Auffassung, dass Art. 3 Abs. 2 ein Verbot der Abweisung an der Grenze zum Herkunftsstaat des Flüchtlings statuiert. Dagegen könnte man höchstens einwenden, angesichts der grossen Skepsis der Staatenvertreter gegen ein Rückschiebungsverbot für illegal anwesende Flüchtlinge habe kaum Konsens bestanden, dass alle Flüchtlinge eingelassen werden sollten. Vielmehr deutet die Tatsache, dass die Sorge um die Ausweisung bereits eingereister Flüchtlinge Ausgangspunkt der Diskussion war, sowie das völlige Fehlen einer Diskussion über die Abweisung an der Grenze eher darauf hin, dass man nicht daran dachte, den Rückschiebungsschutz bewusst auf diese Konstellation auszudehnen. Für diese

²⁴⁹ GRAHL-MADSEN (Asylum, Entry and Sojourn) 98f.

²⁵⁰ SKRAN 131.

²⁵¹ SKRAN 136.

²⁵² DAVY 104.

²⁵³ Wortmeldung des Vertreters des Generalsekretärs der UNO, UN Doc E/AC.32/SR.21, 4f, hier zitiert nach DAVY 101. Der belgische Vertreter bestätigte, dass der Begriff *refoulement* «was used in cases where the refugee was deported or refused admittance [...]» (a.gl.O., Anm. 39).

Schlussfolgerung spricht auch der Umstand, dass die Konvention die Situation von russischen und armenischen Flüchtlingen regeln wollte, welche bereits viele Jahre früher angekommen waren, das Thema der Abweisung an der Grenze zum Herkunftsstaat für diese Gruppe also weitgehend theoretischer Natur war. Die Frage der richtigen Auslegung kann hier offenbleiben, weil die Konvention wegen ihres engen persönlichen Anwendungsbereiches für die Flüchtlinge des Zweiten Weltkrieges kaum relevant war.

cc) Auswirkungen

In seinem Bericht zuhanden der 17. Versammlung des Völkerbundes führte HANSSON zur Frage der Ausweisung von Flüchtlingen aus, die englischen Gerichte würden sich weigern, Ausweisungen russischer Flüchtlinge anzuordnen, wenn diese von keinem anderen Land aufgenommen würden, und Belgien habe 1936 gesetzlich eine Kommission eingesetzt, vor welcher sich mit der Ausweisung bedrohte Flüchtlinge verteidigen könnten²⁵⁴. Belgien inkorporierte 1937 die Bestimmungen der Konvention ins innerstaatliche Recht²⁵⁵. Ferner wurde in Frankreich 1938 ein *décret-loi* betreffend die Ausweisung von Flüchtlingen verabschiedet. Danach unterstanden Ausländer, die Frankreich nicht verlassen konnten, nicht den gewöhnlichen Bestimmungen über die Ausweisung und die Nichtbefolgung von Ausweisungsbeschlüssen. Vielmehr konnte der Innenminister den Betroffenen einen Aufenthaltsort zuweisen und sie verpflichten, sich regelmässig bei der Polizei zu melden²⁵⁶. Zusätzlich wurde in einem Kreisschreiben vom Mai 1938 ausgeführt, für vom Völkerbund anerkannte Flüchtlinge gelte die Vermutung, dass sie nicht ausreisen könnten und sie deshalb auch nicht ausgewiesen werden dürften²⁵⁷. In Dänemark und Norwegen gab die Konvention einer bereits bestehenden Praxis eine feste juristische Grundlage²⁵⁸.

Innerstaatliche Gerichte befassten sich ebenfalls mit Art. 3 der Konvention 1933. Im Fall *Brozoza* hob das Appellationsgericht Toulouse 1937 das Urteil der unteren Instanz auf, welches Brozoza zu einer viermonatigen Gefängnisstrafe wegen Nichtbefolgung einer Ausweisungsverfügung verurteilt hatte, da er in kein anderes Land einreisen konnte und daher Art. 3 Konvention 1933 einer Ausweisung entgegenstand²⁵⁹. In *Keledjian Garabed* anerkannten die

²⁵⁴ A.27.1936.XII, 9f.

²⁵⁵ SIMPSON 257; SKRAN 136.

²⁵⁶ SIMPSON 255; SKRAN 136f.

²⁵⁷ SKRAN 137.

²⁵⁸ SKRAN 137.

²⁵⁹ «The judges of first instance were wrong in refusing to apply to the accused the Convention of Geneva of October 28, 1933, [...]. Brozoza has proved that he belongs to no country and that no country has any obligation to receive him, and that he is the holder of the passport of a stateless person, the so-called Nansen passport. [...] The administrative authority has recognised Brozoza as a stateless person and he ought to benefit from the provisions laid down in favour of that class of foreigner. The Convention of October 28, 1933, admits that the impossibility for a stateless person to leave the territory constitutes a case of force majeure and excludes the imposition of any punishment», International Law Reports 8, Nr. 139, 309.

Gerichte implizit den Grundsatz, dass durch die Konvention 1933 geschützte Flüchtlinge nicht ausgewiesen werden durften, wenn sie in kein anderes Land einreisen konnten²⁶⁰.

3. Das provisorische Arrangement vom 4. Juli 1936 betreffend den Rechtsstatus von Flüchtlingen aus Deutschland

a) Entstehungsgeschichte

Die Machtübernahme Hitlers führte ab 1933 zu neuen Flüchtlingsströmen. Ein grosser Exodus fand etwa 1935 nach der Abstimmung über die Zugehörigkeit des Saarlandes zu Deutschland oder Frankreich statt²⁶¹. Die Völkerbundsversammlung befasste sich jedoch bereits im Sommer 1933 mit dem Problem der Flüchtlinge aus Deutschland. Deutschland, das damals noch Völkerbundsmitglied war, widersetzte sich indes der Ergreifung von Massnahmen auf Ebene des Völkerbundes. Aus diesem Grunde wurde die Hilfe für Flüchtlinge aus Deutschland nicht dem Nansenamt, sondern einer eigenen Institution, dem *Hochkommissariat für die aus Deutschland kommenden Flüchtlinge*, übertragen. Das Hochkommissariat wurde zwar durch den Völkerbund geschaffen, war aber autonom und nicht dem Völkerbund verantwortlich²⁶².

Da die Frage des Rechtsstatus der Flüchtlinge aus Deutschland ungeklärt war, forderte der Rat des Völkerbundes den Hochkommissar für die aus Deutschland kommenden Flüchtlinge im Januar 1936 auf, eine Regierungskonferenz einzuberufen, um für diese Flüchtlinge ein Regime mit rechtlichem Schutz zu schaffen²⁶³. Daraufhin fand vom 2. bis 4. Juli in Genf die *Conférence Intergouvernementale pour l'Adoption du Statut Juridique des Réfugiés provenant d'Allemagne* statt. Delegierte aus 15 Staaten²⁶⁴ sowie Beobachter aus den Vereinigten Staaten und Finnland nahmen an den Verhandlungen teil. Die Konferenz führte zur Verabschiedung eines provisorischen Arrangements über den Rechtsstatus von Flüchtlingen aus Deutschland. Geregelt wurden namentlich Aspekte der Erteilung und Verlängerung von Identitätspapieren, des Zugangs zu Gerichten und des Rechtsstatus; aber auch die Frage von Ausweisungen und Rückweisungen wurde angesprochen. Artikel 2 des Entwurfes war dem Artikel 3 der Konvention von 1933 nachgebildet.

An der Konferenz der Staatenvertreter meldete der britische Vertreter COOPER bereits zu Beginn der Debatte über diese Bestimmung die grundlegenden Bedenken der britischen Regierung an, dass

²⁶⁰ International Law Reports 8, Nr. 137, 305ff.

²⁶¹ Der Ausgang der Abstimmung – mit grosser Mehrheit wurde für einen Verbleib bei Deutschland votiert – bewog etwa 7000 Personen dazu, das Saarland zu verlassen. Der Völkerbund unterstellte die Saarflüchtlinge dem Nansenamt, und am 30. Juli 1935 wurde das *Arrangement concernant l'institution d'un certificat d'identité pour les réfugiés provenant de la Sarre* (französischer Text bei POULIN 147f) verabschiedet. Dieses befasste sich indes nur mit der Frage von Identitätspapieren und enthielt keine Bestimmungen betr. Ausweisungen oder Rückschiebungen. Siehe dazu SIMPSON 155ff.

²⁶² HOLBORN (IRO) 7f; HOLBORN (Legal Status) 691f; MOORE 100ff.

²⁶³ Doc. A.17.1937.XII; zitiert nach REALE 573.

²⁶⁴ Belgien, Dänemark, Ecuador, Frankreich, Grossbritannien, Irland, Lettland, Norwegen, Niederlande, Polen, Rumänien, Schweden, Schweiz, Tschechoslowakei und Uruguay.

«cette clause est reproduite de la Convention des réfugiés de 1933 et [...] qu'elle a pour objet de donner aux réfugiés le droit de résider, sauf pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, dans les pays où ils se sont établis. La Convention n'a été élaborée que bien des années après que les réfugiés eurent quitté leur pays d'origine; [...]. Le Gouvernement britannique est très favorable à la disposition portant qu'aucun véritable réfugié politique ne doit être reconduit à la frontière du Reich. Toutefois, il croit qu'on pourrait obtenir le même résultat sans faire prendre aux Gouvernements un engagement aussi étendu qui, s'il était accepté, serait probablement hérissé de réserves qui iraient à l'encontre de l'objet que se propose cette clause. Le problème des réfugiés venant d'Allemagne est différent du problème des réfugiés de Russie et de Turquie. On ne peut demander aux Gouvernements qu'ils autorisent l'établissement permanent de tous les réfugiés auxquels ils donnent à présent asile, ou d'accepter ce qui, en réalité, équivaut à un engagement illimité à l'égard de tous les nouveaux arrivants d'Allemagne.»²⁶⁵

Der niederländische Delegierte BOER schlug die Aufnahme einer Bestimmung vor, nach welcher Flüchtlinge nicht ausgewiesen oder an die Grenze zurückgeführt werden sollten, wenn dies den Flüchtling einer Lebensgefahr aussetzen würde²⁶⁶. Der schweizerische Vertreter ROTHMUND regte an, dass möglicherweise eine allgemeine Regelung vorgesehen werden könne, wonach «les réfugiés ne doivent pas être reconduits à la frontière et que les réfugiés politiques ne doivent être renvoyés en aucun cas dans leur pays»²⁶⁷. SIR NEILL MALCOLM, Hochkommissar für Flüchtlinge aus Deutschland, gab zu bedenken, dass Flüchtlinge in keinem Fall an die Grenzen des Reichs zurückgeschafft werden dürften, falls es sich um politische Flüchtlinge handle und dadurch ihr Leben gefährdet würde²⁶⁸. Da mehrere Votanten auch die Unbestimmtheit und Offenheit der Wendung «ordre public» kritisierten²⁶⁹, wurde der Text schliesslich dem Redaktionskomitee zur Überarbeitung zurückgegeben.

Der vom Redaktionskomitee vorgeschlagene Wortlaut der Bestimmung sah in Abs. 3 vor, dass Flüchtlinge nur nach einer Vorwarnung und bei einer Weigerung, Massnahmen zur Weiterreise in ein Drittland in die Wege zu leiten, nach Deutschland zurückgewiesen werden konnten. Anlässlich der Beratungen über den Vorschlag warf der französische Vertreter LONGUET zur Regelung von Absatz 3 die Frage auf, was mit einem Flüchtling passiere, welcher sich um Zulassung in einem Drittstaat bemüht habe, der aber von keinem Land akzeptiert werde²⁷⁰. VAN RAPPARD, der niederländische Delegierte, betonte, dass in einem derartigen Fall der Flüchtling sich nicht geweigert habe, Massnahmen zu treffen, um in ein anderes Land ausreisen zu können, und deshalb im Zufluchtsstaat verbleiben dürfe²⁷¹. Der Wortlaut von Artikel 4 wurde danach genehmigt:

«1. Dans tous les cas où le réfugié doit quitter le territoire d'un des pays contractants, un délai utile lui sera accordé pour prendre les arrangements nécessaires.

²⁶⁵ Conf. S.R.A. 1ère Session. P.V.4, 5f.

²⁶⁶ Conf. S.R.A. 1ère Session. P.V.4, 9.

²⁶⁷ Conf. S.R.A. 1ère Session. P.V.4, 9.

²⁶⁸ Conf. S.R.A. 1ère Session. P.V.4, 10.

²⁶⁹ So etwa der französische Delegierte LONGUET und die belgischen Delegierten DE BROUKERE und BEKAERT, vgl. Conf. S.R.A. 1ère Session. P.V.4, 7f.

²⁷⁰ Conf. S.R.A./1ère Sess./P.V.5, 4.

²⁷¹ Conf. S.R.A./1ère Sess./P.V.5, 4.

2. Sans préjudice des mesures d'ordre interne, les réfugiés ayant été autorisés à séjourner dans un pays ne pourront être, de la part des autorités de ce pays, l'objet de mesures d'expulsion et de refoulement qui ne seraient pas dictées par des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

3. Même dans le cas susindiqué, les gouvernements s'engagent à ne refouler les réfugiés sur le Reich qu'après avertissement et s'ils ont refusé de prendre les dispositions nécessaires pour se rendre dans un autre pays ou de profiter des arrangements pris pour eux à cet effet. Les certificats d'identité pourront alors être annulés ou retirés.»²⁷²

«1. In allen Fällen, in welchen der Flüchtling das Gebiet der vertragschliessenden Staaten zu verlassen hat, soll ihm eine angemessene Frist gewährt werden, die ihm gestattet, die nötigen Vorbereitungen zu treffen.

2. Massnahmen interner Natur vorbehalten, können Flüchtlinge, denen der Aufenthalt in einem Lande bewilligt worden ist, von den Behörden dieses Landes nicht aus- oder über die Grenze zurückgewiesen werden, ausser aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung.

3. Die Regierungen verpflichten sich, selbst in dem obgenannten Fall, Flüchtlinge nach dem Deutschen Reich nur dann zurückzuweisen, wenn sie vorher verständigt worden sind und wenn sie sich geweigert haben, die nötigen Vorbereitungen zur Ausreise in ein anderes Land zu treffen oder sich die zu diesem Zweck für sie getroffenen Vorkehrungen zunutze zu machen.

Die Identitätsausweise können in diesem Fall annulliert oder zurückgezogen werden.»²⁷³

Das provisorische Arrangement wurde von Belgien, Dänemark, Frankreich, den Niederlanden, Norwegen und der Schweiz signiert und trat am 4. August 1936 in Kraft. Definitiv unterzeichnet wurde es indes in der Folge nur von Belgien, Grossbritannien, Frankreich, Dänemark, Norwegen, Spanien und der Schweiz²⁷⁴. Als einziges Land brachte Grossbritannien einen Vorbehalt zu Artikel 4 an, der sich allerdings nicht auf das Verbot der Rückschiebung nach Deutschland bezog²⁷⁵.

b) Der rechtliche Gehalt von Artikel 4

Im Vergleich zu Art. 3 der Konvention 1933 stellt Art. 4 des provisorischen Arrangements von 1936 einen Rückschritt dar²⁷⁶. Zwar sind auch nach den Bestimmungen des provisorischen Arrangements die Vertragsparteien verpflichtet, Flüchtlinge, denen der Aufenthalt bewilligt worden ist, nur dann auszuweisen, wenn dies aus Gründen der Staatssicherheit oder der öffentlichen Ordnung notwendig ist (Ziff. 2). Doch das Arrangement hat das absolute Verbot der Rückweisung in das Herkunftsland, das in Art. 3 Abs. 2 Konvention 1933 statuiert wird, nicht übernommen. Vielmehr erlaubt es, Flüchtlinge aus Deutschland dorthin zurückzuweisen, wenn die Betroffenen vor der möglichen Rückweisung ins Reich gewarnt wurden, es aber unterlassen haben, sich um die Bewilligung der ordnungsgemässen Einreise in ein anderes Land zu bemühen. Ein Refoulement nach Deutschland ist nur dann ausgeschlossen, wenn die betroffenen Flüchtlinge trotz eigener Bemühungen in kein anderes Land einreisen können.

²⁷² 171 LoNTS 75; französischer Text bei POULIN 149ff.

²⁷³ Schweizerische Übersetzung des französischen und englischen Originaltextes, Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848–1947, Band 11, Staatsverträge, 781.

²⁷⁴ Vgl. UNHCR Doc. HCR/120/34/80, Appendix 9; HAEFLIGER 100.

²⁷⁵ Abgedruckt in UNITED NATIONS (Study of Statelessness) 102.

²⁷⁶ KIMMINICH 239; GILBERT JAEGER, Les Nations Unies et les Réfugiés, Revue Belge de Droit International 1989, 18ff, 34.

In der Literatur oder in den Verhandlungsprotokollen finden sich keine Kommentare zur Frage, ob das Refoulementverbot des provisorischen Arrangements nur für Flüchtlinge gilt, denen der Aufenthalt im Land gestattet worden ist. Wortlaut und Systematik der Bestimmung legen nahe, die Frage zu verneinen. Abs. 2 spricht zwar von «réfugiés ayant été autorisés à séjourner dans un pays» bzw. von «Flüchtlingen, denen der Aufenthalt in einem Lande bewilligt worden ist», die einleitenden Worte «Même dans le cas susindiqué» (bzw. in der schweizerischen Übersetzung «selbst in dem obgenannten Fall») in Abs. 3 weisen aber darauf hin, dass es neben dem Fall von Abs. 2 weitere Fälle gibt, d. h., dass Art. 3 einen persönlichen Geltungsbereich hat, der über die in Abs. 2 genannten Flüchtlinge hinausgeht. Zudem wäre eine Beschränkung auf zugelassene Personen eine derart starke Abweichung von Art. 3 der Konvention von 1933 gewesen, dass sie sicher diskutiert worden wäre, wenn man sie wirklich beabsichtigt hätte. Die eben wiedergegebene Diskussion zu Art. 4 deutet ebenfalls in die Richtung, dass Flüchtlinge grundsätzlich nicht nach Deutschland zurückgeschickt werden sollten, die Staaten sich aber sonst möglichst grosse Freiheiten bewahren wollten.

Flüchtlinge, die *an der Grenze abgewiesen* wurden, konnten sich nicht auf Art. 4 berufen. Dies ergibt sich schon aus der Umschreibung der Ausnahme vom Rückschiebungsschutz von Abs. 3 (Ankündigung der Wegweisung und Weigerung, sich in einem Drittstaat um Aufnahme zu bemühen), die nur Sinn macht, wenn der Flüchtling sich (ob legal oder illegal) bereits richtig auf dem Gebiet des Zufluchtsstaates befindet. Diese Voraussetzung statuiert auch Abs. 1, weil es nur bei einer Person, die «doit quitter le territoire d'un des pays contractants», Sinn macht, von einem Flüchtling zu sprechen. Aus Art. 4 ergibt sich deshalb keine Pflicht zur Aufnahme.

c) Geltung für die Schweiz

In einem Kreisschreiben vom 19. August 1937 führte das EJPD zur schweizerischen Ratifikation des provisorischen Arrangements aus:

«Die Vereinbarung legt hinsichtlich Zulassung zum Aufenthalt [...] keine Verpflichtungen auf. Angesichts der Überfremdung und der Arbeitslosigkeit muss die heutige Praxis weitergeführt werden, wonach die Schweiz nur Durchgangsland sein kann für Flüchtlinge. Wir empfehlen Ihnen jedoch, den Würdigen unter ihnen nach Prüfung der Verhältnisse den Aufenthalt für einige Monate zu bewilligen, auch damit sie nicht in Versuchung kommen, sich der Kontrolle zu entziehen. [...] Die blossen Schriftenlosigkeit soll nicht zum Anlass der Verweigerung des Aufenthaltes genommen werden. [...]

Es ist zu beachten, dass gemäss der Vereinbarung den Flüchtlingen, die aus- oder weggewiesen sind, eine angemessene Frist zum Verlassen des Landes eingeräumt werden soll. Wir ersuchen Sie aber dringend, die Ausreise der Flüchtlinge, die das Land infolge Weg- oder Ausweisung verlassen müssen oder deren Ausweisung beschlossen ist, zu überwachen, um zu verhindern, dass sie sich anderwärts in der Schweiz festsetzen.

Zurückweisungen nach Deutschland sollen, obschon die Vereinbarung diese Möglichkeit unter gewissen Voraussetzungen vorsieht, nur in ganz besonderen Ausnahmefällen und nicht ohne Fühlungnahme mit unserer Polizeibehörde ins Auge gefasst werden. Wir wollen die Vereinbarung nicht zum Anlass neh-

men, von der bisherigen, äusserst zurückhaltenden Praxis abzugehen, wonach der politische Flüchtling grundsätzlich nicht in den ihn verfolgenden Staat abgeschoben werden soll.»²⁷⁷

Diesen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass die Schweiz aus dem Übereinkommen keine Pflicht zur Aufnahme von Flüchtlingen ableitete, aber offenbar davon ausging, dass das grundsätzliche (aber nicht absolute) Verbot der Rückschiebung nach Deutschland auch auf Flüchtlinge Anwendung fand, welche sich in der Schweiz nicht legal aufhalten konnten, sondern mangels einer Aufenthaltsberechtigung weggewiesen wurden²⁷⁸. Dies stützt die oben vertretene Auffassung, wonach sich Art. 4 Abs. 3 auch auf illegal anwesende Flüchtlinge bezog. Dem Übereinkommen widerspricht allerdings die im letzten Absatz implizit geäußerte Auffassung, dass das Rückschiebungsverbot nur für politische Flüchtlinge gilt: Wie vorne²⁷⁹ dargelegt, schützte die Übereinkunft von 1936 nicht nur politische Flüchtlinge, sondern alle Personen, die vor ihrer Flucht in Deutschland gelebt hatten, das deutsche Staatsbürgerrecht besessen hatten und nun de jure oder de facto den Schutz des Reichs verloren hatten, d. h. auch Juden, Sinti und Roma, Zeugen Jehovas und andere Gruppen, welche diese Voraussetzungen erfüllten.

Anders als das Arrangement vom 30. Juni 1928 hatte jenes von 1936 nicht bloss empfehlenden Charakter, sondern es war verbindlich²⁸⁰. Es blieb für die Schweiz in Kraft, als die anderen Vertragsparteien alle die Konvention vom 10. Februar 1938 ratifizierten. Art. 18 jener Konvention bestimmt nämlich:

«La présente Convention remplace l'Arrangement provisoire du 4 juillet 1936 pour toutes les Parties à la présente Convention. Cela n'affecte évidemment pas l'application dudit Arrangement provisoire pour les Parties à cet Arrangement non liées par la présente Convention.»

Das provisorische Arrangement²⁸¹ von 1936 wurde in der Bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, in der u.a. sämtliche am 1. Januar 1948 noch in Kraft stehenden Staatsverträge aufgenommen wurden, publiziert²⁸². Damit war die Schweiz während des Zweiten Weltkriegs an die vertragliche Verpflichtung von Art. 4 gebunden. Es entzieht sich unserer Kenntnis, ob die Schweiz sich während des Krieges je auf Staatsnotstand²⁸³ berief und die

²⁷⁷ Zitiert nach LUDWIG 70.

²⁷⁸ Der Begriff Ausweisung bezog und bezieht sich im schweizerischen Fremdenpolizeirecht auf die Entfernung von Personen mit an sich legalem Aufenthalt, jener der Wegweisung auf Personen, die sich ohne Anwesenheitsberechtigung in der Schweiz aufhalten, deren Aufenthalt also illegal (geworden) ist.

²⁷⁹ Vorne 1. Teil A.III.3.

²⁸⁰ Der Hinweis auf Kimminich in KÄLIN (Non-Refoulement) 39 Anm. 3, wonach Arrangements des Völkerbundes nur Empfehlungen darstellen, bezieht sich nur auf das Arrangement von 1928. Dass die Schweiz den verpflichtenden Charakter anerkannte, geht auch aus der Tatsache hervor, dass sie das Arrangement in die Liste der geltenden Staatsverträge aufnahm (vgl. Anm. 282).

²⁸¹ Art. 18 der Konvention vom 10. Februar 1938 macht deutlich, dass die Bezeichnung «provisorisches» Arrangement für die Vereinbarung von 1939 nicht eine Relativierung der Verbindlichkeit meinte, sondern bloss auf den Willen der Staaten hinwies, nach einiger Zeit und unter weniger Zeitdruck eine definitive Lösung zu erarbeiten. Die Schweiz war frei, diese definitive Lösung abzulehnen und statt dessen weiterhin das Arrangement von 1936 anzuwenden.

²⁸² Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848–1947, Band 11, Staatsverträge, 779ff.

²⁸³ Zu «necessity» als Grund für die Suspendierung von Vertragspflichten hinten 2. Teil A.IV.1.c. Grundsätzlich galten diese Instrumente auch nach dem Zweiten Weltkrieg weiter, bis der betreffende Staat die Flüchtlingskonvention von 1951 ratifizierte (GRAHL-MADSEN [Refugee Character] 113). In diesem Sinn lautet Art. 37 der Flüchtlingskonvention von 1951: «Unbeschadet der Bestimmungen seines Artikels 28 Ziffer 2 tritt dieses Abkommen im Verhältnis zwischen den vertragschliessenden Staaten an die Stelle der Vereinbarungen vom 5. Juli 1922, 31. Mai 1924, 12. Mai 1926,

Geltung des provisorischen Arrangements von 1936 suspendierte;Hinweise darauf haben wir aber nicht gefunden²⁸⁴.

4. Die Konvention vom 10. Februar 1938 über die Stellung der Flüchtlinge aus Deutschland

a) Entstehungsgeschichte

Das Arrangement von 1936 über den Rechtsstatus der Flüchtlinge aus Deutschland war von allem Anfang an nur als provisorische Massnahme zur Lösung der vordringlichsten Probleme verstanden und konzipiert worden²⁸⁵. Im Herbst 1937 verabschiedete die 18. Versammlung des Völkerbundes eine Resolution, in welcher der Hochkommissar für Flüchtlinge aus Deutschland aufgefordert wurde, eine Regierungskonferenz für die Erarbeitung einer Konvention über die Flüchtlinge aus Deutschland einzuberufen²⁸⁶. An dieser Konferenz, die vom 7. bis 10. Februar 1938 in Genf stattfand, versammelten sich Vertreter aus 14 Staaten²⁸⁷ inklusive der Schweiz sowie Beobachter aus drei Staaten²⁸⁸.

Im Gegensatz zu den Debatten der vorangehenden Konferenzen über Fragen der Ausweisung oder Rückschiebung von Flüchtlingen stiess Artikel 5 anlässlich seiner Behandlung auf praktisch keinen Widerstand. Die ersten beiden Ziffern wurden ohne Diskussion angenommen²⁸⁹: Zu Ziffer 3 erklärte die niederländische Delegation allerdings, dass ihre Regierung im Zeitpunkt der Ratifikation möglicherweise einen Vorbehalt werde anbringen müssen, weil sie sich die Freiheit bewahren wolle, gewisse Flüchtlinge, darunter Geisteskranke, welche der öffentlichen Fürsorge zur Last fielen, sowie Flüchtlinge, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährden und in keinen anderen Staat ausreisen könnten, nach Deutschland zurückzuschicken²⁹⁰. Der von der Konferenz schliesslich verabschiedete Artikel 5 der Konvention über die Stellung der Flüchtlinge aus Deutschland stimmt weitgehend mit Art. 4 des provisorischen Arrangements von 1936 überein und lautet in seiner Schlussfassung:

«1. Dans tous les cas où le réfugié doit quitter le territoire de l'un des Hautes Parties contractantes auquel s'applique la présente Convention, un délai utile lui sera accordé pour prendre les arrangements nécessaires.

30. Juni 1928 und 30. Juli 1935 sowie der Abkommen vom 28. Oktober 1933, 10. Februar 1938, des Protokolls vom 14. September 1939 und der Vereinbarung vom 15. Oktober 1946.» Warum das Arrangement von 1936 nicht genannt ist, entzieht sich unserer Kenntnis.

²⁸⁴ In der Sammlung der Eidgenössischen Gesetze (SEG) der Vorkriegs- und Kriegsjahre ist kein Suspendierungsbeschluss publiziert.

²⁸⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen des Hochkommissars für Flüchtlinge aus Deutschland, Sir Neill MALCOLM, zu Beginn der Konferenz von 1936: «[...] souligne le caractère provisoire du projet d'arrangement soumis à l'examen des gouvernements et insiste sur le fait que cet acte pourrait être mis en vigueur sans délai par de simples mesures administratives. Il vise à régler tout d'abord les questions les plus urgentes», Conf.S.R.A./1ère Session/P.V.1, 3.

²⁸⁶ Zitiert nach A.25.1938.XII,1.

²⁸⁷ Belgien, Dänemark, Frankreich, Grossbritannien, Kuba, Luxemburg, Norwegen, Niederlande, Polen, Portugal, Schweiz, Schweden, Spanien und die Tschechoslowakei.

²⁸⁸ Finnland, Jugoslawien und die Vereinigte Staaten.

²⁸⁹ Vgl. Conf. C.S.R.A./P.V.5, 11.

²⁹⁰ Conf. C.S.R.A./P.V.5, 11.

2. Sans préjudice des mesures d'ordre interne, les réfugiés ayant été autorisés à séjourner dans un territoire ne pourront être, de la part des autorités de ce territoire, l'objet de mesures d'expulsion et de refoulement qui ne seraient pas dictées par des mesures de sécurité nationale ou d'ordre public.

3. a) Les Hautes Parties contractantes s'engagent à ne pas refouler les réfugiés sur le territoire allemand, sauf après avertissement et s'ils ont de mauvaise foi refusé de prendre les dispositions nécessaires pour se rendre dans un autre territoire ou de profiter des arrangements pris pour eux à cet effet.

b) Les titres de voyage pourront alors être annulés ou retirés.»²⁹¹

Die Konvention wurde von Belgien, Dänemark, Spanien, Frankreich, Norwegen und den Niederlanden unterzeichnet. Die Vertreter Kubas, Portugals, Schwedens, der Schweiz und der Tschechoslowakei unterzeichneten lediglich die Schlussakte²⁹². Nachdem Belgien und Grossbritannien die Konvention ratifiziert hatten – sie blieben in der Folge die einzigen Vertragsstaaten²⁹³ –, konnte sie am 26. Oktober 1938 in Kraft treten.

Im Jahresbericht 1938 des Hochkommissars für Flüchtlinge aus Deutschland wird ausgeführt, gewisse Staaten – u.a. Schweden, die Tschechoslowakei und die Sowjetunion – hätten erklärt, dass sie, auch wenn sie die Konvention nicht ratifiziert hätten, Flüchtlingen aus Deutschland soweit als möglich die in der Konvention enthaltenen Garantien einräumen würden. Die Vereinigten Staaten erklärten, sie könnten die Konvention zwar nicht ratifizieren, Flüchtlingen aus Deutschland würden aber zumindest die gleichen, wenn nicht gar weitergehende Rechte eingeräumt²⁹⁴. Da die Schweiz keine entsprechende Erklärung abgab und auf die Ratifikation verzichtete, war sie nie an dieses Vertragswerk gebunden.

b) Rechtliche Bedeutung von Artikel 5

Artikel 5 der Konvention entspricht – trotz gewisser redaktioneller Unterschiede – inhaltlich der Bestimmung von Art. 4 des provisorischen Arrangements und stellt daher wie dieses einen Rückschritt im Vergleich zur Regelung der Konvention 1933 dar²⁹⁵. So statuiert auch Art. 5 der Konvention 1938 kein absolutes Verbot der Rückweisung nach Deutschland. Die Staaten konnten Flüchtlinge vielmehr nach Deutschland zurückweisen, wenn die Betroffenen über die Gefahr der Rückschiebung gewarnt worden waren, es aber bösgläubig («de mauvaise foi») unterlassen hatten, sich um die Bewilligung der ordnungsgemässen Einreise in ein anderes Land zu bemühen. Ein Refoulement nach Deutschland war somit dann ausgeschlossen, wenn die betroffenen Flüchtlinge trotz eigener Bemühungen in kein anderes Land einreisen konnten²⁹⁶. Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Bestimmung nur für diejenigen Flüchtlinge galt, denen der Aufenthalt im Land gestattet worden war, oder für alle Flüchtlinge. Denn im Gegensatz zum Wortlaut von Art. 4 des provisorischen Arrangement 1936, in dem die Wendung

²⁹¹ 192 LONTS 59; französischer Text bei POULIN 153ff.

²⁹² Siehe A.25.1938.XII, 2.

²⁹³ Vgl. UNHCR Doc. HCR/120/34/80, Appendix 10.

²⁹⁴ A.25.1938.XII, 4.

²⁹⁵ KIMMINICH 240; STENBERG 44.

²⁹⁶ STENBERG 44.

«même dans le cas susindiqué» verwendet wurde, fehlt eine entsprechende Qualifikation in Art. 5 der Konvention 1938. Zumindest aus den Protokollen der Konferenz lässt sich zu dieser Frage nichts ableiten²⁹⁷.

Wie bereits ausgeführt, haben gewisse Autoren aus Art. 3 der Konvention von 1933 eine Pflicht der Vertragsstaaten abgeleitet, Flüchtlinge in gewissen Situationen aufzunehmen. Soweit ersichtlich, wurde aus Art. 5 der Konvention von 1938 nie das Bestehen einer solchen Aufnahmepflicht herausgelesen. Gegen das Bestehen einer Aufnahmepflicht aufgrund von Art. 5 der Konvention von 1938 spricht der Kontext der Bestimmung von Abs. 3 lit. a: Rückweisungen nach Deutschland waren danach nämlich nur dann ausgeschlossen, wenn die Betroffenen gewarnt worden waren und böswillig keine Massnahmen zur Aus- und Weiterreise getroffen hatten. Damit wird implizit ausgedrückt, dass nur diejenigen Flüchtlinge durch das Rückschiebungsverbot geschützt wurden, die bereits im Land waren, nicht aber Flüchtlinge, die an der Grenze um Einreise ersuchten.

c) Auswirkungen der Konvention von 1938

Obwohl der persönliche Geltungsbereich der Konvention von 1938 und des provisorischen Arrangements von 1936 durch ein Zusatzprotokoll²⁹⁸, das am 14. September 1939 verabschiedet wurde, auch auf Flüchtlinge aus Österreich ausgedehnt wurde, sind die konkreten Auswirkungen von Artikel 5 wegen der äusserst geringen Zahl von Ratifikationen gering geblieben²⁹⁹.

5. Hinweise auf die zeitgenössische Staatenpraxis

Es ist im Rahmen dieses Gutachtens nicht möglich, die Staatenpraxis der fraglichen Periode vollständig aufzuarbeiten. Die folgenden Hinweise beschränken sich auf das, was sich der Literatur entnehmen lässt; sie können keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Sie zeigen aber, wie uneinheitlich die Staatenpraxis war:

- *Portugal* stellte während des Zweiten Weltkrieges ein wichtiges Durchreiseland für Flüchtlinge dar³⁰⁰. Auch Flüchtlingen ohne entsprechendes Visum wurde die Einreise gestattet³⁰¹, Flüchtlinge wurden nicht ausgewiesen oder zwangsweise in ihr Herkunftsland zurückgeschafft³⁰².

²⁹⁷ GRAHL-MADSEN meint, Art. 5 Abs. 3 lit. a habe nur für Flüchtlinge Geltung gehabt, denen der Aufenthalt im Land gestattet war: GRAHL-MADSEN (Asylum, Entry and Sojourn) 93.

²⁹⁸ Text abgedruckt bei POULIN 162f; das Zusatzprotokoll wurde von Grossbritannien und Dänemark ratifiziert.

²⁹⁹ SKRAN 137.

³⁰⁰ PROUDFOOT 56f.

³⁰¹ PROUDFOOT 57.

³⁰² STENBERG 47.

- *Spanien*: Wie Portugal, stellte auch Spanien während des Zweiten Weltkrieges ein wichtiges Durchreiseland für Flüchtlinge dar³⁰³. Nur sehr wenige der Flüchtlinge, die z.T. illegal die Grenze überschritten hatten, verblieben jedoch in Spanien. Die Mehrzahl reiste entweder direkt von Spanien aus nach Übersee oder gelangte nach Portugal. Obwohl die Haltung der spanischen Behörden gegenüber den in Spanien verbliebenen Flüchtlinge generell hart war, scheint es nicht zu Ausweisungen oder zwangsweisen Rückschaffungen gekommen zu sein³⁰⁴.
- *Schweden*: In Schweden trat auf den 1. Januar 1938 ein neues Gesetz in Kraft. Als Flüchtling im Sinne dieses Gesetzes «is deemed a person who had been exposed to severe persecution on the ground of his convictions and who comes to Sweden from a country where he was persecuted or from a country where he had reasonable grounds to apprehend reconduction to the country where he had been persecuted»³⁰⁵. Unter keinen Umständen konnten diese Personen in einen dieser Staaten ausgewiesen werden³⁰⁶. Die schwedischen Behörden erachteten indes bis Ende 1942 jüdische Flüchtlinge nicht als Flüchtlinge i.S. des schwedischen Asylrechtes, wenn sie nur Verfolgung aus religiösen Gründen geltend machten. Erst ab Anfang 1943 wurde diese Praxis geändert³⁰⁷.
- *Grossbritannien*: Die britischen Behörden verzichteten auf die Ausweisung staatenloser Flüchtlinge, die in kein anderes Land ausreisen konnten³⁰⁸. Staatenlosen Personen wurde aber in aller Regel kein Visum für die Einreise nach Grossbritannien erteilt³⁰⁹. Diese Haltung galt auch gegenüber staatenlosen jüdischen Flüchtlingen³¹⁰. Doch galt auch für staatenlose jüdische Flüchtlinge, dass sie – wenn einmal im Land – grundsätzlich nicht ausgewiesen werden sollten, da es als unmenschlich erachtet wurde, sie zur Rückkehr nach Nazi-Deutschland zu zwingen³¹¹. Ferner sahen die britischen Behörden von der Ausweisung politischer Flüchtlinge aus anderen Ländern in den Verfolgerstaat ab³¹². So verzichtete bereits 1911 ein britisches Strafgericht im Fall *Zausmer* auf die Empfehlung, einen russischen Staatsangehörigen nach Russland auszuweisen, da ihn dort eine Strafe wegen Desertion er-

³⁰³ STENBERG 46; PROUDFOOT 56.

³⁰⁴ STENBERG 47.

³⁰⁵ SIMPSON 257. Es ist unklar, ob Simpson den Gesetzestext in wörtlicher Übersetzung oder nur zusammenfassend wiedergibt.

³⁰⁶ SIMPSON 257; STENBERG 45 Anm. 88.

³⁰⁷ STENBERG 47f.

³⁰⁸ FRANÇOIS 325; SIMPSON 258; LONDON 490. So führte die britische Regierung 1934 in ihrer Antwort auf eine Empfehlung der Commission Intergouvernementale Consultative pour les Réfugiés aus: «Le Gouvernement de Sa Majesté se conforme au principe d'après lequel un étranger ne doit être expulsé qu'à destination du pays dont il est ressortissant. Par conséquent, il n'est pas d'usage d'expulser des étrangers apatrides résidant dans le Royaume-Uni. Le Gouvernement de Sa Majesté doit se réserver le droit de refuser l'admission, dans le Royaume-Uni, de tout étranger rentrant ou non dans la catégorie des réfugiés apatrides» (JO Société des Nations, März 1934, 373).

³⁰⁹ LONDON 490.

³¹⁰ LONDON 500.

³¹¹ LONDON 501.

³¹² MORGENSTERN 346.

warten würde³¹³. In *Rex v. Governor of Brixton Prison ex parte Sarno* bezeichnete es das zuständige Gericht als rechtsmissbräuchlich, einen echten politischen Flüchtling zur Rückkehr in den Herkunftsstaat zu zwingen³¹⁴. In den Entscheiden *Rex v. Goldfarb* sowie *Rex v. Szczenzlive* hob ein englisches Obergericht die von unteren Gerichten ausgesprochene Empfehlung auf, staatenlose Flüchtlinge russischer Herkunft auszuweisen, da die Betroffenen – welche wegen Straftaten verurteilt worden waren – nicht nach Russland ausgewiesen werden konnten³¹⁵.

- *Tschechoslowakei*: Flüchtlinge, die nicht in ein anderes Land einreisen konnten, wurden grundsätzlich nicht aus der Tschechoslowakei ausgewiesen, wenn sie nicht die öffentliche Sicherheit gefährdeten oder wegen der Begehung von Straftaten verurteilt worden waren³¹⁶. In ihrer Antwort auf eine Empfehlung der Commission Intergouvernementale Consultative pour les Réfugiés führte die tschechoslowakische Regierung aus, bei unerwünschten Flüchtlingen müsse im Einzelfall entschieden werden; sie könne sich deshalb nicht dazu verpflichten, überhaupt keine Flüchtlinge auszuweisen oder zurückzuschieben³¹⁷.
- *Frankreich*: Vor 1938 unterstanden Flüchtlinge den allgemeinen Ausweisungsbestimmungen, was für diese äusserst schwerwiegende Folgen hatte³¹⁸. Die Verabschiedung des *Décret-loi sur la police des étrangers* am 2. Mai 1938 führte zu einer völligen Abkehr von der früheren Praxis. Neu unterstanden Ausländer, die Frankreich nicht verlassen konnten, nicht mehr den gewöhnlichen Bestimmungen über die Ausweisung und die Nichtbefolgung von Ausweisungsbeschlüssen; vielmehr konnte der Innenminister den Betroffenen einen Aufenthaltsort zuweisen und sie verpflichten, sich regelmässig bei der Polizei zu melden. Um vom Geltungsbereich dieser Bestimmung erfasst zu werden, mussten die Ausländer nachweisen, dass sie weder in ihr Herkunftsland zurückkehren noch in ein anderes Land einreisen konnten³¹⁹. Für vom Völkerbund anerkannte Flüchtlinge galt laut einem Kreisschrei-

³¹³ Re Zausmer (1911), 7 Crim. App. Rep. 41, vgl. MORGENSTERN 346.

³¹⁴ *Rex v. Governor of Brixton Prison ex parte Sarno* (1916), 2 K.B., zitiert nach MORGENSTERN 346f.

³¹⁵ International Law Reports 8, Nr. 136, 304f.

³¹⁶ FRANÇOIS 325.

³¹⁷ JO Société des Nations, März 1934, 374.

³¹⁸ SIMPSON 253 beschreibt diese Situation mit folgenden Worten: «The procedure in expulsion cases [...] is to invite the alien to the Prefecture where the expulsion order is served upon him and all identity documents, including the Nansen Certificate, if he has one, are taken from him. He is then given a receipt for the papers withdrawn and a copy of the expulsion order. [...] In serious cases the refugee is forcibly conducted to the frontier. Generally, however, he is given a short period – usually a week – to make arrangements to leave the country. For this he requires a Nansen Certificate or some other travel document, an entry visa to some adjoining country and funds necessary to meet his expenses. As his labour permit has been withdrawn from him, it is impossible for him to earn money. For a visa he must apply to a consulate; even if it is granted, there is considerable delay. The travel document on which it could be endorsed has been taken from him. To comply with the order, therefore, he has to proceed to the frontier without a travel document, without visa, and without money, and so to attempt to cross into a neighbouring country. The only document in his possession, the receipt for his documents that have been withdrawn, he has to give up to the French gendarmes at the frontier. Clearly, the frontier police of the neighbouring country will not allow him to enter their territory, and it is not surprising that the great majority of those against whom an order has been made either fail to travel to the frontier altogether or, having reached it, return to France. In either case it is for the refugee the beginning of an illegal existence [...]»

³¹⁹ SIMPSON 256.

ben vom Mai 1938 die Vermutung, dass sie nicht ausreisen konnten und deshalb auch nicht ausgewiesen werden durften³²⁰. Andere Flüchtlinge mussten eine Bestätigung des Konsulats des (früheren) Heimatstaates vorweisen, dass sie nicht mehr dessen Staatsangehörigkeit besaßen, oder sonstwie beweisen, dass sie dorthin nicht mehr zurückkehren konnten³²¹.

- *Belgien*: Falls Flüchtlinge, gegen die eine Ausweisungsverfügung erlassen worden war, in kein anderes Land einreisen konnten, anerkannten die belgischen Behörden die Unmöglichkeit des Vollzuges der Ausweisung. Den Betroffenen konnte indes ein Aufenthaltsort zugewiesen werden. Während die Nichtbefolgung der Ausweisungsverfügung in diesen Situationen nicht bestraft werden konnte, wurde die Nichtbeachtung des zugewiesenen Aufenthaltsortes strafrechtlich geahndet³²².
- *Niederlande*: Asyl wurde in den dreissiger Jahren in den Niederlanden als Schutzgewährung an Ausländer ohne Aufenthaltsrecht verstanden, welche im Zeitpunkt der Rückschiebung im Herkunftsstaat sofort einer echten Todesgefahr ausgesetzt waren³²³. Bis November 1938 wurde in bezug auf Flüchtlinge aus Deutschland grundsätzlich angenommen, dass sie nicht in Lebensgefahr schweben würden und daher nicht in den Schutzbereich des Asylrechtes fielen³²⁴. Aus diesem Grund erliessen die niederländischen Behörden in einem Kreisschreiben vom 30. Mai 1934 Weisungen über die Einreise und den Aufenthalt von Flüchtlingen: Danach wurden neu angekommene Flüchtlinge aus Deutschland nur für zwei Wochen zugelassen, ausser ihre finanziellen Mittel erlaubten eine längere Anwesenheit; wer ohne Reisepapiere ankam, wurde nach Deutschland zurückgewiesen. Ausnahmen von diesen Regeln gab es nur für Personen, die in Deutschland unmittelbar gefährdet waren³²⁵. 1938 wurden die Bestimmungen in einem neuerlichen Kreisschreiben verschärft und Flüchtlinge grundsätzlich als unerwünschte Elemente bezeichnet³²⁶. Ausnahmen galten indes für jene Fälle, in denen die Betroffenen in unmittelbarer Lebensgefahr waren³²⁷. Die «Reichskristallnacht» verschärfte die Situation für die Juden in Deutschland. Aus Furcht vor einer massiven Einreise deutscher Flüchtlinge verschärften auch die Niederlande ihre Bestimmungen. Die Grenzen wurden nun für Flüchtlinge auch in Situationen unmittelbarer Lebensgefahr praktisch geschlossen; eine Ausnahme galt nur für diejenigen Deutschen, die in der Grenzregion zu den

³²⁰ SKRAN 137; SIMPSON 256.

³²¹ SIMPSON 256.

³²² SIMPSON 257.

³²³ «In the strictest sense, the granting of asylum can only be spoken of if one deals with an application with a genuine threat of mortal danger, when return would be an immediate realisation of that danger. Then, the elementary demands of humanity prevail, putting aside all the admission requirements» (Ausführungen des niederländischen Innenministers Donner 1933, zitiert nach MOORE 65).

³²⁴ Eingehend hierzu MOORE 65ff.

³²⁵ MOORE 71f; vgl. auch LUDWIG 66 Anm. 2.

³²⁶ Die Bestimmungen führten u.a. aus: «A refugee shall (henceforward) be considered an undesirable element for Dutch society and therefore as an undesirable alien, who will, therefore, be kept out at the border, or if found in the country, escorted to the border [...] particularly, it is pointed out that under circumstances where the refugee possesses sufficient means of support, this does not provide a reason for his admission or residence in the country.» Zitiert nach MOORE 79f.

³²⁷ MOORE 80.

Niederlanden lebten, an Leib und Leben gefährdet waren und ihr Gut zurücklassen mussten. Sie wurde aber geheimgehalten, so dass die Begünstigten davon nichts erfahren konnten³²⁸.

- *Kanada* nahm nur wenige jüdische Flüchtlinge aus Deutschland auf. Es schickte z. B. im Juni 1939 das Flüchtlingsschiff *St. Louis* mit 900 jüdischen Flüchtlingen nach Europa zurück und weigerte sich 1941, rechtzeitig jüdische Kinder aus Vichy-Frankreich zu retten³²⁹. Im Rahmen der allgemeinen Einwanderungspolitik wurde 1939 eine grössere Gruppe deutschstämmiger und tschechischer Familien aus dem Sudetenland aufgenommen³³⁰.
- *Indien*: In ihrer Antwort auf eine Empfehlung der Commission Intergouvernementale Consultative pour les Réfugiés führte die indische Regierung im Dezember 1933 aus, sie anerkenne das Verbot der Rückschiebung in den Verfolgerstaat ganz:

«Le Gouvernement de l'Inde ne refoule ni n'expulse de l'Inde aucun réfugié ne pouvant se rendre légalement dans un autre pays, ou dont il estime que la vie serait en danger s'il était expulsé de l'Inde.»³³¹

III. Artikel 33 Flüchtlingskonvention 1951

Der Gedanke, dass Flüchtlinge Anspruch auf Schutz vor Rückschiebung in den Verfolgerstaat haben sollten, setzte sich erst nach dem Zweiten Weltkrieg durch, wo er Eingang in Art. 33 der Flüchtlingskonvention von 1951 fand. Erst damit wurde der Stand des modernen Völkerrechtes erreicht, welcher Flüchtlinge im Sinn dieser Konvention³³² davor schützt, auf irgendeine Weise, sei es durch Abweisung an der Grenze, Wegweisung nach erfolgter Einreise, Ausweisung bei an sich bewilligtem Aufenthalt oder Auslieferung, dem Verfolgerstaat ausgehändigt zu werden. Dass der Inhalt dieser Bestimmung anfangs der fünfziger Jahre nicht unumstritten war, zeigt die Entstehungsgeschichte:

Am 8. August 1949 schuf der Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen (ECOSOC) ein *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems*, das u.a. den Auftrag hatte, eine Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und Staatenlosen auszuarbeiten³³³. Das

³²⁸ MOORE 82f, der dazu am gleichen Ort ausführt: «The point had been reached when even the traditional asylrecht (as interpreted in the 1930s as an <immediate danger to life>) could no longer be used as a yardstick for the admission of refugees. In effect, the border had been closed to all but very few, and these few with domiciles close to the border, were not to be told of their privileged position. Again, the government had adopted a discretionary policy with regard to admissions, trying to avoid any concrete rules which might provoke a flood of people given the <right> to enter the country under such rules.» Zum Problem, dass Deutschland aktiv die illegale Einwanderung in die Niederlande unterstützte, die niederländischen Behörden aber grundsätzlich keine bereits eingereisten Flüchtlingen nach Deutschland zurückschaffen wollten, vgl. MOORE 89f.

³²⁹ IRVING ABELLA, *Canadian Refugee Policy to 1980: Historical Overview*, in: Vaughan Robinson (Ed.), *The International Refugee Crisis, British and Canadian Responses*, London 1993, 77ff, 87ff; DIRKS 50ff. Angaben über spezifische juristische Normen konnten wir nicht finden.

³³⁰ DIRKS 74ff.

³³¹ JO Société des Nations, März 1934, 373.

³³² Zum Flüchtlingsbegriff der Konvention von 1951 vorne I. Teil A.IV.3.

³³³ ECOSOC Res. 248(IX)B, UN Doc. E/OR(IX)/Supp. No. 1, 62f, zitiert nach TAKKENBERG/TAHBAZ (History) 112.

Ad-hoc-Komitee tagte ab Mitte Januar 1950 in Lake Success, New York. Bereits im Februar 1950 übermittelte es dem ECOSOC seinen Bericht und den Entwurf einer Konvention über den Rechtsstatus von Flüchtlingen. Im Zuge der Beratungen über das Refoulement-Verbot stellte sich u.a. die Frage, ob eine derartige Regelung auch die Abweisung an der Grenze verbieten sollte. Der amerikanische Delegierte HENKIN führte hierzu aus:

«The Committee had, it was true, decided to delete the chapter on admittance, considering that the convention should not deal with the right of asylum and that it should merely provide for a certain number of improvements of the position of refugees. It did not, however, follow that the convention would not apply to persons fleeing from persecution who asked to enter the territory of the contracting parties. Whether it was a question of closing the frontier to a refugee who asked admittance, or of turning him back after he had crossed the frontier, or even of expelling him after he had been admitted to residence in the territory, the problem was more or less the same. Whatever the case might be, whether or not the refugee was in a regular position, he must not be turned back to a country where his life or freedom would be threatened. No consideration of public order should be allowed to overrule that guarantee, for if the State concerned wished to get rid of the refugee at all costs, it could send him to another country or place him in an internment camp. Paragraph 1 should therefore apply without reservation to all refugees, whether or not they had been regularly admitted to residence.»³³⁴

Damit war klar, dass das Rückschiebungsverbot auch für Flüchtlinge an der Grenze oder illegal eingereiste Flüchtlinge gelten sollte. ROBINSON, der Vertreter Israels, stimmte dieser Aussage zu und fügte bei, der Artikel müsse auf alle Flüchtlinge in allen Situationen inklusive der Abweisung an der Grenze Anwendung finden³³⁵.

Der vom Ad-hoc-Komitee schliesslich vorgeschlagene Wortlaut von Artikel 28 lautete:

«No Contracting State shall expel or return, in any manner whatsoever, a refugee to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality or political opinion.»³³⁶

Im Kommentar zu seinem Konventionsentwurf führte das Ad-hoc-Komitee zu Art. 28 aus, dass diese Bestimmung Art. 3 Abs. 2 der Konvention von 1933 nachempfunden sei, indes im Gegensatz dazu auch das Refoulement in einen Drittstaat, in dem Leben oder Freiheit von Flüchtlingen bedroht sei, verbiete. Hingegen impliziere die Bestimmung von Art. 28 nicht, dass ein Flüchtling in jedem Fall von einem Land zugelassen werden müsse, in welches er einreisen möchte³³⁷.

Im Sommer 1950 trat das Ad-hoc-Komitee – inzwischen war es in *Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons* umbenannt worden – zu einer zweiten Beratungsrunde in Genf zusammen. Als Beobachter war u.a. auch die Schweiz an den Debatten vertreten. Im Rahmen der Diskussion von Artikel 28 opponierte der Schweizer Beobachter SCHÜRCH gegen die Auffassung, wonach das Rückschiebungsverbot auch an der Grenze gelte; dies könne jedenfalls bei

³³⁴ Zitiert nach TAKKENBERG/TAHBAZ (History) 295.

³³⁵ «The article must, in fact, apply to all refugees, whether or not they were admitted to residence; it must deal with both expulsion and non-admittance, and must grant to all refugees the guarantees provided in paragraph 1» (zitiert nach TAKKENBERG/TAHBAZ (History) 295f.

³³⁶ Zitiert nach TAKKENBERG/TAHBAZ (History) 411.

³³⁷ TAKKENBERG/TAHBAZ (History) 421.

einem ausserordentlich starken Ansturm von Flüchtlingen nicht der Fall sein. Er führte aus, dass die Schweiz

«had at all times applied the principle stated in that article and that it had no reason to modify its procedure. But the Swiss Government wished to reserve the right in quite exceptional circumstances to expel an undesirable alien, even if he was unable to proceed to a country other than the one from which he had fled, since the Federal Government might easily find itself so placed that there was no other means of getting rid of an alien who had seriously compromised himself.

In addition, he presumed that the article did not mean that a refugee who reported to the authorities at the frontier of a country should be admitted solely because he could not be returned to a country where his life would be threatened. In his understanding, article 28 concerned only refugees lawfully resident in a country and not those who applied for admission or entered the country without authorization. An extraordinary influx of refugees into Switzerland might make it impossible for the Federal authorities to accept them all, despite their desire to receive as many as possible.»³³⁸

Der Vertreter der IRO, WEIS, antwortete darauf, dass Artikel 28 den Staaten eine negative Verpflichtung auferlege, Flüchtlinge nicht in gewisse Länder auszuweisen, aber keine Verpflichtung schaffe, Flüchtlingen die Wohnsitznahme zu erlauben³³⁹. In seinem Bericht an den ECOSOC hielt das Komitee (mit Ausnahme einer grammatikalischen Änderung) an seinem Vorschlag zu Art. 28 fest³⁴⁰. In seinen Erläuterungen führte das Komitee aus, zwar seien gewisse Fragen betreffend der Möglichkeit von Ausnahmen vom Verbot gemäss Art. 28 erhoben worden, das Komitee sei aber überzeugt, dass das hier festgelegte Prinzip fundamental sei und nicht beeinträchtigt werden solle³⁴¹.

Mit Resolution vom 14. Dezember 1950 entschied die Generalversammlung der Vereinten Nationen, eine diplomatische Konferenz einzuberufen, um auf der Grundlage des Entwurfes des Ad-hoc-Komitees die Flüchtlingskonvention auszuarbeiten und zu unterzeichnen³⁴². Die *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons* fand vom 2. bis 25. Juli 1951 in Genf statt; 26 Staaten³⁴³ hatten Delegierte entsandt, 2 Staaten³⁴⁴ waren durch Beobachter vertreten.

Sowohl Schweden als auch Frankreich und Grossbritannien brachten an der Konferenz Anträge ein, wonach das Refoulement-Verbot nicht absolut gelten solle, sondern Flüchtlinge dann zurückgewiesen werden dürften, wenn ihre Anwesenheit im Aufenthaltsstaat die öffentliche

³³⁸ Zitiert nach TAKKENBERG/TAHBAZ (Ad Hoc Committee) 162.

³³⁹ «[...] but it did not impose the obligation to allow a refugee to take up residence» (zitiert nach TAKKENBERG/TAHBAZ, Ad Hoc Committee, 163).

³⁴⁰ Art. 28: «No Contracting State shall expel or return a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality or political opinion» (zitiert nach TAKKENBERG/TAHBAZ [Ad Hoc Committee] 218).

³⁴¹ Zitiert nach WEIS (Refugee Convention) 327.

³⁴² UN Doc. A/1751, abgedruckt bei TAKKENBERG/TAHBAZ (Ad Hoc Committee) 240f.

³⁴³ Ägypten, Australien, Belgien, Brasilien, Kanada, Kolumbien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Grossbritannien, Irak, Israel, Italien, Luxemburg, Monaco, Niederlande, Norwegen, Österreich, Schweden, Schweiz (Liechtenstein), Türkei, Vatikan, Vereinigte Staaten, Venezuela und Jugoslawien.

³⁴⁴ Kuba und Iran.

Sicherheit und Ordnung gefährde³⁴⁵. Diskussionspunkte in der Debatte zu Artikel 28 waren einerseits die Frage, ob das Refoulement-Verbot absolut gelte, und andererseits das Problem des Geltungsbereichs des Non-Refoulement-Prinzips. In diesem Zusammenhang führte der Schweizer Vertreter ZUTTER aus, das Verbot könne, jedenfalls bei Massenflüchtlingsströmen, an der Grenze keine Anwendung finden:

«[...] In the Swiss Government's view, the term «expulsion» applied to a refugee who had already been admitted to the territory of a country. The term «refoulement», on the other hand, had a vaguer meaning; it could not, however, be applied to a refugee who had not yet entered the territory of a country. The word «return», used in the English text, gave the idea exactly. [...] In any case, the States represented at the Conference should take a definite position with regard to the meaning to be attached to the word «return». The Swiss Government considered that in the present instance the word applied solely to refugees who had already entered a country, but were not yet resident there. According to that interpretation, States were not compelled to allow large groups of persons claiming refugee status to cross its frontiers.»³⁴⁶

Die Delegierten Frankreichs, der Niederlande, der Bundesrepublik Deutschland, Italiens und Schwedens unterstützten die schweizerische Auffassung über den Geltungsbereich des Refoulement-Verbotes bezüglich der Situation von Massenflucht. Bei der zweiten Lesung der Bestimmung – nunmehr Artikel 33 – führte Baron VAN BOETZELAR, der Vertreter der Niederlande, aus:

«At the first reading the representatives of Belgium, the Federal Republic of Germany, Italy, the Netherlands and Sweden had supported the Swiss interpretation. From conversations he had since had with other representatives, he had gathered that the general consensus of opinion was in favour of the Swiss interpretation.

In order to display any possible ambiguity and to reassure his Government, they wished to have it placed on record that the Conference was in agreement with the interpretation that the possibility of mass migrations across frontiers or of attempted mass migrations was not covered by article 33.»³⁴⁷

Damit war klargelegt, dass Art. 33 die Staaten in Situationen von Massenflüchtlingsströmen nicht daran hindere, ihre Grenzen zu schliessen³⁴⁸. Diese Auffassung betonte der Bundesrat auch in seiner Botschaft vom 9. Juli 1954 an die Bundesversammlung zum Entwurf des Beschlusses über die Genehmigung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951³⁴⁹:

«Von besonderer Bedeutung ist *Artikel 33*. Es ist das erste Mal, dass in einem internationalen Abkommen die Verpflichtung festgesetzt wird, dass kein Flüchtling in ein Land zurückgewiesen werden darf, in dem er wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, seiner Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Einstellung an Leib und Leben gefährdet ist. Allerdings wurde von der Konferenz allseitig als selbstverständlich erklärt, dass dieser Artikel nur auf normale

³⁴⁵ Vgl. die Anträge bei WEIS (Refugee Convention) 328.

³⁴⁶ Zitiert nach TAKKENBERG/TAHBAZ (Conference) 345 sowie WEIS (Refugee Convention) 328f.

³⁴⁷ Zitiert nach TAKKENBERG/TAHBAZ (Conference) 572.

³⁴⁸ Das oben zitierte Statement der Schweiz war zweideutig formuliert, da im ersten Teil die Rede von Personen war, die sich bereits auf dem Territorium des Zufluchtsstaates befinden. Aus dem letzten Satz ergibt sich aber, dass die Schweiz von Massenfluchtsituationen sprach. Die Stellungnahme der Niederlande verdeutlicht, dass sich der erreichte Konsens über die Beschränkung des Geltungsbereichs von Art. 33 nur auf diese spezifische Konstellation bezog.

³⁴⁹ BBl 1954 II 69ff.

Verhältnisse zugeschnitten sei und dass bei einem Massenzustrom jedes Land die Massnahmen treffen könne, die sich aufdrängen.»³⁵⁰

Zur Frage, ob das Prinzip des Non-Refoulement absolut gelten solle oder in gewissen Konstellationen eingeschränkt werden könne, sprach sich die Mehrheit der Staaten für die Möglichkeit der Einschränkung aus. In der Schlussabstimmung zu Artikel 33 wurde Absatz 1 mit 21 Stimmen bei 2 Enthaltungen und keiner Gegenstimme, Absatz 2 mit 20 Stimmen bei 3 Enthaltungen und keiner Gegenstimme angenommen. In seiner definitiven Fassung bestimmt Art. 33:

«1. Kein vertragsschliessender Staat darf einen Flüchtling in irgendeiner Form in das Gebiet eines Landes ausweisen oder zurückstellen, wo sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauung gefährdet wäre.

2. Auf diese Vorschrift kann sich ein Flüchtling nicht berufen, wenn erhebliche Gründe dafür vorliegen, dass er als eine Gefahr für die Sicherheit des Aufenthaltsstaates angesehen werden muss, oder wenn er eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist.»³⁵¹

Ob die an der diplomatischen Konferenz vertretene Auffassung, dass das Verbot des Refoulement – zumindest in Situationen von Massenflucht – nicht für Abweisungen an der Grenze gelte³⁵², die richtige Auslegung der Bestimmung darstellt³⁵³, war lange umstritten³⁵⁴. Heute ist anerkannt, dass Art. 33 auch Abweisungen an der Grenze erfasst³⁵⁵.

IV. Schlussfolgerungen

Die Darstellung der Entstehung des Prinzips des Non-Refoulement erlaubt folgende Schlussfolgerungen:

- Der Grundsatz, dass Flüchtlinge, welche sich legal oder illegal auf das Territorium des Zufluchtsstaates retten konnten, nicht in den Herkunftsstaat zurückgeschickt werden, wenn ihnen dort Gefahr für Leib und Leben droht, wurde in der Zwischenkriegszeit konzeptionell entwickelt und damals wie während des Krieges von vielen Regierungen grundsätzlich anerkannt³⁵⁶.
- Eine Pflicht dazu bestand allerdings nur, soweit ein Staat in seinen Gesetzen eine entsprechende Vorschrift verankert hatte, was nur ausnahmsweise geschah³⁵⁷, oder eine entsprechende völkerrechtliche Verpflichtung übernommen hatte. Solche Rückschiebungsverbote

³⁵⁰ BBl 1954 II 81f.

³⁵¹ Deutsche Übersetzung gemäss SR 0.142.30.

³⁵² So in Hinblick auf den Willen der Vertragsstaaten auch KIMMINICH 327; ROBINSON 163; WEIS (Legal Aspects) 482; schwankend POMPE 19.

³⁵³ Die subjektiv-historische Interpretation ist nur eine von mehreren juristischen Auslegungsmethoden, welche zudem im Völkerrecht nur subsidiäre Bedeutung hat (so Art. 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969).

³⁵⁴ Für eine andere Auslegung ausführlich DAVY 96ff und KÄLIN (Non-Refoulement) 205ff.

³⁵⁵ Zur Problematik der Grenzschiessung bei Massenflüchtlingsströmen nach heutigem Recht GOODWIN-GILL 195ff.

³⁵⁶ Vgl. die Position bzw. Praxis in Portugal, Spanien, Schweden, Grossbritannien und Indien, vorne 1. Teil B.II.5.

³⁵⁷ Schweden, vorne 1. Teil B.II.5.

galten für die Vertragsparteien der Völkerbundskonventionen von 1933³⁵⁸ hinsichtlich der Flüchtlinge aus Russland und der Türkei (Armenier etc.), für die Parteien der Vertragswerke von 1936³⁵⁹ und 1938³⁶⁰ für Flüchtlinge aus Deutschland (bzw. für die Vertragsparteien des Protokolls von 1939³⁶¹ für Flüchtlinge aus Österreich).

- Für andere Flüchtlinge bestand kein völkerrechtlicher Schutz. Das Prinzip des Non-Refoulement stellte in der fraglichen Zeit kein Gewohnheitsrecht dar. Laut STENBERGS zutreffender Analyse war das Verbot der Ausweisung von Flüchtlingen

«very little developed in the inter-war period even as far as treaty law was concerned. As far as general international law was concerned it did not exist at all. Neither can it be said that there existed any rule of *non-refoulement* in general international law. The instruments of 1933, 1936, 1938 and 1939 were not even acceded by the majority of the European States. [...] Expulsion and forcible return was therefore not uncommon.»³⁶²

- Ausser für Flüchtlinge aus Russland und der Türkei (Armenier etc.) sah keines dieser Vertragswerke ein Verbot der Abweisung an der Grenze vor, sondern beschränkte den Schutz auf jene, welche illegal bis ins Landesinnere fliehen konnten. Diese Haltung wurde von den Staaten nach dem Krieg anlässlich der Erarbeitung des Rückschiebungsverbot von Art. 33 der Flüchtlingskonvention von 1951 für Situationen von Massenflucht bestätigt.
- Die Schweiz war im relevanten Zeitraum an das Rückschiebungsverbot für bereits (legal oder illegal) eingereiste Flüchtlinge gemäss Art. 4 des provisorischen Arrangements vom 4. Juli 1936 betreffend den Rechtsstatus von Flüchtlingen aus Deutschland gebunden. Falls man davon ausgeht³⁶³, dass Art. 4 auch illegal anwesende Flüchtlinge schützte, verletzte die Schweiz diese Bestimmung, soweit sie gefährdete Flüchtlinge aus Deutschland dorthin zurückschickte, welche bereits die Grenze überwunden hatten und nicht danach im grenznahen Raum aufgegriffen wurden. Ob die Schweiz sich je förmlich auf Staatsnotstand berief, um die Anwendung dieser Vertragsbestimmung zu suspendieren, entzieht sich unserer Kenntnis.
- Soweit die Schweiz Flüchtlinge aus Deutschland an der Grenze (inklusive des grenznahen Raums) abwies und nach Deutschland zurück verbrachte, verletzte sie keine völkerrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Flüchtlinge. Gleiches gilt für die Rückschiebung und Abweisung von Flüchtlingen aus anderen Ländern als Deutschland.

³⁵⁸ Belgien, Bulgarien, Dänemark, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Norwegen und die Tschechoslowakei. Finnland, Estland, Griechenland, Irak, Litauen, die USA, Schweden, die Schweiz und Jugoslawien hatten erklärt, sie würden die Prinzipien der Konvention freiwillig anwenden (POULIN 141 Anm. 1).

³⁵⁹ Belgien, Dänemark, Frankreich, Grossbritannien, Norwegen, Spanien und die Schweiz (POULIN 149 Anm. 1).

³⁶⁰ Belgien, Dänemark, Frankreich, Grossbritannien, Spanien, Norwegen und die Niederlande.

³⁶¹ Grossbritannien und Dänemark.

³⁶² STENBERG 45.

³⁶³ Siehe vorne I. Teil B.II.3.b.

- Auf landesrechtlicher Ebene anerkannte die Schweiz, dass politische Flüchtlinge bei drohender Gefahr für Leib und Leben nicht in den Herkunftsstaat zurückgeschickt werden dürfen. Dass sie dieses Prinzip auf andere Flüchtlinge nur teilweise anwandte, hat juristisch seine Hauptursache in der Verengung des gesetzlichen Flüchtlingsbegriffes³⁶⁴. Dies widersprach dem weiteren Flüchtlingsbegriff des Arrangements von 1936 über Flüchtlinge aus Deutschland und erscheint auch deshalb problematisch, weil die Schweiz auf internationaler Ebene die Entwicklung eines weiter gefassten Rückschiebungsschutzes wenigstens politisch mitgetragen und anerkannt hatte, dass bei drohender Gefahr für Leib und Leben auf Rückschiebungen in den Herkunftsstaat grundsätzlich zu verzichten sei.

³⁶⁴ Siehe die Schlussfolgerungen vorne 1. Teil A.V.

Zweiter Teil: Das Vollmachtenregime

A. Die Verfassungsmässigkeit des Vollmachtenbeschlusses von 1939

I. Einleitung

1. Der Vollmachtenbeschluss von 1939

Die Behandlung der Flüchtlinge während des Zweiten Weltkrieges hatte rechtlich ihre Grundlagen in einer Vielzahl bundesrätlicher Beschlüsse und Verordnungen sowie darauf gestützter Kreisschreiben der zuständigen Bundesbehörden. Sie alle fanden ihre Grundlage nicht in der Bundesverfassung und in Bundesgesetzen, sondern in Notrecht, welches im Rahmen des sog. Vollmachtenregimes erlassen wurde. Für das Verständnis und die Beurteilung der schweizerischen Flüchtlingspolitik des Zweiten Weltkrieges ist es deshalb wichtig, die juristischen Grundlagen dieses Regimes und seine Beurteilung durch die Rechtswissenschaft zu kennen.

Der sog. Vollmachtenbeschluss datiert vom 30. August 1939³⁶⁵. Mit diesem Bundesbeschluss übertrug die Bundesversammlung dem Bundesrat weitreichende gesetzgebende und verfassungsändernde Befugnisse. Art. 8 des Beschlusses bestimmte in knappen Worten:

«Die Bundesversammlung erteilt dem Bundesrat Vollmacht und Auftrag, die zur Behauptung der Sicherheit, Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz, zur Wahrung des Kredites und der wirtschaftlichen Interessen des Landes und zur Sicherung des Lebensunterhaltes erforderlichen Massnahmen zu treffen.»

Art. 4 räumte dem Bundesrat den für die «Deckung der damit verbundenen Ausgaben» nötigen Kredit ein und ermächtigte ihn zur Aufnahme «allfällig erforderlicher Anleihen».

Weitreichend war dieser Beschluss deshalb, weil er – anders als das Dringlichkeitsrecht der Bundesverfassung³⁶⁶ – nicht nur die Referendumsrechte von Volk und Ständen temporär ausser Kraft setzte, sondern auch in weitem Ausmass Befugnisse der Bundesversammlung an den Bundesrat übertrug. Allerdings hatte der Bundesrat der Bundesversammlung gemäss Art. 5 halbjährlich «über die von ihm in Ausführung dieses Beschlusses getroffenen Massnahmen Bericht zu erstatten»; diese musste entscheiden, «ob diese Massnahmen weiter in Kraft bleiben sollen».

³⁶⁵ Bundesbeschluss über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität vom 30. August 1939, Text in BB1 1939 II 216. Dazu ausführlicher hinten 2. Teil A.II.3.

³⁶⁶ Art. 89^{bis} BV; siehe dazu ETIENNE GRISEL, Art. 89^{bis} in Kommentar BV.

2. Fragestellung

Im Folgenden ist die Verfassungsmässigkeit des mit diesem Beschluss begründeten Vollmachtenregimes zu untersuchen, wobei sowohl die zeitgenössische Diskussion als auch die spätere Beurteilung in der juristischen Literatur darzustellen sind (Ziff. 3.2.1 des Mandatsvertrags).

Zuerst ist die Behördenpraxis im Bereich des Notrechts darzustellen. Da der Beschluss von 1939 stark durch den Vollmachtenbeschluss, den das schweizerische Parlament zu Beginn des Ersten Weltkrieges verabschiedet hatte, präjudiziert wurde, soll in einem ersten Schritt die Entwicklung des schweizerischen Notrechts ab dem Jahre 1914 bis zum Erlass des Vollmachtenbeschlusses von 1939 dargestellt werden (Ziff. II). Anschliessend soll untersucht werden, wie die juristische Doktrin die Verfassungsmässigkeit des Notrechtsregimes beurteilte; dabei wird zwischen den Lehrmeinungen aus den Jahren 1914–1938, der rechtlichen Beurteilung dieser Massnahmen durch die zeitgenössische Literatur während und kurz nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges und der rechtshistorischen Betrachtung durch die modernere juristische Literatur unterschieden (Ziff. III). Dieser Teil des Gutachtens schliesst mit einer Diskussion der Frage, wie und mit welchen Kriterien das Vollmachtenregime beurteilt werden kann (Ziff. IV).

Die Untersuchung klammert die heftigen Debatten über das wirtschaftliche Notrecht der Zwischenkriegszeit völlig aus. Zwar hat dieses Notrecht politisch sicher das Feld für den Vollmachtenbeschluss mit vorbereitet. Juristisch stützte es sich aber auf den damaligen Art. 89 BV ab³⁶⁷, was verfassungsrechtlich völlig andere Fragen aufwirft als das extrakonstitutionelle Notrecht des Vollmachtenregimes. Aus diesen Gründen beschränkt sich die Darstellung auf das *Kriegsnotrecht*.

II. Die schweizerische Notrechtspraxis

1. Der Erste Weltkrieg

Bereits in den Anfängen des schweizerischen Bundesstaates, d. h. in der Zeitspanne zwischen 1848 und 1870, gewährte die Bundesversammlung in Zeiten äusserer Gefährdung dem Bundesrat verschiedentlich die Kompetenz zum Erlass ausserordentlicher Massnahmen³⁶⁸. All diese Vollmachten waren jedoch auf militärische Massnahmen beschränkt, und es wurde von ihnen nur in einem bescheidenen Rahmen Gebrauch gemacht³⁶⁹.

Wegen der Stabilität der damaligen politischen Verhältnisse erhielt der Bundesrat zwischen den 1870-er Jahren und dem Ersten Weltkrieg nie besondere Vollmachten. Erst als mit der Kriegserklärung von Österreich-Ungarn an Serbien am 28. Juli 1914 ein allgemeiner europäischer Krieg unvermeidlich erschien, ersuchte der Bundesrat mit Botschaft vom 2. August 1914 um

³⁶⁷ Siehe hinten 2. Teil A.IV.b.

³⁶⁸ Siehe zu diesen frühen Vollmachtenbeschlüssen z. B. die Übersicht in MANUEL 15ff und VON WALDKIRCH (Notverordnung) 25ff.

³⁶⁹ MARTI (Vollmachtenbeschluss) 5f.

die Einräumung umfassender Kompetenzen³⁷⁰. Diese wurden ihm mit Bundesbeschluss vom 3. August 1914 betreffend die Massnahmen zum Schutz des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität gewährt³⁷¹. Dieser Erlass, welchen die Bundesversammlung in der Form des dringlichen Bundesbeschlusses einstimmig und diskussionslos³⁷² verabschiedete³⁷³, erteilte dem Bundesrat

«die unbeschränkte Vollmacht zur Vornahme aller Massnahmen, die für die Behauptung der Sicherheit, Integrität und Neutralität der Schweiz und zur Wahrung des Kredits und der wirtschaftlichen Interessen erforderlich werden»³⁷⁴.

Der Vollmachtenbeschluss erlangte grösste praktische Bedeutung, diente er doch bis zum Jahre 1919 als Grundlage für mehr als tausend Notrechtsbeschlüsse, welche teilweise Verfassungs- und Gesetzesrecht abänderten³⁷⁵ und massiv in Grundrechte wie die Handels- und Gewerbe-freiheit und die Pressefreiheit eingriffen³⁷⁶.

Schon im Jahre 1915 bekam das Bundesgericht Gelegenheit, über die Zulässigkeit dieses Ermächtigungsbeschlusses bzw. eines darauf abgestützten Bundesratsbeschlusses³⁷⁷ zu befinden³⁷⁸. In diesem soweit ersichtlich einzigen Entscheid zum Vollmachtenrecht des Ersten Weltkrieges stellte das Gericht zwar fest, dass es wegen des Ausschlusses der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen³⁷⁹ die Verfassungsmässigkeit des Vollmachtenbeschlusses und der darauf abgestützten bundesrätlichen Verordnungen nicht prüfen dürfe; gleichzeitig machte es aber deutlich, dass es den Erlass solchen Notrechts für zulässig hielt:

«Aux termes de l'art. 113 Const. Féd., le Tribunal fédéral doit appliquer les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale, sans pouvoir rechercher si ces lois sont conformes ou non à la Constitution. Or, en date du 3 août 1914 l'Assemblée fédérale a donné au Conseil fédéral pouvoir illimité de prendre toutes les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité; elle lui a ainsi délégué les pouvoirs législatifs qu'elle possède elle-même et le Tribunal fédéral ne peut pas plus examiner la constitutionnalité d'une ordonnance de portée générale rendue en vertu de ces pleins pouvoirs qu'il ne pourrait examiner celle d'une loi votée par l'Assemblée

³⁷⁰ BBl 1914 IV 5ff.

³⁷¹ AS 1914, 337.

³⁷² Siehe dazu z. B. ZOLLER 5. Die Protokolle der parlamentarischen Behandlung dieser Beschlüsse finden sich nicht in den jeweiligen stenographischen Bulletins der beiden Räte. Allerdings sind die Reden der Präsidenten beider Räte in BBl 1914 9ff abgedruckt. Diese Ausführungen äussern sich aber nicht zur verfassungsrechtlichen Grundlage des Vollmachtenbeschlusses.

³⁷³ Art. 6 BB vom 3. August 1914: «Gegenwärtiger Bundesbeschluss wird dringlich erklärt und tritt sofort in Kraft.»

³⁷⁴ Art. 3 BB vom 3. August 1914. Art. 4 dieses Beschlusses erteilt dem Bundesrat zusätzlich einen unbegrenzten Kredit «zur Bestreitung der Ausgaben», und Art. 5 statuiert die Verpflichtung der Exekutive, der Bundesversammlung über den Gebrauch der Vollmachten «Rechenschaft abzulegen».

³⁷⁵ Eine Übersicht über die Notrechtsgesetzgebung während des Ersten Weltkrieges findet sich in BBl 1919 III 277 und für die Jahre 1914–15 in VON WALDKIRCH (Notverordnung) 30ff; vgl. auch ZOLLER 5f.

³⁷⁶ II. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die von ihm aufgrund des Bundesbeschlusses vom 3. August 1914 getroffenen Massnahmen, BBl 1916 I 125ff (zur Handels- und Gewerbe-freiheit), 129ff (zur freien Meinungsäusserung) und 131ff (zur Pressefreiheit).

³⁷⁷ In concreto über die Verordnung des Bundesrates über Beschimpfung fremder Völker vom 2. Juli 1915.

³⁷⁸ BGE 41 I 551ff.

³⁷⁹ Art. 113 Abs. 3 BV bestimmt, dass Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse für das Bundesgericht massgeblich sind.

fédérale. [...] Bien que la constitution ne renferme pas de disposition formelle dans ce sens, *il n'est pas douteux que lorsque, par suite de circonstance exceptionnelles, le Conseil fédéral est chargé de prendre toutes mesures exceptionnelles nécessaires pour le bien public menacé, il ne saurait être lié par la Constitution dans cette œuvre indispensable.* Le prévenu reconnaît lui-même qu'il peut être amené à restreindre certaines des garanties constitutionnelles, mais il veut qu'il respecte au moins les dispositions organiques de la Constitution. Mais cette délimitation est tout arbitraire et il est manifestement impossible de prescrire au gouvernement de s'arrêter à un point déterminé si le salut du pays exige qu'il aille au-delà. Quant à savoir si dans tel cas particulier [...] le Conseil fédéral avait des raisons suffisantes pour sortir du cadre tracé par la Constitution, l'autorité judiciaire ne peut s'arroger le droit d'en décider: c'est l'autorité politique seule, soit le Conseil fédéral sous le contrôle de l'Assemblée fédérale [...] qui est juge de la nécessité des mesures qu'elle ordonne dans la plénitude de sa responsabilité vis-à-vis du pays.»³⁸⁰

Insbesondere der Erlass von Notbeschlüssen strafrechtlichen Inhaltes – wie z. B. der dem eben zitierten Bundesgerichtsentscheid zugrundeliegende Bundesratsbeschluss betreffend die Beschimpfung fremder Völker – und die darauf gestützten gerichtlichen Verurteilungen stiessen in weiten Bevölkerungskreisen der Westschweiz auf Ablehnung und waren gar Grund für Ausschreitungen und Demonstrationen. Diese Vorfälle bewogen³⁸¹ im Jahre 1916 die Regierung des Kantons Waadt, vom Bund die Beschränkung der ausserordentlichen Vollmachten des Bundesrates zu verlangen³⁸². Der Bundesrat lehnte das Begehren ab³⁸³, äusserte sich aber erstmals³⁸⁴ ausdrücklich zur Frage der verfassungsrechtlichen Grundlage des Vollmachtenbeschlusses von 1914. Dabei erwog er eine Abstützung auf die aussen- und neutralitätspolitischen Kompetenzen von Bundesversammlung (Art. 85 Ziff. 6 und 7 BV) und Bundesrat (Art. 102 Ziff. 8–10 BV), liess die Frage aber mit dem Argument offen, es stehe

«ausser Zweifel, dass auch ohne eine ausdrückliche Verfassungsnorm ein Recht der Bundesbehörden besteht, in einer durch ausserordentliche Ereignisse geschaffenen Notlage des Staates dasjenige zu verfügen, was der höchste Staatszweck, die Behauptung der Sicherheit, Integrität und Neutralität des Landes und die Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt seiner Bürger, erheischt. Mit dieser Auffassung befinden wir uns auch in Übereinstimmung mit der Ansicht unseres obersten Gerichtshofes, wie sie in neuesten Urteilen desselben niedergelegt ist.»³⁸⁵

Dieser Sichtweise schloss sich die Bundesversammlung an, welche den bundesrätlichen Bericht mit der ausdrücklichen Feststellung genehmigte, dass sie sich von der Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der dem Bundesrat im Jahre 1914 erteilten Vollmachten überzeugt habe³⁸⁶.

Eine weitere Auseinandersetzung mit der Verfassungsmässigkeit des Vollmachtenbeschlusses und der darauf gestützten Erlasse fand erst nach dem Ersten Weltkrieg statt. Ausgelöst durch

³⁸⁰ BGE 41 I 553f (Hervorhebung durch die Verfasser).

³⁸¹ Siehe BBl 1916 I 120f und 130f.

³⁸² BBl 1916 I 121. Diese Eingabe wurde auch von den Bundesparlamentariern dieses Kantons sowie von der Regierung und von Parlamentariern des Kantons Genf unterstützt. In der Deutschschweiz fanden Kundgebungen statt, welche sich gegen die welschen Forderungen richteten.

³⁸³ BBl 1916 I 122ff.

³⁸⁴ ARTHUR HUBER 32.

³⁸⁵ BBl 1916 I 122.

³⁸⁶ AS 1916, 91. Die Bundesversammlung sollte zukünftig alle Berichte des Bundesrates genehmigen; A. HUBER 32.

verschiedene parlamentarische Eingaben³⁸⁷, behandelte die Bundesversammlung die Frage einer Beschränkung dieser ausserordentlichen Massnahmen eingehend in der Frühjahrsession 1919³⁸⁸. Parlamentarier aus der französischsprachigen Schweiz äusserten teilweise fundamentale Kritik; sie bestritten die Verfassungsmässigkeit der Notstandsgesetzgebung und bezeichneten sie als Frucht des deutschen Imperialismus³⁸⁹. Die Mehrheit beider Räte nahm jedoch eine regierungsfreundlichere Haltung ein: Zwar wird auch in den Voten aus dem Kreis der parlamentarischen Mehrheit ein Unbehagen sichtbar; die Institution des Staatsnotstandes wurde allerdings nicht integral in Frage gestellt, und die Mehrheit entschied, die Situation sei für eine vollständige Beendigung des Notrechtsregimes noch nicht reif³⁹⁰. Als Ergebnis dieser Diskussionen verabschiedete die Bundesversammlung am 3. April 1919 den dringlichen Bundesbeschluss betreffend Beschränkung der ausserordentlichen Vollmachten³⁹¹, der in seinem Art. 1 die Art. 3 und 4 des Bundesbeschlusses vom 3. August 1914 aufhob, dies jedoch mit folgender Einschränkung:

«Der Bundesrat bleibt ermächtigt, ausnahmsweise Massnahmen zu treffen, die zur Sicherheit des Landes oder zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Landes unumgänglich notwendig sind.

Von den auf Grund dieser Vollmachten erlassenen Verordnungen ist der Bundesversammlung in ihrer nächsten Tagung mit einlässlichem Bericht Kenntnis zu geben; sie entscheidet darüber, ob dieselben weiter in Kraft zu bleiben haben.»³⁹²

³⁸⁷ A. HUBER 38 und ZOLLER 6f.

³⁸⁸ Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1919, Ständerat 153ff und Nationalrat 126ff.

³⁸⁹ Die Äusserungen von Nationalrat DE RABOURS zeigen exemplarisch, wie hart die Kritik dieser Parlamentarier war (Stenographisches Bulletin Nationalrat 1919, 151f): «[P]endant tout ce temps nous ne vivons plus sous le règne de la loi. Et où avons-nous été chercher ces principes inattendus de droit public, ces notions étrangères à notre constitution, cet élément de droit public naturel, ce «Notrecht» et ce «Notstand»? Vous le savez, Messieurs, ce fatras qui conduit au confusionnisme, nous vient des doctrines impérialiste, ce sont des créations artificielles, issues des cerveaux de juristes officiels et de juristes officiels allemands! On est donc allé en Allemagne et en Autriche-Hongrie pour y rechercher des principes de droit public et constitutionnel. Se serait-on inspirée en Angleterre ou aux Etats-Unis ou en France où l'on ne connaît autre chose que le règne de la loi? Que non pas! Aucun texte constitutionnel ne prévoyait l'état de nécessité, nous avons donc voulu nous mettre en mesure de nous présenter avec des allures d'Etat unifié et autarchiquement organisé et nous avons inventé les pouvoirs illimités. Je ne veux pas insister sur ce point, [...] mais je tiens à dire que cet état de nécessité, invoqué pour justifier l'exercice des pleins pouvoirs, n'existe pas.»

³⁹⁰ Siehe z. B. die Voten von Ständerat BÖHI, dem Berichterstatter der Kommissionsmehrheit (Stenographisches Bulletin Ständerat 1919, 154ff), der das schweizerische Notstandsregime in die Tradition der Diktatur gemäss römischem Staatsrecht stellt und sich auf BLUNTSCHLI beruft, gemäss dem «das Staatsnotrecht gewissermassen ein Naturrecht ist, das begabte Völker jederzeit anerkannten» (a.a.O. 155). Andererseits werden in demselben Votum auch Bedenken gegenüber diesem Regime geäussert: «Aber auf der anderen Seite ist unser demokratisches Empfinden schmerzlich verletzt worden durch den Druck, den das Regime der unbeschränkten Vollmachten notwendigerweise auf alle Bevölkerungskreise ausübte [...] durch die zahllosen Eingriffe in die verfassungsmässig gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit [...]. Hand in Hand mit dem wirtschaftlichen Drucke ging ein solcher auf dem Gebiete des Rechtswesens: Über dem loyalsten Bürger schwebte beständig das Damoklesschwert unzähliger Strafandrohungen für Handlungen, die nach dem normalen Recht erlaubt und harmlos sind. Der Grundsatz des Art. 58 unserer Bundesverfassung [...] wurde durchbrochen durch die ausserordentliche Erweiterungen der Kompetenz der Militär- und Administrativjustiz [...]. Die stärkste Verletzung aber des normalen Rechts führte herbei jener Bundesratsbeschluss [...], der durch das ungewöhnliche Mittel der authentischen Interpretation fahrlässige Handlungen, welche zur Zeit ihrer Begehung vom Gesetze noch gar nicht mit Strafe bedroht waren, nachträglich als strafbar erklärte und sich dadurch mit dem Fundamentalsatz des Strafrechtes der ganzen zivilisierten Welt: «Nulla poena sine lege» in grellen Widerspruch setzte.» Ähnlich auch die Ausführungen des Berichterstatters der Mehrheit der nationalrätlichen Kommission MEYER; Stenographisches Bulletin Nationalrat 1919, 134ff.

³⁹¹ AS 1919, 255.

³⁹² Gemäss Art. 2 dieses Bundesbeschlusses sollen die aufgrund von Art. 3 und 4 erlassenen Notverordnungen aufgehoben werden, sobald es die Umstände erlauben. Zu den Artikeln 3 und 4 siehe vorne bei Anm. 374.

Diese Regelung beliess – wie auch die nachfolgende Notrechtsgesetzgebung zeigte – dem Bundesrat weiterhin weitgehende Notrechtskompetenzen. Die zeitgenössische Literatur sprach denn auch dem Beschluss von 1919 mehr politische als rechtliche Tragweite zu und erblickte in ihm lediglich eine präzisere Fassung der bereits seit dem Jahre 1914 geltenden Rechtslage³⁹³. Schliesslich wurde jedoch mit einem weiteren dringlichen Bundesbeschluss vom 19. Oktober 1921³⁹⁴ die Notrechtskompetenz des Bundesrates zwar nicht vollständig aufgehoben, aber doch massiv eingeschränkt³⁹⁵.

2. Die Zwischenkriegszeit

Seit dem Beginn der dreissiger Jahre kleidete die Bundesversammlung viele Erlasse zur Bekämpfung der Wirtschaftskrise, welche dem Bundesrat sehr weitgehende Kompetenzen gewährten, in die Form des dringlichen Bundesbeschlusses und entzog sie damit einer möglichen Volksabstimmung. Da diese Bundesbeschlüsse teilweise massiv in die Handels- und Gewerbe-freiheit und in die Rechtsgleichheit sowie in die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen eingriffen, wurden sie durch das zeitgenössische Schrifttum als verfassungsrechtlich bedenklich eingestuft³⁹⁶. An dieser Stelle braucht auf dieses sogenannte Wirtschaftsnotrecht nicht näher eingegangen zu werden, da es – anders als das eigentliche Notrecht – im damaligen Art. 89 BV³⁹⁷ eine Grundlage besass und damit anders als das extra-konstitutionelle Notrecht des Zweiten Weltkriegs in dieser Hinsicht verfassungskonform war³⁹⁸.

Zum echten Notrecht³⁹⁹ und seinen Voraussetzungen hatte sich der Bundesrat im Zusammenhang mit verschiedenen Volksinitiativen zu äussern: In seiner Botschaft über das Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit vom 17. September 1937⁴⁰⁰ bejahte der

³⁹³ A. HUBER 39 und ZOLLER 7.

³⁹⁴ Bundesbeschluss betreffend die Aufhebung der ausserordentlichen Vollmachten des Bundesrates, AS 1921 741.

³⁹⁵ Art. 1 dieses Erlasses hält den Grundsatz fest, wonach die dem Bundesrat in den Jahren 1914 und 1919 übertragenen ausserordentlichen Vollmachten aufgehoben werden. In Art. 2 wird wiederum eine Ausnahme verankert: «Beschlüsse und Verordnungen, die der Bundesrat aufgrund der ausserordentlichen Vollmachten erlassen und noch nicht aufgehoben hat, bleiben bis auf weiteres in Kraft. Der Bundesrat ist befugt, diese Beschlüsse und Verordnungen abzuändern, sofern die Sicherheit des Landes oder die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen und die Dringlichkeit es notwendig machen.»

³⁹⁶ So z. B. MARTI (Vollmachtenbeschluss) 7f und FLEINER/GIACOMETTI 782ff.

³⁹⁷ Art. 89 Abs. 2 erlaubte der Bundesversammlung, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse durch Dringlichkeitserklärung dem fakultativen Referendum zu entziehen. Diese Bestimmung wurde am 22. Januar 1939 revidiert (Regelung in Abs. 3) und am 11. September 1949 durch den heutigen Art. 89^{bis} BV ersetzt.

³⁹⁸ In diesem Sinn bezeichnen FLEINER/GIACOMETTI diese Erlasse als intrakonstitutionelle Notverordnung der Bundesversammlung (a.a.O. 775), während sie die Vollmachtenbeschlüsse als extrakonstitutionelle Notverordnungen einstufen (a.a.O. 786).

³⁹⁹ In BBl 1939 I 535 grenzte der Bundesrat den Begriff des Notrechts in folgender Weise gegenüber dem Dringlichkeitsrecht abgegrenzt: «[D]iese beiden Begriffe liegen nicht auf der gleichen Ebene, wohl aber bilden sie die beiden Seiten vieler Krisenerlasse. Die Dringlicherklärung ist ein Begriff des Rechtssetzungsverfahrens und betrifft die Form des Erlasses. [...] Für das Notrecht ist dagegen der ausserordentliche Inhalt des Erlasses charakteristisch; dass der Inhalt des Erlasses die Schranken des normalen Verfassungsrechts oder des Gesetzesrechts überschreitet, macht das Wesen des notrechtlichen Erlasses aus. [...] Die übliche Form, in die Notrechtserlasse der Bundesversammlung gekleidet werden, ist nach bisheriger Praxis ein Bundesbeschluss mit Dringlichkeitsklausel.»

⁴⁰⁰ BBl 1937 III 5ff.

Bundesrat die Zulässigkeit von Notrecht trotz Fehlens einer expliziten Bestimmung in der BV mit folgendem Argument:

«[...] [S]oweit die Not eine Abweichung erheischt, darf das Notrecht vom normalen Verfassungsrecht abweichen, und eine solche Abweichung ist rechtmässig. Entscheidend ist nämlich folgende Überlegung:

Verfassungsmässige Rechte der Bürger und verfassungsmässige Kompetenzgrenzen zwischen Bund und Kantonen haben den Bestand des Staatswesens zur Voraussetzung. Geht die Eidgenossenschaft unter, so ist es auch mit den verfassungsmässigen Rechten der Bürger aus, und ebenso ist es dann auch mit den Kompetenzen von Bund und Kantonen aus. Kann es der Sinn der Bundesverfassung sein, dass Individualrechte und Kompetenzgrenzen unter allen Umständen unversehrt bleiben müssen, selbst wenn daran die Eidgenossenschaft zugrunde geht? [...] Bei einer ernsten Gefahr für den Bestand des Staatswesens muss auch, soweit es Not tut, in verfassungsmässige Rechte der Bürger und in die Kompetenzausscheidung eingegriffen werden können. Indem die Individualrechte und die Kompetenzgrenzen auf diese Weise nur eine zeitweilig unumgängliche Einschränkung erleiden, ist ihrem Schutz besser gedient, während ihnen andernfalls der gänzliche Untergang drohen würde. Diese Auslegung der Bundesverfassung gemäss ihrem vernünftigen Sinn ergibt, dass derartige notwendige Eingriffe dem Sinn der Bundesverfassung entsprechen und somit rechtmässig sind. Daher geht es nicht an, hier von Verfassungsbruch oder von Verfassungsverletzung zu reden, was doch einen rechtswidrigen Eingriff voraussetzen würde. War z. B. der Vollmachtenbeschluss vom 3. August 1914 eine Verfassungsverletzung? Im Gegenteil, die Bundesbehörden hätten ihre elementarste verfassungsmässige Pflicht dann verletzt, wenn sie in jener schweren Zeit unterlassen hätten, für die notwendigen Massnahmen zu sorgen.»⁴⁰¹

Weiter spricht sich der Bundesrat gegen die Möglichkeit aus, den Notstands begriff genauer zu umschreiben; vielmehr könne diese Frage «nur aufgrund einer Abwägung und Wertung der öffentlichen Interessen beantwortet werden»⁴⁰². Eine solche Abwägung sei auch nötig zur Beantwortung der Frage, ob zur Erreichung eines bestimmten Ziels von der Verfassung oder von Gesetzen im Einzelfall abgewichen werden dürfe⁴⁰³.

Bereits ein Jahr später hatte der Bundesrat – wieder in einer Botschaft zu einer Volksinitiative⁴⁰⁴ – erneut Gelegenheit, sich zum Rechtsinstitut des Notrechts zu äussern. Zur Zulässigkeit von Notrecht wiederholte er die eben zitierten Aussagen aus der Botschaft von 1937; darüber hinaus betonte er, eine explizite Verfassungsgrundlage für Notrecht sei nicht wünschbar: Formuliere man eine solche Bestimmung präzis, vermöge sie nicht alle Situationen abzudecken, welche möglicherweise einmal eintreten könnten; wähle man aber «eine ganz generelle und elastische Fassung [...], gelangt man [...] weder zu einer klaren Begrenzung noch zu einer Einschränkung des Notrechts, ja es entsteht sogar die Gefahr, dass das Notrecht sich noch viel mehr ausdehne als bisher».⁴⁰⁵

⁴⁰¹ BBl 1937 III 19f.

⁴⁰² BBl 1937 III 21.

⁴⁰³ A.a.O.: «Eine sachliche Schranke des Notrechts liegt darin, dass die Noterlasse von der Bundesverfassung und von Bundesgesetzen nicht mehr abweichen sollen, als nötig ist, wie denn auch nur notwendige Massnahmen getroffen werden sollen. Zuzugeben ist, dass, je grösser die Not ist und je länger sie in ihrer vollen Schärfe andauert, ein weniger strenger Massstab an die Notwendigkeit angelegt wird; während umgekehrt, sobald die Verhältnisse sich wieder etwas bessern, wieder ein strengerer Massstab angelegt wird.»

⁴⁰⁴ Bericht des Bundesrates über das Volksbegehren für Einschränkung und Anwendung der Dringlichkeitsklausel vom 10. Mai 1938, BBl 1938 I 717ff.

⁴⁰⁵ BBl 1938 I 730f.

In der Botschaft des Bundesrats über das Volksbegehren betreffend Notrecht und Dringlichkeit vom 3. April 1939 schliesslich findet sich eine ausführliche Definition des Begriffs des Notrechts:

«Das Notrecht ist eine ausserordentliche Rechtssetzung im Falle eines Staatsnotstandes, durch die einer die Existenzbedingungen des Staates bedrohenden Gefahr begegnet werden soll. Mit Notrecht bezeichnen wir einerseits den Grundsatz, dass bei einem Staatsnotstand ausserordentliche Massnahmen getroffen werden können, die über das normale Verfassungsrecht oder über das Gesetzesrecht hinausgehen, und andererseits die Erlasse, die aufgrund dieses Prinzips ergehen. Im Bund stehen dabei die Noterlasse der Bundesversammlung im Vordergrund, da die Noterlasse des Bundesrates in der Regel auf einer durch die Bundesversammlung erteilten Delegation (Ermächtigung oder nachträgliche Genehmigung) beruhen.»⁴⁰⁶

Zum möglichen Inhalt von Notrechtserlassen führte der Bundesrat Folgendes aus:

«Wesentlich für das Notrecht ist der ausserordentliche Inhalt des Erlasses, indem durch allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss Vorschriften aufgestellt werden, die normalerweise nicht durch Bundesbeschluss aufgestellt werden können, sondern für die entweder eine Verfassungsrevision oder doch ein Bundesgesetz erforderlich wäre. Für diese ausserordentliche Gesetzgebung besteht nicht die gleiche Bindung an die Individualrechte der Bürger und an die in der Verfassung festgelegten Kompetenzen wie bei der ordentlichen Rechtssetzung. Insbesondere kann Notrecht in Individualrechte eingreifen, soweit es die Not erheischt. Ebenso kann es von der normalen Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen abweichen, soweit dies notwendig wird.»⁴⁰⁷

Zur Frage der Wünschbarkeit einer formellen Verankerung eines Notrechtsartikels in der Verfassung verwies der Bundesrat auf seine früheren Ausführungen und führte abschliessend weitere Argumente gegen eine solche Lösung an:

«Ein Notstandsartikel kann auch nicht bewirken, dass Vorwürfe der Verfassungsverletzung aufhören. Denn über die Verfassungsmässigkeit der einzelnen Massnahmen würde ebensoviel gestritten werden wie bisher. [...] Die Frage, ob ein Notstand vorliegt, ob er gerade die Massnahme erfordert, die beantragt und getroffen wird, und ob diese Massnahme sachlich richtig ist, wäre nach der Aufnahme eines Notstandsartikels genauso umstritten wie bisher. Es ist ja der Inhalt gewisser Noterlasse, der da und dort zu einer Missstimmung geführt hat. An der Beanstandung des Inhalts von Noterlassen könnte auch die Aufnahme eines Notstandsartikels nichts ändern. [...]

Aus diesen Gründen kommen wir zum Ergebnis, dass ein Notstandsartikel die Aufgabe, die ihm zuge-dacht werden soll, nicht erfüllen kann.»⁴⁰⁸

3. Der Vollmachtenbeschluss vom 30. August 1939

a) Entstehungsgeschichte und Inhalt

Das verfassungsrechtliche Terrain war somit argumentativ gut vorbereitet, als nur fünf Monate nach diesen Ausführungen der Bundesrat angesichts der Kriegsmobilmachungen in den meisten Nachbarstaaten mit seiner Botschaft vom 29. August 1939⁴⁰⁹ von der Bundesversammlung die

⁴⁰⁶ BBl 1939 I 539.

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ BBl 1939 I 549ff.

⁴⁰⁹ BBl 1939 II 213ff.

Ermächtigung zum Erlass von Notrecht erbat. Die Notwendigkeit dafür begründete er folgendermassen:

«Eine grosse politische Spannung liegt heute über Europa, ja über dem ganzen Erdkreis. Die Hoffnung der Völker, dass sie sich auf friedlichem Wege beilegen lasse, erscheint unsicher; wir müssen mit den Gefahren eines Krieges rechnen. Sollte er wirklich ausbrechen, so ist nicht abzusehen, ob er nicht die Ausdehnung des Weltbrandes der Jahre 1914–1918 annehmen könnte. [...].

Wir müssen Sie deshalb heute wiederum, wie zu Beginn des Weltkrieges im August 1914, ersuchen, uns eine allgemeine Vollmacht zu erteilen, um jederzeit diejenigen Massnahmen rechtzeitig treffen zu können, die aus den Ereignissen erforderlich sind. Wir werden uns bei Handhabung dieser Vollmacht selbstverständlich an die Verfassung und die bestehende Gesetzgebung halten, soweit es möglich ist; aber es liegt im Sinne der ausserordentlichen Ermächtigung, dass wir nicht unter allen Umständen an diese Schranken gebunden sein können.»

Bereits am folgenden Tag verabschiedeten beide Räte einstimmig den Bundesbeschluss über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität, welcher dem Bundesrat in ähnlichem Umfang wie der Beschluss von 1914 weitreichende Vollmachten zur Ergreifung⁴¹⁰ von Massnahmen zur Behauptung der Sicherheit und Unabhängigkeit gewährte⁴¹¹. In Ausübung dieser Notkompetenzen war der Bundesrat befugt, im Falle von «unaufschiebbaren» und «absolut erforderlichen» Massnahmen nicht nur vom Gesetz, sondern auch von der Verfassung abzuweichen; in diesem Sinn führte der Berichterstatter der ständerätlichen Kommission aus:

«Wir treten also dem Bundesrat einen Teil unserer eigenen Kompetenzen ab. Der Bundesrat wird dabei nicht an die Gesetze, ja nicht einmal an die Verfassung gebunden sein. Ich möchte aber gleich und mit Nachdruck feststellen, dass der Bundesrat den beiden Kommissionen des National- und des Ständerates die bestimmteste Erklärung abgegeben hat, ohne zwingende Not von der Verfassung nicht abzuweichen [...]. Es liegt auch im Begriff und in der Natur des Notrechtes selbst, dass nur die absolut erforderlichen und unaufschiebbaren Massnahmen getroffen werden, und das selbstverständlich nur solange, als wir gestörte, kriegsähnliche oder kriegerische Verhältnisse haben.»⁴¹²

Im Unterschied zum ausdrücklichen Vorbild⁴¹³ dieser Ermächtigungsvorlage, dem Bundesbeschluss von 1914, und in Abweichung vom bundesrätlichen Entwurf vom 29. August 1939⁴¹⁴ wurde der einstimmig und diskussionslos gefasste Beschluss von der Bundesversammlung nicht in der Form eines sich auf den damaligen Art. 89 BV stützenden dringlichen Bundesbe-

⁴¹⁰ Siehe Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1939, Nationalrat, 523: «Die Vorlage, über die sie Beschluss zu fassen haben, ist eine Vollmachtenvorlage im weitesten Sinn des Wortes. Sie ist und will eine Frage des Vertrauens sein. Dieses Vertrauen in die gesetz- und verfassungsmässige Obrigkeit ist in Zeiten wie den heutigen eine unerlässliche Voraussetzung der Sicherheit und des Bestandes eines Staatswesens.»

⁴¹¹ Art. 8: «Die Bundesversammlung erteilt dem Bundesrat Vollmacht und Auftrag, die zur Behauptung der Sicherheit, Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz, zur Wahrung des Kredites und der wirtschaftlichen Interessen des Landes und zur Sicherung des Lebensunterhaltes erforderlichen Massnahmen zu treffen.» Art. 9 dieses Bundesbeschlusses gewährt dem Bundesrat zusätzlich die zur Erfüllung dieser Aufgaben notwendigen finanziellen Kompetenzen.

⁴¹² Berichterstatter der vorbereitenden Kommission des Ständerates, SCHÖPFER, Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1939, Ständerat, 545.

⁴¹³ So der Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission, NIETLISPACH, Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1939, Nationalrat, 522: «Die Vorlage, die uns heute abend beschäftigt, findet ihren Präzedenzfall im Bundesbeschluss, den die beiden Räte am 3. August 1914 unter dem Eindruck bereits erfolgter Kriegserklärungen, Mobilisationen und Kriegshandlungen gefasst hatten. Sie weicht auch inhaltlich nur wenig von der damaligen Vorlage ab.»

⁴¹⁴ Art. 6 des Entwurfs (BBl 1939 II 216): «Dieser Bundesbeschluss wird dringlich erklärt und tritt sofort in Kraft.»

schlusses verabschiedet⁴¹⁵, sondern bewusst ausserhalb des Numerus Clausus der verfassungsrechtlich vorgesehenen Rechtssetzungsformen angesiedelt und direkt auf eine ungeschriebenen Notrechtskompetenz abgestützt. Der Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission führte dazu aus:

«Als Ermächtigungsvorlage stützt sie [die Ermächtigung des Bundesrates] sich auf die *lex non scripta*, auf das nichtgeschriebene Gesetz des Notrechts, das so alt ist wie die Staatsrechtslehre selbst und auf das kein Staat in Zeiten äusserer und innerer Gefahr, ohne sich selbst preiszugeben, verzichten können. Dieses ungeschriebene Notrecht – und nicht etwa das Dringlichkeitsrecht des Art. 89 der Bundesverfassung – ist die Grundlage der zur Beratung stehenden Vorlage. Aus diesem Grunde hat denn auch Ihre Kommission, mit der Zustimmung des Bundesrates, den letzten Artikel des Bundesbeschlusses abgeändert, um deutlich zu machen, dass es sich hier nicht um Dringlichkeitsrecht, sondern um eigentliches Notrecht handelt.»⁴¹⁶

Die Zulässigkeit des Erlasses solchen Notrechts wurde in der Bundesversammlung weder damals noch später in Frage gestellt. Hingegen löste die konkrete Handhabung des Notrechts durch den Bundesrat verschiedentlich heftige Kritik aus. So wurde beispielsweise in der nationalrätlichen Debatte zur Verhärtung der Flüchtlingspolitik im Jahre 1942 die inhaltliche Ausgestaltung einzelner Notverordnungen des Bundesrates stark attackiert⁴¹⁷.

b) Umfang und Grenzen der Exekutivbefugnisse

Der Vollmachtenbeschluss räumte dem Bundesrat sehr weitgehende Kompetenzen ein:

- Er enthält *keine Beschränkung auf bestimmte Sachbereiche*: Bereits aus dem Wortlaut von Art. 3 des Vollmachtenbeschlusses und den Materialien⁴¹⁸ ergibt sich, dass die Notrechtskompetenzen des Bundesrates keinesfalls auf bestimmte Politikbereiche beschränkt werden sollte, sondern dass diesem Organ die Befugnis erteilt wurde, *alle* «zur Behauptung der Sicherheit, Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz notwendigen Massnahmen» zu treffen⁴¹⁹.
- Unbeschränkt ist auch das Recht zum Abweichen vom geltenden Recht *ungeachtet der Normstufe*: Darüber, dass der Bundesrat nicht nur von den Bundesgesetzen, sondern auch von der Bundesverfassung und vom kantonalen Recht abweichen durfte, bestand sowohl in der Doktrin⁴²⁰ als auch in den Materialien⁴²¹ Einigkeit. Der Bundesrat war deshalb insbe-

⁴¹⁵ Art. 7 dieses Bundesbeschlusses erwähnt einzig: «Dieser Bundesbeschluss tritt sofort in Kraft.»

⁴¹⁶ Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission, NIETLISPACH, Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1939, Nationalrat, 522.

⁴¹⁷ Die einzelnen Voten dieser Debatte sind veröffentlicht in: Zentralsekretariat der SP Schweiz (Hrsg.), Dossier SPS/PSS, ... mit dem Rücken an der Wand, Flüchtlingsdebatte des Nationalrates vom September 1942 mit einer Einleitung von Walter Bringolf, Bern 1979.

⁴¹⁸ Dazu vorne Anm. 412.

⁴¹⁹ In dieser Hinsicht jedoch u. E. nicht völlig schlüssig GIACOMETTI (Vollmachtenbeschluss) 27: «Was den näheren Inhalt der Delegation des Vollmachtenbeschlusses in sachlicher Hinsicht anbetrifft, so ist zunächst zu sagen, dass sich die in diesem Beschluss dem Bundesrat eingeräumten ausschliesslichen Kompetenzen nur auf bestimmte Sachgebiete beziehen. Mit anderen Worten, die Vollmachten sollen ganz bestimmten Zwecken dienen.»

⁴²⁰ Siehe z. B. MARTI (Vollmachtenbeschluss) 12f: «Formell bildet die Verfassung von 1874 und die bestehende Gesetzgebung keine Schranken für die Vollmachten. [...] Der Bundesrat ist also bei der Ausübung seiner durch die Vollmachten geschaffenen, ausserordentlichen Kompetenzen nicht an die Verfassung gebunden. Er kann deshalb

sondere auch befugt, Massnahmen zu ergreifen, welche den Grundrechten oder der Zuständigkeitsordnung zwischen Bund und Kantonen widersprechen⁴²².

Schranken ergaben sich aber aus der Zweckbindung des Notrechts: Wiederholt führte der Bundesrat selber aus, er sei zur Rechtssetzung nur soweit befugt, als es die Not erheische⁴²³. Notrechtsverordnungen des Bundesrates konnten sich somit nur rechtmässig auf den Vollmachtenbeschluss abstützen, soweit sie dem Zweck dienten, das politische und wirtschaftliche Überleben der Schweiz zu sichern⁴²⁴.

Das Verhältnis zwischen Zweckbindung und Freiheit bei der Wahl der Mittel umschrieb MARTI 1944 plastisch mit folgenden Worten:

«Die Vollmachten sind in ihrem Zweck beschränkt, wobei allerdings zu sagen ist, dass diese Zwecke sehr weit umschrieben sind. In den Mitteln dagegen sind sie umfassend. Der Bundesrat kann alle Massnahmen anordnen, die zur Erreichung der Vollmachtenzwecke dienen.»⁴²⁵

III. Juristische Lehrmeinungen

1. Doktrin zwischen dem Ersten Weltkrieg und dem Jahre 1938

Die Meinung der ältesten für dieses Gutachten berücksichtigten Literatur präsentiert sich wenig einheitlich: Deutschschweizer Autoren bejahen während des Ersten Weltkrieges und danach die verfassungsmässige Zulässigkeit des Vollmachtenbeschlusses von 1914 grundsätzlich, wenn auch die Argumente z.T. weit auseinandergehen. Teilweise stützen sie die Befugnis für ein solches Vorgehen auf die aussen- und neutralitätspolitischen Kompetenzen von Bundesversammlung und Bundesrat⁴²⁶, teilweise betonen sie, dass die Zuständigkeiten der Kantone und die verfassungsmässigen Individualrechte generell unter dem Vorbehalt der äusseren Sicherheit

sowohl in die verfassungsmässigen Rechte der Bürger wie auch in diejenigen Sachbereiche eingreifen, die nach der Verfassung den Kantonen vorbehalten sind. Er kann ferner nötigenfalls von den organisatorischen Bestimmungen der Bundesverfassung abweichen. Aus dem Umstand, dass der Bundesrat nicht an die Verfassung gebunden ist, folgt zwangsläufig, dass er auch Massnahmen anordnen kann ohne Rücksicht auf die gestützt auf diese Verfassung erlassenen Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse. [...] Trotzdem gibt es für die Vollmachten des Bundesrates formelle Schranken. Der Bundesrat kann mit seinen Massnahmen einzelne Bestimmungen der Bundesverfassung oder der Gesetzgebung nur suspendieren, nicht aber sie endgültig aufheben oder abändern. Die Suspension dieser Bestimmungen genügt, um den Zweck der Vollmachten zu erreichen.» Siehe auch GIACOMETTI (Vollmachtenregime).

⁴²¹ Siehe dazu vorne Anm. 412.

⁴²² Vgl. dazu insbesondere BBl 1939 I 539: «Wesentlich für das Notrecht ist der ausserordentliche Inhalt des Erlasses [...] Für diese ausserordentliche Gesetzgebung besteht nicht die gleiche Bindung an die Individualrechte der Bürger und an die in der Verfassung festgelegten Kompetenzen wie bei der ordentlichen Rechtssetzung. Insbesondere kann Notrecht in Individualrechte eingreifen, *soweit es die Not erheischt*. Ebenso kann es von normalen Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kanton abweichen, *soweit dies notwendig wird*.» Vgl. dazu auch vorne 2. Teil A.II.3.

⁴²³ BBl 1937 III 19; BBl 1939 I 539; BBl 1939 II 214.

⁴²⁴ Siehe z. B. MARTI (Vollmachtenbeschluss) 15 und GIACOMETTI (Vollmachtenregime) 28ff.

⁴²⁵ MARTI (Vollmachtenbeschluss) 15f.

⁴²⁶ So VON WALDKIRCH (Notverordnung) 22f, der ausführt: «Es darf demnach erklärt werden, dass die Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft in bestimmten Sätzen ein Notverordnungsrecht enthält, nämlich in Art. 85, Ziffern 6, 7 und 8, und in 102, Ziffern 2, 8, 9 und 10, in Verbindung mit den grundlegenden Zweckbestimmung des Art. 2.»

stehen⁴²⁷; andere Autoren gehen schliesslich von einer Befugnis zur Ausfüllung einer Lücke der BV aus⁴²⁸. So führt LAMPERT in seinem Werk zum Bundesstaatsrecht aus, das Fehlen einer Notrechtskompetenz in der Bundesverfassung könne die Regierung nicht davon abhalten, «in ausserordentlichen Zuständen der Not, wo die verfassungsmässigen Mittel nicht zureichen, zur Erhaltung und Rettung des Landes das Erforderliche vorzukehren»⁴²⁹. Demgegenüber nehmen Autoren französischer Sprache eine kritischere Haltung ein: Laut JÈZE sieht die Bundesverfassung weder die Einführung von Notrecht noch die Delegation der Kompetenzen des Volkes an die Bundesversammlung und diejenige der Bundesversammlung an den Bundesrat vor, weshalb eine verfassungskonforme Ausgestaltung nur über eine explizite Verfassungsbestimmung über das Notrecht zu erreichen wäre⁴³⁰; folgerichtig stuft dieser Autor das Vollmachtenregime als widerrechtlich ein⁴³¹. Weniger streng ist etwa HOERNI, welcher zwar eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage für Notrecht als wünschbar bezeichnet⁴³², dafür aber keine strenge juristische Notwendigkeit sieht, weil auch bei Fehlen einer formellen Grundlage gilt «[que] il n'y a pas de lacune dans la constitution en ce sens qu'une telle disposition ne ferait que confirmer un droit que l'Etat possède déjà par le simple fait qu'il existe»⁴³³.

Die herrschende, v.a. von Autoren aus der Deutschschweiz geprägte Doktrin bejaht demgegenüber die Zulässigkeit des Notrechtes, wenn auch die Begründungen stark voneinander abweichen.

1923 argumentiert FLEINER mit der Figur des Staatsnotstandes: Danach hat in Notlagen «das oberste Staatsorgan, die Bundesversammlung (Art. 71), die Pflicht zum Rechten zu sehen und den Staat vor Schaden zu bewahren. Die Bundesverfassung erwähnt diese Kompetenz nicht. Sie besteht jedoch neben der Verfassung kraft des jedem Staate innewohnenden Triebs zur Selbsterhaltung.»⁴³⁴ 1927 führt er weiter aus:

«Kein Staat vermag ohne Notstands-Kompetenzen auszukommen. Während des Weltkrieges und der grossen wirtschaftlichen Krisis, die nach dem Kriegsende alle Staaten erschütterte, haben die sog. ausserordentlichen Vollmachten den Bundesrat – praeter constitutionem – mit einer rechtssetzenden

⁴²⁷ WALTER BURCKHARDT, in Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1916, 135. Vorsichtiger äusserte sich BURCKHARDT aber in seinem Kommentar aus dem Jahre 1930 (670): «Ob [das Vollmachtenregime] rechtmässig war, ist heute schon fast nicht mehr praktisch, da nur noch wenig Ausnahme-V[erordnungen] gelten. Stellt man sich aber nachträglich noch die Frage, so ist zu bedenken, dass die Rechtmässigkeit nur am geltenden V[erfassungs]-Recht gemessen werden kann; wer an ein ausser der V[erfassung] geltendes «Notrecht» appelliert, gibt die Verfassungswidrigkeit schon zu. Die «Ermächtigung der B[undes]Vers[ammlung] ist natürlich keine genügende Begründung, wenn die V[erfassung] der B[undes]Vers[ammlung] selbst eine solche Gewalt nicht zuspricht.» Im Anschluss an diese Passage stützt er das Notverordnungsrecht deshalb auf Art. 85 und 102 BV. Ähnlich wohl auch A. HUBER 33ff.

⁴²⁸ HIS 296; dieser Autor (298) und VON WALDKIRCH (Notverordnung 115) fordern aber für die Zukunft eine explizite verfassungsmässige Regelung des Notrechtes.

⁴²⁹ LAMPERT 125.

⁴³⁰ JÈZE 106ff.

⁴³¹ A.a.O. 112ff.

⁴³² HOERNI 188ff.

⁴³³ A.a.O. 185; an anderer Stelle sieht dieser Autor diese Rechtsbasis in einem «natürlichen Notrecht» (a.a.O. 11ff, 17ff und 74).

⁴³⁴ FLEINER (Bundesstaatsrecht) 217.

Gewalt ausgestaltet, die weder vor dem Gesetz, noch vor der Bundesverfassung Halt machte und die verfassungsmässigen Rechte der Bürger ebenso beiseite schob, wie die angestammten staatlichen Zuständigkeiten der Kantone.»⁴³⁵

Diese Begründung wird später, d. h. im Zweiten Weltkrieg und in der Nachkriegszeit, von einem wichtigen Teil der Lehre rezipiert werden. Singulär geblieben ist demgegenüber die These von ZOLLER: 1928 qualifiziert sie den Vollmachtenbeschluss von 1914 in ihrer Dissertation als Verfassungsverletzung, weil dafür in der Verfassung keine Grundlage zu finden sei⁴³⁶. Deshalb gelangt die Autorin zum Schluss, das Notrecht bedeute «eine Revolution, den Geltungsanfang einer neuen einzelstaatlichen Rechtsordnung mit den Grundzügen der Diktatur»⁴³⁷. Juristisch sei solches Recht aber gültig, weil das Völkerrecht «dem Tatbestande einer faktischen Herrschaft Rechtswirkung verleiht»⁴³⁸.

Diese Abstützung des Vollmachtenbeschlusses auf Völkerrecht blieb eine singuläre Ansicht. Typischer ist die Ansicht von SULZER⁴³⁹, welcher den Vollmachtenbeschluss von 1914 als einen von vielen Anwendungsfällen des damaligen Art. 89 BV über dringliche Bundesbeschlüsse bezeichnet.

Die letzten Arbeiten zum Vollmachtenrecht wurden in den Jahren 1937 und 1938, d. h. wohl bereits unter dem Eindruck des drohenden Kriegsausbruchs, publiziert. FAVRE lehnt sowohl die Abstützung auf geschriebene Verfassungsbestimmungen⁴⁴⁰ wie auch auf Naturrecht⁴⁴¹ ab und akzeptiert als einzige Basis das Gewohnheitsrecht⁴⁴². SCHINDLER vertritt in einem Aufsatz aus dem Jahre 1937 die Meinung, dass ein weitgehendes selbständiges Polizeiverordnungsrecht praeter legem zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit bestehe, welches bewirke, dass «die Anrufung des staatlichen Notrechts durch sie [die Regierung] nur in wirklich ausserordentlichen Fällen notwendig» sei⁴⁴³. REBER erklärt die Rechtmässigkeit von extra-konstitutionellem Notrecht nicht rechtlich, sondern rein politisch; Notrecht verletze zwar die Verfassung, es müsse aber im Interesse des Rechtsstaates hingenommen werden⁴⁴⁴. Diesen Ansatz entwickelt besonders deutlich WACKERNAGEL, welcher 1937 ebenfalls für eine politische Rechtfertigung plädiert. Man solle

«nicht meinen, es müssten sich eigentlich alle staatlichen Akte irgendwie juristisch begründen lassen, m.a.W., es müssten alle staatlichen Akte, und so auch die Notstandsbeschlüsse der Bundesversammlung, auf eine Rechtsgrundlage, welche sie erlaube, zurückgeführt werden. Man kann ruhig zugeben, dass es

⁴³⁵ DERS. (Dringlichkeitsrecht) 577.

⁴³⁶ ZOLLER 102f.

⁴³⁷ ZOLLER 121f.

⁴³⁸ ZOLLER 120.

⁴³⁹ SULZER 104f.

⁴⁴⁰ FAVRE 12ff.

⁴⁴¹ A.a.O. 30ff.

⁴⁴² A.a.O. 33ff, doch schlägt auch dieser Autor eine positivrechtliche Verankerung des Notrecht in der BV vor. Die gleiche Meinung wird auch von HAAB 17 vertreten.

⁴⁴³ SCHINDLER (Polizeiverordnung) 313. Ähnlich auch DERS. (Dringlichkeit) 8ff.

⁴⁴⁴ REBER 111.

sich hier, juristisch betrachtet, um «revolutionäre Akte» (Zoller) handelt, und braucht sich vor dem Zugeständnis nicht zu scheuen, diese Notstandsbeschlüsse seien verfassungswidrig. Denn die Verfassung ist nicht in allen Fällen der alleinige Massstab der staatlichen Aktivität. Die Frage darf hier, wie Burckhardt sagt, ruhig so gestellt werden, ob diese Verletzung des geltenden Rechts mit der Unzulänglichkeit dieses Rechts vor dem Forum der Geschichte entschuldigt werden kann. Eine Entschuldigung «vor dem Forum der Geschichte» ist nichts anderes als eine Rechtfertigung des formellen Rechtsbruches aus höheren politischen Notwendigkeiten, die im Erhalt eines bestimmten geschichtlichen Fortbestehens des Gemeinwesens gelegen sind. Denn: «An der Form der Demokratie darf ihr Inhalt, der demokratische Staat, nicht zugrunde gehen.»⁴⁴⁵

BURCKHARDT weist 1937 in einem Gutachten die Auffassung vom revolutionären Charakter des Notrechts zurück. Zwar anerkennt er nun⁴⁴⁶, dass eine Verfassungsgrundlage fehlt; er findet aber eine Begründung für die Rechtmässigkeit von Notrecht im Rechtfertigungsgrund des Notstandes. Er betont,

«dass es nicht angebracht ist, dem Falle, wo die oberste rechtmässige Behörde sich für den Staat einsetzt und zur Abwehr ausserordentlicher wirtschaftlicher und sozialer Bedrängnis ausserordentliche Machtbefugnisse in Anspruch nimmt, den Staatsstreich oder die Revolution gleichzustellen und der Behörde leichtfertigen Verfassungsbruch vorzuwerfen. Wie der einzelne Bürger in der Notwehr und im Notstand gewisse Handlungen straflos begehen kann, die ihm für gewöhnlich verboten sind, so sind auch die staatlichen Behörden berechtigt und in höherem Sinne verpflichtet, in Notlagen das geringere Interesse an der strikten Innehaltung des Verfassungstextes dem höheren Interesse von Staat und Volk zu opfern.»⁴⁴⁷

In der 1939 erschienen, aber noch vor Verabschiedung des Vollmachtenbeschlusses geschriebenen 2. Auflage seines Schweizerischen Staatsrechts spricht sich RUCK ebenfalls für die Zulässigkeit des Notrechts aus, sieht dessen Grundlage auf Bundesebene aber im Verfassungsgewohnheitsrecht⁴⁴⁸. Dieses findet seine Grundlage in der Überlegung, dass die «höchste und unverzichtbare Aufgabe des Staates [...] die Wahrung seines Bestandes [ist]. Gerät somit der Staat in eine sein Dasein als Staat bedrohende dringliche Not oder Gefahr, so muss zu seiner, seines Volkes und Gebietes nötigen Sicherung alles Erforderliche geschehen»; dieser Notwendigkeit muss «auch ohne Einhaltung des umständlichen Weges der Verfassungsänderung und Gesetzgebung Rechnung getragen werden» können⁴⁴⁹.

2. Doktrin zwischen 1939 und 1950

Während der ersten Kriegsjahre hat sich die Doktrin zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Vollmachtenregimes wenig geäussert. In einer Arbeit von 1941 wird, allerdings ohne die Analyse zu vertiefen, die Vermischung von rechtlichen und politischen Argumenten in der öffentlichen Diskussion kritisiert⁴⁵⁰. Ebenfalls schon 1941 meint HOMBERGER apodik-

⁴⁴⁵ WACKERNAGEL 185. Das Zitat am Ende stammt aus dem Stenographischen Bulletin, Ständerat, 1933, 293.

⁴⁴⁶ Vgl. seine frühere Auffassung vorne bei Anm. 427.

⁴⁴⁷ WALTHER BURCKHARDT in einem von einer Expertenkommission der Freisinnig-demokratischen Partei der Schweiz gutgeheissenen Gutachten (1937), zitiert nach SCHINDLER (Notrecht) 28f.

⁴⁴⁸ RUCK 127.

⁴⁴⁹ A.g.O.

⁴⁵⁰ KUHNE 175f: «[D]ie Berufung auf die praktischen Erfordernisse vermag lediglich ein rechtspolitisches Postulat zu begründen. Und von der geltenden Rechtsordnung, wie auch vom rechtstheoretischen Standpunkt aus gesehen, darf

tisch: «*Notrecht ist Recht*, vollgültiges positives Recht»⁴⁵¹; in nicht ungefährlicher Nähe zu zeitgenössischen Strömungen in der deutschen Doktrin sieht er die Grundlage dafür in zwei Kräften, die er als «das *Machtmoment* und die *rechtsbildende geistige Kraft im Volke*»⁴⁵² identifiziert. Letztlich ergibt sich deshalb die Berechtigung zum Erlass von Notrecht und auch dessen Begrenzung aus dem System der Demokratie selbst:

«Die Macht der Tatsachen kann [...] die Demokratie auch zwingen, ihre formellen Garantien preiszugeben und damit ihre andere Form anzunehmen. *Sie hat sich selbst damit nicht preisgegeben; denn ihre technischen Mittel sind nicht die Demokratie selbst.* Sie lebt in ihrem Wesen unverändert fort, wo sie, wie das in Zeiten der Not eintreten mag, darin sich äussert, dass die Träger der Regierungsgewalt mit geschärftem Sinne anhören, wie sich die Vorstellung vom richtigen Rechte im Volke, wo das Recht auch jetzt sein Dasein hat, entwickelt.»⁴⁵³

Diese Argumentationslinie ist singulär geblieben. In dogmatisch vertrauteren Bahnen bewegt sich die Auseinandersetzung um die Frage des Notrechts, die ein Jahr später in der schweizerischen Doktrin beginnt und in eine lebhafteste, teilweise polemische⁴⁵⁴ Diskussion mündet.

Die eine Seite, anfangs primär durch SCHINDLER vertreten, argumentiert, die Verfassung enthalte hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit von Notrecht eine Lücke, die sich auf rechtskonforme Art ausfüllen lasse⁴⁵⁵. Allerdings wird auch hier für die Begründung der Zulässigkeit des Notstandsregimes teilweise direkt auf das «Vertrauen des Volkes» als Grundlage der Lückenerfüllung zurückgegriffen⁴⁵⁶. Weitere Elemente, welche die Legitimität des Notstandsbeschlusses begründen sollen, bringt OSWALD ins Spiel, der sich bemüht, das schweizerische Notrecht als eigenständiges, nicht von der deutschen Staatsrechtslehre geprägtes Rechtsinstitut darzustellen. Für ihn ist das Vollmachtenrecht geradezu ein «übernationales Kennzeichen der Demokratie»⁴⁵⁷ und – in strikter Ablehnung rein positivrechtlicher Argumentationsketten – schliesslich nur auf

kein rechtspolitisches Postulat seine Verwirklichung erfahren, solange sein Inhalt eine juristische Unmöglichkeit darstellt.»

⁴⁵¹ HOMBERGER 8.

⁴⁵² A.a.O. 10f.

⁴⁵³ A.a.O. 15.

⁴⁵⁴ Siehe z. B. die harte Kritik an Giacometti bei SCHINDLER (Notrecht) 23f.

⁴⁵⁵ SCHINDLER (Notrecht) 8f: «Der in B.V. Art. 2 angegebene Zweck des Bundes schafft zwar keine Kompetenzen, aber er schränkt den Anwendungsbereich der Einzelnormen der Bundesverfassung im angegebenen Sinne ein. Die Bundesverfassung enthält somit, da sie für Notzeiten kein besonderes Rechtsetzungsverfahren vorsieht, eine Lücke [...], die in der konkreten Notlage ausgefüllt werden muss, da sie [...] aus triftigen Gründen nie grundsätzlich beseitigt worden ist. [...] Wie der Richter im Falle einer Gesetzeslücke nach der Regel entscheidet, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, also im konkreten Fall eine Aufgabe erfüllt, die sonst der ihm übergeordneten Instanz zukommt, so muss die Bundesversammlung in der Notlage Funktionen selbständig ausüben, die ihr sonst nur in Verbindung mit Volk und Kantonen zukommen. Sie kann das Notrecht selbst setzen, wie sie es während der Wirtschaftskrise getan hat, oder sie kann, wie 1914 und 1939, dem Bundesrat die nötigen Vollmachten erteilen.» In einem weiteren NZZ-Artikel macht dieser Autor (a.a.O. 25) explizit die vorne (bei Anm. 385) zitierte Meinung des Bundesrates aus dem Jahre 1916 zu seiner eigenen.

⁴⁵⁶ A.a.O. 30: «Nach der Ansicht von Bundesrichter HUBER wird die Grenze zwischen Notrecht und Staatsstreich vornehmlich durch das Vertrauen des Volkes gebildet. Es ist ein Ruhmesblatt für unser Volk, zu dem wir Sorge tragen müssen, dass es seit dem Spätsommer 1939 stets von diesem Vertrauen beseelt war und keinen Augenblick daran zweifelte, dass Notrecht auch Recht, ja sogar Recht im höchsten Sinne, Lebensrecht, sei.» So auch PESTALOZZI 132ff.

⁴⁵⁷ OSWALD 520f.

naturrechtlicher Basis erklärbar⁴⁵⁸. Auf ähnliche Weise versuchte auch MARTI die Verfassungskonformität der Notgesetzgebung herzuleiten. Er lehnt die Meinung ab, die bundesrätlichen Kompetenzen liessen sich mit dem Rechtsinstitut der Delegation begründen⁴⁵⁹, und betont, vom Standpunkt der Bundesverfassung von 1874 her sei der Vollmachtenbeschluss verfassungswidrig⁴⁶⁰, Trotzdem sei das Notregimes nicht rechtswidrig; vielmehr handle es sich dabei um «eine unter Missachtung der Revisionsbestimmungen der Bundesverfassung zustande gekommene neue Verfassungsbestimmung»⁴⁶¹: In seiner Habilitation aus demselben Jahr wird diese Aussage noch verdeutlicht:

«So wenig, als die Rechtmässigkeit der Verfassung abhängig ist von ihrer Übereinstimmung mit einer früheren Verfassung bzw. mit deren Revisionsbestimmungen, so wenig schöpft das Notrecht seine Rechtmässigkeit aus der Verfassung, welche es beiseite schiebt. Der Geltungsgrund des Notrechtes ist der gleiche wie der Geltungsgrund der Verfassung: *die Tatsache, dass es angewandt und durchgesetzt wird.*»⁴⁶²

Auf der anderen, dem Rechtsinstitut des Notrechtes gegenüber kritischer eingestellten Seite in dieser Auseinandersetzung steht GIACOMETTI, der sich in verschiedenen Beiträgen zur Verfassungsmässigkeit der Notstandsmassnahmen äussert⁴⁶³. Ausgangspunkt seiner Kritik ist die fehlende formelle Verankerung einer Notrechtskompetenz in der Bundesverfassung:

«Obwohl sich die erwähnten Vollmachtenbeschlüsse von 1914 und 1939 politisch vollauf rechtfertigen lassen, da sie durch einen echten allgemeinen staatlichen Notstand bedingt waren, hatte jedoch die Bundesversammlung, vom Standpunkt der Bundesverfassung aus betrachtet, nicht die Befugnis, dem Bundesrat die verfassungsgebende und gesetzgebende Gewalt im Sinne der genannten Vollmachtenbeschlüsse zu übertragen und ihn also zur generellen Ausschaltung des fakultativen und obligatorischen Referendums in den Materien der Vollmachten zu ermächtigen. Denn auch die Bundesversammlung besitzt auf Grund der Bundesverfassung nicht die Kompetenz zur Ausübung der gesetzgebenden und verfassungsgebenden Gewalt im Falle eines allgemeinen staatlichen Notstandes; um so weniger kann daher die Bundesverfassung den eidgenössischen Räten die Kompetenz zur Delegation der Rechtssetzungsbefugnis auf der Gesetzes- und Verfassungsstufe an den Bundesrat zwecks Abwehr einer solchen Notlage eingeräumt haben. Das Notverordnungsrecht der Bundesversammlung gemäss Art. 89 Abs. 3 BV kann nicht die Rechtsgrundlage der Vollmachtenbeschlüsse bilden, da die Bundesversammlung [...] auf Grund dieser Kompetenz weder *contra constitutionem* legisfizieren, noch das Gesetzesreferendum generell ausschalten darf. Ein anderes Notrecht der Bundesversammlung als das Dringlichkeitsrecht des Art. 89 sieht aber die Bundesverfassung nicht vor.»⁴⁶⁴

⁴⁵⁸ OSWALD 524f: «Nicht zu überzeugen vermag [...] eine Lehre, die glaubt, in restriktiver Interpretation einer vielfach unklaren und lückenhaften Urkunde den letzten Halt ihres Rechtssystems zu finden. Der Staat kommt ohne Anerkennung allgemeiner natürlicher Pflichten nicht aus; sie ergeben sich schon aus dem naturrechtlichen Satz, dass die verantwortliche Obrigkeit berechtigt sein muss, alles zu tun, was zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötig ist. Zum Begriff der Gemeinschaft gehört die Organisation; ihr oberster ungeschriebener Zweck aber ist die Erhaltung und das Gedeihen ihrer selbst. Die Verpflichtung zur Verfassungstreue, die auch wir betonen, kann nur auf dieser metaphysischen Grundlage richtig überzeugen.» So auch MEIER 106f.

⁴⁵⁹ MARTI (Vollmachtenbeschluss) 20f.

⁴⁶⁰ A.a.O. 24, wo dieses Notstandsregime als «verfassungsmässige Verfassungsdurchbrechung» definiert wird.

⁴⁶¹ A.a.O. 25f.

⁴⁶² MARTI (Verordnungsrecht) 132.

⁴⁶³ Vgl. z. B. GIACOMETTI (Vollmachtenbeschluss) 34ff; DERS. (Notrecht) 212ff; FLEINER/GIACOMETTI 787ff.

⁴⁶⁴ FLEINER/GIACOMETTI 787f; ähnlich auch GIACOMETTI (Vollmachtenbeschluss) 47f. Siehe in diesem Zusammenhang auch die kritischen Bemerkungen zur Notrechtssetzung von EICHENBERGER 261ff und von VON ORELLI 138ff.

GIACOMETTI bestreitet im weiteren, dass sich die Legalität der Vollmachtenbeschlüsse auf eine rechtliche Grundlage ausserhalb des Verfassungstextes stützen lasse:

«Die Vollmachtenbeschlüsse wie auch einzelne dringliche Bundesbeschlüsse werden denn auch [...] nicht auf die Bundesverfassung, sondern auf ein ungeschriebenes Notrecht, das neben der Bundesverfassung existieren soll, gestützt. Dementsprechend ist der Vollmachtenbeschluss von 1939 in dem Sinne von der Bundesverfassung gelöst worden, dass er nicht im Art. 89 BV verankert, d. h. als allgemeinverbindlicher dringlicher Bundesbeschluss bezeichnet wurde. Im Verfassungsstaat kann aber als Massstab der Rechtmässigkeit der staatlichen Hoheitsakte, mögen diese auch politisch notwendig sein wie die Vollmachtenbeschlüsse, allein die Verfassung als oberste staatliche Zuständigkeitsordnung in Frage kommen, es sei denn, dass man diese unter Preisgabe ihrer Unverbrüchlichkeit nur als Instrument der Staatsführung ansehen sollte. Mit der Verfassung steht und fällt der Rechtsstaat. Es kann daher vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus betrachtet auch kein Notrecht ausserhalb der Verfassung bestehen. Das, was als Notrecht bezeichnet wird, ist lediglich eine Maxime der Staatsräson bei einem Staatsnotstand und kein Rechtsinstitut. Die Vollmachtenbeschlüsse sind infolge dessen illegal.»^{465 466}

Trotz dieser eindeutigen Schlussfolgerung hält GIACOMETTI den Erlass der Vollmachtenbeschlüsse unter dem Gesichtspunkt des Staatsnotstands für politisch gerechtfertigt:

«Sind die Vollmachten und das darauf gestützte Vollmachtenrecht nicht legal, so bildet andererseits das Vollmachtenregime der Kriegszeit als solches – wenn auch nicht in seinem ganzen Umfange – eine politische Notwendigkeit, bedingt durch die schwierige Lage unseres Landes inmitten des kriegführenden Europa. Die Bundesbehörden können in Kriegszeiten ohne Vollmachten nicht auskommen. [...] Vollends in dem Falle, wo eine Gefährdung der staatlichen Existenz nur durch Missachtung der Verfassungsvorschriften abgewehrt werden kann, muss selbstverständlich der Staat von der Verfassung abweichen. Auch die Staatsverfassung ist eben, wie alles Recht, nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck. Im Falle eines wirklichen staatlichen Notstandes lässt sich das Vollmachtenregime somit politisch rechtfertigen, es erscheint dann legitim. [...]

Erscheint das Vollmachtenregime grundsätzlich als eine politische Notwendigkeit, so liesse sich fragen, ob es noch viel Sinn habe, nach seiner Rechtmässigkeit zu forschen, wie hier geschehen ist. [...] Ja, die Feststellung und Betonung der Illegalität der Vollmachten ist meines Erachtens von grossem staatspolitischem und ideellem Wert. Betrachtet man nämlich [...] die Massnahmen, die politisch notwendig sind, ohne weiteres als legal, mögen sie verfassungsmässig sein oder nicht, erscheint mit anderen Worten deren Rechtmässigkeit als selbstverständlich, so wird auf diese Weise der Wille zur Norm immer geschwächt. Damit geht aber der Sinn der Verfassung, das ist der Legalität, allmählich verloren und der Rechtsstaatsgedanke verblasst. Infolgedessen wird dann die Bundesverfassung relativiert, gewissermassen abgewertet. [...]

Ist das Vollmachtenregime wie gesehen zwar politisch notwendig aber nicht legal, so zeigt die Tatsache, dass die geltende Bundesverfassung keine Notrechtskompetenz enthält, die Unzulänglichkeit des Staatsgrundgesetzes nach dieser Richtung. Die Bundesverfassung enthält insofern eine unechte Lücke. Infol-

⁴⁶⁵ FLEINER/GIACOMETTI 788f. Scharf wendet sich GIACOMETTI (Vollmachtenregime 42f) auch gegen die naturrechtliche Begründung des Notrechtes: «Besteht keine der Bundesverfassung gleichwertige Rechtsquelle, ist diese vielmehr einziger Massstab für die Beurteilung der Frage der Legalität des Vollmachtenbeschlusses, so kann die Kompetenz der Bundesversammlung zur Erteilung der Vollmachten an den Bundesrat nicht aus irgendwelchem Naturrecht – dieses tritt ja in verschiedenen Schattierungen, so als katholisches, protestantisches, rationalistisches Naturrecht, auf – abgeleitet werden. Eine naturrechtliche Grundlegung des Notrechtes überschreitet überhaupt die Grenzen rechtswissenschaftlicher Erkenntnis. Denn das Naturrecht ist Metaphysik, Glaube.» So auch explizit KAPANI 72ff und MALÉZIEUX 61ff.

⁴⁶⁶ SCHINDLER (Notrecht) 32 kritisierte diese Auffassung scharf als «ad absurdum getriebene juristische Logik», die ihren Ausgangspunkt im Positivismus der Reinen Rechtslehre Kelsens habe, welche Giacometti weitgehend übernommen habe.

gedessen muss der Rechtsstaat naturgemäss das Bestreben auf Beseitigung der auf Grund des Vollmachtenregimes bestehenden hochgradigen Spannung zwischen Recht und Wirklichkeit haben.⁴⁶⁷»

3. Doktrin seit 1950

In der neueren Doktrin lassen sich in zeitlicher Hinsicht zwei Gruppen unterscheiden. Die erste betrifft die reiche Doktrin der fünfziger Jahre, welche die Zulässigkeit des Vollmachtenbeschlusses noch nicht in rechtshistorischer Sicht, sondern als Problem des geltenden Verfassungsrechtes bzw. im Lichte der im Jahre 1949 angenommenen neuen Regelung des Dringlichkeitsrechts in der Verfassung prüft. Erst ab den sechziger Jahren lässt sich eine Bewegung weg von Stellungnahmen zu einem aktuellen verfassungsrechtlichen Problem und hin zur Beurteilung einer historischen Frage beobachten.

Die von GIACOMETTI während der Dauer des Zweiten Weltkrieges vertretene Einstufung der fehlenden Verfassungsmässigkeit der Vollmachtenordnung setzte sich in den fünfziger Jahren – teilweise mit inhaltlichen Abweichungen – als herrschende Meinung durch⁴⁶⁸: So wird regelmässig die Möglichkeit einer Abstützung des Notrechtsregimes von 1939 auf einzelne geschriebenen Bestimmungen der Bundesverfassung von 1874⁴⁶⁹, auf Naturrecht⁴⁷⁰ oder Gewohnheitsrecht⁴⁷¹ abgelehnt. Die Mehrheit der Doktrin zieht aber aus der fehlenden Basis in der BV weder den Schluss, der Vollmachtenbeschluss sei illegal⁴⁷², noch bejahte sie die Notwendigkeit einer Verfassungsrevision geschlossen. Vielmehr wurde die Kompetenz zum Erlass von Notrecht auf verschiedene ungeschriebene Konzepte, wie z. B. «der gegebenen Lückenhaftigkeit jeder Verfassung»⁴⁷³, «der tatsächlichen Notlage selber»⁴⁷⁴ oder auf die Delegationskompetenz der Bundesversammlung⁴⁷⁵ abgestützt⁴⁷⁶.

In neuerer Zeit hat sich die Notstandsthese voll durchgesetzt. Die neuere Literatur, welche das Problem der Rechtmässigkeit des Vollmachtenbeschlusses primär als verfassungsgeschichtliches Problem behandelt oder die Berechtigung zum Erlass von Notrecht unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Rechtslage prüft, vertritt zum grössten Teil die Meinung, das Notrecht der Vollmachtenbeschlüsse lasse sich nicht auf die Verfassung abstützen⁴⁷⁷, sondern allein

⁴⁶⁷ GIACOMETTI (Vollmachtenregime) 57ff; ähnlich auch FLEINER/GIACOMETTI 787 sowie TÖNDURY 27ff und 168ff.

⁴⁶⁸ So übernehmen BATTELLI 143 und BRACK 177 weitgehend Giacomettis Ansichten.

⁴⁶⁹ ZIHLMANN 27ff; BATTELLI 146, MANUEL 91ff.

⁴⁷⁰ ZIHLMANN 37ff.

⁴⁷¹ MANUEL 137.

⁴⁷² So aber HUNGERBÜHLER 26ff und explizit MANUEL 148 und SPEISER 47.

⁴⁷³ ZIHLMANN 39.

⁴⁷⁴ BALLREICH 195.

⁴⁷⁵ HEFTI 25ff; BRACK 176ff.

⁴⁷⁶ ZIHLMANN 36 und HEFTI 9ff.

⁴⁷⁷ Z. B. SUTER 152f. Die Begründung des Bundesrates zur Rechtmässigkeit des Notrechts wird auch von LOHSE 235 abgelehnt. TWENHÖVEN 178ff andererseits weist auf das Verdienst GIACOMETTIS hin, der Auseinandersetzung über «Wesen und Grenzen des Notrechts» neue Impulse verliehen zu haben, ohne jedoch zur Rechtmässigkeit des Vorgehens Stellung zu nehmen. Schliesslich lehnt auch ROTHENFLUH 137ff die Verfassungsmässigkeit des Notrechtes ab, ohne sich jedoch selber einem bestimmten Erklärungsmodell anzuschliessen.

durch die Notstandssituation der Schweiz in den beiden Weltkriegen rechtfertigen. In diesem Sinne führen etwa HÄFELIN/HALLER⁴⁷⁸ in ihrem Lehrbuch aus:

«Seine Begründung findet das extrakonstitutionelle Notrecht im Staatsnotstand: Wenn der Bestand des freiheitlichen Staates, die Unabhängigkeit des Landes oder das Überleben der Bevölkerung in Frage gestellt sind, müssen Einschränkungen der Verfassungsordnung als legitime Massnahmen hingenommen werden. In einem derartigen Notstand sind Bundesversammlung und Bundesrat aufgerufen, die zur Abwehr erforderlichen Anordnungen zu treffen, auch wenn diese die demokratischen Rechte, die Freiheitsrechte oder die föderalistische Kompetenzordnung verletzen.»

Ähnliche Ansichten vertreten – teilweise nur implizit – EICHENBERGER⁴⁷⁹, GRISEL⁴⁸⁰, MÜLLER⁴⁸¹, TSCHANNEN⁴⁸², SCHELBERT⁴⁸³ und AUBERT⁴⁸⁴. Der letztgenannte setzt sich innerhalb der allgemeinen Werke zum schweizerischen Staatsrecht am eingehendsten mit dem Notrecht auseinander⁴⁸⁵. Für ihn fanden die Notstandsmassnahmen ihre Rechtfertigung in der damals herrschenden Gefahrensituation:

«Nicht nur die Gewaltenteilung war in Mitleidenschaft gezogen; die direkte Demokratie wurde übergangen und der Grundsatz des Gesetzesvorranges brach zusammen. Nur ein durchschlagender Beweggrund konnte einen solchen Umsturz rechtfertigen.

Dieser Beweggrund lag denn auch vor in Gestalt des Notstandes, [...] in welchem sich unser Land zu Beginn beider Weltkriege wegen seiner geographischen Lage befand. Der Gedanke, ein Notstand stelle die politischen Behörden über die Gesetze und über die Verfassung, war nicht neu. Er war schon lateinisch ausgedrückt worden: *Salus populi suprema lex esto*; [...]. Ungezwungener brachte dies Bundesrat Forrer in unserer Sprache zum Ausdruck: Die Verfassung ist ein Schönwetter-Programm.

Die Anerkennung des Notstandes als Rechtsquelle bedeutet allerdings noch nicht, dass jeder Bezug auf diesen Notstand begründet sei. Im Gegenteil ist dessen Missbrauch sehr wohl möglich und stellt eine dauernde Bedrohung unserer verfassungsmässigen Ordnung dar. Trotzdem scheint es klar, dass in einem besonderen Fall, das heisst in den Jahren 1914 und 1939, ein Notstand wirklich vorlag. Die Not eines von kriegführenden Nationen eingekreisten Landes ist so gross, dass es eine Zeit lang wirklich

⁴⁷⁸ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Auflage, Zürich 1998, 324.

⁴⁷⁹ KURT EICHENBERGER, in Kommentar BV, Art. 102, Rz. 15.

⁴⁸⁰ ETIENNE GRISEL, in Kommentar BV, Art. 89^{bis}, Rz. 28.

⁴⁸¹ J.P. MÜLLER 25: «Notrecht im engeren Sinn liegt vor, wenn der Bestand des Staates selbst gefährdet ist und auf verfassungsmässigem Wege dringende Vorkehrungen zur Wahrung existentieller Staatsinteressen nicht mehr getroffen werden können. Es wird allgemein anerkannt, dass im Falle eines solchen Staatsnotstandes die obersten Organe die Pflicht und die rechtliche Befugnis haben, die für das Weiterbestehen des Staates unerlässlichen Massnahmen anzuordnen. Bei der Revision des Artikels 89bis im Jahre 1949 war noch die Ansicht vertreten worden, einem staatlichen Notstand sei inskünftig im Rahmen des neuen Dringlichkeitsartikels der Bundesverfassung zu begegnen. «Die zeitliche Dringlichkeit einer Massnahme ist [...] identisch mit dem staatlichen Notstand», lautet die rigorose These Giacomettis. Er folgert daraus konsequent, dass es neben dem von Artikel 89^{bis} III BV geregelten Dringlichkeitsrecht kein qualifiziertes «Notrecht» geben darf. [...] Heute hat sich demgegenüber die Überzeugung allgemein durchgesetzt, dass die Anwendung von Artikel 89 III nicht einen eigentlichen Staatsnotstand voraussetzt, dass vielmehr Artikel 89^{bis} III BV den Staatsnotstand, wie er vor allem in Kriegszeiten auftritt, gar nicht erfassen kann und will.»

⁴⁸² PIERRE TSCHANNEN, Eidgenössisches Organisationsrecht, Bern 1997, 215: «Die Polizeinotverordnungen stehen [...] noch innerhalb der verfassungsmässigen Ordnung. Darin unterscheiden sie sich von den Notstandsmassnahmen, die der Bundesrat bei existenzieller Bedrohung, beispielsweise im Verteidigungsfall oder nach Katastrophen, zu ergreifen hätte: Solche Massnahmen wären Ausdruck echten Notrechts und stünden ausserhalb der von der Bundesverfassung vorgesehenen Ordnung. Die Bundesverfassung kennt [...] keine Bestimmungen zum Staatsnotstand.»

⁴⁸³ SCHELBERT 150f.

⁴⁸⁴ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Fassung von 1967, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1994, Bd. II, Rz. 1549.

⁴⁸⁵ AUBERT (Anm. 484) Rz.1539ff.

notwendig sein kann, bestimmte Forderungen der Demokratie, des Föderalismus und der Freiheit zu übergehen.»⁴⁸⁶

IV. Beurteilung

1. Grundsätzliche Zulässigkeit von Notrecht

a) Zusammenfassung

Die Darstellung der Behördenpraxis und der juristischen Lehrmeinungen zeigt, dass – abgesehen von einigen Autoren französischer Sprache zur Zeit des Ersten Weltkrieges – die grundsätzliche Zulässigkeit von Notrecht in Kriegszeiten in der Schweiz während des gesamten 20. Jahrhunderts nie bestritten wurde. Die Darstellung in Ziff. II und III kann folgendermassen zusammengefasst werden:

Politisch wurde die Gültigkeit des Vollmachtenbeschlusses von 1914 v.a. in der Westschweiz bestritten; die Kritiker konnten sich aber in der *Bundesversammlung* gegen eine klare politische Mehrheit nicht durchsetzen. *Bundesgericht* und *Bundesrat* bejahten die Zulässigkeit des Vollmachtenbeschlusses von 1914, im wesentlichen mit dem Argument, extra-konstitutionelles Notrecht sei zulässig, wenn und soweit der Bestand und die Integrität des Staatswesens gefährdet sei und die Massnahmen zur Existenzverteidigung ein Abweichen von Gesetz und Verfassung notwendig machen. Dieser Gedanke kommt besonders deutlich in folgender Stellungnahme des Bundesrates im April 1939 zum Ausdruck:

«Die Demokratie würde versagen, wenn nicht für die nötige Handlungsfähigkeit in Notzeiten gesorgt würde. Zur Erhaltung der Rechtsordnung, die die Freiheit schützt und der Gerechtigkeit dient, werden bei einem Staatsnotstand ausserordentliche Massnahmen nötig, die vorübergehend vom normalen Verfassungsrecht oder vom Gesetzesrecht abweichen, um die Notzeit überbrücken zu können und so den Staat und die Verfassung trotz der drohenden Gefahren zu erhalten.»⁴⁸⁷

Die Zulässigkeit und Gültigkeit des Vollmachtenbeschlusses von 1939 war völlig unbestritten und wurde auch in der Bundesversammlung nie thematisiert. Kritik gab es allerdings im Zusammenhang mit der konkreten Anwendung durch den Bundesrat, so namentlich 1942 im Zusammenhang mit der restriktiven Flüchtlingspolitik⁴⁸⁸.

In der *juristischen Doktrin* findet sich mit einer Ausnahme aus dem Ersten Weltkrieg⁴⁸⁹ keine Stimme, welche die Vollmachtenregimes von 1914 und 1939 für unzulässig hält. Weitgehende Einigkeit besteht auch darin, dass die Bundesverfassung keine ausdrückliche Grundlage für Notrecht enthält und insbesondere der damalige Art. 89 BV über das Dringlichkeitsrecht keine

⁴⁸⁶ A.a.O. Rz. 1547. In der bisher neuesten Monographie zur Entwicklung des schweizerischen Notrechts aus dem Jahre 1994 (BÜHLER 105ff) findet sich zwar eine summarische Zusammenfassung des Notrechtsregimes während des Zweiten Weltkriegs, jedoch keine Stellungnahme zur Verfassungsmässigkeit dieser Notrechtssetzung.

⁴⁸⁷ Bericht des Bundesrats vom 3. April 1939 an die Bundesversammlung über das Volksbegehren betreffend Notrecht und Dringlichkeit, BBl 1939 I 540.

⁴⁸⁸ Siehe dazu vorne bei Anm. 417.

⁴⁸⁹ JÈZE, vorne bei Anm. 430.

solche Grundlage enthält. Weit auseinander gehen die Meinungen allerdings bezüglich der Begründung, wobei sich drei Denkrichtungen unterscheiden lassen:

- *Positivistische Begründungen*, wie sie etwa von SCHINDLER vertreten werden, identifizieren Verfassungsbestimmungen, welche als Grundlage für Notrecht dienen können. Dazu gehören die aussen- und neutralitätspolitischen Kompetenzen von Bundesversammlung und Bundesrat in Art. 85 und 102 BV, der Zweckartikel (Art. 2 BV) und Art. 71 BV über die Verantwortung der Bundesversammlung als oberstes Staatsorgan. Insgesamt nehmen diese Meinungen in der Doktrin eine Minderheitenposition ein.
- Andere Positivisten, allen voran GIACOMETTI, anerkennen, dass die Bundesverfassung keine Grundlage für Notrecht enthält, und schliessen deshalb auf die *Verfassungswidrigkeit* der Vollmachtenbeschlüsse. Sie finden aber eine Rechtfertigung für diese Beschlüsse in ausserrechtlichen Erwägungen, nämlich der *politischen Notwendigkeit*, den Bundesbehörden in Kriegszeiten zu erlauben, die «Gefährdung der staatlichen Existenz» nötigenfalls «durch Missachtung der Verfassungsvorschriften» abzuwehren; weil in solchen Situationen «selbstverständlich der Staat von der Verfassung abweichen» muss, sei das Notrecht zwar nicht legal, aber legitim⁴⁹⁰. In der früheren Literatur ist dem Schritt zum Notrecht teilweise der Charakter eines revolutionären Aktes zugeschrieben worden.
- Eine vermittelnde Position vertreten jene Autoren, welche ebenfalls anerkennen, dass das geschriebene Recht keine Grundlage für die Vollmachtenbeschlüsse enthält, daraus aber nicht auf die Verfassungswidrigkeit der Vollmachtenbeschlüsse schliessen, sondern die Existenz einer echten Lücke im geschriebenen Recht annehmen, welche durch Rekurs auf extrakonstitutionelle, aber rechtlich anerkannte Grundsätze wie Gewohnheitsrecht, Naturrecht, das völkerrechtliche Effektivitätsprinzip oder (so vor allem die neuere Lehre) den Rechtfertigungsgrund des Notstandes zu füllen ist.

Es kann nicht Aufgabe dieses Gutachtens sein, die verschiedenen Ansätze zu bewerten. Es genügt der Hinweis auf die einhellige Ansicht der heutigen Lehre⁴⁹¹, die anerkennt, dass – wie immer man dieses Resultat auch begründet – in Zeiten eines echten Notstandes gemäss schweizerischem Rechtsverständnis die Verfassung ausser Kraft gesetzt und mit Notrecht ersetzt werden darf und dass jedenfalls 1939 die Voraussetzungen dafür angesichts der potentiellen oder aktuellen Existenzgefährdung der Schweiz grundsätzlich gegeben waren.

b) Der Verzicht auf den Gebrauch von Dringlichkeitsrecht

Die Theorie, dass der Vollmachtenbeschluss nicht verfassungsrechtlich vorgesehenes Dringlichkeitsrecht, sondern extrakonstitutionelles Notrecht darstelle, war in der Zwischenkriegszeit vom Bundesrat gut vorbereitet worden. Deshalb ist nie kritisiert worden, dass der Vollmach-

⁴⁹⁰ GIACOMETTI (Vollmachtenregime) 57.

⁴⁹¹ Vorne 2. Teil A.III.3.

tenbeschluss von 1939 nicht als dringlicher Bundesbeschluss gemäss dem damaligen Art. 89 BV, sondern als echtes Notrecht erlassen wurde. Trotzdem ist für die Beurteilung kurz auf die Frage einzugehen, ob dies gemäss damals geltendem Recht korrekt war.

Art. 89 Abs. 2 BV ermöglichte in seiner ursprünglichen Fassung der Bundesversammlung, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse durch eine Dringlichkeitserklärung dem Referendum zu entziehen⁴⁹². Am 22. Januar 1939 nahmen Volk und Stände den Gegenentwurf zu einer Volksinitiative an, welcher Abs. 2 abänderte und dem Art. 89 BV zusätzlich einen neuen Abs. 3 beifügte⁴⁹³. In der zum fraglichen Zeitpunkt geltenden Form normierte die Bundesverfassung das Dringlichkeitsrecht in folgender Weise⁴⁹⁴:

«Art. 89

¹Für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse ist die Zustimmung beider Räte erforderlich.

²Bundesgesetze sowie allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse sind dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorzulegen, wenn es von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von 8 Kantonen verlangt wird.

³Allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse, deren Inkrafttreten keinen Aufschub erträgt, können durch die Mehrheit aller Mitglieder in jedem der beiden Räte als dringlich erklärt werden. In diesen Fällen kann die Volksabstimmung nicht verlangt werden. Die Geltungsdauer von dringlichen Bundesbeschlüssen ist zu befristen.»⁴⁹⁵

Der Zweck des Dringlichkeitsrechts ist die sofortige Inkraftsetzung von Rechtsnormen, welche normalerweise erst nach Ablauf der Referendumsfrist bzw. nach durchgeführter Referendumsabstimmung in Kraft treten können. Weil die Volksrechte wegen aktueller Dringlichkeit nur vorübergehend suspendiert werden sollen, ist Dringlichkeitsrecht vom Parlament zu befristen. Dem Charakter echten Notrechts entspricht es demgegenüber, dass im voraus nicht bekannt ist, wie lange die Gefahr andauern wird, und dass die Mitwirkung des Volkes nicht nur vorübergehend, sondern für die Dauer der Gefahr ganz ausgeschlossen werden soll. Es gab deshalb gute Gründe dafür, den Vollmachtenbeschluss nicht in die Form eines dringlichen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses zu kleiden. In der juristischen Literatur findet sich denn auch keine Meinung, welche Art. 89 BV als Rechtsgrundlage des Vollmachtenbeschlusses von 1939 heranzieht. Während viele Autoren zur fehlenden Abstützung auf Art. 89 BV – wohl infolge der klaren Belegstellen in den Materialien – keine Stellung nehmen, lehnen z. B. FLEINER/GIACOMETTI⁴⁹⁶ eine solche verfassungsrechtliche Abstützung⁴⁹⁷ mit überzeugenden Argumenten ausdrücklich ab:

⁴⁹² Art. 89 Abs. 2 BV von 1874: «Bundesgesetze, sowie allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse, die nicht dringlicher Natur sind, sollen überdies dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden, wenn es von 30 000 stimmberechtigten Stimmbürgern oder von acht Kantonen verlangt wird.» Siehe dazu BURCKHARDT 70ff.

⁴⁹³ Diese Regelung wurde 1949 durch den heutigen Art. 89^{bis} BV ersetzt.

⁴⁹⁴ Siehe Bundesbeschluss betreffend die Erhaltung des Ergebnisses der Volksabstimmung vom 22. Januar 1939 über die Einschränkung der Anwendung der Dringlichkeitsklausel; BBl 1939 I 166f.

⁴⁹⁵ Die heutige Regelung des Dringlichkeitsrechts, wie sie in Art. 89^{bis} BV verankert ist, wurde erst im Jahre 1949 durch Annahme einer Volksinitiative in die Bundesverfassung aufgenommen. Siehe dazu GRISEL (Anm. 480), vor Ziff. 1.

⁴⁹⁶ FLEINER/GIACOMETTI 788.

«Das Notverordnungsrecht der Bundesversammlung gemäss Art. 89 Abs. 3 BV kann nicht die Rechtsgrundlage der Vollmachtenbeschlüsse bilden, da die Bundesversammlung [...] auf Grund dieser Kompetenz weder contra constitutionem legisferieren, noch das Gesetzesreferendum generell ausschalten darf. Ein anderes Notrecht der Bundesversammlung als das Dringlichkeitsrecht des Art. 89 sieht aber die Bundesverfassung nicht vor.»

c) Völkerrechtliche Zulässigkeit von Notrecht

Weitere Gesichtspunkte, welche für die Beurteilung des Vollmachtenregimes relevant sein können, ergeben sich aus dem Völkerrecht. Völkerrechtliche Verpflichtungen, seien diese vertraglicher oder gewohnheitsrechtlicher Natur, verpflichten die Staaten zwar grundsätzlich auch während Situationen eines Staatsnotstandes. Das Völkerrecht kennt aber Ausnahmen von diesem Grundsatz, die entweder generell für alle Rechtsgebiete gelten oder aber nur bereichsspezifisch (heute z. B. im Gebiet der Menschenrechte) Anwendung finden. Diese völkerrechtlichen Regeln belegen einerseits, dass das Völkerrecht die grundsätzliche Zulässigkeit von Notrecht in Situationen eines Krieges oder eines anderen Notstandes, welcher die Existenz eines Staates bedroht, seit langem anerkennt. Andererseits machen sie aber auch die Grenzen der Befugnis deutlich, im Notstand geltende Rechtsverpflichtungen zur Seite zu schieben.

Im Völkerrecht besteht bis heute keine vertragliche Regelung, welche für alle Rechtsgebiete Voraussetzungen und Grenzen einer rechtmässigen Abweichung von bestehenden Verpflichtungen im Falle eines staatlichen Notstandes normiert. Andererseits kennt aber die völkerrechtliche Praxis zahlreiche Fälle – beinahe ausschliesslich aus dem Zeitraum vor dem Zweiten Weltkrieg –, in welchen sich Staaten auf den Staatsnotstand beriefen, um die Nichterfüllung ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen zu rechtfertigen⁴⁹⁸. In der wiederum mehrheitlich aus der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg stammenden völkerrechtlichen Literatur, die sich mit dieser Frage beschäftigt, war jedoch heftig umstritten⁴⁹⁹, ob diese Praxis Ausdruck einer bestehenden gewohnheitsrechtlichen Regel sei, welche bei Vorliegen eines Staatsnotstandes ein Abweichen von völkerrechtlichen Verpflichtungen erlaubte. Die Völkerrechtskommission (ILC) – dasjenige Organ der UNO, welches mit der Kodifizierung des Völkerrechts betraut ist – gelangte trotz diesen Debatten der Doktrin angesichts der Staatenpraxis zum Schluss, dass eine ungeschriebene Regel des Völkerrechts, d. h. ein gewohnheitsrechtlicher Satz existiere, welcher im Staatsnotstand («state of necessity») eine Abweichung von völkerrechtlichen Verpflichtungen (nur) unter gewissen Voraussetzungen erlaube. Art. 33 des zwischenzeitlich in erster Lesung verabschiedeten Entwurfs der ILC zum Recht der Staatenverantwortlichkeit⁵⁰⁰,

⁴⁹⁷ Die fehlende verfassungsmässige Abstützung veranlasste wiederum AUBERT (Anm. 481) Rz. 1542, diesen Beschluss «als eine Art Findling im Felde unserer Bundesverfassung» zu qualifizieren.

⁴⁹⁸ Eine ausführliche Übersicht über diese internationale Praxis findet sich in Yearbook of the International Law Commission 1980 II/2, 35ff.

⁴⁹⁹ Eine Zusammenstellung derjenigen Literatur, welche diese Frage bejaht, findet sich in: Yearbook of the International Law Commission 1980 II/2, 47f, Anm. 171, während die Autoren, welche die gegenteilige Meinung vertreten, ebendort 48, Anm. 172, aufgeführt werden.

⁵⁰⁰ Dieser Entwurf findet sich in Report of the International Law Commission on the Work of its forty-eighth session, UN Doc. A/51/10, 125ff. Art. 33 lautet:

welcher zu einem grossen Teil wohl auch das bereits vor dem Zweiten Weltkrieg geltende Gewohnheitsrecht spiegelt, erlaubt ein Abweichen von völkerrechtlichen Pflichten im Kern nur, wenn dies das einzige Mittel ist, um eine schwere und unmittelbar bevorstehende Gefahr für den Bestand des Staates abzuwenden. Solche Massnahmen haben mit anderen Worten – wollen sie nicht als Völkerrechtsverletzung eingestuft werden – strengen Verhältnismässigkeitsanforderungen zu genügen. Absolut verpönt ist die Missachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen, falls die Regelung, von der abgewichen werden soll, sich in einem Vertrag befindet, welcher gemäss dem Willen der Vertragsparteien auch oder gerade in solchen Situationen Geltung haben soll. Dies ist unter anderem bei den Abkommen des humanitären Völkerrechts – welche das Verhalten von Staaten in Kriegssituationen normieren – sowie bei einzelnen bilateralen Niederlassungsverträgen der Schweiz der Fall⁵⁰¹.

Heute enthalten die wichtigsten Menschenrechtskonventionen sogenannte Derogationsklauseln, d. h. Bestimmungen, welche den Staaten ausdrücklich erlauben, bestimmte Menschenrechte in Notstandssituationen ausser Kraft zu setzen⁵⁰². Anwendungsvoraussetzung dieser Normen ist ein Krieg oder ein anderer öffentlicher Notstand, der das Leben der Nation bedroht. Es muss sich also um eine aussergewöhnliche und dringliche Situation handeln, welche die ganze Bevölkerung trifft und eine aktuelle oder zumindest unmittelbar bevorstehende Gefahr für den Bestand des Staatswesens darstellt⁵⁰³. Selbst bei Bestehen einer derartigen Notsituation sind aber Abweichungen von den Menschenrechten nur erlaubt, soweit und solange sie zur Überwindung dieser Notsituation unbedingt erforderlich erscheinen⁵⁰⁴.

«1. A state of necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act of that State not in conformity with an international obligation of the State unless:

- (a) the act was the only mean of safeguarding an essential interest of the State against a grave and imminent peril; and
- (b) the act did not seriously impair an essential interest of the State towards which the obligation existed.

2. In any case, a state of necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness:

- (a) if the international obligation with which the act of the State is not in conformity arises out of a peremptory norm of general international law; or
- (b) if the international obligation with which the act of the State is not in conformity is laid down by a treaty which, explicitly or implicitly, excludes the possibility of invoking the state of necessity with respect to that obligation; or
- (c) if the State in question has contributed to the occurrence of the state of necessity.»

⁵⁰¹ Siehe dazu hinten 2. Teil B.II.3.d.

⁵⁰² So bestimmt die 1950 verabschiedete und damit älteste derartige Bestimmung von Art. 15 Abs. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101): «Wird das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht, so kann jede Hohe Vertragspartei Massnahmen treffen, die von den in dieser Konvention vorgesehenen Verpflichtungen abweichen, jedoch nur, soweit es die Lage unbedingt erfordert und wenn die Massnahme nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragspartei stehen.» Im zweiten Absatz dieser Norm wird anschliessend ein Katalog von Rechten aufgelistet, von welchen auch bei Vorliegen eines Notstandes nicht abgewichen werden darf. Diese Rechte – z. B. das Verbot von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung und das Verbot von Sklaverei und Leibeigenschaft – werden deshalb als notstandsfeste Menschenrechte bezeichnet. Neben der Bestimmung von Art. 15 EMRK finden sich ähnliche Derogationsklauseln z. B. in Art. 4 des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II), in Art. 27 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention sowie in Art. 30 der Europäischen Sozialcharta.

⁵⁰³ So in Hinblick auf Art. 15 EMRK MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zürich 1993, 400, und FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, 482.

⁵⁰⁴ Siehe FROWEIN/PEUKERT (a.a.O.) 482ff.

Die Derogationsklauseln der nach dem Zweiten Weltkrieg erarbeiteten Menschenrechtsverträge lassen sich schon aus zeitlichen Gründen für die Beurteilung des Vollmachtenbeschlusses von 1939 und das darauf abgestützte Notrecht nicht herbeiziehen. Hinzu kommt, dass Menschenrechte als juristisches Konzept im Völkerrecht der fraglichen Zeit gar nicht existierte⁵⁰⁵. Diese Normen zeigen aber, dass bis heute dem Völkerrecht der Gedanke nicht fremd ist, dass der Staatsnotstand wenigstens unter gewissen Voraussetzungen das Zurückdrängen individueller Rechte zu rechtfertigen vermag.

2. Voraussetzungen und Grenzen der Notrechtskompetenzen der Exekutive

a) Rechtliche Anforderungen an Noterlasse

Die Feststellung, dass der Erlass des Vollmachtenbeschlusses von 1939 zwar kaum verfassungskonform, aber angesichts des aktuellen Notstandes grundsätzlich zulässig war, bedeutet nicht automatisch, dass alle darauf gestützten Massnahmen der Exekutive rechtlich unproblematisch waren. In seinem Bericht vom 3. April 1939 über das Volksbegehren betreffend Notrecht und Dringlichkeit hatte der Bundesrat selbst die Voraussetzungen für den Erlass von Notrecht und damit die Kriterien für die Beurteilung der Zulässigkeit solchen Rechts aufgelistet. Der Bericht führte dazu aus:

«Voraussetzungen des Notrechts sind eine ernste Gefahr für das Gemeinwesen und zudem die Unmöglichkeit, dieser Bedrohung seiner Existenzbedingungen durch Massnahmen zu begegnen, die innerhalb des Rahmens des normalen Verfassungsrechts oder der Bundesgesetze bleiben. [...] Ob im Einzelfall die Gefahr die Berufung auf den Notstand und die einzelne Massnahme rechtfertigt, kann nur auf Grund einer Abwägung und Wertung öffentlicher Interessen und in Kenntnis der in Betracht fallenden Verhältnisse beantwortet werden. Eine sachliche Schranke des Notrechts liegt darin, dass die Noterlasse von normalem Verfassungsrecht und von Bundesgesetzen nicht mehr abweichen sollen, als nötig ist, wie denn auch nur notwendige Massnahmen getroffen werden sollen. Die Geltungsdauer der Noterlasse muss eine vorübergehende sein, weil es sich um Massnahmen für die Zeit des Notstandes handelt.»⁵⁰⁶

Der Bundesrat hat damit *fünf* Kriterien aufgestellt, die auch in der Lehre⁵⁰⁷ in ähnlicher Weise postuliert worden sind:

1. Es muss eine *Notlage* im Sinne einer ernsten Gefahr für das Gemeinwesen vorliegen.
2. Der Gefahr kann im Rahmen des geltenden ordentlichen Rechts *nicht* begegnet werden.
3. Die Notwendigkeit, zu Notrecht zu greifen, erscheint *gewichtiger* als das Interesse an der Beachtung der geltenden Rechtsordnung.
4. Die Massnahme ist *sachlich* auf das Notwendige beschränkt, geht also nicht weiter, als für die Gefahrenabwehr nötig ist.

⁵⁰⁵ Siehe dazu die Hinweise bei WALTER KÄLIN, Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte: Eine Kopernikanische Wende im Völkerrecht?, in: Amnesty International (Hrsg.), Menschenrechte im Umbruch: 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Neuwied 1998, 7ff.

⁵⁰⁶ BBl 1939 I 542.

⁵⁰⁷ Siehe z. B. GIACOMETTI (Vollmachtenregime) 27ff.

5. Die Massnahme ist *zeitlich* auf das Notwendige beschränkt, dauert also nicht länger, als für die Gefahrenabwehr nötig ist.

b) Subsidiarität der notrechtlichen Rechtssetzung?

Das Kriterium der Beschränkung auf das zeitlich und sachlich Notwendige verweist auf die Problematik der Subsidiarität der bundesrätlichen Notrechtskompetenzen. Bei gesetz- oder verfassungsderogierendem Notrecht stellen sich hier zwei Fragen: Erstens gilt es abzuklären, ob der Bundesrat in Ausübung seiner Notkompetenz stets die mildestmögliche – d. h. zu der vorgegebenen Rechtsordnung am wenigsten konträre – Massnahme zu ergreifen hatte, und zweitens ist zu untersuchen, ob nur zur Rechtssetzungsform des Notrechts Zuflucht genommen werden durfte, falls die zeitliche Dringlichkeit der Massnahme den Erlass von Rechtsnormen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ausschloss.

- Eine klare Meinung bezüglich des ersten Teilgehaltes vertritt insbesondere GIACOMETTI. Er betont, dass Notmassnahmen des Bundesrates «nicht über das notwendige Mass staatlichen Eingreifens hinausgehen»⁵⁰⁸ dürfen, wobei er gleichzeitig eingesteht, dass der Bundesrat hinsichtlich der Beurteilung dieser Voraussetzung ein weites Ermessen besitze⁵⁰⁹. Ob deshalb die Notwendigkeit gerade der in Frage stehenden Massnahme gegeben sei oder ob nicht dasselbe Ziel auch mit weniger einschneidenden Mitteln zu erreichen wäre, ist demzufolge unter dem Blickwinkel der Willkür abzuklären. Mit anderen Worten verletzt ein Notrechtserlass dann – aber nur dann – diese Voraussetzungen, wenn es geradezu stossend und dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechend erschiene, dass gerade die gewählte und nicht eine mildere Massnahme, die unter einer Ex-ante-Betrachtung denselben Erfolg versprochen hätte, gewählt wurde. In diesem Sinn betont auch MARTI: «Erst wenn er [der Bundesrat] eine offensichtlich ungeeignete Massnahme ergreift, überschreitet er sein Ermessen und begeht eine Rechtswidrigkeit.»⁵¹⁰
- Diametral unterschiedliche Positionen werden demgegenüber von GIACOMETTI und MARTI hinsichtlich des zweiten angesprochenen Elementes propagiert. Letzterer vertritt die Meinung, der Bundesrat sei – soweit die oben dargestellten Bedingungen erfüllt seien – auch dann zum Erlass von Notrecht befugt, wenn die zeitliche Komponente nicht gegeben sei, weil die Vollmachten «es absichtlich in das Ermessen des Bundesrates stellen, welche Massnahmen während dieser Kriegszeit zum Wohle des Landes nötig sind»⁵¹¹. GIACOMETTI betont demgegenüber, dass der Bundesrat

⁵⁰⁸ GIACOMETTI (Vollmachtenregime) 32. Unklarer, aber wohl gleicher Ansicht MARTI (Vollmachtenbeschluss) 16: «Eine Massnahme kann nun nicht bloss deshalb offensichtlich ungeeignet sein, weil durch sie der Zweck der Vollmachten nicht erreicht wird, sondern auch deshalb, weil die Massnahme in keinem vernünftigen Verhältnis zum Zweck steht. Das wäre der Fall, wenn der Bundesrat die Verletzung gewisser untergeordneter Vorschriften mit den schwersten kriminellen Strafen bedrohen würde.» So auch der Bundesrat in BB1 1937 III 21; siehe das Zitat vorne in Anm. 403.

⁵⁰⁹ Ebenda.

⁵¹⁰ MARTI (Vollmachtenbeschluss) 16.

⁵¹¹ MARTI (Vollmachtenbeschluss) 17.

«nur solche durch den Krieg bedingte Massnahmen treffen darf, die zeitlich dringlich sind, so dass das Verfahren der ordentlichen Gesetzgebung oder Verfassungsrevision ohne Schaden für das Ganze nicht eingehalten werden könnte. Erforderliche Massnahmen im Sinne des Vollmachtenbeschlusses sind also nur solche kriegsbedingten Massnahmen, die zeitlich dringlich erscheinen. Denn wenn die Massnahmen nicht zeitlich dringlich sind, so erübrigt sich die Beschreitung des Vollmachtenweges.»⁵¹²

Diese Begründung scheint in der Tat durch die Materialien gestützt zu werden, welche die Notwendigkeit zur Kompetenzerteilung zum Erlass von Notrecht ganz wesentlich mit der Schwerfälligkeit der Referendumsdemokratie⁵¹³ und damit mit einer zeitlichen Komponente begründen⁵¹⁴. Zudem legt auch die wiederholt erwähnte Formel, wonach nicht ohne Not⁵¹⁵ in die bestehende Rechtsordnung – und damit wohl auch in die Rechtsetzungsordnung – eingegriffen werden soll, denselben Schluss nahe. Die Position von MARTI wird andererseits durch die Überlegung gestützt, dass mit dem Vollmachtenbeschluss eine exklusive und nicht eine konkurrierende Kompetenz des Bundesrates auf dem Gebiet der Sicherung des politischen Überlebens der Schweiz geschaffen werden sollte. Die Tatsache, dass die Bundesversammlung während des ganzen Krieges die Notrechtsmassnahmen des Bundesrates immer genehmigt hat und ihre Rolle als Gesetzgeber selbst nur noch in ganz beschränktem Ausmass wahrnehmen wollte⁵¹⁶, spricht historisch für die These von MARTI. Juristisch ist dieser Praxis allerdings entgegenzuhalten, dass mit dem Vollmachtenregime allein das Defizit der parlamentarischen Rechtsetzung⁵¹⁷ in zeitlicher Hinsicht ausgeglichen werden sollte. Bundesrätliche Notverordnungen sind daher u.E. – jedoch wiederum nur mit einem groben Raster – auch dahingehend überprüfbar, ob dieselbe Sachmaterie nicht auch auf ordentlichem, die demokratischen Partizipationsrechte weniger einschränkenden Gesetzgebungsweg hätte geregelt werden können.

3. Schlussfolgerung: Relevante Fragestellungen und Beurteilungskriterien

Gemäss einhelliger Meinung der neueren und heute herrschenden juristischen Lehre waren der Vollmachtenbeschluss von 1939 und das darauf gestützte Notrecht grundsätzlich zulässig. Daraus folgt allerdings nicht automatisch, dass alle getroffenen Massnahmen rechtskonform waren. Vielmehr sind die konkreten Notrechtsmassnahmen der Exekutive während des Zweiten Weltkrieges im allgemeinen und im Bereich der Flüchtlingspolitik im besonderen an den oben (Ziff. 2) erwähnten Kriterien des Bundesrates von 1939, welche übrigens auch dem

⁵¹² GIACOMETTI (Vollmachtenregime) 30.

⁵¹³ D. h. mit der Tatsache, dass im schweizerischen System nicht nur das Parlament – das zudem nicht ständig tagt –, sondern mit den Instrumenten von Referendum und Volksinitiative zusätzlich auch das Volk direkt an der Verfassungsgebung teilnehmen muss, bzw. an der Gesetzgebung teilnehmen kann.

⁵¹⁴ So z. B. BBl 1939 I 540: «Gerade der demokratische Staat, insbesondere die Referendumsdemokratie, bedarf eines Ventils, das den Behörden gestattet, bei einem Staatsnotstand die zur Abwehr der Gefahr unerlässlichen Massnahmen vorzukehren. Wie die demokratische Verfassung Freiheitsrechte gewährleistet [...], bedarf die Demokratie in Notzeiten einer gewissen Beweglichkeit, um eine Anpassung an die tatsächlichen Verhältnisse und Bedürfnisse möglich zu machen.» Die zeitliche Komponente wird auch von AUBERT (Anm. 481) Rz. 1551 betont.

⁵¹⁵ Vgl. dazu die Zitate bei Anm. 401 und Anm. 407.

⁵¹⁶ Siehe GIACOMETTI (Vollmachtenregime) 70 und 74f.

⁵¹⁷ Und erst recht die der Rechtssetzung der halbdirekten Demokratie.

heutigen Stand von Verfassungsrecht⁵¹⁸ und Völkerrecht⁵¹⁹ entsprechen, zu messen. Es stellt sich mit anderen Worten die Frage, inwiefern der Bundesrat sich selbst an seine Kriterien gehalten hat.

Diese Frage ist – abgesehen vom Bereich des wirtschaftlichen Notrechts – in der zeitgenössischen und späteren Literatur erstaunlich wenig thematisiert worden. Eine tiefgreifende Kritik an der Anwendung des Vollmachtenbeschlusses hat allerdings GIACOMETTI 1945 entwickelt. Er kritisierte u.a.⁵²⁰:

- die zu umfassende Anwendung des Notrechts, welche dazu führte, dass während des Zweiten Weltkrieges das meiste geltende Recht suspendiert und neues Recht kaum mehr in der Form ordentlicher Gesetze erlassen wurde;
- die zu starke Beschränkung der Freiheitsrechte:

«So ist vorab die Handels- und Gewerbefreiheit und im Zusammenhange damit die Eigentums- und Vertragsfreiheit [...] auf vielen Gebieten durch das Kriegswirtschaftsrecht materiell ausser Kraft gesetzt worden. Die freie Wirtschaft wird je länger je mehr durch eine gelenkte Wirtschaft ersetzt. Ebenso wurden die Presse-, Vereins- und Versammlungsfreiheit, die die funktionelle Grundlage der Demokratie bilden, nach vielen Richtungen hin materiell suspendiert, und dergleichen die persönliche Freiheit [...]»⁵²¹;
- die umfassende Subdelegation von Notrechtsbefugnissen des Bundesrates an Departemente und Bundesämter und an kantonale Exekutivbehörden und damit verbunden die weitgehende Entmachtung der Bundesversammlung im Bereich ihrer Kontrollbefugnisse⁵²²;
- die Missachtung des Erfordernisses der Notwendigkeit für den Erlass von Notverordnungsrecht: «[...] die Kriegsbedingtheit oder gar die zeitliche Dringlichkeit mancher Noterlasse erscheint kaum ersichtlich»⁵²³;
- die quantitative Ausdehnung des Notrechts und damit verbunden die Tendenz zur Überdehnung staatlicher Machtfülle:

⁵¹⁸ Siehe 2. Teil A.III.3.

⁵¹⁹ Dazu vorne 2. Teil A.IV.1.c.

⁵²⁰ GIACOMETTI (Vollmachtenregime) 70ff.

⁵²¹ DERS. 70f.

⁵²² Art. 5 des Vollmachtenbeschlusses von 1939 schrieb dem Bundesrat vor, seine Massnahmen halbjährlich der Bundesversammlung zu unterbreiten. Diese Pflicht erstreckte sich nicht auf Weisungen und Kreisschreiben mit Verordnungcharakter, welche die Departemente und Ämter erliessen.

⁵²³ GIACOMETTI (Vollmachtenregime) 76. Zur Illustration führt er aus (76ff): «So fällt der Bundesratsbeschluss vom 11. November 1941 über Änderung der Vorschriften über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts, wenigstens insofern er Vorschriften über den Verlust des Schweizerbürgerrechts durch eine Schweizerin, die einen Ausländer heiratet, aufstellt, meines Erachtens überhaupt aus dem Sachbereich der Vollmachten. So war der Bundesratsbeschluss vom 29. Juli 1942 über die Beschränkung der Freizügigkeit im Kanton Genf, der für diesen Kanton die Niederlassungsfreiheit weitgehend materiell suspendiert, meines Erachtens keineswegs kriegsbedingt und zeitlich dringlich. Aus welchen Gründen sodann der Bundesratsbeschluss vom 27. Juni 1944 betreffend Förderung der Tierzucht, der im Interesse der Zuchtförderung die allgemeine Anerkennungspflicht für männliche Zuchttiere einführt, auf den Vollmachtenbeschluss gestützt werden konnte, erscheint mir überhaupt nicht ersichtlich. Das gleiche gilt meines Erachtens für den Bundesratsbeschluss vom 30. Mai 1942 über die Bezüge und die Versicherung des Bundespersonals. Besonders schwerwiegende Fälle von Überschreitungen der Vollmachten kommen sodann auf wirtschaftlichem Gebiete in Frage [...]»

«Die Notrechtssetzung hat [...] einen sehr hohen Grad von Intensität erreicht. Ein ununterbrochener Strom von Noterlassen überflutet das Land. Ein Damm, der diese Fluten aufhalten würde, besteht nicht. Es wird auf allen möglichen Gebieten reglementiert; der staatlichen Fürsorgemassnahmen und Eingriffe in die Lebensverhältnisse des Einzelnen, vorab in die wirtschaftliche Freiheit, in die Eigentumsfreiheit und in die persönliche Freiheit, ist kein Ende.»⁵²⁴

«Diese Hypertrophie autoritärer Rechtssetzung wirkt sich ausserdem zentralistisch aus und belastet damit die föderalistische Struktur des Landes. Der autoritäre polizeistaatliche Geist, der ein solches Übermass von Freiheitsbeschränkung und Notrechtssetzung naturgemäss züchtet, und der heute umgeht, scheint sich dauernd im Lande niederlassen zu wollen.»⁵²⁵

Im Anschluss an diese zeitgenössische Kritik, welche übrigens den Bereich der Flüchtlingspolitik nie erwähnt, und unter Rückgriff auf den bundesrätlichen Kriterienkatalog lässt sich in Hinblick auf die Massnahmen des Bundesrates gegenüber Flüchtlingen folgender Fragekatalog entwickeln:

1. *Hätte der Bundesrat das Flüchtlingsproblem im Rahmen der geltenden Gesetzgebung lösen können, und hat er statt dessen ordentliches Recht in zu starkem Ausmass ausser Kraft gesetzt?* Da im Bereich der Flüchtlingspolitik die gesetzliche Regelung sich auf Art. 21 ANAG beschränkte, wonach der Bundesrat politischen Flüchtlingen Asyl in der Form einer Toleranzbewilligung erteilen konnte (aber nicht musste), Art. 7 Abs. 3 ANAG erlaubte, die Duldung von Emigranten und politischen Flüchtlingen mit Auflagen zu versehen, und Art. 14 Abs. 2 ANAG erlaubte, alle Flüchtlinge zu internieren, welchen weder Bund noch Kantone eine Toleranzbewilligung zusprachen, hatte das Notrecht hier kaum die Funktion gehabt, geltendes Recht, welches den Behörden verunmöglichte, adäquat auf die Notsituation zu reagieren, auf die Seite zu schieben⁵²⁶. Vielmehr ging es darum, für neue Probleme im Zusammenhang mit der Behandlung aufgenommener politischer Flüchtlinge und für Flüchtlinge anderer Kategorien erstmalig eine rechtliche Regelung zu schaffen. Dies geschah nicht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, sondern auf dem Notrechtsweg. Angesichts der schnellen Änderungen der Situationen und Problemlagen kann die zeitliche Dringlichkeit nicht generell verneint werden. Hingegen stellt sich in verschiedenen Bereichen die Frage, ob Notrecht nicht im Laufe der Zeit hätte durch ordentliche Gesetzgebung abgelöst werden können⁵²⁷.
2. *Wurden die Grundrechte der Flüchtlinge (v.a. bezüglich Internierung und vermögensrechtlicher Behandlung) stärker und länger beschränkt, als zur Lösung der anstehenden Probleme nötig war?* Dieser Frage ist gleich anschliessend (Abschnitt B) nachzugehen.

⁵²⁴ DERS. 82.

⁵²⁵ DERS. 83.

⁵²⁶ Echt notrechtlich, aber rechtlich begründbaren Charakter hatte die Abweichung von der Begrenzung der Internierungsdauer auf zwei Jahre in Art. 14 Abs. 2 ANAG.

⁵²⁷ Bei der Beantwortung dieser Frage ist allerdings darauf Rücksicht zu nehmen, dass Bundesversammlung und Bundesrat während des Zweiten Weltkrieges generell darauf verzichtet haben, Notrecht durch ordentliches Recht abzulösen.

3. *Gingen Massnahmen im Flüchtlingsbereich, gegen welche kein Grundrechtsschutz bestand (v.a. bezüglich Einreise und Schutzgewährung), weiter und waren sie einschneidender, als angesichts der konkreten kriegsbedingten Probleme in sachlicher und zeitlicher Hinsicht notwendig war? Haben sich die Bundesbehörden dabei von sachfremden Kriterien (z. B. Antisemitismus und Vorurteilen gegenüber gewissen Kategorien von Flüchtlingen) leiten lassen?* Dies sind die Kernfragen. Sie müssen auf der Basis solider historischer Forschung beantwortet werden und liegen ausserhalb dieses Gutachtensauftrages.
4. *Hat der Bundesrat wichtige Entscheidbefugnisse zu stark nach unten an Departemente und Ämter delegiert?* Diese Frage lässt sich für die Flüchtlingspolitik nicht generell, sondern nur problemspezifisch beantworten, wenn auch auffällt, dass viele relativ einschneidende Massnahmen nicht vom Bundesrat, sondern vom EJPD oder der Polizeiabteilung verfügt worden sind. Soweit Fragen der Einreise bzw. Abweisung an der Grenze oder Zurückweisung über die Grenze betroffen sind, lässt sich feststellen, dass die harten Massnahmen in der Regel vom Bundesrat beschlossen wurden⁵²⁸ und das EJPD bzw. die Polizeiabteilung Fragen von weniger einschneidender Bedeutung reglementierten.
5. *Haben die zuständigen Behörden und Organe selbst das Notrecht zum Nachteil von Flüchtlingen missachtet?* Diese ebenfalls wichtige Frage lässt sich ebenfalls nur aufgrund historischer Forschung beantworten und kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht beurteilt werden.

Bei der Beantwortung dieser Fragen gilt es zu berücksichtigen, dass die Feststellung juristischer Fehlerhaftigkeit von Notrecht nicht zwingend zum Schluss führen muss, dass die entsprechenden Bundesratsbeschlüsse und die auf sie gestützten Anwendungsakte rechtlich unverbindlich waren. Vielmehr war – wie auch heute noch⁵²⁹ – eine rechtswidrige Norm ausser im seltenen Fall ursprünglicher Nichtigkeit nur dann unverbindlich, wenn sie ausdrücklich kassiert oder aber im Einzelfall nicht angewendet wurde⁵³⁰. Da das Bundesgericht jedoch infolge der Bestimmung von Art. 113 BV nicht nur an den eigentlichen Vollmachtenbeschluss gebunden war, sondern sich zusätzlich als nicht zuständig betrachtete, im Rahmen einer akzessorischen

⁵²⁸ So z. B. der Bundesratsbeschluss über Änderungen der fremdenpolizeilichen Regelungen vom 17. Oktober 1939, Bundesratsbeschluss über Zusatz zum Bundesratsbeschluss vom 17. Oktober 1939 über Änderungen der fremdenpolizeilichen Regelungen vom 17. Mai 1940, Bundesratsbeschluss über den Beitrag der ausländischen Flüchtlinge an die Hilfsorganisationen für Emigranten vom 18. März 1941, Bundesratsbeschluss über die Rückweisung illegal eingereister Ausländer vom 4. August 1942 und Bundesratsbeschluss über die Unterbringung von Flüchtlingen vom 12. März 1943. Eine Ausnahme von dieser Regel bilden wohl die Kreisschreiben vom 4. Oktober 1938 des EJPD an die schweizerischen Gesandtschaften und Konsulate bzw. die Grenzübergangsstellen, welche die Visumspflicht für deutsche Staatsangehörige jüdischen Glaubens einführten (dazu hinten 2. Teil B.III.4).

⁵²⁹ Vgl. statt vieler ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl. Zürich 1998, 195ff.

⁵³⁰ GIACOMETTI (Vollmachtenregime) 64.

Normenkontrolle einzelne sich darauf abstützende Notrechtserlasse zu überprüfen⁵³¹, war im fraglichen Zeitraum keine dieser Voraussetzungen je erfüllt.

⁵³¹ BGE 68 II 320: «Selon la jurisprudence rappelée ci-dessus [...], le Tribunal fédéral est lié par l'arrêté fédéral du 30 août 1939, et il est nonobstant le fait que cet arrêté n'a pas été muni de la clause d'urgence, car il ne s'en agit pas moins, faute d'une déclaration contraire [...], d'un arrêté de portée Générale, délibérément soustrait, en tant que «loi de nécessité», au référendum populaire [...]. La délégation échappe ainsi, dans sa légitimité et sa portée, au contrôle constitutionnel. Le Tribunal fédéral ne peut revoir non plus les arrêtés rendus par le Conseil fédéral sur la base des pouvoirs qu'il tient de l'AF de 1939, dans toute la mesure en tout cas où les dispositions prises n'excèdent pas manifestement le cadre de la délégation [...]»

B. Grundrechtsschutz für Flüchtlinge

Im Folgenden ist die Geltung und Tragweite der Grundrechte für die verschiedenen Kategorien von Flüchtlingen zu untersuchen, wobei v.a. auf das Gleichbehandlungsgebot und die Eigentumsgarantie einzugehen ist. Insbesondere soll sich die Untersuchung auf (a) die Zwangsverwaltung der Flüchtlingsvermögen (Toleranzkautionen/Solidaritätsabgabe), (b) die Behandlung in Lagern und (c) den J-Stempel beziehen (Ziff. 3.2.2 Mandatsvertrag).

In einem ersten Teil ist zu untersuchen, welche Grundrechte der Bundesverfassung auch von Flüchtlingen beansprucht werden konnten und welches im fraglichen Zeitraum ihr Inhalt war (Ziff. I). Da sich zeigen wird, dass dieser Schutz aus verschiedenen Gründen beschränkt war, ist in einem weiteren Abschnitt zu untersuchen, ob sich zusätzlicher Schutz allenfalls aus dem Völkerrecht (humanitäres Recht, völkerrechtliches Fremdenrecht, Niederlassungsverträge) ergab (Ziff. II). Abschliessend sollen die drei erwähnten Problembereiche im Lichte dieser Rechtsquellen näher untersucht werden (Ziff. III).

I. Grundrechte der Bundesverfassung

1. Vorbemerkungen

a) Eingriff in Grundrechte oder Verdrängung der Grundrechte durch Notrecht?

Bevor die Geltung und Tragweite besonders wichtiger Grundrechte auf Bundesebene untersucht werden kann, ist auf zwei Faktoren hinzuweisen, welche die Relevanz dieser Fragestellung in dem Sinn stark relativieren, dass sie weitgehende Möglichkeiten zulässiger Eingriffe in Grundrechte schaffen.

Der erste Faktor ist natürlich der Vollmachtenbeschluss von 1939 selbst. Wie bereits erwähnt⁵³², ist unbestritten, dass dieser Beschluss dem Bundesrat die Kompetenz gewährte, soweit als nötig in Grundrechte einzugreifen bzw. diese zu missachten. Dies war nicht nur die Auffassung der zeitgenössischen Doktrin und der Literatur der Nachkriegszeit⁵³³, sondern wird

⁵³² Siehe z. B. vorne bei Anm. 422.

⁵³³ Vgl. etwa VON WALDKIRCH (Notverordnung) 75ff, der z. B. bezüglich einer Derogation der Pressefreiheit ausführt: «Was für den Gesetzgeber in normalen Zeiten gilt, gilt in ausserordentlichen Verhältnissen für die zum Erlass von Notverordnungen zuständige Behörde. Sie hat die Befugnis, Rechtssätze über den Missbrauch der Pressefreiheit aufzustellen, wie sie infolge der ausserordentlichen Lage nötig werden. Die Sicherheit des Staates kann dies verlangen» (a.a.O. 89); dieselbe Meinung wird auch von ZOLLER 20ff vertreten, die nach einer Aufzählung von Notverordnungen, welche Freiheitsrechten widersprechen, zum Schluss gelangt: «In Ausübung seiner ausserordentlichen Vollmachten war demnach der schweizerische Bundesrat an keinerlei Schranken gebunden. Seine Vollmachten <zur Vornahme aller Massnahmen, die für die Behauptung der Sicherheit, Integrität und Neutralität und zur Wahrung des Kredits und der wirtschaftlichen Interessen des Landes erforderlich waren>, war in Tat und Wahrheit eine unbeschränkte» (a.a.O. 41). Die Selbstverständlichkeit, mit der viele Autoren die Kompetenz des Bundesrates zur Abweichung von Freiheitsrechten bejahen, wird auch in der folgenden Aussage von EICHENBERGER 274 deutlich: «Der vermehrten und in der Exekutive angehäuften Staatsgewalt, die verfassungsrechtlich nicht mehr gebunden ist, sind vor allem die Freiheitsrechte ausgesetzt. Dass das Notrecht sie streckenweise suspendieren muss, ist unvermeidlich. Gerade im Notstand erhält das Kollektivum vor dem Individuum einen erhöhten Wert.» Aber auch MARTI (Vollmachtenbeschluss) 12f scheint diese Berechtigung so klar, dass er ohne nähere Begründung ausführt: «Der Bundesrat ist also bei der Ausführung seiner

auch heute noch vertreten. So schreibt etwa AUBERT bildhaft zur Situation im Zweiten Weltkrieg:

«In einer belagerten Festung dürfen sich die Bewohner nicht mehr nach Belieben bewegen, ihren Arbeiten nachgehen, sich auf rechtliche Texte berufen, um ihre Steuern zu verweigern, und sich öffentlich versammeln, um die Arbeit ihrer Behörden zu überprüfen. In grösserem oder kleinerem Masse war die Schweiz in dieser Lage, und es scheint mir natürlich, dass die Bundesverfassung nicht in allen Punkten befolgt wurde.»⁵³⁴

Der Vorrang des Notrechts gegenüber den Grundrechten wirft aus juristischer Sicht die Frage auf, wie sich die Notrechtskompetenz zur üblichen Befugnis von Behörden verhält, bei Bestehen einer gesetzlichen Grundlage aus Gründen überwiegender öffentlicher Interessen und im Rahmen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in Freiheitsrechte einzugreifen⁵³⁵. Ausführungen zu dieser Problematik finden sich weder in behördlichen Stellungnahmen noch in der Literatur. U.E. ergibt sich aber sowohl aus der Sachlogik des Notrechts als auch den regelmässigen zeitgenössischen Hinweisen auf die Möglichkeit des Abweichens von Freiheitsrechten⁵³⁶, dass der Bundesrat immer dann Grundrechtsansprüche übergehen durfte, wenn die üblichen Voraussetzungen zum Erlass von Notrecht⁵³⁷ gegeben waren. Grundrechtstangierendes Notrecht hatte somit nicht die klassischen Eingriffsvoraussetzungen der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit zu erfüllen; vielmehr genügte es, dass der Bundesrat mit vertretbaren Gründen das Vorliegen einer Notlage und die Notwendigkeit des getätigten Eingriffs bejahen konnte.

b) Freiheitsrechte und besonderes Rechtsverhältnis

Eine zweite Relativierung des Grundrechtsschutzes ergab sich aus der Rechtsfigur des sog. besonderen Rechtsverhältnisses. Die Flüchtlinge, die in einer der verschiedenen Lagerkategorien interniert waren⁵³⁸, standen in einem besonders engen Verhältnis zum Staat, das gemeinhin als besonderes Rechtsverhältnis, Sonderstatusverhältnis oder im fraglichen Zeitraum auch als besonderes Gewaltverhältnis bezeichnet wurde⁵³⁹. Dieses Institut stammt aus dem deutschen Verwaltungsrecht des 19. Jahrhunderts und bedeutete dort ursprünglich, dass in besonders

durch die Vollmachten geschaffenen, ausserordentlichen Kompetenz nicht an die Verfassung gebunden. Er kann deshalb sowohl in verfassungsmässige Rechte der Bürger als auch [...] eingreifen.» Selbst ein dem Notrecht bzw. dem Vollmachtenbeschluss von einem rechtlichen Standpunkt aus gesehen kritisch eingestellter Autor wie Giacometti führt, ohne am prinzipiellen Bestehen dieser Befugnis (wohl aber am Ausmass von deren Ausübung) explizit Kritik zu üben, aus: «Der Bundesrat hat von den ihm eingeräumten Vollmachten während der beiden Weltkriege in sehr umfassender Weise Gebrauch gemacht. [...] Ferner wurden die Freiheitsrechte, wie die Handels- und Gewerbefreiheit, die Pressefreiheit, die Vereinsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit nach vielen Seiten materiell suspendiert und der Grundsatz der Rechtsgleichheit vielfach missachtet. Auch lässt sich kaum bestreiten, dass die Praxis bei der Handhabung der Vollmachten deren Grenzen offensichtlich überschritten hat» (FLEINER/GIACOMETTI 787); ähnlich bereits GIACOMETTI (Vollmachtenregime) 70f. Siehe auch die diesbezüglich übereinstimmenden Aussagen in den Materialien vorne 2. Teil A.II.2.

⁵³⁴ AUBERT (Anm. 481) Rz. 1547. Ähnlich auch SCHELBERT 152f.

⁵³⁵ Zu dieser Schrankentrias der klassischen Grundrechtslehre siehe FLEINER/GIACOMETTI 246ff.

⁵³⁶ Siehe dazu vorne 2. Teil A.II.2.

⁵³⁷ Vorne 2. Teil A.IV.2.a.

⁵³⁸ Siehe dazu hinten 2. Teil B.III.5.

⁵³⁹ KÖHL 13ff.

«staatsnahen» Verhältnissen wie z. B. im Verhältnis des Häftlings, des Beamten oder der Studierenden zum Staat die Grundrechte keine Geltung hatten⁵⁴⁰. Später wurde diese Ansicht gemildert, aber daran festgehalten, dass in diesem Verhältnis der Staat für einen Grundrechtseingriff keiner gesetzlichen Grundlage bedürfe⁵⁴¹ und die betroffenen Privaten Grundrechtsschutz nur soweit beanspruchen konnten, als dies mit dem Gewaltverhältnis vereinbar war. In dieser Form fand diese Rechtsfigur auch Eingang in das schweizerische Staats- und Verwaltungsrecht, wo sie bis heute eine gewisse, wenn auch im Vergleich zu früher geringere Rolle spielt. So führte das Bundesgericht 1942 z. B. im Falle eines internierten Soldaten, welchem von den Behörden das Recht auf Ehe aberkannt wurde, folgendes aus⁵⁴²:

«Dazu kommt, dass der Rekurrent [...] als internierte polnische Militärperson in einem besondern Gewaltverhältnis zum Bunde steht, das seine Bewegungsfreiheit und seine Rechte beschränkt. Wie das Bundesgericht und vor ihm schon der Bundesrat wiederholt entschieden haben, können Personen, die in einem besonderen Gewaltverhältnis zum Staate stehen, das Recht der freien Niederlassung nur soweit ausüben, als es mit diesem Verhältnis, den rechtmässigen Anordnungen des Gewaltinhabers vereinbar ist. [...]

Nun befindet sich der Rekurrent in einem Interniertenlager, das ihm zwangsweise zum Aufenthalt angewiesen worden ist und von ihm nicht nach Belieben, sondern nur entsprechend den rechtmässigen Anordnungen der vorgesetzten Personen und Amtsstellen verlassen werden darf. [...] Die Verwahrung in einem Lager war auch zulässig nach dem Haager Abkommen betr. die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges vom 18. Oktober 1907. [...] Die Verwahrung in einem Interniertenlager schliesst nun eine Eheschliessung aus, wenn der Internierte hiefür von den zuständigen Personen oder Amtsstellen nicht die erforderliche Erlaubnis erhält. Diese ist aber dem Rekurrenten bisher nicht gegeben worden [...]. Ob die Verweigerung der Erlaubnis dem Rekurrenten gegenüber rechtmässig wäre, hat das Bundesgericht nicht zu prüfen, weil es sich dabei um die Verfügung oder den Befehl (Anweisung) einer eidgenössischen Amtsstelle handeln würde. Immerhin mag bemerkt werden, dass die Frage der Rechtmässigkeit wohl zu bejahen wäre. Die Verweigerung der Erlaubnis wäre nur dann ungerechtfertigt, wenn der Zweck der Verwahrung im Lager durch die Erlaubnis in keiner Weise beeinträchtigt würde.»

Grundrechte gelten gemäss diesem Diktum also nur insoweit, als ihre Ausübung den Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses in keiner Weise gefährdet. Dies bedeutet aber immerhin, dass von Freiheitsrechten unter Berufung auf dieses Rechtsinstitut nur abgewichen werden durfte, falls die konkrete Anordnung mit dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses – z. B. der Aufrechterhaltung der Lagerordnung – in Verbindung gebracht werden konnte.

Es fällt auf, dass die zeitgenössische schweizerische Literatur keine allgemeine Theorie zum besonderen Gewaltverhältnis entwickelt hat, sondern das Rechtsinstitut sehr kasuistisch verwendet. So ist selbst in der ersten Monographie zu diesem Thema aus dem Jahre 1955 keine allgemeine Systematik dieses Instituts auszumachen; vielmehr wird in kasuistischer Art eine Übersicht über die Praxis der Geltung einzelner Freiheitsrechte in besonderen

⁵⁴⁰ KÖHL 73ff.

⁵⁴¹ KÖHL 80ff und 95ff.

⁵⁴² BGE 68 I 81ff.

Gewaltverhältnissen geboten⁵⁴³. Der Autor relativiert dabei die Schlussfolgerung des eben zitierten Bundesgerichtsurteils:

«Nicht jedes Erfordernis des besonderen Gewaltverhältnisses darf eine Einschränkung des Freiheitsstatus des Unterworfenen veranlassen. Eine solche sollte erst nach einer sorgfältigen Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen vorgenommen werden.»⁵⁴⁴

Auch FLEINER/GIACOMETTI äussern sich nicht in grundsätzlicher Weise zu diesem Problem. Vielmehr wird einzig anlässlich der Darstellung der Vereinsfreiheit zu diesem Rechtsinstitut ausgeführt:

«Die Möglichkeit zur vollen Ausübung der Vereinsfreiheit kann aber für das Individuum aus besonderen Gründen beschränkt sein. Dies gilt im Falle des Eintritts in ein besonderes öffentlichrechtliches Gewaltverhältnis, das dem Eingetretenen Sonderpflichten über die allgemeinen Bürgerpflichten hinaus auferlegt und ihn darum an der vollen Geltendmachung seiner Freiheitsrechte hindert. So kann z. B. die zuständige Unterrichtsbehörde die Bildung von studentischen Vereinen aus Gründen der akademischen Disziplin beschränken, ohne dass hiergegen der Student den Schutz des Art. 56 der Bundesverfassung anzurufen vermöchte; [...]»⁵⁴⁵

Ohne ausdrücklichen Bezug auf dieses Institut löst BURCKHARDT entsprechende Konflikte:

«Eine Verletzung des Rechts zur Ehe liegt nicht darin, dass die Eheschliessung durch die Erfüllung an sich zulässiger Rechtspflichten tatsächlich verunmöglicht wird. Dass der Militärdienst, die Verhängung von Freiheitsstrafen, die Geschworenenpflicht an sich verfassungsmässige Einrichtungen sind, ist ebenso sicher, als dass sie ohne Beschränkung der persönlichen Freiheit nicht denkbar sind; sind diese Einrichtungen [...] verfassungsmässig, so kann es der damit unvereinbare Anspruch, jederzeit zur Eheschliessung zu schreiten, nicht sein.»⁵⁴⁶

Gemäss zeitgenössischer Praxis und Lehre konnten sich Flüchtlinge im fraglichen Zeitraum nicht auf ihre Freiheitsrechte berufen, soweit – aber nur soweit – deren Ausübung die Erreichung des rechtmässigen Zwecks des besonderen Gewaltverhältnisses, in welchem sie standen, behinderte. In einer solchen freiheitsbeschränkenden Beziehung zum Staat standen sie, soweit sie interniert bzw. sonst in einem Lager untergebracht waren oder Arbeitsdienste zu leisten hatten. Soweit sich Eingriffe in Grundrechte von Flüchtlingen mit dem Lager- oder Dienstzweck rechtfertigen liessen, waren sie rechtmässig, ohne dass auf eine notrechtliche Begründung zurückgegriffen werden musste.

Auch heute noch findet in der Praxis die Rechtsfigur des Sonderstatusverhältnisses im Zusammenhang mit Grundrechtsbeschränkungen Anwendung. So verlangt zwar das Bundesgericht, dass der wesentliche Inhalt dieses Rechtsverhältnisses in einem formellen Gesetz festzuhalten sei; es lässt aber zu, dass die Regelung von Einzelheiten an die Exekutive delegiert werden. Zusätzlich dürfen Freiheitsbeschränkungen nicht weiter gehen, als dies das Sonderstatusverhältnis erfordert⁵⁴⁷.

⁵⁴³ KÖHL 65ff. Ansätze von allgemein anwendbaren Grundsätzen finden sich jedoch a.a.O. 95ff.

⁵⁴⁴ DERS. 102.

⁵⁴⁵ FLEINER /GIACOMETTI 380f.

⁵⁴⁶ BURCKHARDT 499.

⁵⁴⁷ Siehe zum Ganzen beispielsweise HÄFELIN/HALLER (Anm. 478) 374f.

2. Die Eigentumsgarantie

Viele der heute im geschriebenen Verfassungstext verankerten oder vom Bundesgericht als ungeschriebenen anerkannten Grundrechte wurden auf Bundesebene erst nach dem Zweiten Weltkrieg als verfassungsmässige Rechte anerkannt⁵⁴⁸. Dazu gehört auch die Eigentumsgarantie von Art. 22^{ter} BV. Sie wurde erst im Jahre 1969 formell in die Bundesverfassung aufgenommen, war aber bereits im Jahre 1960 vom Bundesgericht als ungeschriebenes Grundrecht der BV anerkannt worden⁵⁴⁹. In der für dieses Gutachten wesentlichen Periode war die Eigentumsfreiheit explizit nur in praktisch allen kantonalen Verfassungen verankert⁵⁵⁰. Verschiedene Indizien weisen allerdings darauf hin, dass dieses Grundrecht im relevanten Zeitraum auf Bundesebene bereits implizit galt: So wurde die Eigentumsgarantie von verschiedenen Autoren als Grundpfeiler der schweizerischen Wirtschafts- und Staatsverfassung vorausgesetzt und deren umfassende Geltung deshalb als Selbstverständlichkeit verstanden, was die Nichtaufnahme dieser Garantie in die Verfassung von 1874 erklären sollte⁵⁵¹. Von einer ähnlichen Grundhaltung schien auch das Bundesgericht in einem frühen Entscheid auszugehen, als es die Geltung dieser Garantie mit naturrechtlichen Argumenten begründete⁵⁵². Dieser Entscheid wird von der Doktrin zwar als singulärer Entscheid eingestuft⁵⁵³, doch gilt es festzuhalten, dass das Bundesgericht diese Garantie in zwei weiteren Entscheiden aus dem 19. Jahrhundert auch als allgemeine Rechtsgrundsätze bezeichnet hat⁵⁵⁴. In späteren Urteilen lassen sich diese Wendungen zwar nicht mehr finden, doch weist die Entwicklung der Rechtsprechung von Beurteilungen, welche sorgfältig auf die unterschiedlichen Wortlaute der Eigentumsgarantie in den kantonalen Verfassungen Rücksicht nehmen⁵⁵⁵, hin zu einer uniformen Beurteilung ungeachtet der im Wortlaut unterschiedlichen Verankerung dieser Garantie⁵⁵⁶ darauf hin, dass diese Garantie zunehmend als gesamtschweizerisch geltendes Rechtsprinzip verstanden wurde. Schliesslich finden sich in der zeitgenössischen Literatur auch Stimmen, welche von der Möglichkeit einer gewohnheitsrechtlichen Geltung der Eigentumsgarantie auf Bundesebene ausgehen⁵⁵⁷ oder die Geltung der Eigentumsgarantie geradezu als Voraussetzung eines Rechtsstaates erklären^{558 559}.

⁵⁴⁸ Vgl. dazu z. B. J.P. MÜLLER, Einleitung zu den Grundrechten, in Kommentar BV, Ziff. 2ff.

⁵⁴⁹ BGE in ZBl 1961, 69ff.

⁵⁵⁰ Mit Ausnahme des Kantons Tessin gewährten alle Kantone der Eigentumsgarantie Verfassungsrang; siehe z. B. BOSSHARDT 3 und BRÜHWILER 77.

⁵⁵¹ FLEINER (Bundesstaatsrecht) 318; RUCK 61 und BOSSHARDT 3.

⁵⁵² BGE 35 I 571; das Gericht hielt fest, die Eigentumsgarantie «découle naturellement de l'état de société».

⁵⁵³ SALADIN 114.

⁵⁵⁴ BGE 17 544ff und 24 II 257ff.

⁵⁵⁵ Siehe vor allem BGE 47 II 497.

⁵⁵⁶ Siehe BGE 74 I 467; dazu auch SALADIN 115.

⁵⁵⁷ BRÜHWILER 97ff; der in Anm. 133 ausdrücklich im Falle der Eigentumsgarantie von einer solchen ungeschriebenen Ausdehnung des Geltungsbereichs spricht.

⁵⁵⁸ BOSSHARDT 3: «Die Eigentumsgarantie ist trotzdem auch für den Kanton Tessin und den Bund geltendes Verfassungsrecht. Das Bundesgericht hat dies schon ausdrücklich festgestellt, mit der Begründung, dass es sich um einen allgemeinen verfassungs- und rechtsstaatlichen Grundsatz handle. An dieser Rechtsauffassung, deren Richtigkeit im Rechtsstaat nicht bezweifelt werden kann, ist mit allen aus ihr sich ergebenden Folgen festzuhalten.»

Dies sind alles wichtige Hinweise darauf, dass die Eigentumsgarantie im fraglichen Zeitraum wenigstens implizit bereits auf Bundesebene galt. Die Praxis des Bundesgerichtes und die behördlichen Stellungnahmen sind aber zu wenig gefestigt, um das Verhalten der Bundesbehörden gegenüber Flüchtlingen juristisch stringent an der Eigentumsgarantie der Bundesverfassung messen zu können. Wie unten⁵⁶⁰ zu zeigen ist, lässt sich die Geltung der Eigentumsgarantie zumindest für einen grossen Teil der Flüchtlinge überzeugender aus dem Völkerrecht ableiten.

3. Die Rechtsgleichheit

Keine Probleme hinsichtlich der bundesrechtlichen Geltung stellen sich für die Garantie der Rechtsgleichheit von Art. 4 BV⁵⁶¹, einer Norm, die bereits in der ursprünglichen Verfassung von 1874 zu finden war. Da der konkrete Inhalt dieser Garantie aber Resultat einer überaus reichen, rechtsschöpferischen und evolutiven Praxis des Bundesgerichtes ist, muss der Umfang dieses Rechts für den hier relevanten Zeitraum näher betrachtet werden.

Die Literatur der zwanziger Jahre betonte, dass dieses Grundrecht neben dem Anspruch auf Gleichheit in der Ausübung der politischen Rechte⁵⁶² einen Anspruch auf *Gleichheit in der Gesetzgebung* beinhalte, wobei die steuerrechtliche Gesetzgebung im Vordergrund stand. Verletzt wurde der Anspruch auf rechtsgleiche Gesetze, wenn die getroffenen Unterscheidungen sachlich nicht gerechtfertigt werden konnten, mithin willkürlich waren; das Verbot der Ungleichbehandlung fiel damit im wesentlichen mit dem Willkürverbot zusammen⁵⁶³. Darüber hinaus wurde anerkannt, dass das Gebot der *Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung* bei willkürlicher Anwendung von Gesetzen verletzt werde⁵⁶⁴. Ein Autor ging gar von einer vollkommenen Identität zwischen den Konzepten von Rechtsgleichheit und Willkür unabhängig vom Anwendungsbereich aus⁵⁶⁵.

Eine ähnliche Meinung vertrat auch BURCKHARDT in seinem Kommentar aus dem Jahre 1930: Demnach begeht die rechtsanwendende Behörde nur dann eine formelle Rechtsungleichbe-

⁵⁵⁹ Ein weiteres Argument findet sich bei BOSSHARDT 4, wonach die bundesrechtliche Geltung der Eigentumsgarantie indirekt auch durch die Regelung des damaligen Art. 23 BV nahegelegt wird, welcher das Recht zur Vornahme von Enteignungen vorsah.

⁵⁶⁰ Siehe hinten 2. Teil B.II.3.b und 2. Teil B.II.4.c.

⁵⁶¹ Gemäss heutiger Rechtslage Art. 4 Abs. 1 BV.

⁵⁶² MEYER 90ff.

⁵⁶³ Vgl. z. B. MEYER 93: «Vorab sei die Frage gestellt, ob Steuerprivilegien und -exemption als zulässig zu betrachten seien. Diese wurden von den Gerichten für vereinbar mit Art. 4 erklärt, falls sie sich nicht aus freier Laune und Willkür, sondern aus objektiven Gründen rechtfertigen.»

⁵⁶⁴ A.a.O. 96.

⁵⁶⁵ FÜRER 69: «Bei dieser erstaunlichen Übereinstimmung der Resultate wird es uns möglich, mit mathematischer Genauigkeit überall für den Begriff Rechtsgleichheitsverletzung den Begriff Willkür einzusetzen. Die Identität ist derart in die Augen springend, dass es keines weiteren Beweises mehr bedarf.»

handlung, falls ihre Entscheidpraxis in vergleichbaren Sachverhalten als willkürlich⁵⁶⁶ eingestuft werden muss:

«Wenn sich keine der Auslegungen als willkürlich darstellt, dürfte, streng genommen, keine wegen Verletzung des Art. 4 BV aufgehoben werden; wenn aber die Unbeständigkeit derart ist, dass sie das Gefühl willkürlicher Rechtsprechung hervorrufen muss, so muss ihr die zuständige Bundesbehörde ein Ende machen.»⁵⁶⁷

FLEINER/GIACOMETTI beurteilten den Inhalt dieses Grundrechts in leicht abweichender Art. Danach verlangt Art. 4 BV vom Gesetzgeber neben der Gleichheit im demokratischen Sinn primär Gleichheit in der Ausübung der Freiheit. Dies bedeutet, «dass die in der Bundesverfassung [...] gewährleisteten Freiheitsrechte jedermann in gleicher Weise zustehen»⁵⁶⁸. Das heisst nichts anderes, als dass die Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung den Gesetzgeber nur verpflichtet, in Bereichen, die durch Freiheitsrechte geschützt sind, rechtsgleich zu legislieren, d. h. freiheitsbeschränkende Gesetzgebung für alle Normadressaten rechtsgleich auszugestalten⁵⁶⁹. Rechtsanwendenden Behörden hingegen gebietet dieses Grundrecht, nichts «zu tun, was sich nicht irgendwie begründen, rechtfertigen lässt»⁵⁷⁰ und damit willkürlich erscheint^{571 572}.

Somit kann der klare Schluss gezogen werden, dass zur Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg der Gehalt der Garantie der Rechtsgleichheit im wesentlichen mit dem *Willkürverbot* zusammenfiel. Rechtsungleich war damit nicht jede fehlerhafte unrichtige Behandlung, sondern bloss die krass fehlerhafte, welche sich durch keinerlei sachliche Gründe rechtfertigen liess. Dieser Eingengung steht allerdings ein weiter persönlicher Geltungsbereich gegenüber. Entgegen dem Wortlaut von Art. 4, welcher die Gleichheit der «Schweizer» vor dem Gesetze stipuliert, sind

⁵⁶⁶ Gestützt auf die zeitgenössische Bundesgerichtspraxis umschreibt BURCKHARDT 31 in seinem Kommentar der BV den Willkürbegriff folgendermassen: «Ein Rechtssatz wird namentlich dann als bloss unrichtig erscheinen, wenn er die in sein Geltungsgebiet gehörenden Fälle nach einem nicht ganz zutreffenden Merkmal charakterisiert derart, dass er etwas zu viel oder etwas zu wenig umfasst. Demgegenüber erscheint als willkürlich der Rechtssatz, der nach einem durchaus oder doch in der Hauptsache unrichtigen Merkmal unterscheidet. Es ist sicher, dass eine Gesetzesbestimmung, die an Willkürlichkeit, wie sie eben charakterisiert wurde, leidet, dem verfassungsmässigen Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz nicht entspricht. [...] Wenn die Anwendung positiver Rechtsvorschriften angefochten wird, ist zu prüfen, ob die Einzelentscheidung so weit vom geltenden Rechtssatz abweicht, dass sie als eine Verletzung der Rechtsgleichheit, als ein Akt der Willkür erscheine; [...] Sicher ist, dass zur verfassungswidrigen Willkür die bloss Unrichtigkeit der Entscheidung nicht genügt; weil ein Entscheid dem anwendbaren Rechte oder dem vorliegenden Tatbestand nicht entspricht, verstösst er noch nicht gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit, [...]. Die angefochtene Entscheidung muss nicht bloss unrichtig, sondern geradezu willkürlich sein» (a.a.O. 33).

⁵⁶⁷ BURCKHARDT 27. Der Gesetzgeber verletzt demgegenüber die Rechtsgleichheit, «wenn er eine von ihm aufgestellte allg. Regel in *einem* Fall ausnahmsweise aufhebt, ohne jedoch jene Regel wieder grundsätzlich und generell durch eine besondere einzuschränken, auf die sich jedermann berufen könnte» (a.a.O. 28). Siehe auch die Aussage auf S. 34 («Dass der Grundsatz der Rechtsgleichheit, d. h. das Verbot der Willkür, allg. für die ganze Rechtsordnung und die gesamte staatliche Tätigkeit gilt, ist selbstverständlich») und die Übersicht über die Praxis des Bundesgerichts *ibid.* 40ff, die weitere Belege für eine Gleichsetzung der Begriffe von Rechtsungleichheit und Willkür liefert.

⁵⁶⁸ FLEINER/GIACOMETTI 404f.

⁵⁶⁹ A.a.O. 405.

⁵⁷⁰ A.a.O. 408.

⁵⁷¹ Vgl. auch die Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts a.a.O. 411ff und besonders 413 Anm. 21.

⁵⁷² Leicht modifiziert wird diese Einstufung an anderer Stelle (a.a.O. 884), wo das Rechtsgleichheitsgebot grundsätzlich als akzessorische Garantie, d. h. als nur in Verbindung mit Freiheitsrechten geltendes Recht, qualifiziert wird, während der unabhängige Teilgehalt mit dem Willkürverbot zusammenfällt: «Ein verfassungsmässiges Recht bildet sodann nach der Praxis des Bundesgerichtes über seine Verbindung mit den politischen Rechten hinaus das Prinzip der Rechtsgleichheit gemäss Art. 4 BV im Sinne eines Willkürverbotes.»

sich zeitgenössische Literatur⁵⁷³ und Praxis⁵⁷⁴ einig, dass diese Garantie für alle Menschen unabhängig von Nationalität und Geschlecht gilt.

Ansätze zu einem Diskriminierungsverbot im Sinne des Verbotes einer Benachteiligung wegen Zugehörigkeit zu einer Rasse oder Religion der Betroffenen finden sich in der zeitgenössischen Praxis und Doktrin zu Art. 4 BV keine.

4. Persönliche Freiheit und andere relevante Grundrechte

Auch die persönliche Freiheit wurde vom Bundesgericht – zuerst als Garantie der körperlichen Bewegungsfreiheit, später auch als Garantie der physischen und psychischen Integrität – erst Jahrzehnte nach der hier relevanten Zeitperiode als ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung anerkannt⁵⁷⁵. Allerdings entsprach dieses zentrale Grundrecht schon zur Zeit unmittelbar vor dem Zweiten Weltkrieg einer breiten verfassungsrechtlichen Realität in den meisten Kantonen⁵⁷⁶. Private konnten sich gegenüber kantonalen Behörden, nicht jedoch gegenüber dem Bund auf dieses Grundrecht berufen. Solche Forderungen wurden allerdings von der zeitgenössischen Lehre gerade wegen des Vollmachtenregimes⁵⁷⁷ erhoben. FLEINER/GIACOMETTI führten aus:

«Hingegen unterliess sie [die BV von 1874], auch solche Freiheitsrechte zu garantieren, die sich in den Kantonen in der Hauptsache bereits durchgesetzt hatten, wie die persönliche Freiheit und das Hausrecht. Diese letzten Individualrechte hat die Bundesverfassung wohl auch aus dem Grund nicht gewährleistet, weil damals deren Beeinträchtigung durch die Bundesgewalt praktisch kaum in Frage kam. Die Lage erscheint allerdings gegenwärtig angesichts des immer grösser werdenden Bundesbereichs [...] wesentlich anders. Auch die Eidgenossenschaft kann heute solche Freiheitsrechte verletzen, die nur in den Kantonsverfassungen gewährleistet sind. Wie nun die Bundesverfassung stillschweigende Bundeskompetenzen enthält, hat sie auch stillschweigende Gewährleistungen von Freiheitsrechten zum Inhalt. Aus dem Sinn des Freiheitskataloges der Bundesverfassung als eines liberalen Wertesystems lässt sich nämlich folgern, dass die Bundesverfassung jede individuelle Freiheit, die praktisch wird, d. h. durch die Staatsgewalt gefährdet ist, garantiert und nicht allein die in der Verfassung ausdrücklich aufgezählten Freiheitsrechte.»⁵⁷⁸

Allerdings behaupten auch diese Autoren nicht, dies sei bereits geltende Rechtspraxis gewesen⁵⁷⁹. Beschränkungen der Bewegungsfreiheit von Flüchtlingen durch Bundesbehörden lassen

⁵⁷³ BURCKHARDT 34; FLEINER/GIACOMETTI 412; FÜRER 9; MEYER 79ff; FEHLIN 117ff.

⁵⁷⁴ Für die Geltung dieses Grundrechts unabhängig vom Geschlecht siehe z. B. bereits BGE 40 I 142, für die Anwendung auf Personen ausländischer Nationalität vgl. z. B. BGE 38 I 41; 50 I 157: «Das BG, bei dem Cairatit wegen Verletzung von Art. 4 BV [...] staatsrechtlichen Rekurs erhob, hat diesen in der Hauptsache abgewiesen [...]. Für den Erlass des angefochtenen Verbotes hat die Eigenschaft des Rekurrenten als Ausländer keinerlei Rolle gespielt. Es wäre nach den zu Grunde liegenden Motiven nicht anders ausgefallen, wenn der Träger des Diploms, auf das sich der Rekurrent [...] stützt, ein in Zürich niedergelassener Bürger eines anderen Kantons oder ein zürcherischer Kantonsbürger gewesen wäre.»

⁵⁷⁵ BGE 89 I 98ff.

⁵⁷⁶ FLEINER/GIACOMETTI 883; SPOENDLIN 16ff; siehe auch die umfangreiche Praxis des Bundesgerichts zu den Garantien der persönlichen Freiheit in den Kantonsverfassungen in BURCKHARDT 782.

⁵⁷⁷ Es erstaunt nicht, dass die Forderung nach einer Geltung der kantonalen Freiheitsrechte auf Bundesebene zu einem Zeitpunkt erhoben wurde, als infolge des Notrechtes eine massive Kompetenzverschiebung von den Kantonen zum Bund bereits stattgefunden hatte.

⁵⁷⁸ FLEINER/GIACOMETTI 241f. Dieselbe Meinung wurde auch von SPOENDLIN 52ff vertreten.

⁵⁷⁹ Eine Geltung auf Bundesebene lehnte BRÜHWILER 93ff ausdrücklich ab.

sich deshalb gemäss damaliger Rechtslage kaum am Grundrecht der persönlichen Freiheit messen. Auch bei einer weniger restriktiven Betrachtungsweise gälte es zu beachten, dass das Bundesgericht Beschränkungen der kantonalen Garantien der persönlichen Freiheiten in diesem Zeitraum stets billigte, falls sich diese auf eine gesetzliche Grundlage stützen konnten⁵⁸⁰.

Klarerweise gegeben war demgegenüber im fraglichen Zeitraum eine bundesverfassungsrechtliche Verankerung der Glaubens- und Gewissens- sowie der Kultusfreiheit, welche bereits damals in den Art. 49 und 50 eine formelle Grundlage auf der Ebene der Bundesverfassung besaßen⁵⁸¹; gleiches gilt für die Ehefreiheit (Art. 54 BV).

II. Schutz aus Völkerrecht

1. Einleitung

Der insgesamt schwache Grundrechtsschutz auf Bundesebene für Flüchtlinge und Internierte wird teilweise durch die Tatsache kompensiert, dass völkerrechtliche Normen Schutz gewährten:

- Auf geflüchtete Militärpersonen kriegführender Nationen waren gewisse Garantien des humanitären Völkerrechts anwendbar (Ziff. 2).
- Bilaterale Niederlassungsverträge mit wichtigen Herkunftsstaaten von Flüchtlingen galten teilweise auch in Kriegszeiten (Ziff. 3).
- Subsidiär hatte die Schweiz die gewohnheitsrechtlich geltenden Regeln des sog. Fremdenrechts zu beachten, welche v.a. im Bereich des Eigentumsschutzes minimale Garantien für alle Ausländer aufstellten (Ziff. 4).

Menschenrechtsgarantien existierten im fraglichen Zeitraum noch keine⁵⁸². Der Völkerbund, welcher im Anschluß an den Ersten Weltkrieg unter dem Leitgedanken «Nie wieder Krieg!» gegründet worden war, konnte sich nicht dazu durchringen, in seiner Satzung die Idee der Menschenrechte zu verankern. Der Vorschlag des amerikanischen Präsidenten Wilson, die Wahrung der religiösen Freiheit und die Nichtdiskriminierung der nationalen und religiösen Minderheiten ausdrücklich zu verankern, wurde von ihm zurückgezogen, als Japan eine Ausdehnung auf den Schutz rassischer Minderheiten forderte⁵⁸³. Hingegen gelang es, wenigstens punktuell einen völkerrechtlichen *Minderheitenschutz* zu etablieren. Die im Gefolge des Untergangs des Osmanischen Reichs und der österreichisch-ungarischen Doppelmonarchie gebildeten neuen Staaten Zentral- und Osteuropas wurden einem völkerrechtlichen Minderheiten-

⁵⁸⁰ SALADIN 92.

⁵⁸¹ Siehe zu diesem Freiheitsrecht z. B. BURCKHARDT 436ff und BRÜHWILER 24ff.

⁵⁸² Die folgenden Absätze stammen aus KÄLIN (Anm. 505) 8ff.

⁵⁸³ JAN HERMAN BURGERS, The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century, Human Rights Quarterly 1992, 449.

system⁵⁸⁴ unterworfen: Die Friedensverträge mit Österreich, Bulgarien, Ungarn und der Türkei, spezielle Vereinbarungen mit der Tschechoslowakei, Griechenland, Polen, Rumänien und Jugoslawien und die einseitigen Erklärungen von Albanien, Finnland und der baltischen Staaten anlässlich der Aufnahme in den Völkerbund enthielten Garantien zugunsten bestimmter Minderheiten, v.a. in der Form von Verpflichtungen zum vollen Schutz von Leib und Leben, der freien Religionsausübung sowie von Diskriminierungsverboten und gewissen Sprachengarantien. Um eigentliche Menschenrechtsgarantien handelte es sich allerdings nicht:

- Es wurden keinerlei individuelle Rechte gewährt, sondern nur staatliche Verpflichtungen gegenüber dem Völkerbund statuiert. Diese Verpflichtungen bezogen sich zudem nicht auf Individuen, sondern auf Minderheiten als Kollektive. Gemildert wurde diese konzeptionelle Schwäche allerdings durch die Möglichkeit betroffener Individuen, mittels Petition an den Völkerbund zu gelangen.
- Wer nicht einer ausdrücklich geschützten Minderheit angehörte, blieb ganz ohne Schutz. So akzeptierte der Völkerbund beispielsweise in der Affäre Franz Bernheim ohne weiteres das Argument des Deutschen Reiches, die Anwendung der deutschen Rassengesetze gegenüber Juden in Oberschlesien falle in den Bereich der jeder internationalen Kritik entzogenen «inneren Angelegenheiten»⁵⁸⁵.
- Schliesslich waren diese Verpflichtungen nicht universell, sondern sie banden nur die betroffenen Staaten. Begründet wurde dies mit dem Hinweis darauf, dass die neuen Staaten als solche nur anerkannt werden könnten, wenn sie auf innere Unterdrückung gegenüber Minderheiten verzichten würden; ohne solche Garantien, befürchtete man, sei der Friede nicht gesichert. Hinzu kam die fehlende Bereitschaft der Siegermächte des Ersten Weltkrieges, sich selbst einer internationalen Kontrolle zu unterstellen.

Erst der nationalsozialistische Terror und die Schrecken des Zweiten Weltkrieges brachten die Wende. In der Atlantik-Charta der Alliierten Mächte vom 24. September 1941 wurde ein Bekenntnis zur Idee abgelegt, «daß alle Menschen in allen Ländern der Welt ihr Leben frei von Furcht und Mangel leben können». Dieser Text reflektierte die Idee der vier Freiheiten – Meinungsäusserungsfreiheit, Religionsfreiheit, Freiheit von Not und Freiheit von Furcht –, welche der amerikanische Präsident Roosevelt im Januar des gleichen Jahres als Grundlage einer neuen Weltordnung verkündet hatte⁵⁸⁶. Um eine juristisch verbindliche Normierung handelte es sich dabei allerdings ebensowenig wie bei der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, welche die Generalversammlung der UNO am 10. Dezember 1948

⁵⁸⁴ Hierzu und zum folgenden FELIX ERMACORA, *Menschenrechte in einer sich wandelnden Welt*, Bd. I, Wien 1974, 353ff; BURGERS (Anm. 583) 449ff; ANDRÉ N. MANDELSTAM, *Der internationale Schutz der Menschenrechte und die New Yorker Erklärung des Instituts für Völkerrecht*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1931, 346ff.

⁵⁸⁵ ERMACORA (Anm. 584) 356.

⁵⁸⁶ Dazu ausführlich BURGERS (Anm. 583) 468ff.

verabschiedete. Echte Menschenrechte auf zwischenstaatlicher Ebene wurden erstmals mit der Europäischen Konvention für Menschenrechte von 1950 und den nachfolgenden Menschenrechtskonventionen der UNO geschaffen.

2. Schutz aus humanitärem Völkerrecht?

a) Das Haager Abkommen vom 18. Oktober 1907 betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges⁵⁸⁷

Flüchtlinge in der Schweiz konnten sich somit nicht auf Menschenrechte berufen. Garantien zugunsten des Individuums gab es aber damals teilweise im humanitären Völkerrecht. Dieser Zweig des Völkerrechts ist während bewaffneter Auseinandersetzungen anwendbar; es enthält hauptsächlich Regelungen zur Linderung des Leidens von Personen, die nicht oder nicht mehr am Kampfgeschehen teilnehmen, und verpönt besonders grausame Mittel und Methoden der Kriegsführung. Dieser Zweig des Völkerrechts enthält zumindest in seiner heutigen Ausgestaltung teilweise detaillierte Regelungen über die Internierung von Zivilpersonen und die Haft von Kriegsgefangenen. Die vier sogenannten Genfer Konventionen⁵⁸⁸, welche heute den Kern dieses Rechtsgebietes bilden, stammen allerdings erst aus dem Jahre 1949 und sind deshalb für diese Untersuchung nicht relevant. Hingegen hatte die Schweiz im Zweiten Weltkrieg das Haager Abkommen vom 18. Oktober 1907 betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges direkt zu beachten⁵⁸⁹. Deshalb sind die materiellen Bestimmungen von Kapitel II dieses Vertrages⁵⁹⁰ mit dem Titel «bei Neutralen untergebrachte Angehörige einer Kriegsmacht und in Pflege befindliche Verwundete» näher zu prüfen. Dieses Kapitel regelt die rechtlichen Verpflichtungen neutraler Staaten gegenüber verschiedenen Personenkategorien in unterschiedlicher Weise:

- Für *Kriegsgefangene*, welchen die Flucht aus dem Gebiet einer Kriegspartei in einen neutralen Staat gelungen ist, bestimmt Art. 13:

«Die neutrale Macht, die entwichene Kriegsgefangene bei sich aufnimmt, wird diese in Freiheit lassen. Wenn sie ihnen gestattet, auf ihrem Gebiete zu verweilen, so kann sie ihnen den Aufenthaltsort zuweisen. [...]»

Diese Bestimmung des Abkommens stellt also den Grundsatz auf, dass zwar keine Verpflichtung besteht, diese Personen einreisen zu lassen; falls sie einreisen dürfen, müssen sie in Freiheit belassen werden, ihnen darf aber allenfalls ein bestimmter Aufenthaltsort zugewiesen werden⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ SR 0.515.21.

⁵⁸⁸ So insbesondere die Genfer Konventionen III über die Behandlung der Kriegsgefangenen und IV über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten.

⁵⁸⁹ Siehe die Eingangsformel dieses Vertrages sowie WYSS 53ff und STEINER 37f.

⁵⁹⁰ Art. 11–15.

⁵⁹¹ Dazu ausführlich WYSS 37 und auch OPPENHEIM 459 und VON WALDKIRCH (Völkerrecht) 375.

- Diese Bestimmung gilt kraft klarem Wortlaut ausschliesslich für entflohenen Kriegsgefangene, d. h. Kombattanten eines kriegführenden Staates, die von der gegnerischen Partei festgenommen wurden, und nicht für *flüchtende Zivilisten*. Aus Art. 13 lässt sich somit kein Verbot der Internierung von Zivilisten ableiten, welche vor Kampfhandlungen fliehen. Allerdings anerkennt die von WYSS⁵⁹² aufgearbeitete zeitgenössische Literatur eine gewisse Nähe und Verwandtschaft der Situation von geflüchteten Militärpersonen zu derjenigen von Zivilflüchtlingen. Trotzdem lässt sich diese Regelung kaum analog auf Zivilisten anwenden, die aus Kampfgebieten in einen neutralen Staat geflohen sind. Bereits die Systematik dieses Abkommens macht deutlich, dass die Motivation nichtneutraler Staaten zur Ratifikation des Vertrages darin lag, im Gegenzug zu einer Anerkennung der Rechte der neutralen Staaten⁵⁹³ die Rechtsstellung ihrer eigenen Soldaten bei einer Flucht in den Drittstaat zu verbessern. Eine solche Motivation bestand bezüglich der flüchtenden Zivilbevölkerung nicht. Den Interessen der neutralen Staaten diene Art. 13 insofern, als sie «von der lästigen Internierungspflicht [...] befreit» wurden⁵⁹⁴, wie sie für übertretende Truppenteile galt, die vor dem Feind flohen, bevor sie in dessen Gefangenschaft gerieten. Es lässt sich nicht vorstellen, dass neutrale Aufnahmestaaten auf die Möglichkeit verzichten wollten, für Zivilflüchtlinge bei Notwendigkeit – z. B. bei Massenfluchtsituationen – zum Instrument der Internierung greifen zu können. Zusammenfassend lässt sich deshalb aus der Bestimmung von Art. 13 dieses Abkommens kein Argument zugunsten einer völkerrechtlichen Ächtung der Internierung von Zivilflüchtlingen entnehmen.
- Für andere Militärangehörige aus kriegführenden Staaten sieht die Konvention ein Internierungsrecht des neutralen Staates vor. Art. 11 bestimmt:

«Die neutrale Macht, auf deren Gebiet Truppen der kriegführenden Heere übertreten, muss sie möglichst weit vom Kriegsschauplatz unterbringen.

Sie kann sie in Lagern verwahren und sie auch in Festungen oder in anderen zu diesem Zwecke geeigneten Orten einschliessen.

Es hängt von ihrer Entscheidung ab, ob Offiziere, die sich auf Ehrenwort verpflichten, das neutrale Gebiet nicht ohne Erlaubnis zu verlassen, freigelassen werden können.»

Der neutrale Staat hat Personen gemäss Art. 12 des Abkommens – falls er ihnen den Grenzübertritt erlaubt, wozu er jedoch gemäss diesem Vertrag nicht verpflichtet ist⁵⁹⁵ – mit den notwendigen Subsistenzgütern wie Nahrung, Kleidung und anderen Hilfsmitteln aus-

⁵⁹² WYSS 37–52.

⁵⁹³ Siehe z. B. Art. 1: «Das Gebiet der neutralen Mächte ist unverletzlich.»

⁵⁹⁴ MAX HUBER, *Das Neutralitätsrecht in seiner neuesten Gestaltung*, Zürich 1907, 22, zitiert nach WYSS 39.

⁵⁹⁵ OPPENHEIM 459: «A neutral may grant asylum to single soldiers of belligerents who take refuge on his territory, although he need not to do so, but may at once send him back.» Diese Rechtslage ändert sich auch nicht, falls ganze Truppenkörper um Aufnahme ersuchen. Siehe DERS. 460: «On occasions during war large bodies of troops, or even a whole army, are obliged to cross the neutral frontier for the purpose of escaping captivity. A neutral need not to permit this, and may repulse them on the spot; but he may grant asylum.»

zustatten, wenn er sie interniert⁵⁹⁶. Im Vergleich zu den zeitgenössischen Bestimmungen über die Behandlung von Kriegsgefangenen durch eine kriegführende Partei⁵⁹⁷ zeichnet sich diese Norm dadurch aus, dass sie in wenig detaillierter Form nur Minimalverpflichtungen stipuliert. Grund dafür ist wohl die Tatsache, dass im Zentrum von Art. 11 und 12 nicht so sehr die Unterbringung und Versorgung dieser Personen steht, sondern das Anliegen, dass diese Militärangehörigen nicht wieder die Grenze zum Kampfgebiet überschreiten und damit erneut in das Kriegsgeschehen eingreifen können⁵⁹⁸.

b) Das Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges von 1907⁵⁹⁹

Dieser Vertrag und seine Anlage⁶⁰⁰ stellt eine Weiterentwicklung des gleichnamigen Haager Übereinkommens von 1899⁶⁰¹ dar, das zwischen den Parteien, die nicht zugleich Parteien des Vertrages von 1907 sind, immer noch in Geltung steht und auch unter den gleichen Voraussetzungen Anwendung findet⁶⁰². Art. 2 dieses Vertrages bestimmt, dass er auf die Beziehung zwischen *kriegführenden* Vertragsmächten Anwendung finde, falls sie alle den Vertrag ratifiziert haben. Da die Schweiz im Zweiten Weltkrieg nicht Kriegspartei war, konnten ihr aus diesem Vertragswerk keine völkerrechtlichen Verpflichtungen erwachsen. Eine analoge Anwendung von materiellen Prinzipien dieses Vertrages ist für die Flüchtlingsproblematik schon deshalb ausgeschlossen, weil die einzig relevanten Garantien jene über die Behandlung von Kriegsgefangenen⁶⁰³ sind, diese aber nicht hier, sondern in der Kriegsgefangenenkonvention von 1929 ihre Weiterentwicklung fanden, weshalb die entsprechenden Bestimmungen dieses Vertrages ihre praktische Bedeutung verloren⁶⁰⁴.

⁵⁹⁶ Art. 12 lautet: «In Ermangelung einer besonderen Vereinbarung hat die neutrale Macht den bei ihr untergebrachten Personen Nahrung, Kleidung und die durch die Menschlichkeit gebotenen Hilfsmittel zu gewähren. Die durch die Unterbringung verursachten Kosten sind nach dem Friedensschluss zu ersetzen.» Aus der englischen Version dieses Artikels wird deutlich, dass sich die Wendung «bei ihm untergebrachte Personen» auf internierte Personen («the interned») bezieht. Siehe dazu OPPENHEIM 461.

⁵⁹⁷ Haager Konvention von 1907 über die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges und die diesen Vertrag ersetzende Kriegsgefangenenkonvention von 1929.

⁵⁹⁸ Siehe dazu auch OPPENHEIM 461f.

⁵⁹⁹ SR 0.515.112.

⁶⁰⁰ SR 0.515.112.

⁶⁰¹ SR 0.515.111.

⁶⁰² Art. 4 des Abkommens von 1907. Im Unterschied zum Abkommen von 1907 enthält jedoch dasjenige von 1899 zusätzliche Bestimmungen über die Verpflichtung neutraler Staaten zur menschlichen Behandlung von Kriegsgefangenen und Internierten (Art. 57–59 des Anhangs zum Vertrag von 1899). Diese Diskrepanz rührt daher, dass diese Bestimmungen nicht wie die übrigen Bestimmungen dieses Vertrages in die Landkriegsordnung von 1907, sondern in identischer Form in das eben dargestellte Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges übernommen wurden.

⁶⁰³ Art. 4ff der Anlage zum Abkommen von 1907.

⁶⁰⁴ Art. 89 des Kriegsgefangenenabkommens von 1929. Andauernde Anwendung fand es hingegen, falls ein Staat zwar die Landkriegsordnung von 1907, nicht jedoch das Kriegsgefangenenabkommen von 1929 ratifiziert hat, d. h. z. B. zwischen der Sowjetunion und Deutschland. Siehe dazu auch die Übersicht bei WYSS 10f.

c) Die Konvention über die Behandlung der Kriegsgefangenen von 1929⁶⁰⁵

Dieser Vertrag stellt, wie eben erwähnt, eine Weiterentwicklung der Landkriegsordnung von 1907 für die Spezialproblematik der Kriegsgefangenen dar, welche Erfahrungen des Ersten Weltkrieges reflektiert. Er war für die Schweiz während des Zweiten Weltkriegs ebenfalls nicht relevant, da auch er nur für das Verhältnis zwischen Kriegsparteien galt⁶⁰⁶. Trotzdem verdienen seine materiellen Bestimmungen eine kurze Betrachtung, da sie eine während des Zweiten Weltkrieges geltende Auslegeordnung menschenwürdiger Haftbedingungen für Personen darstellen, deren Bewegungsfreiheit vom Staat nicht als Sanktion eines strafrechtlichen Delikts, sondern aus anderen Gründen eingeschränkt wurde. Allerdings beruhen die teilweise detaillierten Regelungen zugunsten von Kriegsgefangenen weitgehend auf dem Grundsatz der Reziprozität⁶⁰⁷, was bei der analogen Anwendung auf einen nichtreziproken Sachverhalt, wie ihn die Aufnahme und Internierung von Flüchtlingen darstellt, eine gewisse Zurückhaltung nahelegt. Sinn macht die analoge Anwendung insofern, als eine Behandlung, welche gegenüber Kriegsgefangenen erlaubt war, für internierte Zivilisten kaum als rechtswidrig eingestuft werden kann.

Es würde den Rahmen dieses Gutachtens bei weitem sprengen, auf alle in den Artikeln 10 bis 80 der Konvention enthaltenen Regelungen über die Ausgestaltung der Kriegsgefangenschaft einzugehen. Wesentlich für die vorliegende Fragestellung erscheint aber, dass in dieser Kodifikation detaillierte Anforderungen an die Unterkunft, an Kleidungs- und Nahrungsmittelversorgung und an die Hygienevorschriften in den Lagern aufgestellt werden, die sich regelmässig an der Quantität und Qualität der Subsistenzgüter messen, welche den Reservetruppen der eigenen Armee zur Verfügung gestellt wurden⁶⁰⁸. In den folgenden Bestimmungen finden sich teilweise sehr detaillierte Bestimmungen bezüglich der Freizeitgestaltung (Art. 17), der Religionsfreiheit (Art. 16), der zulässigen Arbeit für Kriegsgefangene (Art. 27–34)⁶⁰⁹, des Kontaktes mit der Aussenwelt (Art. 35–41) und schliesslich bezüglich den Anforderungen an ein zulässiges Disziplinar- und Sanktionssystem (Art. 45–67).

⁶⁰⁵ SR 0.518.41. Der Text findet sich nicht in der SR, aber z. B. in DIETRICH SCHINDLER/JIRI TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts – A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Leiden/Geneva 1973, 261ff.

⁶⁰⁶ Art. 1 Abkommen von 1929.

⁶⁰⁷ Der Grundsatz der Reziprozität, eine der tragenden Säulen des humanitären Völkerrechts in seiner klassischen Form, geht davon aus, dass sich ein Staat nur zu relativ weitgehenden Prinzipien zugunsten des Feindstaates bzw. dessen Staatsangehörigen verpflichten lässt, weil er weiss, dass diese Verpflichtung wiederum Voraussetzung einer ebensolchen reziproken Verpflichtung der gegnerischen Partei zugunsten seiner eigenen Staatsangehörigen ist. Folgerichtig schützt das traditionelle humanitäre Völkerrecht – anders als die Menschenrechte – grundsätzlich nur Personen fremder Staatsangehörigkeit. Auf diesem Prinzip gründet die bis heute geltende Privilegierung der Angehörigen einer staatlichen Armee, welche als Kombattanten (unter Vorbehalt der Verfolgung für Kriegsverbrechen etc.) für während des Krieges begangene Taten nicht zur Verantwortung gezogen werden können und im Falle der Gefangennahme den privilegierten Kriegsgefangenenstatus besitzen.

⁶⁰⁸ Art. 10–15 Abkommen von 1929. So z. B. Art. 11: «The food ration of prisoners of war shall be equivalent in quantity and quality to that of the depot troops. Prisoners shall also be afforded the means of preparing for themselves such additional articles of food as they may possess. Sufficient drinking water shall be supplied to them. The use of tobacco shall be authorized. Prisoners may be employed in the kitchens. All collective disciplinary measures affecting food are prohibited.»

⁶⁰⁹ Art. 27–34. Von Bedeutung erscheint insbesondere das in Art. 32 explizit kodifizierte Verbot der ungesunden oder gefährlichen Arbeit.

d) Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Schweiz

- entflozene Kriegsgefangene nicht internieren, ihnen aber einen Aufenthaltsort zuweisen durfte;
- in die Schweiz geflohene oder abgedrängte Truppenteile oder einzelne Angehörige kriegsführender Staaten internieren durfte und mit minimalen Subsistenzgütern (Nahrung, Kleidung etc.) ausstatten musste;
- mangels entsprechender völkerrechtlicher Regeln an keine vertragliche Verpflichtung gebunden war, welche die Internierung ziviler Flüchtlinge verboten hätte.

Die – nicht direkt anwendbaren – Bestimmungen über Kriegsgefangene zeigen allerdings, dass in der fraglichen Zeitspanne Einigkeit darüber bestand, dass im Krieg auch internierte Personen nach den Grundsätzen minimaler Menschlichkeit behandelt werden mussten. Dieser Grundgedanke findet sich ausdrücklich in der sogenannten *Martensklausele*: Sie fand erstmals in der Präambel der Haager Landkriegsordnung 1907 Aufnahme in einen völkerrechtlichen Vertrag und bestimmt, dass während Kriegszeiten alle Personen auch dann nach den Grundsätzen der Menschlichkeit zu behandeln sind, wenn ihre Rechte durch keine Bestimmung des humanitären Völkerrechts explizit geschützt sind⁶¹⁰. Der Inhalt dieser nicht zu unterschreitenden Minimalgarantien lässt sich – wie z. B. die Verpflichtung der Behörden zur Leistung einer genügenden Grundversorgung mit Lebensmitteln – aus den zentralen materiellen Bestimmungen der besprochenen Verträge entnehmen. Zusammenfassend gilt deshalb, dass die Schweiz während des Zweiten Weltkrieges kraft Völkerrechts verpflichtet war, hinsichtlich der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ein minimales Leistungsniveau zu gewährleisten, das zumindest ein menschenwürdiges Leben ermöglichte.

3. Schutz aus bilateralen Niederlassungsverträgen

a) Einleitung

Noch zu Beginn des 18. Jahrhunderts galten ausländische Personen auf dem Gebiet eines anderen Staates weitgehend als rechtlos⁶¹¹. Diese Sichtweise änderte sich in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts unter dem Einfluss des politischen Liberalismus mit dem Aufkommen des internationalen Handels und dem damit einhergehenden Bemühen um die Abschaffung von

⁶¹⁰ Präambel des Haager Abkommens von 1907 betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges: «In der Erwartung, dass ein später vorliegendes Kriegsgesetzbuch festgestellt werden könne, halten es die Hohen Vertragschliessenden Teile für zweckmässig festzusetzen, dass in den Fällen, die in den Bestimmungen der von ihnen aufgenommenen Ordnung nicht einbegriffen sind, die Bevölkerung und die Kriegführenden unter dem Schutz und der Herrschaft der Grundsätze des Völkerrechts bleiben, wie sie sich ergeben aus den unter gesitteten Völkern feststehenden Gebräuchen, aus den Gesetzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens.» Eine ähnliche Formulierung findet sich wieder in der bereits vorne in Anm. 596 zitierten Bestimmung von Art. 12 des Haager Abkommens von 1907 über die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges.

⁶¹¹ STOFFEL 65f.

Handelshemmnissen⁶¹². Das neue Paradigma war der möglichst freie Personenverkehr und die möglichst weitgehende Gleichbehandlung der Ausländer mit den Inländern. Die bisherige Rechtslage wurde in ihr Gegenteil gekehrt; im Vordergrund stand nun der Grundsatz, die Staaten hätten Ausländern den Zutritt zum Staatsgebiet sowie den Aufenthalt in möglichst gleicher Weise wie Inländern zu gestatten. Dieses Gleichstellungspostulat fand in erster Linie in den vor dem Ersten Weltkrieg abgeschlossenen bilateralen Niederlassungs-, Handels- und Freundschaftsverträgen konkreten Niederschlag; sie stellten die Angehörigen der Vertragsstaaten in allen für ein normales Leben im Gastland relevanten Rechtsbereichen gegenseitig möglichst gleich⁶¹³. Die Katastrophe des Ersten Weltkrieges bewirkte jedoch eine Abkehr von diesem grosszügigen System, was sich nicht nur in ängstlicheren Formulierungen der entsprechenden Niederlassungsverträge niederschlug, sondern seinen Ausdruck auch in einer schrittweisen Abkehr vom Grundsatz der Freizügigkeit fand. Noch skeptischer begegneten die Staaten der Idee einer Gleichbehandlung von Personen ausländischer Staatsangehörigkeit während und nach dem Zweiten Weltkrieg.

Hier interessiert der konkrete Inhalt dieser Verträge in Hinblick auf spezifische Rechte von Staatsangehörigen der Vertragsstaaten, welche in die Schweiz geflohen waren und hier Aufnahme gefunden hatten⁶¹⁴. Anschliessend ist auf die Frage einzugehen, ob Niederlassungsverträge auch in Zeiten des Notstandes Anwendung fanden und, falls dies zu bejahen ist, wer sich auf die entsprechenden Garantien berufen konnte.

b) Die durch die Niederlassungsverträge geschützten Rechtspositionen

Im Detail sind die Niederlassungsverträge der Schweiz äusserst reichhaltig und vielfältig⁶¹⁵. Im Kern enthalten sie alle einen vergleichbaren, typischen Inhalt. Dabei geht es um Zusicherungen, dass Personen, die zum Staatsgebiet des Vertragspartners zugelassen sind, betreffend bestimmter Rechte eine Gleichbehandlung erfahren. Diese Gleichbehandlung nimmt je nach Vertrag eine der folgenden drei Formen an⁶¹⁶:

- *Gleichstellung der Ausländer mit kantonsfremden Schweizern*: Diese Formulierung in frühen Verträgen (z. B. Art. 1 des Vertrages mit Frankreich) nahm Rücksicht darauf, dass die Kantone lange kantonsfremde Schweizer in verschiedener Hinsicht benachteiligen konnten.
- *Gleichstellung mit Inländern*: Diese Formulierung findet sich in den meisten Verträgen mit europäischen Staaten. Die typischste Formulierung findet sich in Art. 1 Abs. 1 und 2 des Vertrages mit Deutschland aus dem Jahre 1910⁶¹⁷:

⁶¹² HANS-PETER MOSER 331 und STOFFEL 66ff.

⁶¹³ STOFFEL 69.

⁶¹⁴ Zur Frage, ob sich aus den Niederlassungsverträgen Ansprüche auf Einreise ergaben, siehe hinten 2. Teil B.II.3.e.bb.

⁶¹⁵ Diese Verträge sind in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts unter Ziff. 0.142.1 abgedruckt.

⁶¹⁶ Für Details siehe die ausführliche Darstellung bei STOFFEL 99ff und 133ff.

⁶¹⁷ SR 0.142.111.363.

«Die Angehörigen jedes vertragsschliessenden Teiles sollen in dem Gebiete des anderen Teiles in Ansehung ihrer Person und ihres Eigentums den gleichen Rechtsschutz wie die Inländer geniessen.

Auch sollen sie dort befugt sein, in gleicher Weise und unter denselben Bedingungen und Voraussetzungen wie die Inländer jede Art von Gewerbe und Handel auszuüben, ohne anderen oder höheren Auflagen, Abgaben, Steuern oder Gebühren irgendwelcher Art unterworfen zu sein als die Inländer.»

- *Gleichstellung mit den bestbehandelten Ausländern*: Diese sog. Meistbegünstigungsklausel bedeutet, dass jede Besserstellung von Ausländern an die Angehörigen des Vertragsstaates weitergegeben werden muss. Sie wurde v.a. mit aussereuropäischen Staaten vereinbart. In Verträgen mit europäischen Staaten ist sie oft mit dem Grundsatz der Inländergleichbehandlung gekoppelt.

Die Rechte, auf welche die Gleichbehandlungsklauseln Anwendung finden sollen, werden von den bilateralen Niederlassungsabkommen in sehr unterschiedlicher Art beschrieben, teilweise mit grosser Detailfülle⁶¹⁸ und teilweise eher generalklauselartig⁶¹⁹. Welche Rechte ausländischen Staatsangehörigen konkret zustanden, lässt sich nicht generell umschreiben, sondern muss für jedes Land auf der Basis des jeweils anwendbaren Vertrages bestimmt werden. Inhaltlich präsentieren sich die aufgezählten Rechte allerdings ziemlich einheitlich. Zu den typischen durch diese Verträge geschützten und im Zusammenhang mit vorliegendem Gutachten relevanten Rechtspositionen⁶²⁰ gehören

- *gleicher Schutz der Person*: Hier geht es um die Anerkennung der Rechtsfähigkeit⁶²¹ sowie um prozessuale Rechte im Sinne eines gleichen Zugangs zu Gerichten und gleicher Verfahrensrechte⁶²²;
- *gleicher Schutz des Eigentums*⁶²³: Dazu gehört – auch hinsichtlich des beweglichen Vermögens – einerseits der inländergleiche Schutz vor Enteignungen und andererseits das Verbot ausländer spezifischer Schranken hinsichtlich Erwerb, Ausübung und Veräusserung von Eigentum⁶²⁴;
- *gleicher Schutz der freien wirtschaftlichen Tätigkeit*⁶²⁵: Hier finden sich oft Klauseln, welche diesen Schutz auf die Meistbegünstigung begrenzen oder welche gewisse Berufe von der Gleichstellung ausnehmen. Seit der Zwischenkriegszeit ist dieser Schutz still-

⁶¹⁸ So vor allem der Vertrag mit Italien.

⁶¹⁹ STOFFEL 247.

⁶²⁰ FEHRLIN 65f; STOFFEL 105. Andere typische Inhalte sind die Stellung gegenüber militärischen Requisitionen, Ersatz für Kriegsschäden, Erbrecht.

⁶²¹ Dazu ausführlich STOFFEL 269f.

⁶²² Hierzu STOFFEL 292ff. Typisch ist Art. 6 des Vertrages mit Italien: «Die Bürger eines der beiden Länder geniessen auf dem Gebiete des andern beständigen und vollkommenen Schutz für ihre Personen [...] Demzufolge haben sie freien und leichten Zutritt zu den Gerichtshöfen zur Verfolgung und Verteidigung ihrer Rechte, und zwar vor jeder Instanz und in allen durch die Gesetze aufgestellten Arten von Jurisdiktion. Sie dürfen in allen Fällen die Advokaten, Anwälte oder Agenten jeder Klasse nach freier Wahl zur Besorgung ihrer Rechtssachen unter denjenigen Personen wählen, die nach den Landesgesetzen zur Ausübung dieser Berufsarten befugt sind. [...]»

⁶²³ Dazu ausführlich STOFFEL 273ff.

⁶²⁴ STOFFEL 282.

⁶²⁵ Hierzu STOFFEL 260ff.

schweigend oder durch Vertragsergänzungen auf definitiv zugelassene Ausländer beschränkt worden, so dass diese Garantie für tolerierte Flüchtlinge ohne Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung keine Rolle spielen konnte⁶²⁶;

- *Schutz vor speziellen Steuern und Abgaben*: Nicht mit dem Gleichbehandlungsgebot sind gemäss der Untersuchung von STOFFEL insbesondere Kopfsteuern für Ausländer⁶²⁷, aber auch einmalige, nur Personen ausländischer Staatsangehörigkeit treffende Abgaben⁶²⁸ zu vereinbaren;
- *Unterstützung oder Heimschaffung von armen oder kranken Fremden*: Gemäss diesen Klauseln muss der Aufenthaltsstaat Angehörige des anderen Staates, die bedürftig oder krank geworden sind, bis zum Zeitpunkt der Heimschaffung unterstützen. Solche Klauseln sind selten. In den Verträgen mit Deutschland (Art. 6) und Österreich-Ungarn (Art. 7) wird auf Kostenersatz für derartige Aufwendungen ausdrücklich verzichtet.

c) Begriff der Gleichbehandlung

Zu klären bleibt der Begriff der Gleichbehandlung: Wie STOFFEL⁶²⁹ als Ergebnis einer ausführlichen Analyse dieses Begriffes darlegt, verlangt der Grundsatz der Inländergleichbehandlung im Kontext von Niederlassungsverträgen nicht, dass Ausländer immer und unabhängig von der Situation gleich wie Inländer behandelt werden. Der Grundsatz ist erst verletzt, wenn

1. die betroffene Rechtsmaterie von der Gleichbehandlungsklausel gedeckt ist,
2. der Ausländer im Vergleich mit den Inländern in der gleichen Lage ist und trotzdem ungleich behandelt wird, und
3. die Ungleichbehandlung sich nicht mit sachlichen Gründen ausserhalb der Ausländereigenschaft rechtfertigen lässt, sondern gerade wegen der Staatsangehörigkeit der benachteiligten Person erfolgt⁶³⁰.

d) Geltung im Krieg und Notstand?

Sind die Staaten auch in Zeiten von Krieg und Notstand an die Niederlassungsverträge gebunden? Ausführungen zu dieser Frage finden sich in der Literatur nicht. Irrelevant für die Zwecke dieser Untersuchung ist die Frage der Geltung zwischen Kriegsgegnern, welche sich auf den traditionellen, aber im einzelnen umstrittenen kriegsvölkerrechtlichen Grundsatz berufen

⁶²⁶ STOFFEL 261.

⁶²⁷ STOFFEL 289.

⁶²⁸ A.a.O. Als unvereinbar wurde von der Staatenpraxis z. B. eine Gebühr eingestuft, die auf der Insel Guernsey von allen Ausländern verlangt wurde und welche diese nur zurückerstattet erhielten, falls sie nicht innerhalb eines Jahres ausgewiesen wurden oder fürsorgeabhängig wurden.

⁶²⁹ STOFFEL 157ff und 172ff.

⁶³⁰ Siehe STOFFEL 173. Schranken des Gleichbehandlungsanspruchs ergeben sich aus dem Reziprozitätsvorbehalt des Rechts der Niederlassungsverträge (STOFFEL 175ff), welcher hier im Interesse einer Reduktion der juristischen Komplexität dieses Rechtsbereichs allerdings ausser acht gelassen wird.

konnten, dass im Krieg die Verträge aus Friedenszeiten in ihrer Geltung suspendiert waren⁶³¹. Für einen neutralen Staat wie die Schweiz galt diese Regel nicht. Die Antwort muss deshalb differenziert ausfallen:

- Keine Probleme stellen sich, wo der Vertrag selbst auf Kriegs- und Notstandszeiten Bezug nimmt. In diesem Sinn erklären die Verträge mit Deutschland, Italien und Österreich ausdrücklich, dass der Eigentumsschutz auch in Kriegszeiten gelten soll. In diesem Sinn lautet Art. 6 Abs. 1 des Abkommens mit Österreich:

«Unter keinen Umständen, weder in Friedens- noch in Kriegszeiten, darf auf das Eigentum eines Angehörigen des einen der beiden kontrahierenden Teile in dem Gebiet eines anderen irgendeine andere oder höhere Taxe, Gebühr, Auflage oder Abgabe gelegt werden, als auf das gleiche Eigentum gelegt oder gefordert werden würde, wenn es bei einem Angehörigen des Landes oder einem Bürger oder Unternehmer der am meisten begünstigten Nation angehören würde.»

Art. 5 des Vertrages mit Italien lautet ähnlich. Art. 5 des Vertrages mit Deutschland ist enger: Er verankert den Grundsatz der Inländergleichbehandlung bezüglich Entschädigungsansprüchen «im Falle eines Krieges oder einer Enteignung zu öffentlichem Nutzen», erwähnt die Belastung mit Steuern und Abgaben aber nicht.

- Ebenfalls keine Probleme stellen sich bezüglich einer typischen Militärdienstklausel, welche in vielen Verträgen enthalten ist und besagt, dass die betroffenen Personen betr. Militärdienst und dafür zu zahlenden Ersatzleistungen allein dem Recht des Heimatstaates unterstehen (z. B. Art. 5 des Vertrages mit Österreich, Art. 4 des Vertrages mit Deutschland, Art. 5 des Vertrages mit Spanien, Art. 3 des Vertrages mit Belgien) und vor militärischen Requisitionen ganz oder teilweise geschützt sind (z. B. Art. 8 des Vertrages mit Griechenland, Art. 7 des Vertrages mit Rumänien).
- Verträge, welche notstandsfeste Garantien für das Eigentum oder den Schutz vor Sonderabgaben enthalten, dürfen nicht so gelesen werden, dass alle anderen Bestimmungen automatisch in Kriegs- und Notzeiten ausser Kraft treten. In diesem Sinn wandte das Bundesgericht im Jahre 1945, d. h. während der Geltung des Vollmachtenregimes, den Vertrag mit Italien ohne weiteres an⁶³², und während des Ersten Weltkrieges berief sich die Schweiz gegenüber Deutschland und Österreich-Ungarn auf diese Verträge, um gegen die Unterstellung ihrer Staatsangehörigen unter die entsprechenden Kriegssteuern zu protestieren⁶³³. Auch liess es sich schon im 19. und frühen 20. Jahrhundert nicht rechtfertigen, einem Staatsangehörigen eines kriegführenden Staates die Rechtspersönlichkeit abzusprechen⁶³⁴.

⁶³¹ Siehe zu dieser Problematik z. B. OPPENHEIM 143f.

⁶³² BGE 71 I 97f.

⁶³³ STOFFEL 291.

⁶³⁴ Das ergab sich schon aus dem entsprechenden fremdenrechtlichen Mindeststandard (dazu hinten 2. Teil B.II.4). Gemäss traditionellem Völkerrecht durften solche Personen als Angehörige eines Feindstaates in vielen Hinsichten schlechter gestellt werden (Internierung, Enteignung etc.). Diese Rechte standen nur den kriegführenden, auf keinen Falle aber den neutralen Staaten zu.

Vielmehr ist für jede Klausel selbständig zu untersuchen, ob sie auch in solchen Zeiten Geltung entfalten kann.

- Niederlassungsverträge sind so verfasst, dass den Vertragsstaaten bereits im Rahmen ihrer Vertragspflichten in hohem Ausmass erlaubt ist, auf Kriegs- und Notstandssituationen flexibel zu reagieren. Dies gilt v.a. für die Verträge mit europäischen Staaten, welche Inländergleichbehandlung vorsehen. Soweit die Schweiz im Rahmen des Vollmachtenregimes die Handels- und Gewerbefreiheit der Schweizer Bürgerinnen und Bürger einschränkte, durfte sie diese Einschränkungen auch gegenüber Angehörigen von Vertragsstaaten anwenden.
- Schliesslich gilt – abgesehen von den oben erwähnten notstandsfesten Klauseln – auch für Niederlassungsverträge, dass sich ein Staat auf Notstand als Grund für die Nichterfüllung von Vertragsverpflichtungen berufen darf⁶³⁵.

e) Geschützter Personenkreis

aa) Staatsangehörige der Vertragsstaaten

Alle Niederlassungsverträge schützen gemäss ihrem klaren und unqualifizierten Wortlaut Staatsangehörige der Vertragsstaaten. Wer Staatsangehöriger ist, bestimmt der Heimatstaat, nicht der Aufenthaltsstaat. Zwar kann der Aufenthaltsstaat gemäss dem Nottebohm-Urteil des Internationalen Gerichtshofs⁶³⁶ in Fällen eines Wechsels der Nationalität durch die betreffende Person (Einbürgerungsgesuch) den Nachweis eines «genuine link» im Sinne einer echten, gelebten Beziehung zum neuen Heimatstaat verlangen; abgesehen von dieser Sondersituation muss er aber offizielle Bescheinigungen des Heimatstaates über die Nationalität ihrer Bürgerinnen und Bürger (z. B. Pässe) anerkennen⁶³⁷. Daraus ergibt sich:

- Personen, welchen der Heimatstaat die Nationalität abgesprochen hat (Staatenlose), unterstehen dem Schutz von Niederlassungsverträgen *nicht*.
- Damit stellt sich aber als nächstes die Frage, ob der Aufenthaltsstaat verpflichtet ist, einer Ausbürgerung bzw. der daraus resultierenden Staatenlosigkeit die Anerkennung zu verweigern, falls diese entweder allfällig bestehenden *völkerrechtlichen Grundsätzen* widerspricht oder sich als unvereinbar mit dem *landesrechtlichen Ordre public*⁶³⁸ erweist.

Auf vertraglicher Ebene existierten im fraglichen Zeitraum keine internationalen Abkommen, welche die Souveränität der Staaten beschränkten, missliebigen Staatsangehörigen die Nationalität zu entziehen. Trotzdem finden sich in der zeitgenössischen juristischen Literatur

⁶³⁵ Siehe vorne 2. Teil A.IV.1.c.

⁶³⁶ ICJ Reports 1955 4ff.

⁶³⁷ STOFFEL 216ff.

⁶³⁸ Der Vorbehalt des Ordre public besagt, dass eine Anwendung ausländischer Normen ausgeschlossen ist, falls daraus ein Ergebnis resultieren würde, welches mit grundlegenden schweizerischen Rechtsanschauungen unvereinbar erscheint. Dieser Grundsatz ist heute in Art. 17 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291, verankert. Siehe dazu z. B. ANTON SCHNYDER, Das neue IPR-Gesetz, Zürich 1988, 31ff.

Stimmen, die von der ungeschriebenen Geltung völkerrechtlicher Grundsätze in diesem Bereich ausgehen. TRIEPEL hält im Jahre 1929 in recht allgemeiner Form fest, ein Staat habe kein unbegrenztes Recht hinsichtlich der Ein- und Ausbürgerung eigener Staatsangehöriger; so sei insbesondere von einer Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen auszugehen, falls der Entzug der Nationalität andern Staaten Schaden zufüge⁶³⁹. Deutlicher war offenbar die englische Lehre, welche Ausbürgerungen aus rassistischen Gründen klar für völkerrechtswidrig hielt, weil dadurch Emigrations- und Fluchtbewegungen zum Schaden anderer Staaten ausgelöst würden⁶⁴⁰. Dieser letzte Gedanke findet sich im Hinblick auf die deutschen Ausbürgerungen an zentraler Stelle in einer umfassenden zeitgenössischen Untersuchung zu diesem Thema⁶⁴¹, wo unter Zusammenfassung der Doktrin⁶⁴² und Praxis ausgeführt wird:

«The withdrawal of State protection and the creation of thousands of stateless individuals by the German Government increases the weight of the burden imposed upon other States by the forced mass emigration from Germany. According to recognized prescriptions of international law, the denationalization by a government of thousand of persons, especially if they have been forced to find refuge in other states where the resultant statelessness creates special difficulties, is an abuse of power which gives the receiving state injured thereby grounds for protest and an appeal to the law of nations. [...]

This breach of international law takes place, in normal cases, when the receiving state demands that the denationalizing state takes back its former national. But if the receiving state, in accordance with its right to grant asylum and in harmony with its humanitarian sentiments, is unwilling to deport a denationalized individual to a country which is persecuting him, the breach of international law takes place immediately upon denationalization.»

In der schweizerischen völkerrechtlichen Doktrin nimmt, soweit ersichtlich, einzig GUGGENHEIM zur Frage Stellung. Dieser Autor hält dafür:

«Auch Verlust und Entzug der Staatsangehörigkeit kann der Staat in den Grenzen des Völkerrechts nach freiem Ermessen regeln. Die völkerrechtlich zulässigen Verlust- und Entzugsgründe sind die folgenden: 1. Verzicht. 2. Erwerb einer neuen Staatsangehörigkeit. 3. Langdauernder Aufenthalt im Ausland. 4. Der Entzug der Staatsangehörigkeit von im Ausland befindlichen Staatsbürgern aus Gründen

⁶³⁹ HEINRICH TRIEPEL, Internationale Regelung der Staatsangehörigkeit, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1929, 195f.

⁶⁴⁰ Siehe die Hinweise auf JOHN FISHER-WILLIAMS, Denationalisation, British Yearbook of International Law 1927, 45ff, und ROBERT YEWDALL-JENNINGS, Some International Law Aspects of the Refugee Question, British Yearbook of International Law 1939, 110ff, bei CHARLES KNAPP, La nationalité de la Suisse épousant un Allemand de «Race Juive», ZBl 1949, 312.

⁶⁴¹ Establishing the Historical Precedents and Legal Grounds for International Action by the League of Nations on behalf of the Jews and Non-Aryans in Germany, ohne Autor, ohne Jahrgang, abgedruckt in: G.J.L. COLES, State Responsibility in relation to Refugee Problem with Particular Reference to the State of Origin, Geneva 1992, 31f.

⁶⁴² So z. B. JENNINGS 111f: «[T]he willful flooding of other states with refugees constitutes not merely an inequitable act, but an actual illegality, and *a fortiori* where the refugees are compelled to enter the country of refuge in a destitute condition. The acknowledged aim of the Nazi persecution of «non-Aryans» has been to compel their emigration to other countries. Whether this result be actually intended or not, as soon as the persecution of a minority does in fact result in a refugee movement which causes embarrassment to other states, the matter clearly becomes one of international concern. [...] Not only is it an abuse of right, it is an evasion of the undoubted duty of a state to receive back its own nationals. This duty is not to be construed in a technical fashion which deprives it of all real meaning. It cannot mean that a state can evade this duty by the simple process of denationalization; in other words, it cannot evade a duty by the abuse of right.»

des Landesstrafrechts. [...] [D]er entlassende Staat hat aber eine Wiederaufnahmepflicht seiner entlassenen Staatsangehörigen, die keine neue Staatsangehörigkeit erworben haben.»⁶⁴³

GUGGENHEIM nimmt damit implizit an, dass das Ausbürgerungsrecht beschränkt ist und sich als völkerrechtswidrig erweist, wenn keiner der aufgeführten Gründe greift.

Dieser Haltung schloss sich – zumindest was die Ausbürgerung deutscher Staatsangehöriger jüdischen Glaubens gestützt auf die sogenannten deutschen «Rassengesetze» von 1935 betrifft – das schweizerische Bundesgericht an, auch wenn es seine Schlussfolgerung dogmatisch nicht mit dem Völkerrecht begründete, sondern auf das internationalprivatrechtliche Institut des «ordre public» zurückgriff. In einem Urteil aus dem Jahre 1946⁶⁴⁴ stand der Fall einer Genferin zur Diskussion, die ihre schweizerische Staatsangehörigkeit verloren hatte, ohne eine neue zu erlangen, weil sie einen Deutschen jüdischen Glaubens geheiratet hatte, welchem in Anwendung der deutschen Rassengesetze⁶⁴⁵ die Staatsangehörigkeit aberkannt worden war. Das Gericht prüfte vorfrageweise, ob die Anwendung dieser Rassengesetze in der Schweiz berücksichtigt werden könne. Das Bundesgericht führte dazu aus:

«Cependant, il apparaît que, dans la mesure où elle [die deutsche Rassengesetzgebung] fait une distinction du point de vue de la race entre «juifs» et «Aryens», la législation allemande est contraire à l'ordre public suisse et ne saurait par conséquent être appliquée en Suisse, parce que son application violerait d'une manière intolérable le sentiment de la justice, tel qu'il existe en général dans le pays [...]. Les différences faites par la loi allemande et fondées sur des arguments racistes ne sont pas compatibles avec le sentiment de la justice, parce qu'elles sont contraires au principe de l'égalité entre les hommes et violent d'une manière intolérable l'idée de l'égalité des citoyens devant la loi, telle qu'on la conçoit en Suisse. [...]

A la vérité, le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence [...], a admis que les Etats déterminent souverainement les conditions d'acquisition et de maintien du droit de cité et il a considéré comme douteux que ce pouvoir souverain soit soumis à des restrictions en vertu du droit des gens. Mais, en l'espèce, il ne s'agit pas simplement d'une violation du droit des gens («Völkerrechtswidrigkeit»), mais d'une incompatibilité avec l'ordre public suisse, ce qui, suivant les principes généraux, interdit l'application en Suisse du droit étranger.»⁶⁴⁶

Auch wenn an diesem Urteil kritisiert wurde, es vermische in unzulässiger Weise die Rechtsfolgen einer Ordre-public-Widrigkeit mit derjenigen einer Völkerrechtswidrigkeit⁶⁴⁷, bringt es doch zum Ausdruck, dass der Entzug der deutschen Staatsangehörigkeit durch die nationalsozialistischen Rassengesetze völkerrechtswidrig war. Auf jeden Fall musste diesen Gesetzen gemäss dem Urteil des Bundesgerichts wegen ihres Widerspruchs zu grundlegenden Anschauungen der schweizerischen Rechtsordnung innerstaatlich die Anwendung versagt werden. Dies verkannten die schweizerischen Behörden, als sie ehemalige jüdische Staatsbürger Deutschlands 1941 als Staatenlose behandelten und ihnen deshalb in Anwendung des ANAG

⁶⁴³ PAUL GUGGENHEIM, Lehrbuch des Völkerrechts, Basel 1947, 288f.

⁶⁴⁴ BGE 72 I 407ff.

⁶⁴⁵ Elfte Verordnung zum Reichsbürgergesetz, wonach jüdische Staatsangehörige mit ausländischem Wohnsitz ihre deutsche Staatsangehörigkeit verlieren. Siehe dazu ausführlich VICTOR UMBRICH, Die privatrechtlichen Folgen der Staatenlosigkeit, Diss. Bern 1940.

⁶⁴⁶ BGE 72 I 413.

⁶⁴⁷ GUGGENHEIM (Anm. 643) 288, Fussnote 362.

die Niederlassungsbewilligung entzogen und statt dessen eine Toleranzbewilligung erteilten, für welche sie offenbar eine Kautio verlangten.

Personen, welchen die Staatsangehörigkeit aufgrund dieser deutschen Gesetze entzogen wurde, standen deshalb an sich weiterhin unter dem Schutz des schweizerisch-deutschen Niederlassungsvertrages, da Niederlassungsverträge grundsätzlich auch für Flüchtlinge gelten, sofern sie ihre Nationalität nicht verloren haben⁶⁴⁸. Allerdings fehlte in diesem Fall schon strukturell jede Chance einer zwischenstaatlichen Durchsetzung von Vertragspflichten, da Niederlassungsverträge völkerrechtlich Rechte des Heimatstaates verankern, Deutschland aber kein Interesse hatte, sich im Ausland für geflüchtete deutsche Juden und Jüdinnen einzusetzen⁶⁴⁹. Dies änderte jedoch nichts am grundsätzlichen Bestehen einer völkerrechtlichen Verpflichtung der Schweiz.

bb) Nur Ausländer mit Bewilligung zum Aufenthalt

In der Schweiz wirft die Frage grosse Probleme auf, ob die Garantien der Niederlassungsverträge seit dem Ende des Ersten Weltkrieges nur noch für Personen mit Niederlassungs- und allenfalls Aufenthaltsbewilligung galten oder ob auch bloss Tolerierte oder Internierte sich darauf berufen konnten. Grund dafür ist die Tatsache, dass die ursprünglich vereinbarte Freiheit der Einreise und Niederlassung auf dem Weg ausdrücklicher Vertragsänderung oder stillschweigenden Konsenses über einen entsprechenden Wandel des Vertragsinhaltes unter den Vorbehalt des Ausländerrechtes der Vertragsstaaten gestellt wurde. Das Bundesgericht hat kürzlich diesen Wandel konzis folgendermassen dargestellt:

«b) Die von der Schweiz vor dem 1. Weltkrieg mit andern Staaten abgeschlossenen Niederlassungsverträge statuieren entsprechend dem damals herrschenden Gedanken der Freizügigkeit die weitgehende Gleichbehandlung der Ausländer mit den Inländern. Die Angehörigen der Vertragsstaaten konnten sich ohne weiteres in der Schweiz niederlassen und hier eine Erwerbstätigkeit ausüben. Diese Freizügigkeit erstreckte sich in der Praxis sogar auf Angehörige von Ländern, mit denen die Schweiz keinen Niederlassungsvertrag abgeschlossen hatte, sowie auf Staatenlose (siehe Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren gegen die Überfremdung, BBl 1967 II 69ff; Botschaft des Bundesrates zum Ausländergesetz, BBl 1978 II 169ff, 172). Dies änderte sich mit dem 1. Weltkrieg. Verschiedene Niederlassungsverträge wurden kurz nach dem Ende des 1. Weltkrieges gekündigt, blieben aber abmachungsgemäss bis auf weiteres in Kraft, so auch der Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 23. Februar 1882 (BBl 1919 II 458, 1920 II 62). Die Vertragsstaaten hatten die Absicht, der neuen Lage durch eine Änderung der Verträge Rechnung zu tragen. Eine Vertragsänderung erschien indessen bald einmal nicht mehr unbedingt erforderlich. Die Vertragspartner nahmen nämlich stillschweigend zur Kenntnis, dass die in den meisten Ländern neugeschaffenen landesrechtlichen Fremdenpolizeiordnungen Einreise, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit der polizeilichen Bewilligungspflicht unterstellten. Seither standen die Niederlassungsverträge unter diesem stillschweigenden Vorbehalt des nationalen Rechts bezüglich der Festsetzung der Zulassungsbedingungen. Das bedeutet, dass sich nur noch diejenigen Ausländer uneingeschränkt auf die Niederlassungsverträge berufen können, die gemäss der landesrechtlichen Fremdenpolizeigesetzgebung endgültig zugelassen (niedergelassen) sind (BBl 1967 II 71f). Zwischen einzelnen Staaten wurden im Laufe der Zeit Zusatz-

⁶⁴⁸ So KIMMINICH 157: «Da der Flüchtling ... im Zufluchtsstaat Fremder ist, gelten für ihn die Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts.» Wie gleich anschliessend zu zeigen ist, sind die Niederlassungsverträge Ausfluss des Fremdenrechts.

⁶⁴⁹ Zu diesem für Flüchtlinge typischen Fehlen des diplomatischen Schutzes durch den Heimatstaat. Vorne 1. Teil A.III.2.a.

abkommen zu den Niederlassungsverträgen abgeschlossen. Nach diesen Zusatzabkommen soll den Staatsangehörigen des Vertragspartners nach ordnungsgemässer und ununterbrochener Anwesenheit im Gastland während einer bestimmten Frist (von 5 oder 10 Jahren) die Niederlassungsbewilligung bzw. eine unbefristete und unbedingte Aufenthaltswilligung mit dem Recht auf praktisch unbeschränkte wirtschaftliche Tätigkeit eingeräumt werden. Aus diesen Zusatzabkommen geht zumindest implizit hervor, dass im übrigen, entsprechend der bereits gehandhabten Praxis, auch die nicht niedergelassenen Angehörigen der Vertragspartner der nationalen Fremdenpolizeigesetzgebung, in der Schweiz also insbesondere dem ANAG, unterstellt sind, diese Gesetzgebung insoweit also Vorrang vor den Staatsverträgen hat.»⁶⁵⁰

Für die Zeit des Zweiten Weltkrieges galt also die Freiheit der Einreise und des Aufenthaltes und des Zuganges zu einer Wirtschaftstätigkeit entgegen dem ursprünglichen Wortlaut nur noch für Personen, welche von der Schweiz eine fremdenpolizeiliche Bewilligung erhalten hatten; Flüchtlinge aus Staaten, welche mit der Schweiz Niederlassungsverträge abgeschlossen hatten, waren in dieser Hinsicht nicht mehr geschützt.

Welches waren die Auswirkungen dieser Veränderungen auf den übrigen Inhalt der Niederlassungsverträge? Dies ist die schwierigste und weithin ungeklärte Frage des Rechts der Niederlassungsverträge. Heute gilt laut – allerdings nicht ganz konstanter und von der Literatur teilweise kritisiert – Praxis des Bundesgerichtes⁶⁵¹, dass sich nur Personen mit *Niederlassungsbewilligung* auf diese Verträge berufen können. Im Gegensatz dazu hiess es für die Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg im massgebenden zeitgenössischen Kommentar von RUTH zum ANAG noch, dass die Niederlassungsverträge trotz der Beschränkung der Einreisefreiheit

«in ihrem übrigen Inhalt unverändert geblieben sind, so insbesondere hinsichtlich des Schutzes der Personen und des Eigentums, der Berufsausübung, der Fiskalbehandlung (Steuern und Taxen), der Handels- und Gewerbebefreiheit»⁶⁵².

Das Umfeld dieses Zitates lässt es aber unklar erscheinen, ob diese Einstufung nur für Personen ausländischer Staatsangehörigkeit galt, welche im Besitz einer Niederlassungsbewilligung waren. FEHRLIN meint bereits 1952:

«Eine feste und konstante schweizerische Praxis nimmt nämlich an, die Niederlassungsverträge bezögen sich nur auf diejenigen Angehörigen des betreffenden Staates, die hier *Niedergelassene* sind, nicht aber auf die Aufenthalter, die Tolerierten und alle anderen Fremden.»⁶⁵³

Insbesondere die sorgfältige Untersuchung von STOFFEL hat aber gezeigt, dass dies vor Ende des Zweiten Weltkrieges zwar für Beschränkungen der Einreisefreiheit und der wirtschaftlichen Betätigungsrechte⁶⁵⁴ galt, im übrigen die Praxis aber weit war und immer noch *alle* Angehörigen der Vertragspartner begünstigte⁶⁵⁵. STOFFEL kommt deshalb zu folgendem Schluss:

⁶⁵⁰ BGE 119 IV 65, 68f. Siehe dazu auch ausführlich STOFFEL 73ff.

⁶⁵¹ BGE 119 IV 65ff.

⁶⁵² RUTH 65.

⁶⁵³ FEHRLIN 80. Belege für diese Praxis fehlen allerdings.

⁶⁵⁴ Ein Zusatzvertrag vom 25. Mai 1925 mit Österreich (SR 0.196.116.32) z. B. sah vor, dass Österreichern «nach erteilter Niederlassungs- und Aufenthaltswilligung das Recht der Handels- und Gewerbebefreiheit zusteht, sofern ihnen die Bewilligungsvorschriften und Bedingungen in dieser Hinsicht keine Beschränkung auferlegen».

⁶⁵⁵ STOFFEL 114ff.

«Die Gültigkeit der Gleichbehandlungsklauseln ist daher nur insoweit eingeschränkt worden, als die Staaten sich wieder das ausschliessliche Recht vorbehalten haben, über die Zulassung der Ausländer zum Territorium und zum Arbeitsmarkt in souveräner Weise zu befinden. Grundsätzlich sind die Niederlassungsverträge weiterhin in Kraft und die Gleichbehandlungsklauseln ohne generelle Einschränkungen anwendbar.»⁶⁵⁶

Eine Bestätigung für diese Schlussfolgerung findet sich zum Teil im Wortlaut der Verträge, die in diesem Punkt trotz Vorbehalt des Fremdenpolizeirechts weiterhin Geltung beanspruchen können⁶⁵⁷: Gemäss Art. 1 des Vertrags mit Deutschland vom 13. November 1909 haben Deutsche in der Schweiz das Recht, sich «ständig niederzulassen oder dauernd oder *zeitweilig aufzuhalten*». Der Vertrag mit Österreich spricht in Art. 1 von Rechten «bei ihrer Niederlassung oder während ihres *kürzeren* oder *längeren Aufenthalts*». Laut Art. 1 Abs. 2 des Vertrages mit Italien können die berechtigten Personen «in jeden Teil des Staatsgebietes frei eintreten, *reisen, sich aufhalten* und niederlassen». Art. 1 des Vertrages mit Frankreich spricht davon, dass Franzosen in die Schweiz einreisen und sich «dasselbst *zeitweilig aufhalten*» können. Die gleiche Bestimmung findet sich in Art. 1 des Vertrages mit Belgien. All dies deckt alle Arten fremdenpolizeilicher Bewilligungen ab. Somit kann davon ausgegangen werden, dass sich für die Behandlung während ihres Aufenthaltes in der Schweiz auch Personen, die in die Schweiz geflohen waren, wenigstens *grundsätzlich* auf Niederlassungsverträge berufen konnten, wenn und solange sie die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates besaßen und eine *Bewilligung* nach schweizerischem Recht erhalten hatten. In der Praxis traf dies auf die Emigranten und die politischen Flüchtlinge zu, welche von den Kantonen eine Toleranzbewilligung erhalten hatten⁶⁵⁸.

Hingegen ist fraglich, ob die Aussage sich auch für Personen halten lässt, welche – wie die meisten Flüchtlinge im Zweiten Weltkrieg – keine Toleranzbewilligung besaßen, sondern gemäss Art. 14 des ANAG von 1931 wegen Undurchführbarkeit der Heimschaffung *interniert* wurden, d. h. keinen regulären und bewilligten Aufenthalt hatten⁶⁵⁹. Die Überlegung, dass die Vertragsänderungen der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg den «Eintritt» in das Regime des Niederlassungsrechts dem Vorbehalt des Fremdenpolizeirechts unterstellten, sprechen dagegen⁶⁶⁰. Ebenso dagegen spricht der Wortlaut einiger Verträge, welche schon im ursprünglichen Wortlaut von der «Aufnahme» und der «Wohnsitznahme» in der Schweiz sprechen⁶⁶¹. Sicher

⁶⁵⁶ DERS. 132. Gleicher Ansicht HUG 71, WERTENSCHLAG 425.

⁶⁵⁷ Der Vorbehalt bezog sich auf die Geltung der nationalen Fremdenpolizeirechte, d. h. auf das Recht des Staates, selber zu entscheiden, wer zugelassen werden soll, nicht aber auf eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Niedergelassene (STOFFEL 239). Siehe in diesem Sinn den Vertrag mit Österreich vom 25. Mai 1925, SR 0.196.116.32: «Ihrerseits erachtet die österreichische Regierung die zur Zeit in der Schweiz bezüglich des Aufenthaltes und der Niederlassung fremder Staatsangehöriger ergriffenen Massnahmen als mit den Bestimmungen dieses Vertrages nicht in Widerspruch stehend.»

⁶⁵⁸ Siehe hinten 2. Teil B.III.1.

⁶⁵⁹ Zu dieser Situation ausführlicher hinten 2. Teil B.III.1.

⁶⁶⁰ HAUSER 140: «Diese [enge] Praxis wird so begründet: Wenn nämlich das Landesrecht allein über die Aufnahme der Fremden entscheidet, so kann es auch bestimmen, welche Ausländer als aufgenommen gelten und den Niederlassungsverträgen unterstehen.» Zu dieser Ansicht auch FEHRLIN 81, welcher sie allerdings kritisiert.

⁶⁶¹ Vertrag mit Frankreich: Art. 1: «Die Franzosen sind in jedem Kanton [...] auf die gleiche Weise *aufzunehmen* und zu behandeln, wie es die Angehörigen der andern Kantone sind.» (Damit wird auf Art. 60 BV verwiesen, welcher die Kantone verpflichtet, die auswärtigen Schweizerbürger gleich wie in diesem Kanton niedergelassene Schweizer zu

konnten sich solche Personen nicht auf die Freiheit von Handel und Gewerbe berufen. Dagegen weist der Inhalt von Garantien wie der Anerkennung der Rechtsfähigkeit oder des Schutzes vor Unterwerfung unter die Militärdienstpflicht des Aufenthaltsstaates⁶⁶² an sich auf einen weiten persönlichen Geltungsbereich hin: Offenkundig war es auch damals nicht zulässig, beispielsweise Touristen zu versklaven oder in die Armee einzuziehen. Allerdings fällt auf, dass auch hier oft von der «Aufnahme» oder vom «Wohnsitz» die Rede ist⁶⁶³. Dies deutet darauf hin, dass der Geltungsbereich des Vertrages sich nicht auf illegal eingereiste Personen mit bloss faktischem, nicht aber rechtlich bewilligtem Aufenthalt bezog und die Rechtsstellung anderer Personen dem völkergewohnheitsrechtlichen Fremdenrecht überliess⁶⁶⁴. In Einzelfällen ist allerdings von der Praxis anerkannt worden, dass *einzelne* Garantien, namentlich der Zugang zu Gerichten⁶⁶⁵ und der Eigentumsschutz, sogar für Personen mit Wohnsitz im Ausland galten⁶⁶⁶. Auch wenn WERTENSCHLAG recht hat, wenn er meint: «Niemand kann mit Zuverlässigkeit sagen, welchen Inhalt diese Verträge noch besitzen und wie sie sich im einzelnen zum schweizerischen Ausländerrecht verhalten»⁶⁶⁷, weisen mit dem Wortlaut der Verträge und der zwar nicht konstanten, aber doch überwiegenden Praxis, sie nur auf Personen mit Niederlassungs- oder allenfalls Aufenthaltsbewilligung anzuwenden, starke Indizien darauf hin, dass Personen *ohne* geregelten Aufenthalt in der Schweiz – und damit auch internierte Personen – sich im fraglichen Zeitpunkt nicht auf die Niederlassungsverträge berufen konnten. Praktisch beschränkte dies den Schutz der Niederlassungsverträge auf Emigranten und politische Flüchtlinge mit Toleranzbewilligung.

4. Verpflichtungen aus dem völkerrechtlichen Fremdenrecht

a) Geltung und Anwendungsbereich des völkerrechtlichen Fremdenrechts

Individuen wurden – zumindest in der für das vorliegende Gutachten relevanten Zeitperiode – vom Völkerrecht nicht als Rechtssubjekte anerkannt. Ihnen standen daher keine eigenen völkerrechtlichen Ansprüche gegen einen fremden Staat zu. Hingegen waren Staaten untereinander bereits damals kraft allgemeinen Völkerrechts verpflichtet, die Angehörigen anderer Staaten in einer bestimmten Weise zu behandeln. Die Normen, welche diese Verpflichtungen statuieren, werden als völkerrechtliches Fremdenrecht bezeichnet⁶⁶⁸. Der

behandeln.) Art. 2: «Um in der Schweiz Wohnsitz zu nehmen oder sich niederzulassen [...]» Gleich Art. 1 des Vertrages mit Belgien; ähnlich Art. 1 Abs. 1 des Vertrages mit Italien und Art. 1 und 3 des Vertrages mit Spanien.

⁶⁶² Zu diesen Garantien vorne 2. Teil B.II.3.

⁶⁶³ Für den Schutz der Person siehe die Angaben in Anm. 661. Folgende Bestimmungen schützen Personen, die im Aufenthaltsstaat «wohnen», «wohnhaft sind» oder «Wohnsitz haben», davor, im Gastland Militärdienst leisten zu müssen: Art. 5 Vertrag mit Österreich, Art. 4 Vertrag mit Italien («Bürger eines der beiden Staaten, die im andern niedergelassen sind»), Art. 4 Vertrag mit Frankreich, Art. 5 Vertrag mit Spanien; Art. 3 Vertrag mit Belgien, etc.

⁶⁶⁴ Hierzu anschliessend 2. Teil B.II.4.

⁶⁶⁵ BGE 74 I 99.

⁶⁶⁶ Siehe dazu WERTENSCHLAG 423 mit Hinweis auf eine entsprechende These des Bundesrates in BBl 1960 II 1271.

⁶⁶⁷ WERTENSCHLAG 420.

⁶⁶⁸ VERDROSS (Völkerrecht) 270.

Ausdruck «Fremdenrecht» ist allerdings unpräzis, da dieser Völkerrechtszweig nicht die Pflichten der Staaten gegenüber allen Fremden umschreibt, die sich auf ihrem Staatsgebiet befinden, sondern nur gegenüber denjenigen Personen, die Angehörige eines anderen Staates sind⁶⁶⁹. Nicht von diesem Schutz können demzufolge *staatenlose Personen* profitieren. Weil damals auf internationaler Ebene menschenrechtliche Normen, welche die Staaten verpflichten, allen Personen – unabhängig von deren Nationalität – gewisse Rechte zuzugestehen, noch nicht existierten, wurde die Rechtsstellung von Staatenlosen vom allgemeinen Völkerrecht nicht geregelt. Bei Bestehen einer Staatsangehörigkeit standen aber auch Flüchtlinge ohne weiteres unter dem Schutz dieser Regelungen⁶⁷⁰.

Wie oben ausführlich aufgezeigt wurde⁶⁷¹, wird die Rechtsstellung von fremden Staatsangehörigen auf dem Gebiet eines anderen Staates primär durch partikuläres Völkerrecht in der Form bilateraler Freundschafts- und Niederlassungsverträge geregelt. Neben diesen vertraglich abgesicherten Schutzbestimmungen finden sich aber auch allgemein verbindliche Regeln, deren Geltung auf Gewohnheitsrecht beruht und die den sog. «fremdenrechtlichen Mindeststandard» bilden. Staaten unterliegen deshalb in der Behandlung von Angehörigen eines anderen Staates, mit welchem keine bilateralen Vertragsbeziehungen bestehen, völkerrechtlich gewissen Schranken. Für die Schweiz im Zweiten Weltkrieg bedeutete dies Folgendes:

- Die Schweiz hatte insbesondere mit der damaligen Sowjetunion sowie der damaligen Tschechoslowakei keine bilateralen Niederlassungsverträge abgeschlossen. Völkerrechtliche Pflichten der Schweiz zur Gewährleistung gewisser Rechte zugunsten von Staatsangehörigen dieser Länder lassen sich auf internationaler Ebene demzufolge nur auf eine gewohnheitsrechtliche Basis stützen.
- Soweit die Anwendbarkeit der Niederlassungsverträge auf Personen ohne Niederlassungsbewilligung ausgeschlossen war⁶⁷², musste die Schweiz das gewohnheitsrechtliche Fremdenrecht auch gegenüber ihnen beachten.

b) Prinzip der Inländergleichbehandlung oder Prinzip des Mindeststandards?

Während es auch bereits in der Periode vor Beginn des Zweiten Weltkrieges unbestritten erschien, dass Angehörige fremder Staaten in einem anderen Staat unter dem Schutz gewisser völkerrechtlicher Regelungen standen, lässt sich hinsichtlich des materiellen Inhaltes dieser Verpflichtungen eine Konkurrenz zweier Schulen beobachten⁶⁷³:

- Eine ältere Schule der Doktrin ging davon aus, der Aufenthaltsstaat sei verpflichtet, fremde Staatsangehörige gleich zu behandeln wie seine eigenen Staatsangehörigen. Begründet

⁶⁶⁹ VERDROSS (Völkerrecht) 270.

⁶⁷⁰ KIMMINICH 157: «Da der Flüchtling im Zufluchtsstaat Fremder ist, gelten für ihn die Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts.»

⁶⁷¹ Siehe vorne 2. Teil B.II.3.

⁶⁷² Siehe vorne 2. Teil B.II.3.e.bb.

⁶⁷³ Siehe dazu KIMMINICH 149ff.

wurde diese Theorie, welche vor allem von lateinamerikanischen Staaten vertreten wurde, hauptsächlich mit dem Argument, ein Ausländer dürfe keinesfalls bessergestellt werden als der einheimische Staatsangehörige⁶⁷⁴. Das Modell der Inländergleichbehandlung – dass auch hinter den Gleichbehandlungsklauseln der alten bilateralen Niederlassungsverträge steht – geht deshalb davon aus, dass der materielle Inhalt dieser völkerrechtlichen Verpflichtungen durch das entsprechende Landesrecht umschrieben werde.

- Im Gegensatz dazu betont die Theorie des Mindeststandards, dass die Rechtsstellung fremder Staatsangehöriger auch materiell durch das Völkerrecht determiniert wird. Dies bedeutet nicht, dass der fremde Staatsangehörige nicht den Gesetzen des Aufenthaltsstaates unterworfen wäre, sondern dass diese an den völkerrechtlichen Regeln zu messen sind; deshalb kann sich kein Staat bei Verletzung des fremdenrechtlichen Mindeststandards auf sein Landesrecht berufen, um seiner völkerrechtlichen Verantwortlichkeit zu entgehen⁶⁷⁵.

VERDROSS⁶⁷⁶ umschreibt diesen Grundsatz folgendermassen:

«Die Staaten sind völkerrechtlich nur gehalten, dieses Mindestmass zu gewähren. Sie sind aber auch dann verpflichtet, den Ausländern das völkerrechtlich gebotene Mindestmass an Rechten einzuräumen, wenn ausnahmsweise ihre Rechtsordnung die Stellung der Inländer unter dieses Mass herabdrückt.

Da aber in aller Regel das staatliche Recht den Inländern nicht nur jene Rechte einräumt, die nach VR den Ausländern zu gewähren sind, ist regelmässig die materiell-rechtliche Stellung der Inländer eine bessere als die der Ausländer. Unterschreitet aber ausnahmsweise die inländische Regelung dieses Mindestmass, dann ist die Stellung der Ausländer eine bessere als die der Inländer, da den Ausländern gegenüber nicht unter jenes Mindestmass herabgegangen werden darf.»

Obwohl die Gleichbehandlungsklauseln der bilateralen Niederlassungsverträge der Schweiz⁶⁷⁷ und auch eine gewisse völkerrechtliche Praxis⁶⁷⁸ auf den ersten Blick eher die Geltung der relativen, inhaltlich auf das Landesrecht Bezug nehmenden Gleichbehandlungstheorie des allgemeinen Völkerrechts zu favorisieren scheinen, kann auch für die in diesem Gutachten relevante Zeitperiode vom Bestehen eines fremdenrechtlichen Mindeststandards ausgegangen werden. Erstens stehen die Gleichbehandlungsklauseln in den bilateralen Verträgen nur scheinbar im Widerspruch zur Geltung eines absoluten Mindeststandards. In Wirklichkeit wollten diese Verträge den Staatsangehörigen des Vertragspartners eine möglichst günstige Behandlung zusichern und damit nicht bloss den Mindeststandard bekräftigen, sondern eine darüber hinausgehende Rechtsstellung gewähren. Es kann daher nicht der Schluss gezogen werden, «dass die Staaten durch Abschluss dieser Verträge auf die völkerrechtlichen Mindestrechte der

⁶⁷⁴ FEHRLIN 26. Ein völkerrechtlicher Mindeststandard müsste dies aber überall dort fordern, wo der Staat seine eigenen Staatsangehörigen in einer Weise behandelt, welche den völkerrechtlichen gebotenen Minimalstandard noch unterschreitet.

⁶⁷⁵ KIMMINICH 153.

⁶⁷⁶ VERDROSS (Völkerrecht) 273.

⁶⁷⁷ Und zwar sowohl die Inländergleichbehandlungsklauseln als auch die Meistbegünstigungsklauseln. Siehe dazu vorne 2. Teil B.II.3.a.

⁶⁷⁸ Siehe die Zusammenstellung bei ROTH 65ff; so auch KIMMINICH 152.

Ausländer verzichten wollten»⁶⁷⁹. Zweitens zeigt auch die Praxis internationaler Gerichte und die Regelung in Verträgen deutlich, dass sich die Theorie des Mindeststandards bereits vor dem Zweiten Weltkrieg durchgesetzt hatte⁶⁸⁰. Diese Meinung wird auch von der europäischen Doktrin geteilt⁶⁸¹. Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass der Widerstand gegen die Anerkennung gewohnheitsrechtlicher Mindestverpflichtungen vor allem durch südamerikanische Staaten getragen wurde. Die hier zu beurteilenden Sachverhalte spielten sich aber in einem rein europäischen Kontext ohne Beteiligung südamerikanischer Staaten ab.

Als nächstes gilt es deshalb festzustellen, welche konkreten Rechtspositionen unter diesen Mindeststandard fallen. Dabei soll an erster Stelle der Schutz der Eigentumsrechte von Personen ausländischer Staatsangehörigkeit untersucht werden.

c) Der Schutz des Eigentums im völkerrechtlichen Fremdenrecht

Da der Heimatstaat «seine im Ausland befindlichen Angehörigen auch mit ihrem Vermögen zurückrufen kann, ist [...] das Vermögen des Ausländers nicht schlechthin der Rechtsordnung des Aufenthaltsstaates unterworfen»⁶⁸², sondern auch der Personalhoheit des Heimatstaates. Mit dieser Sichtweise wurde unter anderem die verhältnismässig prominente Stellung des Schutzes von Eigentumsrechten im völkerrechtlichen Fremdenrecht begründet. Gemäss VERDROSS schützte dieser Teilbereich des Fremdenrechts im fraglichen Zeitraum unter anderem die folgenden für die Thematik dieses Gutachtens relevanten Positionen:

«c) Nach dem Grundsatz der Achtung der erworbenen Privatrechte ist eine Wegnahme ausländischen Privatvermögens ohne Entschädigung (Konfiskation) verboten. Hingegen ist die Einziehung ausländischen Privateigentums im öffentlichen Interesse gegen angemessene Entschädigung (Enteignung) zulässig, da es sich dabei nur um einen Wechsel des Vermögenssubjektes handelt.

Der Grundsatz der Unverletzlichkeit des ausländischen Privateigentums ist durch verschiedene Schiedssprüche, sowie auch durch den IG [StIGH] anerkannt worden. Er wird auch durch zahlreiche Verträge bestätigt. [...]

⁶⁷⁹ VERDROSS (Völkerrecht) 273. So auch KIMMINICH 153: «Nur dort, wo die Behandlung der eigenen Staatsbürger dem völkerrechtlichen Mindeststandard für Ausländer entspricht, erfüllt der Staat durch die Gleichstellung mit den Inländern die Pflichten, die ihm das Völkerrecht auferlegt. Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, dass ein Staat die Schlechterstellung von Fremden durch den Hinweis auf den völkerrechtlichen Mindeststandard rechtfertigen kann. Dies wird zumindest dann unzulässig sein, wenn den Fremden im betreffenden Staat eine über den Mindeststandard hinausgehende Rechtsstellung eingeräumt war. Es ist nicht der Sinn der Theorie vom Mindeststandard, alle Fremden auf einen Mindeststandard herabzudrücken; sie will vielmehr eine untere Grenze festlegen, ohne eine obere Grenze vorzuschreiben. Im Gegensatz dazu hatte die Gleichheitstheorie in der Gleichstellung mit den Inländern ein Maximum gesehen, ohne sich um das Minimum zu kümmern.»

⁶⁸⁰ Siehe die Zusammenstellung der Praxis bei ROTH 88ff und insbesondere das als Schiedsspruch anerkannte Gutachten von MAX HUBER im Falle der *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, Reports of International Arbitral Awards II, 641 aus dem Jahre 1925. Unter Berufung auf dieses Urteil halten auch VERDROSS/SIMMA 801 fest: «Alle Rechte, die der Aufenthaltsstaat den Ausländern nach VR zu gewähren hat, wurzeln im Gedanken, dass die Staaten untereinander verpflichtet sind, in der Person der Ausländer die Menschenwürde zu achten. Das Interesse eines Staates, seine Angehörigen im Auslande zu schützen, hat daher den Vorrang vor der Achtung der inneren Souveränität des Aufenthaltsstaates.»

⁶⁸¹ Siehe z. B. VERDROSS (Völkerrecht) 273; DOLZER 19ff und KIMMINICH 154 mit vielen weiteren Hinweisen.

⁶⁸² VERDROSS (Völkerrecht) 275 und DERS. (Etrangers) 364ff.

d) Der Grundsatz der Unverletzlichkeit des ausländischen Privateigentums untersagt aber nur eine direkte Vermögensentziehung. Er verbietet weder Vermögenssteuern, noch Vermögensstrafen, noch Vermögensbeschränkungen im öffentlichen Interesse, wie z. B. den Mieterschutz, [...]»⁶⁸³

Während auch die übrige völkerrechtliche Literatur einhellig der Ansicht ist, dass eine Konfiskation, welche in einer entschädigungslosen Abtretung von Vermögensobjekten an ein anderes Rechtssubjekt besteht, auch in Form einer konfiskatorischen Besteuerung dem Fremdenrecht widerspricht⁶⁸⁴, erscheint die Situation bereits weniger klar, falls mittels einer staatlichen Massnahme «bloss» die Nutzungsberechtigung am Eigentum beschränkt oder entzogen wird. VANNOD hält diesbezüglich fest:

«Konfiskation liegt immer dann vor, wenn ein Eigentümer oder Berechtigter durch eine irgendwie geardete, staatliche Intervention sein Recht verliert oder in dessen Verwaltung und Nutzung in ungerechtfertigter Weise eingeschränkt wird, ohne dafür eine gerechte Entschädigung zu erhalten.

Es ist also nicht Voraussetzung, dass das Eigentumsrecht nach der Konfiskation beim Staat ist: Eine Konfiskation liegt auch vor, wenn das Eigentumsrecht des früheren Berechtigten formell unangetastet ist, der Staat ihm aber seine Verwaltungs- und Nutzungsrechte dauernd entzogen hat.»⁶⁸⁵

Diese Aussage stützt sich auf einen Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1942⁶⁸⁶, wo im Falle einer sogenannten behördlichen Zwangsverwaltung jüdischen Vermögens in der durch Deutschland besetzten Tschechoslowakei folgendes festgehalten wurde:

«Nach der Feststellung der Vorinstanz sind die Befugnisse des Zwangsverwalters umfassend. Die Verfügung [...] erklärt ihn als berechtigt und verpflichtet, alles anzuordnen, was zum ordentlichen Betrieb der Unternehmung notwendig ist. Der Zwangsverwalter ist insbesondere berechtigt, an Stelle des Besitzers sämtliche Erträge und Einnahmen aus der verwalteten Unternehmung einzuziehen und überhaupt alle die Unternehmung betreffenden Rechtshandlungen vorzunehmen. [...] Den Reinertrag der Unternehmung hat der Zwangsverwalter dem Besitzer auszuhändigen, aber erst nach Genehmigung der Abrechnung durch den Stadtrat. Der Zwangsverwalter ist zudem ermächtigt, den Reinertrag unter Genehmigung durch den Stadtrat zum weiteren Betrieb der Unternehmung, zum Ersatz eines Ausfalls oder zur Verbesserung der Betriebseinrichtung zu verwenden.

Mit der Zwangsverwaltung verliert also der Eigentümer vollständig die Verfügungsmacht über seine Unternehmung und die dazu gehörenden Vermögenswerte, und zwar auf unbestimmte Zeit. Dem Eigentümer entgeht auch die Nutzung seines Vermögens. Allerdings sollen ihm der Reinertrag zukommen. Aber die zahlreichen Befugnisse, die dem Zwangsverwalter und dem Stadtrat mit Bezug auf die Verwendung des Reinertrages zustehen, machen den grundsätzlich anerkannten Anspruch des Eigentümers auf den Reinertrag tatsächlich unwirksam. [...]

Die Zwangsverwaltung berührt somit das Eigentumsrecht nicht unmittelbar, kommt aber in ihrer Wirkung einer vollständigen und dauernden Enteignung gleich. Für diesen schwerwiegenden und umfassenden Eingriff in seine Rechte wird der Eigentümer nicht im geringsten entschädigt. [...]

Für den schweizerischen Richter ist eine solche Massnahme nicht beachtlich, da sie mit dem schweizerischen Rechtsempfinden in unverträglichem Widerspruch steht.»

⁶⁸³ A.a.O. 275f.

⁶⁸⁴ HAUSER 40ff; FEHRLIN 47ff.

⁶⁸⁵ VANNOD 40.

⁶⁸⁶ BGE 68 II 380ff. Vgl. auch BGE 60 II 311.

Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass zumindest nach schweizerischer Rechtsauffassung umfassende Nutzungs- und Dispositionsbeschränkungen des Eigentums dem Ordre public widersprachen und wohl auch als völkerrechtlich verpönt qualifiziert werden können.

d) Der Schutz weiterer «Freiheitsrechte» im völkerrechtlichen Fremdenrecht

Über den Eigentumsschutz hinaus finden sich in der Praxis des Fremdenrechts Schutzverpflichtungen, welche sich inhaltlich zu einem grossen Teil mit dem Kernbereich der heute auf internationaler Ebene geltenden Menschenrechte decken, wenn auch nie zur Diskussion stand, dass diese Garantien Ausländern eigene Rechte einräumen würden. VERDROSS umschreibt dieses für ein menschenwürdiges Dasein unentbehrliche Minimum folgendermassen:

«Ausserdem besteht nach VR die Pflicht, den Ausländern jene Freiheitsrechte einzuräumen, die nach der übereinstimmenden Auffassung der Kulturvölker für ein menschenwürdiges Dasein unentbehrlich sind. Sie dürfen also nicht ohne ernste Verdachtsgründe verhaftet werden, noch darf eine rechtmässigerweise verhängte Haft grundlos verlängert werden. Ebenso ist jede unmenschliche Behandlung eines Ausländers streng untersagt. [...] Ferner dürfen die Ausländer nicht gehindert werden, eine bestimmte Religion auszuüben. [...] Hingegen besteht keine allgemeine Pflicht, die öffentliche Religionsausübung zu gestatten.»⁶⁸⁷

Eine ähnliche Liste findet sich bereits im Standardbeitrag desselben Autors zum Fremdenrecht aus dem Jahre 1931⁶⁸⁸. Die schweizerische Doktrin stimmt dieser These im wesentlichen zu. So schützt z. B. das Fremdenrecht gemäss der Studie von FEHRLIN⁶⁸⁹ folgende Rechtspositionen: «Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Religion, Verkehr mit dem diplomatischen Vertreter des Heimatstaates und freie Rückreise.» Infolge Fehlens entsprechender Schutzgarantien auf Bundesstufe⁶⁹⁰ erweisen sich für den Schutz der Flüchtlinge insbesondere das Verbot der willkürlichen Haft sowie das strikte geltende Verbot der unmenschlichen Behandlung als praktisch relevant.

e) Diskriminierungsverbot?

Die Frage nach der Existenz eines Verbotes der Diskriminierung von Ausländern kann an dieser Stelle auf die Frage des Verbotes diskriminierender Einreisebestimmungen reduziert werden. In der Zeitperiode vor dem Ersten Weltkrieg konkurrierten in der Frage der Zulassung eine restriktive amerikanische Schule⁶⁹¹ und eine grosszügige kontinentaleuropäische Praxis⁶⁹². Insbesondere die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Zwischenkriegszeit führten jedoch auch in Europa zu einem Umdenken, welches in der Literatur zum völkerrechtlichen Fremdenrecht seinen Niederschlag fand. Nun herrschte die Meinung, die Staaten könnten die Einreise von

⁶⁸⁷ VERDROSS (Völkerrecht) 277.

⁶⁸⁸ VERDROSS (Etrangers) 376ff.

⁶⁸⁹ FEHRLIN 36f. An anderer Stelle wird jedoch betont, dass nur die willkürliche Beschränkung der persönlichen Freiheit völkerrechtliches Unrecht darstellt. A.a.O. 39f.

⁶⁹⁰ Siehe dazu vorne 2. Teil B.I.4.

⁶⁹¹ Siehe etwa die Darstellung der amerikanischen Einwanderungspraxis zu Beginn dieses Jahrhunderts, welche Personen asiatischer Herkunft oft generell von einer Einwanderung ausschloss, in SCHINDLER (Gleichberechtigung) 89ff.

⁶⁹² Vgl. dazu vorne 2. Teil B.II.3.a.

Ausländern frei regeln und damit auch aus irgendwelchen Gründen beschränken. So plädierten in den zwanziger Jahren verschiedene schweizerische Autoren unter Hinweis auf die damalige Staatenpraxis für die Freiheit der Staaten, ganze Kategorien unerwünschter Ausländer von einer Einwanderung generell auszuschliessen⁶⁹³, bzw. anerkannten sie als Ausfluss des Rechts auf Selbsterhaltung die Kompetenz der Staaten, bei einer grossen Zahl von Fremden diese wieder auszuweisen⁶⁹⁴. Symptomatisch für diese Position ist folgende Aussage von FEHRLIN⁶⁹⁵:

«Die Einwanderung [...] berührt die Interessen eines Staates so stark, dass ihm hier freie Hand gelassen werden muss. Er kann seine Entscheidung auch aus politischen Gründen treffen, die vor der Gerechtigkeit nicht standhalten mögen – allein, er ist darüber keine Rechenschaft schuldig.»

Als Beispiel für eine Entscheidung, «die vor der Gerechtigkeit nicht standhalten» kann, aber erlaubt ist, nennt FEHRLIN (in einer Anm. 3): «Beispielsweise die Diskriminierung der Rassen, um innenpolitische Spannungen nicht zu verschärfen.» In der Tat schlossen beispielsweise die USA ab 1894 Chinesen,⁶⁹⁶ und Australien bis in die sechziger Jahre dieses Jahrhunderts Nichtweise von der Einwanderung aus, ohne dass darin eine Völkerrechtsverletzung erblickt wurde. Noch deutlichere Ansichten finden sich zu dieser Frage in der Literatur zum schweizerischen Fremdenrecht, wo oft keinerlei Bezug zu allfälligen völkerrechtlichen Schranken der freien Regelung von Einreise und Aufenthalt durch die Staaten genommen wird und zumindest gemäss heutiger Rechtslage klar rassistische Differenzierungen propagiert werden. So führt das Standardwerk des schweizerischen Fremdenpolizeirechts von RUTH im Jahre 1934 unter dem Titel «Zulassungspolitik» aus⁶⁹⁷:

«Sie [die Weisungen von Bundesrat und EJPD] bedeuten der entscheidenden Behörde erteilte Anweisungen, wie diese ihre Entscheidungsfreiheit gegenüber dem Ausländer handhaben soll. Die Grundsätze, nach denen dies geschieht, sind politische (natürlich staats-, nicht parteipolitische), sie machen die Zulassungspolitik aus. Der Ausländer braucht sie nicht zu kennen; er hat keine Anspruch auf ihre Einhaltung. Ihm gegenüber ist die Behörde frei, gebunden ist sie nur gegenüber dem Staat.

Der oberste Gesichtspunkt [der Zulassungspolitik] ist derjenige der *Überfremdung*. Sie macht es uns zum strengen Gebot, möglichst wenige Ausländer zur Ansiedelung, bzw. zu dauerndem Bleiben in der Schweiz zuzulassen. [...]

Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich auch die Judenfrage, [...]. Den Antisemitismus halte ich für eine des rechten Schweizers unwürdige Barbarei. Auch der Jude kann den echten Rang besitzen, und der Christ oder Arier besitzt ihn kaum öfter. [...] Etwas anderes stellt sich jedoch die Frage der *jüdischen Zuwanderung*. Es ist eine unverkennbare Tatsache, dass vielfach die Juden schwer assimilierbar sind und unter ihnen ganz besonders die Ostjuden. Eine gewisse Anschmiegungsfähigkeit darf hierüber nicht täuschen. Vielfach waren diese Leute auch dort nicht verwurzelt, von wannen sie zu uns kommen möchten; eine gewisse Wurzellosigkeit liegt ihnen teilweise im Blut. [...]. Auch hier wie bei den politischen Flüchtlingen ist es uns nicht gestattet, magnetisch zu wirken. Politik der offenen Türen würde uns sofort derartige Mengen anziehen, dass wir erschrocken die Türe ganz zuschlagen müssten.

⁶⁹³ So im Jahre 1925 A. MÜLLER 12.

⁶⁹⁴ VON WALDKIRCH (Niederlassungsrecht) 61f.

⁶⁹⁵ FEHRLIN 33.

⁶⁹⁶ VON WALDKIRCH (Völkerrecht) 246.

⁶⁹⁷ RUTH 72ff.

Der Ausländer will oft nicht verstehen, dass auch gewisse nationale Unterschiede gemacht werden. Es kann uns aber nicht gleichgültig sein, wie viele Schweizer das Herkunftsland des Ausländers beherbergt (und allenfalls wie es sie behandelt!).»

Diese Aussage Ruths, der im Zeitpunkt der Veröffentlichung Adjunkt der Polizeiabteilung des EJPD war und hier die von ihm mitgestaltete Praxis seiner Behörde kommentiert, erscheint allerdings im Lichte eines Teils der völkerrechtlichen Literatur problematisch. Die Freiheit zu diskriminieren war, zumindest nach Auffassung eines wichtigen Teils der Lehre, nicht schrankenlos. In allgemeiner Form äusserte sich VERDROSS im Jahre 1931:

«[N]ul Etat de la communauté internationale ne prétend avoir le droit de fermer *arbitrairement* ses frontières aux étrangers. Tous ont, en fait, suivi la norme que chaque refus d'admission, pour être légitime au point de vue du droit des gens, doit se baser sur un titre raisonnable.»⁶⁹⁸

Ein Beispiel für eine unvernünftige Begründung findet sich bei VON WALDKIRCH, der im Jahre 1926 zu folgendem Schluss gelangt⁶⁹⁹:

«Der Grundsatz, dass das Gebiet eines Staates von den Angehörigen anderer Staaten betreten werden darf, gilt nicht ohne Einschränkung. Auch hier tritt dem Recht auf Verkehr das Recht auf Unabhängigkeit [...] entgegen. Jeder Staat kann die Bedingungen festsetzen, unter denen er Fremde auf seinem Gebiet zulässt. Er ist berechtigt, unerwünschten Fremden den Eintritt zu verwehren oder sie nachträglich zum Verlassen seines Gebietes zu zwingen. Seine Massnahmen dürfen aber nicht den Charakter einer allgemeinen und grundsätzlichen Abschliessung des Landes für alle Fremden annehmen.»⁷⁰⁰

Während gemäss dieser Ansicht zumindest eine pauschale und generelle Schliessung der Grenzen problematisch erscheint, billigt die damalige herrschende Lehrmeinung den Staaten beim Entscheid im Einzelfall eine beinahe unbegrenzte Kompetenz zu. Noch in den fünfziger Jahren kann SCHINDLER die Position der herrschenden Lehre folgendermassen darstellen:

«Wie die willkürliche Ausschliessung der Angehörigen einzelner bestimmter Staaten, so wird auch die willkürliche Ausschliessung der Angehörigen einzelner bestimmter Rassen als völkerrechtlich unzulässig betrachtet werden müssen. Dabei wird man freilich zu berücksichtigen haben, dass es hier um eine Frage der Selbsterhaltung der Staaten geht, die jeder Staat im wesentlichen für sich selbst zu beurteilen hat. Die Abwehr fremder Völker, die in grossen Massen in ein Land einströmen, ist zweifellos zulässig.»⁷⁰¹

In bezug auf die Rassendiskriminierung kommt SCHINDLER zwar nicht zu einem generellen Verbot, wohl aber zu folgender Differenzierung:

«Eine rassische Diskriminierung bei der Einwanderung dürfte aber dann unzulässig sein, wenn sie auch vom Standpunkt des diskriminierenden Staates aus gesehen sachlich nicht zu rechtfertigen ist. Dies

⁶⁹⁸ VERDROSS (étrangers) 343f. In seinem Lehrbuch des Völkerrechts aus dem Jahre 1950 äussert sich DERS. (Völkerrecht) 272 in ähnlicher Weise: «Über die Zulassung von Ausländern bestimmt das allgemeine VR nur, dass sich ein Staat nicht willkürlich vom Ausland absperren darf. Doch kann jeder Staat die Einreise an bestimmte Voraussetzungen knüpfen und aus vernünftigen Gründen einzelne Ausländer oder bestimmte Ausländergruppen überhaupt abweisen.»

⁶⁹⁹ VON WALDKIRCH (Völkerrecht) 244.

⁷⁰⁰ An anderer Stelle wird jedoch die Diskriminierung von Asiaten in Einwanderungsfragen kritisiert, dies zumindest seit «Japan und China als vollwertige Glieder der Völkerrechtsgemeinschaft gelten und dementsprechend für ihre Angehörigen eine bessere Behandlung verlangen können als früher».

⁷⁰¹ SCHINDLER (Gleichberechtigung) 94.

könnte z. B. dann der Fall sein, wenn von verschiedenen in ähnlichem Grade fremden Rassen nur eine einzelne ausgeschlossen würde. Eine solche Handlung würde einen Rechtsmissbrauch darstellen.»⁷⁰²

Ein generelles Diskriminierungsverbot vertritt demgegenüber bereits in den frühen dreissiger Jahren KELSEN:

«L'Etat, du moins d'après l'opinion de la majorité de la doctrine, comme on l'a déjà fait observer précédemment, n'est en général pas obligé par le droit international à l'égard des ressortissants d'Etats étrangers de tolérer leurs entrée et leur séjour sur son territoire. S'il le fait en général, il doit à ce point de vue traiter de la même manière le ressortissants de tous les Etats, c'est-à-dire qu'il ne doit pas fermer son territoire aux nationaux d'un Etat déterminé. Toutefois, il possède en outre la police des étrangers, qui permet de limiter de façon considérable la liberté d'établissement des étrangers. Ces limitations peuvent se manifester soit par le refus d'admission, soit par l'expulsion des étrangers. L'Etat peut refuser l'accès de son territoire à quelques étrangers ou à des catégories entières pour des motifs de sûreté, d'hygiène, de morale. Mais le refus d'admission ne doit pas avoir lieu, parce que l'étranger ou la catégorie d'étrangers appartient à un Etat déterminé. Il ne doit pas non plus résulter indirectement de ce que le refus d'admission des ressortissants d'un Etat déterminé se fonde sur leur race. Par exemple, lorsque la Russie renvoya les nationaux israélites des Etats-Unis, ceux-ci exercèrent des représailles (Dénonciation du Traité russo-américain de 1832).»⁷⁰³

f) Fazit

Aus dieser Übersicht ergibt sich, dass das zeitgenössische Fremdenrecht den Staaten hinsichtlich der Frage der Einreise und Niederlassung keine klaren Schranken setzte, sondern ihnen weitgehend freie Hand liess, soweit Einreisebeschränkungen nicht geradezu willkürlich, d. h. ohne jegliche sachliche Motive erfolgten. Damit fielen auch staatliche Handlungen, die gemäss heutiger Rechtslage das völkerrechtliche Diskriminierungsverbot verletzen würden, noch in den alleinigen Souveränitätsbereich der Staaten. Allerdings mussten nach einem wichtigen Teil der Lehre rassische Diskriminierungen mit objektiven Gründen wie interne Spannungen, effektive «Überfremdung» etc. begründet werden, d. h., sie durften nicht einfach auf rassistischen Vorurteilen beruhen.

Klarer und griffiger ist der fremdenrechtliche Mindeststandard namentlich in den Bereichen Eigentumsschutz und dem Verbot willkürlicher oder unmenschlicher Haft.

5. Exkurs: Internationalprivatrechtlicher Ordre public

Es bleibt zu prüfen, ob sich für die Beurteilung der schweizerischen Flüchtlingspolitik im Zweiten Weltkrieg rechtliche Grundsätze aus dem Bereich des sogenannten internationalen Privatrechtes ableiten lassen. Wie bereits dargestellt, hat das Bundesgericht nach Kriegende anerkannt, dass die deutsche Rassengesetzgebung und ihre Konsequenzen dem Ordre public der Schweiz widersprach⁷⁰⁴. Es stellt sich die Frage, ob diese Auffassung bereits vor und während dem Krieg bestand.

⁷⁰² DERS. 94f.

⁷⁰³ KELSEN 254f.

⁷⁰⁴ BGE 72 I 407ff; auszugsweise zitiert vorne bei Anm. 646.

Die Rechtsfigur des Vorbehalts des Ordre public gehört dem sog. internationalen Privatrecht an. Sie besagt, dass ausländisches Recht und darauf gestützte Anordnungen und Urteile, welche (z. B. bei der Frage, welches Staatsbürgerrecht eine Person hat oder ob ihre Ehe im Ausland gültig geschlossen wurde) an sich beachtlich wären, in der Schweiz nicht anerkannt werden, wenn sie fundamentale Prinzipien der eigenen Rechtsordnung verletzen. In diesem Sinn hat das Bundesgericht 1938 in BGE 64 II 88 E. 5 97f. ausgeführt:

«Wenn auch das Wesen des ordre public kaum in allgemeiner und endgültiger Weise umschrieben werden kann, so lässt sich jedoch mit einiger Bestimmtheit die Aufgabe feststellen, die ihm zugedacht ist: Der ordre public soll in Fällen, wo grundsätzlich ausländisches Recht anwendbar ist, die Anwendung eines inländischen Rechtssatzes gewährleisten oder die Anwendung eines ausländischen verhindern, wenn sonst das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt würde.»

Beim Ordre public geht es nicht um Regeln des Völkerrechtes, sondern um solche der eigenen Rechtsordnung, welche in der Perspektive des 19. Jahrhunderts im Wettbewerb der Nationalstaaten gegenüber den Anmassungen fremder Staaten verteidigt werden sollten. Dieser Gedanke wurde im Zeitpunkt des Zweiten Weltkrieges wieder aktuell⁷⁰⁵.

Wurde das Verbot der Rassendiskriminierung im fraglichen Zeitraum als unverzichtbarer Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung eingestuft? Die Analyse der zeitgenössischen Doktrin ergibt ein zwiespältiges Bild: In der Literatur erwähnt SCHNITZER als Verfasser eines führenden, im fraglichen Zeitraum in drei Auflagen erschienenen Handbuches zum Internationalen Privatrecht⁷⁰⁶ das Thema im Kapitel über den Vorbehalt des Ordre public nicht⁷⁰⁷, und MARTI behandelt die Frage bloss unter dem rechtstechnischen Gesichtspunkt, ob die sogenannte Haager Eheschlusskonvention der Schweiz erlaube, dem deutschen Ehehindernis der Rassenverschiedenheit die Anerkennung zu versagen⁷⁰⁸. Demgegenüber betont NIEDERER, dass die Auswirkungen der deutschen Rassengesetzgebung vom schweizerischen Richter wegen ihres Verstosses gegen den schweizerischen Ordre public nicht zu schützen seien⁷⁰⁹.

Deutlicher ist die Praxis. Das Bundesgericht betonte bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1942, dass eine auf der deutschen Rassengesetzgebung beruhende Zwangsverwaltung von Vermögen nicht nur deshalb «zu den Grundlagen des schweizerischen Rechts im schroffsten Gegensatz» stehe, weil sie der Anerkennung des Privateigentums widerspreche, sondern auch, weil sie «dem Grundsatz der Rechtsgleichheit, der einen Eingriff in das Vermögensrecht einer

⁷⁰⁵ Deutlich NIEDERER 3: «Und heute nun, da wieder Nation gegen Nation, Weltanschauung gegen Weltanschauung stehen, heute merkt man plötzlich wieder, dass es sich hier [beim Vorbehalt des Ordre public] nicht um einen Schönheitsfehler, um eine störende Ausnahmeregel handelt, sondern um ein elementares Prinzip der Selbstverteidigung des Rechts, um ein Axiom des nationalen Rechts, das so lange bestehen wird, als es ein nationales Recht gibt.»

⁷⁰⁶ ADOLF F. SCHNITZER, Handbuch des Internationalen Privatrechts, 1. Aufl., Zürich/Leipzig 1937, 2. Aufl. Basel 1944, 3. Aufl. Basel 1950.

⁷⁰⁷ In der 3. Auflage (226f) wird immerhin auf den oben erwähnten BGE 72 I 407ff verwiesen.

⁷⁰⁸ HANS MARTI, Der Vorbehalt des eigenen Rechtes im internationalen Privatrecht der Schweiz, Bern 1940, 74ff.

⁷⁰⁹ NIEDERER 16f.

Person *einzig wegen ihrer Rasse* nicht zulässt», zuwiderlaufe⁷¹⁰. Diese Auffassung bestätigte es im erwähnten BGE 72 I 407 aus dem Jahre 1946 ausdrücklich⁷¹¹. Auf kantonaler Ebene liessen die Behörden des Kantons Basel-Stadt bereits Mitte der dreissiger Jahre Eheschliessungen mit ehemaligen Deutschen jüdischer Abstammung trotz Fehlens der gesetzlichen Voraussetzung, im Heimatland ehefähig zu sein, mit ausdrücklichem Hinweis auf die Ordre-public-Widrigkeit der deutschen Rassengesetzgebung zu⁷¹².

Auch wenn diese Praxis nur punktuell ist und in der Literatur bezüglich des ordre public-widrigen Gehaltes der deutschen Rassengesetzgebung nur wenig rezipiert wurde, finden sich hier doch die deutlichsten Aussagen zur Unvereinbarkeit systematischer Rassendiskriminierung mit der schweizerischen Rechtsordnung.

III. Ausgewählte Problembereiche

1. Vorbemerkung: Kategorisierung der Flüchtlinge in der Schweiz

Bei der Beurteilung jener Teilaspekte der schweizerischen Flüchtlingspolitik, die im folgenden näher zu betrachten sind, muss zwischen den verschiedenen Rechtsgrundlagen für ihren Aufenthalt in der Schweiz unterschieden werden, da dies Auswirkungen auf die Beurteilung ihrer Behandlung hat. Diese Grundlagen und die dadurch geschaffenen Rechtskategorien von Flüchtlingen sind vorne bereits dargestellt worden⁷¹³. Sie sind hier zu rekapitulieren.

Zu unterscheiden ist zwischen Zivil- und Militärflüchtlingen. Zu den *Zivilflüchtlingen* gehören: (1) *Emigranten*, d. h. Personen, welche legal in die Schweiz eingereist waren und von den Kantonen eine Toleranzbewilligung gemäss Art. 7 ANAG erhielten; (2) «*Flüchtlinge*», d. h. Zivilpersonen, welche während des Krieges (meist illegal) in die Schweiz gekommen waren und von keinem Kanton eine Toleranzbewilligung erhalten hatten; sie wurden gemäss Art. 14 Abs. 2 ANAG in einer geschlossenen Anstalt, einem Lager oder durch freie Unterbringung im Sinn eines bewilligten Aufenthaltsortes interniert; und (3) *Politische Flüchtlinge*, d. h. Personen, die wegen ihrer Gefährdung aus politischen Gründen von der Bundesanwaltschaft als solche anerkannt worden waren und Asyl im Sinn einer Toleranzbewilligung erhalten hatten.

Die *Militärflüchtlinge* umfassten folgende Kategorien: (1) *Internierte*, d. h. Angehörige fremder Truppen, die in die Schweiz geflüchtet oder abgedrängt worden waren. Sie wurden auf der Basis von Art. 11 des Haager Abkommens vom 18. Oktober 1907 betreffend die Rechte und

⁷¹⁰ BGE 68 II 377, 381 E. 3 (Hervorhebung durch die Verfasser). Zur Problematik der Deponierungspflicht hinten 2. Teil B.III.2.b.bb.

⁷¹¹ BGE 72 I 407, 413 E. 4. Der Entscheid löste eine heftige Diskussion aus, da die Nichtanerkennung der deutschen Ausbürgerung bewirkte, dass die Klägerin, die mit ihrer Heirat mit einem deutschen Juden das schweizerische Bürgerrecht verloren hatte, weiterhin als Deutsche galt! Das Bundesgericht änderte deshalb seine Praxis später wieder (BGE 74 I 346, Urteil vom 8. Oktober 1948), ohne allerdings die krasse Rechtswidrigkeit der Rassengesetzgebung je in Frage zu stellen.

⁷¹² ZBl 1936, 244f und 382f.

⁷¹³ Vorne 1. Teil A.I.3.

Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges interniert und konventionskonform an der Ausreise gehindert; (2) *Entwichene Kriegsgefangene*, welche auf der Basis von Art. 13 der gleichen Haager Konvention an einem zugewiesenen Aufenthaltsort betreut wurden; (3) *Deserteure*; sie wurden gemäss Art. 16 des Bundesratsbeschlusses über die Änderungen der fremdenpolizeilichen Regelung vom 17. Oktober 1939 notrechtlich vom EJPD behandelt und konnten in der Regel in der Schweiz bleiben; (4) *Refraktäre*, d. h. Ausländer, die in ihrem Heimatland einem militärischen Aufgebot keine Folge geleistet hatten, in die Schweiz geflohen waren und dort in der Regel als Zivilisten gemäss Art. 14 Abs. 2 ANAG interniert wurden; und (5) *Hospitalisierte*, d. h. kranke ausländische Wehrmänner, welche auf der Grundlage besonderer Vereinbarungen mit den Kriegsparteien einige Zeit in die Schweiz kamen, um hier gepflegt zu werden.

In der folgenden Darstellung werden die Begriffe im eben definierten Sinn verwendet. Wo der Begriff «Flüchtling» nicht mit dem Adjektiv «politisch» qualifiziert wird, meint er in Übereinstimmung mit der zeitgenössischen schweizerischen Terminologie jene Kategorie von in die Schweiz geflohenen Zivilpersonen, welche weder Asyl noch eine Toleranzbewilligung als Emigranten erhielten, sondern gemäss Art. 14 Abs. 2 ANAG interniert wurden, bis ihre Ausreise aus der Schweiz möglich wurde.

2. Rechtmässigkeit der Deponierungspflicht von Flüchtlingsvermögen?

a) Die Deponierungspflicht von Flüchtlingsvermögen

Ursprünglicher Zweck der Deponierungspflicht von Wertsachen im Eigentum von Flüchtlingen war die Verhinderung von Diebstahl, da die Flüchtlinge gemäss Art. 14 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer von 1931 in der Regel bereits zu Beginn des Zweiten Weltkrieges in einer kollektiven Unterkunft interniert wurden⁷¹⁴. Zudem sollte mit dieser Massnahme die Entstehung eines Schwarzhandels mit rationierten Gütern und andere Umgehungen kriegswirtschaftlicher Massnahmen unterbunden werden⁷¹⁵. Schliesslich ging es um die Sicherstellung der Kosten für den Unterhalt des Flüchtlings⁷¹⁶.

⁷¹⁴ EJPD-Bericht 142: «Menschen, die kollektiv untergebracht werden mussten, konnten unmöglich Wertsachen oder grössere Geldsummen auf sich behalten, ohne dass mit Diebstählen oder sonstigen Verlusten hätte gerechnet werden müssen.»

⁷¹⁵ A.a.O. 142: «Auch sollte damit Schwarzhandel, zu dem bei einem Teil der Flüchtlinge eine starke Neigung bestand, möglichst vermieden werden. [...] Es musste verhindert werden, dass unter Umgehung der Zollvorschriften und der Vorschriften über die Umsatz- und Luxussteuer Waren eingeführt wurden, die dann in der Schweiz weiter verkauft wurden. Schliesslich trugen einzelne Flüchtlinge Wertsachen bei sich, für die kriegswirtschaftliche Vorschriften Veräusserungsbeschränkungen oder gar die Beschlagnahme gegen Entschädigung vorsahen.»

⁷¹⁶ A.a.O. 142: «Sodann hatten die Behörden, die für den Unterhalt der Flüchtlinge aufkommen mussten, alles Interesse, festzustellen, über welche Mittel ein Flüchtling verfügte, und dafür zu sorgen, dass diese Mittel nötigenfalls auch für seinen Unterhalt gesichert blieben.» Vgl. dazu auch den BRB über Zusatz zum BRB vom 17. Oktober 1939 über Änderungen der fremdenpolizeilichen Regelungen vom 17. März 1940, dessen Art. 3 festhält, «bemittelten Internierten können die Kosten der Internierung aufgebunden werden».

Gemäss den uns vorliegenden Dokumenten konnte sich diese Deponierungspflicht bis zum 13. Oktober 1942 auf keine ausdrückliche Grundlage⁷¹⁷ und zwischen diesem Zeitpunkt und März 1943 einzig auf administrative Weisungen des EJPD abstützen⁷¹⁸: So bestimmten die *Richtlinien der Polizeiabteilung über die Behandlung der Flüchtlinge nach der Festnahme und in den Auffanglagern* vom 13. Oktober 1942 in ihrer Ziff. 10:

«Geldmittel und Wertgegenstände sind, soweit das noch nicht geschehen ist, einzuziehen und gegen Quittung durch das Lagerkdo. in Depot zu nehmen. Ein Betrag bis zu 100 Schweizerfranken ist dem Flüchtling zu überlassen. Werden Flüchtlinge in ein anderes Auffanglager versetzt, sind Geldbeträge und Wertsachen direkt dem Lagerkdo. des neuen Auffanglagers zuzuleiten, das seinerseits die Wertgegenstände in Verwahrung nimmt. Werden Flüchtlinge später durch Internierungsbeschluss der Polizeiabteilung interniert, sind die Wertsachen [...] der eidg. Polizeiabteilung zuzuleiten, wobei wiederum maximal Fr. 100 dem Flüchtling belassen werden können. Flüchtlinge, die durch Verfügung der Polizeiabteilung aus dem Lager entlassen werden, weil ihr Aufenthaltsverhältnis in irgendeinem Kanton fremdenpolizeilich geregelt worden ist, sind die Vermögensstücke herauszugeben, soweit die Polizeiabteilung nicht etwas anderes verfügt.»

Diese Richtlinien wurden am 20. Januar 1943 dahingehend ergänzt, dass es erlaubt wurde, Flüchtlingen, die eigenes Vermögen besaßen, ein Taschengeld von maximal zwanzig Franken pro Monat auszuzahlen sowie Geldmittel aus deren Guthaben zur Anschaffung von dringend benötigten Kleidern und anderen Gütern freizugeben⁷¹⁹. Zusätzlich wurden in dieser Weisung fixe Pensionspreise für die Auffanglager und andere Unterkünfte festgeschrieben, die ein Flüchtling, falls er ein Vermögen über 300 Franken besass, zu bezahlen hatte⁷²⁰.

Am 12. März 1943 schliesslich wurde die Hinterlegungspflicht im *BRB über die Unterbringung von Flüchtlingen* notrechtlich verankert. Dessen Art. 8 lautet:

«Geldmittel und Wertsachen, die der Flüchtling in der Schweiz besitzt oder aus dem Ausland oder in der Schweiz erhält, sind zur Verwaltung bei einer vom Justiz- und Polizeidepartement zu bezeichnenden Treuhandstelle zu hinterlegen. Die Mittel eines Flüchtlings haften in erster Linie für alle öffentlich-rechtlichen Ansprüche, für die Kosten seines Lebensunterhaltes und desjenigen seines Ehegatten, seiner Kinder, Eltern und Geschwister und sind im übrigen für die Weiterwanderung zurückzulegen. Die Polizeiabteilung ist berechtigt, bei der Treuhandstelle einen zur Sicherung dieser Ansprüche ausreichenden Betrag gegenüber allfälligen privatrechtlichen Forderungen gegen den Flüchtling zu sperren.⁷²¹

Die Treuhandstelle⁷²² hat alle ausländischen Devisen, die ihr übergeben werden, zum Tageskurs in Schweizergeld umzuwechseln. Die Polizeiabteilung kann verfügen, dass Schmuck, Edelsteine und

⁷¹⁷ Bis zu diesem Zeitpunkt wurden die bis dahin unbedeutenden Geldbeträge bei der Polizeiabteilung hinterlegt.

⁷¹⁸ Siehe EJPD-Bericht 143ff, v.a. 145: «Damit [mit BRB vom März 1943] wurde durch Vollmachtenbeschluss festgehalten, was bereits nach administrativer Weisung des Departements und der zuständigen Armeestellen galt».

⁷¹⁹ Ziff. 1 und 2 der Ergänzung vom 20. Januar 1943 der «Richtlinien über die Behandlung der Flüchtlinge in den Auffanglagern», vom 13. Oktober 1942.

⁷²⁰ Gemäss Ziff. 3 dieser Weisung belief sich der Pensionspreis in Auffanglagern auf Fr. 3.-- und in Hotels und Pensionen auf Fr. 3.50. Zusätzlich hielt diese Weisung in Ziff. 4 explizit fest, dass Geldbeträge in ausländischer Währung ohne Einwilligung des Eigentümers nicht in Franken umgewechselt und Wertgegenstände nicht verwertet werden dürfen.

⁷²¹ Durch die nur für die Behörden bestimmte Weisung des EJPD über die Unterbringung der Flüchtlinge vom 20. März 1943 wurde diese Regelung des BRB dahingehend konkretisiert, dass Flüchtlingen, die in Hotels oder Pensionen untergebracht waren, über den Beherbergungspreis hinaus aus ihrem Vermögen ungefähr Fr. 100.-- als Taschengeld auszuzahlen sei (Ziff. 42).

⁷²² In der Weisung der Polizeiabteilung des EJPD vom 25. Mai 1943 wurde die Schweizerische Volksbank als einzige Treuhandstelle bezeichnet. Die Eidgenossenschaft übernahm für die einwandfreie Führung der Konten durch die Treuhandstelle jedoch keinerlei Haftung (EJPD-Bericht 146).

andere Wertsachen versilbert werden, soweit dies zur Deckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche und der Kosten der Unterbringung notwendig scheint.»

Diese Regel wurde in der Folge in verschiedenen Weisungen der Polizeiabteilung des EJPD näher konkretisiert. So wurde am 15. Juni 1943 ausdrücklich die Ergreifung von Massnahmen zur Verhinderung des Handels mit Diamanten und versteckten Geldmitteln gefordert. Die Lagerleitungen mussten allerdings auch aufgefordert werden, auf Taschengeldüberweisungen von Verwandten oder Konsulaten, soweit diese den Betrag von zwanzig Franken pro Monat nicht überstiegen, nicht weitere zusätzliche Abzüge für verlorenes oder defektes Material vorzunehmen bzw. den Flüchtlingen nicht Gegenstände mit blossem Liebhaberwert abzunehmen⁷²³. Bereits am 20. Dezember 1943 wurde die Verpflichtung der Flüchtlinge zur Abgabe ihrer Geldmittel in zwei weiteren Weisungen festgeschrieben⁷²⁴. Die Regelung der Hinterlegung wurde schliesslich am 7. März 1947 mittels eines neuen BRB aufgehoben.

Die Verpflichtung der Flüchtlinge, nach Massgabe ihrer finanziellen Möglichkeiten für ihren Unterhalt selbst aufzukommen, wurde bereits in einem Bundesratsbeschluss vom 17. Mai 1940⁷²⁵ ausdrücklich festgelegt und in Art. 8 des Bundesratsbeschlusses vom 12. März 1943 über die Unterbringung von Flüchtlingen präzisiert.

b) Beurteilung

aa) Die Pflicht zur Kostentragung⁷²⁶

Die Pflicht zur Kostentragung erscheint *inhaltlich* aus folgenden Gründen nicht rechtswidrig:

- *Verfassungsrecht*: Nach ständiger, auch heute noch geltender Praxis fällt die Pflicht zur Tragung von Kosten nicht unter den Schutz der Eigentumsgarantie⁷²⁷. Verfassungsrechtlich ist die Pflicht zur Kostentragung damit allein unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit zu beurteilen. Dieses Verbot bedeutet im fraglichen Zeitraum ein Verbot von Unterschieden, die mangels jeder sachlichen Begründung als willkürlich erscheinen⁷²⁸. Rechtsungleichheit in diesem Sinn lässt sich auch ohne Rückgriff auf notrechtliche Rechtfertigungen aus folgenden Gründen verneinen: Erstens sah bereits Art. 7 ANAG für alle Personen mit Toleranzbewilligung eine Kautions- oder Sicherstellungspflicht für Ansprüche des Staates gegenüber dem Betroffenen vor; a fortiori durften solche Leistungen von Personen verlangt werden,

⁷²³ Ziff. 7 bis 9 der Weisung vom 15. Juni 1943: Ergänzung der Richtlinien über die Behandlung der Flüchtlinge in den Auffanglagern vom 13. Oktober 1942.

⁷²⁴ Die Richtlinie der Polizeiabteilung vom 10. Dezember 1943 über die Aufgaben der Ter. Pol. Of. bei der Aufnahme von Flüchtlingen sowie die Richtlinie über die Behandlung von Flüchtlingen in den Auffanglagern statuieren beide, dass von Flüchtlingen Wertsachen sowie Geldmittel im Betrag, der fünfzig Franken übersteigt, einzuziehen sind. Ferner regelt die zweitgenannte Richtlinie wiederum die Preise welche Flüchtlinge mit einem Vermögen von mehr als Fr. 300.-- für Unterkunft und Verpflegung zu zahlen haben, sowie unter den gleichen Voraussetzungen die Auszahlung eines monatlichen Taschengeldes von max. Fr. 30.--.

⁷²⁵ Erwähnt im EJPD-Bericht 155. Der Beschluss stand uns nicht zur Verfügung.

⁷²⁶ Zur Sonderproblematik der Aberkennung der Niederlassungsbewilligung von Deutschen, welche auf der Basis der Rassengesetzgebung ihre Staatsbürgerschaft verloren hatten, siehe vorne 2. Teil B.II.3.e.aa.

⁷²⁷ Siehe z. B. HÄFELIN/HALLER (Anm. 478) 435f.

⁷²⁸ Vorne 2. Teil B.I.3 .

welchen die Schweiz nicht einmal eine Toleranzbewilligung gewährte. Zweitens kannte – und kennt – das schweizerische Recht generell und unabhängig von der Nationalität die Möglichkeit der Überwälzung der Kosten für zwangsweise begründete Unterbringung auf die Betroffenen, so gemäss Art. 368 StBG für den Straf- und Massnahmenvollzug. Schliesslich sieht auch das geltende Asylrecht vor, dass Asylsuchende Fürsorgekosten zurückzuerstatten und für künftige Kosten Sicherheit zu leisten haben⁷²⁹, ohne dass je behauptet worden ist, dies verletze die Verfassung.

- *Völkervertragsrecht*: Genauerer Klärung bedürfte die Frage, ob das Haager Abkommen vom 18. Oktober 1907 betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges⁷³⁰ eine Kostenüberwälzung an internierte Angehörige fremder Armeen erlaubt. Die Frage ist aber wohl rein theoretischer Natur, weil solche Personen kaum mit namhaften Geldbeträgen und Wertsachen in die Schweiz kamen. Die Niederlassungsverträge sahen zwar teilweise eine Gleichbehandlung bezüglich Abgaben⁷³¹ vor. Allerdings liegt schon deshalb keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor, weil, wie eben dargestellt, gleich wie internierte Ausländer auch Schweizer die Kosten tragen mussten, wenn sie vom Staat zwangsweise in einer Anstalt untergebracht wurden⁷³².
- *Völkergewohnheitsrechtliches Fremdenrecht*: Dieses Rechtsgebiet kennt keinen Mindeststandard, welcher sich zur Frage der Kostentragung im Falle einer Internierung äussert.

bb) Deponierungspflicht

Da es möglich ist, jemandem Kosten zu überwälzen, ohne gleichzeitig sein Vermögen zwangsweise zu verwalten, ist die Frage der Deponierungspflicht von jener der Kostentragungspflicht zu unterscheiden. Hier führt eine verfassungs- und völkerrechtliche Beurteilung zu folgenden Ergebnissen:

- *Verfassungsrecht*: Das Bundesgericht äusserte sich 1942 zum Thema Zwangsverwaltung im Fall eines tschechischen Eigentümers, dessen Unternehmen von den deutschen Behörden zwangsverwaltet wurde. An sich hatte der Eigentümer Anspruch auf den Reingewinn, dieser blieb aber rein theoretischer Natur, weil die Verwalter jeden Reingewinn in das Unternehmen reinvestierten. Das Bundesgericht führte u.a. dazu aus:

«Die Zwangsverwaltung berührt somit das Eigentumsrecht nicht unmittelbar, kommt aber in ihrer Wirkung einer vollständigen und dauernden Enteignung gleich. Für diesen schwerwiegenden und umfangreichen Eingriff in seine Rechte wird der Eigentümer nicht im geringsten entschädigt. Für den

⁷²⁹ Art. 21a Asylgesetz von 1979 in der Fassung des Asylverfahrensbeschlusses von 1990. Art. 80f des totalrevidierten Asylgesetzes von 1998.

⁷³⁰ Dazu vorne 2. Teil B.II.2.

⁷³¹ Allerdings ist bereits zweifelhaft, ob die Kostentragungspflicht eine Abgabe im Sinne der Niederlassungsverträge darstellt.

⁷³² Zu den Kriterien der Prüfung einer Ungleichbehandlung vorne 2. Teil B.II.3.c. Zur Beschränkung der Anwendbarkeit der Niederlassungsverträge auf Personen mit Anwesenheitsbewilligung (Emigranten und politische Flüchtlinge mit Toleranzbewilligung) siehe vorne 2. Teil B.II.3.e.bb.

schweizerischen Richter ist eine solche Massnahme nicht beachtlich, da sie mit dem schweizerischen Rechtsempfinden in unverträglichem Widerspruch steht.»⁷³³

Die Verwaltung des Eigentums internierter Flüchtlinge stellte keine verkappte Enteignung in diesem Sinn dar, weil sie auf die Dauer der Internierung beschränkt war und im Anschluss daran die nach der Abrechnung der Kosten verbleibenden Vermögensgegenstände herausgegeben wurden. Die vorübergehende Nutzungsbeschränkung liess sich durch die oben erwähnten⁷³⁴ öffentlichen Interessen (Schutz gegen Diebstahl, Sicherstellung der Kosten, Verhinderung von Verstössen gegen kriegswirtschaftliche Massnahmen) weitgehend rechtfertigen. Fraglich ist teilweise aber die Verhältnismässigkeit der Massnahme: So war die Übernahme der Verwaltung über das Mass der zu erwartenden Kosten hinaus kaum gerechtfertigt⁷³⁵. Soweit dafür kein sachlicher Grund bestand, konnten sich die Behörden auch kaum auf ihre notrechtliche Befugnis für einen während Friedenszeiten unzulässigen Eingriff in verfassungsmässige Rechte berufen. Beurteilungskriterium muss auch hier sein, ob diese notrechtlichen Eigentumsbeschränkungen in sachlicher und zeitlicher Hinsicht offenkundig über das hinausgingen, was die Notsituation erforderte⁷³⁶. Wieweit und in welchen Situationen dies (nicht) zutraf, lässt sich ohne genaue Kenntnis der historischen Fakten nicht abschliessend beurteilen.

- *Völkervertragsrecht*: Die Kriegsgefangenenkonvention von 1929 enthält nur zwei Bestimmungen zur Frage der finanziellen Mittel im Besitz von Kriegsgefangenen⁷³⁷. Darin wird aber ausdrücklich die Möglichkeit einer Verwaltung dieses Vermögens durch die Gewahrsamsmacht statuiert⁷³⁸, weshalb selbst eine analoge Anwendung dieses Vertrages der Deponierungspflicht nicht entgegenstehen würde. Bezüglich der Niederlassungsverträge lässt sich Folgendes festhalten: Die Vermögensverwaltung von Eigentum betraf für Flüchtlinge, die nicht staatenlos geworden waren, den in diesen Vertragswerken verankerten Eigentumschutz. Dieser war für Flüchtlinge aus Deutschland, Österreich und Italien auch in Kriegzeiten anwendbar⁷³⁹, falls man sich auf den Standpunkt stellt, dass der Eigentumsschutz auch für internierte Personen galt⁷⁴⁰. Entscheidend ist deshalb, ob tatsächlich eine Ungleichbehandlung vorlag. Dafür spricht, dass Schweizer, die in anderen Kontexten kostenpflichtig waren oder der Umgehung kriegswirtschaftlicher Massnahmen verdächtigt wurden, nicht ihr ganzes Vermögen einer entsprechenden Vermögensverwaltung unterstellen mussten. Die

⁷³³ BGE 68 II 383f. Zur Aussage im gleichen Urteil, dass auch die damit verbundene Rassendiskriminierung gegen den schweizerischen Ordre public verstosse, vorne bei Anm. 710.

⁷³⁴ Vorne 2. Teil B.III.2.a.

⁷³⁵ Aus der vernünftigen Pflicht zur Deponierung folgte nicht zwangsläufig, dass die Eigentümer über ihr Vermögen nur noch mit behördlicher Bewilligung verfügen konnten.

⁷³⁶ Zu diesem Beurteilungsmassstab vorne 2. Teil A.IV.3.

⁷³⁷ Art. 23 und 24.

⁷³⁸ Art. 24.

⁷³⁹ Vorne 2. Teil B.II.3.d.

⁷⁴⁰ Zu diesem Problem vorne 2. Teil B.II.3.e.bb.

Argumente gegen eine Ungleichbehandlung erscheinen aber eher stärker. Erstens ist das Unterscheidungsmerkmal nicht die Staatsangehörigkeit, an welche man nicht anknüpfen darf, sondern das Fehlen einer Anwesenheitsbewilligung: Ausländer der gleichen Nationalität mit einer fremdenpolizeilichen Bewilligung waren der Deponierungspflicht nicht unterstellt⁷⁴¹. Überdies mussten sich im Rahmen des Notrechtes auch Schweizer überaus empfindliche oder gar weitergehende Eingriffe in ihr Eigentum gefallen lassen (z. B. militärische Requisitionen oder Requisitionen von Gebäuden zur Unterbringung von «Flüchtlingen» und Emigranten⁷⁴²), so dass kaum von einer eigentumsmässigen Diskriminierung wegen der Ausländereigenschaft⁷⁴³ gesprochen werden kann. Problematisch erscheint jedoch der Zwangsumtausch ausländischer Devisen zu ungünstigen Kursen, was zu einer Vermögensverminderung führte. Diese Massnahme muss für eine abschliessende Beurteilung allerdings im Gesamtkontext des Devisenrechts beurteilt werden, welches nicht Gegenstand dieses Gutachtens ist.

- *Völkergewohnheitsrechtliches Fremdenrecht*: Da, wie erwähnt, die Vermögensverwaltung als vorübergehende Nutzungsbeschränkung nicht das Mass einer entschädigungspflichtigen Enteignung erreichte, griff der fremdenrechtliche Mindeststandard des Eigentumsschutzes nicht.

cc) Rechtsgrundlage

Unter landesrechtlichen Gesichtspunkten erscheint es problematisch, dass erst mit Art. 8 des Bundesratsbeschlusses über die Unterbringung von Flüchtlingen vom 12. März 1943 eine saubere notrechtliche Grundlage für die Vermögensverwaltung geschaffen wurde. Allerdings wurden offenbar die vorangehenden Weisungen und Richtlinien der Polizeiabteilung vom Bundesrat genehmigt⁷⁴⁴, so dass kaum von einem Verstoß gegen die notrechtlichen Kompetenzen des Bundesrates gesprochen werden kann. Der Vollmachtenbeschluss ermächtigte ihn nämlich zu den «erforderlichen Massnahmen», ohne zu bestimmen, dass diese notwendigerweise immer in Verordnungform ergehen mussten.

3. Rechtmässigkeit der Solidaritätsabgabe?

a) Die Solidaritätsabgabe

Bis zum Beginn des Zweiten Weltkrieges wurden die Kosten für den Unterhalt der in die Schweiz eingereisten Flüchtlinge wesentlich durch private Leistungen und Spenden getragen,

⁷⁴¹ Dies ergibt sich aus Ziff. 10 der Richtlinien der Polizeiabteilung über die Behandlung der Flüchtlinge nach der Festnahme und in den Auffanglagern vom 13. Oktober 1942 und Art. 8 i.V. mit Art. 2 des BRB über die Unterbringung von Flüchtlingen vom 12. März 1943 und aus der Tatsache, dass die Notwendigkeit der Zwangsverwaltung primär mit der Internierung begründet wurde; EJPB-Bericht 142.

⁷⁴² Art. 2 und 3 des BRB über die Unterkunft von Internierten und Flüchtlingen erlaubte die Requisition geeigneter Unterkünfte für die Unterbringung von internierten Armeeeingehörigen und von Zivilflüchtlingen.

⁷⁴³ Zu diesem Kriterium vorne 2. Teil B.II.3.c.

⁷⁴⁴ EJPB-Bericht 159.

wobei sich insbesondere Schweizer und Schweizerinnen jüdischer Glaubenszugehörigkeit dafür «grosse Opfer auferlegen» mussten⁷⁴⁵. Trotz Bedenken⁷⁴⁶ wurde deshalb der Plan verfolgt, auch das Vermögen der Flüchtlinge als Finanzquelle zur Deckung der Ausgaben der Hilfswerke, d. h. auch für die Betreuung anderer, mittelloser Flüchtlinge, heranzuziehen:

«Der Grundgedanke war, dass der Bund zu Handen der Hilfsorganisationen von den vermögenden Flüchtlingen einen angemessenen Beitrag an die Kosten der Unterbringung und des Unterhalts der armen Flüchtlinge einzog, so dass also die Flüchtlinge zu dem gezwungen wurden, was die Hilfsorganisationen von den ihnen nahestehenden schweizerischen Kreisen auf dem Wege freiwilliger Beiträge erhoben.»⁷⁴⁷

Bereits im Jahre 1939 wurde deshalb in einem Notrechtserlass⁷⁴⁸ beschlossen, dass die Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung für Emigranten⁷⁴⁹ von einer finanziellen Leistung für die Flüchtlingsbetreuung abhängig gemacht werden konnte⁷⁵⁰. Es wurde jedoch bald offenkundig, dass diese Bestimmung als Grundlage für eine Abgabe «nicht genügen konnte»⁷⁵¹, weshalb mit Bundesratsbeschluss vom 18. März 1941 eine gesonderte Rechtsgrundlage für diese Abgabe geschaffen wurde, «um nicht auf diese Leistungen verzichten zu müssen»⁷⁵². Dieser *BRB über den Beitrag der ausländischen Flüchtlinge an die Hilfsorganisationen für Emigranten* legt in seinen ersten beiden Artikeln fest, dass alle Personen, die nach dem 1. September 1929 in die Schweiz eingereist sind und nicht mehr in den Heimatstaat oder früheren Wohnsitzstaat zurückkehren können, ab einem Vermögen von Fr. 20 000 eine Grundtaxe sowie einen genau

⁷⁴⁵ EJPB-Bericht 159.

⁷⁴⁶ A.a.O.: «Die Polizeiabteilung verhielt sich gegenüber solchen Vorschlägen zunächst ablehnend. Eine Vermögensabgabe schien zunächst nicht unbedenklich.»

⁷⁴⁷ EJPB-Bericht 159.

⁷⁴⁸ BRB über Änderungen der fremdenpolizeilichen Regelung vom 17. Oktober 1939.

⁷⁴⁹ Emigranten wurde in der Regel eine sogenannte Toleranzbewilligung erteilt, welche gemäss Art. 7 des damaligen Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer erteilt wurde, falls die betreffende Person ausländischer Staatsangehörigkeit papierlos war oder falls die Erteilung dieser stets nur befristet geltenden Bewilligung sonst «aus besonderen Gründen angemessen» erschien. Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung hatte in der Regel «der tolerierte Ausländer eine Kaution zu leisten oder eine Sicherheit zu stellen für alle öffentlich-rechtlichen Ansprüche und für die Erfüllung der auferlegten Bedingungen».

⁷⁵⁰ Art. 12 Abs. 2 BRB vom 17. Oktober 1939: «Die eidgenössische Fremdenpolizei kann an ihre Zustimmung zur Toleranzbewilligung von bemittelten Emigranten die Bedingung knüpfen, dass diese an die Kosten privater Hilfsorganisationen für Unterbringung, Unterhalt und Weiterreise unbemittelter Emigranten angemessene Beiträge zahlen». Im ersten Vollmachtenbericht des Bundesrates finden sich keine spezifischen Ausführungen zu dieser Norm; vgl. BBl 1939 II 611f.

⁷⁵¹ EJPB-Bericht 159. Der Bericht gibt keine nähere Begründung für diese Einstufung. Die Abstützung auf Art. 7 Abs. 3 ANAG, wonach die Toleranzbewilligung mit Bedingungen verknüpft werden konnte, war aber offenkundig problematisch, da damit Bedingungen fremdenpolizeilicher Art gemeint sind, worunter die Solidaritätsabgabe mit ihrem Steuercharakter nicht fallen konnte.

⁷⁵² Vgl. die Aussagen des Bundesrates in BBl 1941 386: «Unterbringung und Unterhalt, sowie die Ermöglichung der Weiterwanderung haben grosse Aufwendungen beansprucht. Hiefür haben in der Hauptsache schweizerische Hilfsorganisationen gesorgt. Da diese Flüchtlinge insbesondere Juden sind, fiel insbesondere der jüdischen Flüchtlingshilfe eine schwere und grosse Kosten verursachende Aufgabe zu. [...] Während die Mehrzahl der Flüchtlinge unbemittelt und auf Hilfe angewiesen ist, sind ungefähr ein Zehntel von ihnen teils bescheiden, teils aber auch sehr gut bemittelt. Der Versuch, sie zu freiwilliger Mithilfe heranzuziehen, muss, mit zum Teil sehr löblichen Ausnahmen, als gescheitert betrachtet werden. Der Vergleich dessen, was die Schweizer und was die Bemittelten unter den Flüchtlingen selbst für das Hilfswerk geleistet haben, ergibt ein betrübliches Bild, wobei von letzteren gerade die Wohlhabenden es oft nicht für nötig befunden haben, das Scherflein der Witwe zu überschreiben.»

bestimmten Prozentanteil ihres Vermögens⁷⁵³ für diesen Zweck⁷⁵⁴ zu leisten haben. Gegen die Einschätzung des Vermögens konnte an das Justiz- und Polizeidepartement rekurriert werden, das wiederum berechtigt war, den geschuldeten Betrag herabzusetzen⁷⁵⁵. Personen, die sich weigerten, ihrer diesbezüglichen Beitragspflicht nachzukommen, konnte als Sanktion gemäss Art. 4 dieses Beschlusses «jede fremdenpolizeiliche Bewilligung mit sofortiger Wirkung entzogen werden». Bis zum Ende des Notstandsregimes resultierte aus der Solidaritätsabgabe ein Betrag von wenig mehr als zwei Millionen Franken⁷⁵⁶.

b) Beurteilung

Bei der Beurteilung der Solidaritätsabgabe ist von ihrem Rechtscharakter auszugehen. Sie wird auf dem Vermögen geschuldet und ist sog. «voraussetzungslos», d. h. nicht als Gegenleistung für eine staatliche Leistung geschuldet, wobei ihr Ertrag aber zweckgebunden für das Flüchtlingswesen einzusetzen ist. Da sie zudem eine fiskalische Zielsetzung besitzt, d. h. grundsätzlich auf Einnahmebeschaffung ausgerichtet ist, weist sie damit die Merkmale einer Steuer auf⁷⁵⁷, wobei allerdings das – nicht begriffsnotwendige – Element der Periodizität fehlt.

aa) Verfassungsrecht

Die *Eigentumsgarantie* bietet nach einer in neuerer Zeit entwickelten Rechtsprechung Schutz vor sog. konfiskatorischer Besteuerung, d. h. einer Besteuerung, welche die Substanz des Vermögens aushöhlt⁷⁵⁸ und damit eine verkappte Enteignung darstellt. Eine solche Besteuerung lag bei einer einmaligen Belastung von minimal 1% (bei 20 000 Fr.) und maximal 12% (bei 1 Mio. Fr.) nicht vor: Wie bei jeder Besteuerung des Vermögens wurde damit zwar dessen Substanz verringert, nicht aber geradezu ausgehöhlt. Ob die Eigentumsgarantie im Sinn der Bestandesgarantie (Schutz des aktuellen Bestandes des Eigentums) gegen eine Besteuerung angerufen werden kann, ist umstritten. Teilweise geht die moderne Doktrin davon aus, dass die

⁷⁵³ Gemäss Art. 3 war das EJPD zudem berechtigt, «von den in der Schweiz erwerbstätigen Flüchtlingen einen Zusatzbeitrag auf Grund ihres Erwerbseinkommens der letzten drei Jahre zu erheben. Die Progression darf dabei 10% des durchschnittlichen Jahreseinkommens nicht übersteigen.»

⁷⁵⁴ Art. 6 dieses Beschlusses legte fest, dass «der Ertrag dieser Beiträge ausschliesslich den schweizerischen Hilfsorganisationen für Emigranten zukommen [solle]. Er wird an diese verteilt nach Massgabe ihrer bisherigen und der ihnen voraussichtlich noch erwachsenden finanziellen Leistungen für Unterbringung, Unterhalt und Weiterwanderung von Emigranten.»

⁷⁵⁵ Art. 5 des BRB. Der Bundesrat hält dazu fest (BB1 1941, 386): «Der Beschluss würde, bei strenger Durchführung, für manche der Betroffenen allerdings eine unangemessene Härte bedeuten. Art. 5, Abs. 3, sieht daher die Möglichkeit einer Herabsetzung der Beiträge im Rekursverfahren vor. Die Pflichten sind auf diese Möglichkeit aufmerksam gemacht worden, und sie haben darum in grosser Zahl (über 80%) rekurriert. Das wird Gelegenheit zu gründlicher Überprüfung der einzelnen Fälle und zu einer möglichst gerechten Durchführung der Abgabe bieten, wobei mit beträchtlichen Herabsetzungen zu rechnen ist.»

⁷⁵⁶ EJPD-Bericht 161.

⁷⁵⁷ Siehe zu den Begriffsmerkmalen einer Steuer ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des Steuerrechts, 5. Aufl. Zürich 1995, 5ff. Gemäss der Einteilung dieses Werkes fällt diese Steuer in die Kategorie der sogenannten Kostenanlagesteuern, wie z. B. auch Verkehrsabgaben, Kurtaxen, Beherbergungsabgaben, Motorfahrzeug- und Schiffssteuern (a.a.O. 9).

⁷⁵⁸ BGE 99 Ia 649; BGE 105 Ia 34. In BGE 106 Ia 342 wurde aber festgehalten, dass selbst bei einer Steuerbelastung, die vorübergehend das Einkommen übersteigt, nicht zwingend von einer konfiskatorischen Besteuerung ausgegangen werden müsse, sofern diese steuerliche Belastung nur für die Dauer eines oder weniger Steuerjahre eintrete; siehe HÄFELIN/HALLER (Anm. 478) 435.

Eigentumsgarantie unter einem generellen «fiskalischen Vorbehalt» steht⁷⁵⁹, abgesehen vom Fall der konfiskatorischen Besteuerung also nie angerufen werden kann. Teilweise lässt sie offen, ob nicht doch in gewissen Fällen dieses Grundrecht Schutz gegen fiskalische Belastungen gewähren soll⁷⁶⁰. Das Bundesgericht hat die Frage ebenfalls offengelassen. Somit lässt sich auch heute noch in Praxis und Doktrin kein Satz nachweisen, wonach gegen eine nichtkonfiskatorische Besteuerung der Schutz der Eigentumsgarantie abgerufen werden kann. Erst recht ist eine solche Regel für die Zeit des Zweiten Weltkrieges nicht nachweisbar. Damit verletzte die Solidaritätsabgabe die Eigentumsgarantie nicht.

Problematischer erscheint die Solidaritätsabgabe unter dem Gesichtspunkt der *Rechtsgleichheit*, welche bereits im fraglichen Zeitraum u.a. als Gleichheit in der Besteuerung verstanden wurde. Die Praxis zu diesem Grundsatz war aber äusserst restriktiv und bejahte Verletzungen nur in klaren Fällen von Willkür⁷⁶¹. Bundesgerichtspraxis zu vergleichbaren Fällen scheint nicht zu existieren. RUCK führte 1939, ohne direkt auf das Steuerrecht einzugehen, zur Problematik aus:

«Für die *Gesetzgebung* folgt aus der Rechtsgleichheit, dass keine *Ausnahmegesetze* erlassen werden dürfen. Aber was ist ein Ausnahmegesetz? Etwa das Fabrikgesetz oder ein Gewerbegesetz oder das Handelsreisendengesetz oder die Beamten Gesetze oder das Alkoholgesetz? Unter Ausnahmegesetzen sind zu verstehen Gesetze, die willkürlich eine gewisse Schicht des Volkes oder eine gewisse Art sachlicher Tatbestände im Vergleich zu dem allgemein gültigen Recht benachteiligen. Unter diesen Begriff fallen die erwähnten Gesetze offenbar nicht. Sie sind vielmehr – wie viele andere Gesetze – Sondergesetze, durch die nicht eine rechtliche Benachteiligung, sondern umgekehrt ein der Eigenart der fraglichen Rechtslage möglichst angepasstes Recht erreicht werden soll. Solche Sondergesetze sind gemäss der dargestellten materiellen Rechtsgleichheit zulässig, weil bei ihnen Tatbestände vorliegen, die eine wesentliche oder erhebliche Verschiedenheit gegenüber der allgemeinen Sachlage aufweisen.»⁷⁶²

Ausschlaggebend für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Solidaritätsabgabe ist somit, ob genügende sachliche Gründe für sie sprechen und ob sie auf wohlhabende Flüchtlinge beschränkt wurde. Dabei ist zu beachten, dass gestützt auf Dringlichkeits- und Notrecht auch für schweizerische Steuerpflichtige eine Vielzahl von Sondermassnahmen⁷⁶³ (eidgenössische Krisenabgabe 1934–1941⁷⁶⁴, eidgenössische Kriegsgewinnsteuer 1940⁷⁶⁵, Wehropfer und Wehrsteuer 1940⁷⁶⁶ und 1942⁷⁶⁷) galt. Beurteilungskriterium für die verfassungsrechtliche Zulässig-

⁷⁵⁹ Z. B. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. Bern 1999, 608.

⁷⁶⁰ Eine Zusammenstellung dieser Literaturmeinungen findet sich in J.P. MÜLLER, a.a.O. 608, Anm. 90.

⁷⁶¹ Siehe die Kasuistik bei FLEINER (Bundesstaatsrecht) 287 und BURCKHARDT 41ff.

⁷⁶² RUCK 49.

⁷⁶³ Ein kurzer Überblick mit Quellenhinweisen findet sich bei RETO KUSTER, Steuerbefreiung von Institutionen mit öffentlichem Zweck, Zürich 1998, 56ff.

⁷⁶⁴ Bundesbeschluss vom 13. Oktober 1933 über die ausserordentlichen und vorübergehenden Massnahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts im Bundeshaushalt, AS 1933, 839; Bundesbeschluss vom 31. Januar 1936 über neue ordentliche Massnahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts im Bundeshaushalte in den Jahren 1936 und 1937, AS 1936, 17, und diverse weitere Bundesbeschlüsse.

⁷⁶⁵ BRB vom 12. Januar 1940 über die Erhebung einer eidgenössischen Kriegsgewinnsteuer, AS 1940, 45.

⁷⁶⁶ BRB vom 30. April 1940 über Massnahmen zur Tilgung der ausserordentlichen Wehraufwendungen und zur Ordnung des Finanzhaushaltes des Bundes, AS 1940, 410; BRB vom 19. Juli 1940 über die Erhebung eines einmaligen Wehropfers, AS 1940, 1209.

keit der Solidaritätsabgabe ist die Frage, ob diese Abgabe schikanös war oder aber – einerseits angesichts der konkreten Bedürfnisse und Finanzierungsprobleme, andererseits im Lichte der Gesamtbelastung der betroffenen Personen und im Vergleich zur Belastung der übrigen Bevölkerung⁷⁶⁸ – sachlich gerechtfertigt werden konnten. Diese Frage ist auf der Basis historischer Forschung zu beurteilen.

bb) Völkervertragsrecht

Keine Anwendung findet das humanitäre Völkerrecht. Näherer Betrachtung ist demgegenüber das Recht der *Niederlassungsverträge* zu unterziehen. Verschiedene Niederlassungsverträge sehen den Grundsatz der Inländergleichbehandlung bei Steuern und Abgaben vor⁷⁶⁹. Der Vertrag mit Österreich bestimmt:

«Unter keinen Umständen, weder in Friedens- noch in Kriegszeiten, darf auf das Eigentum eines Angehörigen des einen der beiden kontrahierenden Teile in dem Gebiete des anderen irgendeine andere oder höhere Taxe, Gebühr, Auflage oder Abgabe gelegt oder gefordert werden, als auf das gleiche Eigentum gelegt oder gefordert würde, wenn es einem Angehörigen des Landes oder einem Bürger oder Untertan der am meisten begünstigten Nation angehören würde.»

Art. 5 des Vertrages mit Italien sieht genau das gleiche vor. Art. 2 i.V. mit Art. 1 des Vertrages mit Dänemark stellt Dänen und Schweizer bezüglich der «Entrichtung der Abgaben und Steuern» gleich. Der Vertrag mit Deutschland vom 31. Oktober 1910 bietet demgegenüber keinen Schutz: Art. 1 Abs. 2 beschränkt den Schutz gegen Sondersteuern für Ausländer auf solche im Zusammenhang mit «Gewerbe und Handel».

Art. 1 des Vertrages mit Frankreich bestimmt:

«Die Franzosen sind in jedem Kantone der Eidgenossenschaft in bezug auf ihre Personen und ihr Eigentum auf den nämlichen Fusse und auf die gleiche Weise aufzunehmen und zu behandeln, wie es die Angehörigen der anderen Kantone sind oder noch werden sollten [...].»

Ähnlich sind Art. 1 Abs. 1 des Vertrages mit Spanien und mit Belgien formuliert. Art. 1 Abs. 1 des eben erwähnten Vertrages mit Deutschland sieht bezüglich des Eigentums Inländergleichbehandlung vor. Diese Garantie ist offenkundig verletzt, wenn Eigentum von Angehörigen dieser Länder steuerlich stärker belastet wird als Eigentum von Inländern.

Dieser Grundsatz wird für Staatsangehörige aus all jenen Staaten relevant, deren Niederlassungsverträge für Abgaben und Steuern (Griechenland, Art. 1 Abs. 2; Rumänien, Art. 1 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1) bzw. die Behandlung des Eigentums (Polen, Art. 2 Abs. 1) die Meistbegünstigung vorsehen.

Die Solidaritätsabgabe verletzte diese Gleichbehandlungsgarantien bezüglich Abgaben und Steuern, weil sie klar eine Sondersteuer für Ausländer war, welche Inländer in keiner ver-

⁷⁶⁷ BRB vom 20. November 1942 über die Erhebung eines neuen Wehropfers, AS 1942, 1093.

⁷⁶⁸ Wir wissen nicht, ob die fraglichen Vermögen bereits der Wehrsteuer und dem Wehropfer unterlagen bzw. ob bei der Bemessung der Solidaritätsabgabe (v.a. im Rahmen der offenbar häufigen Herabsetzungen auf dem Rekursweg) darauf Rücksicht genommen wurde.

⁷⁶⁹ Siehe dazu auch vorne bei Anm. 628.

gleichbaren Weise traf: So wurde insbesondere wohlhabenden Schweizern, welche Flüchtlingen nahestanden, keine rechtliche Verpflichtung auferlegt, aus ihrem Einkommen und Vermögen notleidende Emigranten und Flüchtlinge zu unterstützen⁷⁷⁰. Dass von der Solidaritätsabgabe nicht alle Ausländer, sondern nur Emigranten und später auch Flüchtlinge betroffen wurde, ändert daran nichts. Damit erweist sich die Solidaritätsabgabe als *Verletzung von Niederlassungsverträgen*. Diese Schlussfolgerung muss allerdings in folgender Hinsicht präzisiert werden:

- Eine solche Verletzung lag gegenüber Emigranten und politischen Flüchtlingen mit Toleranzbewilligung vor, welche Angehörige von Staaten waren, die mit der Schweiz die Gleichbehandlung im Bereich der Steuern auf Eigentum vereinbart hatten, namentlich wenn sie wie die Verträge mit Österreich und Italien notstandsfest waren.
- Kaum oder zumindest schwer begründbar ist eine Verletzung gegenüber internierten «Flüchtlingen», da eine Geltung der Niederlassungsverträge für Personen ohne geregelten Aufenthalt zweifelhaft ist⁷⁷¹.
- Keine Verletzung lag gegenüber *staatenlosen* Personen (Emigranten, «Flüchtlingen» und politischen Flüchtlingen etc.) bzw. Angehörigen von Staaten vor, mit welchen die Schweiz keine Gleichstellung im Steuer- und Abgabebereich vereinbart hatte. Zu beachten ist allerdings, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Aberkennung der deutschen Staatsbürgerschaft auf der Basis der Rassengesetze den schweizerischen *ordre public* verletzte und deshalb nicht beachtlich war⁷⁷². Dies ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass die Niederlassungsverträge für andere Staatenlose keinen Schutz boten.

Schliesslich verboten auch die Völkerbundsabkommen von 1933 und 1938 Sondersteuern für Flüchtlinge⁷⁷³. Mit beinahe identischem Wortlaut untersagten diese Abkommen die Erhebung spezieller Steuern aber nicht generell, sie gingen nur vom Grundsatz aus, dass Flüchtlinge «in analogen Situationen» nicht stärker als Inländer belastet werden sollten⁷⁷⁴. Ob dieser Grundsatz verletzt wurde, kann offenbleiben, da die Schweiz die beiden Abkommen nicht ratifiziert hatte⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ Zu den Kriterien der Gleichbehandlung siehe vorne 2. Teil B.II.3.c.

⁷⁷¹ Vorne 2. Teil B.II.3.e.bb.

⁷⁷² BGE 72 I 413.

⁷⁷³ Art. 13 des Vertrages von 1933 bzw. Art. 16 des Vertrages von 1938. GUGGENHEIM 121 bemerkt dazu: «Keine Sondersteuern sollen dem Flüchtling auferlegt werden, was von grosser Wichtigkeit erscheint, weil die Staaten leichthin bereit sind, Sonderabgaben auf politisch und sozial ungenügend geschützte Personenkreise abzuwälzen.»

⁷⁷⁴ Vgl. Art. 16 des Abkommens von 1938: «1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à ne pas assujettir les réfugiés sur leurs territoires soumis à la présente Convention, à des droits, taxes, impôts, sous quelque dénomination que ce soit, autres ou plus élevés que ceux qui sont ou qui seront perçus leurs nationaux dans des situations analogues.»

⁷⁷⁵ Sie hatte zwar erklärt, das Abkommen von 1933 freiwillig beachten zu wollen (POULIN 141, Anm. 1), diese Konvention schützte aber nur Flüchtlinge, welche Russland und die Türkei nach dem Ersten Weltkrieg verlassen hatten. Das von der Schweiz ratifizierte provisorische Arrangement von 1936 betraf zwar Flüchtlinge aus Deutschland, enthielt aber kein Verbot zusätzlicher steuerlicher Belastung.

cc) Völkergewohnheitsrechtliches Fremdenrecht

Es existiert kein fremdenrechtlicher Mindeststandard, welcher eine Steuer wie die Solidaritätsabgabe verbieten würde. Insbesondere verbietet der fremdenrechtliche Mindeststandard Steuern auf dem Vermögen nicht⁷⁷⁶.

4. Die Problematik des «J-Stempels»

a) Praxis

Am 29. September 1938 schlossen Deutschland und die Schweiz eine als vertraulich bezeichnete Vereinbarung betreffend die Einreise von Juden aus dem Reich in die Schweiz. Darin wurde u.a. vorgesehen:

«1. Die Deutsche Regierung wird dafür Sorge tragen, dass alle diejenigen Pässe von reichsangehörigen Juden (§ 5 der Ersten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14. November 1935 ...), die zur Ausreise in das Ausland oder für den Aufenthalt im Ausland bestimmt sind, möglichst beschleunigt mit einem Merkmal versehen werden, das den Inhaber als Juden kennzeichnet.

2. Die Schweizerische Regierung wird reichsangehörigen Juden, deren Pass mit dem in Nr. 1 erwähnten Merkmal versehen ist oder nach den deutschen Bestimmungen versehen sein muss, die Einreise in die Schweiz gestatten, wenn die zuständige schweizerische Vertretung in den Pass eine «Zusicherung der Bewilligung zum Aufenthalt in der Schweiz oder zur Durchreise durch die Schweiz» eingetragen hat.

[...]

Die Deutsche Regierung behält sich vor, nach Benehmen mit der Schweizerischen Regierung auch von Juden schweizerischer Staatsangehörigkeit die Einholung einer «Zusicherung der Bewilligung zum Aufenthalt in der Schweiz oder zur Durchreise durch das Reichsgebiet» zu fordern, falls sich hierfür nach deutscher Auffassung etwa die Notwendigkeit ergeben sollte.

Die Schweizerische Regierung nimmt die Kündigung der schweizerisch-deutschen Vereinbarung über die gegenseitige Aufhebung des Sichtvermerkzwanges vom 9. Januar 1926 zurück.»⁷⁷⁷

Diese Vereinbarung schloss eine längere Periode von Kontakten zwischen schweizerischen und deutschen Behörden ab, welche damit begonnen hatte, dass der Bundesrat in Hinblick auf eine Einführung der Visumpflicht für Deutsche als Massnahmen zur Beschränkung der Einreise von jüdischen Emigranten und Flüchtlingen das bilaterale Abkommen vom 9. Januar 1926 über die Abschaffung der Visumpflicht vorsorglich gekündigt hatte⁷⁷⁸. Um dies vermeiden zu können, zeigte sich Deutschland in den Vertragsverhandlungen bestrebt, der Schweiz «soweit wie möglich entgegenzukommen, da man um jeden Preis die Wiedereinführung des Visumzwangs für alle Inhaber deutscher Pässe vermeiden wollte»⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ VERDROSS (Völkerrecht) 276.

⁷⁷⁷ DDS 12, 938f.

⁷⁷⁸ Vgl. den letzten der zitierten Absätze der Vereinbarung.

⁷⁷⁹ HEINRICH ROTHMUND, Bericht über die Berliner Verhandlungen vom 27. bis 29. September 1938, abgedruckt in DDS 12, 934.

In einem Kreisschreiben vom 4. Oktober 1938 an die schweizerischen Gesandtschaften und Konsulate bzw. an die schweizerischen Grenzübergangsstellen wurde darüber folgendermassen informiert:

«Da die deutsche Regierung beschlossen hat, den österreichischen Juden künftig nicht mehr den österreichischen, sondern den deutschen Pass zu verabfolgen, haben wir mit Berlin Fühlung genommen, um der Fremdenpolizei eine möglichst lückenlose Kontrolle aller deutschen und österreichischen jüdischen Emigranten in die Hand zu geben. Um die Wiedereinführung des Visums auf allen deutschen Pässen zu vermeiden und trotzdem die deutschen und österreichischen Emigranten mit deutschen Pässen vor dem Eintreffen an der schweizerischen Grenze mit der Kontrolle erfassen zu können, haben Besprechungen mit der deutschen Regierung stattgefunden, die ergeben haben, dass diese beabsichtigt, alle künftig an deutsche und österreichische Juden auszustellenden deutschen Pässe mit einem besonderen Kennzeichen zu versehen.»

Im Anschluss an das Übereinkommen wurde mit einem Kreisschreiben an die schweizerischen Gesandtschaften und Konsulate vom 4. Oktober 1938 über die «Kontrolle der Einreise deutscher Emigranten» diesen folgendes mitgeteilt:

«II.

[...] Deutschen Rechtsangehörigen mit deutschem Pass, die nach den deutschen Gesetzen nicht arisch sind (deutsche Juden), ist der Grenzübertritt [...] nur noch gestattet, wenn ihr Pass mit dem Eintrag einer durch ein schweizerisches Konsulat erteilten Zusicherung der Bewilligung zum Aufenthalt in der Schweiz oder Zusicherung der Bewilligung zur Durchreise durch die Schweiz versehen ist. [...] Es muss also künftig jeder deutsche Jude, der von irgendeinem Land aus nach der Schweiz reisen will, eine solche Zusicherung bei einem schweizerischen Konsulat einholen. Wer ohne eine solche an der Grenze eintrifft, wird zurückgewiesen.

III.

Die Zusicherung zur Bewilligung zur Durchreise darf nur erteilt werden, wenn ein Transit beabsichtigt und möglich ist. Die Möglichkeit muss erwiesen sein durch die Visa der [...] Nachbarstaaten [...], sowie durch die Vorlage eines direkten Bahnbilletts. [...]

IV.

Ist ein auch nur kurzer Aufenthalt in der Schweiz beabsichtigt, so kommt ausschliesslich die Zusicherung der Bewilligung zum Aufenthalt in der Schweiz in Frage. Diese kann bis zu einem Aufenthalt von maximum 8 Tage in eigener Kompetenz der Konsulate erteilt werden, wenn die Weiterreise wie oben gesagt gesichert ist. [...] Alle anderen Gesuche um die Erteilung der Zusicherung der Bewilligung zum Aufenthalt in der Schweiz sind der Entscheidungsbefugnis der Konsulate [...] entzogen. Es hat aber keinen Sinn, alle Gesuche der eidgenössischen Fremdenpolizei zum Entscheid zu unterbreiten, da Einreisebewilligungen nur in wenigen Ausnahmefällen erteilt werden können [...].»

Damit war bereits vor Erlass des Vollmachtenbeschlusses von 1939 und vor Kriegsausbruch die Grenze für deutsche Juden, welche die Schweiz nicht auf dem Transitweg durchqueren wollten, weitgehend geschlossen.

b) Beurteilung

aa) Verfassungsrecht

Ausgangspunkt der Beurteilung muss die Feststellung sein, dass die Entscheidung über Einreise und Aufenthalt – auch gemäss heutiger Rechtslage⁷⁸⁰ – grundsätzlich zum Kernbereich staatlicher Souveränität gehört⁷⁸¹. In der Frage der visumsfreien Einreiseberechtigung besteht deshalb gemäss nationalem Recht grundsätzlich nicht nur kein Anspruch auf Einreise und Aufenthalt, sondern auch kein Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung von Personen unterschiedlicher Nationalität. Den Behörden kommt hier weitestgehende Ermessensfreiheit zu, welche einzig am Ermessensmissbrauch, d. h. der willkürlichen Handhabung des Ermessens, seine Schranke findet.

Hingegen stellt sich die Frage, ob es die Verfassung verletzt, wenn zwischen Personen gleicher Nationalität unterschieden wird und einer Gruppe, die einer bestimmten Religion oder Rasse angehört, die Einreise praktisch verunmöglicht wird, während für andere Angehörige des gleichen Staates weitgehende Einreisefreiheit besteht. Heute würde ein solcher Entscheid eindeutig eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes bedeuten, wie es in Art. 4 BV mitenthalten ist⁷⁸². Ein solches Verbot ist im damaligen schweizerischen Verfassungsrecht nicht nachweisbar⁷⁸³. Der Beschränkung der Einreisemöglichkeiten für deutsche Juden stand damit die Verfassung nicht entgegen.

Anders verhielt es sich aber mit der Vertragsklausel, wonach die deutsche Regierung sich vorbehält, «auch von Juden schweizerischer Staatsangehörigkeit die Einholung einer «Zusicherung der Bewilligung zum Aufenthalt in der Schweiz oder zur Durchreise durch das Reichsgebiet» zu fordern, falls sich hierfür nach deutscher Auffassung etwa die Notwendigkeit ergeben sollte». Wäre es dazu gekommen, hätte die Schweiz Hand zu einer schon damals verbotenen Ungleichbehandlung von Schweizer Bürgern jüdischer und nichtjüdischer Herkunft geboten⁷⁸⁴.

Rechtlich höchst problematisch erscheint der Umstand, dass die Schweiz eine Vereinbarung abschloss, welche direkt an die deutsche Rassengesetzgebung anknüpfte, und die deutsche Kategorisierung zur Grundlage ihrer restriktiven Einreisepaxis machte, obwohl diese Gesetzgebung grundsätzlichen Werten der schweizerischen Wertordnung und damit dem *Ordre public*

⁷⁸⁰ Siehe dazu ALBERTO ACHERMANN, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit fluchtverursachender Staaten, Baden-Baden 1997, 181f mit weiterführenden Hinweisen.

⁷⁸¹ Siehe vorne 2. Teil B.II.4.d.

⁷⁸² Siehe dazu im allgemeinen WALTER KÄLIN, Ausländerdiskriminierung, in Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, 566.

⁷⁸³ Vorne 2. Teil B.I.3.

⁷⁸⁴ Dies erkannte auch ROTHMUND. Gemäss seinem Bericht (Anm. 779, 935) widersetzte er sich einer vollen Reziprozitätsklausel mit einer Visumpflicht nur für schweizerische Juden mit dem Argument, «dass die Schweiz [...] einen solchen Unterschied nicht kennt und nicht zulassen kann, sondern den schweizerischen Juden auch sonst als vollen Staatsbürger behandelt».

der Schweiz widersprach: Es kann dazu auf die vorne gemachten Ausführungen verwiesen werden⁷⁸⁵.

bb) Völkervertragsrecht

Während das humanitäre Völkerrecht klarerweise nicht anwendbar ist, stellt sich die Frage, ob die Diskriminierung deutscher Juden eine Verletzung des Niederlassungsvertrages mit Deutschland⁷⁸⁶ darstellte. Zwar gewährte dieser Vertrag entgegen dem Wortlaut von Art. 1⁷⁸⁷ bereits in der fraglichen Zeitspanne kein Recht auf Inländergleichbehandlung hinsichtlich des Rechts auf Einreise und Niederlassung. Dies muss aber nicht heissen, dass diese Bestimmung betreffend Einreise und Aufenthalt eine Ungleichbehandlung zwischen Angehörigen desselben Vertragsstaates zulässt. In einem Entscheid aus dem Jahre 1952⁷⁸⁸ führte der Bundesrat zum Niederlassungsvertrag mit Persien aus:

«Art. 1 des Niederlassungsabkommens [...] bestimmt in Abs. 1, dass die gegenseitigen Staatsangehörigen das Gebiet des anderen Teils betreten und verlassen, dort reisen, sich dort aufhalten und niederlassen können, unter der Bedingung, dass und solange sie die auf diesem Gebiet geltenden Gesetze und Verordnungen beachten. Absatz 3 dieses Artikels behält den Parteien jedoch vor, «jederzeit Bestimmungen zu treffen, um die Einwanderung in sein Gebiet zu regeln oder zu verbieten». Dieser Absatz enthält den Vorbehalt des nationalen Fremdenpolizeirechts [...], wie er allen Niederlassungsverträgen – bei Verträgen aus der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg durch stillschweigende Übereinkunft der Parteien – gemeinsam ist. Dieser allgemeine Vorbehalt ist *unterschiedslos auf alle Angehörigen des Vertragspartners anwendbar*. Eine *Beschränkung* auf die unselbständig Erwerbenden [...] *findet weder im Vertragstext noch in der Praxis der Anwendung der Niederlassungsverträge eine Stütze.*»⁷⁸⁹

Daraus lässt sich auf den ersten Blick eine Gleichbehandlungspflicht für alle Angehörigen des Vertragspartners bei der Einreise ableiten. Allerdings ging es bei dieser Aussage bloss um die Zurückweisung einer Behauptung des Beschwerdeführers, der Vorbehalt des schweizerischen Fremdenpolizeirechtes gelte für ihn als Selbständigerwerbenden nicht. In der Tat sehen viele Niederlassungsverträge vor, dass die Vertragsstaaten unerwünschte Angehörige des anderen Staates an der Einreise und Wohnsitznahme hindern können. Im Vertrag mit Deutschland bestimmt Art. 2, das Recht auf Einreise und Niederlassung berühre nicht

«das Recht jedes vertragsschliessenden Teiles, Angehörigen des andern Teiles die Niederlassung oder den Aufenthalt zu untersagen, sei es infolge eines strafgerichtlichen Urteils, sei es aus Gründen der inneren oder äusseren Sicherheit des Staates, sei es aus sonstigen polizeilichen Gründen, insbesondere aus Gründen der Gesundheits-, Sitten- oder Armenpolizei».

Diese Vorschrift ist auf das vorliegende Problem direkt anwendbar. Im *Einzelfall* konnte ein Einreiseverbot auch im Falle deutscher Juden mit der inneren Sicherheit der Schweiz oder

⁷⁸⁵ Vorne 2. Teil B.II.5.

⁷⁸⁶ Niederlassungsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reiche vom 13. November 1909, SR 0.142.111.361; Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reiche betreffend die Regelung von Rechtsverhältnissen der beiderseitigen Staatsangehörigkeit im Gebiete des anderen vertragsschliessenden Teiles vom 31. Oktober 1910, SR 0.142.111.363.

⁷⁸⁷ Siehe dazu das Zitat vorne bei Anm. 617.

⁷⁸⁸ VEB 1952, Nr. 3.

⁷⁸⁹ Hervorhebungen im Original nicht enthalten.

polizeilichen Gründen gerechtfertigt werden, falls beim betroffenen Individuum entsprechende Gründe vorlagen. Unzulässig erscheint es aber, eine ganze Personenkategorie allein wegen ihrer «rassischen Herkunft» einer solchen Vermutung zu unterstellen. Das scheint indes geschehen zu sein: Zumindest lässt sich dem Bericht von H. ROTHMUND über die Vertragsverhandlungen entnehmen, dass er dort im Namen der Delegation dargelegt habe, «wie die eidgenössische Fremdenpolizei seit bald 20 Jahren gegen die Überfremdung durch die Zureise neuer Ausländer kämpft, besonders gegen schwer oder nicht assimilierbare Ausländer, wozu vor allem Juden gehören», weshalb eine «lückenlose Kontrolle der deutschen Nichtarier vor ihrem Erscheinen an der Schweizergrenze [...] unerlässlich» sei⁷⁹⁰. Insofern lag ein Verstoss gegen Vertragspflichten vor. Dabei ist irrelevant, dass Deutschland nicht auf der Einhaltung des Vertrages insistierte. Solange der Vertrag in Kraft war, musste er von den schweizerischen Behörden beachtet werden. Allerdings ging die Vereinbarung von 1938 in diesem Punkt der frühen Niederlassungsverfügung vor.

cc) *Völkergewohnheitsrechtliches Fremdenrecht*

Wie bereits ausführlich dargelegt wurde⁷⁹¹, lässt sich dem zeitgenössischen Fremdenrecht kein *umfassendes* Verbot rassistischer oder religiöser Diskriminierung bei der Einreise entnehmen. Hingegen war es zumindest für einen Teil der völkerrechtlichen Literatur unzulässig, allein aus rassistischen Vorurteilen und nicht wegen konkreter Probleme Restriktionen allein für Angehörige einer bestimmten «Rasse» vorzusehen. In diesem Zusammenhang erscheint wiederum die Anknüpfung an die deutsche Rassengesetzgebung und damit ein Verstoss gegen den schon damals bestehenden schweizerischen *ordre public* überaus problematisch. Auf der anderen Seite erlaubte das Völkerrecht einem Staat, die Einreise zu beschränken, wenn mit einem längeren Aufenthalt von Personen zu rechnen war, welche keine Bewilligung zum Aufenthalt erhalten hatten. Zudem wurden zumindest in der Staatenpraxis jene Länder nicht kritisiert, welche eine rassistische Einwanderungspraxis pflegten. Damit bewegte sich das schweizerische Verhalten in einer fremdenrechtlichen Grauzone.

5. Behandlung in Internierungs- und Flüchtlingslagern

a) Die Regelung der Rechtsstellung der Flüchtlinge in den Internierungslagern

Mit Datum vom 12. März 1943 erliess der Bundesrat eine Notverordnung «über die Unterbringung von Flüchtlingen». Vor dem Erlass dieses «Notgesetzes» wurde die Rechtsstellung, d. h. die Rechte und Pflichten der Flüchtlinge in den verschiedenen Lagerkategorien⁷⁹² gemäss den uns vorliegenden Unterlagen wenn überhaupt einzig durch interne Weisungen bzw. Kreis-schreiben geregelt.

⁷⁹⁰ Bericht (Anm. 779) 934.

⁷⁹¹ Vorne 2. Teil B.II.4.e.

⁷⁹² Siehe zu den verschiedenen Arten von Flüchtlingslagern und deren jeweilige Funktion ausführlich EJPD-Bericht 88ff.

So verweist das zeitlich erste diesbezügliche Dokument, ein Kreisschreiben betreffend die «Errichtung von Arbeitslagern für Emigranten» des EJPD vom 8. April 1940, auf eine gleichzeitig erlassene Verfügung desselben Organs, die sich wiederum formell auf einen BRB vom 12. März 1940 stützt⁷⁹³. Diese Verfügung bestimmt in den hier relevanten Bereichen einzig, dass die Lager «zivilen Charakter» haben sollen und dass die «Arbeitskräfte der Lager aus den vorhandenen Emigranten rekrutiert werden sollen», was wohl der Statuierung einer Arbeitspflicht entspricht. Ausführlichere Regelungen – allerdings ausschliesslich für die Ausgestaltung der Rechtsordnung in den sogenannten Auffanglagern⁷⁹⁴ – statuieren erst die «Richtlinien über die Behandlung der Flüchtlinge nach der Festnahme und in den Auffanglagern» vom 13. Oktober 1942⁷⁹⁵. Dieses Dokument enthält ein Kapitel II, welches mit «Lagerordnung» betitelt ist und wo unter anderem festgehalten wird, dass Flüchtlingen das Verlassen des Lagers untersagt ist⁷⁹⁶, dass ihnen im Minimum jeden zweiten Tag die Möglichkeit zu geben ist, für 1 bis 2 Stunden sich im Freien zu bewegen⁷⁹⁷, und dass der Briefverkehr der Flüchtlinge auf «einen Brief und eine Karte» – verfasst in einer europäischen Sprache, «jedoch nicht hebräisch» (!), zwecks Ermöglichung der Kontrolle durch die Lagerleitung – wöchentlich und auf das Inland zu beschränkt ist⁷⁹⁸. Am 20. Januar 1943 wurden diese Richtlinien durch die Polizeiabteilung ergänzt: In Ziff. 6 dieses Erlasses wurde dabei die Urlaubspraxis gelockert⁷⁹⁹, und auch der Postverkehr mit dem Ausland wurde in engen Grenzen neu zugelassen⁸⁰⁰. Erneut ergänzt wurden diese für die Auffanglager geltenden Richtlinien am 15. Juni desselben Jahres. Dabei wurde in Ziff. 4 präzisiert, dass bei der Gewährung von Urlaub unter anderem auf die «Führung des Flüchtlings» abzustützen sei und dass ein solcher Urlaub nie länger als 3 Tage dauern dürfe. In einer weiteren Ergänzung vom 10. Dezember 1943 wurde diese Regelung präzisiert⁸⁰¹. Dieses Dokument enthält auch genauere Regelungen zum Postverkehr: In grundsätzlicher Bestätigung der obigen Regelung – auch des Verbots des Verfassens von Briefen in

⁷⁹³ Dieser BRB befindet sich nicht in den uns zur Verfügung gestellten Unterlagen und erscheint auch nicht in den Neutralitätsberichten der Jahre 1940.

⁷⁹⁴ Vgl. zu dieser Lagerkategorie den EJPD-Bericht 92f.

⁷⁹⁵ Verfasst von der Polizeiabteilung des EJPD.

⁷⁹⁶ Ziff. 3 «Den Flüchtlingen ist das Verlassen des Lagers untersagt. In besonderen Fällen kann der Lagerkommandant nach Fühlungnahme mit dem zuständigen Polizeioffizier eine Bewilligung zum kurzfristigen Verlassen des Lagers erteilen.» Gemäss Ziff. 4 dieses Dokuments «können Gesuche um Urlaube [...] für die Dauer des Verweilens der Flüchtlinge in den Auffanglagern nicht berücksichtigt werden».

⁷⁹⁷ Ziff. 3 Abs. 2, wobei «darauf zu achten [ist], dass jeder Kontakt von einzelnen Flüchtlingen mit der Zivilbevölkerung unterbleibt». So wurden gemäss Ziff. 5, mit Ausnahme allenfalls des Ortsgeistlichen, auch keine Besuchserlaubnisse – auch nicht für Angehörige oder Anwälte (Abs. 2) – für die Auffanglager erteilt.

⁷⁹⁸ Ziff. 6. Falls ein Brief infolge verdächtigen oder anstössigen Inhalts nicht weitergeleitet wurde, war dem Absender von dieser Massnahme Kenntnis zu geben. Gemäss derselben Bestimmung war auch die eingehende Post durch den Lagerkommandanten zu kontrollieren.

⁷⁹⁹ So konnte allgemein in dringenden Fällen und zur Beschaffung von notwendigen Bewilligungen und von Dokumenten kurzfristig Urlaub erteilt werden.

⁸⁰⁰ Ziff. 7: «Die Bestimmungen über den Postverkehr mit dem Ausland werden in dem Sinne gelockert, als den Flüchtlingen gestattet wird, durch Vermittlung des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz Nachrichten rein persönlicher Natur an Verwandte oder Bekannte zu senden.»

⁸⁰¹ Ziff. 6.

hebräischer Sprache⁸⁰² – wurde der Briefverkehr mit dem Ausland auf eine monatliche Nachricht mit einem Umfang von 25 Wörtern beschränkt⁸⁰³.

Am 12. März 1943 wurde die bereits eingangs erwähnte Notverordnung des Bundesrates erlassen, welche in Art. 2 den Grundsatz der Internierung festschreibt⁸⁰⁴, eine Arbeitsverpflichtung für «arbeitstaugliche Flüchtlinge» vorschreibt⁸⁰⁵ und ihnen eine anderweitige Erwerbstätigkeit untersagt⁸⁰⁶. Schliesslich enthält dieser Erlass in Art. 6 eine Delegationsnorm, welche der Polizeiabteilung des EJPD die Kompetenz erteilt, «die erforderlichen Vorschriften für das Verhalten der Flüchtlinge» aufzustellen und den «Aufenthalt in Lagern und Heimen» zu regeln. Diese Befugnis wurde von der Polizeiabteilung bereits am 20. März 1943 mit dem Erlass der Weisungen⁸⁰⁷ über die Unterbringung von Flüchtlingen wahrgenommen. Dieses Dokument regelt zu Beginn ausführlich die Unterbringung und Feststellung der Arbeitstauglichkeit der Flüchtlinge⁸⁰⁸ sowie die Unterkunft von Kindern und Jugendlichen⁸⁰⁹. Ziff. 18 enthält den Grundsatz, wonach «lagertaugliche Flüchtlinge beider Geschlechter von 20 bis 60 Jahren in ein Arbeitslager [gehören]». Nachdem in den folgenden Abschnitten die Zuweisung an andere Lagerkategorien in detaillierter Art festgehalten wurde, erscheinen die allgemeinen Bestimmungen des Abschnittes X in vorliegendem Zusammenhang wieder von grösserer Relevanz: Je unter Androhungen strenger Sanktionen verbietet Ziff. 43 jede Art von politischer Tätigkeit⁸¹⁰, der folgende Artikel die unerlaubte Erwerbstätigkeit und «unkorrektes Verhalten»⁸¹¹, und Ziff. 45 schränkt «öffentliches Auftreten» ein⁸¹². Art. 46 hält abschliessend fest, dass die Polizeiabteilung mit dem Eidgenössischen Kriegsernährungsamt die «nötige Regelung über Abgabe von Lebensmittel- und anderen Rationierungskarten an Flüchtlinge» treffe.

⁸⁰² Ziff. 7 Abs. 1.

⁸⁰³ Ziff. 7 Abs. 2.

⁸⁰⁴ Im BRB vom 17. Oktober 1939 über Änderungen der fremdenpolizeilichen Regelung wurde die Möglichkeit der Internierung zwar bekräftigt, aber nicht als Grundsatz angeordnet (Art. 8).

⁸⁰⁵ Art. 3: «Die arbeitstauglichen Flüchtlinge werden in Lagern und Heimen untergebracht und haben nach Möglichkeit Arbeiten im nationalen Interesse zu verrichten. Ausnahmsweise kann einem arbeitstauglichen Flüchtling mit Zustimmung der kantonalen Behörde gestattet werden, sich ausserhalb eines Lagers oder Heims aufzuhalten.» Gemäss Art. 4 dieses Erlasses wurden im Unterschied dazu arbeitsuntaugliche Flüchtlinge in Freiplätzen untergebracht.

⁸⁰⁶ Art. 5.

⁸⁰⁷ Gemäss ausdrücklicher Angabe auf dem Titelblatt waren diese Weisungen «nur für die Behörden bestimmt».

⁸⁰⁸ Ziff. 4–7.

⁸⁰⁹ Ziff. 8–17. Kinder bis 6 Jahren waren deshalb nach Möglichkeit zusammen mit ihrer Mutter unterzubringen und Kinder von 7 bis 16 Jahren an einem Freiplatz in einer Familie.

⁸¹⁰ Ziff. 43: «Politische Tätigkeit jeder Art und die Neutralitätspolitik des Bundesrates störendes Verhalten ist den Flüchtlingen strikte untersagt. Zuwiderhandlungen werden in jedem Falle mit sofortiger Verschärfung der Interniertenregimes geahndet; in besonders schweren Fällen kann Ausschaffung in Betracht kommen.»

⁸¹¹ Ziff. 44. «Unerlaubte Erwerbstätigkeit, unkorrektes Verhalten (Schuldenmacherei, sittenwidrige Führung usw.), namentlich Schwarzhandel oder andere kriegswirtschaftliche Verfehlungen werden – ungeachtet der allfälligen strafrechtlichen Verfolgung – mit sofortiger Verschärfung des Interniertenregimes geahndet; in besonders schweren Fällen kann Ausschaffung angeordnet werden.»

⁸¹² «Öffentliches Auftreten, wie Vorträge, Publikationen in der Presse, Herausgabe von Druckwerken und dergleichen wird Flüchtlingen nur ausnahmsweise gestattet, und nur, wenn wirklich wertvolle Darbietungen in Frage stehen und jede politische Tendenz dabei ausgeschlossen werden kann [...].»

Eine weitere Konkretisierung des Bundesratsbeschlusses vom 12. März 1943 stellt das «Disziplinar-Reglement für die Ausländer, die durch Verfügung der Polizeiabteilung interniert worden sind» des EJPD vom 12. Februar 1944 dar, das bereits in Art. 2 folgenden Strafkatalog aufstellt:

«Disziplinwidriges Verhalten internierter Ausländer kann ungeachtet allfälliger anderweitiger Verfolgung durch folgende Massnahmen geahndet werden:

- a) Verweis
- b) Sperre von Ausgang und Urlaub⁸¹³
- c) Entzug von Sold und Arbeitsprämie⁸¹⁴
- d) Einfachen und scharfen Arrest⁸¹⁵
- e) Einweisung in ein Disziplinarlager⁸¹⁶
- f) Einweisung in eine Disziplinaranstalt⁸¹⁷»

Die Kompetenz zur Ausfällung dieser Sanktionen war dabei zwischen Lagerleitung, Zentralleitung der Arbeitslager und Polizeiabteilung abgestuft⁸¹⁸. In jedem Fall stand aber der von einer solchen Sanktion betroffenen Person gemäss Art. 16 die Möglichkeit einer Beschwerde an eine übergeordnete Instanz zu.

Neben diesem allgemein geltenden Disziplinarreglement wurde – allerdings erst am 8. August 1945 – von der Polizeiabteilung des EJPD auch ein allgemeines Ausgangs- und Urlaubsreglement erlassen, das die Gewährung von Urlauben detailliert und grosszügiger als in den bisher erwähnten Erlassen⁸¹⁹ regelt.

b) Beurteilungskriterien

aa) Verfassungsrecht

Im Folgenden kann es nicht darum gehen, die Behandlung von Personen in den verschiedenen Typen von Lagern⁸²⁰ zu beurteilen. Keinerlei vertiefter juristischer Abklärung bedürfen die

⁸¹³ Siehe dazu Art. 4: «Der Ausgang kann für die Dauer von 1 bis 6 Wochen, der Urlaub für die Dauer von 6 Wochen bis 6 Monate gesperrt werden. Beide Massnahmen können gleichzeitig verfügt werden.»

⁸¹⁴ Gemäss Art. 5 für die Dauer von 3 bis 30 Tagen möglich.

⁸¹⁵ Art. 6: «Der einfache Arrest ist Einschliessung von 1–10 Tagen in einem besonders bezeichneten Raum, wobei der Arrestant tagsüber zur Arbeit auszurücken hat. Der scharfe Arrest ist Einzelhaft von 3 bis 10 Tagen, in der Regel im Gemeindefestlokal, oder wo kein solches zur Verfügung steht, im Bezirksgefängnis.»

⁸¹⁶ Art. 7: «Die Einweisung in ein der Zentralleitung der Arbeitslager unterstehendes Disziplinarlager kann auf bestimmte Zeit verfügt werden. Die Mindestdauer der Einweisung beträgt in der Regel nicht weniger als 2 Monate. [...] Die Insassen der Disziplinarlager erhalten keinen Sold, Ausgang und Urlaub [...]»

⁸¹⁷ Art. 8: «die Einweisung in eine geschlossenen Anstalt oder in ein einer solchen gleichgestelltes Disziplinarlager erfolgt auf bestimmte oder unbestimmte Zeit. Im letzteren Fall kann der Internierte bei Wohlverhalten und je nach Einweisungsgründen frühestens nach 3 Monaten aus der Disziplinaranstalt entlassen werden.» Reglemente zur Ausgestaltung der Ordnung in Disziplinarlagern und Anstalten liegen uns keine vor. Siehe aber zum Disziplinarregime in den Internierungslagern auch EJPD-Bericht 162.

⁸¹⁸ Art. 9–11.

⁸¹⁹ So galt gemäss Ziff. II/A/2. der Grundsatz dass alle Flüchtlinge «alle sechs Wochen ein[en] ordentlichen Urlaub von drei Tagen, an dem von [ihnen] angegebenen Urlaubsort [...] verbringen» konnten.

⁸²⁰ Vgl. dazu ausführlich EJPD-Bericht 87–131.

Fälle, in welchen Lagerverantwortliche die eben genannten notrechtlichen Erlasse missachteten und damit rechtswidrig handelten. Soweit es um die Beurteilung des Inhaltes der Lagerregeln geht, würde es offenkundig den Rahmen dieses Auftrages sprengen, die zahlreichen Bestimmungen je einer speziellen Analyse zu unterziehen; zudem fehlen uns dazu die nötigen Detailinformationen. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb darauf, die relevanten juristischen Beurteilungskriterien zu identifizieren⁸²¹.

Die Reglementierung des Aufenthaltes der Flüchtlinge in den verschiedenen Lagerkategorien wäre nach heutiger Rechtslage landesrechtlich primär an den Verpflichtungen staatlicher Behörden aus der persönlichen Freiheit zu messen. Da, wie an anderer Stelle festgehalten⁸²², dieses Grundrecht zur Zeit des Vollmachtenregimes auf Bundesebene kaum Geltung beanspruchen konnte, erweist sich eine solche Prüfung von vornherein als nicht fruchtbar. Bezüglich anderer Grundrechte wie etwa der Ehefreiheit erlaubte das zeitgenössische Rechtsverständnis weitgehende Grundrechtseingriffe, weil die Internierten in einem besonderen Gewaltverhältnis zum Staat standen und dieses alle Freiheitsbeschränkungen rechtfertigte, welche zur Erfüllung seines Zweckes notwendig erschienen⁸²³. Weitere Einschränkungen ergaben sich aus der Tatsache, dass die Bestimmungen über die Behandlung Internierter alle notrechtlichen Charakter hatten.

Diese notrechtlichen Beschränkungen sind an den Kriterien für die Zulässigkeit von Notrecht zu messen. Im Kern ist für die Behandlung in Lagern deshalb die Frage relevant, ob Grundrechtseingriffe (z. B. Beschränkungen der Ehefreiheit, der Religionsfreiheit, des Briefgeheimnisses) und Massnahmen in Lebensbereichen, in welchen kein Grundrechtsschutz bestand (z. B. Ausgangsregelungen, Zuteilung von Arbeit, Art der Unterbringung), *offenkundig weitergingen und einschneidender wirkten, als angesichts der konkreten kriegsbedingten Probleme in sachlicher und zeitlicher Hinsicht notwendig war*. Für die Beurteilung ist mit anderen Worten entscheidend, ob die Behörden zu *schikanösen* Massnahmen griffen.

In diesem Sinn liess es sich angesichts einer allgemeinen Spionagegefahr und der Verpflichtung des neutralen Staates, auf seinem Gebiet keine militärisch relevanten Aktivitäten gegen ausländische Staaten zuzulassen⁸²⁴, rechtfertigen, den Briefverkehr zu überwachen und ihn, um dies praktisch möglich zu machen, zu beschränken. Schikanös war es aber, zwar den Gebrauch irgendeiner europäischen Sprache zu erlauben, hingegen Hebräisch zu verbieten⁸²⁵: Offenkundig war es einfacher, in der Schweiz jemanden zu finden, welcher diese Sprache verstand, als z. B. Kenner der Sprachen der baltischen Staaten! Ob beispielsweise die Trennung

⁸²¹ Dazu ausführlich vorne 2. Teil B.I.1.

⁸²² Siehe vorne 2. Teil B.I.4.

⁸²³ Dazu ausführlicher vorne 2. Teil B.I.1.b.

⁸²⁴ Siehe Art. 4f des Haager Übereinkommens vom 18. Oktober 1907 betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges; vgl. zu diesem Abkommen vorne 2. Teil B.II.2.a.

⁸²⁵ Ziff. 6 der Richtlinien über die Behandlung der Flüchtlinge nach der Festnahme und in den Auffanglagern vom 13. Oktober 1942.

von Familien schikanös war oder ob es Situationen gab, in welchen sie sachlich gerechtfertigt werden konnte, können wir mangels entsprechender Hintergrundinformationen nicht beurteilen. Gleiches gilt etwa auch für die Handhabung des Disziplinarrechts und die Behandlung von Personen in Disziplinarlagern oder für die Arbeitsverpflichtung von Emigranten in Arbeitslagern.

Die Kriterien der durch die Notlage gebotenen sachlichen Notwendigkeit und Begründbarkeit und des Fehlens schikanöser Behandlung gelten auch für die Beurteilung der Frage, ob geflohene Zivilisten durch Unterbringung in *geschlossenen* Lagern überhaupt interniert werden durften⁸²⁶. Auch hier müsste für eine abschliessende Beurteilung mehr über die Begründungen der damaligen Behörden und die konkreten Umstände bekannt sein.

bb) Völkervertragsrecht

Keinerlei Bedeutung für diesen Problembereich kommt mangels relevanter Garantien den Niederlassungsverträgen zu. Hingegen sind Vertragswerke des humanitären Völkerrechts bedeutsam. Die hier relevanten Beurteilungskriterien sind schon genannt worden⁸²⁷ und sollen hier nur kurz wiederholt werden.

- *Militärflüchtlinge*: Gemäss dem Haager Abkommen vom 18. Oktober 1907 betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges war die Schweiz nicht berechtigt, entflozene Kriegsgefangene zu internieren; sie durfte ihnen aber einen Aufenthaltsort zuweisen. Demgegenüber durfte sie in unser Land geflohene oder abgedrängte Truppenteile oder Einzelangehörige kriegführender Staaten internieren und musste sie in diesem Fall mit minimalen Subsistenzgütern (Nahrung, Kleidung etc.) ausstatten. Die Konvention über die Behandlung der Kriegsgefangenen von 1929 fand keine direkte Anwendung, ist aber geeignet, Massstäbe dafür abzugeben, was damals als nichtschikanöse Behandlung internierter Militärpersonen fremder Armeen betrachtet wurde, welche von den Staaten auch in Kriegs- und Notstandszeiten zu gewähren war.
- *Zivilflüchtlinge*: Mangels entsprechender völkerrechtlicher Regeln war die Schweiz an keine vertragliche Verpflichtung gebunden, welche die Internierung ziviler Flüchtlinge verboten hätte. Die – nicht direkt anwendbaren – Bestimmungen über Kriegsgefangene und die sog. *Martensklausele* des humanitären Völkerrechts weisen allerdings darauf hin, dass während Kriegszeiten alle Personen nach den Grundsätzen der Menschlichkeit zu behandeln sind. Der Inhalt dieser nicht zu unterschreitenden Minimalgarantien lässt sich – wie z. B. die Verpflichtung der Behörden zur Leistung einer genügenden Grundversorgung mit Lebensmitteln – aus dem zentralen materiellen Gehalt der Kriegsgefangenenkonvention entnehmen. Die Schweiz war während des Zweiten Weltkrieges somit verpflichtet,

⁸²⁶ Die Möglichkeit zur Internierung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 ANAG ergab sich bereits aus dem Gesetz. Wie bereits erwähnt, ist die gesetzliche Internierung ein besonderer Rechtsstatus, welcher nicht notwendigerweise in einem geschlossenen Lager durchzuführen war.

⁸²⁷ Vorne 2. Teil B.II.2.

hinsichtlich der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ein minimales Leistungsniveau zu gewährleisten, das den Mindestanforderungen der Menschenwürde entspricht.

Grosse Relevanz kommt in dieser Hinsicht dem im Rahmen der internationalen Arbeitsorganisation geschlossenen Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit zu, das für die Schweiz am 23. Mai 1941 in Kraft trat⁸²⁸ und die verpönte Zwangs- oder Pflichtarbeit folgendermassen definiert:

(1) Als <Zwangs- oder Pflichtarbeit> im Sinne dieses Übereinkommens gilt jede Art von Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person unter Androhung irgendeiner Strafe verlangt wird und für die sie sich nicht freiwillig zu Verfügung gestellt hat.

(2) Als <Zwangs- oder Pflichtarbeit> im Sinne dieses Übereinkommens gelten jedoch nicht

a) jede Arbeit oder Dienstleistung auf Grund der Gesetze über die Militärdienstpflicht [...];

b) jede Arbeit oder Dienstleistung, die zu den üblichen Bürgerpflichten eines Landes mit voller Selbstregierung gehört;

c) jede Arbeit, die von einer Person aufgrund einer gerichtlichen Verurteilung verlangt wird [...];

d) jede Arbeit in Fällen höherer Gewalt, nämlich im Falle von Krieg, oder wenn Unglücksfälle eingetreten sind oder drohen, [...] und überhaupt in allen Fällen, in denen das Leben oder die Wohlfahrt der Gesamtheit oder eines Teils der Bevölkerung bedroht ist;

[...].»

Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat unter Hinweis auf diese Konvention bei der Auslegung des Begriffes Zwangs- und Pflichtarbeit im Sinn von Art. 4 EMRK betont, dass davon nur die Rede sein kann, «wenn sie unfreiwillig erfolgt und ausserdem ungerecht oder unterdrückend ist oder unvermeidliche Härten zur Folge hat»⁸²⁹. Dies liegt nicht vor bei Arbeiten im Sinne von Abs. 2 lit. d der Konvention der Internationalen Arbeitsorganisation. Soweit die fraglichen Arbeitsverpflichtungen für Flüchtlinge – wie auch die Arbeitsdienste der schweizerischen Bevölkerung – durch die Situation der Schweiz im Zweiten Weltkrieg gerechtfertigt werden konnten, verletzen sie die Konvention nicht. Inwiefern diese Voraussetzung erfüllt war, bedarf historischer Abklärungen.

cc) Völkergewohnheitsrechtliches Fremdenrecht

Dem völkerrechtlichen Fremdenrecht können wie vorne erwähnt⁸³⁰ zwei relevante Mindeststandards entnommen werden: (1.) das Verbot willkürlicher Haft, wonach jeder Freiheitsentzug Fremder auf einer gesetzlichen Grundlage und einem sachlichen Grund beruhen muss⁸³¹, und (2.) das Verbot von Misshandlungen und unmenschlicher Haftbedingungen⁸³². Zumindest

⁸²⁸ SR 0.822.713.9, in der SR noch nicht publiziert.

⁸²⁹ So FROWEIN/PEUKERT (Anm. 503) 62 Rz. 8 zur Beschwerde Nr. 4653/70, abgedruckt in Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1975, 52.

⁸³⁰ Siehe vorne 2. Teil B.II.4.d.

⁸³¹ Siehe dazu FEHRLIN 39; HAUSER 30f.

⁸³² HAUSER 27ff. Hierzu illustrativ FEHRLIN 28: «So bezeichnete es die United-States-Mexico General Claims Commission im Fall Roberts (1927) als völkerrechtswidrige Misshandlung, dass Roberts in einem Raum mit Erdboden eingesperrt

den verschiedenen Lagerordnungen können keine Bestimmungen entnommen werden, welche diesen Mindeststandards widersprechen. Auch hier dürften die Probleme eher beim Vollzug dieser Bestimmungen gelegen haben.

IV. Fazit

Aus heutiger Sicht und im Rahmen einer Beurteilung nach heutigem Recht würde die Behandlung von Flüchtlingen, die während des Zweiten Weltkrieges in der Schweiz aufgenommen wurden, in verschiedenen Hinsichten als rechtswidrig einzustufen sein. Soweit eine Beurteilung aus zeitgenössischer Sicht über weite Strecken zu einem anderen Ergebnis kommt, hat dies verschiedene Gründe:

- Hauptursache ist ein zeitgenössisches Recht, welches im Einklang mit dem damaligen Rechtsverständnis die Schaffung und Erhaltung von Spielräumen für staatliches Handeln deutlich stärker betonte als den Schutz individueller Interessen und Bedürfnisse. Konkrete Auswirkungen waren beispielsweise die Reduktion des Gleichheitsgebotes auf ein reines Willkürverbot oder eine Grundrechtspraxis, welche Eingriffe bereits dann für verfassungskonform hielt, wenn sie eine gesetzliche Grundlage hatten und inhaltlich nicht geradezu willkürlich waren.
- Auf völkerrechtlicher Ebene macht sich das völlige Fehlen von Menschenrechtsgarantien bemerkbar, welche seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges so wichtig geworden sind und die Beurteilung des Verhaltens staatlicher Macht gegenüber Individuen wesentlich verändert haben. Der fremdenrechtliche Mindeststandard des zeitgenössischen Rechtes vermochte die menschenrechtliche Perspektive nicht zu ersetzen, da er – abgesehen vom Eigentumsschutz und prozessualen Rechten – eben bloss Mindestgarantien bot.
- Ebenfalls bemerkbar macht sich das fast völlige Fehlen⁸³³ völkerrechtlicher Normen über den Rechtsstatus von Flüchtlingen. Sie wurden deshalb juristisch gar nicht als Menschen mit speziellen Schutzbedürfnissen wahrgenommen, sondern anderen unerwünschten Ausländern gleichgestellt. Die Arbeiten des Völkerbundes zum Schutz der Flüchtlinge fanden auf innerstaatlicher Ebene keinen Widerhall.
- Zentraler Faktor ist die Tatsache, dass die Schweiz die meisten Zivilpersonen, welche in die Schweiz kamen, nie als Flüchtlinge im Sinn des Asylbegriffs von Art. 21 ANAG anerkannt hatte. Dadurch wurde ein fremdenpolizeirechtlicher Mechanismus ausgelöst, welcher gemäss dem bereits vor dem Krieg erlassenen ANAG diese Menschen automatisch als Personen ohne Anwesenheitsberechtigung und mit Ausreiseverpflichtung einstuft, die als unerwünschte Ausländer zu internieren waren. Deshalb konnten diese Personen rechtlich gar nicht als Menschen in Not wahrgenommen werden. Mit anderen Worten: Die teils

wurde, dessen sanitäre Installationen aus einem Kübel bestanden, wo er auch keine Gelegenheit erhielt, sich zu waschen, dass er nie ins Freie geführt wurde und dass die Verpflegung knapp, unsauber und eintönig war.»

⁸³³ Siehe dazu ausführlich vorne 1. Teil A.III.

harsche Behandlung, wie die Rechtsordnung sie vorgab, war zu einem grossen Teil Konsequenz der Restriktionen beim Zugang zur Schweiz.

- Schliesslich fehlte den Behörden dort, wo sie Massnahmen an die Folgen der deutschen Rassengesetze anknüpften (J-Stempel, Entzug der Niederlassungsbewilligung von ausgebürgerten deutschen Juden) jede Sensibilität dafür, dass – wie das Bundesgericht schon während des Krieges festgestellt hatte – diese Gesetze dem schweizerischen Ordre public widersprachen und deshalb für die schweizerischen Behörden unbeachtlich bleiben mussten.