

Inhalt

| | |
|--|-----|
| Historische Grundlagen des Asylrechts: Ausgangspunkt für die heutigen Probleme? | 7 |
| <i>Dóra Frey</i> | |
| Asyl als Grund- und Menschenrecht? | 27 |
| <i>Michael Anderheiden</i> | |
| Solidarität und Menschenwürde in der Flüchtlingskrise – Zum EuGH-Urteil v. 6.9.2017 und zum EGMR-Urteil v. 3.10.2017 – | 53 |
| <i>Walter Frenz</i> | |
| Das Refoulement-Verbot als Brandmauer für das Unverhandelbare | 71 |
| <i>Oliver Diggelmann/Nina Hadorn</i> | |
| Fortress Europe? Push-Backs am Maßstab der Genfer Flüchtlingskonvention | 99 |
| <i>Caroline Hemler</i> | |
| Migrationsrecht und europäische Werte | 131 |
| <i>Stephan Kirste</i> | |
| Die Rolle des supranationalen Unionsrechts im Migrationsgeschehen | 163 |
| <i>Peter-Christian Müller-Graff</i> | |
| Resettlement heute und morgen | 181 |
| <i>Helena Brzózka</i> | |
| Das Asylrecht als Mittel der Isolation – das Beispiel Ungarns | 213 |
| <i>Boldizsár Nagy/Pál Sonnevend</i> | |

Historische Grundlagen des Asylrechts: Ausgangspunkt für die heutigen Probleme?*

Dóra Frey

I. Einleitung und Begriffsbestimmung

In meinem Beitrag möchte ich die historische Entwicklung des Asylrechts in ihren Grundzügen vorstellen. Ich gebe mich nicht der Illusion hin, dass die Geschichte die Lehrmeisterin des Lebens sei, aber als Rechtshistorikerin bin ich durchaus der Meinung, dass die genauere Betrachtung der historischen Entwicklung hilfreich ist, die Phänomene der Gegenwart besser zu verstehen. Nach einer kurzen Begriffsbestimmung werde ich die historischen Vorläufer des Asyls vorstellen, die zur Entwicklung des Asylrechts im modernen Sinne führten. Nach Betrachtung der frühen völkerrechtlichen Lösungsansätze und deren Auswirkungen auf die heutige Regelung des Asylrechts und seine Interpretation werde ich als Beispiel die Entwicklung des ungarischen Asylrechts darstellen, um am Ende ein Fazit ziehen zu können. Es soll vor allem der Frage nachgegangen werden, inwieweit die heutigen Probleme des Asylrechts historisch bedingt sind.

Das Wort Asyl ist aus dem lateinischen Begriff „asylum“ abgeleitet, der wiederum griechischen Ursprungs ist: „asylos“ bedeutet im Griechischen etwa „nicht beraubt“ oder „sicher“. In nahezu alle europäischen Sprachen wird der Begriff ähnlich wie im Deutschen aus dem lateinischen Wort abgeleitet, die ungarische Sprache ist hierbei eine Ausnahme, das Wort „menedék“ für Asyl ist nicht einmal mittelbar aus dem Lateinischen ableitbar und bedeutet Zufluchtsort. Der Begriff Asylrecht, „menedékjog“, wird aus diesem Wort abgeleitet.

Asyl bedeutete historisch betrachtet einen Zufluchtsort, wo man Schutz bekommen konnte, zunächst im materiellen Sinne – also sowohl ein Dach über dem Kopf und eine minimale Versorgung als auch Schutz vor Verfol-

* Schriftlich ausgearbeitete und erweiterte Version eines Vortrages, gehalten auf dem Symposium „Asylrecht und Asylpolitik in der Europäischen Union – ungarisch-deutsche Perspektive“ vom 17.–18. Mai 2016 an der Andrassy Universität Budapest.

gung. Später kam die juristische Komponente verstärkt hinzu, und Asyl bedeutete fortan auch einen rechtlichen Schutz.¹

II. Historische Vorläufer des Asylrechts

Der Gedanke, dass es in der Gesellschaft für jedermann sichere Zufluchtsstätten geben soll, kam schon zu Beginn der menschlichen Zivilisation auf. So lesen wir im 4. Buch Mose:

„Und unter den Städten, die ihr den Leviten geben werdet, sollt ihr sechs Freistädte geben, dass dahin fliehe, wer einen Totschlag getan hat.“ (Num, 35,6)

Auch an anderen Stellen des Alten Testaments findet man Hinweise auf Asyl,² über die tatsächliche Funktionsweise von solchen Zufluchtsorten ist aber die Quellenlage sehr spärlich.³

Viel bekannter und detaillierter belegt ist das Rechtsinstitut namens „Hikesie“ aus dem antiken Griechenland. Es bedeutete Zuflucht zu sakral-religiös besonders geschützten Orten, also zu Tempeln, Götterbildern, Altären oder heiligen Feuerstätten.⁴ Hier fanden sowohl Straftäter als auch aus sonstigen Gründen Verfolgte sowie junge Frauen, die zwangsverheiratet werden sollten, Schutz. Dieser Schutz war allerdings nur für eine kurze Zeit gedacht, die Polis, auf deren Gebiet das Heiligtum stand, war verpflichtet, zwischen Geflüchteten und Verfolgern zu vermitteln, wenn dabei keine Einigung erzielt werden sollte, oblag dem jeweiligen Stadtstaat die Entscheidung über die Aufnahme des Betroffenen.⁵

Dieses Rechtsinstitut kann als Vorgänger des Kirchenasyls der christlichen Kirchen betrachtet werden, denn der Grundgedanke ist der gleiche: sich unter den Schutz Gottes oder der Götter zu stellen und dadurch gegebenenfalls auch von bestimmten staatlichen Maßnahmen verschont zu bleiben. Dem Institut des Kirchenasyls in den christlichen Kirchen liegt

1 Paul Tiedemann, Flüchtlingsrecht. Die materiellen und verfahrensrechtlichen Grundlagen. Berlin – Heidelberg, Springer Verlag, 2015, 1.

2 5. Buch Mose 4,41–43; Buch der Richter 9, 42–49; 1. Buch Samuel 19, 18–24; 1. Buch der Könige 2, 28–35.

3 Näher dazu: Max Löhr, Das Asylwesen im Alten Testament, Halle (Saale), Max Niemeyer Verlag, 1930, 177 ff.

4 Éva Jakab, A menedékjog gyökerei a görög jogi kultúrában. Államtudományi Műhelytanulmányok 2016/4, 4.

5 Ebd. 5–6.

dieser Gedanke zugrunde, bestärkt durch die biblischen Gebote der Gastfreundschaft, der Nächstenliebe, sowie der Barmherzigkeit. Die Rolle der Kirchen als Zufluchtsort wurde durch die dogmatischen Streitigkeiten der Spätantike, wie zum Beispiel über den Donatismus, noch bestärkt. Sogar Häretiker sollten so vor staatlichen Repressalien geschützt werden. Der Begriff des christlichen Kirchenasyls bildete sich im frühen 5. Jahrhundert heraus: 399 wurde eine Bitte an den weströmischen Kaiser Flavius Honorius herangetragen, das Kirchenasyl anzuerkennen, 405–407 wurde der Bitte stattgegeben, und im Jahre 419 wurde die Stattgabe sogar räumlich ausgeweitet auf 50 Schritte vor dem Eingang der Kirche. Für das oströmische Reich wurde es durch Kaiser Theodosianus II. 431 anerkannt, der im Jahre 438 entstandene Codex Theodosianus zeugt hiervon.⁶

Die Regelung zum Asyl im mittelalterlichen Europa stützte sich auf die Lösungen der Spätantike: So bestimmte 782 Karl der Große in seinem Capitulare für die Sachsen (*Capitulatio de patribus Saxonie*), Kirchenasyl zu gewähren – die Kirchengebäude sollten Schutz vor Verfolgung bieten, egal ob diese Verfolgung von Privaten oder der staatlichen Obrigkeit ausging.⁷ Die Durchsetzung dieses Instituts war auch deswegen im frühmittelalterlichen Westeuropa nicht schwer, weil den meisten germanischen Volksrechten der Gedanke einer unter den Schutz der Götter gestellten Zufluchtsstätte nicht fremd war. Allerdings waren diese heiligen Stätten eher Bäume oder Steine bzw. Felsen, hatten aber durchaus eine ähnliche Funktion wie Kirchenasyl.⁸

1059 wurde das Kirchenasyl erweitert, es galt bereits 60 bzw. 30 Schritte vor dem Eingang der Kirchengebäude. Im Hochmittelalter bestätigten mehrere kaiserliche Dekrete das Kirchenasyl auch für Klöster – hier galt nicht nur das Kirchengebäude an sich, sondern die ganze Klosteranlage als Zufluchtsort.⁹ Die Kirche bot in diesem Fall Schutz vor jeglicher Verfolgung, auch für Straftäter. Das Kirchenasyl wurde als Privileg der Kirche

6 *Markus Babo*, Kirchenasyl – Kirchenhikesie. Zur Relevanz eines historischen Modells im Hinblick auf das Asylrecht der Bundesrepublik Deutschland. Münster – Hamburg – London, LIT Verlag, 2003, 79.

7 Ebd. 96–98.

8 *Matthias Morgenstern*, Kirchenasyl in der Bundesrepublik Deutschland. Historische Entwicklung – Aktuelle Situation – Internationaler Vergleich. Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2003, 52 ff.

9 *Kai Bammann*, Im Bannkreis des Heiligen. Freistätten und kirchliches Asyl als Geschichte des Strafrechts. Hamburger Studien zur Kriminologie und Kriminalpolitik 30. Münster – Hamburg – London, LIT Verlag, 2002, 4.

betrachtet, mit der Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols (oder zumindest mit dessen Gedanken) im 15. Jahrhundert geriet es aber mit diesem in Konflikt. Der moderne territoriale Staat durfte keine Räume mehr dulden, in denen die Staatsgewalt nicht durchgreifen konnte. So wurde in den Rechtsordnungen der europäischen Staaten das Kirchenasyl bis zum 19. Jahrhundert sukzessive aufgehoben, da es effektivem staatlichen Handeln zuwiderzulaufen drohte. Die katholische Kirche hielt lange Zeit am Kirchenasyl fest, sogar der im Jahre 1917 herausgegebene *Corpus Iuris Canonici* enthielt dieses Recht im Kanon 1179.¹⁰ Allerdings wurde später auch das Kirchenrecht den äußeren Gegebenheiten angepasst, der CJC in seiner heutigen Fassung kennt das Kirchenasyl nicht mehr.¹¹

Trotzdem wurden ab den 1980er Jahren in Deutschland vermehrt Fälle bekannt, in denen „Kirchenasyl“ gewährt wurde. Beteiligt waren vor allem evangelische Kirchengemeinden in Berlin, die Asyl für von der Bundesrepublik Deutschland abgelehnte Asylbewerber gewährten.¹² Das so gewährte „Kirchenasyl“ beruht nicht auf formalem Recht, weder das nationale Recht noch das Kirchenrecht kennt dieses Rechtsinstitut, juristisch gesehen ist es also egal, ob es sich um eine Kirche oder um ein anderes Gebäude handelt, wo Menschen Zuflucht suchen (und bekommen), jedoch sind die Symbolwirkung und der allgemeine Respekt vor sakralen Orten nicht zu unterschätzen.¹³

Auch in Ungarn wurde nach der Christianisierung des Landes das Kirchenasyl bekannt: das III. Dekret des später heiliggesprochenen Königs László (Ladislaus) I. aus dem Jahre 1077 bestimmte, dass die Diebe, die in die Kirchen flüchten, nicht bestraft werden sollten, aber sie wurden dadurch Diener der Kirche,¹⁴ und für diejenigen, die bei der Flucht behilflich waren, war weiterhin eine Sanktion vorgesehen. Es zeigt sich bereits in dieser sehr frühen Regelung der Konflikt zwischen Kirchenasyl und Strafverfolgungsanspruch – auch wenn diese Verfolgung damals nicht vom Staat, sondern eher von den Opfern/Geschädigten ausging.

10 Tiedemann, Flüchtlingsrecht, 1.

11 Babo, Kirchenasyl, 147.

12 Wolf-Dieter Just, 20 Jahre Kirchenasylbewegung. In: Wolf-Dieter Just/Beate Sträter: Kirchenasyl. Ein Handbuch, Karlsruhe, Loeper, 2003, 142.

13 Die evangelischen Kirchen erarbeiteten hierfür sogar eine Broschüre mit dem Titel „Wenn ein Fremdling bei euch wohnt...“, um Gemeinden mit praktischen Hinweisen zu versorgen. Abrufbar unter: http://www.ekir.de/www/downloads/Kirchenasyl_DIN_A_5.pdf.

14 III. Dekret des Königs Ladislaus I., Kapitel 4.

Sowohl die antike Hikesie als auch das mittelalterliche christliche Kirchenasyl können mit dem heutigen Asylrecht nur schwer verglichen werden, allerdings waren sie als Vorläufer immens wichtig, da durch diese Institutionen der Gedanke des „sicheren Zufluchtsortes“ Teil der abendländischen Tradition wurde.

III. Die Herausbildung des modernen Asylrechts

Obwohl, wie oben dargestellt, der Gedanke des Schutzes für Verfolgte sehr alt ist, ist das Asylrecht im modernen Sinne ein eher neues Phänomen. Es ging einher mit der Herausbildung der modernen territorialen Staatlichkeit, für die kennzeichnend ist, dass der Staat bemüht und in der Lage ist, die Personen zu kontrollieren, die sich auf seinem Hoheitsgebiet aufhalten. So entwickelte sich das Asylrecht parallel mit dem Fremdenrecht und dem Staatsangehörigkeitsrecht,¹⁵ als Maßnahmen wie Ausweisung oder Auslieferung auch Aufnahme in die staatlichen Rechtsordnungen gefunden haben, also im späten 18. und im 19. Jahrhundert.

Wichtig ist zu betonen, dass es Flüchtlinge und größere Fluchtbewegungen auch früher in der Geschichte schon gegeben hat, die Gründe der Flucht waren dabei sehr vielfältig, von kriegerischen Auseinandersetzungen über Naturkatastrophen – darunter oft auch eine Hungersnot – bis hin zur Verfolgung wegen politischer oder religiösen Ansichten. Solange aber der Staat nicht mit dem Anspruch aufgetreten ist, die eigenen Angehörigen und das eigene Staatsgebiet flächendeckend zu kontrollieren, wurden solche Vorgänge kaum als Problem betrachtet und daher auch juristisch bzw. staatsrechtlich nicht erfasst. Man denke dabei an die Verfolgung von Protestanten im Frankreich des 17. Jahrhundert nach Widerruf des Edikts von Nantes (1685) und an die Flucht der als Hugenotten bezeichneten Protestanten Richtung deutscher Gebiete. In Preußen fanden sie dann jenseits von juristischen Überlegungen größtenteils aus pragmatischen, zum kleineren Teil auch aus humanitären Gründen Aufnahme.¹⁶ Ein anderes Beispiel ist die Flucht von Teilen der Bevölkerung wegen der Türkenkriege aus dem nördlichen Balkan und aus den südlichen Gebieten des histori-

¹⁵ *Tiedemann*, Flüchtlingsrecht, 2.

¹⁶ *Judit Tóth*, Menedékjog – kérdőjelekkkel. Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1994, 25.

schen Königreich Ungarn im 16. und 17. Jahrhundert.¹⁷ Auch politische Flüchtlinge gab es bereits in früheren Zeiten – ob verdrängte Thronanwärter oder unliebsam gewordene politische Gegner, die in ihrer Heimat nicht mehr in Sicherheit waren – sie wurden im Aufnahmestaat als Gast behandelt, solange politische Interessen nicht dagegen sprachen. Juristisch wurden diese Vorgänge jedoch ebenfalls nicht erfasst. So starb Dante Alighieri 1321 im Exil in Ravenna, weil er nach politischen Niederlagen aus Florenz fliehen musste, um einen prominenten „politischen Flüchtling“ des Mittelalters zu nennen.¹⁸

Prekär wurde die Aufnahme von Flüchtlingen, als die Verfolgung wegen politischer Ansichten an Gewicht gewann und das Dilemma entstand, ob diese Personen aufgenommen und geschützt werden sollten, und damit auch, wann und wann sie nicht ausgeliefert werden sollten. Der Gedanke der Notwendigkeit des Schutzes politisch Verfolgter tauchte zunächst in der Aufklärung auf. Als erste Rechtsnorm des Asylrechts gilt die französische Verfassung aus dem Jahre 1793, die bestimmt, dass in Frankreich alle Aufnahme finden sollen, die für die Freiheit der Menschen kämpfen und deswegen Verfolgung ausgesetzt sind. Praktische Bedeutung erlangte diese Bestimmung allerdings nicht, da diese Verfassung nie in Kraft trat.¹⁹

Eine richtige praktische Bedeutung bekam die Problematik erst etwa vier Jahrzehnte später, als die staatliche Zusammenarbeit auf völkerrechtlicher Basis an Bedeutung gewann und der staatliche Strafanspruch auch über die Grenzen hinaus durchgesetzt werden sollte: Es entstanden die ersten Auslieferungsabkommen und parallel dazu die Ausnahmen bzw. die Auslieferungsverbote. 1833 wurde das erste Auslieferungsabkommen zwischen Frankreich und der Schweiz abgeschlossen, im gleichen Jahr wurde in Belgien ein Auslieferungsgesetz erlassen.²⁰ Beide Normen enthielten die Bestimmung, dass Verdächtige/Täter politischer Straftaten nicht ausgeliefert werden sollen. 1836 verabschiedete der Kanton Zürich das „Gesetz

17 *Boldizsár Nagy*, A magyar menekültjog és menekültügy a rendszerváltozástól az Európai Unióba lépésig. Erkölcsi, politikai-filozófiai és jogi vizsgálódások. Budapest, Gondolat Kiadó, 2012, 106.

18 Er lebte als Gast von Guido Novello da Polenta in der Stadt, so beschreibt es auch Giovanni Boccaccio in seinem Werk *Rattatello in laude di Dante* (Abhandlung zum Lobe Dantes).

19 Verfassung des französischen Volkes vom 24. Juni 1793, Art. 120.

20 *Herbert Reiter*, Politisches Asyl im 19. Jahrhundert. Die deutschen politischen Flüchtlinge des Vormärz und der Revolution von 1848/49 in Europa und den USA. Berlin, Duncker & Humblot, 1992, 31–32.

betreffend die besonderen Verhältnisse der politischen Flüchtlinge“, wobei als Voraussetzung des besonderen Schutzes Verfolgung wegen eines politischen Verbrechens oder sonstige politisch motivierter Verfolgung galten.²¹

Damit wurde das moderne Asylrecht geboren: Es entstand als Auslieferungsverbot für politisch Verfolgte an den jeweiligen Heimatstaat. Es setzte eine individuelle Verfolgung wegen politischer Ansichten bzw. politischer Tätigkeit voraus. In der Folge wurde kein offizieller „Flüchtlingsstatus“ gewährt oder anerkannt, aber im Ergebnis war auch gemäß des gerade genannten Gesetzes zum Beispiel der im Berner und Züricher Exil lebende Wladimir Iljitsch Lenin sicher vor einer Auslieferung nach Russland.²²

Dieser Ursprung als Auslieferungsverbot für Täter politischer Straftaten lastet bis heute wie eine Hypothek auf den Flüchtlingsdefinitionen des nationalen und des völkerrechtlichen Asylrechts. Sie begründet die Notwendigkeit einer individuellen Verfolgung als Voraussetzung für die Anerkennung als Flüchtling. Diese frühe Definition der Flüchtlinge und das ihnen danach gewährte Asyl erfassten nur wenige, aber dafür umso prominentere Flüchtlinge oder Exilanten. Eine formal-juristische Entscheidung über die Gewährung von Asyl blieb oft aus, es sei denn, der Heimatstaat stellte einen Auslieferungsantrag oder der Betroffene sollte aus irgendeinem Grund ausgewiesen werden.

Durch den Aliens Act aus dem Jahre 1903 kam in Großbritannien²³ ein neuer Fluchtgrund im Asylrecht zur Anerkennung: die Verfolgung wegen bestimmter Religionszugehörigkeit. Hintergrund war, dass zu dieser Zeit viele Juden aus Russland auswanderten, da sie sich wegen der Zunahme von Pogromen im Russischen Zarenreich nicht mehr sicher fühlten. Die meisten wollten in die USA auswandern, da aber etlichen von ihnen aus verschiedenen, meist gesundheitlichen Gründen (z.B. Tuberkuloseerkrankung) die Einreise in den Vereinigten Staaten verwehrt wurde oder sie gar nicht erst auf ein Auswandererschiff gelangen konnten, strandeten viele russische Juden in Großbritannien – eine Rückführung nach Russland schien aus humanitären Gründen ausgeschlossen, da dort Leib und Leben dieser Personen gefährdet waren.²⁴ Das 1903 erlassene Gesetz trug diesem Umstand Rechnung und verbot die Ausweisung von solchen Immigranten,

21 *Tiedemann*, Flüchtlingsrecht, 4.

22 *Bernard Degen*, Lenin, Wladimir Iljitsch. In: Historisches Lexikon der Schweiz.

23 *Tiedemann*, Flüchtlingsrecht, 4.

24 *Tóth*, Menedékjog, 35.

die wegen politischer oder religiöser Gründe fliehen mussten, das Auslieferungsverbot war somit nicht mehr an eine tatsächliche oder drohende Strafverfolgung geknüpft. Damit entstand das Prinzip des Ausweisungsverbot für aus Gründen ihrer Religion Verfolgte²⁵ – zuerst aber nur im britischen Recht. 1917 wurde dann auch das US-amerikanische Einwanderungsgesetz entsprechend geändert, so dass religiöse Gründe auch dort als Fluchtgrund anerkannt werden konnten.²⁶

Wie wir sehen wurde das Asylrecht mit den Ausweisungs- bzw. Auslieferungsverboten bis zum Anfang des 20. Jahrhunderts vorrangig im nationalen Recht geregelt, eine Ausnahme bildeten bilaterale Auslieferungsabkommen. Eine einheitliche, multilaterale völkerrechtliche Regelung gab es nicht, sie wurde auch nicht angestrebt, da dafür keine Notwendigkeit gesehen wurde – und es tatsächlich wohl auch keine gab. Dies änderte sich schlagartig im 20. Jahrhundert, als verschiedene politische Ereignisse vorher nicht gesehene Flüchtlingswellen auslösten.

Das erste solche Ereignis war der 1915 begonnene Völkermord an den Armeniern im Osmanischen Reich,²⁷ die zweite große Fluchtwelle wurde von der bolschewistischen Revolution in Russland im Jahre 1917 ausgelöst.²⁸ Sie brachten eine grundsätzliche Änderung mit sich, die die gesamte Herangehensweise und die Lösungsansätze beeinflusst hat: bislang war Asyl vorrangig Schutz vor einem Staat, der den Flüchtling wieder unter seiner Hoheit haben wollte – wenn auch nur, um einen Strafanspruch geltend zu machen. Nun gab es eine große Anzahl von Flüchtlingen, die „niemand haben wollte“, also die von keinem Staat Schutz und Aufnahme erwarten konnten.²⁹ Um bei den oben genannten Beispielen zu bleiben: das Osmanische Reich und später die Türkei wollte die geflüchteten Armenier nicht wieder unter ihrer Hoheit haben – Ziel des Völkermordes war ja die ethnische Säuberung, genauso war Russland und später die Sowjetunion eher froh, die Gegner des bolschewistischen Systems loszuwerden. Die neue Situation erforderte auch neue Wege der Lösung.

25 Nicht auszuweisen waren jene, die aus den folgenden Gründen nach England gekommen waren: „to avoid prosecution or punishment on religious or political grounds or for an offence or political character, or persecution, involving danger of imprisonment or danger to life or limb, on account of religious belief“ (Act to amend the law with regard to Aliens 1905).

26 Tiedemann, Flüchtlingsrecht, 5.

27 Tóth, Menedékjog, 35.

28 Tiedemann, Flüchtlingsrecht, 5.

29 Ebd., 5.

IV. Frühe völkerrechtliche Lösungsansätze

Das Völkerrecht des frühen 20. Jahrhunderts war schon sehr gut entwickelt, hatte aber für die damals entstandene Flüchtlingsproblematik, die durch den Ersten Weltkrieg und dessen Folgen und Begleiterscheinungen weiter verschärft wurde, keine Lösung. Wie oben dargestellt, war früher eine flächendeckende Lösung weder angestrebt worden noch nötig gewesen. Im 19. Jahrhundert entstand in Europa zwar ein beachtliches Netz von Auslieferungsabkommen, die die Klausel enthielten, dass Delinquenten von politischen Straftaten von der Auslieferungspflicht ausgenommen sind. Die Auslieferungsverbote bzw. die Ausnahme von der Auslieferungspflicht für politische Straftäter etablierte sich auch als allgemeine Regel des Völkerrechts. Die Abkommen verpflichteten aber „nur“ die Staaten, garantierten nicht weitergehend subjektive Rechte für den Einzelnen.³⁰

Nach dem Ersten Weltkrieg änderte sich die Lage grundlegend. Zum einen flüchteten vorher nie geahnte Massen, die politischen Flüchtlinge des 19. Jahrhunderts hingegen waren eine eher überschaubare Gruppe. Zum anderen wurde zu dieser Zeit der Status als Flüchtling und die Gewährung von Asyl als ein vorübergehender Zustand betrachtet, bis die politische Lage im Heimatland sich entspannt. In den 1920-er Jahren hatten hingegen viele Flüchtlinge gar keine Aussicht oder Möglichkeit, wieder in ihre Heimat zurückkehren zu können. Bis dahin galt Verfolgung wegen politischer und religiöser Überzeugung als legitimer Fluchtgrund. Während und vor allem nach dem Ersten Weltkrieg kam „Nationalität“ als Fluchtgrund hinzu: Aus der Türkei flohen die Angehörigen von ethnischen Minderheiten, genauso verließen auf Grund ihrer Nationalität nach dem Friedensvertrag von Trianon viele ethnische Ungarn die Nachbarländer Ungarns,³¹ die jenseits der neu gezogenen Grenzen lebten. Bei den „ethnischen Flüchtlingen“ war eine individuelle Verfolgung, wie es nach den Begriffen des früheren Asylrechts nötig war, oft auch kaum nachzuweisen.

Der neu gegründete Völkerbund übernahm ein Teil der neu entstandenen Aufgaben. 1920 wurde das Amt des Hochkommissars des Völkerbundes für Flüchtlinge ins Leben gerufen, Fridjof Nansen, der als Polarfor-

30 *Tóth*, Menedékjog, 35.

31 *Zoltán Dövényi*, Zeitliche und Räumliche Aspekte der Migrationswellen in Ungarn 1918–1945, in: *Migrationen und ihre Auswirkungen. Das Beispiel Ungarn 1918–1995*, Hrsg.: *Gerhard Seewann*, München, R. Oldenbourg Verlag, 1997, 7.

scher zu internationalem Ansehen gelangt war, wurde zum Hochkommissar ernannt.³² Zuerst war er nur zuständig für die Flüchtlinge aus dem ehemaligen Russischen Reich, ab 1924 auch für die armenischen Flüchtlinge, erst ab 1928 hatte er eine allgemeine Zuständigkeit in Flüchtlingsfragen.³³ Nansen war Naturwissenschaftler, kein Jurist und verfolgte in seinem Amt weniger einen juristischen als einen pragmatischen Ansatz. So war es wichtig, die Flüchtlinge mit persönlichen Dokumenten zu versorgen, die international anerkannt waren, um sich ausweisen zu können. Dieses Bestreben war erfolgreich, 1922 wurde ein Reisedokument für Flüchtlinge eingeführt, das als „Nansen-Pass“ bekannt wurde und anfangs von 31, später von 52 Staaten anerkannt war.³⁴ Der zweite Plan Nansens, die Flüchtlinge ohne Aussicht auf Heimkehr dauerhaft anzusiedeln, scheiterte dagegen, da nach der damaligen völkerrechtlichen Regelung kein Staat zur Aufnahme von Flüchtlingen verpflichtet war. Nansen selbst war bis zu seinem Tod im Jahre 1930 als Hochkommissar tätig, nach seinem Tod wurde das „Office International Nansen pour les Réfugiés“ („Internationales Nansen-Büro für Flüchtlinge“) als Organ des Völkerbundes gegründet, das die Arbeit von Nansen fortsetzen sollte.³⁵

1933 wurde die erste multilaterale Flüchtlingskonvention unterzeichnet, die aber nur für die Flüchtlinge aus dem Gebiet des ehemaligen Osmanischen Reiches und aus Russland Geltung besaß und zunächst nur von acht Staaten unterzeichnet wurde.³⁶ In diesem Abkommen wurde erstmals das Prinzip des „Non-Refoulement“ als völkerrechtliches Gebot verankert, wonach ein Flüchtling nicht in den Heimatstaat zurückgeschickt werden darf, wenn er dort der Verfolgung ausgesetzt war oder diese ihm drohte. Das Gebot der Nichtzurückweisung verpflichtete nur die Unterzeichnerstaaten untereinander, ein subjektiveres Asylrecht war durch diese Konvention nicht geboten. Das entsprach der damaligen Auffassung vom Völkerrecht, das keine Rechte und Pflichten für Einzelpersonen begründen konnte. Trotzdem war die Anerkennung des Non-Refoulement-Prinzips im Völkervertragsrecht ein wichtiger Schritt. 1938 wurde in Folge der Konferenz in Evian³⁷ über die Flüchtlinge aus Deutschland ein Sonderabkom-

32 *Tóth*, Menedékjog, 32.

33 *Tiedemann*, Flüchtlingsrecht, 5.

34 *Tóth*, Menedékjog, 50.

35 Ebd., 50.

36 *Tiedemann*, Flüchtlingsrecht, 6.

37 *Tóth*, Menedékjog, 51.

men über die Aufnahme und Behandlung der aus dem Deutschen Reich Geflüchteten geschlossen, das jedoch keine praktische Wirkung erzielt hat, da es von weniger als einer Handvoll Staaten ratifiziert wurde.³⁸

V. Geburt des modernen Asylrechts auf völkerrechtlicher Ebene

Wenn wir über den Ersten Weltkrieg sagen, dass er zuvor nie erlebte und nie für möglich gehaltene Fluchtwellen auslöste, treffen diese Aussagen für den Zweiten Weltkrieg noch stärker zu. Während und nach dem Krieg mussten Millionen von Menschen ihre Heimat verlassen – ein Teil von ihnen flüchtete, ein anderer Teil wurde in staatlich organisierten Aktionen vertrieben oder verschleppt. Es gab Geflüchtete, die vor dem Krieg flüchteten oder die Verfolgung ausgesetzt waren oder dies befürchteten. Des Weiteren gab es eine große Anzahl von Personen, die verschleppt wurden und am Ende des Krieges sich fernab ihrer Heimat aufhielten, und es war unklar, ob sie zurückkehren konnten, durften und wollten. Es entstand der Begriff „displaced person“ oder kurz DP, der durch die Alliierten schon zur Zeit des Krieges und unmittelbar danach auf alle Zivilpersonen angewendet wurde, die sich wegen Verschleppung, Zwangsarbeit oder Flucht nicht in ihrem Heimatstaat aufhielten.³⁹

Im November 1943 wurde die United Nations Relief and Rehabilitation Administration (UNRRA) als neue Organisation für die Belange von Flüchtlingen gegründet,⁴⁰ nachdem im Jahre 1939 das Nansen-Büro aufgelöst wurde und mit Kriegsausbruch auch der Völkerbund seine Arbeit faktisch einstellte. Die neue Organisation war nach Kriegsende für alle DP's zuständig. Nach dem ursprünglichen Plan sollten sie alle repatriiert werden. Dieser Plan konnte nicht verwirklicht werden, und das UNRRA

38 *Tiedemann*, Flüchtlingsrecht, 6. nennt Großbritannien und Belgien, *A. N. Makarov*: Das internationale Flüchtlingsrecht und die Rechtstellung heimatloser Ausländer nach dem Bundesgesetz vom 25. April 1951, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1951/52 (vol. 14) 431–462, nennt Großbritannien und Dänemark (436).

39 Vgl. *Das DP-Problem: Eine Studie über die ausländischen Flüchtlinge in Deutschland*, Hrsg.: *Eberhard Jahn*, Tübingen, Institut für Besatzungsfragen. Tübingen, Mohr-Siebeck Verlag, 1950.

40 Das UNRRA hatte auch andere Aufgaben, so im Wiederaufbau und im Bereich humanitärer Hilfe; die Flüchtlingsversorgung rückte aber immer mehr in den Vordergrund. *Makarov*, Internationales Flüchtlingsrecht, 436.

wurde mit Ende des Jahres 1946 aufgelöst (außerhalb von Europa war es noch bis Ende Juni 1947 tätig). Als Nachfolgeorganisation wurde die International Refugee Organisation (IRO) als Agentur der UNO gegründet, nachdem nach Kriegsende und Gründung der Vereinten Nationen auch die UNRRA bereits in die UNO eingegliedert worden war.⁴¹

Die IRO, die von 1946–1952 bestand, war nach ihren Statuten zuständig für alle Personen, die entweder bereits vor dem Krieg auf Grund von Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität oder politischen Meinung Flüchtlinge waren oder in Folge des Krieges nicht in der Lage oder nicht Willens waren, den Schutz des Staates zu genießen, dem sie angehörten.⁴² Aus rechtshistorischer Sicht ist diese Organisation nicht nur deswegen wichtig, weil sie die Repatriierung und Versorgung von etwa einer Million Menschen nach Kriegsende übernahm,⁴³ sondern weil in ihren Statuten wie oben genannt die möglichen Fluchtgründe wesentlich erweitert wurden – nach den schrecklichen Erfahrungen war die Verfolgung wegen Rasse und Nationalität als Fluchtgrund nun endgültig anerkannt, neben den vorher schon im Völkerrecht etablierten Fluchtgründen der Verfolgung wegen der politischen Meinung oder der Religionszugehörigkeit.

Die Versorgung, Repatriierung oder Neuansiedlung der DP's als Folge des Zweiten Weltkrieges war längst nicht abgeschlossen, als neue Ereignisse erneute Flüchtlingswellen auslösten: So flohen aus politischen Gründen viele aus den nun unter sowjetischer Besatzung stehenden Ländern Osteuropas, wo sich kommunistische Regime etablierten. Nach der Gründung des Staates Israel entstand die (bis heute nicht gelöste) Problematik der palästinensischen Flüchtlinge, was die Gründung des United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA) im Dezember 1949 veranlasst hat. Die Organisation war zunächst als eine nur vorübergehende gedacht. Juristisch gesehen gilt sie bis heute als eine temporäre Hilfsorganisation, deren Mandat immer wieder für drei Jahre verlängert wird.⁴⁴ Ebenfalls als vorübergehende Hilfsorganisation wurde für die Flüchtlinge in Folge des Koreakrieges das United Nations

41 *Tóth*, Menedékjog, 51.

42 *Tiedemann*, Flüchtlingsrecht, 6.

43 *Tóth*, Menedékjog, 52.

44 *Tiedemann*, Flüchtlingsrecht, 7.

Korean Reconstruction Agency (UNKRA) gegründet, das 1950–1959 tätig war.⁴⁵

Als deutlich wurde, dass sich die Probleme der bereits entstandenen Flüchtlingsmassen nicht einfach und vor allem nicht kurzfristig beseitigen ließen und immer wieder neue Flüchtlingskrisen in Folge von Kriegen, Bürgerkriegen und Naturkatastrophen entstanden und daher die temporären und nur für bestimmte Gebiete zuständigen Organisationen langfristig keine tragfähige Lösung boten, wurde wieder die Gründung einer allgemeinen Organisation für Flüchtlingshilfe beschlossen. So entstand 1950 das Amt des United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) unter Federführung der UNO.⁴⁶ Als erster Hochkommissar nahm am 1. Januar 1951 der Niederländer Gerrit Jan van Heuven Goedhart mit Amtssitz in Genf die Arbeit auf.⁴⁷

Die UNO war daneben bemüht, die Stellung der Flüchtlinge und das Recht auf Asyl auch völkerrechtlich verpflichtend zu regeln. Allerdings wurden diese Bestrebungen nicht immer von Erfolg gekrönt. So enthält die von der Generalversammlung angenommene, allerdings völkerrechtlich formal nicht verbindliche „Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ aus dem Jahre 1948 die Formel „Zuflucht vor Verfolgung zu suchen und zu genießen“, jedoch kein subjektives Recht des Einzelnen auf Asyl, wie es im Entwurf der Erklärung noch vorgesehen war.⁴⁸ Auch der 1966 unterzeichnete und ein Jahrzehnt später in Kraft getretene „Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte“ regelt kein subjektives Recht auf Asyl.⁴⁹

Wesentlich erfolgreicher war die vom 2.–25. Juli 1951 in Genf abgehaltene UN-Sonderkonferenz mit Ziel der Regelung des Status der Flüchtlinge. Zum Abschluss der Konferenz wurde am 28. Juli 1951 die „Konvention betreffend den Status der Flüchtlinge“ unterzeichnet und zur Ratifizierung freigegeben.⁵⁰ Damit wurde eine der wichtigsten Grundlagen des Asylrechts auf völkerrechtlicher Ebene, die „Genfer Flüchtlingskonvention“ geschaffen. Zunächst hatte sie nur für Europa und ausschließlich für Fälle Gültigkeit, in denen der Fluchtgrund vor dem 1. Januar 1951 lag –

45 *Tóth*, *Menedékjog*, 52.

46 *Makarov*, *Internationales Flüchtlingsrecht*, 439.

47 *Ebd.* 440.

48 *Tiedemann*, *Flüchtlingsrecht*, 7.

49 *Ebd.* 7.

50 *Ebd.* 8.

damit wurden praktisch die Flüchtlinge aus dem damaligen Ostblock erfasst, die wegen politischer Ansichten oder Zugehörigkeit zu einer gesellschaftlichen Gruppe (z.B. Adelige) verfolgt wurden. Weiterhin besteht aber die Bedingung, dass die Verfolgung individuell erfolgt sein muss⁵¹ – was in vielen Fällen schwer nachweisbar ist, bzw. ein Teil der Fliehenden nicht erfasst, so zum Beispiel diejenigen, die vor einem bewaffneten Konflikt oder wegen Naturkatastrophen die Flucht ergreifen (müssen).

Das Abkommen regelte als erstes umfassend auf völkerrechtlicher Ebene die Anerkennungsgründe als Flüchtling, sowie bestimmte Mindeststandards für den Schutz bzw. den rechtlichen Status der Flüchtlinge. Die Konvention trat im Jahre 1954 in Kraft und bildete fortan auch die Rechtsgrundlage für die Tätigkeit des bereits 1950 gegründeten UNHCR. Damit entstand die bis heute maßgebliche völkerrechtliche Definition der Flüchtlinge: Neben die bislang bekannten Fluchtgründe (politische Ansichten, Religion, Rasse, ethnische Zugehörigkeit) trat als Verfolgungs- bzw. Fluchtgrund die Zugehörigkeit zu einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe. Als zweite große Errungenschaft dieses Abkommens tritt die Tatsache, dass aus diesem Abkommen auch subjektive Rechte für die Betroffenen abzuleiten sind. Auch dies zählt zu den wesentlichen Neuerungen der Konvention.⁵²

Problematisch war allerdings, dass das Abkommen zunächst nur für Europa und für Fluchtgründe galt, die vor dem 1. Januar 1951 eingetreten waren, so dass es nicht alle Flüchtenden erfasst hat.⁵³ Nachdem die Einsicht wuchs, dass die Problematik der Flüchtlinge immer wieder aufs Neue auftaucht und auch außerhalb Europas verbreitet ist, wurde die Konvention im Jahre 1967 durch ein Zusatzprotokoll erweitert, und besitzt damit universelle Geltung.⁵⁴ Gegenwärtig sind 142 Staaten Vertragsparteien sowohl der Konvention als auch des Zusatzprotokolls (die Konvention hat 145, das Zusatzprotokoll 146 Vertragsparteien).⁵⁵ Nach dem zweiten Weltkrieg wurde auch in die nationalen Verfassungen nach und nach, wenn auch mit unterschiedlichem Inhalt und Umfang, ein Recht auf Asyl als Grundrecht aufgenommen, so auch ins deutsche Grundgesetz (Art. 16 a

51 *Tóth*, Menedékjog, 42.

52 Ebd. 48.

53 *Tiedemann*, Flüchtlingsrecht, 8.

54 *Tóth*, Menedékjog, 43.

55 Information aus der United Nations Treaty Collection https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=5&subid=A&clang=_en (30.10.2017).

GG).⁵⁶ Im nationalen Recht entstanden vielfach Asylgesetze, die die Rechte und Pflichten der Flüchtlinge sowie das Anerkennungsverfahren regeln. Sie sind in den Mitgliedstaaten der EU durch die Dublin III-Verordnung stark vom Unionsrecht geprägt.

VI. Exkurs: Die Geschichte des Asylrechts in Ungarn

Die Geschichte des ungarischen Asylrechts ist genauso kurz, wie es in anderen Ländern der Fall ist, allerdings waren Flüchtlinge schon in früheren Jahrhunderten ein bekanntes Phänomen in Ungarn. So nahm Ungarn bereits im 16. und 17. Jahrhundert sogenannte Exulanten auf, also verfolgte Protestanten aus den Österreichischen Erbländern und aus Böhmen (in Ungarn war die Religionsausübung von Protestanten, wenn auch mit Auflagen, nach dem Frieden von Wien im Jahre 1606 gesichert).⁵⁷ Klassische politische Flüchtlinge waren die polnischen Freiheitskämpfer, die im 19. Jahrhundert, nach dem Aufstand 1830–31 und in geringerer Zahl nach dem Januaraufstand 1863–64, in Ungarn Aufnahme fanden – allerdings durch private Initiativen, in Adels- und Bürgerfamilien, was auch als Protest gegenüber der Politik der Habsburger verstanden wurde.⁵⁸ Eine formale Regelung des Aufenthalts- und Ausländerrechts existierte damals noch nicht. Sie wurde erst 1886 geschaffen und 1903 und 1930 modifiziert.⁵⁹ Ein Auslieferungsverbot von politisch Verfolgten war aber nicht ausdrücklich verankert. Mit einer größeren Flüchtlingswelle wurde Ungarn nach dem Ersten Weltkrieg konfrontiert, als, wie bereits erwähnt, ethnische Ungarn nach dem Friedensvertrag von Trianon aus den neuen Nachbarstaaten flüchteten. Dieser Vorgang wurde durch Art. 63 des Friedensvertrages durch die Möglichkeit der so genannten „ethnischen Option“ gedeckt.⁶⁰ Der nächste große Flüchtlingsstrom erreichte Ungarn genauso wie ganz Europa mit dem Ausbruch des Zweiten Weltkrieges. 1939 fanden mehrere zehntausend polnische Flüchtlinge, darunter viele Solda-

56 *Paul Tiedemann*, Das konstitutionelle Asylrecht in Deutschland – Ein Nachruf, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2009/5-6, 161–167.

57 *Géza Pálffy*, *A három részre szakadt ország 1526-1606*. Budapest, Kossuth Könyvkiadó, 2009, 96.

58 *Katalin Szokolay*, *Lengyelország története*, Budapest, Balassi Kiadó, 2006, 107–109.

59 *Tóth*, *Menedékjog*, 70.

60 *Dövényi*, *Migrationswellen*, 7.

ten der polnischen Armee, in Ungarn vorübergehend Aufnahme⁶¹ – aus historischer Verbundenheit, da Ungarn zu dieser Zeit eigentlich Verbündeter des nationalsozialistischen Deutschen Reichs war. Weitaus weniger freundlich wurde mit den jüdischen Flüchtlingen umgegangen, die wegen der immer intensiveren und auch räumlich weiter ausgedehnten Verfolgung in das als relativ sicher geltende Ungarn flüchteten, man denke vor allem an das Massaker bei Kamenez-Podolsk.⁶² In den letzten Monaten des Weltkriegs kamen dann wieder viele Flüchtlinge, diesmal in umgekehrte Richtung. Viele flohen aber weiter Richtung Westen (so z.B. Donauschwaben aus dem Banat). Mit den Bukowiner Seklern und mit den aus der Tschechoslowakei vertriebenen Personen kamen wieder viele ethnische Ungaren als Flüchtlinge, die aber schnell eine endgültige Aufnahme in Ungarn fanden.⁶³

Die erste Regelung des subjektiven Rechts auf Asyl in Ungarn erfolgte durch die ansonsten stark stalinistisch geprägte Verfassung der Volksrepublik Ungarn von 1949 (Gesetz Nr. XX von 1949). Laut § 58 Abs. 2 genossen diejenigen, die wegen „demokratischen Verhaltens“ oder wegen einer „für die Befreiung der Völker erbrachte[n] Tätigkeit“ verfolgt wurden, in der Volksrepublik Ungarn Asyl. Ab 1972 bestand aber kein Recht auf Asyl mehr,⁶⁴ nach der Verfassungsreform lautete § 67 der Verfassung: „In der Ungarischen Volksrepublik können alle, die für ihr demokratisches Verhalten, wegen ihrer Tätigkeit für die Befreiung der Völker, für den gesellschaftlichen Fortschritt und für den Schutz des Friedens verfolgt werden, Asyl bekommen.“ Tatsächlich nahm Ungarn später griechische und chilenische Kommunisten auf, die in ihrem Heimatland verfolgt wurden.⁶⁵

Allerdings muss man anmerken, dass Ungarn in diesen Jahrzehnten eher Ausgangspunkt als Ziel von Flucht war: Bereits am Ende des Zweiten

61 *Károly Kapronczay*, A lengyel menekültügy irányítása, in: *Magyarok és lengyelek. Menekültügy 1939–1945*, Hrsg.: *Károly Kapronczay*, Budapest, Gondolat Kiadó, 1991, 99–105.

62 *Randolph L. Braham*, *A magyar Holocaust*, Budapest, Gondolat, 1990, 170–171.

63 Näher dazu: *Dóra Frey*, Menekültek és menekülők – a második Világháborút követő kényszeremigráció nemzetközi jogi háttere, in: *Jogi Tanulmányok. Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar Doktori Iskolájának III. Konferenciája*, Hrsg.: *Marianna Fazekas*, Band II, Budapest, Eötvös Loránd Tudományegyetem, 2012, 95-107.

64 *Judit Tóth*, 65. § [Menedékjog], in: *Az Alkotmány kommentárja I–III*, Hrsg.: *András Jakab*, Budapest, Századvég Kiadó, 2009, 2349.

65 *Nagy*, *A magyar menekültjog*, 108.

Weltkrieges flohen vor allem Mitglieder der früheren politischen und wirtschaftlichen Elite Richtung Westen, nach der Machtübernahme der Kommunisten 1948 folgten viele weitere, nach der gescheiterten Revolution und dem Freiheitskampf 1956 ergriffen fast 200.000 Personen die Flucht aus Ungarn.⁶⁶

Eine Wende nahm die ungarische Politik bezüglich der Flüchtlinge im Jahre 1989. Bis dahin war Ungarn keine Vertragspartei der Genfer Flüchtlingskonvention, trat ihr aber am 14. März 1989 als erster Ostblockstaat überraschend bei (das Zusatzprotokoll trat am selben Tag, die Konvention am 12. Juni für Ungarn in Kraft).⁶⁷ Grund dafür war, dass zu dieser Zeit sich viele Flüchtlinge aus zwei formell verbündeten sozialistischen Staaten, nämlich aus Rumänien und aus der Deutschen Demokratischen Republik in Ungarn aufhielten, aus Rumänien flüchteten vor allem Ungaren wegen der brutalen Unterdrückung, die DDR-Flüchtlinge erhofften über Ungarn in den Westen zu gelangen.⁶⁸ Sowohl Rumänien als auch die DDR bestanden darauf, dass diese Personen unverzüglich zurückgeschickt werden sollten, was bis dahin zwischen den sozialistischen Staaten teils aufgrund bilateraler Abkommen, teils auf der Grundlage der Gegenseitigkeit stets auch so gehandhabt wurde.⁶⁹ Im Frühjahr 1989 wollte aber die ungarische Regierung, die zu dieser Zeit von Mitgliedern des Reformflügels der Sozialistischen Arbeiterpartei Ungarns beherrscht war, sowohl aus humanitären Gründen als auch auf innenpolitischen Druck der schon sehr starken demokratischen Opposition als auch schließlich aus außenpolitischen Erwägungen dieser Praxis nicht mehr folgen. Durch den Beitritt zur Genfer Konvention, zunächst mit regionaler Beschränkung auf Europa, schuf Ungarn dafür die Rechtsgrundlage.⁷⁰

Nach der Verfassungsreform im Herbst 1989 wurde auch das Asylgrundrecht eingeführt bzw. neu geregelt, im Jahre 1997 geringfügig modifiziert, und im selben Jahr entstand das Asylgesetz (Gesetz CXXXIX. von 1997), dessen Annahme laut Verfassung an eine 2/3 Mehrheit geknüpft war. Es regelte drei Fallgruppen: Neben den „Flüchtlingen“ (auf Ungarisch menekült), die auch im Sinne der Genfer Konvention als solche anerkannt werden konnten (also eine Verfolgung oder unmittelbar drohende

66 Ebd. 107.

67 Ebd. 119.

68 *Tóth*, Menedékjog, 75–76.

69 *Nagy*, A magyar menekültjog, 120.

70 *Tóth*, Menedékjog, 74.

Verfolgung individuell nachweisen konnten) kannte das Gesetz den Begriff der „Aufgenommenen“ (befogadott), die zwar keinen Flüchtlingsstatus erlangten, aber durch den Non-Refoulement-Grundsatz geschützt wurden, und schließlich gab es drittens eine spezielle Kategorie für in Gruppen fliehende „Zufluchtsuchende“ (menedékes),⁷¹ die in Folge des Krieges auf dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawiens die größte Gruppe der Schutzsuchenden in den 1990er Jahren ausmachten.⁷²

2007 erfolgte mit dem Gesetz LXXX. eine Neuregelung des Asylrechts, die im Einklang mit der Gemeinschaftsrecht bzw. Unionsrecht steht. Das Gesetz kennt „Flüchtlinge“ (menekült) im Sinne der Konvention, „Beschützte“ (oltalmazott), die einen subsidiären Schutz genießen, und es existiert die Kategorie der „Aufgenommenen“ (befogadott), für diejenigen, die weder als Flüchtling noch als Beschützte gelten, aber nicht in ihrer Herkunftsstaat zurückgeschickt werden können und die kein anderer Staat aufnimmt. Weiterhin existiert der Begriff der „Zufluchtsuchenden“ (menedékes), die in großen Gruppen aufgenommen werden. Das Gesetz wurde seitdem mehrfach modifiziert (eher: verschärft). Das neue Grundgesetz Ungarns (verabschiedet 2011, in Kraft getreten 2012) brachte keine wesentlichen Neuerungen, der Umfang des Asylgrundrechts blieb unverändert, jedoch wurde die erforderliche Mehrheit für Regelungen des grundrechtsbeschränkenden Asylgesetzes herabgesetzt: Es ist kein Grundlagengesetz mehr nötig, vielmehr kann eine solche Regelung mit einfacher Mehrheit beschlossen werden.⁷³

VII. Fazit

Wie oben dargestellt ist der Gedanke des Schutzes für Verfolgte aus dem Altertum überliefert, das moderne Asylrecht entstand aber schrittweise ab Mitte des 19. Jahrhunderts. Es wurde aus dem Auslieferungsverbot wegen politischer Straftaten hergeleitet und betraf zuerst nur wegen ihrer politi-

71 Nagy, A magyar menekültjog, 187–191.

72 Dóvényi, Migrationswellen, 21.

73 Art. XIV. Abs. 3 Grundgesetz Ungarns bestimmt das Asylgrundrecht, aber schreibt keine Regelung als Grundlagengesetz vor, im Gegensatz zur alten Verfassung (Gesetz XX. von 1949), die in § 65 Abs. 2 eine gesetzliche Regelung, beschlossen mit der Mehrheit von zwei Dritteln der Abgeordneten der Landesversammlung, vorsah.

schen Tätigkeit Verfolgte. Die Fluchtgründe wurden später erweitert, zuerst durch Verfolgung wegen Religion, dann kamen Rasse, ethnische Zugehörigkeit und Zugehörigkeit zu einer gesellschaftlichen Gruppe hinzu. Statt unilateraler und bilateraler Lösungen gibt es heute fast universelle vertragsvölkerrechtliche Regelungen durch die Genfer Flüchtlingskonvention und ihr Protokoll, das auch ein subjektives Recht auf Asyl garantiert. Anstatt von Abkommen für bestimmte Gruppen und Organisationen mit begrenztem räumlichen und zeitlichen Mandat wie bis dahin gibt es eine umfassende Regelung und eine Organisation mit allgemeiner Zuständigkeit für Flüchtlinge. Der Grundgedanke des Asylrechts bleibt aber derselbe: Es geht von Einzelfällen aus. Der Flüchtling wird wegen persönlichen Eigenschaften oder Einstellungen individuell verfolgt, und der Status als Flüchtling ist als vorübergehend gedacht. Die Wirklichkeit ist aber oft anders: Viele Flüchtende werden nicht individuell verfolgt, Kriegsflüchtlinge etwa sind weder wegen Rasse, noch wegen Religion oder politischer Einstellung bedroht, ihr Leib und Leben sind aber durch eine bewaffnete Auseinandersetzung unmittelbar gefährdet. Ähnlich ist es bei Fluchtwellen, die von Naturkatastrophen wie einer Hungersnot ausgelöst werden: es kann keine individuelle Verfolgung nachgewiesen werden, da es keine gibt – trotzdem sind diese Personen auch schutzbedürftig. Deswegen sind längst nicht alle, die fliehen müssen, im völkerrechtlichen Sinne und/oder gemäß der nationalen Rechtsordnungen „Flüchtlinge“. Folglich wurden im nationalen Recht und mittlerweile im Unionsrecht andere Formen des Schutzes eingeführt: Neben relativ wenigen anerkannten Flüchtlingen genießen sehr viele einen subsidiären Schutz, die Kategorie des de-facto-Flüchtlings ist entstanden. Zum anderen ist der Status als Flüchtling in vielen Fällen alles andere als vorübergehend. Viele Flüchtlinge, sowohl anerkannte als auch de-facto-Flüchtlinge, haben keine realistische Aussicht auf eine Rückkehr in ihren Heimatstaat.

Das größte Problem des Asylrechts, dass längst nicht alle, die aus ihrer Heimat geflohen sind, von diesem Recht erfasst werden, ist mit seiner historischen Entwicklung zu erklären: Es entstand als Schutz für wenige, teils prominente politisch Verfolgte. Für große Massen und für viele Fluchtgründe sind die Regelungen trotz der Entwicklungen im 20. Jahrhundert kaum brauchbar. Es ist wichtig, diesen Umstand vor Augen zu haben, wenn in der Zukunft tragfähige Lösungen für die bestehenden Probleme erarbeitet werden sollen.

Asyl als Grund- und Menschenrecht?

Michael Anderheiden

I. Die theoretische Einbettung des Asyls

Dem universalen Völkerrecht ist ein *Recht auf Asyl* fremd.¹ Entsprechend ergibt sich aus der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) kein Recht auf Asyl, sondern neben der Definition des Flüchtlings vor allem eine Regelung, in denen sich die Signatarstaaten gegenseitig verpflichten, zugunsten der als Flüchtling anerkannten Personen *Rechte im Asyl* zu schaffen. Für ein mögliches *Recht auf Asyl* haben die Vertragsstaaten sich nach der GFK weitergehend nur verpflichtet, zukünftig Verfahrensregeln festzulegen. Doch wohl erst im Entstehen begriffen sind Mindestregeln, denen diese Verfahren genügen müssen.² Von einem gesicherten Bestand des Völkerrechts ist insoweit aber noch nicht auszugehen.

Nach einigen Jahrzehnten der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Asyl ist dies ein schwaches Ergebnis, wenn man davon ausgeht, ein *Recht auf Asyl* sei moralisch geboten. In ganz anderem Licht erscheint dieses Ergebnis, wenn es kein individuelles *Recht auf Asyl* gegen einen bestimmten Staat gibt, sondern die Grundlagen des Asyls im objektivrechtlichen Bereich liegen und aus diesen dann subjektive Rechte nur im Reflex und in gewissen Grenzen erwachsen. Genau dafür wird hier eingetreten.

Damit stellen sich drei Fragen: 1. Warum ergibt sich dieses Ergebnis, also: welche theoretische Grundlage lässt sich dahinter ausmachen? 2. Was sind die erwähnten völkerrechtlichen Mindestregeln für ein Verfahren auf Asyl? Dieser Frage sind *Oliver Diggelmann* und *Nina Hadorn* in diesem Band für das Gebot des non-refoulement als bekanntestem Bau-

1 *James C. Hathaway*, *The Law of Refugee Status*, 2. Aufl. 2014, S. 14; umstr. dagegen, ob ein solches Recht durch Art. 18 GrChEU gewährt wird, zur Diskussion s. zusammenfassend *Georg Jochum*, in: Peter J. Tettinger/Klaus Stern (Hrsg.), *Kölner GK, Europäische Grundrechtecharta*, 2. Aufl. 2016, Rn. 23 ff. m.w.N.

2 Gerade Verfahrensregelungen gelten als Ausfluss nationaler Souveränität; sie sind selbst innerhalb der EU bislang nicht einheitlich geregelt, s. dazu unten Teil III 2.

stein eines individuellen Anspruchs auf Asyl nachgegangen; das wird im Folgenden nur gestreift.³ Und schließlich 3. Was sind die übrigen Normen des positiven Rechts, die sich aus den theoretischen Grundlagen ergeben, vor allem Normen, die in Deutschland und Europa gelten? Der Beitrag wendet sich zunächst der ersten, ganz kurz und anhand eines Beispiels der zweiten, schließlich der dritten Frage mit der Konzentration auf Deutschland zu.⁴

II. Theoretische Grundlagen des Asylsystems

Um das angesprochene Asylsystem in seinen theoretischen Grundlagen zu verstehen, ist es notwendig, zwischen der *Institution des Asyls* und dem individuellen Recht auf Asyl zu unterscheiden. Die Institution des Asyls entstand zwischen Staaten, die sich als gleichberechtigte Mitglieder einer Staaten- oder Völkergemeinschaft organisierten und dies als Reflex ihrer eigenen inneren Ordnung ansahen. Diese Staaten zielen als Gleichberechtigte, die voneinander um diese Gleichberechtigung wissen, nicht in den Krieg und zielen nicht auf Waffenstillstände, um Krieg zu einem späteren, für sie günstigeren Zeitpunkt zu ermöglichen. Sie zielen vielmehr auf ein dauerhaftes gleichberechtigtes Miteinander, auf Frieden (der zudem organisatorisch-institutionell geschützt wird).⁵

Sie lehnen im Verhältnis zueinander aber auch jede andere Art der Suprematie ab: Kolonialisierung, wirtschaftliche Ausbeutung oder ideologisch motivierte Vorrangstellungen (wie im einstigen sowjetischen System der „begrenzten Souveränität“) sind ihnen allen fremd. Kant nannte solche Staaten „Republiken“,⁶ und der Begriff soll auch hier verwendet werden. Zugleich ist es aber zur Fundierung des „Asyls“ nötig, sozusagen mit Kant einen Schritt über Kant hinaus zu gehen.

Kant unterschied scharf „Republik“ von „Demokratie“: Republiken können jede Staatsform annehmen, sie dürfen nur nicht ins Despotische

3 In diesem Band S. 65 ff.

4 Für Europa s. auch *Peter-Christian Müller-Graff*, in diesem Band, S. 157 ff.

5 Dieses organisatorische Element rückt bekanntlich erst bei *Max Weber* in das Zentrum entsprechender Fragen.

6 *Immanuel Kant*, Vom ewigen Frieden, 1795, Erster Definitivartikel, 305.

gleiten.⁷ Holzschnittartig sah Kant als Maß für den Beginn der Despotie das Ende der Gewaltenteilung zwischen Legislative und Exekutive. Da bei ihm die Demokratie als buchstäbliche „Herrschaft aller“ definiert ist, bleibt dann entweder niemand mehr, der die von allen erlassenen Gesetze vollziehen kann, oder aber jemand erlässt und vollzieht Gesetze in einem. Im ersten Fall wird der Rechtszustand verlassen, im zweiten Fall bedeutet Demokratie zugleich Despotie.

Diese holzschnittartige Zuspitzung wird allgemein in heutigen Demokratien durch Institutionalisierung zumindest der Idee nach überwunden: Ein Parlament als Vertretung aller lässt die Möglichkeit zu, dass Nicht-Parlamentarier Gesetze vollziehen.⁸ Die Nicht-Parlamentarier müssen dann in ihrem Amt vom Parlament völlig unabhängig sein, die Parlamentarier dürfen nicht an Stimmungen der Bürger gebunden werden, sondern müssen von ihnen unabhängig und nicht um des eigenen Wohles willen entscheiden und die Amtsträger nicht anders als durch Gesetze steuern.⁹ Ein solches Ideal ist durchaus denkbar und nicht völlig unrealisierbar, Ansätze finden sich heute in unterschiedlichen Modellen etwa in Frankreich

7 Die Despotie kann bei Kant, wie auch sonst philosophiegeschichtlich geläufig, ebenfalls alle Staatsformen annehmen als Despotie eines Einzelnen, einer (kleinen) Gruppe oder einer Mehrheit über eine Minderheit, s. für einen Überblick *Rolf Gröschner*, „Freiheit“, in: Erik Hilgendorf und Jan C. Joerden (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*. Darmstadt 2016, S. 379–385.

8 Es bleibt die Besorgnis Kants im Falle von Ministern, die zugleich Abgeordnete sind. – Zur Zeit der Abfassung von Kants Traktat (1794/95) gab es in großen Demokratien noch kaum je geordnete und öffentlich nachvollziehbare Wahlen; die ersten US-Kongresswahlen fanden 1789 statt, dann 1790 und 1792 sowie zuletzt während der Abfassung des „Ewigen Frieden“ 1794, jeweils indirekt, auf Grundlage einzelstaatlicher Normen, also uneinheitlich und nach und nach gemäß den Ergebnissen des Zensus von 1790; dabei ohne Beteiligung von Sklaven, Frauen, Farbigen, Neueinwanderern, etc. Auch Frankreich taugte kaum als Hoffnungsträger: Die Gesetzgebende Nationalversammlung verabschiedete sich im Juni 1792 nach knapp einjähriger Tätigkeit, der infolge des Sturms auf die Tuilleries und die Absetzung der Monarchie tätige, ohne Klassenunterschiede gewählte Nationalkonvent übte von Anfang an neben gesetzgebenden auch gesetzsvollziehende Aufgaben aus. Er wurde mit Errichtung des Direktoriums 1795 aufgelöst. Beide Staaten können im Rückblick nicht gerade als Musterdemokratien durchgehen.

9 Aktive Amtsträger in Parlamenten sind unter diesen Voraussetzungen besonders problematisch.

und Großbritannien.¹⁰ Die Verbindung von Demokratie und Republik ist deshalb entgegen Kant nicht ausgeschlossen.

In Kants Welt ist dabei sowohl den Mitgliedern des Parlaments wie denen der Verwaltung mit der Regierung an der Spitze Vernünftigkeit zu konzедieren. Das heißt, sowohl Parlamentarier als auch Administratoren streiten nicht darüber, welche Maßnahmen der Vernunft entsprechen und welche ihr widersprechen. Insofern bestünde keine Notwendigkeit, beide Mitgliedschaften streng voneinander zu trennen. Wenn Kant aber diese Trennung als *den* Schutz vor der Despotie ansieht, also für höchst wichtig erachtet, dann deshalb, weil bei der Konkretisierung der Vernunftgesetze weitergehende Ziele als die bloße Vernunftmäßigkeit immer stärker in den Blick rücken, etwa die Frage der Machbarkeit einer Regelung, ihrer Effizienz, ihrer Situationsangemessenheit u.a.m.¹¹

Gegenseitige ungebührliche Einflussnahme zeigt sich hier vor allem in Phasen lange stabiler Parlamentsmehrheiten, die dazu führen, dass aus der Verwaltung nur ausgewählte Meinungen und Meinungsführer zu Fragen der Umsetzbarkeit von Gesetzesvorschlägen gehört werden und umgekehrt die Gesetzgebung ihre Gesetze hin auf diejenigen Verwaltungsstellen zuschneiden könnte, von denen sie in besonderer Weise Gefolgschaft erwartet.

In der Demokratie zeigt sich deshalb das republikanische Element im parlamentarischen Mehrheitswechsel (bei Kontinuität des Vollzugsapparates), die Despotie scheint in der Alleinregierung einer Partei über Dekaden auf.¹² Da aber die Wahlergebnisse nicht immer vorhersehbar sind, kann eine solche Langzeitherrschaft einer Partei selbst in der Demokratie unge-

10 In Frankreich müssen die Regierungsmitglieder bei Amtsantritt aus dem Parlament ausscheiden, ebenso hohe Beamte, sie können auch nicht als solche in das Parlament gewählt werden. In Großbritannien bleibt die zentrale Verwaltung auch bei Regierungswechseln völlig unverändert, parlamentsabhängige Mitglieder einer neuen Regierung haben nur sehr eingeschränkt die Möglichkeit, personelle Wechsel im Ministerium vorzunehmen.

11 Ganz im Geiste Kants die Konkretisierung in den Tanner Lectures von *John Rawls*, „The Basic Liberties and Their Priority“, deutsch: „Der Vorrang der Grundfreiheiten“, in: J. Rawls, *Die Idee des Politischen Liberalismus*, Aufsätze 1979–1990, Frankfurt 1992, S. 159–254.

12 Man denke an die Jahrzehnte währenden Alleinherrschaften einer einzigen Partei in Japan oder in Mexiko. Auch in einigen deutschen Ländern besteht insofern rein äußerlich Anlass zur Sorge. Ein weiteres Beispiel der Entartung ist das politisch motivierte gerrymandering, das dazu führt, dass Stimmen für die strukturell zur Minderheit gemachten Parteien und ihre Kandidatinnen „verschwendet“ sind. Der

plant geschehen. Selbst unter Republiken ist deshalb nicht sicher, ob nicht eine von ihnen trotz institutioneller Vorkehrungen zum Gegenteil in die Langzeitherrschaft einer Partei abgeleitet. Um diesen Zustand für die unterlegene Minderheit erträglich zu machen, kann als zusätzliche Sicherung neben individuellen Abwehrrechten, einem funktionierenden Rechtssystem und einer noblen Zurückhaltung der Mehrheit (alles Elemente, die bei Kant als vernünftig zu unterstellen sind) auch eine exit option dienen, das politische Asyl.¹³ Diese greift umso mehr, je stärker die erwähnten Elemente in Despotien nicht vorliegen und der politisch Andersdenkende so gleich ein politisch Verfolgter ist.

Republiken erlauben deshalb im Wissen um ihre eigene Schwäche über die Zeit hinweg die Flucht aus politischen Gründen und nehmen im Wissen um diese strukturelle Schwäche aller Republiken politisch Verfolgte aus anderen Staaten zumindest dann auf, wenn Verdachtsmomente bestehen, die deren Ableiten von der Republik in die Despotie nahelegen. Bei Wechselseitigkeit dieser Annahmen entsteht so die theoretische Grundlage für das weltweite System des Asyls und des non-refoulement.

In der Geschichte des Asyls ist die Aufnahme des politischen Flüchtlings der historische Kern des Gedankens im Verhältnis von Republiken zueinander. Der Gedanke konnte im erst-recht-Schluss auf politisch Verfolgte aus Despotien und auf andere Gründe der Verfolgung wie rassische oder religiöse Gründe ausgedehnt werden. Dabei spielte die inhaltliche Ausrichtung des politischen Denkens keine Rolle. Als verfolgt angesehen wurde jemand um der abweichenden Gedanken willen, nicht aber, um bestimmte Inhalte zu schützen oder zu fördern. Das unterscheidet das republikanische Asyl fundamental von despotischen „Asyl“, das um der inhaltlichen Ausrichtung willen geschah und geschieht: Anhänger der französischen Revolution waren nach 1791 in Frankreich willkommen, nicht aber deren Gegner oder Neutrale, Kommunisten in der Sowjetunion und ihren Satelliten (auch Kuba), nicht aber Gegner oder Neutrale, Nazis nach 1945

Kampf gegen politisches gerrymandering beschäftigt derzeit u.a. den US-Supreme Court im Fall Gill vs. Whitford.

13 Dabei wird mit dem späten Kant von 1795 (Zum Ewigen Frieden) gegen den etwas jüngeren Kant (Idee zu einer Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, 1784, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1793) unterstellt, dass eine Weltrepublik nicht wünschenswert und schon gar nicht für die Existenz einzelner Republiken Voraussetzung sei. Die älteren Schriften forderten noch die Universalmonarchie.

in einigen Ländern Lateinamerikas, nicht aber Kommunisten, usw. Auch wenn sich die jeweiligen Gesinnungsgenossen als „politisch Verfolgte“ ansehen durften, erfolgte ihre Aufnahme doch als „Kampfgenossen“ oder zumindest „Verbündete“ und nicht als zufällig strukturell benachteiligte Bürger einer Republik.

Vom Asylantragsteller erwarten wir dagegen keine geistige Verbindung zum aufnehmenden Gemeinwesen über diejenige hinaus, die der republikanische Gedanke verlangt: gegen Arten und Akte der Despotie zu sein. Der Republik, und der demokratischen Republik zumal, kann die politische Ausrichtung eines politischen Flüchtlings gleichgültig sein, ja, sie muss es in weiten Grenzen sogar. Grenzen sind bei der Rechtstreue erreicht und dem „Lebenlassen“ der anderen, also der Bürger und Aufgenommenen der Republik.

Aus alledem ergibt sich also eine zwischen-republikanische Anerkennung des Asyls als Institut. Sie gibt dem einzelnen Verfolgten aber kein Recht auf Asyl gegen einen bestimmten Staat,¹⁴ sondern nur gegen die Republiken insgesamt, ohne dass diese aber als Gemeinschaft verklagt werden könnten. Aufgabe der Republiken ist es vielmehr, untereinander Verfahrensregeln festzulegen, die bestimmen, welche Republik welche Asylsuchenden aufzunehmen und damit für die Gesamtheit der Republiken einzustehen hat und zur Sicherung dieser Verteilung für Zweifelsfälle festzulegen, welche Republik diese erste Festlegung (aufnahmepflichtige Republik) zu treffen hat. Daraus ergibt sich kein Recht des Einzelnen auf Asyl, aber im Reflex der soeben genannten Verpflichtungen der Republiken untereinander ein Recht darauf, getreu der von den Republiken frei vereinbarten Verfahrensregeln behandelt zu werden.

Die Asylsuchenden müssen auch nicht untätig sein, sie können sich nach Kant als Weltbürger jeder einzelnen Republik andienen. In einer vernünftig geordneten Welt haben sie zudem die Gewissheit, dass eine Republik ihnen schlussendlich Asyl gewähren wird. Sie haben aber außerhalb der zwischen-republikanisch vereinbarten Prozeduren keine legitime Erwartung, dass dies eine bestimmte Republik sein muss.

14 Soweit mit anderer Argumentation schon *Winfried Brugger*, „Für Schutz der Flüchtlinge – gegen das Grundrecht auf Asyl!“, *Juristenzeitung* 48 (1993), S. 119–123, dessen gesellschaftsvertraglicher und demokratietheoretischer Ansatz aber gerade die weitergehenden Elemente der hier vertretenen Auffassung nicht begründen kann; umgekehrt würden seine Sorgen ein Stück weit durch den hier vorgelegten Ansatz gemindert werden.

Dennoch bleibt dieses Recht weit hinter den individuellen Rechten zurück, die als Rechte auf Asyl in der jüngeren Diskussion bestimmend sind.¹⁵ Dabei handelt es sich letztlich um mehr oder weniger weit gefasste Ausweitungen des Freizügigkeits- und Niederlassungsrechts, dessen Grenze nicht durch die Art der Regierung, sondern durch die individuellen Rechte der bereits dort Anwesenden gezogen wird, für die dann die Staaten quasi als Treuhänder der individuellen Rechte auftreten. Bevor man in die entsprechenden Diskussionen eintritt, empfiehlt es sich nach hier vertretener Ansicht aber, zur Kenntnis zu nehmen, dass selbst bei Ablehnung individueller Rechte auf Asyl keineswegs eine Schutzlosstellung politischer Flüchtlinge folgt, ganz im Gegenteil: Auch ohne individuelles Recht auf Asyl bietet die Institution des Asyls Schutz vor Verfolgung. Dabei sind Erweiterungen des bisher Erarbeiteten in zwei Richtungen ohne weiteres denkbar: Die Verfolgten müssen nicht notwendig aus Republiken stammen; erst Recht, wenn sie der Despotie (oder, wie andere sagen würden: der Tyrannei) entkommen sind, greift das Institut des Asyls. Und die politischen Gründe können durch andere, politisch vielfach relevante Gründe ergänzt werden, etwa die Verfolgung aus religiöser oder weltanschaulicher Überzeugung oder aus rassistischen Gründen. Die Republiken stehen immer gegenseitig in der Pflicht, untereinander wirksame Zuteilungsnormen und -verfahren festzulegen.¹⁶ Dies ist die Außenseite ihres Republikseins unter anderen Republiken und Nicht-Republiken. Solche Regelungen gibt es rechtlich verbrieft in Ansätzen; darauf soll nun ganz cursorisch hingewiesen werden. Dazu wird von der philosophischen auf die juristische Ebene übergeleitet.

15 Übersicht über die internationale Diskussion mit sehr weitgehendem Zuzugsrecht bei *Andreas Cassee*, *Globale Bewegungsfreiheit*, Frankfurt 2016. Aus kantischer Perspektive kommt zum Individualrecht: *Rainer Keil*, „Asyl als Menschenrecht“, *Gedächtnisschrift für Helmuth Rittstieg*, 2015, S. 163–214, jeweils mit weiteren Nachweisen zur Diskussion.

16 An dieser Wirksamkeit mangelt es letztlich bei den europarechtlichen „Dublin-Verordnungen“. Siebürden (zudem) den Staaten mit Außengrenzen der EU eine unverhältnismäßig hohe, denen ohne Außengrenzen eine deutlich zu niedrige Last bei der Aufnahme politischer und anderer) Flüchtlinge auf.

III. Geltende Regeln für Verfahren auf Asyl

1. Non-Refoulement

Eine erste solche Mindestregel ergibt sich durch das grundlegende, auch völkergewohnheitsrechtlich geltende Gebot des non-refoulement in Art. 33 GFK, das es Staaten verbietet, Verfolgte von ihrem Gebiet in das des Verfolgerstaates zurückzubringen.¹⁷ Dazu ist geklärt, dass dieses Gebot nicht nur für Personen gilt, die bereits den Zufluchtsstaat betreten haben, sondern auch für diejenigen, die erst seine Grenze erreichen.¹⁸ Nationale Asylverfahren dürfen deshalb keinen Unterschied machen zwischen denen, die bereits den Zufluchtsstaat betreten haben und solchen, die im Begriff sind, dies zu tun.¹⁹ Das gilt freilich zunächst nur, soweit der Fluchtstaat direkt an den Zufluchtsstaat grenzt. Doch erfasst das Verbot des refoulement weitergehend und in direkter Folge der gedanklichen Grundlagen Handlungen, die eine Kettenabschiebung hin in den Verfolgerstaat bewirken würden.²⁰ Auch insoweit gilt die verfahrensrechtliche Gleichbehandlung derer, die bereits den Zufluchtsstaat betreten haben und solchen, die im Begriff sind, dies zu tun.

Etwas anderes gilt für die Einreise aus und die Verbringung in einen sicheren Drittstaat. Hier sind die Signatarstaaten der GFK frei, Unterschiede im Verfahren zuzulassen zwischen denen, die ihr eigenes Staatsgebiet bereits betreten haben und solchen, die erst im Begriff sind, dies aus einem sicheren Drittstaat zu tun. Es gibt kein völkerrechtliches Gebot zur Einreiseerlaubnis aus einem sicheren Drittstaat. Eine solche Pflicht besteht auch

17 Non-refoulement wird auch vom Wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestages als Völkergewohnheitsrecht angesehen, s. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, „Völker- und menschenrechtliche Vorgaben für Abschiebung von straffällig gewordenen Flüchtlingen“, Berlin 2016, S. 5, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/408768/e5632bc349bdd5722303c06481316d7f/wd-2-002-16-pdf-data.pdf> S. 5 m.w.N. (letzter Aufruf 6.1.2018).

18 Art. 3 der Erklärung der UN-Generalversammlung über das territoriale Asyl – A/Res./2312 (XXII) vom 14.12.1967.

19 Dazu exemplarisch für Deutschland sogleich Abschnitt III 2.

20 Zur Problematik der Kettenabschiebungen s. Art. 33 Nr. 1 GFK und wieder *Oliver Diggelmann* und *Nina Hadorn*, in diesem Band, S. 65 ff.

nicht nach der EMRK.²¹ Sie wäre nach dem eben Gesagten auch nicht in einer kantischen Tradition philosophisch gefordert.

Für die EU-Staaten untereinander, die sich gegenseitig alle als sichere Drittstaaten ansehen, regelt Art. 3 Abs. 2 und hier vor allem UAbs. 1 i.V.m. Abs. 1 Dublin-III VO einheitlich das Verfahren an den EU-Binnengrenzen. Die Vorschrift verwebt die beiden eben angesprochenen Ebenen der Zuständigkeit einer Republik, einen individuellen Asylantrag für alle anderen Republiken zu prüfen und gegebenenfalls festzulegen, ob eine Berechtigung auf Asyl besteht. Art. 3 Abs. 1 Dublin-III VO lautet:

„Die Mitgliedstaaten prüfen jeden Antrag auf internationalen Schutz, den ein Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einschließlich an der Grenze oder in den Transitzonen stellt. Der Antrag wird von einem einzigen Mitgliedstaat geprüft, der nach den Kriterien des Kapitels III als zuständiger Staat bestimmt wird.“

2. *Ein beispielhafter deutscher Dogmatikstreit zur Prüfung der Zuständigkeit in der EU*

Welches ist also der „zuständige Mitgliedstaat“? Und wer legt diese Zuständigkeit fest? Dies ist in Details immer noch umstritten. Kommt beispielsweise ein Schutzsuchender von Österreich aus an die deutsche Grenze, ist dann Österreich oder Deutschland der Staat, der festlegt, welcher Staat der zuständige Staat für die Prüfung seines Asylbegehrens ist? In der deutschen Staatslehre herrscht über diesen Punkt Streit: Wegen der Formulierung „einschließlich an der Grenze“ sehen die einen Deutschland bereits dann als für die Prüfung des Asylbegehrens und die dazu nötige vorübergehende Aufnahme zuständig an²² (Thym), während andere²³ auf Art. 20 Abs. 4 Dublin-III VO verweisen, dieser lautet:

21 Insofern richtig *Udo Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, Gutachten für den Freistaat Bayern, Januar 2016, S. 77 und 119.

22 *Daniel Thym*, „Der Rechtsstaat und die deutsche Staatsgrenze“, verfassungsblog.de/der-rechtsstaat-und-die-deutsche-staatsgrenze/ vom 22.1.2016 (letzter Aufruf 6.1.2018).

23 *Alexander Peukert, Christian Hillgruber, Ulrich Foerste und Holm Putzke*, „Die Flüchtlingskrise kann rechtsstaatlich bewältigt werden“, FAZ vom 9.2.2016, www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlingskrise/fluechtlingskrise-in-deutschland-rechtsstaatlich-machbar-14060376.html?printPagedArticle=true#pageIndex_2 (letzter Aufruf auch der folgenden Quellen 6.1.2018).

„Stellt ein Antragsteller bei den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats einen Antrag auf internationalen Schutz, während er sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält, obliegt die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet sich der Antragsteller aufhält.“

Aber hält sich der Schutzsuchende zum Zeitpunkt seines Asylantrags gegenüber den deutschen Grenzbehörden nicht bereits in Deutschland auf? Immerhin steht der erste deutsche Grenzbeamte doch wohl erst auf der Grenzlinie und die erste Befragung erfolgt doch unmittelbar dahinter auf deutschem Boden. Das aber, so Peukert, Hillgruber et al., sei de jure noch nicht Deutschland.²⁴

Für diese auf den ersten Blick völlig absonderliche Meinung verweisen sie auf Art. 2 Ziff. 10 Schengener Grenzprotokoll: Danach sei jemand während der an den Grenzübergangsstellen durchgeführten Kontrollen noch nicht „eingereist“, die Vorschrift, eine Legaldefinition, lautet:

„Grenzübertrittskontrollen“ [sind] die Kontrollen, die an den Grenzübergangsstellen erfolgen, um festzustellen, ob die betreffenden Personen mit ihrem Fortbewegungsmittel und den von ihnen mitgeführten Sachen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten einreisen [...] dürfen“.

Daraus erhelle: Wer noch erst kontrolliert wird, sei noch nicht eingereist, wer noch nicht eingereist, sei noch nicht auf deutschem Boden, also nicht in Deutschland, also keine deutsche Zuständigkeit, den nach EU-Recht zuständigen Mitgliedstaat festzustellen, im Beispielsfall also: österreichische Zuständigkeit, den zuständigen Mitgliedstaat der EU für die Durchführung der Dublin-III Verfahren festzustellen, und Pflicht des Schutzsuchenden, diese Prüfung dort abzuwarten, ja Pflicht Deutschlands, alle diese Schutzsuchenden nach Österreich zurückzuschicken.

Dagegen spricht zunächst, dass „Einreise“ im Sinne von Schengen-Protokoll und DublinVO nicht in einem rechtstechnischen Sinne zu verstehen ist, sondern in Parallele zu Art. 51 GFK als „tatsächliches Betreten“. Das kann aber dahinstehen, weil auch ein technisches Verständnis des Begriffs der „Einreise“ das Ergebnis nicht trägt. Der Denkfehler der gerade untersuchten Auffassung liegt darin, die Grenzübertrittskontrollen bezogen auf (gefährliche) Gegenstände und Fahrzeuge als „Einreiseverweigerung“ anzusehen; denn hier wird nicht über die Einreise, sondern nur über deren Modalitäten entschieden, anders gesagt. Hier geht es nicht um Asylanträ-

24 S. vorige Fn.

ge, sondern darum, ob jemand beispielsweise ein Messer abgeben muss, das bei der Flucht auf freiem Feld zu ganz zivilen Verrichtungen hilfreich war. Jetzt ist das Messer polizeirechtlich als gefährlicher Gegenstand eingestuft worden und in der Grenzübergangsstelle abzugeben. Selbst wenn sich jemand nicht von seinem Messer trennen will, wird er nicht notwendig zurückgeschickt, sondern kann, notfalls unter Anwendung unmittelbaren Zwangs, seines Messers entledigt und gegebenenfalls in deutschen Gewahrsam genommen werden.

Für alle gilt aber: Die Asylanträge werden nicht bei dieser Grenzübertrettskontrolle aufgenommen oder bearbeitet, so dass hierfür Art. 20 Abs. 4 Dublin-III VO nicht einschlägig ist. Sie finden später statt und dann ist der Antragsteller auch nach Art. 20 Abs. 4 Dublin-III VO eingereist. Damit ist Deutschland zuständig, sobald *nach* der Grenzübertrettskontrolle i.S.d. Art. 13 und 2 Ziff. 20 Schengen DFÜ deutsche Sachbearbeiter sich der Schutzsuchenden als Person und ihrem Begehren widmen. Oder genauer:²⁵

„Wird an der deutschen Staatsgrenze ein Antrag auf Asyl gestellt, muss Deutschland nach Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO ein Verfahren durchführen (Art. 20 Abs. 1 der VO), um festzustellen, ob ein anderer Staat für das Asylverfahren zuständig ist und der Flüchtling in diesen überstellt werden muss. Fällt jedoch der an sich zuständige Staat – zumeist Griechenland als Ersteinreisestaat, Art. 13 Abs. 1 der VO – infolge systemischer Defizite im Asylsystem aus, wird ex lege der zuständigkeitsprüfende Staat zuständig (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 3 der VO)“, so dass die Menschen erst einmal in Deutschland sind und dort bleiben.²⁶ Möglich und durchaus in Linie mit den theoretischen Grundgedanken wäre noch, sie in einen Zweiteinreisestaat zurückzusenden (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 Dublin-III VO), aber nach Art. 29 Abs. 2 Dublin-III VO besteht dieses Recht eines (republikanischen) Staates gegen einen anderen – wohlgemerkt: Recht, nicht Pflicht – auch nur ein halbes Jahr lang, danach wird Deutschland dauerhaft zuständig.²⁷ Das Selbsteintrittsrecht, von dem Deutschland zudem nach Art. 17 Dublin-III VO wohl bereits im August 2015 und schon 2011 gegenüber

25 Roman Lehner, „Grenze zu, dank Art. 20 Abs. 4 Dublin-III-VO? Eine Replik“, Verfassungsblog vom 26.2.2016, <http://verfassungsblog.de/grenze-zu-dank-art-20-abs-4-dublin-iii-vo-eine-replik/>

26 Daniel Thym, „Der Rechtsstaat und die deutsche Staatsgrenze“, Verfassungsblog vom 22.1.2016, <http://verfassungsblog.de/der-rechtsstaat-und-die-deutsche-staatsgrenze/>

27 Ebd.

Michael Anderheiden

Griechenland²⁸ Gebrauch gemacht hatte, ändert daran also im Ergebnis nicht viel.

IV. Überlagernde Status

Ganz im Einklang mit den theoretischen Grundlagen, wie sie eingangs gelegt wurden, zeigt sich aber auch, dass das deutsche Asylgrundrecht für den Umgang mit Flüchtlingen in Teilen nur noch eine Nebenrolle spielt. Denn die allermeisten Schutzsuchenden erhalten derzeit einen Schutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention, die ebenso wie der sogenannte subsidiäre Schutz für Bürgerkriegsflüchtlinge nach der QualifikationsRL als Europarecht gilt. Und selbst in den Fällen, in denen es um Asyl geht, überlagern die europäischen und in Form der Flüchtlingskonvention die völkerrechtlichen Vorgaben das nationale Recht. Im Falle der Dublin-III VO wird etwa das individuelle Zurückweisungsrecht eines Staates zugunsten einer koordinierten Entscheidung aller europäischen Staaten aufgegeben, damit nicht ein Staat nach dem anderen sich für den innerhalb der EU Gestrandeten unzuständig erklärt.²⁹ Nicht mehr der einzelne Staat entscheidet souverän, wen er einreisen, wem Asyl gewähren möchte und wem nicht, sondern die Staaten haben zunächst zu eruieren, wer von ihnen dieses Urteil für sich und alle anderen fällen darf. Dieser hat dann zu entscheiden unter Beachtung europa- wie völkerrechtlicher Vorgaben, nicht zuletzt des non-refoulement. Innerhalb dieses Systems müssen die Staaten, in denen die Schutzsuchenden sich befinden, entweder diese an den zuständigen Staat überstellen und insofern eine positive Entscheidung treffen, dass dieser zuständig ist, sie dürfen es also nicht nur bei einem „wir nicht“ belassen, oder aber sie müssen deren Status selbst und dann erst nach eigenen Regeln prüfen. Genau dieses Ergebnis war nach dem Ausgangspunkt des Asyls als einer Institution zwischen Republiken zu erwarten.

28 <http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2011/01/selbsteintrittsrecht.html> noch auf der Grundlage von Dublin-II.

29 In den Erwägungsgründen der Dublin-III-VO heißt es entsprechend: „(...) in dem Bestreben, jedem Asylbewerber die Gewähr dafür zu bieten, dass sein Antrag von einem der Mitgliedstaaten geprüft wird, und ferner zu vermeiden, dass die Asylbewerber von einem Mitgliedstaat zum anderen abgeschoben werden, ohne dass einer dieser Staaten sich für die Prüfung des Asylantrags für zuständig erklärt“.

Wie sehr damit deutsches Recht überspielt wird, zeigt beispielhaft § 18 AsylG. Dieser legt nahe, dass Deutschland sehr wohl autonom Schutzsuchende zurückweisen darf, ja vielleicht sogar muss, wenn sie aus einem sicheren Drittstaat einreisen. Und § 26 a AsylG betont in seinem Abs. 1 zwar, „Ein Ausländer, der aus einem Drittstaat im Sinne des Artikels 16 a Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes (sicherer Drittstaat) eingereist ist, kann sich nicht auf Artikel 16 a Abs. 1 des Grundgesetzes (...)“, also nicht auf das Grundrecht auf Asyl berufen. Er wird nicht als Asylberechtigter anerkannt. Doch folgt sofort die europarechtliche Einschränkung im Satz 3. Dort heißt es: Der eben vorgetragene „Satz 1 gilt nicht, wenn ...

2. die Bundesrepublik Deutschland auf Grund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages mit dem sicheren Drittstaat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist.“

Und diese Zuständigkeit ergibt sich oft genug. Die deutschen Regeln zum Asylrecht kommen damit immerhin zur Anwendung, wenn ein Asylsuchender direkt aus seinem Herkunftsstaat oder einem nicht sicheren Drittstaat etwa per Flugzeug nach Deutschland einreist oder aber Deutschland nach dem Regeln der Dublin-III VO für die gesamte EU ein Asylverfahren durchführt. Freilich gelten auch hier die europarechtlichen Vorgaben aus der AsylverfahrensRI vom 26.6.2013 (RL 2013/732/EU).

V. Der nationale Spielraum

Innerhalb dieser Einbettungen, die hier nur skizziert wurden, sind dann aber nationale Besonderheiten, Klarstellungen und Extensionen möglich. So kann ein Staat insbesondere versuchen, besonders präzise zu bestimmen, was unter „politischer Verfolgung“ zu verstehen ist. Er kann großzügiger als andere Staaten in der Zumessung des Asyls sein, also Menschen als asylberechtigt anerkennen, die nach internationalen Maßstäben in anderen Staaten diese Anerkennung vermutlich nicht erhalten würden. Dazu kann ein Staat auch ein subjektives Recht auf Asyl für jeden politisch Verfolgten einräumen, also auch für solche, die nach internationalen Abkommen eigentlich in anderen Staaten Aufnahme finden müssten.

Zu diesen Möglichkeiten lässt sich das deutsche Asylrecht befragen. Im Folgenden will ich ohne Anspruch auf Vollständigkeit und Bedeutung drei Einzelheiten herausgreifen. Das sind die Definition des „Politischen“, sodann das genauere Verständnis von „Verfolgung“, die für einen in

Michael Anderheiden

Deutschland erfolgreichen Asylantrag vorliegen muss, und schließlich die Rechtsfolge eines erfolgreichen Asylverfahrens.

1. Das Politische

Nach Art. 16 a des Grundgesetzes (GG) der Bundesrepublik Deutschland genießen politisch Verfolgte Asyl. Und das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge klärt darüber im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bürgerfreundlich nachvollziehbar auf seiner homepage auf:

„Politisch ist eine Verfolgung dann, wenn sie dem Einzelnen in Anknüpfung an seine politische Überzeugung, seine religiöse Grundentscheidung oder an für ihn unverfügbare Merkmale, die sein Anderssein prägen, gezielt Rechtsverletzungen zufügt, die ihn ihrer Intensität nach aus der übergreifenden Friedensordnung der staatlichen Einheit ausgrenzen. Das Asylrecht dient dem Schutz der Menschenwürde in einem umfassenderen Sinne.“³⁰

Mehreres fällt auf. Denn zum einen dehnen Verwaltung und Rechtsprechung die *politische* Verfolgung umstandslos über den politischen Bereich aus auf den Bereich der Verfolgung aus religiösen Gründen und den derjenigen Merkmale, die für den Einzelnen unverfügbar sind. Der Sache nach soll das die Verweise aus Art. 1 A GFK auf ältere Vereinbarungen und Abkommen und deren Formulierungen aufgreifen. Die sehr deutsche Tendenz, alle Grundrechte inhaltlich in ihren Schutzbereich auf die Menschenwürde hin auszurichten, kommt aber in dem Abstellen auf „unverfügbare Merkmale“ besonders klar zum Ausdruck. Er entspricht im übrigen bekanntlich der Differenzierungen der Dogmatik zum Grundsatz der Gleichbehandlung in Art. 3 Abs. 1 GG. Zugleich ergibt sich für das Asylrecht eine inhaltliche Unwucht, weil politische Überzeugungen, derentwegen jemand verfolgt werden mag, ja durchaus wechseln können und in diesem Sinne keineswegs „unverfügbar“ sind. Ja, es ist geradezu das Wesensmerkmal einer Demokratie mit regelmäßig stattfindenden Wahlen, dass sie davon ausgeht, dass einige Menschen in der Zwischenzeit ihre politischen Überzeugungen halten, andere sie aber wechseln. Ohne diese

30 https://www.bamf.de/DE/Service/Left/Glossary/_function/glossar.html?lv 3=4553000&lv 2=5831840 (letzter Abruf 6.1.2018).

„Wechsler“ wäre der Wahlakt unnötig. Es würde dann genügen, einmalig seine politische Überzeugung kundzutun, die würde dann für alle Zeiten übernommen. Doch so funktioniert Demokratie nicht. Vielmehr können auch tiefsitzende politische Überzeugungen sich nach und nach wandeln oder auch abrupt aufgrund eines besonders wichtigen Ereignisses, sei es politischer, sei es sehr persönlicher Natur, wechseln. Es ist deshalb zu überlegen, ob als Asylgründe auch andere tiefsitzende Gründe anerkannt werden, die allmählich und manchmal unmerkbar wechseln.

Dennoch geht das Bundesverfassungsgericht einen anderen Weg und spricht nivellierend in ständiger Rechtsprechung von den „asylerblichen Merkmalen“.³¹ „Politische Verfolgung“ wird also zu einem „Merkmal“ des Verfolgten, wie seine ethnische oder religiöse Zugehörigkeit oder seine sexuelle Ausrichtung. Das lässt erwarten, dass die politische Verfolgung eine gewisse Zeit lang bereits andauern muss und zu erwarten ist, dass sie auch weiterhin droht.

Als „politische“ muss die Verfolgung zudem einen gewissen intellektuellen Überbau haben: Es reicht nicht ein autoritäres und autoritatives: „Du da – Sch...kerl!“, selbst wenn diese Worte den Betroffenen brandmarken, ja aus der betreffenden Gesellschaft ausschließen sollten. Das benachteiligt etwa diejenigen, die sich in Frontstellung zu einem rein nach Macht oder ökonomischem Gewinn strebenden Regime finden (oder auch durch Ostrakierung oder einen charismatischen Herrscher nach Weber ausgesondert werden). Wo Rabauken sich austoben und Geldgierige sich auf Kosten anderer schamlos bereichern, ja sogar dort, wo jemand als Ergebnis einer religiösen oder quasireligiösen Zeremonie für „tabu“ erklärt wird, ist das deutsche Asylrecht in seinem derzeit vorherrschenden Verständnis weit weg, weil es jeweils am politisch-theoretischen „Überbau“ fehlt.

Denn deutsches Asylrecht kann hier seine Entstehungsgeschichte aus dem Zeitalter der Ideologien, der großen, rechtfertigenden Erzählungen des 19. Jahrhunderts, nicht verleugnen.³² Heutigen wie vormodernerer Erscheinungsformen politischer Herrschaft wird es deshalb weniger gerecht. Politische Verfolgung im Sinne des deutschen Asylgrundrechts bedarf also der persönlichen Vorgeschichte des Betroffenen, aus der die politischen Motive der Verfolgung hervorgehen.

31 BVerfGE 80, 315 (333); 94, 49 (103).

32 Zur Geschichte des (deutschen) Asylrechts s. *Otto Kimminich*, *Asylrecht*. Neuwied und Berlin 1968, Kap. 1.

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu eine Kehrtwende seiner Rechtsprechung versucht und erklärt, es komme dabei weniger auf die Motivation der Herrschenden an als vielmehr auf „Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit der Gestaltung der öffentlichen Ordnung als Ordnung des Zusammenlebens von Menschen und Menschengruppen“, also äußere, wiewohl symbolische Merkmale der Verfolgungshandlungen.³³ Doch ist dies immer noch verkopft, denn mit dem Maschinengewehr oder der Machete in der Hand wird nicht wirklich eine „Auseinandersetzung im Zusammenhang mit der Gestaltung der öffentlichen Ordnung“ geführt. Es sei denn, man wollte auch dies euphemistisch als eine „Auseinandersetzung“ ansehen.³⁴ Das ist aber schwer vorstellbar, denn vor diesem Hintergrund könnte dann schlechthin alles „politisch“ sein. Und dann ließe sich fragen, warum die anderen Verfolgungsgründe noch neben das bereits allumfassende „politische“ gestellt werden. Neben einen Oberbegriff der „Politischen Verfolgung“ im weiteren Sinn träten so Ausprägungen wie eine religiöse, ethnische oder im engeren Sinne politische Verfolgung, aber auch andere denkbare Verfolgungen, etwa eine sexistische, eine sozio-ökonomische oder eine aus Herrschlust. Grundsätzlich könnte dann aber jede Verfolgung zur „Politischen“ werden. Das Attribut des Politischen würde so schlicht überflüssig.

In der Sache bleibt die deutsche Rechtsprechung deshalb auch der Motivationstheorie verhaftet, die das „Politische“ in Anlehnung an Art. 1 A Nr. 2 GFK durch „Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung“ definiert und eine entsprechende Ausrichtung der handelnden Stellen verlangt. Dennoch fordert der Befund auch zum Nachdenken auf: Wenn denn, gerade auch in Demokratien, alles politisch und weitergehend der fundamentale Unterschied zwischen privat und öffentlich von den demokratischen Gesellschaften ziemlich unterschiedlich bestimmt werden kann, wird dann nicht jeder Versuch, „politisch“ für Zwecke der Verfolgung zu definieren, inhaltlich zweifelhaft, weil er droht, Gleiches fundamental ungleich zu behandeln? Macht es einen Unterschied, ob der Landarbeiter aus ökonomischen Gründen von Killerbanden ruchloser Grundbesitzer und Unternehmen sanktionslos drangsaliert, eingeschüchtert, erniedrigt und vielleicht sogar gefoltert wird oder ob die vielleicht fernen Auftraggeber

33 BVerfGE 80, 315 (333)

34 Und ähnliches gilt für die anderen oben angeführten Fallgruppen: In keinem Falle findet eine „Auseinandersetzung“ statt, die diese Bezeichnung verdiente.

der Peiniger zudem eine bestimmte politische Ordnung anstreben oder zumindest vorgeben, dies zu tun, eine Ordnung, die ihn genauso rechtlos stellen würde wie unter dem blanken nicht „intellektuell“ unterfütterten Terror? Wird nicht sogar derjenige besser gestellt, der wenigstens Gründe für seine Verfolgung vermittelt bekommt gegenüber demjenigen, über den die Gewalt einfach hereinbricht?

Aber diese Überlegungen sind bislang nicht gerichtsfest. Die deutsche Rechtsprechung bleibt vielmehr bei den Versuchen, das „Politische“ als eine Ordnung des Öffentlichen zu begreifen, ganz in Einklang mit den oben dargestellten Grundlagen, die ja weitergehende individuelle Rechte nicht ausschließen, im Gegenteil. Die Rechtsprechung bleibt auch dabei, dass „politische Verfolgung“ dann vorliegen soll, wenn sie dem Einzelnen in Anknüpfung an seine politische Überzeugung, seine religiöse Grundentscheidung oder an für ihn unverfügbare Merkmale, die sein Anderssein prägen, Nachteile bringen, deren Erheblichkeit noch näher bestimmt werden muss.

Wenn jemand aus einem dieser Gründe verfolgt wird oder auch aus mehreren, das kann im Dunkeln bleiben, so ist doch in einem zweiten Schritt zu schauen, ob diese Merkmale nicht als Verfolgungsgründe verdrängt werden durch speziellere Gründe, die der Asylgewährung entgegenstehen. Das sind in Deutschland die Vermutungen der Sicherheit, die ein Schutzsuchender anderswo bereits erhalten hat: sicherer Herkunftsstaat einschließlich inländischer Fluchtalternative und sicherer Drittstaat, den der Schutzsuchende bereits passiert hat.

Weitere Gründe, Asyl trotz politischer Verfolgung im oben genannten Sinne zu verwehren, gibt es grundsätzlich nicht: So mag jemand auch wegen seiner politischen Einstellungen, aber darüber hinaus wegen begangener Straftaten verfolgt werden. Dennoch gewährt Art. 16 a Abs. 1 GG jedem politisch Verfolgten, der Zuflucht in der Bundesrepublik Deutschland sucht, Schutz vor Auslieferung unabhängig davon, ob ihm eine Straftat vorgeworfen wird.³⁵ Diese Gewährleistung schützt nicht nur das materielle Asylrecht politisch Verfolgter; zur Sicherung seines materiellen Gehalts kommt ihm auch verfahrensrechtliche Bedeutung zu.³⁶ Für Auslieferungssachen folgt daraus eine Verpflichtung der zuständigen Stellen, soweit Anhaltspunkte für eine politische Verfolgung des Auszuliefernden bestehen,

³⁵ BVerfGE 60, 348 (359).

³⁶ BVerfGE 52, 391 (407); 63, 215 (225).

bei Auslieferungsersuchen (im Rahmen der Prüfung von § 6 Abs. 2 Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen oder entsprechender auslieferungsvertraglicher Regelungen wie z.B. Art. 3 Nr. 2 EuAIÜbK) eigenständig zu prüfen, ob dem Betroffenen im Fall seiner Auslieferung politische Verfolgung droht.³⁷ Die deutschen Gerichte haben also im Rahmen des Auslieferungsersuchens eigenständig, das heißt unabhängig von den eigentlich zuständigen Behörden zu prüfen, ob ein Auslieferungshindernis besteht, weil dem Betroffenen Asyl eingeräumt werden muss, und sollten sie dies bejahen, ist eine Auslieferung unstatthaft; die Gerichte können die Asylberechtigung dann nicht formal aussprechen, aber im Vorgriff auf die behördliche Entscheidung bricht schon die Erwartung, dass jemand Asyl gewährt werden müsse, das Strafverfolgungsbegehren. Entsprechend vorsichtig sind die deutschen Gerichte mit dieser Annahme. Wagen sie die Prognose der Asylberechtigung nicht, verlangen die deutschen Gerichte konkret bei Auslieferungsersuchen vom ersuchenden Staat Zusicherungen, dass das anstehende Strafverfahren rechtsstaatlichen Grundsätzen nach der EMRK genügen muss und dass die Strafe nicht übermäßig ausfallen darf, insbesondere keine Todesstrafe verhängt wird.³⁸

37 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 9. April 2015 – 2 BvR 221/15 –, juris, Rn. 12.

38 Das kann dann etwa so lauten: „Vorliegend hat die Generalstaatsanwaltschaft [Staat x] zugesichert, der Beschwerdeführer werde in Übereinstimmung mit Art. 3 EMRK nicht gefoltert, grausam, unmenschlich oder erniedrigend behandelt oder bestraft. Ferner hat sie eine Garantie abgegeben, dass den Mitarbeitern des Konsulardienstes der Deutschen Botschaft jederzeit die Möglichkeit gegeben werde, den Beschwerdeführer in der Vollzugsanstalt zum Zweck der Kontrolle der Einhaltung der abgegebenen Garantien zu besuchen. Diese Zusicherung ermöglicht die gebotene effektive Kontrolle der konventionskonformen Behandlung des Beschwerdeführers durch deutsche Stellen und ist daher in der Lage, etwaige Zweifel an der Einhaltung der Zusicherung zu zerstreuen. Die vom Beschwerdeführer vorgetragene allgemeine Befürchtung einer Diskriminierung und Misshandlung durch die (scil.: fremden) Justizbehörden sowie die von ihm insoweit als Belege beigefügten Anlagen vermögen das Vertrauen in diese Zusicherung nicht zu erschüttern.“ BVerfG 2 BvR 348/16, Kammerbeschluss vom 9. März 2016, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/03/rk20160309_2bvr034816.html bei Rn. 11 (letzter Aufruf 6.1.2018).

2. Verfolgung

Nicht jede Verfolgung genügt, um in Deutschland einen Asylanspruch auszulösen, nein, es muss die Verfolgung eine gewisse Schärfe gehabt haben, genauer: Es muss um „gezielte Rechtsverletzungen“ gehen, die ihrer Intensität nach „das Opfer aus der übergreifenden Friedensordnung der staatlichen Einheit ausgrenzen“.³⁹ Verfolgung muss demnach intensiv und partikular sein. Das sind hohe Hürden. Sie dienten vor der Änderung des Grundgesetzes 1993 dazu, den so allgemein wie uferlos scheinenden Asylanspruch des Grundgesetzes von 1949 handhabbar zu machen, der für sich ja über dasjenige hinausginge, das Republiken zu gewähren haben. So wundert es nicht, dass die Großzügigkeit des Grundgesetzgebers im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung wieder quasi annulliert, Deutschland in den Kreis der Republiken rückgeführt wurde. Wesentliches Einfallstor dieser Rückführung war neben der engen Definition des „Politischen“ eine Steigerung der Anforderung an die „Verfolgung“. Denn anfangs stand bekanntlich in Art. 16 Abs. 2 nur: „Politisch Verfolgte genießen Asyl.“ Die Rechtsprechung hat das Merkmal der „Verfolgung“ geschärft und den Schutzbereich des Art. 16 Abs. 2 GG a.F. damit definiert und eingegrenzt. Authentisch interpretiert wurde das Merkmal der Verfolgung schließlich durch das Bundesverfassungsgericht in seiner „Tamilenentscheidung“ vom 10. Juli 1989. Dort stellt das Bundesverfassungsgericht drei Bedingungen für Verfolgung auf: eine modal-qualitative, eine kausale und eine quantitative, denen ich mich nun kurz im Einzelnen zuwende. So heißt es in der Entscheidung zunächst:⁴⁰

„Die fragliche Maßnahme muss dem Betroffenen gezielt Rechtsverletzungen zufügen. Daran fehlt es bei Nachteilen, die jemand aufgrund der allgemeinen Zustände in seinem Heimatstaat zu erleiden hat, wie Hunger, Naturkatastrophen, aber auch bei den allgemeinen Auswirkungen von Unruhen, Revolutionen und Kriegen. So hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass das Asylrecht nicht jedem, der in seiner Heimat in materieller Not leben muss, die Möglichkeit eröffnen soll, seine Heimat zu verlassen, um in der Bundesrepublik Deutschland seine Lebenssituation zu verbessern.“⁴¹

39 So das BAMF (Fn. 30) wieder in Anlehnung an die Tamilenentscheidung des BVerfGE 80, 315 (335), Rn. 41.

40 BVerfGE 80, 315 (335 ff.).

41 Es folgt der Verweis auf BVerfGE 54, 341 (357).

Das ist die modal-qualitative Bedingung, die allerdings in sich nicht stimmig ist: Denn der modus der Zielgerichtetheit kann sich auch noch im Rahmen der Umstände ergeben, die als Hunger, Naturkatastrophe, Unruhe, Revolution oder Krieg bezeichnet werden. Auch diese Umstände lassen weitergehende individuelle Verfolgung ja zu, decken sie vielleicht sogar. Zudem sind die vorgegaukelten Grenzziehungen problematisch: Werden die Bewohner eines Gehöftes im Bürgerkrieg von einer Partei ausgehungert, ohne dass dies militärstrategisch offensichtlich Sinn macht, sind sie persönlich betroffen. Aber wo sind die Grenzen, wenn sich ein Regime im Bürgerkrieg erdreistet, eine ganze Stadt auszuhungern oder als Geisel für Waffenstillstandsverhandlungen zu nehmen? Sind Bewohner eines Dorfes von wenigen Dutzend oder hundert Menschen individuell betroffen, solche in größeren Städten nicht mehr? Es wäre sinnvoller, zwischen den Modalitäten der Verfolgung und der Qualität zu unterscheiden, weil sich sonst interne Widersprüche ergeben können.

Das Gericht judizierte aber weiter:

„Nicht jede gezielte Verletzung von Rechten, die etwa nach der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland unzulässig ist, begründet schon eine asylerbliche politische Verfolgung. Erforderlich ist, dass die Maßnahme den von ihr Betroffenen gerade in Anknüpfung an asylerbliche Merkmale treffen soll. Ob eine in dieser Weise spezifische Zielrichtung vorliegt, die Verfolgung mithin „wegen“ eines Asylmerkmals erfolgt, ist anhand ihres inhaltlichen Charakters nach der erkennbaren Gerichtetheit der Maßnahme selbst zu beurteilen, nicht nach den subjektiven Gründen oder Motiven, die den Verfolgenden dabei leiten.“⁴²

Hier wird die bereits angesprochene Rückung der gerichtlichen Rechtsprechung weg von den Motiven der Verfolger hin zu den Spezifika der Maßnahmen noch einmal deutlich: Weil die Maßnahme so und so ist, zeigt sie die politische Verfolgung des Opfers an. Dabei kann „politische Verfolgung“ sowohl auf dem ersten Wort, also „*politische* Verfolgung“ als auch auf dem zweiten, also „politische *Verfolgung*“ betont werden. Die Maßnahme selbst indiziert die Kausalität der Verfolgung: Weil jemand verfolgt wird, erleidet er diese Maßnahmen. „Verfolgung“ liegt dann nach der Rechtsprechung vor allem vor, wenn jemand an Leib, Leben und persönlicher Freiheit eingeschränkt wurde, aber auch dann, wenn zwar andere Rechtsgüter betroffen sind, diese aber so schwerwiegend, dass zugleich

42 Unter Verweis auf BVerfGE 76, 143 (157, 166 f.).

von einer Verletzung der Menschenwürde des Betroffenen ausgegangen werden muss.⁴³ Doch damit sind wir schon beim letzten, quantitativen Kriterium des Verfolgens.

Denn drittens judiziert das Bundesverfassungsgericht im Tamilenbeschluss:

„(...) muss die in diesem Sinne gezielt zugefügte Rechtsverletzung von einer Intensität sein, die sich nicht nur als Beeinträchtigung, sondern als – ausgrenzende – Verfolgung darstellt. Das Maß dieser Intensität ist nicht abstrakt vorgegeben. Es muss der humanitären Intention entnommen werden, die das Asylrecht trägt, demjenigen Aufnahme und Schutz zu gewähren, der sich in einer für ihn ausweglosen Lage befindet.“⁴⁴

Ausweglosigkeit, Existenzvernichtung, Eingriffe in den elementaren Bereich der sittlichen Person, in die metaphysischen Grundlagen menschlicher Existenz⁴⁵ – das sind die Versuche des Gerichts, die Qualität der Verfolgung aus ihrer Kehrseite, der Gewährleistung von Schutz abzuleiten. Das sind keine festen Grenzen und keine sicheren Vorgaben, allenfalls Fingerzeige für die Konkretisierung der Fachgerichte, die dementsprechend auch über ein gehöriges Maß an Beurteilungsspielraum verfügen. Für sie soll der Spiegel des Asyls die Qualität des Bildes der Verfolgung vorgeben. Dementsprechend unklar sind die Vorgaben, wenn schon das Original unscharf ist.

Immerhin hat das Bundesverwaltungsgericht dann versucht, die Kriterien zu schärfen, und dazu hat es mehrfach eine Denkfigur aufgenommen, die im Bereich von Menschenwürde und Sozialstaatlichkeit entwickelt wurde, nämlich die Figur des „Existenzminimums“, das nun nicht mehr nur als materielles Existenzminimum auftaucht, das dort einem Schutzsuchenden entzogen wurde, sondern auch als „religiöses Existenzminimum“, als „ausweglose Lage“, in die der Schutzsuchende qua Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe in seiner Heimat gerät. In solch einer Lage ist, wer seine Sprache nicht einmal im privaten Umgang miteinander gebrauchen darf, seine sexuelle Einstellung auch dort verleugnen muss, wo keine Zeugen zugegen sein sollten, wer nicht einmal mehr zuhause beten darf, sei es allein oder mit anderen, wer als Frau keine andere legale Möglichkeit hat, für den eigenen Unterhalt und den der eigenen Kinder zu sorgen,

43 BVerfGE 9, 174 (180 f.).

44 Unter Verweis auf BVerfGE 74, 51 (64) und allgemein BVerfGE 54, 341 (357); 76, 143 (158 ff., 163 f.).

45 BVerfGE 76, 143 (158).

als das Betteln. Diese Lagen gelten als Eingriffe von hinreichender Intensität, um als Asylgrund anerkannt zu werden.

Dabei fällt freilich sofort auf, dass viele dieser Gründe nicht etwa die einzelne Person betreffen, sondern ganze und auch sehr große Personengruppen, etwa alle Witwen in einem Land oder alle Christen oder alle Journalisten oder alle Homosexuellen. In der Konkretisierung verlangen die deutschen Gerichte nun nicht, dass der Einzelne wegen des Vorwurfs, zu dieser Gruppe zu gehören, bereits selbst verhaftet, gedemütigt, gefoltert wurde, sondern dass er nur gute Gründe hat anzunehmen, dass er deswegen auch diese Maßnahmen jederzeit erleiden kann und dies deshalb auch befürchtet und wegen dieser Befürchtungen geflohen ist.

Neben diese eher gruppenbezogenen Kriterien treten aber auch individuelle Erfahrungen der Erniedrigung, Bloßstellung und Herabwürdigung. Auch hier ist nach der Vorstellung des Bundesverfassungsgerichts die besondere Intensität der Behandlung gemessen an der sonst üblichen Behandlung im Heimatstaat zu berücksichtigen. Das allerdings könnte bei wörtlicher Interpretation dazu führen, dass Schutzsuchende aus Staaten, in denen das Regime mehr oder weniger alle Menschen wie seine Verfügungsmasse behandelt, kein Asyl bekommen könnten. Man denke an Nordkorea. Das ist nicht gemeint. Vielmehr dürfte die individuelle Unrechtserfahrung insoweit neben die aus dem Zusammenspiel von Menschenwürde und Sozialstaatlichkeit entwickelten Kriterien des gruppenbezogenen Minimums treten. Im Beispiel Nordkorea genügt dann die gruppenbezogene Behandlung, um einen Asylgrund eruieren zu können, dessen Verletzung pauschal durch Verweis auf die Behandlung der Gruppe mit hinreichender Intensität plausibel gemacht werden kann. Die Individualisierung der Asylentscheidung verflüchtigt sich damit in dem Moment, in dem das Regime nur brutal genug ist. Oder anders gesagt: Je brutaler ein Regime gegen die gesamte Bevölkerung oder große Bevölkerungsgruppen vorgeht, desto geringer sind die Anforderungen des deutschen Asylrechts, eine herausgehobene individuelle Betroffenheit zusätzlich darlegen und feststellen zu müssen.

3. Rechtsfolgen der Asylberechtigung

Was sind schließlich die Rechtsfolgen der Asylberechtigung? Sind die genannten Bedingungen der politischen Verfolgung (und einige weitere, auf

die ich hier nicht eingehen möchte)⁴⁶ erfüllt, wird aus dem Asylbewerber ein Asylberechtigter. Im Kern heißt das, dass er nun nicht mehr befürchten muss, in den Verfolgerstaat abgeschoben zu werden (§ 25 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthaltsgG) und dass er zudem nach einer dreijährigen Übergangsphase, in der die Berechtigung noch zurückgenommen oder widerrufen werden kann, gem. § 26 Abs. 3 AufenthaltsgG ein unbefristetes Niederlassungsrecht in Deutschland bekommt, das ihm die Möglichkeit eröffnet, sich beruflich und persönlich zu entfalten. Widerrufen werden kann eine rechtmäßige Asylberechtigung etwa dann, wenn die Fluchtgründe im Heimatstaat in der Zwischenzeit entfallen sind, zurückgenommen werden kann eine rechtswidrig erteilte Asylberechtigung. Alle diese Rechte stehen in genau diesem Maße auch anerkannten Flüchtlingen nach der GFK mit Aufenthaltsrecht zu, nicht aber anderen, die nur subsidiär schutzberechtigt sind oder bei denen ein bloßes Abschiebungshindernis besteht.

Grenzen unterliegen die anerkannten Asylberechtigten und Flüchtlinge nach der GFK im Europarecht, insbesondere in der Nutzbarmachung der Grundfreiheiten. Das Niederlassungsrecht des deutschen Aufenthaltsrechts gewährt nur innerhalb Deutschlands einen Titel, nicht aber grenzüberschreitend in der EU. Das kann zu Nachteilen führen, wenn die beruflichen Anforderungen grenzüberschreitende Tätigkeiten erfordern und ein Asylberechtigter oder anerkannter Flüchtling diese Position innehat. Im Einzelfall mag die Blue Card EU nach § 19 a AufenthaltsgG in Umsetzung der Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25. Mai 2009 bei Hochqualifizierten weiterhelfen. Ansonsten müssen Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge auch in der EU 2018 auf ihre Einbürgerung warten; diese ist drei Jahre nach der Erteilung der Niederlassungserlaubnis möglich. Sobald sie dann EU-Bürger sind, stehen ihnen selbstredend die Grundfreiheiten zu und der kulturelle Hiatus, den manche europäische Politiker zwischen ihren Landsleuten und Bürgern aus (vornehmlich muslimischen) Drittstaaten ausmachen wollen, verschwindet quasi über Nacht.

VI. Fazit

Versteht man die Institution des Asyls mit Kant und über Kant hinaus aus seinen republikanischen Wurzeln, dann zeigt sich das Bild einer Instituti-

46 Genannt sei vor allem die Frage des sicheren Herkunfts- bzw. Drittstaates.

on, die sich die Republiken zur gegenseitigen Absicherung in Krisenzeiten schaffen. Im Reflex erwächst daraus ein Recht des Einzelnen darauf, dass eine (andere) Republik politisches Asyl gewährt. Für die Republiken untereinander entsteht die primäre Pflicht festzulegen, welche von ihnen im Einzelfall das sein soll, und die sekundäre Pflicht, einer von ihnen (oder gegebenenfalls einem überstaatlichen Gremium, das sie bilden) die Kompetenz zur Entscheidung dieser Frage zu überlassen.

Die Staaten der EU sind diesen Pflichten im Rahmen der Dublin-Verordnungen und der sie begleitenden und ausführenden Rechtsakte nachgekommen. Aus ihnen ergibt sich im Ergebnis, dass jedenfalls ein EU-Mitgliedstaat politisch Verfolgten Asyl gewährt, solange zwischen Verfolgerstaat und EU kein sicherer Drittstaat vorhanden ist. Zumindest die Stellung des Asylberechtigten entspricht damit nicht nur dem republikanischen Ethos, sondern auch allen menschenrechtlichen Vorgaben, auch wenn die Verfahren hin zum Asyl im Einzelnen und für den Einzelnen hart sein mögen.

Gerade in Deutschland sind große Anstrengungen unternommen worden, die humanitäre Lage nicht nur von Asylsuchenden und Flüchtlingen nach der GFK erträglich zu gestalten, sondern auch denjenigen zur Hilfe zu kommen, für die nur ein minderer Schutzstatus vorgesehen ist, eben weil sie nicht individuell politisch oder vergleichbar verfolgt werden. Menschenrechtlich schwer wiegen vor allem für diesen Personenkreis die Verschärfungen, die unter dem Namen „Asylpaket II“⁴⁷ im Februar 2016 vom Parlament verabschiedet wurden und inzwischen in Kraft getreten sind. Auch für Asylbewerber gelten aber Verschärfungen, soweit sie aus „sicheren Herkunftsstaaten“ kommen, zu denen nun auch die Staaten des

47 Die Benennung ist irreführend, weil die meisten Bestimmungen eben nicht Asylbewerber betreffen, sondern Menschen, die höchstens einen subsidiären Schutzstatus erhalten können. Sie betreffen etwa eine Residenzpflicht für Menschen, die weder Asylberechtigte noch Flüchtlinge im Sinne der GFK sind, aber subsidiär Schutz genießen, eine Einschränkung des Familiennachzugs für diese Gruppe für die Dauer von zwei Jahren, und ein Ausweisungsgrund schon bei Straftaten, die zu einer Verurteilung auf Bewährung führen. Im gleichzeitig verabschiedeten Parallelgesetz wurden die Schwellen für die Ausweisung straffällig gewordener Ausländer abgesenkt, s. § 53 Abs. 2 AufenthaltsgG (letzter Erwägungsgrund) in der Fassung aufgrund des Gesetzes zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 11.3.2016 (BGBl. I S. 394), in Kraft getreten am 17.3.2016.

Maghreb gehören sollen, und bei denen nun besonders scharf hingeschaut wird, ob sie wirklich asylberechtigt sind; denn die Herkunft aus einem „sicheren Staat“ schließt die individuelle Zuerkennung des Asyls nicht völlig aus, das Recht auf Ermessensbescheidung im Einzelfall bleibt auch insofern bestehen. Bei anderen Fragen, wie der Möglichkeit von Abschiebungen auch bei gesundheitlichen Problemen der nicht weiter zum Aufenthalt Berechtigten und der Ausweisung nach einer Strafe zur Bewährung zeigt sich deutlich, dass die praktischen menschenrechtlichen Probleme in Deutschland weniger das Asyl betreffen und auch nicht die anerkannten Flüchtlinge oder diejenigen, die sich auf dem Weg zu einem dieser beiden Titel befinden, sondern diejenigen, die Opfer von Verfolgung, Kriegen, Hunger und Naturkatastrophen sind, ohne die genannten Status je erreichen zu können. Aber deren Stellung verdient einen eigenen Beitrag in anderem Kontext.

Für die Ausgangsfrage bleibt festzuhalten, dass ohne Rücksicht auf ein individuelles Asylrecht im Aufnahmestaat für demokratische Republiken insgesamt aus ihrer Selbstbegründung heraus die Pflicht besteht, politische Flüchtlinge aus anderen Republiken und im erst-recht-Schluss aus Despotien Asyl zu gewähren. Sie müssen zudem entscheiden, welche Republik diese Aufnahme tatsächlich im Einzelfall vertretend für alle Republiken gewährt und eine zuständige Stelle für Streitfälle über den „richtigen“ Aufnahmestaat benennen. Im Reflex daraus ergibt sich für politische Flüchtlinge und diejenigen, die ihnen gleichgestellt werden müssen, ein Asyl jedenfalls in einer Republik und ein Rechtsanspruch darauf zu prüfen, in welcher Republik dieses Asyl liegt.

Solidarität und Menschenwürde in der Flüchtlingskrise – Zum EuGH-Urteil v. 6.9.2017 und zum EGMR-Urteil v. 3.10.2017 –*

Walter Frenz

I. Aktuelles EuGH-Urteil

1. Flüchtlingsverteilung als vorläufige Maßnahme ohne ordentliches Gesetzgebungsverfahren

Am 6. September 2017 etablierte der EuGH das EU-Prinzip der Solidarität für die Verteilung von Flüchtlingen zwischen den Mitgliedstaaten. Es ging um vorläufige Maßnahmen nach Art. 78 Abs. 3 AEUV wegen einer plötzlichen Notlage durch den Zustrom von Flüchtlingen auf Vorschlag der Kommission nach Anhörung des Parlaments, ohne dass ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren nötig ist (Art. 78 Abs. 2 AEUV e contrario).¹ Dieses wäre angesichts der drängenden Situation bei Notlagen aufgrund plötzlicher Zuströme auch zu zeitraubend. Die Effektivität der Vorschrift selbst verbietet daher ebenfalls eine Erweiterung.

Diese Effektivität des Art. 78 Abs. 3 AEUV verlangt weiter, die möglichen „vorläufigen Maßnahmen“ weit zu sehen. Es besteht „ein weites Ermessen bei der Wahl der Maßnahmen“,² dessen Ausübung nur auf offensichtliche Beurteilungsfehler überprüft werden kann,³ „um rasch und wirksam auf eine konkrete Notlage sowie auf etwaige Entwicklungen, die sie durchlaufen könnte, zu reagieren.“⁴ Auch Anpassungsmechanismen

* Auf diese Urteile ausgerichtete und im Hinblick darauf umfassend erweiterte Fassung meines Vortrags in Budapest am 18.5.2016. Die Ursprungsfassung erschien in ZAR 2016, 223.

1 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 65 – Slowakei und Ungarn/Rat.

2 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 133 – Slowakei und Ungarn/Rat.

3 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 242, 244 – Slowakei und Ungarn/Rat.

4 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 133 – Slowakei und Ungarn/Rat.

sind umfasst, wenn sie vorläufig bleiben.⁵ Die Konsequenz aus dem fehlenden ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ist nämlich die Beschränkung auf eine vorläufige Regelung einer ganz bestimmten Krisensituation, um nicht das in Art. 78 Abs. 2 AEUV vorgesehene ordentliche Gesetzgebungsverfahren zu umgehen: Die dauerhafte und generelle Ersetzung oder Änderung von Gesetzgebungsakten ist daher ausgeschlossen.⁶ Wohl aber kann wie hier eine auf zwei Jahre befristete, wenn auch um zwölf Monate verlängerbare Verteilungsregelung von konkret 120.000 Drittstaatsangehörigen, die in Griechenland oder Italien internationalen Schutz beantragt haben, auf die EU-Mitgliedstaaten erfolgen.⁷ Diese kann in Form eines Beschlusses getroffen werden, der kein Gesetzgebungsakt ist.⁸ Der Zeitraum ist zwar erheblich, aber der Komplexität der Situation geschuldet⁹ sowie explizit begrenzt und damit nicht dauerhaft; die Maßnahme lief mangels Ausschöpfung der Verlängerungsoption am 26. September 2017 aus.¹⁰

2. Grundsatz der Solidarität

Auch diese vorläufigen Maßnahmen stehen nach Art. 80 AEUV unter dem Grundsatz der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten. Diesen Grundsatz anzuwenden sieht der EuGH als Pflicht, wenn sich EU-Staaten wie Griechenland und Italien in der Flüchtlingskrise in einer anders nicht zu bewältigenden Notlage befinden.¹¹ Für die Einschätzung der Situation und die sich daraus ergebenden Reaktionen steht dem Rat ein nur auf offensichtliche Fehler überprüf-

5 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 132, 134 – Slowakei und Ungarn/Rat.

6 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 78 – Slowakei und Ungarn/Rat.

7 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 80 f. – Slowakei und Ungarn/Rat.

8 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 82 – Slowakei und Ungarn/Rat.

9 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 97 – Slowakei und Ungarn/Rat.

10 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 94 – Slowakei und Ungarn/Rat.

11 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 251 f. – Slowakei und Ungarn/Rat.

barer Beurteilungsspielraum zu; das gilt auch für die Geeignetheit und die Erforderlichkeit einer Maßnahme.¹²

Sachlich geht es um ein gemeinsames Grenzkontroll-, Asyl- und Einwanderungssystem und damit um eine politikbezogene Lastenteilung. Diese ist durch das Eingehen der Mitgliedstaaten in ein gemeinsames System bedingt, dessen Lasten daher gemeinsam geschultert und gerecht verteilt werden müssen – in dem Grundgedanken der Solidarität, der die Union insgesamt trägt, hier aber bereichsbezogen als Teil einer EU-Politik festgelegt wird.¹³ Es geht um die Funktionsfähigkeit des EU-Asylsystems.¹⁴ Der Grundsatz der Solidarität ist daher kompetentiell und organisatorisch bedingt.

Ausgangspunkt ist im Hinblick auf Art. 78 Abs. 3 AEUV die bekämpfte Notlage. Sind von dieser ein oder mehrere Staaten betroffen, müssen die Belastungen, die aus Gegenmaßnahmen wie eine Umverteilung von Flüchtlingen resultieren, grundsätzlich auf alle anderen Mitgliedstaaten aufgeteilt werden.¹⁵ Keiner kann sich entziehen. In Betracht kommt aber eine Aussetzung. Für die Umverteilung von Flüchtlingen erfolgt sie bei außergewöhnlichen Umständen; die Aussetzung muss beantragt werden, was Österreich und Schweden (erfolgreich) taten, nicht aber Ungarn.¹⁶ Es erfolgt eine Betrachtung der Situation jedes Mitgliedstaates.¹⁷ Ansatzpunkt für die Verteilungsschlüssel sind u.a. die Wirtschaftskraft im Verhältnis zum „Asyldruck“ im jeweiligen Mitgliedstaat.¹⁸ Von den Konsequenzen für die betroffenen Flüchtlinge ist nicht die Rede. Im Gegenteil werden kulturelle und sprachliche Verbindungen als unbeachtlich für die Umverteilung angesehen. Ansonsten wäre die Verteilung auf alle Mit-

12 Ausführlich dazu EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 254 ff. – Slowakei und Ungarn/Rat.

13 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 291 a.E. – Slowakei und Ungarn/Rat.

14 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 114 a.E. – Slowakei und Ungarn/Rat.

15 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 291 – Slowakei und Ungarn/Rat.

16 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 293, 295 ff. – Slowakei und Ungarn/Rat.

17 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 298 – Slowakei und Ungarn/Rat.

18 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 301 – Slowakei und Ungarn/Rat.

gliedstaaten unter Wahrung des Grundsatzes der Solidarität nach Art. 80 AEUV unmöglich.¹⁹ Hieran zeigt sich die mitgliedstaatsbezogene Betrachtung und Bezogenheit des Grundsatzes der Solidarität.

3. Verbindung zu den Grundrechten

Allerdings schlägt auch der EuGH die Verbindung zu Grundrechten. Nach der Zurückweisung kultureller und sprachlicher Verbindungen zwischen (Asyl-)Antragsteller und Umsiedlungsmitgliedstaat im Hinblick auf Art. 80 AEUV erfolgt eine solche zudem wegen Art. 21 EGRC, der Diskriminierungen u.a. wegen der ethnischen Herkunft und der Sprache verbietet.²⁰ Indes wird die Integration von Flüchtlingen befördert, wenn diese in Gebiete kommen, in denen ethnisch verwandte Personen oder solche mit derselben Sprache wohnen. Dann bildet die Berücksichtigung der kulturellen oder sprachlichen Verbindung bei der Umverteilung keine Diskriminierung, sondern verhindert eine solche. Sie kann auch darin bestehen, Personen in einer spezifischen Lage nicht besonders zu behandeln. Unterscheiden sich zwei Sachverhalte signifikant, muss dieser Unterschied berücksichtigt werden.²¹

Weiter geht es um die wirksame Anfechtbarkeit vor Gericht nach Art. 47 EGRC²² und die Effektivität des Asylrechts nach Art. 18 EGRC. Letzteres bringt der EuGH in Verbindung mit dem Grundsatz der Solidarität. Dieser dient, indem er eine auf Unionsebene ergriffene Maßnahme zur Krisenbewältigung prägt, auch einer effektiven Grundrechtsverwirklichung,²³ auf die der EuGH für Art. 18 EGRC abhebt. Über die vorläufige Maßnahme der Umverteilung in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Solidarität sichert die Union erst die Bewältigung der Asylanträge und sichert so das Asylrecht unter Beachtung der Genfer Konvention, die keinen

19 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 304 – Slowakei und Ungarn/Rat.

20 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 305 – Slowakei und Ungarn/Rat.

21 EuGH, Rs. C-411/96, Rn. 39 – Boyle u.a.; *Frenz*, Handbuch Europarecht 4: Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 3288 m.w.N.

22 Gegeben nach EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 325, 336 – Slowakei und Ungarn/Rat.

23 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 343 – Slowakei und Ungarn/Rat.

Verbleib im Ankunftsstaat, in dem der Schutzantrag gestellt wird, garantiert, solange dieser Antrag anhängig ist; so kann über den Antrag in angemessener Frist entschieden werden, ohne dass eine Abschiebung in einen Drittstaat erfolgt.²⁴ Die EU-Staaten sind von daher durch das Asylsystem als Einheit zu sehen und haben, über die Solidarität nach Art. 80 AEUV verbunden, gemeinsam für die Gewährleistung des Asylrechts zu sorgen.

Von daher hat Art. 80 AEUV auch einen Grundrechtsbezug. Er bildet die Überwölbung zwischen der Kompetenzvorschrift des Art. 78 AEUV und dem Grundrecht auf Asyl. Dadurch wird zugleich der Grundsatz der Solidarität geprägt, ebenso der Gehalt der vorläufigen Maßnahmen nach Art. 78 Abs. 3 AEUV.

4. Fehlende Einbeziehung der Menschenwürde

Nicht angesprochen hat der EuGH die Menschenwürde. Sie bildet das zentrale Element für die Beurteilung der Flüchtlingspolitik und damit auch für die in ihrem Rahmen notwendigen Maßnahmen, zumal wenn es um die vorläufige Bewältigung einer plötzlichen Notlage geht, die aber auch aus einer schon längeren Entwicklung resultieren kann, die sich verschärft und zu einer katastrophalen humanitären Situation verdichtet, so dass die normale Funktionsweise des gemeinsamen EU-Asylsystems unmöglich wird.²⁵ Diese Lücke muss dann vor dem Hintergrund des Asylgrundrechts und der Menschenwürde wirksam geschlossen werden.

Auch und gerade aus dieser Sicht sind die vorläufigen Maßnahmen weit zu sehen. Sie müssen nichts weniger als die Wahrung der Menschenwürde sicherstellen. Ohne diese spezifisch zu erwähnen, verlangt auch der EuGH, dass die Asylantragsteller „innerhalb kurzer Zeit und in effektiver Weise unter Beachtung des Unionsrechts und insbesondere der durch die Charta garantierten Grundrechte in andere Mitgliedstaaten umgesiedelt werden“.²⁶ Dazu gehört auch die Menschenwürde. Auch unter ihrer Wahrung muss die Umsiedlung konzipiert und durchgeführt werden. Durch sie

24 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 340 ff. – Slowakei und Ungarn/Rat.

25 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 114 f. – Slowakei und Ungarn/Rat.

26 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 337 – Slowakei und Ungarn/Rat.

wird der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten geprägt, wenn sie die in einen anderen Mitgliedstaat umzusiedelnden Antragsteller bestimmen.²⁷ So können nicht etwa Schwerkranke genommen werden, wenn dadurch menschenunwürdige Transportsituationen auftreten.

Vorgelagert gilt diese Grundrechtsprägung auch durch die Menschenwürde für die Festlegung der vorläufigen Maßnahmen durch den Rat, dem dabei im Ansatz ein weiter Ermessenspielraum zusteht. Dieser wird durch die Menschenwürde verengt und unter Umständen so geprägt, dass nicht nur aus Gründen der Solidarität Maßnahmen ergriffen werden müssen, sondern auch wegen der Menschenwürde.

Art. 1 EGRC bezieht sich vor allem auch auf die Rettung von Flüchtlingen. Gelingt diese den Mitgliedstaaten nicht hinreichend, kann auch daraus eine Notlage erwachsen, so dass die Mitgliedstaaten auch insoweit zusammenwirken müssen, um einen betroffenen EU-Staat zu entlasten.

II. Rettung und Abweisung ankommender Flüchtlinge

1. Notwendiger humanitärer Schutz auch bei Grenzsicherung und Zurückschickungen

Welche Personen müssen in der EU aufgenommen werden? Oder ist eine Umverteilung in Solidarität am besten dadurch zu sichern, dass möglichst wenige Flüchtlinge in die EU gelangen? Würde kommt jedem Menschen zu. Sie besitzen daher alle natürlichen Personen einschließlich Drittstaatsangehöriger. Auch für Flüchtlinge und Asylbewerber ist somit relevant, wenn sie unter menschenunwürdigen Umständen in die EU gelangen bzw. vor Erreichen des Unionsgebietes in solche Umstände geraten.²⁸ Zwar steht die Menschenwürde Gruppen nicht zu.²⁹ Indes kann deren unwürdige Behandlung die Menschenwürde einzelner Mitglieder verletzen.³⁰

27 Darauf die durch die EGRC garantierten Grundrechte beziehend EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 337 – Slowakei und Ungarn/Rat.

28 Frenz, ZAR 2016, 223 auch für das Folgende.

29 Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, § 11 Rn. 576.

30 Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 1 GRC Rn. 7 a.E.

Überdies kommen die Flüchtlinge als Einzelpersonen, wenn sie auch gemeinsam in einem Boot sitzen.

Daher wird die Menschenwürde tangiert, wenn bei Flüchtlingsbooten der Tod Unschuldiger in Kauf genommen wird, ohne dass alles unternommen wird, um in Not geratene Menschen auch bei illegaler Einwanderung zu retten. Die eigene Würde negiert, wer bei Mitmenschen hinnimmt, dass sie sich in höchst menschenunwürdigen Verhältnissen befinden und darin belassen werden. Angesichts der menschenunwürdigen Verhältnisse beim Weg nach Europa ist der humanitäre Schutz essenziell. Dieser darf bei der Begrenzung des Zustroms von Flüchtlingen nicht in den Hintergrund treten.

Die Würde hat als erstes und vornehmstes Grundrecht an der Spitze der EGRC auch alle Maßnahmen mitzubestimmen, welche den Zustrom von Flüchtlingen begrenzen wollen. Das gilt bereits für Grenzsicherungsmaßnahmen: Diese sind zwar als solche zulässig, wenn nur so der Flüchtlingsstrom abgewehrt werden kann. Auch das Abkommen mit der Türkei begegnet insoweit keinen Bedenken im Hinblick auf die Menschenwürde, als Flüchtlinge zurückgeführt werden bzw. sogleich in der Türkei als sicherem Drittstaat verbleiben sollen. Indes darf der Vollzug im Einzelfall nicht menschenunwürdig sein. Das ist er dann, wenn etwa schwerkranke Menschen auf eine Reise geschickt werden, der sie kaum gewachsen sind, oder aber Personen betroffen sind, die im Zielstaat keine menschenwürdige Behandlung zu erwarten haben. Derartigen Grenzen unterliegt aber auch der Vollzug des Europäischen Haftbefehls.³¹ Daher muss stets die Möglichkeit einer Einzelfallprüfung jedenfalls dann bestehen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Verletzung der Menschenwürde vorliegen und insbesondere von den Betroffenen glaubhaft dargelegt werden.

Korrespondierend damit verbietet der EGMR in seinem Urteil vom 3. Oktober 2017 Massenabschiebungen ohne Identitätsfeststellungen und ohne die Möglichkeit, persönliche Umstände zu erklären oder Unterstützung von einem Anwalt oder Übersetzer zu erhalten. Solche Rückschiebungen ohne Verfahren und ohne Rechtsschutzmöglichkeiten sind als unzulässige Kollektivabschiebungen nach Art. 4 des Vierten Zusatzprotokolls zur EMRK ausgeschlossen.³² Fehlende individuelle Verteidigungs-

31 S. BVerfG, NJW 2016, 1149 sowie näher u. V.

32 EGMR, Urt. v. 3.10.2017 – 8675/15 u. 8697/15.

möglichkeiten verletzen auch das Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 13 EMRK i.V.m. Art. 4 des Vierten Zusatzprotokolls.³³

Auch illegale Einwanderung kann nur mit diesen Maßgaben bekämpft werden. Das gilt sowohl für die EU-Grenzschutzagentur Frontex mit Sitz in Warschau³⁴ als auch für Maßnahmen der EU-Mitgliedstaaten, welche sie gemeinsam beschließen. Auch über die Grenzen der EU ausgreifende Maßnahmen etwa in Form von Marineeinsätzen sind angesichts des Ausmaßes der humanitären Katastrophe bei der Überfahrt Hunderter in untauglichen Booten von der Menschenwürde geboten. Ein geeignetes Instrument sind humanitäre Interventionen nach Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 EUV, durch welche generell die Einhaltung der Menschenrechte abgesichert werden kann.³⁵

2. Kein Handelsobjekt

Zwar haben sich die Flüchtlinge regelmäßig selbst auf Bootsüberfahrten begeben, auch wenn sie von äußeren Umständen getrieben wurden, oft einfach keinen anderen Ausweg mehr gesehen haben. Dabei ist die Autonomie das Herzstück der Menschenwürde.³⁶ Deren Ausübung muss allerdings freiwillig sein. Der Einzelne darf also nicht durch eine Zwangslage in eine Situation gekommen sein, in der seine Würde zurückgenommen ist, oder getäuscht worden sein. So wenn Flüchtlinge mit falschen Versprechungen auf Boote gelockt wurden oder sich in die Hände von Menschenhändlern begeben haben, weil sie keine andere Möglichkeit sahen, den untragbaren Zuständen im Heimatland zu entfliehen.³⁷

Zudem ist der Einzelne vor sich selbst zu schützen,³⁸ sofern er für alle erkennbar seine Würde negiert, wie dies beim Selbstmord der Fall ist, da er so seine eigene Subjektivität verneint. Entsprechendes gilt auch bezogen auf die Bootsflüchtlinge, wenn sie sich in eine Situation begeben haben, in der sie anderen völlig ausgeliefert sind und zudem in höchste Ge-

33 EGMR, Urt. v. 3.10.2017 – 8675/15 u. 8697/15.

34 *Borowsky*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 1 GRC Rn. 41; *Frenz*, Handbuch Europarecht 4: Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 847 ff.

35 *Frenz*, Handbuch Europarecht 6: Institutionen und Politiken, 2011, Rn. 2169.

36 *Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, S. 31.

37 *Frenz*, ZAR 2014, 1 (2) auch zum Folgenden.

38 Ausführlich dazu *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992.

fahr geraten können. In dieser Lage sind sie unentrinnbar gefangen, ohne die Möglichkeit der Befreiung oder Rettung. Ist solchermaßen eine würdevolle Behandlung ausgeschlossen, auch wenn der Einzelne sich in eine solche Situation gebracht hat, gebietet es die Unantastbarkeit der Würde als solche, dem Betroffenen Schutz zu gewähren und eine Situation in Würde wieder herzustellen. Er ist aus seinem Objektstatus zu befreien, damit er wieder Subjekt werden kann. Die klassische Dürig'sche Objektformel,³⁹ wonach der Mensch nicht zum Objekt herabgewürdigt werden darf, findet sich im Ergebnis auch in den EuGH-Entscheidungen zur Biopatentrichtlinie und zur embryonalen Stammzellenforschung. Insbesondere darf danach der Mensch nicht verfügbar und veräußerlich werden.⁴⁰ Er darf daher auch nicht zur Handelsware von Schleppern werden.

3. Erforderliche Prävention

Daher sind die Bootsflüchtlinge davor zu bewahren, in der Gewalt von Menschenhändlern bzw. in dem dadurch geschaffenen Zustand einer gewagten Überfahrt in einem völlig überladenen, unzulänglich ausgestatteten Boot zu verbleiben. Zudem ist ihr Überleben zu sichern, und zwar selbst dann, wenn sie sich selbst in eine Gefährdungssituation gebracht haben, die namentlich durch Naturgewalten wie Sturm potenziert wurde. Es ist staatlicher Schutz gefordert, zumal wegen Art. 51 EGRC keine unmittelbare Drittwirkung besteht;⁴¹ diese Würde hier aber ohnehin leerlaufen bzw. zu spät kommen. Für einen möglichst effektiven Schutz bedarf es präventiver Maßnahmen.

39 Dürig, AöR 81 (1956), 117 (127); auch BVerfGE 30, 1 (25); H. Hofmann, AöR 118 (1993), 353 (360).

40 EuGH, Rs. C-364/13, ECLI:EU:C:2014:2451, Rn. 24 ff. – Stem Cell/Comptroller sowie bereits EuGH, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079, Rn. 73, 77 – Niederlande/Parlament und Rat („Biopatentrichtlinie“); Rs. C-34/10, Slg. 2011, I-9821 – Brüstele/Greenpeace.

41 Niedobitek, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch Grundrechte, Bd. VI/1, 2010, § 159 Rn. 103; Schwarzburg, Die Menschenwürde im Recht der Europäischen Union, 2012, S. 324; dafür Favoreu, Droit des libertés fondamentales, 5. Aufl. 2009, Rn. 644-1.

Bei der Erfüllung dieser Schutzpflichten besteht regelmäßig entgegen den allgemeinen Grundsätzen zu dieser Frage⁴² kein erheblicher Spielraum,⁴³ geht es doch im Ergebnis um die Wahrung der Unantastbarkeit der Menschenwürde, nur eben im Hinblick auf Private. Insoweit differenziert oder relativiert aber Art. 1 EGRC nicht. Höchstens durch die Natur der Materie, wie den unabdingbaren Schutz der ökologischen Lebensgrundlagen und die damit einhergehenden Wirkungsunsicherheiten etwa im Klimabereich, sowie durch die dabei vorhandene Instrumentenvielfalt auch zur Erreichung eines Mindeststandards können Einschätzungs- und Beurteilungsspielräume bedingt sein. Dieser ist aber im Bereich der Rettung von Flüchtlingen von vornherein dadurch eingeschränkt, dass ein wirksamer Schutz gewährleistet sein muss. Deshalb müssen Rettungspatrouillen regelmäßig durchgeführt werden, und zwar mit einer ausreichenden Zahl von Booten. Die Vorkehrungen müssen bleiben, auch wenn vorübergehend wenige Flüchtlinge kommen, um sogleich reagieren zu können, wenn der Strom wieder anschwillt – so wie jüngst in Richtung Italien.

4. Sanktionen und Verfolgung

Eine effiziente Schutzgesetzgebung ist zudem mit Sanktionen zu verbinden. Der EGMR hat insoweit im Urteil Gongadze⁴⁴ Maßstäbe für den Lebensschutz gesetzt. Gelten diese schon in diesem Bereich, sind sie erst recht zum Schutz der Menschenwürde heranzuziehen. Daher haben staatliche Instanzen auch wirksam die Verfolgung aufzunehmen, wenn sie hinreichende Anhaltspunkte für Eingriffe in die Würde des Menschen erhalten, die strafrechtlich sanktioniert sein müssen. Insoweit haben vor allem die Mitgliedstaaten nähere Regelungen und Maßnahmen gegen Menschenhandel zu treffen. Die Union kann aber nach Art. 83 Abs. 1 AEUV Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension festlegen, wozu der Menschenhandel und die sexuelle Ausbeutung von

42 S. Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 1 GRC Rn. 39.

43 So aber Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 GRC Rn. 8.

44 EGMR, Urt. v. 8.11.2005 – Beschwerde-Nr. 34056/02 (Gongadze/Ukraine), NJW 2007, 895.

Frauen und Kindern explizit gehören.⁴⁵ Die Menschenwürde selbst verlangt einen Schutz der Opfer und damit auch deren Aufnahme, wenn sie sich anders nicht sichern lässt. Ein Einlass in die EU kann verhindert werden, wenn Maßnahmen zum Schutz der Menschenwürde vorgelagert ergriffen werden, damit erst gar keine Bootsfahrten aufgenommen werden oder sich Menschen erst gar nicht auf den Weg in die EU machen, weil es keinen Anlass gibt.

III. Versorgung und Verteilung

1. Mindeststandards

Wurden Flüchtlinge aufgegriffen und gerettet, so ist ihnen erst einmal wieder zu ihrer Würde zu verhelfen, indem sie medizinisch versorgt und betreut werden. Zwar ist die EU gerade vor dem Hintergrund jüngerer Urteile des EuGH⁴⁶ keine Sozialunion, so dass sich daraus allein keine Garantien für eine hinreichende soziale Versorgung und Unterstützung von Flüchtlingen in den Mitgliedstaaten ergeben. Jedoch verbietet es die Würde des Menschen, Mitglieder der Gemeinschaft unter Bedingungen leben zu lassen, die eine Entfaltung in Würde nicht ermöglichen. Das gilt wegen des Universalanspruchs von Art. 1 EGRC auch für Menschen, die nicht aus der Union kommen.

Daher garantiert das BVerfG verfassungsunmittelbar diejenigen Mittel, die zur Wahrung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind, und zwar auch ausländischen Staatsangehörigen, die sich in Deutschland aufhalten.⁴⁷ Dazu gehören auch Mittel für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben.⁴⁸ Letztlich lassen sich diese Elemente nur über Art. 1 Abs. 1 GG hinreichend absichern.⁴⁹ Parallel dazu kann daher dieses Recht auch auf Unionsebene un-

45 Näher *Frenz*, Handbuch Europarecht 6: Institutionen und Politiken, 2011, Rn. 3024 ff. auch zu den Begrenzungen aus BVerfGE 123, 267 (Rn. 359, 363 f.) – Lissabon.

46 EuGH, Rs. C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114 – Hartz IV.

47 BVerfG, NVwZ 2012, 1024 (Rn. 89).

48 BVerfGE 125, 175 (223); BVerfG, NVwZ 2012, 1024 (Rn. 90).

49 Näher *Tiedemann*, NVwZ 2012, 1031 (1032 f.).

mittelbar auf die Menschenwürde gestützt werden.⁵⁰ Nur diese kommt hier in Frage: Die soziale Sicherheit und Unterstützung nach Art. 34 EGRC bildet keine unmittelbare Garantie, sondern nimmt Bezug auf schon bestehendes Recht. Immerhin ergeben sich die in dieser Bestimmung genannten Maßgaben des Unionsrechts auch und gerade aus der Menschenwürde.⁵¹ Durch sie werden aber nur unabdingbare Standards garantiert, während die EuGH-Judikatur⁵² die Partizipation von Unionsbürgern an der Sozialhilfe betraf, die den eigenen Staatsangehörigen zuteilwird: Insoweit besteht nicht etwa sogleich nach der Ankunft ein umfassender Gleichbehandlungsanspruch.

2. Konflikte mit der Menschenwürde der Einheimischen

Aber auch die Finanzierung der vorgenannten Mindeststandards kann Staaten überfordern. Daher stellt sich die Frage der Grenzen. Jeder Mitgliedstaat hat sein soziales Sicherungssystem mit entsprechenden Kosten, wofür Mittel bereitgestellt werden müssen. Dadurch wird auch das Existenzminimum der eigenen Staatsangehörigen gesichert. Für Sozialansprüche von Unionsbürgern wird als Grenze die Funktionsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme benannt.⁵³ Diese bildet damit auch eine unionsrechtlich zu achtende Größe. Zwar ist die Menschenwürde unantastbar. Indes kann auch sie nicht unbegrenzt greifen, jedenfalls wenn dadurch die staatlichen Grundlagen angetastet werden, welche die Menschenwürde erst zu sichern vermögen.

Diese Absicherung gilt hinsichtlich der grundlegenden Institutionen des Staates. Diese dürfen nicht durch einen unkontrollierten Zustrom von Flüchtlingen dergestalt überrollt werden, dass ein Staat seine innere wie auch soziale Ordnung überhaupt nicht mehr aufrecht zu erhalten vermag. Dann kann er auch die Menschenwürde nicht mehr schützen – weder sozial noch gegen Übergriffe. Diese Grenze wird aber lediglich bei einer kaum mehr fassbaren Zahl an Flüchtlingen erreicht sein.

50 Unsicher *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 1 GRC Rn. 12.

51 *Frenz*, ZAR 2014, 1 (3).

52 EuGH, Rs. C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114 – Hartz IV.

53 EuGH, Rs. C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114, Rn. 45 – Hartz IV; bereits EuGH, Rs. C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404 – Smits und Peerbooms.

Relevanter ist eine derartige Überforderung des Sozialstaates, wenn eine menschenwürdige Versorgung auch der eigenen Bevölkerung nicht mehr möglich ist. Soweit deren existenznotwendiges Dasein gesichert wird, geht es um deren Menschenwürdeschutz. Sind dafür die Mittel nicht mehr vorhanden, weil auch sie für den Würdeschutz der ankommenden Flüchtlinge aufgebraucht werden müssen, steht Würde gegen Würde, nämlich die Würde der Flüchtlinge gegen die Würde der einheimischen Bevölkerung. Eine solche Gegenüberstellung wurde zwar vom BVerfG im Hinblick auf den Abschuss von terroristisch missbrauchten Flugzeugen ausgeschlossen,⁵⁴ kann aber auch in solchen Fällen auftreten.⁵⁵

Da die Menschenwürde universell gilt, kann sie zwar keine Bevorzugung der eigenen Staatsangehörigen tragen. Indes muss deren Erhaltung weiterhin möglich sein. Das ist sie nicht, wenn nicht mehr genügend Mittel bereitstehen, um den eigenen Staatsangehörigen das notwendige Existenzminimum zu sichern. Daraus ergibt sich letztlich doch eine Zugangsgrenze. Diese dürfte aber sehr hoch in dem Sinne sein, dass viele Flüchtlinge ins Land gelassen werden müssen. Zwar mögen daraus soziale Abstriche resultieren, aber noch keine Antastungen des würdegeschützten und daher unabdingbaren Existenzminimums.

3. Gleichmäßige Verteilung

Diese Schwierigkeiten einer Antastung der Menschenwürde der einheimischen Bevölkerung durch einen zu großen Zustrom von Flüchtlingen lassen sich von vornherein vermeiden, wenn eine gleichmäßige Verteilung erfolgt. Dann werden die Kräfte der betroffenen EU-Staaten gleichermaßen in Anspruch genommen und die Lasten mit Unterbringung, Versorgung etc. verteilt. Zugleich werden damit Ressentiments gegen Flüchtlinge am ehesten in Grenzen gehalten und die Aufenthaltsbedingungen möglichst günstig gestaltet. Daher legt die Menschenwürde eine entsprechende Einigung der EU-Staaten über einen Verteilungsschlüssel auf EU-Ebene besonders nahe. Zusammen mit der Festschreibung als Wert der Union in Art. 2 EUV kann Art. 1 EGRC auch ein Regelungsauftrag entnommen werden, der bei dringenden Entwicklungen ein Tätigwerden der Union er-

⁵⁴ BVerfGE 115, 118 (152); abl. *Frenz*, NVwZ 2007, 631.

⁵⁵ *Frenz*, NVwZ 2007, 631.

fordert. Die Würde des Menschen ist in der zweiten Erwägung der Präambel genannt und in Art. 2 EUV als zentraler Wert aufgeführt, der den Zielen zugrunde liegt, mithin ebenfalls verfolgbar sein muss, und sei es durch Hineinlesen in eine explizite Zielsetzung nach Art. 3 EUV – hier das Asyl. Daher ist es unschädlich, dass das humanitäre Flüchtlingsrecht nicht einer Regelung durch die Union unterstellt ist.

Immerhin hat die Union eine Zuständigkeit für das Asylrecht nach Art. 78 AEUV. Mit diesem in engem Zusammenhang steht, eine Verletzung der Menschenwürde bei der Überfahrt sowie bei der Ankunft der Flüchtlinge zu vermeiden und diese so zu verteilen, dass sie in menschenwürdigen Bedingungen leben können.⁵⁶ Eine damit korrespondierende Umverteilung hat der EuGH nunmehr auf Art. 78 Abs. 3 i.V.m. Art. 80 AEUV gestützt.⁵⁷ Die Menschenwürde sichert dieses Ergebnis ab und wirkt so in ihr eigenes Vorfeld, dass mittels Umverteilung Antastungen der Menschenwürde erst gar nicht auftreten, da die Asylbewerber so auf die EU-Staaten verteilt werden, damit keine menschenunwürdigen Zustände wegen mangelhafter Unterbringung bzw. Versorgung resultieren. Zudem werden durch eine Entzerrung von Konzentrationen in einzelnen EU-Staaten Konflikte mit der Menschenwürde Einheimischer vermieden.⁵⁸

IV. Abschiebung

Art. 1 EGRC erfasst die Begleitumstände des Asylrechts und nicht notwendig dieses selbst, besteht doch eine spezielle Regelung. Immerhin nimmt Art. 18 EGRC nicht nur auf das Genfer Abkommen vom 28. Juli 1951 und das Protokoll vom 31. Januar 1969 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge Bezug, sondern auch auf die Verträge, in die Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 HS. 2 EUV die EGRC gleichrangig einbindet. Damit werden über die Anwendung von Art. 1 EGRC die Bereiche aus dem Asylkomplex subjektiviert, die einen Bezug zur Menschenwürde haben, soweit die EU überhaupt zuständig ist.⁵⁹ Zudem ist eine Behandlung nicht zu dulden, welche die Menschenwürde der Asylbewerber verletzt. Das gilt vor allem

⁵⁶ Frenz, ZAR 2014, 1 (4).

⁵⁷ S.o. I. 2.

⁵⁸ S.o. III. 2.

⁵⁹ Generell sind die Länder zuständig, Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, S. 17 (24).

für Abschiebungen, die über die in Art. 19 EGRC genannten Gründe des ernsthaften Risikos der Todesstrafe, der Folter oder einer anderen unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung hinaus die Menschenwürde tangieren.⁶⁰ Jedenfalls erwächst aus der Menschenwürde ein faktisches Abschiebungshindernis, wenn der konkrete Vollzug dieser Maßnahme die Würde des Betroffenen tangiert, sei es, dass er sich in einem die Abschiebung ausschließenden Zustand befindet, sei es, dass er in menschenunwürdige Umstände gelangt.⁶¹

Dabei ist stets individuell zu prüfen. Kollektivabschiebungen ohne Identitätsfeststellungen, Verfahren und Rechtsschutzmöglichkeiten sind unzulässig. Sie verstoßen gegen Art. 4 des Vierten Zusatzprotokolls und zudem gegen Art. 13 EMRK, der ein Recht auf effektiven Rechtsschutz garantiert.⁶² Das Verfahren betraf solche direkten Rückschiebungen Spaniens aus der Exklave Melilla nach Marokko (Melilla-Verfahren); zwei Migranten aus Mali und der Elfenbeinküste, welche beim Klettern über den Grenzzaun festgenommen und sogleich nach Marokko zurückgeschoben wurden, ohne ihre persönlichen Umstände auch nur darlegen zu können, bekamen jeweils 5000 Euro Entschädigung zugesprochen.

V. Welche Menschenwürde?

Diese Grenze für Abschiebungen ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des BVerfG. Sein Beschluss vom 15. Dezember 2015⁶³ betraf zwar eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Auslieferung auf der Basis eines europäischen Haftbefehls, hatte aber zur Grundlage die Menschenwürde, welche dem Unionsrecht vorgeht. Greift damit auch beim Umgang mit Flüchtlingen stets die Menschenwürde des GG, selbst wenn es um Maßnahmen geht, welche auf Unionsebene festgelegt wurden? Schließlich reklamiert das BVerfG auf der Basis seiner Konzeption einer umfassenden Identitätskontrolle das letzte Wort sowohl im nationalen wie auch im europäischen Grundrechtsraum, jedenfalls wenn es um die Menschenwürde geht. Es überschreitet damit wiederum und noch verschärft die in Art. 23 Abs. 1 GG eröffnete Übertragung von Hoheitsgewalt, welche nicht

60 Näher *Frenz*, ZAR 2014, 1 (4).

61 S. bereits o. II. 1. für sofortige Zurückschickungen.

62 EGMR, Urt. v. 3.10.2017 – 8675/15 u. 8697/15.

63 BVerfG, NJW 2016, 1149.

an eine begrenzte Rechtsmacht mit Konsequenzen selbst für später erlassenes Sekundärrecht geknüpft werden kann.⁶⁴ Das Gericht verlässt die frühere Figur eines deutschen Grundrechtsschutzes, solange die Union nicht insgesamt einen hinreichenden Grundrechtsschutz sicherstellt.⁶⁵ Ein solcher Schutz greift nunmehr fallgenau ein, sobald die Menschenwürde oder der Menschenwürdekern eines anderen Grundrechts betroffen ist.⁶⁶

Indes steht die Menschenwürde an der Spitze auch des EU-Grundrechtsschutzes. Da sie maßgeblich beeinflusst vom früheren BVerfG-Präsidenten Herzog in Anlehnung an Art. 1 Abs. 1 GG in der EGRC verankert wurde, liegen die Inhalte weitestgehend parallel, wie sich vor allem an der notwendigen Wahrung der Subjektqualität zeigt.⁶⁷ Daher würden sich für die Behandlung der Flüchtlinge kaum Unterschiede ergeben. Auch die Überstellung von Häftlingen aufgrund eines europäischen Haftbefehls könnte an der Menschenwürde nach Art. 1 EGRC geprüft werden, besteht doch ein enger unionsrechtlicher Bezug.

Allerdings hat sich für den Bereich der Sozialleistungen der EuGH selbst zurückgenommen: Er sieht durch das EU-Sekundärrecht den Mitgliedstaaten die Spielräume eröffnet, um den Umfang der sozialen Absicherung etwa nach Hartz IV in den Fällen der allgemeinen Freizügigkeit selbst zu bestimmen. Infolge der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten sollen daher die EU-Grundrechte nicht zur Geltung kommen, da sie gem. Art. 51 EGRC nicht das Recht der Union durchführen.⁶⁸ Indes wird damit ausgeblendet, dass das allgemeine Freizügigkeitsrecht als Teil des Unionsrechts vom EU-Menschenwürdeschutz bestimmt sein muss und daher auch seine Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten nicht dagegen verstoßen darf. Beim Haftbefehl wird gleichfalls bei einer Durchsetzung von Art. 1 Abs. 1 GG die Vergemeinschaftung des Auslieferungsrechts innerhalb der EU praktisch wieder rückgängig gemacht.⁶⁹ Deshalb ist auch insoweit der Grundrechtsschutz nach Art. 1 EGRC vorzuziehen.

64 Sauer, NJW 2016, 1134 (1136 ff.). Ausführlich m.w.N. Frenz, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 261 ff.

65 Grundlegend BVerfGE 37, 271 (285); auf ein strukturelles Defizit abstellend BVerfGE 102, 147 (164).

66 BVerfG, NJW 2016, 1149 (Rn. 49 ff.); Sauer, NJW 2016, 1134 (1137).

67 S.o. I.

68 EuGH, Rs. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358, Rn. 90 f. – Dano mit insoweit abl. Anm. Frenz, DVBl. 2015, 36 (37 f.).

69 Sauer, NJW 2016, 1134 (1137).

Der EuGH hat im Urteil Aranyosi eine Auslieferung ausführlich an der EGRC geprüft, wengleich am Verbot der Folter und unmenschlicher Strafe oder Behandlung. Auch Art. 4 EGRC wirkt absolut, weshalb ihm die nationalen Justizbehörden zu effektiver Durchsetzung verhelfen und dagegen auch unter Einbeziehung des EGMR verstoßende Überstellungen und Auslieferungen ins EU-Ausland ablehnen müssen; in jedem Fall müssen die Haftbedingungen die Menschenwürde wahren.⁷⁰ Insoweit entfällt daher die Prüfung durch das BVerfG.⁷¹ Im Regelungsbereich des EU-Rechts greift die Menschenwürde der EGRC. Das gilt auch für Maßnahmen im Flüchtlingsbereich nach Art. 78 AEUV.

VI. Fazit

Die EU-Menschenwürde prägt sowohl die Rettung Schiffbrüchiger und die sofortige Zurückweisung (Einzelfallprüfung bei Anhaltspunkten für Würdeverstoß) wie die Aufnahme, Unterbringung und Versorgung der Flüchtlinge. Kollektivabschiebungen ohne Identitätsfeststellungen, Verfahren und Rechtsschutz verletzen nach dem EGMR-Urteil gegen Spanien vom 3. Oktober 2017 (Melilla-Verfahren) Art. 4 des Vierten Zusatzprotokolls zur EMRK ebenso wie das Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 13 EMRK; das gilt selbst bei einer Festnahme unmittelbar beim Versuch, einen Grenzzaun zu überklettern. Eine Einzelfallprüfung mit der Möglichkeit, die persönlichen Umstände zu erklären, ggf. mit Anwalt oder Übersetzer, muss also stets gewährleistet sein. Die Menschenwürde legt als Auftrag die Festschreibung eines angemessenen Verteilungsschlüssels nahe, damit alle Mitgliedstaaten den Flüchtlingen eine würdevolle Behandlung sichern können, ohne die Existenzsicherung für die eigenen Staatsangehörigen zu gefährden.

Auf diese Weise wird das Urteil des EuGH vom 6. September 2017 zur EU-Flüchtlingspolitik unterlegt. Danach ermöglicht Art. 78 Abs. 3 AEUV durch vorläufige Maßnahmen die Verwirklichung des Grundsatzes der Solidarität mittels einer Umverteilung von Asylantragstellern zwischen allen Mitgliedstaaten. So werden die EU-Staaten zu einem gemeinsamen Asylsystem vereint, um Art. 18 EGRC effektiv zu verwirklichen. Gemeinsam

⁷⁰ EuGH, Rs. C-404/15 und 659/15, Rn. 85, 90 ff. – Aranyosi.

⁷¹ Frenz, DVBl. 2016, 1485 (1487).

Walter Frenz

haben sie eine Verteilung sicherzustellen, um die Menschenwürde aller Flüchtlinge zu wahren. So geht es um eine menschenwürdige Unterbringung, wie Papst Franziskus erst am 1. Oktober 2017 betonte. Wenn dies ein Mitgliedstaat wegen einer Notlage nicht schafft, haben ihm die anderen zu helfen. Art. 78 Abs. 3 AEUV bildet von daher die instrumentelle Umsetzung für die Sicherung der Menschenwürde in der Flüchtlingskrise durch Solidarität. Die Solidarität der EU-Länder ist auch die staatsbezogene Folgepflicht der Menschenwürde.

Das Refoulement-Verbot als Brandmauer für das Unverhandelbare

Oliver Diggelmann* / Nina Hadorn**

A. Refoulement-Verbot: Einleitende Bemerkungen

I. Völkerrecht: Hoffnungsträger oder „*minimum moralium*“?

In der gegenwärtigen Flüchtlings- oder Migrationskrise taucht oft die Frage auf, wie weit das Völkerrecht die Flüchtlinge schütze.¹ Das „*common law of mankind*“, wie C. Wilfred Jenks es einmal genannt hat, könne doch nicht zulassen, so eine verbreitete Erwartung, dass Fluchtmigranten etwa durch Abriegelung der Grenze oder Aufgreifen auf Hoher See daran gehindert werden, ein Asylgesuch zu stellen. Es müsse internationales Recht existieren, das zumindest Elementares sichere und die Betroffenen nicht einfach ihrem Schicksal überlasse. Dieser Beitrag versucht, auf diese Frage eine Antwort zu geben. Er will zum einen den völkerrechtlichen Minimalstandard aufzeigen und zum anderen beleuchten, auf welche Weise er in der Praxis zu relativieren versucht wird. Es geht im Kern um das Refoulement-Verbot und seine Handhabung in der internationalen Praxis. Es ist das Kernelement des internationalen Flüchtlings- beziehungsweise Migrationsrechts und schützt, vereinfacht gesagt, vor Rückschiebung in einen Staat, in dem den Betroffenen ernsthafte Gefahr droht. Die Notwendigkeit einer solchen Garantie ist international weitgehend unbestritten. Etwa drei Viertel aller Staaten sind Mitglieder der Flüchtlingskonvention und kein Staat würde das Verbot wohl grundsätzlich in Frage stellen. Dennoch ver-

* Ordinarius für Völker- und Staatsrecht an der Universität Zürich

** Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht der Universität Zürich

1 Der völkerrechtliche Begriff des Flüchtlings ist enger als der umgangssprachliche. Flüchtlinge im Sinne von Art. 1 Abs. A der Genfer Flüchtlingskonvention (Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, FK, SR 0.142.30) sind nur persönlich Verfolgte. Im Folgenden wird meist der Begriff der Fluchtmigranten verwendet, der Flüchtlinge im Rechtssinne und weitere (in einem untechnischen Sinne „fliehende“) Migranten einschliesst.

suchen insbesondere stark von Migration betroffene Staaten, den Schutz möglichst eng zu fassen und unterlaufen ihn teilweise ganz bewusst. Auf welche Weise dies geschieht und wie die Versuche rechtlich zu bewerten sind, ist Gegenstand dieses Beitrages. Nach einigen einführenden Bemerkungen über die Entwicklung des Refoulement-Verbots (A) werden verschiedene Relativierungsstrategien systematisch dargestellt (B). Es folgen die rechtliche Würdigung dieser Strategien (C) sowie Schlussbemerkungen zur Problematik des „Negativwettbewerbs“ unter den Zielstaaten, die nicht als attraktives Zielland für Fluchtmigration gelten wollen (D).

Die Erwartungen an beziehungsweise die Hoffnungen auf das Völkerrecht sind bei diesem Thema besonders hoch. Grundsätzlich ist dazu zunächst jedoch festzuhalten, dass das Völkerrecht keine „höhere“ Gerechtigkeitsordnung und staatlichem Recht quasi von seiner Natur her überlegen ist. Es ist – in vielem – mühsam erkämpfter Kompromiss und oft mangelhaftes Ergebnis einer Verständigung auf nicht mehr als gerade das Unverzichtbare. Es ist deshalb nicht falsch – vor allem in sensiblen Bereichen – es sich als eine Art moralische Minimalordnung vorzustellen, der es um die Verhinderung des Allerschlimmsten geht, als Brandmauer für das Unverhandelbare. Das bedeutet, dass oft eine Kluft zum Sinnvollen und erst recht zum Wünschbaren bleibt. Wer Recht als Recht jedoch ernst nimmt, muss diese Differenz sorgfältig benennen und gegebenenfalls aushalten, auch wenn das Ergebnis zuweilen empört. Dies muss explizit gemacht werden, da hohe Erwartungen an das Völkerrecht dazu verführen, es zur Projektionsfläche für (zu) ambitionöse Gerechtigkeitsvorstellungen zu machen. Diese hohen Erwartungen an das Völkerrecht haben eine lange Geschichte, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden kann. Der Begriff des Völkerrechts konnotierte jedoch immer auch die Idee einer Zivilisationsgemeinschaft, die bereits seinem römischrechtlichen Paten des *ius gentium* innewohnte. Im Begriff schwingen Vorstellungen eines universellen „common sense“ mit.² In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts sind Völkerrecht und vor allem die Menschenrechte zudem für viele zu einer Art letztem Hoffnungsträger geworden. Der Amerikaner Samuel Moyn spricht von den Menschenrechten als „The Last Utopia“ und bringt damit nicht zuletzt zum Ausdruck, dass das Angebot an ambitionösen Ge-

2 Oliver Diggelmann, Die Entstehung des modernen Völkerrechts in der frühen Neuzeit, in: Tilmann Altwicker/Francis Cheneval/Oliver Diggelmann (Hrsg.), Völkerrechtsphilosophie der Frühaufklärung, Tübingen 2015, S. 1–26, S. 5.

rechtigkeitsprojekten, an die man sich halten kann, dünn geworden ist.³ Dies gilt es sich bewusst zu machen, bevor wir uns im Folgenden dem Refoulement-Verbot in Theorie und Praxis zuwenden.

II. Kollektivsingular: Refoulement-Verbot als Rechtebündel

Historischer Kern des Refoulement-Verbots ist die Garantie des Flüchtlingsrechts.⁴ Sie wurde durch menschenrechtliche Garantien ergänzt.⁵ Der Begriff des Refoulement-Verbots ist damit, genau genommen, ein Kollektivsingular. Die einzelnen Verbote überlappen allerdings stark, weshalb auch in der Folge vereinfachend vom Refoulement-Verbot im Singular gesprochen wird. Die Entstehung der flüchtlingsrechtlichen Basalgarantie in der UNO-Flüchtlingskonvention von 1951 war aufs Engste mit den Flüchtlingsdramen während und nach dem Zweiten Weltkrieg verknüpft. Schätzungen zufolge waren ungefähr 40 bis 55 Millionen Menschen verfolgt und vertrieben worden.⁶ Nachdem man es nach dem Ersten Weltkrieg, als das Auseinanderbrechen der Vielvölkerstaaten in Mittel- und Osteuropa Massenfluchten erzeugt hatte, nicht geschafft hatte, eine gemeinsame Lösung zu finden,⁷ war nach 1945 zunächst die Schaffung eines Rechts auf Asyl für Verfolgte diskutiert worden.⁸ Die oft katastrophale

3 Samuel Moyn, *The Last Utopia*, Cambridge MA/London 2010.

4 Grundsätzlich zu Entstehung und Konturen des Refoulement-Verbots: Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford 2007, S. 201 ff.; Elihu Lauterpacht/Daniel Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in: Erika Feller et al. (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003, S. 87–177.

5 Für eine Übersicht Fanny de Weck, *Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture*, Leiden/Boston 2017, S. 12–60.

6 Zu Flucht und Vertreibung während und nach dem Zweiten Weltkrieg: Peter Gatrell, *Introduction: World Wars and Population Displacement in Europe in the Twentieth Century*, *Contemporary European History*, Volume 16, Nr. 4 (2007), S. 415–426, bez. Zahlen: S. 419.

7 Zu den Bemühungen um eine Verbesserung der Situation der Flüchtlinge in der Völkerbundsära: Louise W. Holborn, *The League of Nations and the Refugee Problem*, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Volume 203 (1939), S. 124–135.

8 Vgl. Paul Weis, *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires analysed with a commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge 1995, S. 6; Felice Morgen-

Lage kollektiv Vertriebener oder wegen Grenzverschiebungen Entwurzelter war offensichtlich. Am Ende aber konnte man sich nur auf das Minimum im Sinne des absolut Unverzichtbaren einigen.⁹ Art. 33 Abs. 1 der UNO-Flüchtlingskonvention enthält eine völkerrechtliche Verpflichtung der Vertragsstaaten, Flüchtlinge nicht in ein Land auszuweisen, in dem ihr Leben oder ihre Freiheit wegen der Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen der politischen Anschauung gefährdet ist. Als verfolgt gilt gemäß Konvention nur, wer persönlich verfolgt ist; allgemeine Betroffenheit von Konflikten oder Naturkatastrophen genügt nicht. Im eigenen Land verbleibende Verfolgte sind ebenfalls nicht erfasst. Art. 33 Abs. 2 der Flüchtlingskonvention sieht zudem Ausnahmen von der Garantie vor. Vom Schutz ausgenommen ist, wer eine Gefahr für die Sicherheit des Aufenthaltsstaates oder wegen schwerer Verbrechen eine Gefahr für das Land darstellt. Das flüchtlingsrechtliche Refoulement-Verbot gilt demnach nicht absolut.

Mit der Zeit kamen zu diesem basalen Schutz menschenrechtliche Erweiterungen hinzu. Der Menschenrechtsausschuss der UNO und vor allem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) haben in das Verbot der Folter und der unmenschlichen Behandlung nach Art. 7 des UNO-Paktes II¹⁰ und Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention¹¹ ein von der Flüchtlingskonvention unabhängiges Refoulement-Verbot „hineingelesen“.¹² Die Grundidee der flüchtlingsrechtlichen Garantie – Vermeidung der absehbar dramatischen Folgen bestimmter Rückschiebun-

stern, The Right of Asylum, British Yearbook of International Law, Volume 26 (1949), S. 327–357, S. 336 f.

9 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951. Das UNHCR (UNO-Hochkommissariat für Flüchtlinge, United Nations High Commissioner for Refugees) trug in der Folge wesentlich dazu dabei, dass das Refoulement-Verbot und nicht das Institut des Asyls im internationalen Fokus blieb: *David Kennedy*, International Refugee Protection, Human Rights Quarterly, Volume 8, Nr. 1 (1986), S. 1–69.

10 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

11 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, EMRK, SR 0.101.

12 Zum Schutz vor Refoulement-Verbot durch Art. 7 UNO-Pakt II: MRA, Mohamed Alzery/Schweden, Communication No. 1416/2005 (2006), U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1416/2005 (2006), Rn. 11.3 (Verletzung von Art. 7 durch Schweden, das nicht dafür gesorgt hat, dass die Zusicherung Ägyptens, nicht zu foltern, wirksam überwacht werden konnte); erstmalige Anerkennung des Refoulement-Verbots als Element von Art. 7 in: MRA, CCPR General Comment No. 20: Art. 7

gen für Flüchtlinge – wurde generalisiert, von der Fluchtsituation im Sinne der Flüchtlingskonvention abgelöst. Die menschenrechtlichen Garantien schützen alle Menschen, denen bei Rückschiebung Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht. Außerdem enthält das UNO-Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe von 1984¹³ in Art. 3 ein explizites Verbot der Abschiebung und Auslieferung, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass die Person im betreffenden Staat gefoltert würde. Die menschenrechtlichen Garantien kennen im Unterschied zur flüchtlingsrechtlichen keine Ausnahmen. Sie füllen, untechnisch formuliert, gewisse bewusst geschaffene Schutzlücken der Flüchtlingskonvention. Für Europa ist zudem bedeutend, dass der EGMR Art. 3 (und auch Art. 2, der das Recht auf Leben schützt) großzügig auslegt, nicht zuletzt im Bereich der extraterritorialen Geltung. Damit erfährt der Schutz in Europa inhaltlich eine gewisse Erweiterung.¹⁴

III. Einstiegsfall: *Hirsi Jamaa und andere*

Der Fall *Hirsi Jamaa und andere*, den der EGMR 2012 entschieden hat, verdeutlicht verschiedene zentrale Probleme der hier behandelten Thematik. Der Fall betraf Italien, das 2009 Flüchtlingsboote auf der Überfahrt von Libyen in Richtung italienische Gewässer auf Hoher See gestoppt hatte.¹⁵ Innert weniger Tage wurden mehrere Boote mit insgesamt 471 Personen an Bord abgefangen, die von der italienischen Küstenwache auf italie-

(Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, 10 March 1992, Rn. 9). Zum Schutz durch Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention: EGMR, *Soering/Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 7. Juli 1989 (die Auslieferung in einen Staat, in dem die Todesstrafe droht, i.c. die Vereinigten Staaten, verletzt Art. 3 EMRK); EGMR, *Cruz Varas und andere/Schweden*, Urteil vom 20. März 1991, EGMR, *Vilvarajah und andere/Vereinigtes Königreich*, 30. Oktober 1991, EGMR, *Chahal/Vereinigtes Königreich* (Ausdehnung der *Soering*-Rechtsprechung auf Ausweisungen).

13 Folterschutzkonvention, SR 0.105.

14 Für eine Übersicht über die EGMR-Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK: *Colin Harvey*, *The International Protection of Refugees and Asylum Seekers: the Role of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, in: Ademola Abass/Francesca Ippolito (Hrsg.), *Regional Approaches to the Protection of Asylum Seekers: an International Legal Perspective*, Ashgate 2014, S. 171–190.

15 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a./Italien*, Urteil vom 23. Februar 2012, § 10.

nischen Booten nach Libyen zurückgebracht wurden. Dort wurden sie libyschen Behörden übergeben, wie es ein „Freundschaftsvertrag“ zwischen Italien und Libyen vorsah. Zwei Personen starben nach der Übergabe aus ungeklärten Gründen. Der italienische Aussenminister bezeichnete die Aktion als Erfolg im Kampf gegen die illegale Einwanderung.¹⁶ Die Zahl neuer Asylgesuche ging in Italien in der Folge zurück und halbierte sich für eine Weile gar.¹⁷ Elf somalische und dreizehn eritreische Zurückgebrachte gelangten an den EGMR und machten eine Verletzung des Refoulement-Verbots geltend. Italien habe sie in ein Land gebracht, in dem Folter oder unmenschliche Behandlung drohten, außerdem habe man mit der Zurückschickung nach Somalia bzw. Eritrea rechnen müssen, wo noch Schlimmeres zu befürchten gewesen wäre. Italien stellte sich auf den Standpunkt, die Boote seien in Seenot gewesen, weshalb es völkerrechtlich zum Handeln verpflichtet gewesen sei. Es habe jedoch keine Hoheitsgewalt ausgeübt, und die EMRK sei in der Situation nicht anwendbar gewesen. Der EGMR sah dies anders, mit der Begründung, die italienischen Behörden hätten die Kontrolle über die Migranten gehabt. Der Ort der Kontrollausübung sei nicht entscheidend.¹⁸ Italien hätte die Flüchtlinge nicht nach Libyen zurückbringen dürfen, wo die Bedingungen in den Gefängnissen bekanntermassen prekär und Fälle von Folter belegt seien. Außerdem schicke es Menschen teilweise willkürlich in Herkunftsstaaten zurück, wo Folter möglich sei.

Unter welchen Voraussetzungen ist ein Staat bei Handeln jenseits des staatlichen Territoriums an das Refoulement-Verbot gebunden? Ist die Ausübung der Kontrolle über Personen ein sinnvolles Kriterium, und wann liegt sie vor? Die sich stellenden rechtlichen Fragen sind anspruchsvoll. Der Fall zeigt aber auch das Grunddilemma aller stark von Fluchtmigration betroffenen Staaten. Wer die Refoulement-Verbot-Standards vorbildlich einhält, erhöht seine Attraktivität als Zielland. Wer sie hingegen

¹⁶ Ebd., § 13.

¹⁷ Die Zahl sank von rund 30'000 Asylgesuchen 2008 auf rund 17'600 im Jahr 2009: <https://migrantsatsea.org/2011/02/28/annual-number-of-asylum-applications-in-select-countries-2004-2009/>. Um ein Vielfaches höher dürfte allerdings die Zahl derjenigen sein, die Italien aus den unterschiedlichsten Gründen nicht erreichten. Dazu exemplarisch der Bericht über die Flucht zweier Eritreer: Sabine Mohamed, In Eritrea bleiben heisst sterben, NZZ online vom 20. November 2013, abrufbar unter <http://www.nzz.ch/in-eritrea-bleiben-heisst-bei-lebendigem-leibe-sterben-1.18195126>.

¹⁸ EGMR, Hirsi Jamaa u.a./Italien, Urteil vom 23. Februar 2012, § 76 ff., insb. § 81.

unterschreitet, mindert sie und hält möglicherweise Flüchtlinge von der gefährlichen Überfahrt übers Meer ab. Manche Staaten treten wegen dieses Dilemmas der Flüchtlingskonvention gar nicht bei. Indien etwa – traditionell Ziel von Verfolgten aus Tibet – ist nicht Mitglied der Konvention. Es fürchtet, bei einem Beitritt zu einem Magneten für Massen tibetischer Flüchtlinge zu werden, nicht zuletzt, weil auch keiner seiner Nachbarstaaten außer China Vertragsstaat ist. Trotzdem sind Fälle von Refoulement aus Indien relativ selten.¹⁹ Die Ausführungen sollten genügen, um deutlich zu machen, dass sich vorschnelle einfache Antworten auf die sich hier stellenden Fragen verbieten.

B. Relativierungsversuche in der Praxis: Strategien

In der Praxis können drei Grundstrategien der Relativierung des Refoulement-Verbotes unterschieden werden. Wir beschränken uns im Folgenden zunächst auf ihre Beschreibung, die rechtliche Würdigung erfolgt später unter C. Die Abschichtung der rein faktischen von der rechtlichen Ebene hat zum Zweck, die Grundideen hinter den Relativierungsstrategien deutlich herauszuarbeiten und zunächst ungeachtet ihrer rechtlichen Bewertung zu diskutieren.

I. Strategie I: „Trigger“-Verhinderung

Die erste Strategie zielt auf Verhindern der Anwendbarkeit des Refoulement-Verbots auf bestimmte Flüchtlinge ab. Es können zwei Grundvarianten solchen „Trigger“-Verhindern unterschieden werden. Bei einer ersten geht es darum, physischen Kontakt mit dem Staatsgebiet bei Personen zu verhindern, die sich bereits sehr nahe am Staatsgebiet befinden. Das Territorium soll nicht betreten oder auch nur berührt werden in der Hoffnung, dass das im Grundsatz territorial geltende Recht auf die Situation des Fluchtmigranten gar nicht anwendbar ist. Der praktisch wichtigste Anwendungsfall ist das Errichten unüberwindbarer Grenzschutzanlagen in Verbindung mit zumindest zeitweiliger Schliessung der Grenze. Asylbewer-

¹⁹ Vgl. zur indischen Praxis: *Prabodh Saxena*, Creating Legal Space for Refugees in India: the Milestones Crossed and the Roadmap for the Future, *International Journal of Refugee Law*, Volume 19, Nr. 2 (2007), S. 246–272.

ber werden an der Grenze abgewiesen und können wegen sogenannter „push back“-Aktionen – Massnahmen zur Fernhaltung von der Grenze – kein Asylgesuch stellen. Seit 2012 sind in mehreren Ländern Ost- und Südosteuropas – vor allem als Reaktion auf die Fluchtmigration aus Syrien – hohe Grenzzäune errichtet worden, etwa in Ungarn, und viele Grenzübergänge sind zeitweilig oder längerfristig geschlossen worden, etwa in Kroatien. Der so handelnde Staat stellt sich auf den Standpunkt, dass er mit den Flüchtlingen „nichts zu tun hat“, da das Staatsgebiet nicht betreten wird, weshalb auch keine Pflichten in Bezug auf die Flüchtlinge ausgelöst werden. Derselben Logik folgt auch das Schaffen sogenannt „internationaler Zonen“ oder von „outside migration“-Gebieten *auf* dem Staatsgebiet eines von Immigration betroffenen Staates. Frankreich etwa hat 1990 verschiedene Zonen an Flughäfen und in Häfen zu „internationalen Zonen“ erklärt.²⁰ Es behandelte Fluchtmigranten im Transitbereich in der Folge wie Personen an der Grenze, liess sie zwar aus-, aber nicht nach Frankreich einreisen und vor allem kein Asylgesuch stellen. Australien, um ein zweites Beispiel anzuführen, erklärte 2001 bestimmte Inseln der Küstengewässer zu „outside migration“-Gebieten, in denen das Refoulement-Verbot nicht anwendbar sei.²¹ „[W]e will decide who comes to this country“, erklärte der damalige Premierminister John Winston Howard damals, „and the circumstances in which they come.“²² Was geschieht hier? Man fingiert Extraterritorialität der Sonderzonen. Auch das spanische Grenzregime in Bezug auf die Enklaven Ceuta und Melilla in Marokko verdient hier Erwähnung. Spanien hat die Enklaven durch einen sechs Meter hohen Zaun von Marokko getrennt. Es verfolgt seit 2005 die Praxis, ein Asylgesuch nur bei Personen zuzulassen, die das Hindernis überwinden und den spanischen Polizeigrenzschutz zu durchbrechen vermögen. Wer dies nicht schafft, kann dies nicht und wird „heiss abgeschoben“. Auch hier wird fingiert, der Fluchtmigrant habe spanisches Territorium nicht betreten. Die

20 Vgl. EGMR, Amuur/Frankreich, Urteil vom 25. Juni 1996, § 19.

21 Migration Amendment (Excision from Migration Zone) Act 2001, Act No. 127 of 2001, 46A Visa applications by offshore entry persons i.V.m. 1 Subsection 5(1) und 3 Subsection 5(1). Vgl. auch Human Rights Watch, Letter to Prime Minister Howard on Recent Amendments to the Migration Act, 31. Oktober 2001, abrufbar unter: <https://www.hrw.org/news/2001/10/31/letter-prime-minister-howard-recent-amendments-migration-act>.

22 John Howard, Wahlrede vom 28. Oktober 2001 in Sydney, abrufbar unter <http://electionspeeches.moadoph.gov.au/speeches/2001-john-howard>.

beschriebene Praxis wurde vom spanischen Gesetzgeber 2015 „legalisiert“.²³

Die zweite Grundvariante der Strategie des „Trigger“-Verhinderns will bereits Nähe zum Staatsgebiet vermeiden. Sie spielt vor allem eine Rolle, wo die Grenze nicht vollständig kontrollier- und beherrschbar ist, d.h. auf See. Der Hirsi Jamaa-Fall ist die typische Konstellation. Sie kommt in der Praxis vor allem zur Anwendung, wenn die Zahl der Fluchtmigranten in-nerter kurzer Zeit stark ansteigt und die betroffenen Staaten das Stellen von Asylgesuchen um fast jeden Preis vermeiden wollen, um den Zustrom abzuschwächen. Die Politik der USA gegenüber Migranten aus Haiti in den 1990er-Jahren ist ein Beispiel. Mitte der 1980er-Jahren war es nach Unruhen im von Jean-Claude Duvalier regierten Haiti zu signifikanten Fluchtbewegungen auf dem Seeweg in Richtung Vereinigte Staaten gekommen. Die USA hatten darauf bald begonnen, die Fluchtmigranten außerhalb der US-Territorien aufzugreifen und nach einer kurzen Befragung gestützt auf ein bilaterales Abkommen mit Haiti zurückzubringen.²⁴ 1991, nach dem Sturz des neuen Präsidenten Jean-Bertrand Aristide, schwoll die Fluchtmi-gration an, allein 1992 waren es 31'000 Personen, die in die USA woll-ten.²⁵ Die Vereinigten Staaten reagierten darauf auf Anweisung des Präsi-denten, indem sie die Flüchtlinge ohne Überprüfung des Flüchtlingsstatus zurückschickten,²⁶ was vom U.S. Supreme Court 1993 als mit internatio-nalem und nationalem Recht vereinbar betrachtet wurde.²⁷ In der jüngeren Vergangenheit ist vor allem Australien durch frühzeitiges Stoppen und

23 Ley de protección de la seguridad ciudadana vom 30. März 2015, publiziert in: Boletín Oficial del Estado Nr. 77, BOE-A-2015-3442, 31. März 2015, S. 27216–27243, Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla, S. 27242.

24 Agreement Relating to Establishment of a Cooperative Program of Interdiction and Selective Return of Certain Haitian Migrants and Vessels Involved in Illegal Transport of Persons Coming from Haiti, abgeschlossen am 23. September 1981 zwischen den USA und Haiti, 33 UST 3559.

25 UNHCR, The State of the World's Refugees 2000: Fifty Years of Humanitarian Action, 1. Januar 2000, S. 177, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/4a4c754a9.html>.

26 President of the United States, Executive Order No. 12807, 57 Fed. Reg. 23133 (1992), 24. Mai 1992 (sog. Kennebunkport Order).

27 U.S. Supreme Court, *Chris Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al. v. Haitian Centers Council, Inc., et al.*, 509 US 155, Docket No. 92-344, Urteil vom 21. Juni 1993.

systematisches Zurückbringen von Bootsflüchtlingen aufgefallen.²⁸ 2014 löste es heftige Proteste von UNHCR und australischen Rechtsgelehrten aus, als es im Juni/Juli jenes Jahres 41 tamilische und singhalesische Flüchtlinge umgehend nach Sri Lanka zurückbrachte.²⁹ Die Aktion war Teil der 2013 angelaufenen „Operation Sovereign Borders“, zu der auch eine Abschreckungs-Kampagne mit dem Slogan „no way – you will not make Australia home“ gehört.³⁰ Eine Subvariante des aktiv-präventiven Fernhaltens vom Staatsgebiet ist das Einrichten von Asylverfahrenszentren in Drittstaaten. Im Vereinigten Königreich etwa wurde ein solcher Vorschlag 2003 unter dem Titel „New Vision for Refugees“ diskutiert.³¹ Verfahrenszentren entlang der Transitrouten nach Europa oder in einem anderen Staat in der Nähe der Herkunftsstaaten sollten den Zustrom bremsen. Der Vorschlag fand unter den EU-Mitgliedstaaten damals aber keine Mehrheit, heute werden ähnliche Ideen wieder diskutiert. Verschiedene Staaten haben etwa Interesse bekundet, beispielsweise in Nordafrika sol-

28 Australien verfolgt wie auch die USA und Kanada traditionell eine Flüchtlingspolitik, bei der das sogenannte „resettlement“ von Flüchtlingen im Vordergrund steht. Gemeint ist die Aufnahme von Personen, die in einem Drittstaat von UNHCR als Flüchtlinge anerkannt wurden. Diese Staaten waren in der Vergangenheit aus geografischen Gründen weniger von „spontaneous arrival asylum“, also von Asylanträgen direkt an der Grenze, betroffen und verfolgen in solchen Situationen oft einen restriktiveren Ansatz als europäische Staaten. Folgende Zahlen Australiens verdeutlichen dies: Von den 13‘756 Visa, die Australien in der Periode 2014/15 an Flüchtlinge und weitere Fluchtmigranten vergab, fielen 11‘009 in die Kategorie „offshore resettlement“ und 2‘747 in jene der „onshore protection“: Australian Government, Department of Immigration and Border Protection, Fact Sheet: Australia’s Refugee and Humanitarian Programme, abrufbar unter <http://www.border.gov.au/about/corporate/information/fact-sheets/60refugee#c>. Zur australischen Flüchtlingspolitik seit dem Zweiten Weltkrieg: Susan Kneebone, Controlling Migration by Sea: The Australian Case, in: Bernard Ryan/Valsamis Mitsilegas (Hrsg.), Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges, Leiden/Boston 2010, S. 347–374, 350 f.

29 Vgl. UNHCR, Returns to Sri Lanka of Individuals intercepted at Sea, Statement vom 8. Juli 2014, abrufbar unter <http://unhcr.org.au/wp-content/uploads/2015/05/2014-07-08-Media-Statement>Returns-to-Sri-Lanka.pdf>.

30 Homepage Australian Government, Department of Immigration and Border Protection, Operation Sovereign Borders, abrufbar unter: <https://www.border.gov.au/about/operation-sovereign-borders/counter-people-smuggling-communication>.

31 Vgl. Human Rights Watch, An Unjust “Vision” for Europe’s Refugees, Human Rights Watch Commentary on the U.K.’s “New Vision” Proposal for the Establishment of Refugee Processing Centers Abroad, 17. Juni 2003, abrufbar unter <http://www.hrw.org/legacy/backgrounder/refugees/uk/newvision.pdf>.

che Verfahrenszentren zu errichten. Australien hat genau dies bereits kurz nach der Jahrtausendwende getan. Es schloss mit Nauru und Papua Neuguinea 2001 bilaterale Abkommen ab, die den Transfer bestimmter Migranten in solche Zentren vorsahen. Transferiert wurden Personen, die außerhalb des australischen Territoriums aufgegriffen wurden, sogenannte „offshore“-Migranten. Auf Nauru und Papua Neuguinea klärten zuerst das UNHCR und später australische Behörden die Flüchtlingseigenschaft ab,³² wobei Australien die Kosten trug. Nachdem Informationen über desolate Zustände in den Lagern an die Öffentlichkeit durchgesickert waren, hat es im August 2016 zugestimmt, das Zentrum auf Papua Neuguinea zu schliessen. Bezüglich Nauru, manchmal als Guantánamo Bay Australiens bezeichnet,³³ bestehen bislang keine solchen Pläne.

II. Strategie II: „Protection elsewhere“

Die zweite Strategie, um Verpflichtungen gegenüber Fluchtmigranten möglichst zu minimieren, ist der Verweis auf andere sogenannte sichere Staaten. Man spricht von „protection elsewhere“-Approaches oder -Strategien. Im Grunde besteht der Zielstaat hier auf seiner bloss „subsidiären“ Verantwortung – subsidiär im Vergleich mit einem Staat, zu dem der Fluchtmigrant eine engere Beziehung besitzt. Der Zielstaat bestreitet die Anwendbarkeit des Non-Refoulement-Verbots auf den konkreten Fall nicht. Er macht nur geltend, es existiere ein anderer sicherer Staat mit engerer Verbindung zum Fluchtmigranten, weshalb dieser in erster Linie zuständig sei. Auch hier können Varianten unterschieden werden. Der Verweis auf den Drittstaat kann entweder nicht pauschal, d.h. in Ansehung der konkreten Person in ihrer Gesamtheit, oder aber pauschal erfolgen. Nicht pauschal erfolgt er, wenn an einen Staat verwiesen wird, für den der Fluchtmigrant ein Visum besitzt und der für ihn persönlich sicher ist und

32 Vgl. dazu *Sasha Lowes*, Processing of Asylum Claims: The Judgment of the High Court of Australia in the “Malaysian Solution” Case, *Human Rights Law Review*, Volume 12, Nr. 1 (2012), S. 168–182, S. 171; *Susan Kneebone*, Controlling Migration by Sea: The Australian Case, in: Bernard Ryan/Valsamis Mitsilegas (Hrsg.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden/Boston 2010, S. 347–374, S. 357 ff.

33 Z.B. in einem Interview von ABC Australia mit Immigration Minister Peter Dutton vom 11. August 2016, abrufbar unter <http://www.abc.net.au/7.30/content/2016/s4518113.htm>.

in dem er um Schutz nachsuchen kann. Die Schweiz beispielsweise kennt diesen Verweis.³⁴ Der nicht pauschale, individualisierende Verweis erfordert eine gewisse Einlassung auf die Biographie des Asylbewerbers und seine persönliche Situation und Gefährdung. Der Zielstaat muss abklären, ob der Drittstaat *für den Bewerber* sicher ist und ob er dort *tatsächlich* um Schutz nachsuchen kann. Das schweizerische Bundesverwaltungsgericht etwa hat die „protection elsewhere“-Verweisung im Falle eines Syrers verneint, der über ein Visum für die USA verfügte und sich dort vorher als Tourist aufgehalten hatte.³⁵ In einem anderen Fall betreffend eine Asylbewerberin aus Saudi-Arabien mit Visum für die USA musste es prüfen, ob die Rückkehr auch faktisch realisierbar war.³⁶

Effizienzgewinne versprechen sich Zielstaaten selbstredend aber vor allem von pauschalen Verweisen. Der Pauschalverweis nimmt bei bestimmten Personengruppen automatisch einen engeren Konnex zum anderen Staat an. Die Annahme kann kategorisch sein oder mit Ausnahmen verbunden werden, die die Effizienz etwas reduzieren. Paradebeispiel des hocheffizienten Pauschalverweises ist – trotz aller heute nötigen Relativierungen – das Dublin-System. Seine Mitgliedstaaten können Asylbewerber grundsätzlich an den Einreisestaat zurückverweisen (sofern kein Spezialfall oder Ausnahmetatbestand vorliegt). Auch Dublin-Staaten kennen in der Regel weitere Pauschalverweise. Die Schweiz führt eine Liste mit Staaten, die grundsätzlich als sicher gelten,³⁷ und tritt auf Asylgesuche in der Regel nicht ein, wenn der Bewerber in einen solchen Staat zurückkehren kann und sich vorher dort aufgehalten hat. In Krisensituationen ist die Versuchung der Zuflucht zu Pauschalverweisen besonders gross. Ungarn etwa verweist Asylbewerber, die aus Serbien eingereist sind, was für etwa 99 Prozent seiner Bewerber zutrifft, pauschal an dieses als sicheres Dritt-

34 Art. 31 a Abs. 1 lit d i.V.m. Abs. 2 AsylG (Asylgesetz, SR 142.31, Stand 1. Oktober 2016).

35 BVGer, Urteil E-7238/2015 vom 17. November 2015.

36 BVGer, Urteil E-8853/2010 vom 8. Juni 2011, noch unter der alten Regelung von Art. 34 Abs. 2 lit. c AsylG.

37 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bezeichnung aller EU- und EFTA-Staaten als sichere Drittstaaten, Medienmitteilung vom 14. Dezember 2008, abrufbar unter https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2007/ref_2007-12-142.html.

land.³⁸ Serbien wiederum, das nur wenige Anträge materiell behandelt, verweist viele Bewerber an Mazedonien zurück, das es seinerseits als sicher einstuft, obschon unklar ist, was mit den Migranten dort weiter geschieht.³⁹ Manchmal müssen „überschiessende“ Pauschalverweise auf öffentlichen Druck zurückgenommen werden. Das norwegische Ministerium für Justiz und öffentliche Sicherheit etwa hatte 2015/16 die Asylbehörden zeitweilig angewiesen, Asylsuchende aus Russland „ohne vertiefte Prüfung“ des Falles nach Russland als sicheres Drittland zurückzuschicken.⁴⁰ Die Praxis wurde nach Protesten von UNHCR und verschiedener NGOs suspendiert, da auf schwere Schutzlücken im russischen Asylsystem hingewiesen worden war.⁴¹ Einzelne Länder praktizieren Pauschalverweise offenkundig auch dann, wenn das Land, an das verwiesen wird, nicht sicher ist. Russland etwa hat in der Vergangenheit afghanische Asylbewerber regelmässig in Länder wie Tadschikistan oder Usbekistan zurückgeschickt, wenn sie diese Länder auf der Flucht passiert hatten.⁴²

-
- 38 Frankfurter Allgemeine Zeitung FAZ, Ungarn macht die Grenze dicht, 15. September 2015; Hungarian Helsinki Committee, Submission by the Hungarian Helsinki Committee for the UN Universal Periodic Review – Hungary, 21. September 2015, S. 5, abrufbar unter <http://www.refworld.org/docid/573ac76ba.html>.
- 39 Vgl. Amnesty International, Hungary: Change to Asylum Law Puts Tens of Thousands at Risk, 30. Juli 2015, abrufbar unter: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/07/hungary-change-to-asylum-law-puts-tens-of-thousands-at-risk/>. UNHCR empfahl 2012 ausdrücklich, Serbien nicht als sicheres Drittland zu betrachten: UNHCR, Serbia as a Country of Asylum: Observations on the Situation of Asylum-Seekers and Beneficiaries of International Protection in Serbia, August 2012, S. 22, abrufbar unter <http://www.refworld.org/docid/50471f7e2.html>.
- 40 Norwegian Government, Ministry of Justice and Public Security, Pressemitteilung vom 13. November 2015, abrufbar unter <https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/proposed-tightening-of-rules-on-asylum/id2461283>.
- 41 Vgl. The Local, UNHCR ‘Concerned’ by Norway’s Migrant Policy, 28. Januar 2016, abrufbar unter <http://www.thelocal.no/20160128/unhcr-concerned-by-norways-migrant-policies>; Human Rights Watch, Norway/Russia: Don’t Jeopardize Asylum Seekers, 3. Februar 2015, abrufbar unter: <https://www.hrw.org/news/2016/02/03/norway/russia-dont-jeopardize-asylum-seekers>; The Local, Norway Suspends Return of Migrants from Russia, 24. Januar 2016, abrufbar unter: <http://www.thelocal.no/20160124/norway-temporarily-halts-return-of-migrants-from-russia>.
- 42 UNHCR, UNHCR Struggles to Find Solutions for Afghan Asylum Seekers in Russia, 17. April 2007, abrufbar unter <http://www.unhcr.org/4624cef64.html>. Usbekistan ist nicht Mitglied der Flüchtlingskonvention.

III. Strategie III: Weitung der Ausnahmen

Die dritte Relativierungs-Strategie ist das entschlossene Nutzen der Ausnahmen von Art. 33 Abs. 2 der Flüchtlingskonvention. Flüchtlinge können nach dieser Regelung dann vom Schutz durch das Refoulement-Verbot ausgenommen werden, wenn sie eine Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmestaates oder wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens eine Bedrohung darstellen. Die Ausnahme wird sehr unterschiedlich genutzt. Die Vereinigten Staaten etwa gingen nach den Terroranschlägen des Jahres 2001 rasch dazu über, die Ausnahme der nationalen Sicherheit sehr großzügig zu beanspruchen.⁴³ Die vom damaligen Präsidenten George W. Bush im Oktober 2001 verabschiedete Anti-Terrorgesetzgebung setzt die Schwelle zum Ausschluss vom Refoulement niedrig an. Möglich ist dies etwa bei Personen, die eine terroristische Organisation unterstützen,⁴⁴ wobei die Begriffe „unterstützen“ und „terroristische Organisation“ von den amerikanischen Behörden äusserst weit ausgelegt werden. Im Jahr 2006 etwa hatte das amerikanische „Board of Immigration Appeals“ den Fall einer burmesischen Staatsangehörigen zu beurteilen.⁴⁵ Die Frau gehörte der ethnischen Minderheit der Chin in Burma an, die von der herrschenden Militärjunta unterdrückt wurde. Ihr Verlobter war durch das Militär gefangen genommen und schliesslich getötet worden. Unbestritten war, dass die Frau begründete Furcht vor Verfolgung in Burma hatte und daher grundsätzlich Anspruch auf Asyl hatte. Die Frau kam nach dem Tod ihres Verlobten jedoch mit Mitgliedern der „Chin National Front (CNF)“ in Kontakt – einer Organisation, die sich für die Freiheit der Chin einsetzt – und spendete während ca. eines Jahres Geld sowie einige Sachwerte (eine Kamera und ein Fernglas) an die Organisation. Da die CNF auch bewaffneten Widerstand (primär zur Selbstverteidigung) gegen die Militärjunta leistete, wurde sie als terroristische Organisation im Sinne des U.S. Patriot Act eingestuft. Die Geld- und Sachspenden der Frau waren demnach Unterstützungsleistungen an eine terroristische Organisation und sie folglich nicht vor Ausweisung nach Burma geschützt. Auch außerhalb

43 Vgl. *James C. Hathaway/Anne K. Cusick*, *Refugee Rights are Not Negotiable*, *Georgetown Immigration Law Journal*, Volume 14 (2000), S. 481–539, S. 535 ff.

44 18 U.S. Code § 2339A und § 2339B; *Immigration and Nationality Act (INA)* § 212 (a)(3)(B).

45 Entscheidung des U.S. Board of Immigration Appeals, *Matter of S-K-*, 23 I. & N. Dec. 936, 8. Juni 2006.

der Terrorismusbekämpfung wenden die USA die Sicherheitsausnahme großzügig an. Die amerikanische Einwanderungsgesetzgebung enthält eine Liste von Straftaten, die auch bei Folterrisiko zu einer Ausweisung führen können.⁴⁶ Sie umfasst auch Tatbestände wie Steuerflucht, Diebstahl oder illegale Wiedereinreise. Wenn wegen einem der aufgeführten Delikte eine Haftstrafe von insgesamt mindestens fünf Jahren verhängt wurde, kann die Ausweisung ausgesprochen werden – ungeachtet dessen, ob von der Person künftig eine Gefährdung für die Gemeinschaft des Gaststaates ausgeht.⁴⁷ Die Ausnahme wurde etwa auf einen iranischen Flüchtling angewendet, dem im Heimatstaat Folter oder sogar der Tod drohten. Er war wegen strafbarer Vorbereitung zum Besitz und zur Verteilung von Heroin, und Heroinbesitzes zu fünf Jahren und zehn Monaten Gefängnis verurteilt worden.⁴⁸ Auch in Europa, wo der EGMR stets die Bedingungslosigkeit des Folterverbots betonte, verlangen Staaten vermehrt Ausnahmen, wenn eine Gefahr für die nationale Sicherheit besteht. So drängt etwa das Vereinigte Königreich seit den Bombenanschlägen in London 2005 darauf, ausländische Terrorverdächtige ausweisen zu dürfen. In einem EGMR-Fall betreffend die Niederlande und Art. 3 EMRK intervenierte es gemeinsam mit Litauen, Portugal und der Slowakei und verlangte vom Gericht, seine Rechtsprechung zu dieser Bestimmung dahingehend zu lockern, dass die Gefahr für die nationale Sicherheit gegen das Folterrisiko abgewogen werden darf.⁴⁹ Wenn der Aufnahmestaat Beweise für eine Gefahr der nationalen Sicherheit vorlegt, so die Forderung, müsse der Ausländer stärkere Be-

46 INA § 208 (b)(2) i.V.m. 8 U.S. Code § 1101(a)(43) und 8 U.S. Code § 1231(b)(3) (B). Vgl. für eine (frühe) Übersicht über die U.S. Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Ausschluss vom Refoulement-Verbot bei Straffälligkeit den Beitrag von *Kathleen M. Keller*, *A Comparative and International Law Perspective on the United States (Non)Compliance with its Duty of Non-Refoulement*, *Yale Human Rights and Development Journals*, Volume 2, Nr. 1 (1999), S. 183–208.

47 Vgl. schon im Jahr 1986: Entscheidung des U.S. Board of Immigration Appeals, *Matter of Carballe*, 19 I. & N. Dec. 357, 13. Februar 1986, S. 357 („Once a finding is made that an alien has been finally convicted of a particularly serious crime, it necessarily follows that the alien is a danger to the community of the United States.”).

48 Entscheidung des U.S. Board of Immigration Appeals, *Matter of H-M-V*, *Interim Decision No. 3365*, 25. August 1998.

49 EGMR, *Ramzy/Niederlande*, Entscheidung vom 27. Mai 2008, § 125 ff., Das Vereinigte Königreich hatte aus dem gleichen Grund auch schon im Fall EGMR, *Saadi/Italien*, Urteil vom 28. Februar 2008 interveniert.

weise für die Gefahr, gefoltert zu werden, vorlegen.⁵⁰ Ein anderer illustrativer Fall für die Ausnahmen-Strategie betrifft Kanada.⁵¹ Es ging um einen Asylsuchenden aus Sri Lanka namens Suresh (Suresh-Fall), der in seinem Heimatland Mitglied der Tamil Tigers war, die von Kanada als Terrororganisation eingestuft werden. Die kanadischen Behörden lehnten Sureshs Asylgesuch mit der Begründung ab, dass sie ihn als Risiko für die nationale Sicherheit betrachten. Die Behörden wussten, dass er bei einer Rückkehr nach Sri Lanka mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gefoltert würde, entschieden aber dennoch negativ. Der kanadische Supreme Court hielt in seiner Entscheidung von 2002 fest, dass in solchen Fällen eine Abwägung zwischen Kanadas Interesse an der Terrorismusbekämpfung und der drohenden Folter im Falle einer Abschiebung vorgenommen werden müsse. „In the end, it would be a Pyrrhic victory“, stellte das Gericht fest, „if terrorism were defeated at the cost of sacrificing our commitment to those values.“⁵² Ein weiteres Beispiel eines Staates, der besonders großzügig Ausnahmen vom Refoulement-Verbot annimmt, ist Russland. Sein Gesetz betreffend Flüchtlinge von 1993 sieht vor, dass *irgendeine* Straftat in Russland die sofortige Ausweisung aus dem Land zur Folge haben kann.⁵³

C. Grenzen zulässiger Relativierung: rechtliche Schlüsselfragen

I. „Trigger“-Verhinderung: Territorialer und extraterritorialer Schutz

Mit Blick auf die rechtliche Beurteilung der drei Strategien ist zunächst festzuhalten: Völkerrechtliche Verträge gelten auf dem Territorium der Vertragsstaaten.⁵⁴ Sofern nichts anderes vereinbart oder ein zulässiger Vor-

50 EGMR, Ramzy/Niederlande, Entscheidung vom 27. Mai 2008, § 130.

51 Supreme Court of Canada, Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), Urteil vom 1. November 2002, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1.

52 Ebd., § 4.

53 Art. 5.1(1) Russian Federation: Federal Law No. N 4528-1 of 1993 on Refugees [Russian Federation] vom 19. Februar 1993 (abrufbar unter: <http://www.refworld.org/docid/527246344.html>): „1. Grounds for refusing to consider an application are the following circumstances: 1) If the person is prosecuted for a crime committed on the territory of the Russian Federation [...]“ (Hervorh. durch die Autoren).

54 Art. 29 WVK (Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, SR 0.111).

behalt angebracht wurde, ist damit das gesamte Territorium gemeint.⁵⁵ Damit kann bereits ohne Weiteres festgehalten werden, dass die einseitige Schaffung von „internationalen“ Zonen oder von „outside migration“-Gebieten wie in den Beispielen Frankreich und Australien an der Geltung des Refoulement-Verbots auf dem gesamten Staatsgebiet nichts ändert. Das Refoulement-Verbot gilt in diesen Zonen. Gleiches gilt für die Grenzzone zwischen Zaun und Grenzposten in den spanischen Enklaven Melilla und Ceuta. Auch hier wurde versucht, eine extraterritoriale Zone zu schaffen, in der die Fluchtmigranten nicht durch das Refoulement-Verbot geschützt sind.⁵⁶ Kurz: „Trigger“-Verhindern durch Schaffung von Sonderterritorien funktioniert nicht.

Schwieriger zu beurteilen ist die Vereinbarkeit von Grenzzäunen und Abweisungen an den Grenzübergängen mit dem Refoulement-Verbot. Die Fluchtmigranten haben hier das Territorium noch nicht erreicht. Schutz der Migranten durch das Refoulement-Verbot würde bedeuten, dass man eine zumindest beschränkte extraterritoriale Geltung in solchen Konstellationen annehmen würde, ein Ausstrahlen in die Grenzzone. Ein solches Ergebnis ist denkbar, aber keineswegs eine Selbstverständlichkeit. Wortlaut und travaux préparatoires der Flüchtlingskonvention sprechen dagegen. Die Konvention definiert den Begriff des Flüchtlings, legt Mindeststandards für die Behandlung einschliesslich Refoulement-Verbot fest und verpflichtet die Staaten zur Zusammenarbeit mit dem UNHCR. Sie enthält weder ein Recht auf Einreise noch sagt sie etwas über den Zugang zum Territorium, zum Asylverfahren oder zum Rechtsstatus von Personen, die keine Flüchtlinge sind. Eine Pflicht, Flüchtlinge aufzunehmen, ist klarerweise nicht statuiert.⁵⁷ Frühe Kommentierungen gingen entsprechend meist von der Zulässigkeit von Abweisungen an der Grenze aus.⁵⁸ Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Konvention zeigt, dass die Dele-

55 Die Flüchtlingskonvention lässt Vorbehalte mit Blick auf das Refoulement-Verbot nicht zu (Art. 42 Abs. 1 FK).

56 Spanien hat sich zwar verpflichtet, die Zurückweisungen unter Einhaltung des nationalen und internationalen Rechts durchzuführen, doch ist nicht ersichtlich, wie dies ohne Prüfung des Asylgesuchs möglich sein sollte.

57 *James C. Hathaway*, *The Rights of Refugees under International Law*, New York 2005, S. 301: Art. 33 FK als „negative duty“.

58 *Nehemiah Robinson*, *Convention relating to the Status of Refugees: Its History, Contents and Interpretation, – A Commentary*, New York 1953, S. 163: „Art. 33 concerns refugees who have gained entry into the territory of a Contracting State, legally or illegally, but not to refugees who seek entrance into this territory. [...] In

gierten verschiedener Länder, darunter der Schweiz, eine Bindung in Bezug auf Abweisungen an der Grenze klarerweise nicht wollten.⁵⁹ Auch heutige Kommentatoren vertreten teilweise aus diesem Grund diese Position. Daniel Thym etwa will die Geltung strikt auf das Staatsgebiet begrenzen.⁶⁰ Leitende Idee hinter der restriktiven Position ist, dass sich Verantwortung gegenüber Fluchtmigranten erst mit der realen Begegnung auf dem eigenen Territorium aktualisiert.

Für die Gegenposition werden zwei Hauptargumente vorgebracht. Das Problemverständnis der Schöpfer der Konvention habe sich an Folgen von Flucht und Vertreibung orientiert, die bereits stattgefunden hatte. Damals lebten schätzungsweise 40 bis 55 Millionen Menschen außerhalb ihres Heimatstaates, überwiegend wegen der Ereignisse während und nach dem Zweiten Weltkrieg. Alleine zwischen 1947 und 1951 siedelte die Internationale Flüchtlingsorganisation IRO⁶¹ etwa eine Million Menschen in Nord- und Südamerika, Israel, im südlichen Afrika und Ozeanien neu an.⁶² Es ging um die Regelung eines Makro-Problems, das man als Teil der Kriegsfolgen betrachtete. Man nahm damals an, das „Flüchtlingsproblem“ würde sich mit der Zeit „lösen“ lassen, man rechnete nicht mit einer signifikanten Zukunftsdimension – daher auch die Begrenzung der Anwendung auf Ereignisse vor dem 1. Januar 1951 in Europa.⁶³ Der Blick der Vertragsschöpfer war, was das Problemverständnis betraf, ein in die Vergangenheit gerichteter, was die Außerachtlassung der Situation von Flüchtlingen an der Grenze erklärt. Das zweite Hauptargument lässt sich unter dem Stichwort der „dynamischen“ Auslegung von Verträgen zusam-

other words, if a refugee has succeeded in eluding the frontier guards, he is safe; if he has not, it is his hard luck.”; *Atle Grahl-Madsen*, Commentary on the Refugee Convention 1951 (Articles 2–11, 13–37), verfasst 1963, publiziert vom UNHCR Department of International Protection im Oktober 1997, Kommentar zu Art. 33, § 3.

59 *Atle Grahl-Madsen*, Commentary on the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37), verfasst 1963, publiziert vom UNHCR Department of International Protection im Oktober 1997, Kommentar zu Art. 33, § 3.

60 Vgl. dessen Beitrag, wonach der Wortlaut von Art. 33 und die Interessen der damals verhandelnden Staaten im Vordergrund stehen: *Daniel Thym*, Universalismus und Flüchtlingsdebatte, *Merkur*, Volume 70, Nr. 802 (2016), S. 65–70, S. 65.

61 International Refugee Organization.

62 *James C. Hathaway*, *The Rights of Refugees under International Law*, New York 2005, S. 91.

63 Vgl. Art. 1 A und B der Flüchtlingskonvention von 1951. Die zeitliche und geografische Beschränkung wurde durch das Zusatzprotokoll von 1967 aufgehoben.

menfassen. Die Zeit und die geänderten Rahmenbedingungen verändern die Bedeutung dogmatischer Kategorien. Territoriale Geltung, so ein Argument, erfasse auch Sachverhalte „an der Grenze“. ⁶⁴ Damit korrespondierend findet die neue EU-Verfahrensrichtlinie (zur schrittweisen Harmonisierung der Asylverfahren) auch auf Anträge Anwendung, die „an der Grenze“ gestellt werden. ⁶⁵ Die ungarische Praxis zeitweiliger „push backs“ ist damit auf jeden Fall nicht vereinbar. Weiter wird geltend gemacht, Wirkungen staatlichen Handelns unmittelbar jenseits der Grenze müssten der Staatsgewalt zugerechnet werden, hier könne noch nicht im eigentlichen Sinne von Extraterritorialität gesprochen werden. ⁶⁶ Manchmal wird auch auf die OAU-Konvention betreffend bestimmte Aspekte von Flüchtlingsproblemen in Afrika von 1969 hingewiesen, die Zurückweisungen an der Grenze kategorisch verbietet. ⁶⁷ Einige Autoren stellen sich schliesslich auf den Standpunkt, das Refoulement-Verbot sei Völkergewohnheitsrecht und müsse immer gelten, wenn ein Flüchtling potentiell gefährdet ist. ⁶⁸ Mit einer gewissen Vorsicht muss man wohl sagen, dass

64 Vgl. in diesem Sinne *Thomas Gammeltoft-Hansen*, *Access to Asylum, International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, New York 2011, S. 27.

65 Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung).

66 In diesem Sinne *Thomas Gammeltoft-Hansen/James C. Hathaway*, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 53, Nr. 2 (2015), S. 235–284, S. 238; *Philipp Wennholz*, *Ausnahmen vom Schutz vor Refoulement im Völkerrecht*, Berlin 2013, S. 22 f.

67 Vgl. Art. 2 Abs. 3 der OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, CAB/LEG/24.3, 10. September 1969: „No person shall be subjected by a Member State to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion, which would compel him to return to or remain in a territory where his life, physical integrity or liberty would be threatened for the reasons set out in Article I, paragraphs 1 and 2“.

68 Etwa *Elihu Lauterpacht/Daniel Bethlehem*, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in: Erika Feller et al. (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003, S. 87–177, S. 149 f.; Der gewohnheitsrechtliche Charakter ist allerdings nicht unumstritten, vgl. dazu *James C. Hathaway*, *The Rights of Refugees under International Law*, New York 2005, S. 367: „[...] there is a real risk that wishful legal thinking about the scope of the duty of *non-refoulement* may send the signal that customary law as a whole is essentially rhetorical, with a resultant dilution of emphasis on the real value of those norms which really have been accepted as binding by a substantial majority of states“.

die Frage insgesamt kaum als geklärt gelten kann. Möglicherweise wäre ein Ansatzpunkt für die Lösung der Gedanke, dass Grenzschiessungen aller Staaten – dies einmal hypothetisch angenommen – die Konvention in bestimmten Konstellationen schlicht entkernen würde.⁶⁹ Das scheint uns eher für eine Geltung auch an der Grenze zu sprechen.⁷⁰

Bei aktiven Fernhaltungsmassnahmen jenseits der Grenze ist das Problem anders gelagert. Der Zielstaat hindert die Fluchtmigranten durch physischen Kontakt mit ihnen daran, das Staats- oder Grenzgebiet zu erreichen und schliesslich zu betreten. Die Staatsgewalt handelt eindeutig jenseits des eigenen Territoriums. Wie weit hier eine Bindung anzunehmen ist, ist Gegenstand einer langen Debatte. Der eine Pol wird etwa durch das erwähnte Urteil des U.S. Supreme Court von 1993 im Fall *Sale v. Haitian Centers Council* markiert, in dem mit Blick auf die Flüchtlingskonvention ein strikt territorialer Ansatz vertreten wird. Als anderer Pol kann die EGMR-Rechtsprechung zur extraterritorialen Wirkung der Konventionsgarantien bezeichnet werden, insbesondere zu Art. 3. In einer weit mehr

69 Man würde also sagen, dass der den Einlass verweigernde Staat die Flüchtlingskonvention dann verletzt, wenn sich der Betreffende in einem Gebiet befindet, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen bestimmter Eigenschaften oder Anschauungen in Gefahr ist. Was aber wäre, wenn der Betreffende den Heimatstaat gar nicht verlassen hätte, wenn etwa syrische Flüchtlinge vor einer geschlossenen Grenze zur Türkei stehen? Nach der Flüchtlingskonvention handelt es sich hier klarerweise nicht um Flüchtlinge. Die Flüchtlingskonvention weist hier offensichtlich eine gravierende Schutzlücke auf, denn der Einlass verweigernde Staat kann durch sein Verhalten verhindern, dass offensichtlich verfolgte Personen rechtlich zu Flüchtlingen werden. Zum Erfordernis des Verlassens des Heimatlandes etwa: U.K. House of Lords, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Anor* [Respondents] ex parte European Roma Rights Centre and Others [Appellants], UKHL 55, vom 9. Dezember 2004 (am Prager Flughafen stationierte britische Einwanderungsbeamte verweigerten einer Gruppe tschechischer Roma, von denen einige im Vereinigten Königreich Asylanträge stellen wollten, die Einreise ins Vereinigte Königreich).

70 Louis Henkin wies bei den Beratungen zur Flüchtlingskonvention darauf hin, dass eine großzügige Lesart der Garantie am Ergebnis nicht viel ändere: „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.” (Louis Henkin, UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session: Summary Record of the Twentieth Meeting Held at Lake Success, New York, on Wednesday, 1 February 1950, at 2.30. p.m., UN Doc. E/AC.32/SR.20, 10. Februar 1950, § 54).

als nur punktuellen Rechtsprechung hat der EGMR im Wesentlichen auf die Effektivität der Herrschaft jenseits der eigenen Grenzen und eine gewisse Dauerhaftigkeit der Kontrolle über die Menschen abgestellt.⁷¹ Ein zentrales Argument für diese Position lautet, dass staatliches Handeln in einer Zeit globalisierungsbedingt gestiegenen Kooperationsdrucks stark zugenommen hat. Dies erfordere menschenrechtliche Bindung der Staatsgewalt, wenn sie extraterritorial agiere, ansonsten könnten die Garantien durch Verlegung staatlicher Handlungen ins Ausland unterlaufen werden. Bindungsfrei auf fremden Territorien agieren zu können, war bekanntlich die Idee hinter der Schaffung geheimer amerikanischer Verhörzentren in verschiedenen Staaten, einschliesslich etwa Polen, Rumänien und Litauen.⁷² Die weiter zunehmenden technischen Möglichkeiten, auf diese Weise Bindungen zu unterlaufen, ist unserer Auffassung nach tatsächlich ein starkes Argument für die Annahme extraterritorialer Geltung bei Handeln von hoheitsgewaltsähnlicher Qualität. In der Hirsi Jamaa-Konstellation ist diese Voraussetzung sicher erfüllt. Das Schicksal der Migranten lag ganz in der Hand Italiens, das sie auf eigene Boote umlud. In anderen Konstellationen ist die Antwort weniger eindeutig. Zu denken ist etwa an den Fall, dass ein Staat lediglich das Eindringen in die eigenen Gewässer verhindert, ohne die Flüchtlinge unter seine Kontrolle zu bringen. Im Grundsatz scheint folgende Differenzierung naheliegend: keine Bindung an das Refoulement-Verbot, wenn die Flüchtlinge die Fahrt auf ihren Booten fortsetzen können und in der Lage bleiben, ein anderes Zielland anzusteuern; Bindung dagegen, wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Diese Antwort stösst jedoch an Grenzen, wenn sich alle in Frage kommenden Anrainerstaaten mit diesem Argument der Verpflichtung entziehen könnten. Auch hier müsste deshalb wohl eine extraterritoriale Bindung angenommen werden, damit die Konvention nicht entkernt werden kann.

Für das Betreiben von Verfahrenszentren dürfte ebenfalls die Ausübung zumindest hoheitsgewaltsähnlicher Gewalt entscheidend sein. Wenn der Zielstaat die Kontrolle über die Fluchtmigranten ausübt und in Form und Substanz wie ein Staat handelt, dürfte extraterritoriale Bindung an das Re-

71 Etwa: EGMR, *Ivanțoc u.a./Moldawien und Russland*, Urteil vom 15. November 2011; *Al-Skeini u.a./Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 7. Juli 2011; *Al-Jedda/Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 7. Juli 2011; auch: *Issa u.a./Türkei* Urteil vom 16. November 2004.

72 Open Society Justice Initiative (Amrit Singh), *Globalizing Torture: CIA Secret Detention and Extraordinary Rendition*, New York 2013, S. 5.

foulement-Verbot anzunehmen sein. Der EGMR geht von der Ausübung von Hoheitsgewalt aus, wenn die Handlungen mit Zustimmung des Drittstaates vorgenommen werden und es sich um Exekutiv- oder Judikativaufgaben handelt.⁷³ Im Beispiel mit Australien und Nauru sowie Papua Neuguinea wurden die Befragungen von Asylsuchenden in den „offshore“-Verfahrenszentren zuerst von UNHCR und dann von australischen Behörden durchgeführt.⁷⁴ Diese handelten, wie sie es auf eigenem Gebiet getan hätten und führten mit Erlaubnis auf fremdem Territorium Asylverfahren durch. Man kann hier von *de facto*-Ausübung von Hoheitsgewalt sprechen, weshalb von einer Bindung durch das Refoulement-Verbot auszugehen ist. Für die Strategie des „Trigger“-Verhinderns bedeutet dies insgesamt, dass sie die Bindungen an die rechtlichen Handlungsbeschränkungen kaum tangieren. Die Strategie bleibt rechtlich gesehen erfolglos. Das heisst allerdings nicht notwendigerweise, dass sie ihren politischen Zweck nicht erreicht. Eher dürfte, das ist gar das Problem, das Gegenteil gelten. Die Attraktivität als Zielland nimmt ab.

II. „Protection elsewhere“: Bedingte Ergebnisverantwortung

Die Rechtmässigkeit von Verweisen an „sichere Drittstaaten“ steht und fällt mit deren tatsächlicher Sicherheit. Sie fehlt, wenn der Drittstaat selbst nicht sicher ist oder den Fluchtmigranten an einen anderen Staat weiterverweist, in dem das nicht der Fall ist – und so fort. Man spricht bei mehrgliedrigen Verweisungen von Kettenrückschiebungen, die unter Umständen im Verfolgerstaat enden können.⁷⁵ Kommt es in einem solchen Fall etwa zu Folter, so hat nicht nur der letzte Staat das Refoulement-Verbot verletzt, sondern alle Staaten, die an der Rückschiebung beteiligt waren. In einem Fall aus dem Jahr 2000 hatte der EGMR zu beurteilen, ob die Zurückweisung eines sri-lankischen Asylbewerbers von Grossbritannien an

73 EGMR, Al-Skeini u.a./Vereinigtes Königreich, Urteil vom 7. Juli 2011, § 135.

74 *Sasha Lowes*, Processing of Asylum Claims: The Judgment of the High Court of Australia in the “Malaysian Solution” Case, *Human Rights Law Review*, Volume 12, Nr. 1 (2012), S. 168–182, 172.

75 Die Flüchtlingskonvention sieht die Überweisung an sichere Drittstaaten weder vor, noch verbietet sie sie. Die ursprünglichen Vertragsstaaten diskutierten die Möglichkeit allerdings bereits bei der Entstehung der Konvention. Vgl. dazu *James C. Hathaway*, *The Rights of Refugees under International Law*, New York 2005, S. 322 f.

Deutschland unter der damaligen Dublin-Konvention zulässig war.⁷⁶ In Deutschland lag bereits eine Abschiebungsverfügung nach Sri Lanka vor. Das Gericht prüfte einerseits, ob in Sri Lanka ein Folterrisiko besteht, und andererseits, ob Deutschland ausreichend prozedurale Vorkehrungen trifft, um zu verhindern, dass der Asylbewerber trotz allfälligem Folterrisiko zurück nach Sri Lanka geschickt wird. Obwohl in Deutschland selber keine Gefahr für den Asylbewerber bestand, wurde Deutschland als „one link in a possible chain of events“ betrachtet, als Glied einer Kette, die schlussendlich mit einer Rückkehr in den Folterstaat enden könnte.⁷⁷ Das Refoulement-Verbot gilt somit nicht nur bei direkten, sondern auch bei indirekten Rückschiebungen.⁷⁸ Der verweisende Staat muss Folgen und Folgenfolgen der Verweisung bedenken und sich vergewissern, dass seine Sicherheitsannahme auch wirklich mit der Realität übereinstimmt. Eine schwierige Frage ist allerdings, wie weit diese Vergewisserungspflicht reicht. Angesichts der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter muss die Abklärung auf jeden Fall sehr sorgfältig erfolgen. Das ist mit ein Grund, weshalb Asylverfahren so aufwändig sind. Sie kann jedoch nicht bis zu einer absoluten Ergebnisverantwortung reichen. Es sind Konstellationen denkbar, in denen die Behörden die Sicherheit des Drittstaates seriös abgeklärt haben und es am Ende doch zu Kettenrückschiebungen kommt, etwa bei einem Umsturz im Drittstaat. Man könnte wohl von einer bedingten Ergebnisverantwortung sprechen. Russland etwa verletzt diese Vergewisserungspflicht offensichtlich, wenn es afghanische Asylbewerber nach Usbekistan verweist, wenn diese über selbiges nach Russland eingereist sind. Verletzt wird die Pflicht auch durch Ungarn und Serbien, beides Vertragsstaaten der Flüchtlingskonvention, mit ihren indirekten beziehungsweise direkten Rückschiebungen nach Mazedonien.

Der erforderliche Sicherheitsstandard im Drittstaat ist nicht bei allen Refoulement-(Teil)-Verboten exakt derselbe. Der vom EGMR aus Art. 3 EMRK abgeleitete dürfte der höchste sein. Das Gericht hat im Fall *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland* festgehalten, dass das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen in Griechenland so prekär seien, dass eine

76 EGMR, T.I./Vereinigtes Königreich, Urteil vom 7. März 2000.

77 Ebd., S. 15.

78 Diesbezüglich herrscht weitgehend Einigkeit. Vgl. etwa die Erwägungen von Lord Bridge of Harwich in U.K. House of Lords, *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Bugdaycay*, AC 514, 19. Februar 1987.

Rückführung dorthin unzulässig sei.⁷⁹ Anders als in früheren Urteilen kam der Gerichtshof zum Schluss, dass eine Zurückweisung nach Griechenland schon deshalb nicht zulässig sei, weil die dortigen Lebens- und Haftbedingungen unzumutbar seien. Asylsuchende wurden in Griechenland systematisch in Haft genommen, ohne über die Gründe informiert zu werden. Zudem sind die Haftbedingungen in den griechischen Gefängnissen für Asylsuchende prekär: Bei einer Stichprobe am Athener Flughafen wurde festgestellt, dass vierzehn Häftlingen nur ein Bett zur Verfügung stand, 145 Häftlinge auf 110 Quadratmetern gefangen gehalten wurden, und Wasser aus den Toiletten getrunken werden musste.⁸⁰ Bei den Lebensbedingungen ging es v.a. um die Frage, ob die extreme Armut, in welcher der Beschwerdeführer in Griechenland lebte, Art. 3 verletzte. Während Monaten mangelte es ihm an Essen, Hygiene und Unterkunft. Erschwerend kamen die ständige Angst, ausgeraubt zu werden und die fehlende Aussicht auf Verbesserung seiner Situation hinzu.⁸¹ Belgien hätte den Beschwerdeführer also bereits aufgrund der schlechten Bedingungen in Griechenland selbst nicht dorthin zurückschicken dürfen. Darüber hinaus hat der Gerichtshof festgestellt, dass das Asylverfahren in Griechenland derartige Mängel aufweist, dass eine ernsthafte Gefahr bestand, der Beschwerdeführer würde nach Afghanistan zurückgewiesen. Belgien hätte ihn unter diesen – gemeinhin bekannten – Umständen also nicht nach Griechenland zurückschicken dürfen. Der Fall hat die Reform des Dublin-Systems von der Dublin II- zur Dublin III-Verordnung⁸² angestoßen, die die anderen Staaten des Systems nur vermutungsweise als sicher behandelt. Dieser Wechsel vom Automatismus zur Vermutung bedeutet nichts anderes, als dass der EGMR darauf besteht, dass die Vertragsstaaten die Vergewisse-

79 EGMR, M.S.S./Belgien und Griechenland, Urteil vom 21. Januar 2011, § 367 f.; Zur großzügigen Konzeption der Non Refoulement-Standards durch den EGMR: *Francesco Messineo*, Non-Refoulement Obligations in Public International Law: Towards a New Protection Status?, in: Satvinder S. Juss (Hrsg.), *The Ashgate Research Companion to Migration Law, Theory and Policy*, Ashgate 2013, S. 129–155.

80 EGMR, M.S.S./Belgien und Griechenland, Urteil vom 21. Januar 2011, § 230.

81 Ebd., § 254.

82 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung).

rungspflicht ernst nehmen und sich ihrer Verantwortung nicht einfach mit dem Hinweis auf den Automatismus entledigen. Man kann die Reform als Indiz werten, dass eine pauschale dauerhafte Sicherheitsfiktion mit den Anforderungen des Refoulement-Verbots nicht vereinbar ist.

III. Weitung der Ausnahmen: Bedingte Flexibilität der Ausnahmekonzepte

Die Rechtmässigkeit der Berufung auf die Ausnahmen von Art. 33 Abs. 2 der Flüchtlingskonvention hängt vor allem vom Schweregrad der Gefahr für die nationale Sicherheit oder die Gemeinschaft ab. Bagatelldelikte reichen nicht. Russlands Regelung, die das Refoulement-Verbot bei *irgendeiner* Straftat außer Kraft setzt, ist offensichtlich nicht abgedeckt. Die genaue Grenze zwischen zulässig und unzulässig allerdings ist schwer zu bestimmen. Viele verbotene Verhaltensweisen weisen einen Konnex zu Fragen der nationalen Sicherheit und der Abwehr von Gemeinschaftsbedrohungen auf, der je nachdem enger oder loser sein kann. Gerade auch mit Blick auf die irreguläre Immigration etwa gibt es Bestimmungen, die auch die nationale Sicherheit und die Sicherung der Gemeinschaft im Auge haben, etwa wenn illegale Einreise unter Strafdrohung gestellt wird.⁸³ Solche Verhaltensweisen können mit den Ausnahmen aber nicht gemeint sein. Wäre hier eine Berufung auf die Ausnahmen möglich, so würde das Refoulement-Verbot angesichts des grossen Prozentsatzes illegal einreisender Asylbewerber partiell ausgehöhlt. Es muss eine konkrete Gefahr beziehungsweise Bedrohung von einer gewissen Schwere vorliegen, denn es geht um eine Abweichung von einer der elementarsten Individualgarantien überhaupt. Die erwähnte OAU-Konvention kennt nicht zufällig keine solchen Ausnahmen. Kann man sagen, dass die Sicherheit im Aufnahmestaat bedroht ist, wenn ein tamilischer Asylbewerber in Kanada zuvor in Sri Lanka die Tamil Tigers finanziell unterstützt hatte? Der kanadische Supreme Court liess dies im Fall *Suresh v. Canada* für eine Berufung auf die Ausnahmen genügen. Der Terrorismus habe heute globale Auswirkungen und treffe potentiell auch Kanada, weshalb es keinen direkten Beweis für eine Gefährdung in Kanada brauche.⁸⁴ Klar ist aber, dass die Gefahr oder

83 Art. 115 AuG (Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20, Stand 1. Januar 2017).

84 Supreme Court of Canada, *Suresh v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), Urteil vom 1. November 2002, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, § 88.

Bedrohung für den Zielstaat entscheidend ist, nicht für irgendeinen anderen Staat oder die internationale Gemeinschaft im Allgemeinen.⁸⁵ Auch hier gilt: Pauschale Annahmen sind heikel. Die Praxis der USA, bei Vorliegen einer bestimmten Straftat per se Gefährlichkeit anzunehmen, in Kombination mit einem sehr breiten Strafkatalog, dürfte wohl zu weit gehen.⁸⁶

Dazu kommt das Problem der Relativität der Ausnahme-Konzepte. Was genau eine Gefahr für die nationale Sicherheit oder eine Bedrohung der Gemeinschaft darstellt, hängt entscheidend von den Verhältnissen des betreffenden Staates ab. Die Terrorismusgefahr ist im einen Staat massiv und im anderen minimal, die konkrete Schwelle ist stark kontextabhängig. Elihu Lauterpacht und Daniel Bethlehem fordern „vernünftige Gründe“ und eine „sehr ernsthafte Gefahr“ für die Annahme eines Sicherheitsrisikos.⁸⁷ Die abstrakte Gefährdung Kanadas im Fall *Suresh* hätte diese Schwelle wohl nicht erreicht. Dasselbe gilt für gewisse von der amerikanischen Anti-Terror-Gesetzgebung als Gefahr für die nationale Sicherheit eingestufte Fälle, etwa jede materielle Unterstützung von Terroristen.⁸⁸ Nicht jeder Fall einer materiellen Unterstützung erreicht die Schwelle von Art. 33 Abs. 2. Unseres Erachtens ist es angesichts der Grundidee der Ausnahmen richtig, die Schwelle hoch anzusetzen. Im Falle der burmesischen Chin-Frau dürfte diese nicht erreicht sein. Seit der Ergänzung des flüchtlingsrechtlichen Refoulement-Verbots durch die menschenrechtlichen Garantien hat diese Frage allerdings ohnehin an Bedeutung verloren. Das Folterverbot der EMRK und auch der Folterschutzkonvention gelten absolut und

85 Vgl. *Elihu Lauterpacht/Daniel Bethlehem*, The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion, in: Erika Feller et al. (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003, S. 87–177, 135, § 165.

86 Um schwerste Verbrechen im Heimatstaat zu berücksichtigen, sieht Art. 1 F(b) FK vor, dass jemand bereits nicht Flüchtling sein kann, wenn er im Ausland ein schweres Verbrechen (z.B. Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit) begangen hat.

87 *Elihu Lauterpacht/Daniel Bethlehem*, The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion, in: Erika Feller et al. (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003, S. 87–177, S. 135 f.

88 Vgl. den Beitrag vom Prof. Fullerton zur legislativen Praxis der USA im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Terrorismus: *Maryellen Fullerton*, *Terrorism, Torture and Refugee Protection in the United States*, *Refugee Survey Quarterly*, Volume 29, Nr. 4 (2010), S. 4–30, insb. S. 18 f.

universell, auch wenn ein Sicherheitsrisiko für den Gaststaat besteht. Der EGMR hält zudem ausdrücklich fest, dass die EMRK einen weiterreichenden Schutz gewähre als die Flüchtlingskonvention.⁸⁹

D. Schlussbemerkung

Der Beitrag hat die Konturen des Refoulement-Verbots und die Versuche seiner Relativierung in der Praxis aufgezeigt. Es ist deutlich geworden, dass die meisten Relativierungsversuche einer Rechtmässigkeitsprüfung nicht standhalten. Das Grundproblem lässt sich dahingehend formulieren, dass das Refoulement-Verbot zwar nur das Elementarste garantiert, seine Gewährleistung aber keine einfach zu erfüllende Selbstverständlichkeit darstellt. Stark von Fluchtmigration betroffene Staaten stehen vor ernsthaften Problemen, denn die Abklärung der Gefährdung ist aufwändig, was sie zu den geschilderten Beschränkungspraktiken Zuflucht nehmen lässt. Sie beginnen eine Garantie zu ritzen, die objektiv nicht mehr als ein „minimum moralium“ schützt, was Relativierungsversuchen sofort den Charakter von Angriffen auf die Zivilisationsidee verleiht. Ungeachtet der konkreten Betroffenheit von Fluchtmigration – Australien, Ungarn und auch Italien werden im Moment der Feststellung der Verletzung des Refoulement-Verbots zum Paria.

Bei dieser Zuflucht wirkt ein fataler Anreiz, auf den zum Schluss noch einmal hingewiesen werden soll. Gezieltes Unterschreiten der rechtlichen Standards, die strategisch kalkulierte Inkaufnahme ihrer Verletzung, kann dann als politisch rationales Verhalten erscheinen, wenn man die Bewältigung von Fluchtmigration als Aufgabe eines mit harten Bandagen geführten Staatenwettbewerbs begreift. Die Verletzung verschafft einen Vorteil im Wettbewerb um den Ruf eines unattraktiven Ziellandes. Oder anders formuliert: Das derzeitige Verständnis der Aufgabe als im Kern nationalstaatliche – auch heute noch in der EU, trotz Krise – schafft Anreize für ein „race to the bottom“. Das Grundproblem ist jedoch, dass es hier um eine Aufgabe geht, die die kalkulierte Rechtsverletzung als strategisches Verhalten nicht verträgt.

⁸⁹ EGMR, Ahmed/Österreich, Urteil vom 17. Dezember 1996, § 41; EGMR, Chahal/Vereinigtes Königreich, Urteil vom 11. November 1996, § 80.

Fortress Europe? Push-Backs am Maßstab der Genfer Flüchtlingskonvention

Caroline Hemler

I. Einleitung

Push-Backs¹ von im Mittelmeer aufgegriffenen Flüchtlingen werden kontrovers diskutiert. Nach dem Höhepunkt der Flüchtlingskrise im Herbst 2015 und dem Abschluss einer Art Rückführungsübereinkommens mit der Türkei im Jahr 2016² (EU-Türkei-Erklärung) hat die Europäische Union (EU) im Februar 2017 angekündigt, im Kampf gegen illegale Migration stärker mit Libyen zusammenarbeiten zu wollen.³ Während die einen fordern, auf See gerettete Flüchtlinge unmittelbar in nordafrikanische Länder zurückzuführen, um die Zahl der in der Europäischen Union ankommenden Flüchtlinge zu senken,⁴ kritisieren andere diese Pläne als völkerrechtswidrig: Es handele sich bei den meisten nordafrikanischen Ländern um

-
- 1 Als Push-Back (engl. für „zurückschieben“) wird allgemein das Zurückdrängen von ausländischen Personen ohne entsprechende Aufenthaltstitel für das Zielland in Grenznähe bezeichnet. Derartige Push-Backs sind daher bei Einreisen über den See-, Land- oder Luftweg denkbar.
 - 2 Siehe zum EU-Türkei-Deal die Pressemitteilung 144/16 des Europäischen Rats, Auswärtige Angelegenheiten und internationale Beziehungen, vom 18.3.2016, „Erklärung EU-Türkei, 18.3.2016“ (im Weiteren auch als EU-Türkei-Erklärung oder Rückführungsübereinkommen bezeichnet).
 - 3 Siehe u.a. Thomas Oppermann in der Zeit Online vom 5.2.2017, „Flüchtlinge sollen nach Nordafrika zurückgebracht werden“ (abrufbar unter: <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-02/thomas-oppermann-fluechtlinge-unterbringung-nordafrika>, zuletzt aufgerufen am 11.10.2017) und Tagesschau Online vom 6.2.2017, „Illegale Migration – EU nimmt Libyen in die Pflicht“ (abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/eu-migration-103.html>, zuletzt aufgerufen am 11.10.2017).
 - 4 Siehe Spiegel Online vom 6.2.2017, „Gabriel nennt Libyen einen sehr unsicheren Platz“, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/spd-sigmar-gabriel-widerspricht-thomas-oppermann-in-debatte-um-fluechtlinge-a-1133353.html> (zuletzt aufgerufen am 11.10.2017).

keine sicheren Orte, woran eine Rückführung scheitern müsse.⁵ Die gleichen Bedenken gelten für Rückführungen von Flüchtlingen aufgrund der EU-Türkei-Erklärung.⁶

Dieser Beitrag geht daher der Frage nach, ob und inwieweit aktuelle Grenzsicherungsmaßnahmen der Europäischen Union zur Rückführung von Flüchtlingen gegen die Genfer Flüchtlingskonvention⁷ verstoßen. Hierfür werden zuerst die für die Untersuchung relevanten Normen der Genfer Flüchtlingskonvention vorgestellt (II.). Aktuelle „Push-Back-Maßnahmen“ an den europäischen Außengrenzen werden an deren Vorgaben gemessen und einer rechtlichen Analyse unterzogen (III.). Der Aufsatz schließt mit Ausführungen zum Rechtsschutz (IV.).

II. Die Genfer Flüchtlingskonvention

Bei der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) handelt es sich um das wichtigste internationale Abkommen zum Flüchtlingsschutz. Die Konvention bestimmt, wer ein Flüchtling ist, welchen rechtlichen Schutz, welche Hilfe und welche sozialen Rechte Flüchtlinge von den Unterzeichnerstaaten erhalten sollen.⁸ Gleichzeitig werden Pflichten normiert, die ein Flüchtling gegenüber dem Gastland erfüllen muss. Auch schließt die Konvention bestimmte Gruppen (wie z.B. Kriegsverbrecher) vom Flüchtlingsstatus aus.⁹

5 Vgl. Spiegel Online vom 1.4.2016, „Uno gegen sofortige Rückführung in die Türkei“ (abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/politik/ausland/eu-fluechtlingsdeal-uno-gegen-sofortige-rueckfuehrung-in-die-tuerkei-a-1085002.html>, zuletzt aufgerufen am 11.2.2017).

6 Siehe die Pressemitteilung zur „Erklärung EU-Türkei“ vom 18.3.2016, die auf der Seite des Europäischen Rates unter <http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/> abrufbar ist (zuletzt aufgerufen am 11.10.2017).

7 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951 (im Folgenden: Genfer Flüchtlingskonvention), verkündet mit Gesetz vom 1.9.1953 (BGBl. II S. 559), in Kraft getreten am 22.4.1954 gemäß Bekanntmachung des Bundesministers des Auswärtigen vom 25.4.1954 (BGBl. II S. 619).

8 Kapitel 1 bis 4 GFK.

9 Art. 1 F GFK.

1. Entstehungsgeschichte

Begründet wurde die Praxis internationaler Maßnahmen zum Schutz von Flüchtlingen durch den Völkerbund, in dessen Rahmen mehrere völkerrechtliche Abkommen über Flüchtlinge erarbeitet wurden.¹⁰ Nach Ende des 2. Weltkriegs erkannten die Vertragsstaaten jedoch, dass humanitäre Notlagen und Flüchtlingsbewegungen auf der Grundlage bilateraler Verträge und einseitiger Absichtserklärungen nicht gelöst werden konnten. Spätestens als die Konferenz von Evian – die auf eine Kontingentlösung für aus Deutschland und Österreich flüchtende Juden abzielte – im Juli 1938 scheiterte, war die Notwendigkeit eines allgemeinverbindlichen völkerrechtlichen Instruments offensichtlich geworden.¹¹

Die GFK wurde daraufhin am 28. Juli 1951 auf einer Bevollmächtigtenkonferenz der Vereinten Nationen beschlossen und trat am 22. April 1954 in Kraft.¹² Sie sollte den Flüchtlingsschutz erweitern und frühere internationale Vereinbarungen zusammenfassen. Von Beginn an kam ihr jedoch nur ein begrenzter Anwendungsbereich zu. So sollten lediglich Fluchtbewegungen infolge von Ereignissen vor dem 1. Januar 1951 erfasst werden, die sich auf den europäischen Raum erstreckten.¹³ Die Vertragsstaaten wollten damit erreichen, dass Verpflichtungen nur aus Ereignissen hervorgehen konnten, die schon stattgefunden hatten oder bekannt waren.¹⁴

Im Laufe der Zeit und aufgrund der Zunahme neuer Flüchtlingskategorien zeigte sich jedoch, dass der Anwendungsbereich der GFK zu eng gefasst war und einer Erweiterung bedurfte. Hieraufhin kam es zur Erarbei-

10 Die GFK nimmt in Art. 1 A Nr. 1 noch heute hierauf Bezug.

11 Siehe hierzu näher bereits *Estorick*, *The Evian Conference and the Intergovernmental Committee*, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* (AAPSS) 1939, Vol. 203 (1), S. 136–141 (136 ff.); vgl. hierzu auch ausführlich *Kimminich*, *Internationales Flüchtlingsrecht*, *Archiv des Völkerrechts* 1982, 20 Bd. (4), S. 369–410 (376 ff.).

12 Siehe zur Entstehungsgeschichte und den Vorarbeiten insbesondere *Hathaway*, *A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law*, 31 *Harv. Int'l L. J.* 1990, 129–183 (144 ff.) und *Lauterpacht/Bethlehem*, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in: Feller/Türk/Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003, S. 87–177 (98 ff.).

13 Vgl. Art. 1 A Nr. 2 GFK und dessen Bezugnahme auf den 1.1.1951. Die räumliche Einschränkung des Anwendungsbereichs auf Europa war in Art. 1 B Nr. 1 GFK verankert.

14 A.a.O.

tung des sog. „Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge“.¹⁵ Das Protokoll sollte die bisher geltenden Beschränkungen des Anwendungsbereichs aufheben. Die Mehrheit der Vertragsstaaten zeigte sich hiermit einverstanden – mit Ausnahme weniger Staaten, die bei Abschluss des Protokolls Vorbehalte hatten. Hierzu zählten auch die Türkei und Ungarn.¹⁶ Sie gaben bei der Ratifizierung des Protokolls eine gesonderte Erklärung¹⁷ nach Art. 1 B Nr. 1 GFK ab, wonach sie nur europäische Flüchtlinge als Konventionsflüchtlinge anerkennen wollen.¹⁸

Bei dem Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge¹⁹ handelt es sich bislang um die einzige Erweiterung der Konvention. Das Protokoll trat am 4. Oktober 1967 in Kraft. Mittlerweile haben insgesamt 148 Staaten die GFK und/oder das Protokoll ratifiziert.²⁰ Zu den Staaten, die weder

15 United Nations, Treaty Series, Vol. 606, S. 267. Vgl. insbesondere die Präambel des Protokolls, die die Gründe für die Erweiterung des Anwendungsbereichs statuiert. Siehe *Lauterpacht/Bethlehem*, The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion, in: Feller/Türk/Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003, S. 87–177 (101 f.).

16 Die Ausweitung des zeitlichen Anwendungsbereichs erfolgte in Art. 1 Nr. 2 und die des räumlichen Anwendungsbereichs in Art. 1 Nr. 3 Protokoll.

17 Die Türkei hat den folgenden „regionalen Vorbehalt“ erklärt: „The instrument of accession stipulates that the Government of Turkey maintains the provisions of the declaration made under section B of article 1 of the Convention relating to the Status of Refugees, done at Geneva on 28 July 1951, according to which it applies the Convention *only to persons who have become refugees as a result of events occurring in Europe*, and also the reservation clause made upon ratification of the Convention to the effect that no provision of this Convention may be interpreted as granting to refugees greater rights than those accorded to Turkish citizens in Turkey.“ (eigene Hervorhebung).

18 Ungarn gab die räumliche Beschränkung des Anwendungsbereichs der GFK bereits im Jahr 1998, im Rahmen der Beitrittsverhandlungen zur Europäischen Union (EU), wieder auf. Die Türkei hält bislang, trotz anhaltender Kritik, hieran fest.

19 Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967; BGBl. 1969 II, S. 1293.

20 145 Staaten haben die GFK ratifiziert, 146 das Protokoll (Stand: Oktober 2017). Das Protokoll und die GFK haben wiederum 142 Staaten ratifiziert. Zu den Staaten, die nicht die GFK, aber das Protokoll ratifiziert haben, gehören u.a. die USA, Cap Verde und Venezuela. Andersherum haben u.a. Madagaskar, Saint Kitts und Nevis nur die GFK ratifiziert, aber nicht das Protokoll. Schließlich ist noch hervorzuheben, dass die Europäische Union als solche kein Mitglied der GFK ist. Dies ist auch nicht ohne weiteres möglich, da die GFK in ihren Schlussbestimmungen nur auf „Staaten“ Bezug nimmt, die der Konvention beitreten können.

die Konvention noch das Protokoll ratifiziert haben, gehören u.a. Libyen und Syrien.

2. Grundregeln

Im Folgenden soll kurz auf die Grundregeln der GFK eingegangen werden, nach denen die spätere Beurteilung der hier untersuchten Push-Back-Maßnahmen erfolgt. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt auf dem Flüchtlingsbegriff der Konvention, dem Grundsatz der Nichtzurückweisung (dem sog. Non-Refoulement-Prinzip), dem Pönalisierungs- sowie dem Diskriminierungsverbot.

a) Flüchtling im Sinne der Konvention

Die GFK definiert den Flüchtlingsbegriff in Art. 1 A Nr. 2 der GFK. Dieser hat jedoch nur deklaratorische Wirkung. Die Anerkennung erfolgt, weil jemand Flüchtling ist und nicht umgekehrt.²¹ Die GFK, in der erweiterten Fassung des Protokolls, erfasst nunmehr jede Person, die

„aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will.“²²

Die GFK bestimmt demnach nur fünf Gründe für eine Schutzgewährung: Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe und politische Überzeugung. Sofern es sich hierbei um eine ab-

21 UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status (Geneva 2011), Rn. 28 – die deutsche Fassung aus dem Jahr 2013 ist unter: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=526632914> abrufbar (zuletzt aufgerufen am 2.11.2017), im Folgenden: UNHCR Handbook; siehe hierzu auch ausführlich *Lauterpacht/Bethlehem, The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in: Feller/Türk/Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003, S. 87–177 (116).

22 Siehe die englische und französische Sprachfassung. Diese sind die einzigen verbindlichen Fassungen der Konvention (Art. 46 GFK).

schließende Aufzählung handeln würde, wären beispielsweise Geschlecht, Alter, Behinderung und sexuelle Orientierung nicht von der Konvention als Schutzgrund erfasst. Auch eine nichtstaatliche Verfolgung, Klimakatastrophen und Bürgerkriege werden nicht erwähnt. Kritiker werfen der GFK daher vor, dass diese kein umfassendes Schutzkonzept enthalte und es der Erarbeitung eines weiteren Zusatzprotokolls bedürfe.²³ Hierbei wird jedoch verkannt, dass die GFK einen umfassenden Flüchtlingsschutz bezweckt, wie aus der Präambel hervorgeht, und der Auslegung offensteht.²⁴ So findet die Konvention mittlerweile, über den Wortlaut hinausgehend, auch auf „displaced persons in a refugee-like situation“ Anwendung.²⁵

Nach Art. 1 C GFK ergibt sich, dass eine schutzsuchende Person so lange Flüchtling im Sinne der Konvention ist, bis ihr die Rechtsstellung als Flüchtling endgültig aberkannt wurde.²⁶ Der Flüchtlingsstatus soll daher grundsätzlich bis zur negativen Entscheidung über einen Asylfolgeantrag beibehalten werden können und auch im Fall, dass ein Antrag allein aus formalen Gründen abgelehnt wurde.

Darüber hinaus enthält die Konvention in Art. 1 D, E und F verschiedene Fallgruppen, nach denen Personen von der Anerkennung als Flüchtling ausgeschlossen werden können.²⁷ Art. 1 F GFK sieht beispielsweise vor, dass der Flüchtlingsschutz nicht denen zukommen soll, die u.a. ein Kriegsverbrechen oder ein sonstiges schweres, nichtpolitisches Verbrechen begangen haben.²⁸

23 Vgl. statt vieler *Nußberger*, Flüchtlingsschicksale zwischen Völkerrecht und Politik, NVwZ 2016, 817.

24 Siehe jüngst hierzu im Schriftum bspw. *Marx*, Interner Schutz von Flüchtlingen nach Art. 1 A Nr. 2 GFK (Art. 2 lit. d) RL 2011/95/EU), ZAR 2017, 304 ff.

25 *Hailbronner/Kau* in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, Rn. 295. Siehe bspw. zur weiten Auslegung des Flüchtlingsbegriffs in der deutschen Rechtsprechung BVerwG, Urt. v. 15.3.1988 – 9 C 278.86 – BVerwGE 79, 143, 145 f. (zur sexuellen Orientierung).

26 Siehe die sog. „Beendigungsklauseln“ (Art. 1 C Nr. 1 bis 6 des Abkommens von 1951). Diese definieren die Umstände, unter denen der Flüchtlingsstatus beendet wird. Diese Klauseln beruhen auf der Überlegung, dass internationaler Schutz nicht mehr gewährt werden sollte, wo er nicht mehr erforderlich oder nicht mehr gerechtfertigt ist. Vgl. hierzu UNHCR-Handbook, S. 34.

27 UNHCR Handbook, S. 34 ff.

28 Diese Einschränkung wird stark kritisiert: Wenn es um den Schutz vor Folter und Verfolgung ginge, dürfe es keine Ausnahmen geben. Vielmehr müsse „jeder“ Schutz erhalten, vgl. Art. 3 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und

b) *Non-Refoulement-Prinzip*

Das Non-Refoulement-Prinzip gilt als Grundpfeiler (sog. *cornerstone*) des internationalen Flüchtlingsschutzes.²⁹ Das Prinzip ist in Art. 33 Abs. 1 GFK verankert.³⁰ Dieser regelt:

„Keiner der vertragsschließenden Staaten wird einen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenze von Gebieten ausweisen oder zurückweisen [„refouler“], in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.“

Hieraus folgt, dass die Vertragsstaaten angehalten sind, keine Flüchtlinge in ein Land zurück- oder auszuweisen, in dem ihnen Verfolgung oder Folter droht. Das Non-Refoulement-Prinzip wird mittlerweile auch dahingehend verstanden, dass es die Zurückweisung in Staaten verbietet, in denen den Flüchtlingen grausame oder unmenschliche Behandlung drohen.³¹

Zur Auslegung des Flüchtlingsbegriffs kann auf Art. 1 A Nr. 1 GFK verwiesen werden. Mittlerweile gilt, dass der Schutz des Non-Refoulement-Prinzips auch greifen soll, wenn ein Flüchtling noch nicht ausdrücklich als solcher anerkannt wurde.³² Dies folgt zum einen bereits aus dem deklaratorischen Charakter des Flüchtlingsbegriffs in Art. 1 A Nr. 1 GFK,

Grundfreiheiten (EMRK). Vgl. nur *Nußberger*, Flüchtlingsschicksale zwischen Völkerrecht und Politik, NVwZ 2016, 815 ff.

29 Vgl. hierzu ausführlich *Lauterpacht/Bethlehem*, The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion, in: Feller/Türk/Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003, S. 87–177 (98 ff.); *Tometten*, Der internationale Schutz von Katastrophenflüchtlingen, ZAR 2010, 22–27 (25).

30 Das Prinzip erfolgt anerkanntermaßen auch aus Art. 3 der VN-Antifolterkonvention, Art. 19 Abs. 2 der EU-GrCh sowie indirekt aus Art. 7 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) sowie aus Art. 3 EMRK.

31 Über die konkreten Anforderungen herrscht Uneinigkeit. Vgl. hierzu ausführlich *Lauterpacht/Bethlehem*, a.a.O., S. 113.

32 Siehe zum deklaratorischen Charakter des Flüchtlingsbegriffs bereits S. 4. Auch der Exekutivausschuss des UNHCR hat hierzu Stellung genommen und bestätigt in seiner Schlussfolgerung Nr. 6 (XXVIII): „... reaffirming the fundamental importance of the principle of non-refoulement... of persons who may be subjected to persecution if returned to their country of origin irrespective of *whether or not they have been formally recognized as refugees.*“), eigene Hervorhebung, abrufbar unter: UNHCR Executive Committee Conclusions, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/doclist?page=excom&id=3bb1cd174> (zuletzt aufgerufen am 27.10.2017).

zum anderen aber auch aus Sinn und Zweck des Gebots selbst, das ansonsten leerzulaufen drohte.

Auf den Schutz durch das Non-Refoulement-Prinzip sollen sich nur keine Flüchtlinge berufen können, die aus schwerwiegenden Gründen eine Gefahr für die Sicherheit des Landes, in das sie gelangen wollen, darstellen. Gleiches gilt für den Fall, dass sie wegen eines Verbrechens oder eines besonders schweren Vergehens rechtskräftig verurteilt wurden und sie eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellen.³³

Staaten bieten sich folglich zweierlei Möglichkeiten, um den Anforderungen von Art. 33 Abs. 1 GFK zu genügen: Sie können Flüchtlingen oder Personen, bei denen noch nicht entschieden ist, ob es sich um Flüchtlinge handelt, entweder einem sicheren Drittstaat zuweisen oder ihnen zumindest vorübergehenden Aufenthalt zu Schutzzwecken gewähren.³⁴

Als ebenfalls zulässig wird eine sog. positive Gruppenstatusfeststellung erachtet. Hierbei handelt es sich um eine Prima-facie-Feststellung, wonach einer gesamten Gruppe ohne Einzelfallprüfung, bis das Gegenteil bewiesen ist, der Flüchtlingsstatus zuerkannt wird, wenn bei Massenfluchtbewegungen die Prüfung jedes einzelnen Asylantrags nicht möglich ist.³⁵ Diese soll gewährleisten, dass das Prinzip des Non-Refoulement an der Grenze trotzdem beachtet wird. Eine Massenabweisung ohne Einzelfallprüfung ist indes nicht zulässig.³⁶

c) Pönalisierungsverbot

Die Durchsetzung des Non-Refoulement-Verbots wird durch Art. 31 Abs. 1 GFK abgesichert, das sog. Pönalisierungsverbot. Hiernach werden

„die Vertragsstaaten wegen unrechtmäßiger Einreise keine Strafen gegen Flüchtlinge verhängen, die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, in dem ihr Leben oder ihre Freiheit bedroht waren und die ohne Erlaubnis in das Gebiet des Vertragsstaats einreisen oder sich dort aufhalten, vorausgesetzt, dass sie sich unverzüglich bei den Behörden melden und Gründe darlegen, die ihre unrechtmäßige Einreise oder ihren unrechtmäßigen Aufenthalt rechtfertigen.“

33 Art. 33 Abs. 2 GFK.

34 *Lauterpacht/Bethlehem*, a.a.O., S. 114.

35 Siehe Exekutivkomitee des UNHCR, Beschluss Nr. 22 (XXXII) aus 1981 über den Schutz von Asylsuchenden in Fällen von Massenfluchtbewegungen.

36 A.a.O. Vgl. zum Verbot der Kollektivausweisung auch Art. 4 des Zusatzprotokolls Nr. 4 zur EMRK sowie Art. 10 EU-GrCh.

Die Entstehung der Norm ist geprägt von den Ereignissen des 2. Weltkriegs. Den Verfassern der GFK wurde hiernach bewusst, dass es Personen, die vor politischer Verfolgung fliehen, häufig nicht möglich ist, die Voraussetzungen für eine legale Einreise in ein schutzbietendes Land zu erfüllen.³⁷ Daher sollte nach Ansicht der Verfasser der GFK in einer für den Flüchtling notstandsähnlichen Situation den Schutzgütern Leben, Leib und Freiheit des Flüchtlings vor den Interessen eines Staates an seiner territorialen Integrität Vorrang eingeräumt werden.³⁸ Das Pönalisierungsverbot dient daher als weiterer wesentlicher Grundpfeiler eines umfassenden Flüchtlingsschutzes.³⁹

Der Anwendungsbereich des Pönalisierungsverbots ist eröffnet, sobald der Flüchtling das Territorium eines Vertragsstaats betreten hat, um Schutz zu suchen.⁴⁰ Der Schutz soll nur entfallen, wenn ein zielgerichtetes missbräuchliches Handeln des Flüchtlings vorliegt.⁴¹ Ein solcher Fall des Rechtsmissbrauchs liegt bei Drohung oder Bestechung durch den Flüchtling vor, oder wenn dieser im Asylverfahren selbst unrichtige Angaben macht. Hinzukommend bedarf es eines zielgerichteten Handelns (also *dolus directus* 1. Grades vonseiten des Flüchtlings).⁴²

Bei Anwendung verhindert das Pönalisierungsverbot nicht nur, dass der Flüchtling nicht wegen einer illegalen Einreise verurteilt werden darf (sog. aufenthaltsrechtliche Legalisierung), sondern es lässt sich demnach schon nicht mehr von einer illegalen Einreise sprechen.⁴³ Darüber hinaus verbietet das Pönalisierungsverbot die strafrechtliche Ahndung aufenthaltsrecht-

37 Überarbeitete UNHCR-Stellungnahme zur Auslegung und Reichweite des Art. 31 Abs. 1 GFK, Mai 2004 (M 5105), S. 1 ff.

38 A.a.O.

39 Vgl. zur Anwendung des Pönalisierungsprinzips im deutschen Recht *Fischer-Lescano/Horst*, Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK, ZAR 2011, 82 ff.

40 Art. 31 Abs. 1 GFK setzt demnach voraus, dass sich der Schutzsuchende bereits auf dem Territorium des Vertragsstaates befindet. Notwendig ist somit das tatsächliche Betreten des Vertragsstaates. Ob es sich hierbei auch um eine Einreise im Rechtssinn handelt, ist nicht entscheidend. Vgl. BVerfGE 94, 166, 193 zur nicht erfolgten „Einreise im Rechtssinn“ bei Durchlaufen des Flughafenverfahrens.

41 *Fischer-Lescano/Horst*, Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK, ZAR 2011, 85 ff.

42 *Fischer-Lescano/Horst*, a.a.O., 86.

43 Siehe zur Rechtsfolge ausführlich *Fischer-Lescano/Horst*, a.a.O., 89 ff. Inwieweit dem Pönalisierungsverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK Legalisierungswirkung in Deutschland zukommt ist umstritten. Das BVerfG leitet dies aus dem Grundgesetz als „Vorwirkung des Asylrechts“ ab (vgl. hierzu BVerfGE 80, 68, 73 und BVerfGE

Caroline Hemler

lich rechtswidriger Handlungen. Bei unmittelbarer Einreise – selbst wenn diese via sichere Drittstaaten erfolgt – scheidet eine Strafbarkeit auch im Hinblick auf die Begleitdelikte aus (Notstandssituation).⁴⁴

d) Diskriminierungsverbot

Als ebenso wichtiges Prinzip gilt schließlich das in Art. 3 GFK verankerte Diskriminierungsverbot. Hiernach verpflichten sich die Vertragsstaaten dazu, die Bestimmungen der GFK auf Flüchtlinge ohne unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Rasse, der Religion oder des Herkunftslandes anzuwenden.

III. Push-Back-Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen

Aktuelle Push-Back-Maßnahmen werden im Folgenden auf ihre Vereinbarkeit mit den Prinzipien der Genfer Flüchtlingskonvention untersucht. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Vereinbarkeitsprüfung mit Art. 33 Abs. 1 GFK. Zunächst wird die Zurückweisung von Flüchtlingen auf hoher See in den Blick genommen, unter besonderer Berücksichtigung der von der EU aus organisierten Mittelmeermission EUNAVFOR MED. Hieran schließt sich eine Analyse der sog. EU-Türkei-Erklärung an.

1. Route Libyen-EU

a) Push-Backs auf hoher See

Push-Backs auf hoher See⁴⁵ stehen seit der Zunahme von Flüchtlingsströmen über das Mittelmeer im Fokus der Öffentlichkeit. Noch immer kom-

80, 182, 187 f.) Teilweise wird der GFK eine derartige Legalisierungswirkung abgesprochen (so bspw. *Renner*, Ausländerrecht, § 95 AufenthG, Rn. 31). Mit dem Schutzzweck der GFK ist eine solche enge Auslegung von Art. 31 Abs. 1 GFK allerdings nicht vereinbar.

⁴⁴ *Fischer-Lescano/Horst*, a.a.O., 89.

⁴⁵ Zum Hoheitsgebiet eines Küstenstaats zählen das Landgebiet, die inneren Gewässer und das Küstenmeer. Die inneren Gewässer sind das Gebiet landwärts der Basislinie, die normale Basislinie ist die Niedrigwasserlinie entlang der Küste. Das

men zahlreiche Flüchtlinge bei ihrem Versuch, die europäische Küste zu erreichen, ums Leben.⁴⁶ Gleichzeitig versuchen EU und Mitgliedstaaten, den Flüchtlingsströmen entgegenzuwirken. Kommt es hierbei zum Rücktransport von Flüchtlingen in die Türkei oder nach Libyen stellt sich jedoch die Frage, ob ein solches Vorgehen mit der GFK in Einklang steht.

aa) Operation EUNAVFOR MED – Operation Sophia

Seit Mitte 2015 engagiert sich die EU in der sog. EU-Mittelmeermission EUNAVFOR MED⁴⁷ (Operation Sophia),⁴⁸ die der Rat der EU mit Beschluss vom 18. Mai 2015 auf Grundlage von Art. 42 Abs. 4, Art. 43 Abs. 2 EUV ins Leben gerufen hat.⁴⁹ Ziel der Mission ist es, die Schleuserkriminalität im südlichen Mittelmeer zu unterbinden und in Seenot ge-

Küstenmeer hat eine Breite von höchstens zwölf Seemeilen, gemessen ab der normalen Basislinie. Die hohe See beginnt jenseits des Küstenmeers (Art. 33 Abs. 2 SRÜ). Vgl. hierzu *Beushausen*, Völkerrechtliche Pflichten und Rechte von Küstenstaaten gegenüber Migranten auf See, ZAR 2010, 45 ff.

- 46 Im Jahr 2015 gelangen über das Mittelmeer etwa eine Million Flüchtlinge nach Europa. Hierbei wurden 3.771 Todesfälle registriert. Im Jahr 2016 waren es über 5000 Todesfälle. Siehe UNHCR Pressemitteilung vom 15.1.2017, abrufbar unter: www.unhcr.org/news/press (zuletzt aufgerufen am 2.10.2017).
- 47 European Union Naval Forces Mediterranean (EUNAVFOR MED).
- 48 Hierbei handelt es sich um den Namen eines Kindes, das am 24.8.2015 an Bord der deutschen Fregatte *Schleswig-Holstein* geboren und nach der preußischen Prinzessin Sophia von Schleswig-Holstein (1866-1952) benannt wurde. Die Mutter und 453 weitere Flüchtlinge wurden im Rahmen der EUNAVFOR MED Operation von der britischen Marine aus Booten gerettet und der Fregatte übergeben. Vgl. hierzu Pressemitteilung der Bundeswehr vom 25.8.2017, Seenotrettung: Geburt auf deutscher Fregatte, abrufbar unter: <https://www.bundeswehr.de> (zuletzt aufgerufen am 10.10.2016). Die Umbenennung der Operation geht auf den Beschluss (GASP) 2015/1926 des Rates vom 26.10.2015 zur Änderung des Beschlusses (GASP) 2015/778, ABl. L 281 v. 27.10.2015, S. 13 zurück. Im Folgenden wird die Operation EUNAVFOR MED genannt.
- 49 Beschluss (GASP) 2015/778 des Rates vom 18.5.2015 über eine Militäroperation der Europäischen Union im südlichen zentralen Mittelmeer (EUNAVFOR MED), ABl. L 122 v. 19.5.2015, S. 31. Das operative Hauptquartier der Mission befindet sich in Rom. Vgl. Art. 4 des Beschlusses (GASP) 2015/778 des Rates vom 18.5.2015 über eine Militäroperation der Europäischen Union im südlichen zentralen Mittelmeer (EUNAVFOR MED), ABl. L 122 v. 19.5.2015.

ratene Flüchtlinge zu retten.⁵⁰ Gleichzeitig soll auch die Präsenz der Union auf See verstärkt werden, um „irreguläre Migrationsströme zu unterbinden“ und die „interne Solidarität und Verantwortung zu stärken“.⁵¹ Beide Ansätze offenbaren die Vielschichtigkeit der ergriffenen Maßnahmen vonseiten der EU. Diese verfolgt einen sog. *Comprehensive Approach*, der die humanitäre Notsituation und Fluchtursachen beseitigen (Ursachenbekämpfung) und gleichzeitig Menschenhandel unterbinden möchte (Symptombekämpfung).⁵² Die Operation konzentriert sich auf die Gewässer zwischen Italien und Libyen. Die jeweiligen Maßnahmen sollen im Einklang mit dem Völkerrecht erfolgen, insbesondere auch mit der GFK und dem Non-Refoulement-Prinzip.⁵³

Die militärische Operation EUNAVFOR MED ist in drei Phasen unterteilt. Die erste Phase dient primär dazu, Informationen zu sammeln und durch Patrouillen auf hoher See Migrationsnetzwerke aufzuspüren und zu beobachten. Die zweite Phase sieht vor, konkrete Maßnahmen gegen die Schleusung von Migranten zu ergreifen. Hierfür sollen Schiffe auf hoher See angehalten und durchsucht, beschlagnahmt und umgeleitet werden, sofern der Verdacht besteht, dass sie für Menschenhandel oder Menschenhandel eingesetzt werden (sog. Phase 2 a)). Diese Maßnahmen sollen gegebenenfalls auf Hoheitsgewässer und innere Gewässer eines betroffenen Küstenstaates ausgedehnt werden können (sog. Phase 2 b)).⁵⁴ In der dritten Phase sollen im Einklang mit etwaigen anwendbaren Resolutionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen oder mit Zustimmung des betroffenen Küstenstaates alle erforderlichen Maßnahmen – einschließlich der Zerstörung oder der Unbrauchbarmachung – gegen Schiffe ergriffen werden können, sofern der Verdacht besteht, dass sie für Menschenhandel oder Menschenhandel genutzt werden (sog. Phase 3).⁵⁵

50 Beschluss (GASP) 2015/778 des Rates vom 18.5.2015 EUNAVFOR MED, Rn. 1-5.

51 Beschluss (GASP) 2015/778 des Rates vom 18.5.2015 EUNAVFOR MED, Rn. 2.

52 Vgl. Frederica Mogherini vor dem UN-Sicherheitsrat, Meeting No. 7439 v. 11.5.2016, S/PV.7439, S. 2 ff.

53 Beschluss (GASP) 2015/778 des Rates vom 18.5.2015 (EUNAVFOR MED), ABl. L 122/31 ff., S. 1 (6. Erwägungsgrund).

54 Art. 2 b) ii) Beschluss (GASP) 2015/778.

55 Art. 2 c) Beschluss (GASP) 2015/778. Mittlerweile wurde die Operation mehrfach verlängert und um weitere Aufgaben ergänzt. Am 20.6.2016 beschloss der Rat, dass bei der libyschen Küstenwache und Marine Kapazitätsaufbau und Schulung betrieben und ein Beitrag zum Informationsaustausch und zur Umsetzung des

bb) Beurteilung am Maßstab der GFK

Bei der Bewertung der Rechtmäßigkeit der aufgeführten Maßnahmen nach der GFK bedarf es einer genauen Differenzierung. Sofern die Flüchtlingsboote sich noch auf hoher See befinden, könnte die GFK mangels extraterritorialer Wirkung bereits keine Anwendung finden. Dies betrifft alle Maßnahmen der Phase 2 a), die auf hoher See vor der Küste Libyens stattfinden.

(1) Extraterritoriale Anwendbarkeit der GFK

Nach Art. 29 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) gilt ein völkerrechtlicher Vertrag (nur) im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei. Ein enger oder weiterer Anwendungsbereich kommt nur in Betracht, sofern eine dahingehende Absicht der Vertragsparteien aus dem Vertrag hervorgeht. Da die GFK-Vorschriften nicht alle einen ausdrücklichen Territorialbezug aufweisen, sind sie im Einzelnen auf ihre extraterritoriale Anwendbarkeit zu überprüfen. Dies gilt insbesondere auch für das in Art. 33 Abs. 1 GFK niedergelegte Non-Refoulement-Prinzip.

Die extraterritoriale Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist umstritten. Der US Supreme Court entschied bereits 1993 in *Sale vs Haitian Centers*

Waffenembargos der Vereinten Nationen auf hoher See vor der Küste Libyens geleistet werden soll. Am 3.2.2017 haben die Mitglieder des Europäischen Rates in der „Erklärung von Malta über die externen Aspekte der Migration: Vorgehen in Bezug auf die zentrale Mittelmeerroute“ bekräftigt, dass insbesondere der Ausbildung, Ausrüstung und Unterstützung der libyschen Küstenwache zur Zerschlagung des Geschäftsmodells der Schleuser durch verstärkte operative Maßnahmen im Rahmen eines sog. „integrierten Ansatzes“, mit dem u.a. Libyen und die anderen Länder entlang der Route und weitere Akteure wie Europol und Frontex in die Operation mit einzubeziehen sind, Vorrang eingeräumt wird; siehe Beschluss (GASP) 2016/993 des Rates vom 20.6.2016 zur Änderung des Beschlusses (GASP) 2015/778, ABl. L 162 v. 21.6.2016, S. 18. Zuletzt erließ der Rat am 17.7.2017 den Beschluss (GASP) 2017/1338 und die Verordnung (EU) 2017/1325, um die Ausfuhr bestimmter Güter (Außenbordmotoren und aufblasbare Boote) nach Libyen zu beschränken, die bei der Schleusung von Migranten und beim Menschenhandel verwendet werden können. Vgl. auch zu den weiteren Maßnahmen Beschluss (GASP) 2017/1385 des Rates vom 25.7.2017, ABl. L 194 v. 26.7.2017, S. 61.

*Council*⁵⁶, dass Art. 33 Abs. 1 GFK keine extraterritoriale Wirkung entfaltet, und sah es als rechtmäßig an, wenn die US-Küstenwache bei Grenzkontrollen von Schiffen und Personen auf hoher See, Personen ohne Überprüfung ihrer eventuellen Flüchtlingseigenschaft die Einreise auf US-amerikanisches Hoheitsgebiet verweigerte.⁵⁷ Er argumentierte, „zurückweisen“ im Sinne von Art. 33 Abs. 1 GFK erfasse nur Personen, die sich unmittelbar an der Schwelle zum Übergang ins Territorium befänden.⁵⁸ Zudem verwies er auf den Wortlaut von Art. 33 Abs. 2 GFK, aus dem sich ergebe, dass sich ein Flüchtling nicht auf Art. 33 Abs. 1 GFK berufen könne, wenn er aus schwerwiegenden Gründen eine Gefahr für die Allgemeinheit des Landes darstelle, in dem er sich „befinde“. Art. 33 GFK beziehe sich daher nur auf Personen, die sich innerhalb des Staatsterritoriums befänden.⁵⁹ Ergänzend nahm der US Supreme Court auf die Entstehungsgeschichte von Art. 33 Abs. 1 GFK Bezug. Hiernach sei eine extraterritoriale Anwendung nicht gewollt gewesen. Dies ergebe sich insbesondere aus den Aussagen eines Schweizer Delegierten während der Vorarbeiten zur Konvention, der den Begriff „zurückweisen“ ebenfalls eng auslegte.⁶⁰ Belgische, deutsche, italienische, niederländische und schwedische Delegierte hätten diese enge Auslegung in erster Lesung unterstützt, so der US Supreme Court.⁶¹

56 *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993).

57 Zum selben Ergebnis kommen auch australische und britische Gerichte, vgl. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Haji Ibrahim*, HCA 55 (16.1.2000) § 136 f., per Gummow J 204 CLR 1, 175 ALR 585, 74 ALJR 1556 sowie *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)*, UKHL 55 (9.12.2004), Ziffer 17, per Lord Bingham of Cornhill, Ziffer 68, per Lord Hope.

58 *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993), S. 179 ff.

59 *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993), S. 180. Hier heißt es: „If the first paragraph did apply on the high seas, no nation could invoke the second paragraph’s exception with respect to an alien there: An alien intercepted on the high seas is in no country at all.”

60 Dr. Zutter äußerte sich demnach wie folgt: „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.”, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Summary Record of the Sixteenth Meeting, U.N. Doc. A/ CONF.2/SR.16, S. 6 (11.7.1951). Vgl. *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993), S. 184.

61 Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Summary Record of the Thirty-fifth Meeting, U.N. Doc. A/ CONF.2/SR.35, S 21 f.

Hiergegen sprechen allerdings Sinn und Zweck der Konvention, wie sie in der Präambel der GFK Ausdruck finden. Die GFK zielt darauf ab, einen umfassenden Flüchtlingsschutz zu gewährleisten. Auch die Formulierung „auf irgendeine Weise“ in Art. 33 Abs. 1 GFK macht deutlich, dass der Schutzzumfang der Norm weit zu fassen ist.⁶² Dieser würde deutlich abgeschwächt, wäre die Anwendung der Konvention davon abhängig, dass der Flüchtling das Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats erreichen muss. Ein Flüchtling lässt sich schließlich auch „zurückweisen“, sofern er noch nicht in das Hoheitsgebiet gelangt ist, nämlich von dem Ort aus, von dem der Vertragsstaat agiert. Will man Umgehungen nicht Tür und Tor öffnen, so muss es entscheidend darauf ankommen, ob der Vertragsstaat über den Asylsuchenden Hoheitsgewalt ausübt bzw. ausüben kann.⁶³ Dies schließt ein Zurückweisen von Flüchtlingen auf hoher See mit ein. Denn nach den einschlägigen Bestimmungen des internationalen Seerechts unterliegt ein auf hoher See fahrendes Schiff der ausschließlichen Hoheitsgewalt des Flaggenstaates.⁶⁴ Eine extraterritoriale Anwendung der Konvention wird daher vielfach befürwortet.⁶⁵ Auch der UNHCR hat sich zur extraterritorialen Anwendung von Art. 33 Abs. 1 GFK in einer sog. „Advisory Opinion“ geäußert und diese bejaht.⁶⁶

Wollte man die GFK auf hoher See gleichwohl mangels extraterritorialen für unanwendbar halten, bliebe den auf hoher See aufgegriffenen Flüchtlingen noch die Berufung auf das sog. menschenrechtliche Refoulement

(25.7.1951). Vgl. *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993), S. 186.

62 *Lauterpacht/Bethlehem*, The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion, in: Feller/Türk/Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003, S. 87–177 (112 ff.).

63 So bereits *Lauterpacht/Bethlehem*, a.a.O., S. 112 ff.

64 Art. 92 Abs. 1 S. 1 SRÜ. Vgl. zur Hoheitsgewalt auf hoher See grundsätzlich *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd. I/2, 2. Aufl., S. 354.

65 Siehe nur *O'Brien*, *Refugees on the High Seas: International Refugee Law Solutions to a Law of the Sea Problem*, *GoJIL* 3 (2011) 2, 715–732 (727 ff.). Zur Diskussion vgl. *Hathaway*, *Rights*, S. 335–342; *Goodwin-Gill/McAdam*, *Refugees*, S. 244–256; *Gammeltoft-Hansen*, *Access to Asylum*, 2011, Kap. 3 f.; vgl. auch *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *AEUV* Art. 78 Rn. 6–13.

66 Vgl. UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (26.1.2007), 1–19.

ment-Verbot.⁶⁷ Dieses wurde vom EGMR im Streitfall *Hirsi Jamaa u.a./Italien* aus dem Folterverbot des Art. 3 EMRK hergeleitet. Die extraterritoriale Anwendung des Verbots auf hoher See hat das Gericht zugleich ausdrücklich bejaht.⁶⁸

(2) Vereinbarkeit mit dem Non-Refoulement-Prinzip

Bereits das „Umleiten“ von seetüchtigen Flüchtlingsbooten auf hoher See im Rahmen der EUNAVFOR MED-Mission (Phase 2 a)) könnte gegen das Non-Refoulement-Prinzip gemäß Art. 33 Abs. 1 GFK verstoßen. Geht man von einer extraterritorialen Anwendbarkeit von Art. 33 Abs. 1 GFK aus, kann der Vertragsstaat, um den Anforderungen von Art. 33 Abs. 1 GFK zu genügen, den Flüchtling entweder einem sicheren Drittstaat zuweisen oder ihm einen (zumindest) vorübergehenden Aufenthalt gewähren.

Hieraus folgt indirekt, dass Schiffe mit Flüchtlingen an Bord im Rahmen der Mission EUNAVFOR MED weder aufs offene Meer⁶⁹ hinaus verbracht noch an unsichere Häfen überstellt werden dürfen, wo Leben oder Freiheit der Flüchtlinge gefährdet sind. Die faktische Möglichkeit einer Zurückweisung bzw. Kettenabschiebung des Flüchtlings in seinen Herkunftsstaat muss ausgeschlossen sein.⁷⁰ Es muss daher gewährleistet werden, dass ein Flüchtling nicht von einem Hafen aus, in einen unsicheren

67 Das menschenrechtliche Refoulement-Verbot gewährleistet anders als die GFK einen vorbehaltlosen Schutz auch für Schwerstkriminelle und Terroristen, da Art. 33 Abs. 2 GFK keine Anwendung erfährt. Vgl. nur *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV Art. 78 Rn. 11.

68 EGMR, Urt. vom 23.2.2012 – 27765/09 – *Hirsi Jamaa u.a./Italien*; vgl. zur territorialen Reichweite ausführlich *Weber*, Menschenrechtlicher Schutz von Bootsflüchtlings. Bedeutung des Straßburgers *Hirsi-Jamaa-Urteils* für den Flüchtlingschutz, ZAR 2012, 266 ff.

69 Im Rahmen der Diskussion zwischen den Delegierten im Bundestag wurde die Befürchtung, dass Schiffe mit Flüchtlingen an Bord aufs offene Meer Richtung Süden abgedrängt werden könnten, geäußert. Dies wies die Regierung zurück. Vgl. BT-Plenarprotokoll 127/18, 12336 ff.

70 Vgl. zum Verbot der Kettenabschiebung ausführlich UNHCR, Written Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case of *Sharifi and others v Italy and Greece* (Application No. 16643/09), S. 2, abrufbar unter: <http://www.refworld.org/pdfid/4afd25c32.pdf> (zuletzt aufgerufen am 11.10.2017).

Herkunftsstaat zurückgeführt wird.⁷¹ Für die Bewertung ist nicht nur maßgeblich, ob das Herkunftsland Vertragspartei der Konvention oder zumindest gewohnheitsrechtlich hieran gebunden ist. Vielmehr sind insbesondere die tatsächliche Situation vor Ort, die Praxis bei Zurückweisungen und Kettenabschiebungen zu berücksichtigen.⁷² Nur ausnahmsweise besteht allerdings eine Aufnahmepflicht des Vertragsstaats, unter dessen Flagge das Schiff fährt.⁷³ Dies ist der Fall, wenn andere Möglichkeiten als eine Rückkehr des Flüchtlings in das unsichere Herkunftsland ausscheiden.⁷⁴

Ein Umleiten von Flüchtlingsbooten zurück in libysches Gewässer, sofern diese seetüchtig sind, ist vor diesem Hintergrund mit dem Non-Refoulement-Prinzip unvereinbar. Libyen ist kein Vertragsstaat der GFK und es herrscht dort aktuell Bürgerkrieg. Das Auswärtige Amt spricht von „alerschwersten Menschenrechtsverletzungen“ vor Ort.⁷⁵ Der UNHCR vertritt ebenfalls die Auffassung, Libyen sei derzeit „not a safe country for return“. In den Flüchtlingslagern herrschten unmenschliche Zustände, Flüchtlinge müssten mit Inhaftierungen rechnen und sie hätten keinen Zugang zu Asylverfahren oder Rechtsbeiständen.⁷⁶ Auch Amnesty International prangert an, dass Flüchtlinge und Migranten in Libyen schweren Menschenrechtsverstößen ausgesetzt seien, die von bewaffneten Gruppen, Schleusern, Menschenhändlern und Wärtern offizieller Hafteinrichtungen

71 Der „sichere Ort“ wird auch im Rahmen von Seenotrettungen gebraucht. Eine Richtlinie der International Maritime Organization (IMO) definiert diesen wie folgt: „... a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors' safety is no longer threatened and where their basic human needs [...] can be met.“ IMO, Maritime Safety Committee, Res. MSC 167(78), 2004, Annex 34, Ziffer 6.12 ff.

72 House of Lords in Sachen *T v. Secretary of State for the Home Department* [1996] AC 742, 754, per Lord Mustill; vgl. auch High Court of Australia in Sachen *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Haji Ibrahim* [2000] HCA 55, 16.11.2000, Rn. 136 f.

73 *Lauterpacht/Bethlehem*, a.a.O., S. 113.

74 *Beushausen*, Völkerrechtliche Pflichten und Rechte von (EU)-Mitgliedstaaten gegenüber Migranten auf hoher See, ZAR 2010, 47 f.

75 Tagesschau vom 29.1.2017, „Kritik an ‚KZ-ähnlichen Verhältnissen‘“, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/libyen-fluechtlinge-111.html> (zuletzt aufgerufen am 10.10.2017).

76 Vgl. UNHCR, UNHCR position on returns to Libya – Update I, Oktober 2015, Rn. 18. Hier heißt es: „UNHCR urges all States to suspend forcible returns to Libya, including Tripoli, until the security and human rights situation has improved considerably.“ Abrufbar unter: <http://www.refworld.org/docid/561cd8804.html> (zuletzt aufgerufen am 8.11.2017).

verübt würden.⁷⁷ Eine Rückführung von Flüchtlingen im Rahmen der Operation EUNAVFOR MED muss hieran scheitern. Sie würde gegen Art. 33 Abs. 1 GFK verstoßen.

Die derzeitige Praxis der Mission sieht demnach auch vor, dass die Flüchtlinge nicht zurück nach Libyen, sondern in Häfen nach Italien verbracht werden.⁷⁸ Vor Ort greift sodann Art. 31 Abs. 2 GFK, d.h. der Vertragsstaat kann als Aufnahmestaat die Bewegungsfreiheit der Flüchtlinge beschränken, die das Staatsgebiet unerlaubt betreten haben.⁷⁹ Dies gibt dem Aufnahmestaat vorab auch die Möglichkeit, im Einklang mit Art. 33 Abs. 2 GFK zu prüfen, ob der Flüchtling eine Gefahr für die Sicherheit oder Allgemeinheit des Aufnahmestaates darstellt. Hierfür können die Flüchtlinge auch vorübergehend auf Staatsschiffen untergebracht werden, wenn die Flüchtlinge wie im vorliegenden Fall auf dem Seeweg in das Hoheitsgebiet eines Staates gelangen.⁸⁰ Es besteht keine Pflicht des Aufnahmestaates zur Ausschiffung, d.h. zum Verbringen der Flüchtlinge auf das Landterritorium des Vertragsstaates.⁸¹ Zudem besteht die Möglichkeit der Unterbringung der Flüchtlinge in Transitzonen an Land, über die er die Hoheitsgewalt hat – dies stellt sodann noch keine Einreise im rechtlichen Sinne dar.⁸²

77 Amnesty International Report 2016/2017 zu Libyen, Rechte von Flüchtlingen und Migranten, abrufbar unter: <https://www.amnesty.de/jahresbericht/2017/libyen#section-24540> (zuletzt aufgerufen am 8.11.2017).

78 Vgl. Bundestag, Drucksache 18/13604 vom 20.9.2017, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Omid Nouripour, Agnieszka Brugger, Dr. Franziska Brantner, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 4.

79 Die deutsche Rechtsprechung hat teilweise die Anwendbarkeit von Art. 31 Abs. 1 GFK verneint, sofern sich die Flüchtlinge Schleusern zur tatsächlichen Einreise bedient hatten. So u.a. OLG Köln, 1. Strafsenat Urt. vom 21.10.2003, Az: Ss 270 – 271/03; OLG Düsseldorf, 4. Strafsenat, Beschl. vom 1.7.2008 Az: III-5 Ss 122/08; anders: OLG Stuttgart, 4. Strafsenat, Urt. v. 2.3.2010, Az: 4 Ss 1558/09.

80 Siehe *Lehnert/Markard*, Mittelmeerroulette – Das Hirsi-Urteil des EGMR und die europäische Grenzpolitik auf See, ZAR 2012, 194 ff.

81 Vgl. *Roseag*, Refugees as rescues – the Tampa Problem, SIMPLY 2003, 73.

82 Siehe nur *Beushausen*, a.a.O., 47.

cc) Beurteilung am Maßstab anderer völkerrechtlicher Übereinkommen

Die Maßnahmen der Operation EUNAVFOR MED, wie insbesondere das Anhalten und Durchsuchen sowie die Umleitung der Schiffe, müssen auch im Einklang mit anderen völkerrechtlichen Regelungen stehen.

Dabei ist insbesondere Art. 301 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen von 1982 (im Folgenden: SRÜ)⁸³ zu beachten. Dieser bestimmt den Grundsatz der friedlichen Nutzung der Meere. Hiernach ist ein Anhalten und Durchsuchen nur erlaubt bei Seeräuberschiffen oder Schiffen ohne Flagge. Letzteres betrifft wohl Schleuserschiffe, die ohne Flagge fahren. Allerdings geht es bei der Vorschrift eher um die Ahndung des formellen Verstoßes (Art. 110 Abs. 1 lit. A und b SRÜ). Gleichwohl wird vertreten, dass hierdurch das Anhalten, Betreten und Durchsuchen von Schleuserbooten umfasst ist.⁸⁴ Dies gilt allerdings nicht für das Beschlagnahmen und Umleiten der Flüchtlingsschiffe.

Auch das sog. Zusatzprotokoll gegen Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg aus dem Jahr 2000 (im Folgenden: Zusatzprotokoll gegen Schleusung) ist für den Einsatz gegen Schlepper von Bedeutung.⁸⁵ In seinem Art. 8 wird bestimmt, dass das Anhalten und Durchsuchen von eigenen Schiffen oder von fremden Schiffen nach Ermächtigung durch den Flaggenstaat erlaubt ist. Allerdings stellt sich auch hier wieder das Problem, dass Schlepperboote meist ohne ausdrückliche Hoheitszeichen beziehungsweise ohne Flaggen fahren. Art. 8 Abs. 7 i.V.m. Art. 9 Abs. 4 des Zusatzprotokolls gegen Schleusung bestimmt, dass das Anhalten und Durchsuchen von Schiffen ohne erkennbare Staatszugehörigkeit nur von Kriegsschiffen oder als im Staatsdienst gekennzeichneten Schiffen erfolgen darf.⁸⁶ Als „geeignete Maßnahmen“, die dann ergriffen

83 Vgl. Gesetz zum SRÜ vom 2.9.1994, BGBl 1994 II S. 1799. Dem SRÜ sind alle EU-Mitgliedstaaten und die EU beigetreten. Es bildet überwiegend Völkergewohnheitsrecht ab.

84 So bspw. *Schmitt*, ZEuS 4/2006, 561 f.

85 Vgl. Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 15. November 2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie zu den Zusatzprotokollen gegen den Menschenhandel und gegen die Schleusung von Migranten vom 1. September 2005 (BGBl. 2005 II S. 954).

86 Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass Art. 8 Abs. 7 über Art. 110 SRÜ hinausgehe und die weitergehende Rechtsgrundlage sei. Bei Flaggenlosigkeit von Schiffen sei es jedoch ratsam eine UNSR-Resolution einzuholen, so *Weinzierl/Lisson*, Grenzschutz und Menschenrechte, 2007, S. 35. Anderer Auffassung ist

werden können, zählen wohl auch die Festnahme und erkennungsdienstliche Behandlung von Schleusern.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob hierfür ein hinreichendes UN-Mandat gemäß Art. 39 UN-Charta vorliegt. Kurz nach dem Beginn von Phase 2 a) gab es eine UN-Sicherheitsratsresolution.⁸⁷ Hiernach können die Schiffe vor der Küste Libyens, für die der Verdacht besteht, dass sie der Schleusung von Migranten aus Libyen dienen, beschlagnahmt werden (Ziff. 7). Sofern sich der Verdacht bestätigt, können „weitere Maßnahmen“ erfolgen (Ziff. 8, Ziff. 10). Um auch in libysches Hoheitsgewässer eindringen zu können, bedarf es jedoch einer weitergehenden UN-Resolution nach Art. 39 UN-Charta. Diese liegt bislang nicht vor.⁸⁸

Aus alledem lässt sich keine Ermächtigung für eine Umleitung der Schiffe unter Zwangsandrohung erkennen. Darüber hinaus gilt das Gewaltverbot gemäß Art. 2 Nr. 4 UN-Charta. Auch Art. 5 und 6 des Zusatzprotokolls gegen Schleusung machen deutlich, dass die Bekämpfung von Schlepperkriminalität den Flüchtlingsschutz durch die GFK nicht beeinträchtigen darf.

b) Ergebnis

Die EUNAVFOR MED kann – unter Einhaltung der GFK – Schlepperboote auf hoher See, die aus Libyen kommen, anhalten, durchsuchen und umleiten, auch mit militärischer Gewalt. Hierbei gilt jedoch, dass die Sicherheit der Personen an Bord absoluten Vorrang hat. Da die Schleuserboote häufig weder seetüchtig noch bewaffnete Personen an Bord sind, folgt hieraus faktisch ein Gewaltverbot.

Capaldo, The EUNAVFOR MED Operation and the Use of Force, ASIL Insights, Vol. 19 (27), 18.12.2015. Hierzu ausführlich *Schmitt*, ZEuS 4/2006, 561 f.

87 UNSR-Resolution 2240 (2015). Hierauf folgte Beschluss (GASP) 2016/118 vom 20.1.2016 zur Umsetzung der Resolution 2240 (2015) des Sicherheitsrats der VN durch die EUNAVFOR MED Operation Sophia, ABl. L 23 v. 29.1.2016, S. 63.

88 Auch UNSR-Resolution 2292 vom 14.6.2016 ermächtigt nicht zu den in Phase 2b) und Phase 3) vorgesehenen Maßnahmen im Hoheitsgebiet von Libyen. Dies gilt auch für UNSR-Resolution 2357 vom 12.6.2017.

2. Route Türkei-EU

In der zweiten hier untersuchten Push-Back-Konstellation geht es um die direkte Zurückweisung von Flüchtlingen von Griechenland in die Türkei.

a) EU-Türkei-Erklärung

Der sog. Türkei-Deal bzw. die gemeinsame Erklärung der Europäischen Union und der Türkei vom 18. März 2016⁸⁹ sieht folgende Regelungen vor: Alle nach dem 20. März 2016 illegal aus der Türkei in die EU eingereisten Flüchtlinge werden auf türkisches Territorium zurückgebracht.⁹⁰ Bis es zur Zurückweisung der Flüchtlinge in die Türkei kommt, werden sie in Griechenland in sog. Hotspots auf den Inseln untergebracht.⁹¹ Für die Durchsetzung des Übereinkommens wird Personal aus Griechenland, anderen Mitgliedstaaten, Frontex und der EASO rekrutiert.⁹²

89 Europäischer Rat, Pressemitteilung 144/16 vom 18.3.2016. Vgl. zur rechtlichen Einordnung der Erklärung EuG, Beschl. vom 28.2.2017, T 192/16, ECLI:EU:T:2017:128 – NF/Europäischer Rat. Siehe hierzu kritisch *Bast*, Scharade im kontrollfreien Raum: Hat die EU gar keinen Türkei-Deal geschlossen?, Verfassungsblog, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/scharade-im-kontrollfreien-raum-hat-die-eu-gar-keinen-tuerkei-deal-geschlossen/> (zuletzt aufgerufen am 10.11.2017).

90 COM, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat, Nächste operative Schritte in der Zusammenarbeit zwischen der EU und der Türkei im Bereich Migration vom 16.3.2016, COM(2016), 166 final, S. 2.

91 Das Hotspot-Konzept wurde erstmals im Mai 2015 von der Kommission als Teil der Europäischen Migrationsagenda vorgestellt. COM, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Die Europäische Migrationsagenda: COM(2015) 240 final, S. 7.

92 Auch das Europäische Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO) soll die griechischen Behörden bei der Bearbeitung der Anträge und Rückführungen unterstützen, „erforderlichenfalls durch ein zusätzliches und gezieltes Hilfeersuchen an die Mitgliedstaaten“, COM(2016), 166 final, S. 5. Vgl. auch das Fact Sheet der Europäischen Kommission „EU-Turkey Agreement: Questions and Answers“ vom 19.3.2016, S. 2, abrufbar unter: www.europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-963_de.htm (zuletzt aufgerufen am 10.4.2017).

Im Gegenzug sollen syrische Flüchtlinge direkt aus der Türkei (per Flugzeug) in die Europäische Union gebracht werden.⁹³ Allerdings sollen die Flüchtlinge, die bereits einmal illegal nach Griechenland eingereist waren, schlechtere Aussichten darauf haben, in ein solches „europäisches“ Kontingent zu kommen.⁹⁴

Das Verfahren ist derart ausgestaltet, dass vorerst für jeden über das Meer in die Türkei zurückgewiesenen Flüchtling die Aufnahme eines Flüchtlings direkt aus der Türkei erfolgen soll. Das 1 : 1-Verhältnis gilt bis zu einer Anzahl von 72.000. Danach soll ein Kontingent von 18.000 Flüchtlingen ohne Austauschfordernis aufgenommen werden. Die mögliche Aufstockung um 54.000 Plätze im Kontingent ist möglich. Im Anschluss soll die freiwillige Aufnahme weiterer Flüchtlinge erfolgen.⁹⁵

Ziel des Abkommens ist es, die Zahl der (unkontrolliert) über die Grenze kommenden Flüchtlinge einzudämmen und damit einen Anreiz für die legale Einreise zu schaffen.⁹⁶

aa) Vereinbarkeit mit dem Non-Refoulement-Prinzip

Vor dem Hintergrund der Absolutheit der Erklärung, wonach „alle“ Flüchtlinge, die von der Türkei aus nach Griechenland einreisen, in die Türkei zurückgebracht werden sollen, erscheint es äußerst zweifelhaft, ob die Regelungen des EU-Türkei-Deals mit der GFK im Einklang stehen können.

Anders als im Fall der Mittelmeerroute Libyen-Italien stellt sich die Frage nach der extraterritorialen Anwendbarkeit von Art. 33 GFK auf der Mittelmeerroute Türkei-Libyen nicht, da die Flüchtlingsschiffe regelmäßig die griechischen Inseln und damit griechisches Hoheitsgebiet erreichen.⁹⁷

Wie bereits festgestellt wurde, ergibt sich aus Art. 33 GFK grundsätzlich kein Recht auf Asyl.⁹⁸ Ein Flüchtling darf jedoch nicht in ein Gebiet ausgewiesen bzw. zurückgewiesen werden, in dem sein Leben oder seine

93 Vgl. Fact Sheet der Europäischen Kommission zum EU-Turkey Agreement, a.a.O., S. 2.

94 Europäischer Rat, Pressemitteilung 144/6 vom 18.3.2016, Ziffer 2.

95 Europäischer Rat, Pressemitteilung 144/6 vom 18.3.2016, Ziffer 2.

96 Europäischer Rat, Pressemitteilung 144/6 vom 18.3.2016, S. 1.

97 Vgl. hierzu *Beushausen*, ZAR 2010, 45 ff.

98 *Weis*, *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary*, S. 342.

Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde. Dabei ist derzeit zweifelhaft, ob es sich bei der Türkei um einen für Flüchtlinge sicheren Ort handelt.

Hiergegen spricht, dass die Türkei zwar die GFK und das Protokoll von 1967 ratifiziert hat, die Anwendbarkeit allerdings – wie einleitend dargelegt – auf Flüchtlinge aus europäischen Staaten beschränkt hat.⁹⁹ Der Schutz nach der GFK gilt daher u.a. nicht für Syrer oder Afghanen.

Das Non-Refoulement-Prinzip gilt jedoch zumindest als Völkergewohnheitsrecht¹⁰⁰, wenn nicht sogar als zwingendes Völkerrecht (*ius*

⁹⁹ *Hathaway* vertrat die Auffassung, dass die Rechtmäßigkeit des EU-Türkei-Deals bereits hieran scheitern müsse, vgl. Verfassungsblog vom 9.3.2016; Hailbronner antwortete hierauf, dass das Europäische Recht und insbesondere Art. 39 der Asylverfahrensrichtlinie keine Unterzeichnung der GFK ohne geographische Beschränkung erforderlich mache. Es komme nur darauf an, dass die Türkei tatsächlich die erforderlichen Standards der GFK auch auf nichteuropäische Flüchtlinge anwende. *Hailbronner*, Legal Requirements for the EU-Turkey Refugee Agreement: A Reply to Hathaway, abrufbar unter: www.verfassungsblog.de/legal-requirements-for-the-eu-turkey-refugee-agreement-a-reply-to-j-hathaway (zuletzt aufgerufen am 11.10.2017).

¹⁰⁰ Vgl. *Lauterpacht/Bethlehem*, a.a.O., S. 140 ff.; *Kälin/Caroni/Heim*, Article 33, Rn. 1, in: Zimmermann (Hrsg.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, OUP (2011), Rn. 31, m.w.N.; Trevisanut, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 12 (2008), S. 205 (215). Anders *Kugelmann*, *Refugees*, in: Wolfrum (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, abrufbar unter: <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL> (zuletzt aufgerufen am 11.10.2017). Vgl. auch UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law, Response to the Questions posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93* (abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/home/RSDLEGAL/437b6db64.html>, zuletzt aufgerufen am 10.11.2017); UNHCR, *Note on the Principle of Non-Refoulement (EU Seminar on the Implementation of the 1995 EU Resolution on Minimum Guarantees for Asylum Procedures)*, 1.11.1997, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/home/RSDLEGAL/438c6d972.html> (zuletzt aufgerufen am 10.11.2017). Vgl. auch New Zealand Court of Appeal, *Zaoui v. Attorney General*, 30.9.2004, (No 2) [2005] 1 NZLR 690, Rn. 34 (“The prohibition on refoulement, contained in art 33.1 of the Refugee Convention, is generally thought to be part of customary international law, the (unwritten) rules of international law binding on all States, which arise when States follow certain practices generally and consistently out of a sense of legal obligation.”) und Rn. 136 (“The Refugee Con-

cogens) auch in der Türkei.¹⁰¹ Demnach ist die Türkei bei der Behandlung der auf ihr Territorium zurückgeführten Flüchtlinge anderer Nationalitäten trotzdem an das Non-Refoulement-Prinzip gebunden.¹⁰² Darüber hinaus gilt für die Türkei auch die EMRK und das hieraus abgeleitete menschenrechtliche Refoulement-Verbot.¹⁰³

Selbst wenn die Türkei den Schutz der Konvention nicht räumlich eingegrenzt hätte, bedarf es der zusätzlichen Prüfung, ob die Gewährung des Schutzes auch tatsächlich erfolgt.¹⁰⁴ Es kommt somit auf die tatsächliche Schutzgewährung der verschiedenen Flüchtlinge durch die Türkei an.

Vor dem Hintergrund aktueller Presseberichterstattung, nach der die Türkei Flüchtlinge willkürlich inhaftiert und weiter in Drittstaaten abschiebt, erscheint eine umfassende Schutzgewährung höchst zweifelhaft und nicht hinreichend gesichert.¹⁰⁵ Dies wird auch daran deutlich, dass die

vention is designed to protect refugees from persecution and the non-refoulement obligation is central to this function. It is non-derogable in terms of art 42.1 and, as discussed above at para [34] has become part of customary international law.”).

101 Hierbei handelt es sich um sog. zwingendes Völkerrecht nach Art. 53 S. 2 WVK. Für eine Einordnung als *ius cogens* ist erforderlich, dass die Norm von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf, anerkannt wird. Vgl. *Weinzierl/Lisson*, Grenzschutz und Menschenrechte, 2007, S. 46 m.w.N.

102 Dies wäre nur ausnahmsweise zu verneinen, wenn die Türkei als sog. *persistent objector* einzustufen wäre. Hiernach hätte sich die Türkei allerdings der zu Völkergewohnheitsrecht werdenden Norm (hier: Art. 33 Abs. 1 GFK) von Anfang an konsequent widersetzt und diesen Widerspruch gegenüber anderen Staaten kundgetan haben müssen. Hiervon ist nicht auszugehen, da die Türkei beispielsweise im Rahmen der EU-Türkei-Erklärung die Einhaltung der gleichen Schutzstandards für syrische und nicht-syrische Flüchtlinge schriftlich zugesichert hat. Vgl. Antwort der Bundesregierung auf Fragen der Fraktion Die Linke zum EU-Türkei-Abkommen zur Migrationsbekämpfung, Drucksache 18/8542, 24.5.2016, S. 2.

103 Siehe hierzu auch *Aras*, Die Bedeutung der EMRK für den Grundrechtsschutz in der Türkei, ZEuS, 219 ff.

104 *Lauterpacht/Bethlehem*, a.a.O., S. 123 ff.

105 Vgl. *Reimann/Salloum* in Spiegel Online vom 11.5.2016, An der Grenze droht der Tod, abrufbar über www.spiegel.de/politik/ausland/fluechtinge-dem-islamischen-staat-entkommen-in-der-tuerkei-erschossen-a-1091750.html (zuletzt aufgerufen am 11.10.2017) oder auch das Rechtsgutachten von PRO ASYL: Türkei ist kein sicherer Staat für Flüchtlinge vom 4.3.2017, abrufbar unter www.proasyl.de/news/rechtsgutachten-von-pro-asyl-tuerkei-ist-kein-sicherer-staat-fuer-fluechtlinge/ (zuletzt aufgerufen am 11.10.2017).

Türkei derzeit mit vierzehn Herkunftsländern in Verhandlung hinsichtlich ähnlicher Rückführungsabkommen steht, wie es zwischen der EU und der Türkei ausgehandelt wurde.¹⁰⁶ Die Türkei hat beispielsweise bereits mit Pakistan ein solches Übereinkommen geschlossen.¹⁰⁷

Der zurückweisende Staat verstößt gegen das Non-Refoulement-Prinzip, wenn die Türkei den zurückgewiesenen Flüchtlingen keinen ausreichenden Schutz bietet. Intensiv wird daher aktuell darüber gestritten, ob die Türkei als sicherer Drittstaat im Sinne von Art. 38 Asylverfahrensrichtlinie (2013/32/EU)¹⁰⁸ einzustufen ist.¹⁰⁹ Hinzu kommt, dass die Flüchtlinge im Asylverfahren die Möglichkeit haben müssen, darzulegen, dass ein Land, das als sicherer Drittstaat eingestuft wurde, in ihrem Fall keine Sicherheit vor Verfolgung in ihrem Herkunftsland bietet.¹¹⁰ Dass dies den Flüchtlingen auch tatsächlich gelingen kann, ist fraglich. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Vorgabe, dass „alle Flüchtlinge“

106 Abkommen zwischen der EU und der Republik Türkei über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt vom 7.5.2014, ABl. L 134/3. Das Rückführungsübereinkommen enthält auch Vorschriften über die Rückübernahme anderer Personen als Staatsangehöriger (Drittstaatsangehörige und Staatenlose), die in das Hoheitsgebiet der einen Seite vom Hoheitsgebiet der anderen Seite aus gelangt sind oder sich darin aufhalten. Die Vorschriften bezüglich der Rückübernahme der Staatsangehörigen traten zum 1.10.2014 in Kraft. Die ergänzenden Vorschriften bezüglich der Rückübernahme aller anderen Drittstaatsangehörigen traten am 1.6.2016 in Kraft. Ursprünglich war deren Eintritt erst am 1.10.2017 geplant. Vgl. Pro Ayl, Rechtsgutachte von PRO ASYL: Türkei ist kein sicherer Staat für Flüchtlinge, abrufbar unter: www.proasyl.de/news/rechtsgutachten-von-pro-asyl-tuerkei-ist-kein-sicherer-staat-fuer-fluechtlinge/ (zuletzt aufgerufen am 11.11.2017).

107 Siehe hierzu taz vom 12.12.2016, Flüchtlingspolitik der Türkei, Der Türsteher am Bosphorus, abrufbar unter: www.taz.de/!5365290/ (zuletzt aufgerufen am 11.10.2017).

108 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zum gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Asylverfahrensrichtlinie), ABl. 2013 L 180, 60-96.

109 Die Bundesregierung ist der Auffassung, bei der Türkei handele es sich um einen sicheren Drittstaat. Vgl. Antwort der Bundesregierung auf Fragen der Fraktion Die Linke zum EU-Türkei-Abkommen zur Migrationsbekämpfung, Drucksache 18/8542, 24.5.2016, S. 1 ff.; anderer Auffassung hierzu ist u.a. Pro Ayl, Rechtsgutachten von PRO ASYL: Türkei ist kein sicherer Staat für Flüchtlinge, abrufbar unter: www.proasyl.de/news/rechtsgutachten-von-pro-asyl-tuerkei-ist-kein-sicherer-staat-fuer-fluechtlinge/ (zuletzt aufgerufen am 11.11.2017); vgl. auch *Roman/Baird/Radcliffe*, *Statewatch*, Why Turkey is Not a Safe Country, S. 1 ff.

110 Vgl. Art. 38 Abs. 2 c) Asylverfahrensrichtlinie.

zurück in die Türkei verbracht werden sollen. Eine Rückführung in die Türkei ohne vorherige Möglichkeit, die Vermutung der Sicherheit zu widerlegen, verstößt daher ebenfalls gegen das Non-Refoulement-Prinzip.¹¹¹

Ein Verstoß gegen Art. 31 Abs. 1 GFK kann schließlich auch darin liegen, dass die Flüchtlinge zum Großteil auf den griechischen Inseln festgehalten und nicht aufs Festland ausgeschifft werden.¹¹² Hier bedarf es jedoch der Prüfung im Einzelfall, ob von dem Flüchtling eine Gefahr für den Aufnahmestaat ausgeht.

Schließlich verpflichtet Art. 3 GFK die Mitgliedstaaten dazu, Flüchtlinge nicht aufgrund ihrer Nationalität oder Staatsangehörigkeit zu diskriminieren.¹¹³ Ein Verstoß hiergegen könnte sich ergeben, wenn beispielsweise Iraker oder Afghanen im Rahmen des EU-Türkei-Deals anders als Syrer behandelt werden. Hier ist zu beachten, dass nicht jede Ungleichbehandlung zugleich gegen das Diskriminierungsverbot verstößt, sondern es sachliche Gründe gibt, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können.

Im Ergebnis ist ein zur GFK „äquivalenter Schutz“ für nichteuropäische Flüchtlinge in der Türkei daher äußerst fraglich. Derzeit wird zwar argumentiert, dass die Türkei der EU einen derartigen Schutz zugesichert hat und ihn seit der Einführung eines umfassenden Asylrechts im Jahr 2013 de facto auch gewährt.¹¹⁴ Es besteht aber im Fall der Türkei trotzdem noch

111 Vgl. Pro Ayl, Rechtsgutachte von PRO ASYL: Türkei ist kein sicherer Staat für Flüchtlinge, abrufbar unter: www.proasyl.de/news/rechtsgutachten-von-pro-asyl-tuerkei-ist-kein-sicherer-staat-fuer-fluechtlinge/ (zuletzt aufgerufen am 11.10.2017).

112 Ziebritzki/Nestler, Hotspots' an der EU-Außengrenze. Eine rechtliche Bestandsaufnahme. Arbeitspapier, MPIL Research Paper Series, No. 2017-17; vgl. auch Europäische Kommission, Ein Hotspot – Konzept zur Steuerung außergewöhnlicher Migrationsströme, abrufbar unter: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR17_6/SR_MIGRATION_HOTSPOTS_DE.pdf (zuletzt aufgerufen am 11.11.2017).

113 Vgl. hierzu auch Hathaway, Three Legal Requirements for the EU-Turkey Deal: An interview with James Hathaway, Verfassungsblog vom 9.3.2016, abrufbar unter: www.verfassungsblog.de/three-legal-requirements-for-the-eu-turkey-deal-an-interview-with-james-hathaway (zuletzt aufgerufen am 11.10.2017).

114 Siehe zum türkischen Asylgesetz ZAR 2013, 1 ff. vgl. auch Eksi, The New Turkish Law on Foreigners and International Protection: An Overall Assessment, 2014.

die Gefahr einer Kettenabschiebung (sog. *chain refoulement*).¹¹⁵ Dies ergibt sich zum einen aus den Rückführungsabkommen, die die Türkei derzeit selbst verhandelt, und zum anderen daraus, dass bereits angekündigt wurde, auch auf syrischem Hoheitsgebiet sog. sichere Schutzzonen schaffen und Flüchtlinge dorthin verbringen zu wollen.¹¹⁶

Für die Gewährleistung der Einhaltung des Non-Refoulement-Prinzips bedarf es daher der laufenden Überwachung der Umsetzung des Abkommens durch die Türkei vonseiten der Mitgliedstaaten und der EU.

bb) Beurteilung am Maßstab anderer völkerrechtlicher Übereinkommen

Neben der GFK ist der „EU-Türkei-Deal“ auch an den Vorgaben der EMRK zu messen. Art. 3 EMRK bestimmt, dass Flüchtlinge nicht unter unwürdigen Haftbedingungen festgehalten werden dürfen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bescheinigte Griechenland in Sachen *M.S.S./Belgien und Griechenland* bereits unwürdige Haft- bzw. Lebensbedingungen für Flüchtlinge – wenn auch zeitlich vor der EU-Türkei-Erklärung.¹¹⁷ Griechenland ist demnach gehalten, die Lebensbedingungen für die auf den griechischen Inseln und auf dem griechischen Festland befindlichen Flüchtlinge menschenwürdig auszugestalten. Dies gilt insbesondere für die auf den griechischen Inseln eingerichteten Hotspots.

Auch das menschenrechtliche Non-Refoulement-Verbot wurde wie bereits erwähnt aus Art. 3 EMRK abgeleitet.¹¹⁸ Hier lassen sich ganz überwiegend die obigen Aussagen zu Art. 33 Abs. 1 GFK übertragen.

Darüber hinaus ist auch Art. 4 Nr. 4 Prot. EMRK anwendbar, wonach Kollektivausweisungen ausländischer Personen verboten sind. Von einer Kollektivausweisung ist auszugehen, wenn keine individuelle Prüfung von Anträgen oder Identifizierung von Personen erfolgt.¹¹⁹ Um diesem Aspekt

115 Vgl. Human Rights Watch, EU/Griechenland, Menschenrechtsverletzungen bei ersten Abschiebungen in die Türkei, 21.4.2016, abrufbar unter: www.hrw.org/print/289101 und Human Rights Watch, Syrians Pushed Back at the Border, 23.11.2015, abrufbar unter www.hrw.org/print/283648 (zuletzt aufgerufen am 11.10.2017).

116 Vergleiche auch hierzu bereits die EU-Türkei-Erklärung vom 18.3.2016, a.a.O., Ziffer 9).

117 EGMR, Urt. vom 21.1.2011 – 30696/09 – *M.S.S./Belgien und Griechenland*.

118 EGMR, Urt. vom 23.2.2012 – 27765/0, Rn. 81 ff. – *Hirsi Jamaa u.a./Italien*.

119 Vgl. hierzu bereits EGMR, Urt. vom 5.2.2002 – 51564/99 – *Čonka/Belgien*.

Rechnung zu tragen, verweist die EU-Türkei-Erklärung daher auch auf die notwendige Prüfung der Asylanträge durch die griechischen Behörden auf Einzelfallbasis.¹²⁰ Dies muss in der Praxis gewährleistet werden.

Schließlich ist das Abkommen auch an Art. 13 EMRK zu messen. Hiernach ist den Flüchtlingen eine effektive Beschwerdemöglichkeit einzuräumen, wozu erforderlich ist, ihnen Rechtsberater und Übersetzer zur Seite zu stellen.¹²¹ Schließlich muss ihnen die Möglichkeit eines Widerspruchs mit aufschiebender Wirkung zur Verfügung stehen, den sie gegen ihre Zurückweisung in das türkische Hoheitsgebiet einlegen können.¹²²

b) Ergebnis

Hiernach ergibt sich, dass die derzeitige Ausgestaltung des EU-Türkei-Deals mit der GFK nur im Einklang stehen kann, sofern die Türkei den zurückgeschobenen Flüchtlingen ausreichenden oder vergleichbaren Schutz nach der GFK gewährt und den Flüchtlingen insbesondere auch keine Kettenabschiebung in ihre unsicheren Herkunftsstaaten droht.

120 EU-Türkei-Erklärung vom 18.3.2016, a.a.O., Ziffer 1).

121 EGMR, Urt. vom 21.1.2011 – 30696/09, Slg 11-I Rn. 390 ff. – M.S.S./Belgien und Griechenland.

122 EGMR, Urt. vom 2.12.2008 – 32733/08 – K.R.S./Vereinigtes Königreich; vgl. auch EGMR, Urt. vom 5.7.2016 – 29094/09, Rn. 67 ff. – A.M./Niederlande zur Frage, ob dies auch für eine zweite Instanz gilt; EGMR, Urt. vom 27.2.2014 – 70055/10, Rn. 94 ff. – S.J./Belgien (nach Verweisung an die GK am 19.3.2015 striking out-Urteil); EGMR, Urt. vom 23.7.2013 – 41872/10, Slg 13-IV, Rn. 133 – M.A./Zypern; EGMR, Urt. vom 23.2.2012 – 27765/09 (GK), Slg 12-II Rn. 199 = NVwZ 2012, 809 (816 f.) – Hirsi Jamaa u.a./Italien; EGMR 26.7.2011 – 41416/08, Rn. 128 ff. – M. u.a./Bulgarien; EGMR 21.1.2011 – 30696/09 (GK), Slg 11-I Rn. 293 = NVwZ 2011, 413 (416) – M.S.S./Griechenland u. Belgien; EGMR 26.4.2007 – 25389/05, Slg 07-II Rn. 58 – Gebremedhin/Frankreich; EGMR, Urt. vom 5.2.2002 – 51564/99, Slg 02-I Rn. 79 – Čonka/Belgien; EGMR, Urt. vom 25.3.1983 – 5947/72, Rn. 115 – Silver u.a./Vereinigtes Königreich; vgl. auch *Meyer-Ladewig/Renger*, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 13 Rn. 9 ff. und *Karpenstein/Mayer/Breuer*, 2. Aufl. 2015, EMRK Art. 13 Rn. 49–53.

IV. Rechtsschutz

Die GFK verpflichtet als völkerrechtliches Übereinkommen grundsätzlich nur die eigenen Vertragsstaaten. Für Streitfälle ist der Internationale Gerichtshof der Vereinten Nationen (IGH) zuständig. Er entscheidet über Streitigkeiten „zwischen den Parteien des Abkommens über dessen Auslegung oder Anwendung“. Zur Einleitung eines Verfahrens bedarf es des Antrags einer der „Parteien“. Hinzu kommt, dass die GFK auch nicht die konkrete Ausgestaltung der Asylverfahren regelt. Dies ist den Vertragsstaaten überlassen.¹²³ Dem Einzelnen bleibt folglich nur die Durchsetzung der ihm aus der Konvention zustehenden Rechte vor nationalen Gerichten, sofern die Regelungen der Konvention unmittelbar anwendbar sind. Dies gilt es im Einzelfall zu prüfen. In Bezug auf das Non-Refoulement-Prinzip wird die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 33 Abs. 1 GFK bejaht.¹²⁴

Da die EU bis heute kein Vertragsstaat der GFK ist, wird sie durch diese völkerrechtlich nicht verpflichtet. Allerdings nehmen sowohl Art. 18 der Grundrechte Charta (GrCh) als auch Art. 78 Abs. 1 AEUV auf die GFK Bezug. Der Bindungsumfang richtet sich demnach nach Primärrecht.¹²⁵ Art. 18 GrCh umfasst das Recht jedes Einzelnen auf eine der GFK entsprechende Ausgestaltung des Asylrechts – Träger des Grundrechts sind alle natürlichen Personen, also Drittstaatsangehörige und Unionsbürger.¹²⁶ Ein Verstoß gegen die GFK begründet zugleich einen Verstoß gegen Art. 78 Abs. 1 AEUV, der zur Nichtigkeit beziehungsweise zur Konformauslegung des Sekundärrechts führt.¹²⁷ Dies bestätigte der EuGH in seinen Urteilen zur aktualisierten Asyl-Qualifikations-RL 2011/95/

123 Siehe hierzu ausführlich BeckOK AusIR/Thym, 16. Aufl. 2016, AEUV Art. 78 Rn. 2 ff.

124 Vgl. bereits *Rah*, Asylsuchende und Migranten auf See, S. 134 ff. Das in Art. 33 Abs. 1 GFK enthaltene Gebot sei hinreichend klar und eindeutig bestimmt und bezweckt, dem Einzelnen Schutz vor der Rückkehr in Gebiete zu gewähren, in denen ihm Verfolgung droht. Es bedürfe keiner weiteren Umsetzung (sog. self-executing norm). So im Ergebnis auch *Cremer*, S. 41; *Hailbronner/Randelzhofer*, EuGRZ 1986, Rn. 642; *Marx*, Personen mit besonderem Schutzbedarf im Verfahren der Rückkehrentscheidung, ZAR 2011, 293; a.A. *Klos*, ZAR 2010, 2000.

125 Vgl. *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL 2015, Art. 78 AEUV Rn. 7.

126 *Calliess/Ruffert/Rossi*, EU-GRCh Art. 18 Rn. 8.

127 Kraft der primärrechtlichen Anordnung dient die GFK als Rechtmäßigkeitsmaßstab für Sekundärrecht unter Einschluss der Asyl-Qualifikations-RL, das im Kon-

EU.¹²⁸ Zweifellos ändert die primärrechtliche Verpflichtung auf die GFK nicht deren völkerrechtlichen Charakter, die Auslegung und Anwendung der GFK durch den EuGH folgt daher völkerrechtlichen Grundsätzen.¹²⁹

Nach der Rechtsprechung des EuGH können jedoch selbst völkerrechtliche Verträge, die alle Mitgliedstaaten ratifiziert haben, nur dann als Rechtmäßigkeitsmaßstab für das Sekundärrecht herangezogen werden, soweit sie Völkergewohnheitsrecht kodifizieren und unmittelbar anwendbar sind.¹³⁰ Wegen der konstitutiven Anordnung in Art. 78 Abs. 1 stellt sich die Frage, welche GFK-Bestimmungen zugleich Völkergewohnheitsrecht darstellen, jedoch nicht. Vielmehr muss die EU die gesamte GFK beachten.¹³¹ Ein Verstoß gegen die GFK begründet zugleich einen Verstoß gegen Art. 78 Abs. 1 AEUV, der zur Nichtigkeit des Sekundärrechts führt.

Aus Sicht der Mitgliedstaaten kommt es wegen Art. 78 Abs. 1 AEUV zu keiner Pflichtenkollision zwischen GFK und Unionsrecht, die durch einen Vorrang des Unionsrechts aufzulösen wäre.¹³² Da das Unionsrecht nach der EuGH-Rechtsprechung eine autonome Rechtsordnung darstellt (und keine Teilordnung des Völkerrechts ist),¹³³ kommt das völkervertragsrechtliche Kollisionsrecht bei der innerstaatlichen Anwendung des Unionsrechts durch nationale Gerichte nicht zur Anwendung.¹³⁴ Nationale Gerichte müssen gemäß Art. 267 AEUV die Frage eines eventuellen GFK-Verstoßes durch EU-Sekundärrecht dem EuGH vorlegen. Aus der primärrechtlichen Stellung der GFK gemäß Art. 78 Abs. 1 AEUV folgt zugleich, dass diese am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teilhat.¹³⁵ In Deutschland besitzt die GFK daher nicht länger den einfachgesetzlichen Rang des Zustimmungsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 GG, sondern wirkt im

fliktfall völkerrechtskonform auszulegen oder für nichtig zu erklären ist. Vgl. BeckOK AuslR/Thym, AEUV Art. 78 Rn. 2–8.

128 EuGH, Urt. vom 2.3.2010, Rs. C-175/08, EU:C:2010:105, Rn. 51 ff. – Abdulla.

129 BeckOK AuslR/Thym AEUV Art. 78 Rn. 5.

130 EuGH, Urt. vom 3.6.2008, Rs. C-308/06, EU:C:2008:312, Rn. 48–52 – Intertanko u.a.

131 BeckOK AuslR/Thym AEUV Art. 78 Rn. 4.

132 *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL 2015, Art. 78 AEUV Rn. 18.

133 Vgl. EuGH, Urt. vom 5.2.1963, Rs. 26/62, EU:C:1963:1 – van Gend & Loos.

134 So auch *Goodwin-Gill/McAdam*, Refugee, S. 62 f. und *Hailbronner*, Kapitel 1 Rn. 31.

135 *Fischer-Lescano/Horst*, Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK, ZAR 2011, 83.

innerstaatlichen Rechtsraum mit Vorrang. Man spricht daher auch von einer innerstaatlichen Konstitutionalisierung der GFK im Geltungsbereich des Unionsrechts.¹³⁶

Den Flüchtlingen bleibt demnach nur übrig, gegen eine etwaige Push-Back-Maßnahme Widerspruch vor den jeweils zuständigen nationalen Gerichten einzulegen. Ist der Rechtsweg vor den nationalen Gerichten ausgeschöpft, bleibt die Möglichkeit, gegen die letztinstanzliche Entscheidung vor dem EGMR zu klagen. Art. 13 EMRK sowie Art. 47 GrCh errichten grundrechtliche Vorgaben für die Gewährleistung und Ausgestaltung gerichtlichen Rechtsschutzes gegen ablehnende Asylentscheidungen.¹³⁷

136 Vgl. *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL 2015, Art. 78 AEUV Rn. 20.

137 *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, a.a.O., Art. 78 AEUV Rn. 13.

Migrationsrecht und europäische Werte

Stephan Kirste

Im Europäischen Pakt zu Einwanderung und Asyl vom 24. September 2008 stellt der Europäische Rat eine Beziehung zwischen den europäischen Werten und der Migrationspolitik her. Diese europäischen Werte sind in Artikel 2 Satz 1 EUV festgehalten: „die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören“. Diese Werte werden durch die Standards von Pluralismus Nichtdiskriminierung Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern zu einer Konzeption europäischer Gerechtigkeit vervollständigt.¹

Migrationsrecht² entfaltet sich im Spannungsverhältnis zwischen Menschenrechten und Souveränität und ist geprägt von den Werten und Standards, die einer politischen Ordnung ihre Identität geben.³ Menschenrech-

1 Zur Unterscheidung von „Werten“ und „Standards“ in Art. 6 EUV vgl. *Kirste* 2015 b, S. 1013 ff.: Art. 6 S. 1 EUV enthält ausdrücklich Werte. Sie begründen die EU und sind ihren Mitgliedstaaten gemeinsam. Die in S. 2 angesprochenen Prinzipien von Toleranz, Gerechtigkeit etc. sind Merkmale die die „Gesellschaft ... auszeichnet“. Sie können deshalb als Standards bezeichnet werden, weil rechtliche Standards auf gesellschaftliche Normsetzung verweisen. Hier ist also ein prozedural-zivilgesellschaftliches Moment in die Formulierung der Grundprinzipien des europäischen Verfassungsrechts aufgenommen worden, das etwa durch die Diskurse nach Art. 11 Abs. 2 EUV und Art. 17 Abs. 3 AEUV – würden sie geführt – weiter konkretisiert und entwickelt werden kann.

2 Der Begriff „Migrationsrecht“ wird hier verwendet, um sowohl Wertungsaspekte der Emigration, der Immigration als auch der Binnenmigration und des Status der Migranten im Blick zu behalten, vgl. auch *Thym* 2010, S. 8 ff. (8): „Die Bezeichnung ‚Migrationsrecht‘ lenkt den Blick auf das gemeinsame Substrat des Ausländer-, Asyl-, Staatsangehörigkeits- und Vertriebenenrechts und erleichtert die Einbindung der rechtlichen Untersuchung in das internationale und interdisziplinäre Forschungsumfeld“.

3 Vgl. hierzu den Europäischen Pakt über Einwanderung und Asyl 13440/08 v. 24.9.2008, S. 3.

te sind nicht an bestimmte Staaten gebunden, sondern stehen dem Einzelnen auch dann zu, wenn er staatenlos ist oder der Staat, dem er angehört, sie ihm verweigert. Grundrechte können ebenfalls allen Menschen zustehen, die sich im Hoheitsgebiet eines bestimmten Staates befinden, können aber auch echte Mitgliedschaftsrechte bezeichnen, die sich auf die politische Ordnung eines bestimmten Staates beziehen. Migrationsrecht wird einerseits objektiv verstanden als Verpflichtungen von Staaten; es kann andererseits aber auch menschenrechtlich subjektiv im Sinne eines individuellen Rechts des Einzelnen auf Zugang oder sogar auf Mitgliedschaft bezeichnen. Insofern nimmt es eine Zwischenstellung zwischen den sonstigen Menschenrechten und den Grundrechten ein. Art. 16 AEMR wird etwa als ein subjektives Recht des Flüchtlings, Asyl zu suchen und eine Pflicht des ersuchten Staates, über die Asylgewährung zu entscheiden, interpretiert.

Ich konzentriere mich im Folgenden auf das Asylrecht, werde aber auch auf vergleichbare Probleme und Wertungen im sonstigen Migrationsrecht verweisen. Die *These* ist, dass ein europäisches Asyl- und Flüchtlingsrecht, das die erwähnte Spannung zu einem angemessenen Ausgleich bringt, aus den europäischen Werten rekonstruiert werden kann. Dazu werde ich zunächst auf einige philosophische Theorien des Migrationsrechts zurückgreifen und in Geschichte (I.) und Gegenwart (II.) rekonstruieren, bevor ich dann (III.) auf den Zusammenhang zwischen Werten und Migrationsrecht in der Europäischen Union zurückkomme.

I. Zur Geschichte der Philosophie des Asylrechts

1. Ursprünge

Die Geschichte des Asylrechts geht bis in die Antike zurück. Es ist also „eines der ältesten Rechtsinstitute der Menschheit“.⁴ Im Zentrum stehen dabei Grenzen der Verfolgung von Straftätern oder anderen Flüchtlingen. Ob es um das antike Tempel- oder das mittelalterliche und spätere Kirchenasyl ging, Inhalt war weniger die Verpflichtung der Zuflucht gewährenden Institution oder das Recht des Flüchtlings, als vielmehr die Grenzen der Rechte des Verfolgers. Begründet wurden diese Grenzen aus der

⁴ von Pollern 1980, S. 33.

Heiligkeit des Zufluchtsortes.⁵ Auf den Staat übertragen bedeutete es eine Rechtfertigung für den Zufluchtsstaat zur Begrenzung des Verfolgungsinteresses des Heimatstaates des Flüchtlings. Erst allmählich entwickelt sich die gegenwärtig eine Auffassung des Asyls als eines subjektiven Rechts des Flüchtlings (gegenüber dem Herkunftsstaat auf Emigration, Art. 13 AEMR, oder gegenüber dem Zufluchtsstaat, Immigration, Art. 14 AEMR), Asyl zu suchen (Recht auf Asyl) und im Asyl versorgt zu werden (Recht im Asyl). Einen wesentlichen Schritt in diese Richtung bedeutete die AEMR und der darüber hinausgehende damalige Art. 16 des GG, demzufolge politisch Verfolgte Asylrecht genießen. Nachdem erste völkerrechtliche Versuche, ein Menschenrecht auf Asyl zu statuieren, zunächst gescheitert waren,⁶ bedeutete die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 dann einen wesentlichen Schritt nach vorne.

2. Immanuel Kant: Besuchsrecht – Abschiebungsverbot – Gastrecht

Eine Schlüsselstellung in der Ideengeschichte des Flüchtlingsrechts nehmen Immanuel Kants Ausführungen in der „Metaphysik der Sitten“ und vor allem in der Schrift „Zum Ewigen Frieden“ ein. Ihm gelingt darin in Ansätzen eine Vermittlung zwischen den Interessen der Migranten und den Selbstbestimmungsrechten von politischen Gemeinschaften.

Immanuel Kant geht von der Überlegung aus, „dass ursprünglich ... niemand an einem Ort der Erde zu sein mehr Recht hat, als der andere“. Der Gedanke, dass sich ein Vorrecht bestimmter Menschen auf bestimmte Teile der Erde nicht vernünftig rekonstruieren lässt, deutet auf einen gewissen Universalismus in der Begründung der Menschenrechte hin. Im Folgenden entwickelt deswegen Kant auch einige Argumente für ein Asyl- und Flüchtlingsrecht, das jedoch recht beschränkt ist. Ausdrücklich wendet sich Kant gegen „überspannte“ Vorstellungen von einem Weltbürgerrecht.⁷ Im Einzelnen entwickelt Kant hier vier Rechte des Flüchtlings: 1. ein Besuchsrecht, 2. das Recht, nicht abgeschoben zu werden, 3. das Gastrecht und 4. – mehr vorausgesetzt – die eigentliche Staatsangehörigkeit, die unter der regulativen Idee des Gesellschaftsvertrages gedacht werden muss. Dem korrespondieren das Recht des Zufluchtsstaates zur Abschie-

⁵ Keil 2015, S. 166 f.

⁶ Keil 2015, S. 169.

⁷ ZeF S. 216, A/B 46.

bung und – von Kant vorausgesetzt – das Recht zur Annahme des Angebots auf Beteiligung am Gesellschaftsvertrag.

a. *Das Besuchsrecht*

Ausgangspunkt des Besuchsrechts ist der Staat als ein freiwilliger, vertraglicher Zusammenschluss von Menschen zur Absicherung ihrer Rechte. Einem solchen gesellschaftsvertraglich begründeten Staat zuzugehören, kann jeder beantragen: es bedeute

„Hospitalität (Wirtbarkeit) das Recht eines Fremdlings, seine Ankunft auf dem Boden eines anderen wegen, von diesem nicht feindselig behandelt zu werden. Dieser kann ihn abweisen, wenn es ohne seinen Untergang geschehen kann; solange er aber auf seinem Platz sich friedlich verhält, ihm nicht feindlich begegnen. Es ist kein Gastrecht, worauf dieser Anspruch machen kann (wozu ein besonderer wohlthätiger Vertrag erforderlich werden würde, ihn auf eine gewisse Zeit zum Hausgenossen zu machen), sondern ein Besuchsrecht, welches allen Menschen zusteht, sich zur Gesellschaft anzubieten“.⁸

Kant gewährt also jedem Ankömmling in einem fremden Staat zunächst einmal das Recht nicht feindlich behandelt zu werden.⁹ Einzige Voraussetzung dieses Rechts ist es, dass sich der Ankömmling selbst friedlich verhält.¹⁰ Das Besuchsrecht, um sich zur Gesellschaft anzubieten, ist abhängig von der Friedlichkeit des Gastes. Dieses Recht besitzt also nicht der Kombattant, wohl aber derjenige Soldat, der seine Waffen abgelegt hat und etwa desertiert. Ferner besitzt dieses Recht nur der „Ankömmling“. Derjenige, der das betreffende Hoheitsgebiet noch nicht erreicht hat, genießt dieses Recht jedenfalls dem Wortlaut nach nicht. Da der Staat aber das Recht hat, den nicht willkommenen Flüchtling „abzuweisen“, wird er ihn auch an der Grenze zurückweisen dürfen – sofern dies ohne seinen

8 *Immanuel Kant*, *Zum Ewigen Frieden*, Kapitel 7, Dritter Definitivartikel, B 40, S. 69 (Hamburg). Hierzu und zum Folgenden *Keil* 2009, S. 27 ff.

9 Vgl. auch *Fichte*: „In diesem Rechte, auf dem Erdboden frei herum zu gehen, und sich zu einer rechtlichen Verbindung anzutragen, besteht das Recht des bloßen Weltbürgers“, *Fichte*, *Grundlage*, S. 384 (267); dazu auch *Berolsheimer* 1905, S. 217.

10 *Kant* steht damit in einer Tradition von *Francisco de Vitoria* und *Hugo Grotius*, die beide ein solches Besuchsrecht des Flüchtlings angenommen hatten, wenn sich dieser sich „nicht feindselig“ bzw. „ohne Schuld“ im eigenen Land aufhält, *Keil* 2009, S. 55 f.

„Untergang“ geschehen kann. Die Frontex-Kräfte, die Flüchtlinge auf dem Mittelmeer zurückschicken, sind danach grundsätzlich auch gerechtfertigt, dies zu tun, so lange dies – im Wortsinn! – nicht zu deren Untergang führt.

Dieses Besuchsrecht ist ein Abwehrrecht und kein Leistungsrecht. Als Leistungsrecht wäre es nämlich ein Gastrecht, was dieses Besuchsrecht nach Kant aber gerade nicht sein soll. Denn die damit verbundenen Leistungen könnten nach Kant nur auf der Basis eines Vertrags vereinbart werden. Hospitalität hingegen gewährt dem einzelnen nur das Recht, „die Gemeinschaft mit“ den bereits Ansässigen „zu versuchen“.¹¹

Kant rechtfertigt das Besuchsrecht mit den letztlich beschränkten räumlichen Verhältnissen auf der Erde. Die Menschen können sich daher nicht absolut aus dem Weg gehen und müssen die Möglichkeit haben, die dadurch notwendigen Begegnungen vernünftig und nicht nur gewaltsam ordnen zu können. Für diese wechselseitige Duldung der Anwesenheit eines anderen in der eigenen Nähe gibt es keine Zuordnung zu einem Gebiet à priori. Vielmehr gehört die Oberfläche der Erde zunächst allen Menschen gemeinschaftlich. Deutlicher als in der Schrift „Zum ewigen Frieden“ hebt Kant in der „Metaphysik der Sitten“ hervor, dass dieser Bezug zu einem Platz auf der Erde kein gemeinsames Besitz- oder Eigentumsrecht, sondern eine faktische Gemeinschaft des Bodens darstellt.¹² Daher hat ursprünglich jeder das Recht, überall auf der Erde sein zu dürfen¹³, bzw. dort, „wohin sie [die Menschen, S.K.] die Natur, oder der Zufall (ohne ihren Willen) gesetzt hat“.¹⁴ Das bedeutet auch, dass jeder sich dort ansiedeln kann, wo er kein spezielleres Recht eines anderen verletzt.¹⁵ Kant schließt nicht von der Faktizität der begrenzten Kugeloberfläche der Erde auf ein normativ gebotenes Besuchsrecht; vielmehr ist dies der Anlass dazu, auch über die räumliche Zuordnung von Rechtsträgern zu entscheiden.

Das Besuchsrecht zielt auf die Beteiligung am Gesellschaftsvertrag. Wird das Angebot des Ankömmlings angenommen, ist er Teil der Gesell-

¹¹ MS S. 476, A 231/B 260.

¹² *Kant* MS S. 475 f., A 229/B 259 f.

¹³ *Kant* ZeF, S. 69: Das Besuchsrecht besteht aufgrund „des Rechts des gemeinschaftlichen Besitzes der Oberfläche der Erde, auf der, als Kugeloberfläche, sie sich nicht ins Unendliche zerstreuen können, sondern endlich sich doch neben einander dulden zu müssen, ursprünglich aber niemand an einem Orte der Erde zu sein mehr Recht hat, als der andere“. Das erscheint *Kant* anders zu sein, wenn die Erde eine ebene Fläche wäre, MdS, S. 373.

¹⁴ *Kant* MdS, S. 373, A/B 84 f.

¹⁵ *Kant* MdS, S. 476, A 231/B 261.

schaft. Das Besuchsrecht gibt dem Einzelnen also kein unmittelbares Recht auf Zugehörigkeit, das der Ankömmling unabhängig von der Zustimmung der anderen Gesellschaftsmitglieder besäße. Dieses Recht macht freilich nur dann Sinn, wenn man die Gemeinschaft – das Volk –, dem der Antragende zugehören will, nicht als eine bloß durch Herkunft und Geschichte naturhaft geprägte Einheit, sondern als eine vertragliche, anders gesagt: diskursiv gebildete und sich weiter entwickelnde Einheit versteht. In das „Volk“ als einer Herkunfts- und Schicksalsgemeinschaft, von der das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Ausländerwahlrecht in Schleswig-Holstein spricht, muss man hineingeboren werden.¹⁶ Eine andere Aufnahme ist schwer zu begründen. Das kann nicht die Gemeinschaft sein, die Kant durch die regulative Idee des Gesellschaftsvertrages als gerechtfertigt ansieht: Sie ist eine Vertragsgemeinschaft.

b. Das Rückschiebungsverbot – Non-refoulement

Freilich enthält das Besuchsrecht noch ein weiteres Element, das Kant aber nur als Pflicht auf der Seite des Staates formuliert. Dieser darf den Ankömmling nämlich nur abweisen, wenn es ohne dessen Gefährdung geschehen kann. Umgekehrt ist dies ein Verbot den Flüchtling zurückzuschieben (Non-refoulement, Art. 33 Genfer Flüchtlingskonvention), sofern das zu seinem Untergang führen würde. Was Kant mit „Untergang“ meint, wird an dieser Stelle nicht klar. Es wäre zu eng, hierunter nur den Verlust des Lebens anzusehen. Da es an dieser Stelle um juristische Rechte geht, muss dem Migrant auch sonst eine rechtliche Existenz möglich sein, d.h. er trotz der Abschiebung mindestens als Rechtssubjekt anerkannt werden können.

Das Recht des Flüchtlings, nicht abgeschoben zu werden, wenn ihm durch die Abschiebung der Untergang droht, setzt ebenfalls seine Friedlichkeit voraus. „Untergang“ dürfte jedenfalls dann vorliegen, wenn durch die Abschiebung ein existenziell wichtiges Rechtsgut wie Leib, Leben, Würde des Flüchtlings betroffen wäre.¹⁷ Derjenige Flüchtling also, der zwar durch die Abschiebung gefährdet wird, sich aber etwa kriminell ins-

¹⁶ BVerfGE 83, 37 ff. – Ausländerwahlrecht I.

¹⁷ Keil 2009, S. 53.

besondere terroristisch verhält, kann gleichwohl abgeschoben werden. Auf der anderen Seite führen sogenannte Nachfluchtgründe angesichts der „Freiheit der Feder“¹⁸ – also der Meinungsfreiheit – nicht zu seiner Abschiebung.¹⁹ Derjenige Flüchtling also, dem aufgrund politischer Betätigung im Zufluchtsland zu Hause der Untergang droht, kann nicht abgeschoben werden.

c. Das Gastrecht

Dauerhafte oder befristete Gastrechte ergeben sich nach Kant nur entweder aus einem Vertrag oder aus Ingerenz.²⁰ Anspruchsbegründend für ein Gastrecht wirkt ein Handeln des Zielstaates, wenn etwa Fremde ins Land geholt wurden, die Staatenlosigkeit eines Menschen durch das Gastland verursacht wurde, oder das Land der Fremden so ausgebeutet wurde, dass sie dort nicht leben können. Ein vertragliches Gastrecht kann etwa zur Durchführung von Handelsgeschäften eingeräumt werden.²¹

Während die ersten drei Arten von Rechten allen Menschen zustehen und daher universell sind, ist das Gastrecht ein partikulares Recht das einen Vertrag erfordern würde. Der Inhalt dieses Gastrechts wird von Kant nur vage bezeichnet. Es ist das Recht auf gewisse Zeit Hausgenosse zu sein und als solche auch in einem Mindestmaß gepflegt zu werden. Dieses Gastrecht stellt ein Aufenthaltsrecht da.

d. Staatsangehörigkeit

Der Zustand des öffentlichen Rechts steht bei Kant unter der regulativen Idee des Gesellschaftsvertrages. Eine Gesellschaft ohne einen solchen Vertrag wäre nicht vernünftig und ein öffentliches Rechts könnte nicht gedacht werden. Andernfalls bestünde eine Fremdherrschaft. Wenn aber alle Betroffenen dem Vertrag zustimmen, kann insofern kein Unrecht gesche-

18 „Also ist die Freiheit der Feder ... das einzige Palladium der Volksrechte“, *Kant* Gemeinspruch, A 265, S. 161.

19 *Keil* 2009, S. 108.

20 *Brugger* 1999 a, S. 314 reduziert das Asylrecht auf solche Verantwortlichkeiten aufgrund früheren Unrechts.

21 *Benhabib* 2008, S. 38.

hen, „denn nur sich selbst kann niemand unrecht tun“.²² Ein Vertrag macht nur Sinn, wenn sich die Parteien freiwillig zusammenschließen. Entsprechend versteht Kant den Übergang vom natürlichen in den bürgerlichen Zustand durch den Gesellschaftsvertrag ethisch und rechtlich als einen freiwilligen Übergang.²³ Herrschaft über diejenigen, die dauerhaft in einem gewissen Territorium leben, kann nur unter der Voraussetzung vernünftig gedacht werden, dass sie dieser Herrschaft freiwillig in einem Vertrag zustimmen.

Subjekt des Vertrages ist das „gesamte Volk“. Dieses „Volk“ wird von der Betroffenheit in Rechten her bestimmt. Ziel ist, dass „alle über alle, mithin jeder über sich selbst beschließt“, um auf diese Weise Unrecht zu verhindern. Es zielt auf die Legitimation von Herrschaft durch Selbstgesetzgebung. Angehörige dieses Volkes sind die politischen Bürger („citoyen, d.i. Staatsbürger, nicht Stadtbürger, bourgeois“).²⁴ In der Metaphysik der Sitten definiert er auch Staatsbürger als denjenigen, der einer bürgerlichen Gesellschaft zum Zwecke der Gesetzgebung angehört.²⁵ Ausgeschlossen sind Unmündige (nach Kant Frauen und Kinder) und Nicht-Selbständige. Das Volk der Staatsbürger mag in der empirischen Perspektive ein natürlich vorfindliches Volk als „eine Menge von Menschen“²⁶ sein, also etwa die Bürger Preußens; in normativ-legitimatorischer Hinsicht, beruht es aber auf dem freiwilligen Zusammenschluss zu Rechtsverhältnissen.²⁷ Das wird deutlich, wenn Kant zwischen dem bloßen „Untertan“ und dem „Bürger“ unterscheidet. „So fern er Bürger sein will“,²⁸ ist der Einzelne Teil des Legitimationssubjekts Volk. Der Übergang vom Untertanen zum Bürger beruht mithin auf Freiwilligkeit.

Während also Volk eine bloß naturale Kategorie ist, stellt die bürgerliche Gesellschaft eine normative Kategorie der Staatsbürger zur Legitima-

22 Zum Folgenden *Kant* Gemeinspruch, A 244 f., S. 150 f.; *Kant* MS A 166/B 196, S. 432: „volenti non fit iniuria“.

23 *Kant* MS, B 132 f./A 124 f., S. 754.

24 *Kant* Gemeinspruch, A 245, S. 151.

25 *Kant* MS A 166/B 196, S. 432: „Nur die Fähigkeit der Stimmgebung macht die Qualifikation zum Staatsbürger aus; jene aber setzt die Selbständigkeit dessen im Volk voraus“, sowie Freiheit und Gleichheit.

26 *Kant* MS A 161/B 191, S. 429.

27 *Kant* MS A 161/B 191: „Dieser Zustand der einzelnen im Volke, in Verhältnis untereinander, heißt der bürgerliche (status civilis), und das Ganze derselben in Beziehung auf seine eigene Glieder, der Staat (civitas)“.

28 *Kant* Gemeinspruch, A 250, S. 153.

tion von Herrschaft dar. Sie beruht auf einem freiwilligen und gleichen Zusammenschluss Selbständiger. Eine Bindung an naturale Kategorien sieht Kant nicht vor. Es ist also Sache der aufnehmenden Gesellschaft, über die Zugehörigkeit eines Flüchtlings, der ein entsprechendes Angebot unterbreitet, zu entscheiden. Als Kriterien für diese Entscheidung nennt Kant nur Freiheit, Gleichheit und Selbständigkeit. Das Recht auf Zugehörigkeit zur Gesellschaft der Staatsbürger, bleibt also ein durch deren Entscheidung bedingtes Recht.

e. Pflichten der Zufluchtsstaaten und ihrer Angehörigen

Diesen vier Rechten korrespondieren entsprechende Pflichten der Staatsangehörigen: zunächst müssen sie dem Fremdling freundlich und nicht feindselig begegnen. Sie dürfen ihn, sofern ihm erhebliche Gefahren drohen, nicht abschieben. Schließlich müssen Sie ihn aufgrund entsprechender Vereinbarung gegebenenfalls als Hausgenossen aufnehmen und entsprechend versorgen. Fraglich ist, ob Leistungsansprüche ohne eine solche vertragliche Basis gedacht werden können.

Nichtvertragliche Grundlage könnte die Menschenwürde sein. Entgegen einer häufig geäußerten Ansicht, verstand Kant und viele Kantianer Menschenwürde nicht nur als moralisches und Tugendprinzip, sondern auch als ein Rechtsprinzip.²⁹ Man könnte also vermuten, dass ein Recht auf ein Existenzminimum, wie es das Bundesverfassungsgericht aus der Menschenwürde abgeleitet hat,³⁰ für den Flüchtling auch schon bei Kant begründet werden kann. Doch so einfach liegt die Sache nicht. Zwar nimmt Kant an, dass „Ohne alle Würde ... nun wohl kein Mensch im Staate sein“ könne; als Minimalwürde versteht er aber auch „die des Staatsbürgers“. Diese ist aber gerade vom Gesellschaftsvertrag abhängig, den die Bürger freiwillig eingehen und von dem sie andere ausschließen können. Es hilft jedoch ein teleologisches Argument weiter: Zweck des Besuchsrechts ist es, Bürgern ein Angebot auf Abschluss eines Vertrages ermöglichen zu können, aufgrund dessen der Flüchtling entweder einen Gaststatus oder sogar die Staatsangehörigkeit erhält. Nun betont Kant aber, „nur als Person kann er einen Vertrag machen“. Deshalb darf er we-

²⁹ Näher *Kirste* 2017 a.

³⁰ BVerfGE 125, 175 (221 ff.) – Hartz IV.

der von anderen als Leibeigener oder Sklave instrumentalisiert werden, noch sich selbst versklaven.³¹ Würde er sich nämlich selbst versklaven, würde er die grundlegende Rechtspflicht, „im Verhältnis zu anderen seinen Wert als den eines Menschen zu behaupten“, verletzen.³² Er ist also vom Zufluchtsstaat jedenfalls so zu behandeln, dass er als Person anerkannt werden kann und sein Angebot auf Abschluss des Staatsbürger- oder Gastvertrages abgeben kann. Jedenfalls so lange ist er zu versorgen und ihm zumindest ein Dolmetscher zur Verfügung zu stellen.

Der Souverän hat das Recht, die Einzelheiten der Einwanderung und Ansiedlung von Flüchtlingen zu regeln. Begrenzt ist dieses Recht nur durch das Privateigentum seiner Bürger.

f. Zusammenfassende Bemerkung zu den Flüchtlingsrechten bei Kant

Besuchsrecht zum Zweck, ein Angebot auf Gesellschaftszugehörigkeit abzugeben, Non-refoulement, Gastrecht und bedingtes Recht auf Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvertrag stehen bei Kant Rechte des aufnehmenden Staates und seiner Bürger, gegenüber, nur aufgrund besonderer Vereinbarungen einen Flüchtling als Gast aufnehmen oder gar einbürgern zu sollen. Zwar versteht Kant diese Rechte des Flüchtlings als universell; ihnen stehen aber Rechte des Zufluchtsstaates und seiner Bürger entgegen, die ihre Selbstbestimmung und Identität sichern sollen. Auch wenn sich sicherlich die aktuellen Entwicklungen der Flüchtlingsströme von demjenigen unterscheiden, was Kant aus der preußischen Geschichte an religiösen Flüchtlingen und aus dem Kolonialismus vor Augen hatte, lassen sich bei ihm doch Ausgangspunkte für die Begründung von Asyl- und Flüchtlingsrechten ausmachen.³³ Was bei Kant noch fehlt – eine Ausreisefreiheit – wird von Thomas Jefferson bereits angenommen³⁴ und stellt in einer interessanten Wendung eine Verbindung zwischen der eigenen Geschichte des Zufluchtsstaates und dem Asylrecht her: So, wie die Ankömmlinge in der neuen Welt von den First Nations willkommen geheißen worden seien, so

31 *Kant* MS, S. 347.

32 *Kant* MS, S. 343.

33 Differenzierte Bewertung bei *Keil* 2009, S. 84 ff.

34 Er meint, „daß jeder Mensch von Natur aus das Recht hat, das Land zu verlassen, in das ihn der Zufall und nichtseine freie Entscheidung geführt hat“, 1984, S. 4.

müssten nun die damals so freundlich Aufgenommenen Flüchtlingen Schutz gewähren.³⁵

II. Gegenwärtige Theorien des Migrationsrechts

Gegenwärtige Theorien können in ein Feld eingeordnet werden, das durch den Kosmopolitismus einerseits und den konservativen Kommunitarismus andererseits begrenzt wird.³⁶ Ein vermittelnder Ansatz ergibt sich aus der Diskurstheorie.

1. Die Begründung des Asyl- und Flüchtlingsrecht durch den kosmopolitischen Egalitarismus und Libertäre

Sowohl für kosmopolitische Egalitaristen als auch für Libertäre wie Robert Nozick spielt die Identität von politischen Gemeinschaften bei der Vergabe von Rechten keine oder allenfalls eine untergeordnete Rolle. Zugespitzt: Zugangsrechte sind überflüssig, weil Menschenrechte allen Menschen in gleicher Weise überall zukommen. Flüchtlinge sollen grundsätzlich zugelassen werden und haben die gleichen Rechte wie die Bürger des aufnehmenden Staates.³⁷

35 „And shall we refuse the unhappy fugitives from distress that hospitality which the savages of the wilderness extended to our fathers arriving in this land? Shall oppressed humanity find no asylum on this globe? The constitution, indeed, has wisely provided that, for admission to certain offices of important trust, a residence shall be required sufficient to develop character and design. But might not the general character and capabilities of a citizen be safely communicated to every one manifesting a *_bona fide_* purpose of embarking his life and fortunes permanently with us? with restrictions, perhaps, to guard against the fraudulent usurpation of our flag; an abuse which brings so much embarrassment and loss on the genuine citizen, and so much danger to the nation of being involved in war, that no endeavor should be spared to detect and suppress it“, Jefferson, Message, S. 508.

36 Vgl. hierzu *Brugger* 1999, S. 191 ff.

37 Vgl. etwa *Carens* (2012, S. 24), der die These vertritt, „dass Grenzen grundsätzlich offen und Menschen normalerweise frei sein sollten, ihr Herkunftsland zu verlassen und sich in einem anderen Land niederzulassen, wobei sie nur solchen Beschränkungen unterworfen sein sollten, die auch für die jetzigen Bürgerinnen des Einwanderungslandes gelten“.

Kosmopolitische Egalitaristen wie etwa Dworkin gehen davon aus, dass bei „Brute Bad Luck“ – also unverschuldetem Unglück – Zugangsbeschränkungen von Ausländern nicht gerechtfertigt werden könnten. Der zufällige Umstand, dass wir in einem bestimmten Staat geboren würden, dürfe ebensowenig eine Rolle spielen wie Geschlecht oder Rassezugehörigkeit.³⁸ Das dagegen vorgebrachte Gegenargument, das sei unwirtschaftlich, wird nicht akzeptiert, da dies paternalistisch sei. Ferner wird die Gleichheit als Argument angeführt: weltweit bestehe enorme, unverdiente Ungleichheit. Sie erfordere zudem das Eingeständnis, dass diese Ungleichheit auf eigenem – häufig kolonialen – Vorverhalten der reicheren Nationen beruhe und zu Ausgleichspflichten führe.³⁹ Erforderlich sei auch hier das Rawlsche Modell des Urzustands hinter dem Schleier des Nichtwissens, der allerdings global gewendet wird.⁴⁰ Dabei müsste davon abstrahiert werden, ob der Einzelne in einer armen oder reichen Staat, in einer Despotie oder einer Demokratie aufwächst. Vermutlich würde man sich, wäre man selbst in einer so unvorteilhaften Situation, auf ein Zuwanderungsmodell einigen.⁴¹ Es ist jedoch die Frage, ob diese unbestreitbare Ungleichheit notwendig zu einem Asyl oder Flüchtlingsrecht führen muss. Man könnte auch an kompensatorische Maßnahmen zur Beseitigung dieser Ungleichheit wie etwa eine Erhöhung von Transferleistungen von reichen an arme Staaten denken. Ferner ist die Frage, ob und warum vergangenes wirtschaftliches Unrecht Angehörige gegenwärtiger Generationen binden soll. Schließlich setzt politische Umverteilung ein Mindestmaß an politischer Struktur und entsprechender Legitimation voraus, die gegenwärtig nicht vorhanden sind.⁴² Jedenfalls wäre das Asyl- und Flüchtlingsrecht durch die öffentliche Sicherheit beschränkt.⁴³

Libertäre Auffassungen können sich auf die Minimalaufgabe des Staates berufen. Er hat nur für die Sicherheit derjenigen zu sorgen, die sich gerade auf seinem Gebiet befinden. Das können Staatsangehörige oder Dritte sein.⁴⁴ Diesen darf also nur dann der Zutritt verweigert werden, wenn sich

38 Kritisch dazu *Brugger* 1999 a, S. 313 f.: „Jedes Individuum und jedes Volk muß mit oft schicksalsbestimmenden ‚Lotterien‘ leben“.

39 *Pogge* 2002, S. 50.

40 *Pogge* 2002, S. 42; *Beitz* 1999, S. 151.

41 *Carens* 2012, S. 29 f.

42 *Benhabib* 2008, S. 111.

43 *Carens* 2012, S. 32.

44 Zu *Robert Nozick* vgl. *Carens* 2012, S. 25 f.

dadurch die Sicherheit des Aufnahmestaates nicht mehr aufrechterhalten lässt. Die Kantische Bedingung der Friedlichkeit des „Besuchsrechts“ könnte in dieser Philosophie rekonstruiert werden. Fragen der Identität der politischen Gemeinschaft spielen dabei keine Rolle. Da Nozicks Minimalstaat keine sozialstaatlichen Elemente enthält, ist schon fraglich, ob ein Non-refoulement gerechtfertigt werden könnte; jedenfalls das positive Recht *im* Asyl ist angesichts der Ablehnung jeder Form von Transfer-Leistungen durch die Libertaristen ausgeschlossen. Solidarität scheidet als Argument für Leistungsrechte Hilfsbedürftiger aus.

Auch utilitaristische Argumente sollen solche kosmopolitischen Argumente rechtfertigen. So sei es schädlich für die Ökonomie des gastgebenden Landes, motivierte und gut ausgebildete Arbeiter nicht in das Land zu lassen. Das mag sicherlich richtig sein, hilft aber nicht bei Fällen extremer Not, die häufig auch mit fehlender Bildung und damit Ausbildung verbunden ist. Ferner können politisch Verfolgte auch wirtschaftlich unproduktive Personen sein. Jedenfalls können Zugangskontingente ohne Rücksicht auf individuelle Rechte utilitaristisch gerechtfertigt werden.

2. Kritik dieses Ansatzes durch kommunitaristische Theorien

Demgegenüber meinen kommunitaristische Ansätze, wie etwa derjenige von Michael Walzer, nur Nähebeziehung rechtfertigten die Aufnahme von Migranten. Flüchtlinge können nur an ein Gefühl der Verwandtschaft und der Gegenseitigkeit appellieren. Mitgliedschaft in einer Gemeinschaft selbst für ein moralisches Gut, „– vermutlich das wichtigste –, das es zu verteilen gilt“.⁴⁵ Über derartige Güter bestimmt eine Gemeinschaft selbst. „Gemeinschaften müssen Grenzen haben; und wie immer sie diese Grenzen im Hinblick auf Territorium und Ressourcen definieren, in Bezug auf die Bevölkerung werden sie von einem Gefühl der Verwandtheit und Gegenseitigkeit bestimmt. An dieses Gefühl müssen Flüchtlinge appellieren. Es ist ihnen dabei Erfolg zu wünschen; und dennoch gibt es Fälle, in denen sie mit Blick auf einen bestimmten Staat kein Anrecht auf diesen Erfolg haben.“⁴⁶ Hier hängen Menschen- als Bürgerrechte von ihrer Gewährung durch die jeweilige politische Gemeinschaft ab. Diese entscheidet

⁴⁵ Walzer 1992, S. 48.

⁴⁶ Walzer 1992, S. 90, Brugger 1999, S. 305.

souverän über die jeweils gewährten Zugangsrechte zu ihnen. Wie bei Kant gibt es auch bei Walzer keinen durchgreifenden Anspruch auf Zugehörigkeit.

Über Einwanderung zu entscheiden, sei also ein souveränes Recht der Selbstbestimmung des Volkes, meint etwa Walzer.⁴⁷ Diese Entscheidung wird je nach Migrantengruppe von bestimmten Kriterien abhängig gemacht: Eine politische Gemeinschaft, die für das Leiden anderer Menschen verantwortlich ist, hat eine starke Aufnahmeverpflichtung; ideologische Nähe oder ethnische Verwandtschaft bilden gute Gründe für eine Aufnahmepflicht; die Aufnahme als allgemeine Hilfe mag bei sonstigen Notlagen geboten sein, wenn dies ohne größere Nachteile für den Aufnehmenden geschehen kann; schließlich soll Asylsuchenden ein Bleiberecht gewährt werden, jedenfalls wenn die Zurückweisung ihnen den Tod bringen würde.⁴⁸ Hinsichtlich des Non-refoulement-Prinzips teilt der Kommunitarismus mithin Kants Auffassung.

Andere verstehen Staaten als Assoziationen ihrer Bürger – und können dabei ebenfalls an Kant anknüpfen. Mitgliedschaft und die Entscheidung darüber, sind wesentliche Elemente von Vereinigungsfreiheit. Wie Vereine aber selbst über ihre Mitglieder entscheiden könnten, so Staaten über die Zugehörigkeit zu ihnen.⁴⁹ Bei dieser Selbstbestimmung der Gruppe gehe es um nicht weniger als um die Entscheidung über die Identität dieses Selbst.⁵⁰ Deshalb können sie auch über die Anzahl der Mitglieder und ggf. die Belastung, die sie sich zumuten wollen, entscheiden.

Selbst einem Ansatz wie demjenigen von Rawls, der Grenzen für zulässig hält und weltweite Solidarität unter den Vorbehalt stellt, dass sie „ohne

47 Walzer 1992, S. 92.

48 Walzer 1992, S. 67 ff. Brugger 1999, S. 304 f.

49 Wellman 2008, S. 109 ff., 110 f.: „just as an individual has a right to determine whom (if anyone) he or she would like to marry, a group of fellow-citizens has a right to determine whom (if anyone) it would like to invite into its political community. And just as an individual’s freedom of association entitles him or her to remain single, a state’s freedom of association entitles it to exclude all foreigners from its political community.” Diese Analogien werden dann auch für die Immigrationspolitik gebildet (S. 114): „if there is nothing mysterious about people caring about who are (or could become) members of their golf clubs, there is certainly nothing irrational about people being heavily invested in their country’s immigration policy.”.

50 Wellman 2008, S. 115.

allzu große Nachteile möglich ist“⁵¹, wird die Vorordnung des „allgemeinen Menschen“ vor dem lokal und gemeinschaftlich geprägten „besonderen“ vorgehalten.⁵² Dabei geht Rawls durchaus von einer starken Volks- und Souveränitätskonzeption aus und setzt Zuwanderung deutliche Grenzen.⁵³ Er versteht Wirtschaftshilfe als besseres Mittel für die Erfüllung von Solidaritätspflichten.⁵⁴ Das Asyl- und Flüchtlingsrecht erscheint danach gegenüber einer Bekämpfung möglicher Menschenrechtsverletzung im Heimatstaat des Flüchtlings als subsidiär.⁵⁵ Globale Umverteilung ist sicherlich ein wichtiges Mittel, um wirtschaftliche Ursachen der Migration zu beseitigen; sie berücksichtigt alleine jedoch die autonomen Entscheidungen der Menschen nicht hinreichend: Dass ich Menschen glücklich mache, schließt nicht aus, dass sie trotz ihrer dann glücklicheren Situation migrieren wollen. Die Frage, ob sie das dürfen und ggf. andere verpflichtet sind, sie aufzunehmen, bleibt also bestehen.

Gegenüber einem Migrationsrecht wird die Bewahrung der eigenen Kultur als Argument angeführt.⁵⁶ Statt dass also die eigene Identität der Gemeinschaft primär durch interne Verfahren und andere Faktoren bestimmt wird, soll also gerade der Abgrenzung durch Zuwanderungsbeschränkungen eine identitätsstiftende Funktion zukommen. Der Flüchtling wird als nicht zur eigenen Kultur gehörig verstanden und als Fremder zurückgewiesen. Gegen dieses Argument spricht jedoch die Möglichkeit von Integrationsmaßnahmen der Flüchtlinge.⁵⁷ Außerdem definieren sich man-

51 Theorie der Gerechtigkeit, S. 137 und Law of the Peoples, S. 74: „the right to emigration for religious minorities should not be merely formal, and a people should provide assistance for emigrants when feasible”.

52 Brugger 1999, S. 297 u. S. 299: „Das Problem dieser Theorie ist also die in die inhaltlichen und argumentativen Prämissen eingepflanzte überzogene Universalisierung des moralischen Ansatzes: Nur noch die Urteile des ‚allgemeinen‘ Menschen zählen, nicht mehr diejenigen des ‚besonderen‘, sein moralisches Urteil ist von vornherein mit dem Makel des Defizitären, Egoistischen behaftet, während die moralische Reflexion des allgemeinen Menschen Zuge des Vollkommenen hat – kein Wunder, sind doch hinter dem Schleier des Nichtwissens alle Menschen gleich an Stand. Chancen. Erfahrung. Wissen und Urteilsfähigkeit“.

53 Rawls 2003, S. 111 ff.; 2002, S. 132, 42 f.

54 Rawls 2002, S. 131 ff.

55 Walzer, S. 89 ff.; Brugger 1999, S. 304.

56 Zum Folgenden Wellman 2015; Miller 2012, S. 56 f.; Carens 2012, S. 35 f.

57 Zur Integration als neuem Leitbild des Migrationsrechts vgl. Gusy/Müller 2013, S. 265 f. – Entscheidend ist freilich die Frage, wie weit die Integration reichen soll und durch wen sie erfolgt.

che Kulturen gerade dadurch, dass sie sich gegenüber Migrant*innen öffnen. Schließlich ist fraglich, ob diese Kultur bewahrenden Argumente höher gewichtet werden können und müssen als die Interessen der Migrant*innen. Endlich aber bezeichnet Kultur – insbesondere Rechtskultur – kein statisches oder notwendig vergangenheitsorientiertes, sondern ein geschichtlich-dynamisches Konzept.⁵⁸

Als weiteres Argument wird die Bewahrung der eigenen Wirtschaft angeführt. Aus überkommenen Identitäten entspringe Zusammenhalt und Kooperation einer politischen Gemeinschaft, die durch unbegrenzten Zuzug leicht ausgehöhlt würden.⁵⁹ Als Probleme werden beschrieben: die mangelnde Ausbildung der Migrant*innen, unterschiedliche Arbeitsmoral, Auslastung des Arbeitsmarktes und ein Druck auf die unteren Gehaltsgruppen durch das Überschwemmen des Marktes mit billigen Arbeitskräften. Dagegen lässt sich freilich einwenden, dass Arbeitskräfte positive Effekte für die Wirtschaft haben können. Es kann gerade ein Bedarf nach bestimmten Arbeitskräften aus dem Kreis der Migrant*innen bestehen. Schließlich betrifft dieses Argument vor allen Dingen Wirtschaftsflüchtlinge und gerade regelmäßig nicht Asylsuchende.

Auch das Argument, dass die Sozialsysteme vor Überforderung bewahrt werden müssten, vermag für sich genommen nicht zu überzeugen. Die Immigration müsse beschränkt werden, um den Stand nationalstaatlicher Wohlfahrt aufrechterhalten zu können. Wellman schreibt dazu: „given the existing levels of global poverty, it appears as though you can have open borders or welfare states, but you cannot have both.“⁶⁰ Man könnte stattdessen die Soziallasten insgesamt senken. Ferner können Berufstätige Migrant*innen gerade zu einer Entlastung der Sozialbeiträge bzw. zu einer Verbesserung etwa der Rentenleistung führen.

Weiter wird angeführt, die politischen Funktionen des Staates müssten gegenüber dem ungezügelt einströmenden Migrant*innen aufrechterhalten werden. Das Funktionieren des Staates hänge von der Identifikation der

58 Kirste 2017, S. 272 f.

59 Brugger 1999 a, S. 315: „Die assoziative, kulturelle und nationale Identität ist ein hohes Gut. Über sie kommt sozialer Zusammenhalt zustande, Respekt, Verständnis, Kooperation und Hilfe. Über sie werden abstrakte Maßstäbe der Moralität und staatlichen Legitimität konkret verständlich und umsetzbar; ohne sie wäre die Konkretisierung dieser Maßstäbe beliebig und damit noch mehr ideologisch ausbeutbar!“.

60 Argument referiert von Wellman 2014, 1.3.

Bürger und ihrer Opferbereitschaft ab. Es ist jedoch durchaus fraglich, ob das Funktionieren der politischen Funktionen eine Homogenität der politischen Kultur bedingt. Selbst wenn man das Argument teilte, stellte würde es doch nicht für Migranten gelten, die die eigene Kultur teilen. Die Identifikation der Bürger mit ihrer politischen Ordnung und die Opferbereitschaft für diese scheint viel mehr von prozeduralen Faktoren wie dem politischen Prozess selbst abhängig zu sein.

Gravierender wiegt das Argument der politischen Selbstbestimmung und Demokratie. Soll nicht eine Gemeinschaft selbst entscheiden können, welche Mitglieder in ihr zusammenleben sollen?⁶¹ Soll diese Selbstbestimmung als Argument ausreichend sein? De lege lata sieht ja das Völkerrecht kein Asylrecht wie etwa Art. 16 a GG vor. Ist die Zurückweisung aber auch dann gerechtfertigt, wenn sie sich als staatliche Herrschaftsausübung darstellt, der der Flüchtling zwar unterworfen ist, die er aber nicht legitimieren kann?⁶² Hier stellt sich wiederum die Frage nach dem Gewicht eines Zurückweisungsrechts. Kann es wirklich die Individualrechte der Flüchtlinge überwiegen? Eventuellen Identifikationsschwierigkeiten kann auch durch eine leicht verzögerte Verleihung von Mitwirkungsrechten für Flüchtlinge begegnet werden. Der Ausschluss der Flüchtlinge von einer demokratischen Partizipation lässt sich freilich nicht dauerhaft rechtfertigen. Flüchtlinge wären sonst anders als andere Menschen einer Herrschaft unterworfen, an deren Legitimation sie keinen Anteil hätten. Auch das Argument der Verhinderung terroristischer Anschläge ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Abizadeh⁶³ argumentiert, 1. Staatliche Gewalt sei nur gerechtfertigt, wenn sie demokratisch legitimiert sei; 2. Abweisung von Flüchtlingen an Grenzen sei staatliche Gewalt, die von den Flüchtlingen nicht legitimiert werden könne; also sei sie nicht gerechtfertigt.

Schließlich rechtfertigen Kommunitaristen die Zutrittsverweigerung für Migranten damit, dass der Zuzug in Widerspruch zur Entwicklungshilfe stehe. Diese solle ja gerade zur Verbesserung der Lebensbedingungen in den Herkunftsländern der Flüchtlinge beitragen; unbeschränkter Zuzug

61 *Walzer*, S. 82: Das „Recht, dem Strom Einhalt zu gebieten, [ist] ein Konstituens von gemeinschaftlicher Selbstbestimmung. Das Prinzip der wechselseitigen Hilfeleistung kann der Aufnahmepolitik die ihre Basis im jeweiligen Spezialverständnis der Gemeinschaft von sich selbst hat. nur modifizieren, nicht aber von Grund auf umgestalten“.

62 *Abizadeh* 2008, S. 37 ff.

63 *Abizadeh* 2008, S. 38.

aus diesen Staaten könne aber zu einem „Brain Drain“ führen. Dagegen spricht jedoch, dass die kompetenten Arbeitnehmer insofern freiwillig kommen und ihre Zurückweisung paternalistisch wäre.⁶⁴ Außerdem könnten kompensatorische Maßnahmen die Folgen des Zuzugs bewältigen.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Kommunitaristische Positionen bringen es bei der Einschätzung des Verhältnisses zwischen Aufnahmestaat und Flüchtling im Besonderen nicht bis zum Individuum, sondern nur bis zum Gemeinschaftsangehörigen und auf der Ebene der Allgemeinheit nicht bis zum Universalismus, sondern nur bis zur staatlichen Gemeinschaft. So geraten sowohl die individuelle Würde eines jeden Flüchtlings als auch die Globalisierung der Ursachen der Flucht und die Annäherung weltweiter moralischer Maßstäbe aus dem Blick. Während universalistische oder kosmopolitische Ansätze die Interessen der Flüchtlinge denjenigen des aufnehmenden Staates vorordnen, stehen die Interessen der aufnehmenden Gemeinschaft für Kommunitaristen im Vordergrund und die individuellen Interessen sind nachrangig.⁶⁵ Kommunitaristen gehen allerdings von einem statischen Gemeinschaftsverständnis aus und gewichten dieses höher als die Flüchtlingsinteressen. Ihr Umgang mit Migration greift letztlich auf die Binnenmoral einer Gesellschaft zurück.⁶⁶

Gerechtfertigt sein kann diesen gemeinschaftsbezogenen philosophischen Ansätzen zufolge ein Asyl- und Flüchtlingsrecht aufgrund von vormaliger kolonialer Ausbeutung, besonderen nationalen, religiösen oder kulturellen Nähebeziehungen.⁶⁷ Schließlich ist die Aufnahmepflicht schwach gerechtfertigt aus Mitmenschlichkeit: „Sie sind wie wir aber sind keiner oder keine von uns.“⁶⁸ Hier gilt ein Prinzip gegenseitiger Hilfe. Diese Hilfspflicht setzt voraus, dass der andere in Not ist und einem selbst die Hilfe ohne Selbstgefährdung oder große Mühe möglich ist. Die ultimative Entscheidung über die Aufnahme bleibt beim aufnehmenden Volk.

64 *Carens* 2012, S. 34 f.

65 *Brugger* 1999, S. 308.

66 „Welche Pflichten haben wir nun gegenüber Flüchtlingen? Haben politisch Verfolgte oder vielleicht auch Wirtschaftsflüchtlinge ein Menschenrecht auf Zuflucht? Gegen wen? Die Antwort auf diese Fragen muss nach kommunitaristischer Sicht zurückgreifen auf die jeweilige Binnenmoral einer Gemeinschaft, also etwa auf den moralischen Gemeinsinn der westlichen Industriestaaten oder Deutschlands, und deren Pflichten Potential herausarbeiten“, *Brugger* 1999, S. 309.

67 *Walzer*, S. 78 ff.; *Brugger* 1999, S. 304.

68 *Walzer*, S. 67.

3. Eine vermittelnde Position: Die Diskurstheorie

Diskurstheoretische Ansätze versuchen, zwischen beiden Ansätzen zu vermitteln: Weder reduzieren sie ethische Fragen einer bestimmten guten Ordnung auf universelle moralische Normen wie kosmopolitische Theorien, noch umgekehrt moralische Fragen auf ethische Normen einer bestimmten Gemeinschaft, wie der Kommunitarismus. Für die Diskurstheorie stellt sich der Frage der Zugehörigkeit und ggf. Inklusion des Migranten zu politischen Diskursen.⁶⁹ Auf eine ontologisch-naturalistische Begründung der Abgrenzung zwischen dem Selbst einer Diskursgemeinschaft und den Anderen verzichtet sie. Prinzipiell sind praktische Diskurse universell. Jeder steht mit jedem in einem Rechtfertigungszusammenhang. Allerdings werden die Widersprüche zwischen Verpflichtungen gegenüber begrenzten Gemeinschaften und universellen Verpflichtungen gesehen. Wie sollen aber diskurstheoretisch Zugehörigkeitsfragen zu diesen Diskursen geklärt werden können?⁷⁰

Sheila Benhabib erkennt das Dilemma, dass von der Selbstbestimmung eines Volkes immer auch Nichtangehörige dieses Volkes betroffen sind. Sie versucht, es weder durch universalistische Aufgabe dieser Selbstbestimmungspraxis, noch durch Hinnahme des Faktums, sondern durch laufende kritische Überprüfung der Abgrenzungspraktiken zu überwinden.⁷¹ Demos, Nation, Abgrenzung gegenüber Anderen erscheinen so als Resultat einer fortlaufend selbstkritisch überprüften Praxis. Das Ergebnis ist ein Verständnis von Staatsbürgerschaft, die dem normativen Begriff der gerechten Mitgliedschaft unterworfen ist.

Grenzen werden von dieser Theorie akzeptiert. Sie ergeben sich daraus, dass sich ein Volk in seinem Recht selbst definiert:⁷² sich in Freiheit konstituiert und eine Identität verleiht. Hierzu interpretiert es universelle Menschenrechte in einer spezifischen Form oder entwickelt auch neue.

Benhabibs Ansatz geht von Hannah Arendts „Recht auf Rechte“ aus. Rechte besitze man als Angehöriger einer Gemeinschaft: bürgerliche Rechte. Dieser zugehören zu dürfen und eben bürgerliche Rechte zu haben, gewähre das Recht auf Rechte. Dieses Recht könne daher kein Recht im gleichen Sinne, wie die in einer Rechtsgemeinschaft gewährten Rechte

⁶⁹ *Habermas* 1996, S. 139 f.

⁷⁰ *Benhabib* 2008, S. 26.

⁷¹ *Benhabib* 2008, S. 31, 134.

⁷² *Benhabib* 2008, S. 53.

sein. Vielmehr müsse das Menschenrecht auf Zugehörigkeit als ein den bürgerlichen Rechten vorausliegendes Menschenrecht konzipiert werden.⁷³ Ahrendt sah „die Menschheit“ als Verpflichtungssubjekt dieses Rechts an. Benhabib begründet es mit Kant aus der Menschheit in der Person eines jeden, die verlangt, dass er in Gemeinschaft mit anderen lebt und von Anderen in Gemeinschaft anerkannt wird.⁷⁴ Diskurstheoretische Menschenrechtsbegründungen laufen freilich leicht in den Widerspruch, dass sie ein Recht postulieren, das nicht selbst aus dem Diskurs hervorgegangen ist, sondern dessen Voraussetzung darstellt. So auch das Recht auf Zugehörigkeit bei Sheila Benhabib. Sie gesteht dies auch ein, meint aber, das Problem dadurch lösen zu können, dass sie es als „ein Rechtsprinzip bzw. ein Grundrecht“ versteht, „da es den Menschen als Wesen begreift, dessen moralische Subjekthaftigkeit und kommunikative Freiheit wir anzuerkennen verpflichtet sind.“⁷⁵ So plausibel ein solches Recht klingen mag, ver-rät doch schon das imperativ umarmende „Wir“ in dem Zitat, dass hier ein Argument fehlt. Sicher sollten „wir“ alle Menschen als Wesen anerkennen, die Subjekte mit der Anlage zu kommunikativer Freiheit sind; der Grund dafür bleibt jedoch offen und die Form dieser Verpflichtung – ist sie moralisch oder rechtlich? – auch.

Es ist jedoch keineswegs notwendig, dass das Recht auf Zugehörigkeit nur als ein moralisches und nicht auch als juristisches zu denken ist. Es ist ein Recht denkbar, in dem sich eine Rechtsgemeinschaft verpflichtet, nicht Staatsangehörige als Rechtssubjekte anzuerkennen. Wenn eine Rechtsgemeinschaft ein subjektives Recht der Würde statuiert, dann enthält sie genau dieses Recht.⁷⁶ Die Würde des Menschen bedeutet, sein Freiheitspotential dadurch anzuerkennen, dass man ihn als rechtlicher Selbstbestimmung fähiges Subjekt respektiert. Ihn als solches Subjekt im Rechtssinn anzuerkennen, bedeutet aber, ihm zuzutrauen, Subjekt von Rechten zu sein. In juristischer Perspektive ist dieses Zutrauen ein Recht – das Recht auf Rechtssubjektivität. Es ist ein voll-positives, kein naturrechtlich-menschenrechtliches Recht. Berechtigter dieses Recht ist die Menschheit in

73 Benhabib 2008, S. 62 f.

74 „Für Kant legitimiert dieses moralische Gesetz das ‚Recht der Menschheit in der eigenen Person‘, das heißt, den Anspruch, von anderen so behandelt zu werden, wie es der Menschenwürde und dem Wert des Menschen entspricht“, Benhabib 2008, S. 64.

75 Benhabib 2008, S. 141.

76 Kirste 2013, S. 63 ff.; Kirste 2014, S. 274 ff.

der Person des Einzelnen; Verpflichteter ist nicht die Menschheit, sondern jeder einzelne Staat als Rechtsgemeinschaft – was nicht heißt, dass es auch eine völkerrechtlich-menschenrechtliche Verpflichtung geben mag.

Wenn aber die Würde des Menschen die Grundlage der Anerkennung der Ausländer und Flüchtlinge als Rechtssubjekte ist, dann bedarf die Differenzierung nach Identitäten bei der weiteren Vergabe von Rechten einer besonderen Rechtfertigung. Diese Rechtfertigung könnte über das zunächst formal erscheinende Prinzip der Souveränität erfolgen. Doch für eine Abwägung zwischen Menschenrechten und Souveränität bedarf es der Begründung. Die Begründung kann über die kollektive Selbstbestimmung erfolgen. Sie ist selbst Ausdruck von Freiheit, deren Fähigkeit in der Menschenwürde geschützt wird.⁷⁷

Ausreise- und Zugangsrechte hängen auch davon ab, dass der Einzelne an der politischen Ordnung eines Staates partizipieren kann. Benhabib wirft Rawls zu Recht vor, einen geschlossenen Volks- und Staatsbegriff zu haben, indem er auf Geburt als Identitätsmerkmal abstellt. Wenn alle Identitäten prozeduralisiert werden sollen, so auch diese. Man könnte auch sagen, dass der Begriff des Volks von Vergangenheit auf Zukunft umgestellt werden muss. Und das gilt gerade für das Europäische Volk. Geht man davon aus, dass ein Volk eine Gemeinschaft von Menschen ist, die sich in einer Verfassung eine gemeinsame Ordnung ihrer Wertüberzeugungen geben, dann muss der Einzelne jedenfalls dann eine Exit-Option besitzen, wenn er nicht befugt ist, alternative Geltungsansprüche zu erheben. Voice-Option ist Ausdruck seines Rechts auf Partizipation an der Herrschaftsbegründung und -ausübung. Sie wurzelt in dem Verbot, ihn zu verdinglichen. Wem diese so begründete Möglichkeit verwehrt wird, muss die Möglichkeit haben, über einen Exit, seine politische Selbstbestimmung zurückzugewinnen. Insofern kann die Ausreisefreiheit begründet werden.

Benhabib möchte in ihrer Philosophie der Migration zwischen kultureller und politischer Integration unterscheiden, um Engführungen des Kommunitarismus zu vermeiden.⁷⁸ Kulturelle Integration sei konkreter, auf geteilten, wenn auch dynamisch sich entwickelnden Werten beruhend, während die politische abstrakter auf politische Institutionen gerichtet und auf Menschenrechten und verfassungsrechtlichen Strukturmerkmalen begründet sei. Es ist jedoch die Frage, ob beide Integrationsformen zusammenge-

⁷⁷ *Kirste* 2015, S. 11 ff.

⁷⁸ *Benhabib* 2008, S. 121.

führt werden können, ohne in den Isolationismus des Kommunitarismus zu führen. Dies könnte über den Gedanken der Rechtskultur geschehen, bei der rechtliche Normen zugleich als Grundlage von Kultur verstanden werden.⁷⁹ In diesem Sinn übernimmt die Europäische Union den Versuch, in ihren verfassungsrechtlichen Grundlagen zugleich die Basis einer europäischen Kultur zu legen. Diese Kultur stützt sich auf ein abgeschlossenes und dynamisches Ensemble von Werten und gesellschaftlich geprägten Standards, die aus den Traditionen der Mitgliedstaaten hervorgehen und sich zugleich mit der weiteren Integration entwickeln.⁸⁰

Das Recht, als Subjekt mit der Anlage zu kommunikativer und anderer Freiheit anerkannt zu werden, dieses Recht auf Rechte oder auf Anerkennung als Rechtssubjekt ist aber das Recht der Menschenwürde. Die besondere Würde des Menschen besteht darin, dass er sich zu dem machen kann, der er sein will und daher als Zweck an sich selbst zu achten ist. Alle subjektiven Rechte setzen diese Fähigkeit schon rein technisch voraus. Sie machten keinen Sinn, wenn ihr Träger von ihnen keinen Gebrauch machen und die Freiheit, die sie gewähren nutzen könnte. Dieses Recht mag zunächst ein moralisches Recht sein, das sich an den jeweiligen Verfassungs- und Gesetzgeber richtet. Völkerrechtlich anerkannt, haben es aber immer mehr Verfassungen seit dem II. Weltkrieg in sich aufgenommen.⁸¹ In dieser Form ist es nun aber mit einer diskurstheoretischen Begründung der subjektiven Rechte insgesamt vereinbar: Es ist aus völkerrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Diskursen hervorgegangen. Die Menschenwürde als Recht auf Anerkennung der Rechtssubjektivität ist nun auch der Grund der Migrationsrechte. Ohne die Anerkennung, dass der Flüchtling oder Asylsuchende ein Rechtssubjekt ist, kann kein Staat mit ihm in Rechtsbeziehungen treten. Er würde in der Tat – wie Hannah Arendt es für die Staatenlosen beschrieben hat – schlimmer als jeder Straftäter dastehen, weil es zwischen ihm und dem betreffenden Staat nur ein Gewaltverhältnis geben könnte.⁸²

Die Würde des Menschen wird also verletzt, wenn der Migrant bei der Einreise nicht wie ein Rechtssubjekt behandelt und an Rechtsverfahren in Bezug auf seinen Status beteiligt würde, sondern mit bloßer Staatsgewalt abgeschoben würde. Sie würde materiell verletzt, wenn er etwa in einen

⁷⁹ *Kirste* 2017 b, S. 261 ff.

⁸⁰ *Kirste* 2015 b, S. 1011 ff.

⁸¹ *Kirste* 2010, S. 175 ff.

⁸² *Arendt* 2011, S. 602; *Kirste* 2015 a, S. 473 ff.

Staat abgeschoben würde, in dem ihm die Folter droht. Sie würde aber auch dann verletzt, wenn er zwar „als Gast“ aufgenommen, ihm jedoch nicht eine existenzsichernde Unterstützung gewährt würde („Recht im Asyl“). Sollte er über einen bestimmten Zeitraum hinweg der Staatsgewalt des Aufnahmestaates unterworfen sein, müsste ihm politische Partizipation garantiert werden.

III. Europäische Werte und die Asyl- und Flüchtlingspolitik

Seit dem Vertrag von Amsterdam 1999 bemüht sich die Europäische Union um ein gemeinsames europäisches Asylsystem. Der Rat von Tampere 2005 brachte dann auch den Gedanken eines „gemeinsamen Asylraums“ in Europa. Welchem der zuvor diskutierten Modelle tendiert nun die Europäische Union zu? Einem Kantischen Modell, das sich grundsätzlich welt-offen zeigt, jedoch das Zugangsrecht auf ein Besuchsrecht reduziert und die abschließende Entscheidung über den Gaststatus oder die Staatsbürgerschaft von den Staatsangehörigen abhängig macht? Oder ist sie grundsätzlich kosmopolitisch ausgerichtet, ein Zufluchtsort für alle Verfolgten dieser Welt? Schließt sie sich im Gegenteil von diesem Elend ab und betont geschlossene Grenzen gegenüber Drittstaaten? Folgt sie schließlich einem Diskursmodell der Zuwanderung, das kosmopolitische Ansätze und kommunitaristische nicht substantiell wie Kant, sondern prozedural zu vermitteln und hieraus eine Abwägung von Zuwanderung und Souveränität zu entwickeln versucht? Nur wenn und soweit sich dies nicht oder nicht vollständig durch diese Theorien rekonstruieren lässt, wäre nach anderen Auffassungen zu suchen oder zu konstatieren, dass der Europäischen Asyl- und Flüchtlingspolitik im Primärrecht kein Modell vorgezeichnet ist.

Dies soll im Folgenden anhand der oben bezeichneten Werte und Standards der Europäischen Union bestimmt werden.

„Der Europäische Rat hält an den Werten fest, von denen sich das europäische Projekt und die Politik von Anfang an beständig haben leiten lassen und bekräftigt feierlich, dass die Migrations- und Asylpolitik mit den Normen des Völkerrechts, insbesondere mit jenen, die die Menschenrechte, die Würde des Menschen und die Flüchtlinge betreffen, im Einklang stehen muss“.⁸³

83 Europäischer Pakt, S. 3.

1. Die Europäischen Werte

In Artikel 6 Satz 1 EUV bestätigt die Europäische Union im Primärrecht die grundlegenden Werte, die für sie maßgeblich sein sollen. In Satz 2 hingegen werden gesellschaftliche Standards festgehalten.⁸⁴ Die europäischen Werte entfalten eine zeitliche, räumliche und prozedurale Dialektik. In zeitlicher Hinsicht sind europäische Werte traditionsbewusst und zugleich zukunfts offen. In räumlicher Hinsicht sind die europäischen Werte die Werte einer Gemeinschaft und doch zugleich universell. Schließlich ergeben sie, wie Artikel 17 III 3 EUV zeigt, eine Orientierung und sind zugleich dynamisch. Ihre Orientierungsfunktion entfaltet sich im gesamten Handeln der Europäischen Union. Dynamik gewinnen sie, insofern sie im Dialog mit der Zivilgesellschaft weiterentwickelt und konkretisiert werden. Insgesamt sollen die europäischen Werte Legitimation und Identität stiften.

Diese Identität ist jedoch aufgrund ihrer prozeduralen Begründung dynamisch zu verstehen. Die Dialektik von Rechten und Identität,⁸⁵ kann gerade dann, wenn die Bürgerdiskurse (Art. 11 AEUV, Art. 17 III EUV) Ernst genommen werden, durch Partizipation vermittelt werden.⁸⁶ Denn diese Partizipation bedeutet eine Wahrnehmung der aktiven Dimension von Rechten. Menschen- und Grundrechte sollen dem Einzelnen nicht nur paternalistisch gewährt werden; vielmehr soll er selbst an der Begründung, Interpretation und Durchsetzung dieser Rechte beteiligt werden.⁸⁷ Erst dann wird er als aktiver Mitgestalter seiner Rechtsstellung und nicht nur als unmündiger Empfänger rechtlicher Wohltaten anerkannt. Die Verträge unterstellen bei der Genese der Werte und bei der laufenden Entwicklung der europäischen Standards in Art. 6 S. 2 EUV, dass sie aus politischen

84 O. Fußn. 1. *Kirste* 2013 a, S. 326 ff.; *Kirste* 2017, S. 265 ff.

85 *Benhabib* 2008, S. 166.

86 Dieses Verfahren mag man mit Benhabib (2008, S. 175) auch als „demokratische Iteration“ bezeichnen: „Als demokratische Iterationen bezeichne ich jene komplexen öffentlichen Debatten, Beratungen und Auseinandersetzungen, in denen universalistische Rechte und Prinzipien von Institutionen des Rechts und der Politik wie von zivilgesellschaftlichen Organisationen diskutiert und kontextualisiert, angegriffen und verteidigt, reformiert und reformuliert werden. Dies kann sowohl innerhalb staatlicher Körperschaften der Legislative, Judikative und Exekutive wie in den informellen Öffentlichkeiten der Zivilgesellschaft und der Medien geschehen“.

87 *Kirste* 2015, S. 19 f.

staatlichen und gesellschaftlichen Prozessen hervorgegangen sind und weiterentwickelt werden. Die Instrumente der Art. 11 AEUV und 17 Abs. 3 EUV geben dazu in differenzierter Weise die partizipativen Mittel an die Hand. Sie halten die Europäische Identität flüssig und rückführbar auf die Überzeugungen der Unionsbürger. Ohne das prozedurale und pluralistische Verständnis und die laufende Selbst-Reflexion der europäischen Werte und Standards, kann es kaum eine Toleranz gegenüber neuen Einflüssen durch Migranten geben.⁸⁸

2. Europäische Werte und Asylrecht

Auf primärrechtlicher Ebene erkennt die Europäische Union in Art. 18 GrCh ein individuelles Asylrecht an. Sein objektiv gehaltener Wortlaut⁸⁹ und seine Entstehungsgeschichte stehen nicht entgegen, dass diese Bestimmung zwar auf die Genfer Flüchtlingskonvention Bezug nimmt, gerade in subjektiv-rechtlicher Hinsicht aber über sie hinausgehen will.⁹⁰ So ergibt sich mindestens ein subjektives Recht auf Beachtung der entsprechenden völkerrechtlichen Verträge. Das wird auch durch den systematischen Zusammenhang der Vorschrift in der Grundrechtecharta unterstrichen.

Der Kern des Rechts auf Asyl ist ein Abwehrrecht, wie auch derjenige von Art. 19 GrCh gegenüber Abschiebungen. Leistungsrechtliche Gesichtspunkte des Rechts im Asyl schließen sich an; nicht umgekehrt. Die Voraussetzungen sind hier enger gefasst als im Kantischen Besuchsrecht, zu dessen Entstehen Friedlichkeit ausreichen sollte. Hier sind hingegen die Gründe der Genfer Flüchtlingskonvention maßgeblich. Das Kantische Ausschlusskriterium der Unfriedlichkeit taucht freilich sowohl in Art. 1 F der Genfer Konvention als auch beim Non-Refoulement des Art. 33 GFK auf.

Der europäische Gesetzgeber hat dementsprechend auch in der Ausgestaltung des Asyl- und Flüchtlingsrecht auf diese Werte Bezug genommen.

⁸⁸ *Habermas* 2008, S. 94.

⁸⁹ „Das Recht auf Asyl wird nach Maßgabe des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 und des Protokolls vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie gemäß dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft gewährleistet“.

⁹⁰ *Keil* 2015, S. 176 f.

So heißt es in Erwägungsgrund 60 der Asylverfahrensrichtlinie „diese Richtlinie zielt insbesondere darauf ab, die uneingeschränkte Wahrung der Menschenwürde zu gewährleisten und die Anwendung der Artikel 1, 4, 18, 19, 21, 23, 24 und 47 der Charta zu fördern“. Das bedeutet, dass die Union durch asylrechtliche Maßnahmen nicht ihrerseits die Menschenwürde verletzen oder zu ihrer Verletzung in anderen Teilen der Welt beitragen darf.⁹¹ Insbesondere ist Artikel 3 EMRK zu berücksichtigen, das heißt: keine Abschiebung darf erfolgen, wenn der Flüchtling mit Folter oder unmenschlicher Strafe bedroht ist. In leistungsrechtlicher Hinsicht sind den Antragstellern menschenwürdige Lebensbedingungen zu gewähren.

Auch der Wert der Freiheit wird aufgegriffen. Freizügigkeit nach innen und Grenzsicherheit nach außen fördern eine einheitliche Asylpolitik. Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit sind Bedingung von Freiheit. In den Schlussfolgerungen von Tampere (1999) betont der Europäische Rat den weiten Freiheitsbegriff der Verträge, der über die Personenfreiheit hinaus gehe und auch Fragen des Asylrechts einschließe: „diese Freiheit sollte jedoch nicht als ausschließliches Vorrecht für die Bürger der Union betrachtet werden. Die Tatsache, dass sie existiert, hat Sogwirkung auf viele andere Menschen in der Welt, die nicht in der Freiheit leben, die die Unionsbürger als selbstverständlich empfinden. Es stünde im Widerspruch zu den Traditionen Europas, wenn diese Freiheit den Menschen verweigert würde, die wegen ihrer Lebensumstände aus berechtigten Gründen in unser Gebiet einreisen wollen.“

91 Für die deutsche Rechtsordnung hatte das Bundesverfassungsgericht die Begründung des Asyls zum Schutz der Grundrechte, insbesondere der Menschenwürde betont: „Voraussetzungen und Umfang des politischen Asyls sind wesentlich bestimmt von der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, die als oberstes Verfassungsprinzip nach der geschichtlichen Entwicklung des Asylrechts die Verankerung eines weitreichenden Asylanspruchs im Grundgesetz entscheidend beeinflusst hat. Zu dem asylrechtlich geschützten Bereich der persönlichen Freiheit gehören grundsätzlich auch die Rechte auf freie Religionsausübung und ungehinderte berufliche und wirtschaftliche Betätigung, die bei den Beschwerdeführern ihren Angaben zufolge über die Unversehrtheit von Leib und Leben hinaus gefährdet sind. Soweit nicht eine unmittelbare Gefahr für Leib, Leben oder persönliche Freiheit besteht, können Beeinträchtigungen der bezeichneten Rechtsgüter allerdings ein Asylrecht nur dann begründen, wenn sie nach ihrer Intensität und Schwere die Menschenwürde verletzen und über das hinausgehen, was die Bewohner des Heimatstaats aufgrund des dort herrschenden Systems allgemein hinzunehmen haben.“ BVerfGE 54, 341 (357) – Wirtschafts asyl.

Die Gleichheit spielt in Bezug auf die Antidiskriminierung eine wichtige Rolle. Das betrifft zunächst das Verbot der Diskriminierung im wirtschaftlichen, sozialen, religiösen und kulturellen Leben. Ferner ist die Forderung davon umfasst, dass Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit ergriffen werden. In gesellschaftlicher Hinsicht sind die Standards von Pluralismus und Toleranz angesprochen. Toleranz ist in diesem Zusammenhang gerade auch, „die Kunst, Unterschiede auszuhalten“.⁹² Denkbar ist die Annäherung der Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen in der Europäischen Union und Unionsbürgern.

In den Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Tampere (1999) wird auch der Gedanke der Solidarität aufgegriffen: „das Ziel ist eine offene und sichere Europäische Union, die uneingeschränkt zu ihren Verpflichtungen aus der Genfer Flüchtlingskonvention und aus anderen einschlägigen Menschenrechts-Übereinkünften steht und die in der Lage ist, auf der Grundlage der Solidarität auf humanitäre Anforderungen zu reagieren“. Das Primärrecht nimmt Bezug zur Solidarität nicht nur zwischen den Mitgliedstaaten sondern auch international. So fordert Artikel 3 V EUV Solidarität der Europäischen Union mit anderen Völkern.⁹³ Hier sind etwa Maßnahmen im Außenverhältnis zu den Nachbarstaaten Syriens angesprochen. Ferner – und das spielte in der Flüchtlingskrise eine wichtige Rolle – verlangt die Europäische Union Solidarität unter den Mitgliedstaaten (Artikel 80 EUV). Dabei geht es, wie der EuGH schreibt, um ein „Gleichgewicht zwischen Vorteilen und Lasten“. Es würde die Bereitschaft zur Unterstützung des Migrationsrechts steigen, wenn die Zusammenarbeit im gemeinsamen Interesse der Mitgliedstaaten steht.⁹⁴ Das setzt eine gerechte Verantwortungs- und Lastenverteilung voraus. Solidarität kann sich jedoch auch auf das Verhältnis zwischen Mitgliedstaat respektive Aufnahmestaat und Flüchtling beziehen. Schließlich ist auch die gesellschaftliche Solidarität, die Artikel 2 Satz 2 EUV anspricht, zu berücksich-

⁹² *Walzer* 1992.

⁹³ Vgl. auch die Präambel des EUV: „IN DEM WUNSCH, die Solidarität zwischen ihren Völkern unter Achtung ihrer Geschichte, ihrer Kultur und ihrer Traditionen zu stärken...“.

⁹⁴ *Thym*, Art. 80. In: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union 57. EL August 2015, Rn. 2: „Die Bereitschaft zur dauerhaften Unterstützung eines funktionsfähigen europäischen Migrationsrechts steigt, wenn die Ausgestaltung der Zusammenarbeit auf einem wechselseitigen Kooperationsinteresse aller Beteiligten begründet ist.“.

tigen.⁹⁵ In Bezug auf die internationale Politik steht dies in einer Linie mit der Achtung der Menschenwürde und übrigen Menschenrechte (Art. 21 I EUV). Die Durchsetzung von Solidarität ist auch deshalb wichtig, weil unsolidarisches Verhalten – etwa durch Absenkung der Standards für die Behandlung von Asylsuchenden – faktisch privilegiert wird, wenn sie dorthin nicht abgeschoben werden können.

Dies alles mündet in die Forderung nach globaler Gerechtigkeit in Europa. „Die Europäische Union muss eine gerechte Behandlung von Drittstaatsangehörigen sicherstellen, die sich im Hoheitsgebiet ihrer Mitgliedstaaten rechtmäßig aufhalten. Eine energische Integrationspolitik sollte darauf ausgerichtet sein, ihnen vergleichbare Rechte und Pflichten wie EU-Bürgern zuzuerkennen“. Auf dieser Basis gewährt die Europäische Grundrechtecharta in Art. 18 ein Recht auf Asyl und stellt in Art. 19 GrCh Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung sicher.

So lässt sich festhalten, dass Gerechtigkeit auch in Europa ein Standard ist, der einen an der Menschenwürde orientierten Ausgleich zwischen Freiheit und Gleichheit bezeichnet.⁹⁶ Sie werden ergänzt durch den Wert der Solidarität. Diese Gerechtigkeit prägt auch das primär- und sekundärrechtliche Asyl- und Flüchtlingsrecht.⁹⁷ Dieses beruht auf dem europäischen Werten und den Standards der europäischen Gesellschaft. Insofern trägt das Unionsrecht kommunitaristischen Überlegung Rechnung: Sie sind Kern seiner „Binnenmoral“ (Brugger). Gerade diese Werte und Standards stellen einen Identitätskern der Europäischen Union dar, der auch in der Asyl und Flüchtlingspolitik zu berücksichtigen ist. Nicht weniger zu beachten ist jedoch, dass ausweislich Art. 17 AEUV diese Werte und Standards dynamisch verstanden werden müssen. Universalistische Elemente finden sich in den Grundlagen der europäischen Asyl- und Flüchtlingspo-

95 *Habermas* 2008, S. 92: „Die Kinder und Kindeskinde der ehemaligen Immigranten sind längst ein Teil von uns. Und weil sie es doch nicht sind, stellen sie für die Zivilgesellschaft und nicht für den Innenminister eine Herausforderung dar. Es geht darum, die Angehörigen der Kulturen und fremder Religionsgemeinschaften gleichzeitig in ihrem Anderssein zu respektieren und in die staatsbürgerliche Solidarität einzubeziehen“.

96 *Kirste* 2015 b, S. 1018 f. zu dieser Gerechtigkeitskonzeption.

97 Zu einer Konzeption von Migrationsgerechtigkeit auch *Ypi* 2008, S. 391 ff. Sie liegt vor, wenn die Beschränkung der Ausreise- und der Einreisefreiheit gerechtfertigt werden können. Eine Bedingung dafür ist, dass sie von der Migrationsfreiheit ausgeht und sowohl die Aus- als die Einreisefreiheit nur aus Gründen als gerechtfertigt ansieht, die auch für die jeweils andere Freiheit gelten.

litik insofern, als etwa die Solidarität nicht nur innerhalb der Europäischen Union zwischen den Mitgliedstaaten und den Gesellschaften in den Mitgliedsländern geübt werden, sondern auch gegenüber anderen Staaten bestehen soll. Vor allem aber sind die europäischen Werte der Freiheit, Gleichheit und der Menschenwürde universelle Werte, die im Rahmen der konkreten rechtlichen Ausgestaltung auch den Flüchtlingen und Asylbewerbern zugutekommen sollen. Insofern greift die Europäische Union das Modell eines kosmopolitischen Egalitarismus auf.

Insgesamt ist die Europäische Asyl- und Flüchtlingspolitik weder egalitär noch libertär kosmopolitisch ausgerichtet, weil sie entsprechenden Menschenrechten die europäische Identität entgegenstellt. Diese Identität ist jedoch – anders als in vielen kommunitaristischen Ansätzen – nicht nur vergangenheitsorientiert, auch wenn sie sich aus der europäischen Kultur und Geschichte speist; sie ist vielmehr prozedural-dynamisch ausgerichtet und enthält starke partizipative und pluralistische Elemente. Der europäische Gesellschaftsvertrag, auf dem die europäischen Standards von Toleranz und Gerechtigkeit ruhen, ist jeweils neu zu verhandeln. Das gibt der Asyl- und Flüchtlingspolitik freilich noch keine rein diskurstheoretische Fundierung. Zugangsrechte wie diese beschränkende politische Selbstbestimmung der Unionsbürger finden ihre Begründung in der Menschenwürde, so dass die Asyl- und Flüchtlingspolitik die innere Spannung dieses Höchstwertes der Union zum Ausgleich zu bringen hat. Drittstaatsregelung, Verpflichtung, den Asylantrag in dem Staat einzureichen, in dem man zum ersten Mal europäischen Boden betritt, Verteilungsschlüssel innerhalb von EU-Staaten sind vor dem Hintergrund dieser Werte laufend kritisch zu prüfen.

Literatur

Abizadeh, Arash (2008): Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders. In: *Political Theory*, 36 (2008), S. 37–65.

Arendt, Hannah (2011): *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Antisemitismus, Imperialismus, Totalitarismus*. 14. Aufl. München.

Beitz, Charles (1999): *Political Theory and International Relations*. Princeton, N.J.

Benhabib, Sheila (2004): *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge.

Benhabib, Sheila (2008): *Die Rechte der Anderen. Ausländer, Migranten, Bürger*. Frankfurt/Main 2008.

Stephan Kirste

- Berolzheimer, Fritz* (1905): System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Bd. 2: Kulturstufen der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. München 1905.
- Brugger, Winfried* (1999): Menschenrechte von Flüchtlingen in universalistischer und kommunistischer Sicht. In: Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus. Studien zur Legitimation des Grundgesetzes. Baden-Baden 1999, S. 291 ff.
- Brugger, Winfried* (1999 a): § 14 Für Schutz der Flüchtlinge – gegen das Grundrecht auf Asyl!. In: Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus. Studien zur Legitimation des Grundgesetzes. Baden-Baden 1999, S. 310 ff.
- Carens, Joseph H.* (2012): Fremde und Bürger: Weshalb Grenzen offen sein sollten. In: Cassee, A./Goppel, A. (Hrsg.): Migration und Ethik. Münster 2012, S. 23–46.
- Fichte, Johann Gottlieb* (Grundlage): Grundlage des Naturrechts. Sämtliche Werke. Hrsg. v. I. H. Fichte. Bd. 3. Berlin 1845.
- Habermas, Jürgen* (1996): Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie. Frankfurt/Main 1996.
- Habermas, Jürgen* (2008): Ach Europa. Kleine politische Schriften 11. Frankfurt/Main 2008.
- Jefferson, Thomas* (1984): First Annual Message, 8.12.1801. In: *ders.* Writings (hrsg. Peterson), 1984, S. 501–509.
- Kant, Immanuel* (ZeF): Zum ewigen Frieden. Mit Einl. und Anm., Bibliogr. und Reg. kritisch hrsg. von Heiner F. Klemme. Hamburg 1992.
- Kant, Immanuel* (Gemeinspruch): Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. In: Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik 1. Immanuel Kant Werkausgabe, Bd. XI. Hrsg. v. W. Weischedel. Frankfurt/Main 1977, S. 125–172.
- Kant, Immanuel* (MS): Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Immanuel Kant Werkausgabe, Bd. VIII. Hrsg. v. W. Weischedel. Frankfurt/Main 1982, S. 305–499.
- Keil, Rainer* (2015): Asyl als Menschenrecht. In: Gesellschaftliche Herausforderungen des Rechts. Hrsg. v. M. Krajewski/M. Reuß/Tarik Tabbara. Baden-Baden 2015, S. 163–215.
- Keil, Rainer* (2009): Freizügigkeit, Gerechtigkeit, demokratische Autonomie. Das Weltbürgerrecht nach Immanuel Kant als Maßstab der Gerechtigkeit geltenden Aufenthalts-, Einwanderungs- und Flüchtlingsrechts. Baden-Baden 2009.
- Kirste, Stephan* (2010): Menschenwürde im internationalen Vergleich der Rechtsordnungen. In: Das Dogma der Unantastbarkeit. Eine Auseinandersetzung mit dem Absolutheitsanspruch der Würde. Hrsg. v. R. Gröschner u. O. W. Lemke. Tübingen 2010, S. 175–214.
- Kirste, Stephan* (2013): A Legal Concept of Dignity as a Foundation of Law. In: Human Dignity as a Foundation of Law. Hrsg. gemeinsam mit W. Brugger. Stuttgart (ARSP-Beiheft 137) 2013, S. 63–83.

- Kirste, Stephan* (2013 a): Politische Partizipation und globale Politik – Zur menschenrechtlichen Begründung eines Rechts auf globale Partizipation. In: Jürgen von Ungern-Sternberg/Hansjörg von Rainau: Politische Partizipation. Idee und Wirklichkeit von der Antike bis in die Gegenwart. Berlin (Colloquia Raurica Bd. 13) 2013, S. 309–337.
- Kirste, Stephan* (2014): Human Dignity and the Concept of Person in Law. In: The Depth of the Human Person: A Multidisciplinary Approach. Hrsg. v. Michael Welker. Cambridge 2014, S. 274–296.
- Kirste, Stephan* (2015): The Human Right to Democracy as the Capstone of Law. In: Human Rights, Democracy, Rule of Law and Contemporary Social Challenges in Complex Societies. Hrsg. v. B. A. Rocha, M. C. Galuppo, M. Sette Lopes, K. Salgado, Th. Bustamante, Lucas Gontijo. Stuttgart 2015 (ARSP-Beiheft 146), S. 11–31.
- Kirste, Stephan* (2015 a): Die Hermeneutik der Personifikation im Recht. In: ARSP 101 (2015), S. 473–487.
- Kirste, Stephan* (2015 b): Europäische Gerechtigkeit – 6 Thesen zu Art. 2 S. 2 EUV. In: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff. Baden-Baden 2015, S. 1011–1019.
- Kirste, Stephan* (2017): Zur Begründung eines Menschenrechts auf Partizipation – ein Beitrag zur internationalen partizipativen Demokratie. In: Zukunft Europa? Festschr. f. Johannes W. Pichler zum 70. Geburtstag. Hrsg. v. A. Ziegerhofer, S. Ferz u. M. Polaschek. Wien 2017, S. 265–283.
- Kirste, Stephan* (2017 a): Das Unrecht der Menschenwürde in der vernunftrechtlichen Debatte der Wende zum 19. Jahrhundert. In: Enders u.a. (30 S., Manuskript angenommen 2017).
- Kirste, Stephan* (2017 b): Recht als Kultur. In: Die Kunst des Dialogs. Gedenkschrift für Michael Fischer. Hrsg. v. S. Kirste, H. M. Kreuzbauer, I. Schrems, M. Strasser u. S. Traunwieser. Frankfurt/Main 2017, S. 261–292.
- Miller, David* (2012): *Einwanderung. Das Argument für Beschränkungen*. In: Cassee, A./Goppel, A. (Hrsg.): Migration und Ethik. Münster 2012, S. 47–65.
- Pogge, Thomas* (2002): Moral Universalism and Global Economic Justice. In: Philosophy and Economics 1 (2002), S. 29–58.
- von Pollern, Hans Ingo* (1980): Das moderne Asylrecht. Berlin 1980.
- Rawls, John* (1977): Theorie der Gerechtigkeit. Frankfurt/Main 1977.
- Rawls, John* (2002): Law of the Peoples. Cambridge/Mass. 2002.
- Rawls, John* (2003): Politischer Liberalismus. Frankfurt/Main 2003.
- Thym, Daniel* (2010): Migrationsverwaltungsrecht. Tübingen 2010.
- Walzer, Michael* (1992): Sphären der Gerechtigkeit. Frankfurt/Main 1992.
- Wellman, Christopher Heath* (2008): Immigration and Freedom of Association. In: Ethics 119 (2008), S. 109–141.
- Wellman, Christopher Heath*, "Immigration", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/immigration/>>.
- Ypi, Lea* (2008): Justice in Migration: A Closed Borders Utopia? In: Journal of Political Philosophy 16 (2008), S. 391–418.

Die Rolle des supranationalen Unionsrechts im Migrationsgeschehen

Peter-Christian Müller-Graff

Die Rolle *speziell des supranationalen Unionsrechts* im Migrationsgeschehen, genauer in der Frage des Zugangs von Drittstaatsangehörigen zur Europäischen Union, in der gegenwärtigen Lage zu bestimmen,¹ führt an die *Ränder* dessen *Chancen* und *Grenzen*. Die *Chancen* beschreibt der Idealismus, der jeder Norm eigen ist, die der Wirklichkeit präzeptorisch Gestalt geben will. Die *Grenzen* werden von der Kraft gegenläufiger Vorstellungen gezogen, die hervortreten, wenn Normen auf die ernste Bewährungsprobe eines großen *Freilandversuchs* gestellt werden – und damit auf die Probe von Regierungen und Bevölkerungen. *Genau darin* befinden sich seit dem Sommer 2015 *erstmalig* die Rechtsnormen des (nach dem Binnenmarkt) zweiten operativen Hauptziels der Europäischen Union,² das Art. 3 Abs. 2 EUV, sogar noch vor dem Binnenmarktziel, zustimmungsheischend mit den Worten beschreibt: „Die Union bietet ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist.“ Damit ist bereits die erste von drei zu behandelnden Unterfragen zur Rolle des Unionsrechts in der Migration angesprochen: derjenigen nach dem Grund der *Migration als Thema* des supranationalen Unionsrechts (I), ehe sodann nach dessen *Be-*

1 Der Text beruht auf einem Vortrag, den *Verf.* am 17.5.2016 auf dem Symposium der Andrassy-Universität Budapest „Asylrecht und Asylpolitik in der Europäischen Union – Ungarisch-Deutsche Perspektive“ gehalten hat. Er ist zugleich zur Veröffentlichung als Festschriftbeitrag sowie im Tagungsband einer Veranstaltung an der Politischen Akademie Tutzing vorgesehen.

2 Zu den vier operativen Hauptzielen der Europäischen Union vgl. *Müller-Graff*, Verfassungsziele der Europäischen Union, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München, EL 31, Juli 2012, A I Rn. 114 ff.; zum „Raum der Freiheit der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ ebda., Rn. 153 ff.

stand (II) und schließlich dessen *Chancen, Grenzen* und *Risiken* (III) zu fragen ist.

I. Die Migration als Thema des supranationalen Unionsrechts

Bereits Art. 3 Abs. 1 AEUV gibt Antwort auf die Frage nach dem Grund der Migration als Thema des supranationalen Unionsrechts. Dieser ist *keineswegs selbstverständlich*, wenn man die drei anderen, der Union von Art. 3 EUV aufgegebenen operativen Hauptziele³ in Augenschein nimmt, namentlich die beiden schwergewichtigen Aufgaben des Binnenmarktes⁴ und der Wirtschafts- und Währungsunion,⁵ aber auch die Aufgabe des auswärtigen Handelns der Union,⁶ das trotz ihres weltordnungspolitischen Auftrags⁷ kompetenziell vor allem in der ausschließlichen Zuständigkeit für die gemeinsame Handelspolitik⁸ seinen realen operativen Schwerpunkt findet.

Die Antwort auf die Frage, in welchem Verhältnis zu diesen Aufgaben das Migrationsthema steht, liegt auf der Hand. Es ist eine konsequente Fortsetzung des Gedankens des grenzkontrollfreien Binnenraums,⁹ wie er ursprünglich im Jahre 1987 in der Einheitlichen Europäischen Akte noch begrenzt auf den Binnenmarkt für den Freiverkehr von Waren, marktaktiven Personen, Dienstleistungen und Kapital formuliert wurde: definiert als

3 Dazu s. oben Fn. 2.

4 Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV.

5 Art. 3 Abs. 4 EUV.

6 Art. 3 Abs. 5 EUV.

7 Vgl. Art. 21 Abs. 2 Buchstabe h EUV, der die Union verpflichtet, „eine Weltordnung zu fördern, die auf einer verstärkten multilateralen Zusammenarbeit und einer verantwortungsvollen Weltordnungspolitik beruht.“

8 Vgl. Art. 3 Abs. 2 Buchstabe e AEUV i.V.m. Artt. 206 ff. AEUV.

9 Zu dieser historisch-genetischen Verbindung des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zum Binnenmarkt vgl. *Müller-Graff*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in der Lissabonner Reform, in: *EuR Beiheft 1/2009*, 105, 110. Zur Herkunft *Müller-Graff*, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, 2005, S. 11, 14 f.; *ders.*, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres*, 1996, S. 11 ff.

„Raum ohne Binnengrenzen“¹⁰ (heute in nämlicher Formulierung in Art. 26 AEUV). Darum also und nur deshalb ist die Migration ein *supranationales* Thema der Union, des geltenden *supranationalen* Unionsrechts und der *supranationalen* Unionspolitik, unbeschadet der intergouvernementalen Agenda der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Artt. 21 ff. EUV, die sich mit ihren Mitteln mit den auf die Union zustrebenden Migrationsströmen zu befassen hat, soweit die supranationalen Zuständigkeiten der Artt. 67 ff. AEUV nicht ausreichen. Ein *supranationales* Thema ist die Migration, weil, wie Art. 67 Abs. 2 AEUV bündig formuliert, sicherzustellen ist, „dass Personen an den Binnengrenzen nicht kontrolliert werden“ und zwar unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit.¹¹ Deshalb ist das Migrationsgeschehen keineswegs allein ein deutsches Problem, wie im Herbst 2015 in einigen Mitgliedstaaten der Union geäußert wurde.¹² Allerdings kann Migrationspolitik innerhalb der Union daher auch *nicht* oder allenfalls eingeschränkt (dann aber ohne Solidaritatserwartung) durch den Alleingang eines Mitgliedstaats betrieben werden, sondern bedarf wegen des angestrebten gemeinsamen Binnenraums der *Abstimmung* innerhalb der Union. Das Primärrecht enthält die *große Vision* des *geographisch grenzkontrollfreien Binnenraums* des unierten *Kontinentaleuropas* (Britannien, Irland und Dänemark nehmen unionsrechtlich nicht oder nicht voll daran teil¹³). Die Kontrollfreiheit ist ein bis zum Jahre 2015 zur Selbstverständlichkeit verwirklicht gewesener Zielpunkt, der es jedem ermöglichen soll, dass er jede Binnengrenze im Schengenraum ohne Überprüfung überschreiten *kann*, nicht allerdings auch, dass er jede Binnengrenze überschreiten *darf*.¹⁴ Diese Unterscheidung scheint manchmal unklar, befremdlich oder anachronistisch und spiegelt doch nur wider, dass die Unionsordnung zugleich verschiedene originäre staatliche Ordnungen miteinander umfasst. Schon Unionsbürger können in ihrer grenz-

10 Seinerzeit Art. 8 a EWGV; dazu *Müller-Graff*, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, in: EuR 1989, 107, 122 ff.; *ders.*, Binnenmarktziel und Rechtsordnung – Binnenmarktrecht, 1989, S. 11 ff.

11 Vgl. Art. 77 Abs. 1 Buchstabe a und Abs. 2 Buchstabe e AEUV.

12 Vgl. *Orban* über Flüchtlingskrise „Das Problem ist ein deutsches Problem“, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 3.9.2015.

13 Protokoll (Nr. 21) über die Position des Vereinigten Konigsreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und Protokoll (Nr. 22) über die Position Dänemarks.

14 Zu dieser Unterscheidung *Müller-Graff*, in: Frankfurter Kommentar zum Unionsrecht, 2017, Art. 67 AEUV.

überschreitenden Freizügigkeit daher durch einen anderen Mitgliedstaat ausnahmsweise beschränkt werden, wie sich primärrechtlich aus Artt. 21 Abs. 2, 45 Abs. 3, 52, 62 AEUV ergibt. Und Angehörige von Nicht-Mitgliedsstaaten genießen innerhalb der Union bereits grundsätzlich nicht dieselben grenzüberschreitenden Freizügigkeitsrechte wie Unionsbürger aus Art. 21 AEUV.

Daher antwortet Art. 3 EUV in seiner zunächst merkwürdig verschraubt wirkenden Formulierung zugleich auf die *unausgesprochene Frage, welche Voraussetzungen* der grenzkontrollfreie Binnenraum hat. Er ist laut Vertragstext nicht ohne „geeignete Maßnahmen“ der Außengrenzkontrollen, des Asyls, der Einwanderung und der Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität denkbar. Gemeint ist mit den geeigneten Maßnahmen eine *gemeinsame* Politik der Union (so ausdrücklich Art. 67 Abs. 2 AEUV). Dies leuchtet unmittelbar ein. Denn wenn und soweit jedem Mitgliedstaat allein die Entscheidungshoheit darüber zustünde, unter welchen Voraussetzungen Drittstaatsangehörige Zugang zu ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet haben (also hinsichtlich der Außengrenzkontrolle, der Visaerfordernisse, der Einwanderungsoffenheit und der Asylgewährung), wäre ohne eine gemeinsame Zugangspolitik der Union zu befürchten, dass die Idee des grenzkontrollfreien Binnenraums auf Sand gebaut ist. *Tatsächlich* führte der Winter 2016 vor Augen, wie fragil der scheinbar selbstverständliche Acquis der Grenzkontrollfreiheit ist, wenn die Mitgliedstaaten den Zugang von Drittstaatsangehörigen unterschiedlich handhaben. Unter dem Druck des beispiellosen Massenzustroms nach Europa kehrten sie plötzlich wieder zurück: *Ausweiskontrollen* an den Binnengrenzen. Im Dominoeffekt fiel die Kontrolllosigkeit: an der schwedischen Grenze zu Dänemark,¹⁵ an der dänischen Grenze zu Deutschland,¹⁶ an der deutschen Grenze zu Österreich,¹⁷ an der österreichischen Grenze zu Ungarn¹⁸ und

15 Vgl. Schweden kontrolliert an der Grenze. Abschottung am Öresund, in: <https://www.tagesschau.de> v. 4.1.2016.

16 Vgl. Auswärtiges Amt: Dänemark: Reise- und Sicherheitshinweise (Einführung stichprobenartiger Grenzkontrollen an der deutsch-dänischen Grenze seit 4. Januar 2016), in: <https://www.auswaertiges-amt.de> (Stand 6.12.2016).

17 Vgl. Auswärtiges Amt: Österreich: Reise- und Sicherheitshinweise, in: <https://www.auswaertiges-amt.de> (Stand 6.12.2016).

18 Vgl. *Gsellmann*, Grenzkontrollen sorgen für Stauchaos, in: <https://kurier.at> v. 5.7.2016.

Slowenien,¹⁹ an der slowenischen Grenze zu Ungarn²⁰ oder schon früher an der französischen Grenze zu Italien.²¹ Grenzkontrollen sind unionsrechtlich *vorübergehend* unter den Voraussetzungen der Art. 25 ff. des Schengener Grenzkodex (VO (EU) 2016/399²²) zulässig, allerdings in der derzeitigen Lage zugleich äußerer Ausdruck tief greifender Lageunsicherheiten, öffentlicher Kontroversen und brodelnder Gärungsprozesse der Meinungsbildung über den Umgang mit einem quantitativ erfahrungslosen Zugangsdruck von Drittstaatsangehörigen nach Europa. Die öffentliche Diskussion bewegt sich zwischen Forderungen nach Abschottung, Obergrenzen und Offenheit. Verschiedenes gerät bei solch pauschaler Betrachtung freilich durcheinander, insbesondere internationale Schutzsuche, Einwanderung und Außengrenzenkontrolle. Internationale Schutzsuche ist jedoch eine rechtlich fundamental andere Kategorie als Arbeitsmigration oder Einwanderung in Sozialstaatssysteme.

Die Frage für das vorliegende Thema liegt nahe: Ist das supranationale *Unionsrecht* in diesen Fragen *präsent* und, wenn ja, *wirksam*? Dies führt zur *zweiten* hier zu behandelnden Frage, derjenigen nach dem System des Bestands des Unionsrechts im Bereich der Zugangspolitik, also nach dessen derzeitiger Struktur.

II. Der systemgeordnete Bestand des supranationalen Unionsrechts zu Fragen des Zugangs von Drittstaatsangehörigen in die Mitgliedstaaten der Union

Die Frage nach dem System des Unionsrechts zum Thema des Zugangs von Drittstaatsangehörigen in die Mitgliedstaaten der Union offenbart einen umfangreich und detailliert aufgewachsenen Bestand.

1. Zu unterscheiden ist hierbei zwischen dem von den Mitgliedstaaten vereinbarten und ratifizierten, also dem von ihnen gewollten und verantworteten primären Recht der Zugangspolitik und dem von der Union

19 Vgl. ebda. sowie Auswärtiges Amt: Slowenien: Reise- und Sicherheitshinweise, in: <https://www.auswaertiges-amt.de> (Stand: 6.12.2016).

20 Ebda.

21 Vgl. Frankreich verschärft Grenzkontrollen zu Italien, in: <http://derstandard.at> v. 17.5.2015.

22 VO (EU) Nr. 2016/399, ABl. 2016 L 77/1.

auf der Grundlage der primärrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen geschaffenen, also sekundären Recht der Zugangspolitiken.

a. Das *Primärrecht* enthält in diesem Bereich anders als im vertrauten und bewährten Binnenmarktrecht keine unmittelbar von den mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten anwendbaren Vorschriften, sondern lediglich *Zuständigkeiten* der Union. Deren Nutzung setzt die Bildung entsprechender politischer Beschlussmehrheiten in den zuständigen Organen voraus: soweit im (soweit einschlägigen) ordentlichen Gesetzgebungsverfahren also in Kommission, Europäischem Parlament und Rat.²³ Der Vertrag von Lissabon hat die Zuständigkeiten der Union als *Kompetenztrias* von Außengrenzenschutz, Flüchtlingsschutz und Einwanderungspolitik ausgebaut (Art. 77 bis 79 AEUV). Sie begründen und begrenzen deren Handlungsmöglichkeiten. Kompetenzkategorial handelt es sich im Kern um so genannte mit den Mitgliedstaaten „geteilte“ Zuständigkeiten. Dies beinhaltet, dass in diesem Bereich die Union und die Mitgliedstaaten gesetzgeberisch tätig werden können, jedoch die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeiten nicht wahrnehmen dürfen, sofern und soweit die Union ihre *Zuständigkeit ausgeübt* hat.²⁴

b. Die Union hat ihre Zuständigkeiten in den vergangenen Jahren mit der Schaffung von *detailliertem Sekundärrecht* in allen drei Bereichen genutzt, wenn auch mit unterschiedlicher Regelungsdichte.

2. Im *Außengrenzenschutz* ist der Union primärrechtlich die Aufgabe gestellt, zum Zweck der Kontrolllosigkeit innerhalb des Schengenraums eine Politik zu entwickeln, „mit der ... die Personenkontrolle und wirksame Überwachung des Grenzübertritts an den Außengrenzen sichergestellt werden soll“ und „schrittweise ein integriertes Grenzschutzsystem an den Außengrenzen eingeführt werden soll.“²⁵ Dazu sind der Union *jedoch* keine *operativen* Befugnisse zur Einrichtung eigener Grenzschutzorgane übertragen, sondern *nur Legislativbefugnisse*. Diese bestehen nach Art. 77 Abs. 2 AEUV in *vier* Politikfeldern: für die Elementarfrage von Visapflicht oder Visafreiheit und kurzfristiger Aufenthaltstitel von Drittstaatsangehörigen, für das Regime der Personenkontrollen beim Überschreiten der Außengrenzen, für die Schaffung des integrierten Außengrenzschutzsystems und für die Voraussetzungen der Bewegungsfreiheit von Drittstaatsangehörigen innerhalb der Union während eines kurzen Zeitraums.

23 Vgl. Art. 289 Abs. 1 AEUV.

24 Vgl. Art. 2 Abs. 2 AEUV.

25 Vgl. Art. 77 Abs. 1 Buchstabe b und c AEUV.

Diese Befugnisse hat die Union *breitflächig genutzt*. Dem Außengrenzschutz galt von Beginn der Europäisierung der Zugangspolitiken an das *Hauptaugenmerk*. Die verlässliche Zugangskontrolle von Personen und gegebenenfalls die Einreiseverweigerung nach *einheitlichen* Regeln ist für den grenzkontrollfreien Binnenraum *essentiell*. Dadurch wird jeder Schengenstaat mittels des Unionsstandards zum Hüter der in diesem Standard aufgenommenen Interessen aller anderen Schengenstaaten gegen den unerwünschten Zugang von Nicht-Unionsbürgern. Maßgeblich ist hierfür der *Schengener Grenzkodex*.²⁶ Seine Grundnorm lautet, dass Außengrenzen *nur* an den *Grenzübergangsstellen* während der festgesetzten Verkehrsstunden und nach Maßgabe der einschlägigen Kontrollregeln überschritten werden dürfen.²⁷ Der Bau eines *Außengrenzzauns* zu Drittstaaten mag seltsam anmuten, bewegt sich *jedoch* zwecks Kanalisierung des Zugangs an bestimmten Übergangsstellen in der Logik dieses Ansatzes. Dies gilt auch für die Einrichtung der von der Europäischen Kommission propagierten sog. „*Hot Spots*“ für *Schutzsuchende*²⁸ (so z.B. in Lampedusa und Lesbos) zwecks Registrierung, Identifizierung und sofortiger Einzelfallprüfung von Schutzanträgen sowie, im Falle deren Unbegründetheit (etwa bei Herkunft aus einem sicheren Drittstaat), zwecks direkter Abschiebung. Die *Zurückweisung* eines Schutzsuchenden ohne Einzelfallprüfung verstößt unionsrechtlich jedoch gegen den sog. *Non-Refoulement*-Grundsatz, den das Unionsrecht in Anlehnung an das Völkerrecht übernommen hat.²⁹

Unbeschadet dieses – noch zu behandelnden – Sonderrechts für internationalen Schutz suchende Personen nennt der Grenzkodex detaillierte, von Drittstaatsangehörigen zu erfüllende und von den Grenzbeamten zu überprüfende *Einreisevoraussetzungen*, darunter gegebenenfalls den Besitz eines gültigen Visums³⁰ und die Nichtausschreibung im Schengener Infor-

26 Verordnung (EU) Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.3.2016, ABl. 2016 L 77/1.

27 Art. 5 und 8 der VO (EU) Nr. 2016/399.

28 Vgl. Europäische Kommission, Ein Hotspot – Konzept zur Steuerung außergewöhnlicher Migrationsströme, in: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_hotspots_de.pfd.

29 Vgl. Art. 21 Abs. 1 Richtlinie 2011/95 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.12.2011, ABl. 2011 L 337/9 (Anerkennungsrichtlinie).

30 Art. 6 Abs. 1 Buchstabe b sowie 8 Abs. 3 Buchstabe a VO (EU) Nr. 2016/399.

mationssystem (SIS II) oder in den mitgliedstaatlichen Datenbanken.³¹ Sind sie nicht erfüllt, bestimmt der Kodex ausdrücklich, dass die Einreise *verweigert* werden *muss*.³² Denn wer sich unberechtigt *intra muros* der Union befindet, kann faktisch nur abgeschoben werden, wenn ein Drittstaat ihn aufnimmt. Ob eine Person visapflichtig ist, bestimmt das *einheitliche* unionsrechtliche *Visaregime*.³³ Unter welchen *Voraussetzungen* eine visapflichtige Person von einem Mitgliedstaat ein Visum erhalten kann, ist gleichfalls unionsrechtlich einheitlich detailliert festgelegt (Visa-Kodex),³⁴ wobei zur Vermeidung unabgestimmter Entscheidungen der nationalen Visabehörden diese durch ein Datenaustauschsystem (VIS) unionsrechtlich miteinander verbunden sind.³⁵

Weit über die Personenkontrolle hinaus greift der Gedanke des „*integrierten Grenzschutzsystems*“ durch koordinierte operative Maßnahmen. Zu diesem Zweck wurde eine eigene Europäische Agentur, FRONTEX, errichtet³⁶ und um einen Mechanismus zur Sicherung von Soforteinsatzteams (RABIT) zu dem Zweck ergänzt,³⁷ „für die rasche operative und zeitlich befristete Unterstützung eines darum ersuchenden Mitgliedstaats zu sorgen, der einem plötzlichen und außergewöhnlichen Druck ausgesetzt ist, insbesondere durch den Zustrom von einer großen Zahl von Drittstaatsangehörigen an bestimmten Stellen der Außengrenzen, die versuchen, illegal in sein Hoheitsgebiet einzureisen.“³⁸

3. Der *Flüchtlingsschutz* umfasst Asyl und Subsidiärschutz. Hierin ist die Union primärrechtlich beauftragt, eine gemeinsame Politik zu entwickeln, „mit der jedem Drittstaatsangehörigen, der internationalen Schutz benötigt, ein angemessener Schutz angeboten und die Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung gewährleistet werden soll“, wobei

31 Art. 6 Abs. 1 Buchstabe d und e sowie Art. 8 Abs. 3 Buchstabe a VO (EU) Nr. 2016/399.

32 Art. 14 Abs. 1 VO (EU) Nr. 2016/399.

33 Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates v. 25.3.2001, ABl. 2001 L 81/1.

34 Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009, ABl. 2009 L 243/1.

35 Verordnung (EG) Nr. 767/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.7.2008, ABl. 2008 L 218/60.

36 Verordnung (EU) Nr. 2016/1624 des Europäischen Parlaments und Rates v. 24.9.2016, ABl. 2016 L 251/1.

37 Verordnung (EG) Nr. 863/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.7.2007, ABl. 2007 L 199/30.

38 Art. 1 Abs. 1 VO (EG) Nr. 863/2007.

diese Politik kraft Primärrechts mit der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) im Einklang stehen muss.³⁹ Dies besagt gleichermaßen Art. 18 GRCh zum Asylrecht. Darin liegt eine unionsrechtliche „Selbst“-verpflichtung. Die Union ist nicht selbst Vertragspartner der GFK. Auch hierzu sind der Union *jedoch keine operativen* Befugnisse übertragen, sondern *lediglich Legislativbefugnisse*. *Konzeptionell* stellt das Unionsrecht damit auf das *individuelle Schutzbedürfnis* ab, nicht auf Gruppen oder Quantitäten (abgesehen vom Sonderfall des Art. 78 Abs. 2 Buchst. c AEUV: vorübergehender Schutz von Vertriebenen im Falle eines Massenzustroms). Eine *Obergrenze* für die Behandlung von Anträgen von Schutzsuchenden ist dem Unionsrecht wegen der Verpflichtung auf den Grundsatz der Nicht-Zurückweisung und der Bezugnahme auf die GFK nicht wesensgemäß.⁴⁰ Das von Art. 78 Abs. 1 AEUV angesprochene „Angebot“ eines angemessenen Schutzes ist Ziel der zu entwickelnden „gemeinsamen Politik“, deren Einzelheiten demgemäß politischen Entscheidungen im Rahmen der für die Union als maßgeblich erklärten GFK vorbehalten sind. *Art. 18 GRCh* ist unter den Voraussetzungen des Art. 52 GRCh im Gemeinwohlinteresse *einschränkbar*.

Auch diese Zuständigkeiten hat die Union *breitflächig* über mehrere Fünf-Jahres-Aktionsprogramme mit der konzeptionellen Ausrichtung auf ein *Gemeinsames Europäisches Asylsystem* (GEAS) *legislativ* genutzt. Es fußt auf drei Kernelementen: materiellen Status- und Schutzregeln, Verfahrensregeln beim Antrag einer Person auf internationalen Schutz, Kooperationsabkommen mit Drittstaaten insbesondere zur Rücknahme von Personen.

a. Die Unionslegislation zum *ersten* Element ist *weit* vorangeschritten, stützt sich *jedoch* nicht auf unmittelbar anwendbare Verordnungen, sondern nur auf mitgliedstaatlich umzusetzende *Angleichungsrichtlinien*. Sie legen zum einen Mindestnormen zur Entscheidung über die *Qualifikation als schutzberechtigte Person* (im Sinne von Asyl oder Subsidiärschutz) und zur Bestimmung des jeweiligen *Schutzinhalts* fest,⁴¹ zum anderen Normen für die *vorübergehende Schutzgewährung* von Vertriebenen im

39 Vgl. Art. 78 Abs. 1 AEUV.

40 Vgl. Art. 33 GFK.

41 Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.12.2011, ABl. 2011 L 337/9 (Qualifikationsrichtlinie).

Falle eines Massenzustroms.⁴² Hinsichtlich der Anerkennung als Flüchtling wird dadurch die Genfer Flüchtlingskonvention unionsrechtlich konkretisiert, hinsichtlich des Schutzstatus und des Schutzzinhalts ein unionsrechtlicher Mindeststandard festgelegt: für anerkannte Asylanten u.a. der Zugang zur selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit, zum Bildungssystem, zu Sozialleistungen, zur medizinischen Versorgung und zu Wohnraum. Da die Mitgliedstaaten in der Konkretisierung Gestaltungsspielraum haben und ohnehin günstigere Regeln aufstellen können, wird allerdings das *Ziel nicht erreicht*, Attraktivitätsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zu vermeiden.

b. Auch zum *zweiten* Element, den Verfahrensregeln beim Schutzantrag, ist die Unionslegislation weit entwickelt, verfolgt hier aber einen instrumentell bemerkenswert *differenzierten* und sinnfälligen Weg. Zum einen setzt sie *unmittelbar anwendbares* Recht für die Ermittlung der *Prüfungszuständigkeit* für den Antrag einer Person ein (Dublin III-Verordnung),⁴³ *zum anderen* Angleichungsrichtlinien für die *Verfahrensgestaltung* über die *Zuerkennung* und *Aberkennung* internationalen Schutzes⁴⁴ sowie für die Aufnahmebedingungen der Schutzsuchenden *während* des (zeitlich sich oft streckenden) Prüfungsverfahrens – so namentlich zu Aufenthaltsort, Bewegungsfreiheit, Wahrung der Familieneinheit, Gewährung materieller Leistungen, Zugang zum Arbeitsmarkt.⁴⁵

aa. Die *Dublin III-Verordnung* beruht auf dem tradierten Grundsatz, dass für die *Prüfung* eines Schutzantrags *nur ein einziger* Mitgliedstaat zuständig ist, gleichgültig in welchem Mitgliedstaat eine Person diesen Antrag stellt. Dies dient zuallererst dem Ziel, die Vervielfältigung von dieselbe Person betreffenden Verfahren zu vermeiden. Schutzsuchende haben unionsrechtlich *kein Wahlrecht* des für die Prüfung ihres Antrags zuständigen Mitgliedstaats. Wer Schutz sucht und einen Mitgliedstaat (beispielsweise Lampedusa) erreicht, ist sicher. Er hat, vorbehaltlich spezieller unionsrechtlicher Zuweisungskriterien, keinen asylrechtlichen Grund, bei-

42 Richtlinie 2001/55/EG des Rates v. 20.7.2001, ABl. 2001 L 212/12 (Massenzustromsrichtlinie).

43 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013, ABl. 2013 L 180/31 (Dublin III).

44 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013, ABl. 2013 L 180/60 (Asylverfahrensrichtlinie).

45 Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013, ABl. 2013 L 180/96.

spielsweise nach Schweden durchgelassen zu werden. Er darf unionsrechtlich von dem Ankunftsland auch nicht ohne Zustimmung eines anderen Mitgliedstaats weitergewunken werden. *Vielmehr* bestimmt sich die Prüfungs- und Aufnahmezuständigkeit (im Sinne einer Pflicht) nach einer festen Kriterienrangfolge:⁴⁶ insbesondere nach Familiennähe,⁴⁷ legalem Aufenthalt⁴⁸ und, aktuell am häufigsten, dem Ort des illegalen Überschreitens der Außengrenze (Land, See, Luft) eines Mitgliedstaats durch den aus einem Drittstaat kommenden Antragsteller.⁴⁹ Letzteres betrifft derzeit vor allem Griechenland und Italien. Lässt sich nach diesen Kriterien der zuständige Mitgliedstaat *nicht* bestimmen (insbesondere infolge unterbliebener Registrierung), ist der erste Staat, in dem der Schutzantrag gestellt wurde, zuständig.⁵⁰ Dies erklärt den Versuch von Migranten mit bestimmtem Zielstaatwunsch, eine Registrierung und Identifizierung durch *Fingerabdruck* zu vermeiden. Bei solchem Verhalten ist internationaler Schutz allerdings zu verweigern.

Ist ein Mitgliedstaat nach diesen Kriterien *nicht zuständig*, so kann die Zuständigkeit doch auf ihn wechseln, falls es sich als unmöglich erweist, einen Antragsteller an den zunächst als zuständig bestimmten Mitgliedstaat zu überstellen, weil „es wesentliche Gründe für die Annahme gibt, dass das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Antragsteller in diesem Mitgliedstaat systemische Schwachstellen aufweisen, die eine Gefahr der unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Artikels 4 der EU-Grundrechte-Charta mit sich bringen.“⁵¹ Ein nach den Dublin-Kriterien nicht zuständiger Mitgliedstaat kann auch durch einen in seinem Ermessen liegenden *Selbsteintritt* zuständig werden.⁵² Dies geschah beispielsweise im September, als Deutschland sich den im *Budapester Ostbahnhof* aufgestauten Schutzsuchenden öffnete. Darüber hinaus kann die Nicht-Zuständigkeit eines Mitgliedstaats zur Aufnahme nach der Dublin-III-Verordnung auch gegen seinen Willen überwunden werden, wenn der Rat mit qualifizierter Mehrheit auf der Grundlage und im Rahmen des Art. 78 Abs. 3 AEUV eine vorübergehende „*Umsiedlung*“

46 Artt. 7 ff. VO (EU) Nr. 604/2013.

47 Artt. 8 ff. VO (EU) Nr. 604/2013.

48 Art. 12 VO (EU) Nr. 604/2013.

49 Art. 13 VO (EU) Nr. 604/2013.

50 Art. 3 Abs. 1 VO (EU) Nr. 604/2013.

51 Art. 3 Abs. 2 VO (EU) Nr. 604/2013 zum dabei einzuschlagenden Verfahren.

52 Art. 17 Abs. 1 VO (EU) Nr. 604/2013.

beschließt. Dies geschah im September 2015 mit dem Beschluss zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland⁵³ mit dem Ziel der Umsiedlung von 120.000 Antragstellern,⁵⁴ der allerdings bislang nur teilweise umgesetzt wurde.⁵⁵ Die in Art. 78 Abs. 3 AEUV enthaltene Ermächtigung des Rates befugt diesen, auf Vorschlag der Kommission vorläufige Maßnahmen zugunsten eines Mitgliedstaats zu beschließen, der sich „aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen in einer Notlage (befindet)“. Der genannte Beschluss führte zu einer Nichtigkeitsklage der Slowakei und Ungarn vor dem EuGH, die allerdings erfolglos blieb.⁵⁶

bb. Die *Angleichung* der mitgliedstaatlichen *Prüfungsverfahren* und der *Aufnahmebedingungen* während der Verfahrensdauer dient dem Zweck, einer Binnenmigration der Schutzsuchenden in die attraktiver erscheinenden Mitgliedstaaten vorzubeugen. Sie kann dies aber nicht erreichen, soweit es *nur* Mindestbestimmungen sind⁵⁷ und/oder soweit mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume und/oder aus der Sicht der Schutzsuchenden für sie relevante Unterschiede der Lebens- und Aufnahmebedingungen zwischen den Mitgliedstaaten bestehen. Zwar sollen nach der Aufnahmebedingungen-Richtlinie Aufnahmenormen für die Antragsteller festgelegt werden, „die diesen ein menschenwürdiges Leben ermöglichen und vergleichbare Lebensbedingungen in allen Mitgliedstaaten gewährleisten“. ⁵⁸ Dazu kontrastiert jedoch die teilweise bittere Realität. Gerichtsnotorisch wurde der Behandlung bestimmter Asylbewerber in Griechenland im Falle M.S.S., die der EGMR als eine gegen Art. 3 EMRK verstoßende „erniedrigende Behandlung“ bewertete⁵⁹ und die eine Überstellung dorthin durch Belgien gleichfalls zu einer Verletzung dieser Norm machte.⁶⁰ Art. 3 Abs. 2 der Dublin-III-Verordnung sieht für einen derartigen Fall folgerich-

53 Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates v. 22.9.2015, ABl. 2015 L 248/80.

54 Art. 4 Abs. 1 Beschluss (EU) 2015/1601.

55 Vgl. Europäische Kommission, KOM(2017) 212 endg. v. 12.4.2017: Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat: Umverteilung und Neuansiedlung – Elfter Fortschrittsbericht.

56 EuGH, Verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631 (Slowakei und Ungarn/Rat der EU) und C-647/15 (Ungarn/Rat der EU).

57 So grundsätzlich Art. 5 Richtlinie 2013/32/EU; Art. 4 Richtlinie 2013/33/EU.

58 Erwägungsgrund (11) der Richtlinie 2013/33/EU.

59 CEDH, Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce, Requête 30696/09, arrêt 21 janvier 2011, Rn. 234 und 264.

60 Ebda., Rn. 368.

tig den Wechsel der Prüfständigkeit vor.⁶¹ Hinsichtlich des *Prüfverfahrens* bestehen detaillierte Vorgaben, stoßen aber auch insoweit auf unterschiedliche *Kapazitäten* und Mentalitäten in den Mitgliedstaaten. Überdies ist auch die Liste *sicherer Herkunftsstaaten*, die zur beschleunigten Ablehnung eines Schutzantrags legitimiert, bislang unionsrechtlich nicht vereinheitlicht. Ein auf Art. 78 Abs. 2 Buchst. d AEUV gestützter Verordnungsvorschlag der Kommission zu deren Erstellung liegt seit 2015 vor.⁶²

4. Auch für die *Einwanderungspolitik* ist die Union primärrechtlich beauftragt, eine „gemeinsame ... Politik“ zu entwickeln.⁶³ Dabei soll sie *konzeptionell* die Verwirklichung von *drei* Zielen gewährleisten: *erstens* eine in allen Phasen wirksame *Steuerung* der Migrationsströme (seit 2015 erkennt man die Schwere dieser Aufgabe), *zweitens* eine *angemessene* Behandlung von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten (seit 2015 erkennt man auch die Herausforderungen dieser Aufgabe), und *drittens* die Verhütung und verstärkte Bekämpfung von *illegaler* Einwanderung und Menschenhandel (seit 2015 sind auch die Dringlichkeit und Dimension dieser Aufgabe präsent). Auch hierbei sind der Union jedoch keine operativen Befugnisse übertragen, sondern lediglich Legislativbefugnisse, die überdies hinsichtlich der Arbeitsmigration ausdrücklich in der Weise beschränkt sind, dass das Recht der Mitgliedstaaten unberührt bleibt, festzulegen, „wie viele Drittstaatsangehörige aus Drittländern in ihr Hoheitsgebiet einreisen dürfen, um dort als Arbeitnehmer oder Selbständige Arbeit zu suchen.“⁶⁴ Infolgedessen konnte und kann die Union in diesem Bereich nicht in derselben konzeptionell umfassenden Weise normsetzend tätig werden wie im Außengrenzen- und Flüchtlingsschutz.

a. So existiert zur *legalen* Einwanderung für die Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsvoraussetzungen bislang keine dem Visakodex für die Erteilung kurzfristiger Aufenthalte gleichartig umfassende Regelung. Allerdings bestehen Angleichungsrichtlinien zu Einzelfragen, so namentlich für die Bedingungen der Zuerkennung der Rechtsstellung eines langfristig

61 S. oben 3 b aa.

62 KOM(2015) 452: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Erstellung einer gemeinsamen EU-Liste sicherer Herkunftsstaaten für die Zwecke der Richtlinie 2013/32/EU.

63 Art. 79 Abs. 1 AEUV.

64 Art. 78 Abs. 5 AEUV.

aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen und deren Inhalt,⁶⁵ die jedoch u.a. schon einen fünfjährigen ununterbrochenen regelmäßigen Aufenthalt im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats voraussetzt.⁶⁶ Auch gibt es – hier nicht näher interessierende – Richtlinien zum Aufenthalt spezifischer Personengruppen (Forscher,⁶⁷ Hochqualifizierte,⁶⁸ Studierende,⁶⁹ Schüler,⁷⁰ Freiwilligendienstleistende,⁷¹ Saisonarbeiter,⁷² unternehmensintern Entsandte⁷³).

b. Ausgeprägter ist demgegenüber das Sekundärrecht zur Bekämpfung der *illegalen* Einwanderung. Neben dem schon erwähnten Außengrenzschutz und dem Kommissionsprogramm *regionaler* Schutzprogramme in Drittstaaten⁷⁴ bestehen Angleichungsrichtlinien zum einen zur *Prävention* illegaler Einwanderung, zum anderen zur *Rückführung* illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger. Die erste Gruppe umfasst die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu Maßnahmen gegen Schleuser,⁷⁵ Arbeitgeber,⁷⁶ Beförderungsunternehmer⁷⁷ und Menschenhändler.⁷⁸ Die zweite Gruppe adressiert die mitgliedstaatlichen Normen und Verfahren zur Rückführung. *Ab-schiebung* ist allerdings ein schwieriges Unterfangen. Nach Angaben des FRONTEX-Direktors *Leggeri* werden in der EU 43% von Personen ohne

65 Richtlinie 2003/109/EG des Rates v. 25.11.2003, ABl. 2003 L 16/44 (Daueraufenthaltsrichtlinie).

66 Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2003/109/EG.

67 Richtlinie 2016/801/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2016, ABl. 2016 L 132/21.

68 Richtlinie 2009/50/EG des Rates v. 25.5.2009, ABl. 2009 L 155/17 (Hochqualifiziertenrichtlinie).

69 Richtlinie 2016/801/EU.

70 Ebda.

71 Ebda.

72 Richtlinie 2014/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014, ABl. 2014 L 94/375 (Saisonarbeiterrichtlinie).

73 Richtlinie 2014/66/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014, ABl. 2014 L 157/1.

74 KOM(2005) 388 endg.: Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament über Regionale Schutzprogramme.

75 Richtlinie 2002/90/EG des Rates v. 28.11.2002, ABl. 2002 L 328/17.

76 Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 18.6.2009, ABl. 2009 L 168/24.

77 Richtlinie 2001/51/EG des Rates v. 28.6.2001, ABl. 2001 L 187/45.

78 Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2011, ABl. 2011 L 101/1.

Bleibericht nicht zurückgeführt.⁷⁹ Ausweisung ist noch nicht Abschiebung. Es muss ein Staat gefunden werden, der eine Person aufnimmt. Kein Drittstaat ist völkerrechtlich verpflichtet, Personen zurückzunehmen, die nicht seine Staatsangehörigen sind. Wenn er sich weigert, offenbart sich die traditionelle Durchsetzungsschwäche des Völkerrechts. Ist die Staatsangehörigkeit unklar, scheitert dieser Weg ohnehin, es sei denn, es besteht ein Rückübernahmeabkommen mit dem Herkunftsstaat, der diesem Abkommen auch nachkommt. Ist die Staatsangehörigkeit klar, zieht im Falle eines Schutzsuchenden der Non-Refoulement-Grundsatz des Art. 78 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit der GFK der Abschiebung in sein Heimatland Schranken. Das deutsche Aufenthaltsgesetz schließt dies auch dann aus, wenn dort Leben und Freiheit bedroht sind.⁸⁰

III. Wirkungschancen, Wirkungsgrenzen und Wirkungsrisiken des supranationalen Unionsrechts

Angesichts dieses umfänglichen, in sich systemgeleiteten Regelungsbestandes stellt sich die *abschließende dritte* Frage nach den Wirkungschancen, Wirkungsgrenzen und Wirkungsrisiken des supranationalen Unionsrechts im Migrationsgeschehen.

1. Die *Wirkungschance* des supranationalen Unionsrechts besteht darin, die *gute Ordnung* von Zugangspolitiken im Migrationsgeschehen zu konzipieren und normativ vorzugeben. Diese steht allerdings legitimatorisch zwingend *im Dienst* der Gewährleistung des grenzkontrollfreien Binnenraums. Dies schließt jedoch nicht aus, sondern beinhaltet, wie beim Flüchtlingsschutz gezeigt, dass der Entwurf der guten Ordnung sich an einem sachpolitischen Idealbild orientiert und konzeptionell in sich stimmig auszugestalten ist.

2. Die *Wirkungsgrenzen* des Unionsrechts liegen im Wesen der Union selbst. Als transnationales Gemeinwesen auf gesellschaftsvertragsartiger

⁷⁹ Bericht des Frontex-Chefs, EU-Staaten schieben 43 Prozent abgelehnter Asylbewerber nicht ab, in: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/frontex-chef-eu-staaten-setzen-abschiebungen-nur-zum-teil-um-14605871.html> (5.1.2017).

⁸⁰ Vgl. § 60 a Abs. 2 Aufenthaltsgesetz.

Grundlage,⁸¹ das 28 Mitgliedstaaten (minus der Mitgliedsstaaten mit Ausnahme- und Sonderregelungen im „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“) mit ihren jeweiligen Gewaltmonopolen, spezifischen Fähigkeiten und eigenen Selbstverständnissen vereint, ist die Verwirklichung der unionsrechtlichen Migrationsordnung elementar auf die (von Art. 4 Abs. 3 EUV auch vertraglich ausdrücklich geforderte) *Loyalität* jedes Mitgliedstaats angewiesen. Divergieren Fähigkeiten und Selbstverständnisse im Migrationsgeschehen im Härtestest der Realität, wird die reale Existenz des unionsrechtlichen Migrationsrechts selbst *in Frage gestellt* und gleichermaßen der grenzkontrollfreie Binnenraum. Beides ist gegenwärtig der Fall. Ist aber das europäische System *gestört*, kann einem Mitgliedstaat nicht verwehrt werden, wirksame Kontrollen an seinen unionsinternen Grenzen im hierfür vorgezeichneten Rahmen des Schengener Grenzkodex vorzunehmen.⁸²

3. Dadurch werden auch *Wirkungsrisiken* des Unionsrechts sichtbar, nämlich die Risiken für die *Autorität des Unionsrechts* selbst. Je abgehobener von seiner Geländegängigkeit in der Wirklichkeit der Mitgliedstaaten es ausgestaltet wird, desto größer wird auch das Risiko seiner Missachtung.

4. Zusammengefasst spricht allerdings nichts dagegen, auch in den aktuellen Herausforderungen an der in ruhigen Zeiten wohl überlegten guten Ordnung *grundsätzlich* festzuhalten, doch ist *im Einzelnen* die reaktive Lagebewältigung und die prospektive Ordnungsverwirklichung *nachhaltig zu verbessern*.

a. *Reaktiv* bedeutet dies für die Verwirklichung der derzeit geltenden Ordnung die Notwendigkeit, die ausdrückliche Solidaritätsklausel des Art. 80 AEUV zur finanziellen, personellen und operativen Unterstützung der Mitgliedstaaten, deren Außengrenzen von international Schutzsuchenden in großen Zahlen überschritten werden (also derzeit insbesondere derjenigen von Griechenland und Italien), substanziell zu aktivieren. Ziel des Beistands ist es, dass die hauptbetroffenen Mitgliedstaaten ihren Pflichten aus dem Unionsrecht nachkommen können und nicht Zustände eintreten wie diejenigen in der Rechtssache M.S.S.,⁸³ oder sogar bewusst herbeige-

81 Dazu Müller-Graff, in: Dauses (Hrsg.), A I Rn. 2, 59, 61; ders., in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, EnzEuR Band 1, 2014, § 1 Rn. 16.

82 Vgl. Artt. 25 ff. der VO (EU) Nr. 2016/399.

83 S. oben II 3 b bb.

führt werden, um sich gegen Überstellungsersuchen anderer Mitgliedstaaten zu schützen.⁸⁴ Eine *forcierte Quotenverteilung* durch *Mehrheitsentscheidungen* im Rat gegen den Widerstand einzelner Mitgliedstaaten dürfte demgegenüber *kontraproduktiv* sein und zwar sowohl für die Aufnahmebereitschaft überstimmter Mitgliedstaaten als auch für das Zusammenhaltsklima der Union insgesamt, von der *faktischen* Verwirklichbarkeit einer derartigen Verteilung in dem gewünschten binnengrenzkontrollfreien Raum ganz abgesehen. Im Übrigen gilt auch hier, dass die Überzeugungskraft des Rufes eines Mitgliedstaats nach europäischer *Solidarität* gering bleibt, wenn dieser im Alleingang eine lastenverursachende Politik betreibt. Davon abgesehen weist der Vorschlag der Kommission v. 4.5.2016 für eine Reform des Dublin-Systems⁸⁵ in eine mögliche Richtung. Er behält den Grundsatz der Zuständigkeit des Mitgliedstaats bei, in dem Asylbewerber „erstmalig EU-Boden“ betreten (scil. vorbehaltlich der vorrangigen Kriterien von vorhandenen Familienangehörigen innerhalb der Union), ergänzt ihn aber um eine „Lastenverteilung“ mittels eines „Korrekturmechanismus“, damit „kein Mitgliedstaat auf sich alleine gestellt bleibt, wenn sein Asylsystem durch einen unverhältnismäßig hohen Wanderungsdruck auf die Probe gestellt wird“.⁸⁶ Zu diesem „Mechanismus“ zählt auch der Gedanke einer Kompensationsleistung in Form eines „Solidarbeitrags“ des vorübergehend nicht an dem vorgesehenen Umverteilungsmechanismus teilnehmenden Mitgliedstaats für jeden ihm zugedachten, aber nicht übernommenen Asylbewerber. Man kann dies als Preis für die Aufrechterhaltung der Binnengrenzkontrollfreiheit innerhalb der Union verstehen.

b. *Prospektiv* beinhaltet die Herstellung der Ordnungs- und Kontrollhoheit über den Zugang von Drittstaatsangehörigen eine Aufgabe, die größer ist als diejenigen, die *Herkules* gestellt wurden. Jene waren stets sachlich und zeitlich *begrenzte Einzelaufgaben*, *hier hingegen* handelt es sich um ein *laufend gleichzeitig* zu bewältigendes Aufgabenbündel: die unionsinternen einvernehmliche und verlässliche Klärung der Grundhaltung zur Zugangspolitik und ihrer gemeinsamen internen Schulterung, der Verzicht auf Alleingänge mit Erschütterungspotential für den Zusammenhalt der Union, die klare Trennung zwischen Asyl- und Einwanderungspolitik, die

84 Infolge des dann greifenden Zuständigkeitswechsels nach Art. 3 Abs. 2 der VO (EU) Nr. 604/2013.

85 Europäische Kommission – Pressemitteilung v. 4.5.2016: Eine faire und nachhaltige gemeinsame Asylpolitik verwirklichen.

86 Ebda.

Peter-Christian Müller-Graff

Sicherung der Außengrenzen, die Schaffung eines verlässlichen Rückführungssystems in Drittstaaten und – am schwierigsten – die Bekämpfung der Migrationsursachen. Das Unionsrecht kann dies *allein* nicht leisten, aber es kann *Orientierung* bieten, wenn es in steter Selbstprüfung als Richtpunkt *praktischer Vernunft* gestaltet wird.

Resettlement heute und morgen

Helena Brzózka

I. Einleitung

Der Begriff Resettlement bezeichnet die dauerhafte Neuansiedlung besonders verletzlicher Flüchtlinge, bei denen weder die Rückkehr noch die Integration in dem aktuellen Zufluchtsstaat in absehbarer Zeit erfolgen kann.¹ Das moderne Konzept des Resettlements ist ein international anerkanntes flüchtlingspolitisches Instrument des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR) für den Fall von langanhaltenden Flüchtlingskrisen. Der UNHCR hat – neben seinem Mandat zur Sicherstellung des internationalen Schutzes für Flüchtlinge – die Aufgabe, nach dauerhaften Lösungen für die Zukunft von Flüchtlingen zu suchen. Zu diesem Zweck stehen dem UNHCR und der ihm unterstellten Organisation drei Möglichkeiten zur Verfügung: die Unterstützung der freiwilligen Rückkehr des Schutzbedürftigen in die Heimat, Hilfe durch Asyl und Integration in dem Erstzufluchtsstaat oder die Vorbereitung des Resettlements in einem aufnahmewilligen Drittstaat.² Der Aufnahmestaat sorgt für die legale Einreise, gewährt den Personen vollen Flüchtlingsschutz und bietet die Perspektive der dauerhaften Niederlassung und Integration in dem Land. Resettlement trägt unter anderem dazu bei, internationale Solidarität (auch außerhalb der Europäischen Union) zu zeigen, indem überforderte Erstzufluchtsstaaten entlastet werden.³ Zugleich ist es ein Mittel, die Schutzsuchenden von der Nutzung irregulärer und gefährlicher Routen abzuhalten und Migrationsströme zu kontrollieren.⁴ Das UNO Flüchtlings-

1 *Grote/Bitterwolf/Baraulina*, Resettlement und humanitäre Aufnahme in Deutschland – Fokusstudie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN), Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Hrsg.), 2016, S. 5.

2 <http://www.unhcr.org/dach/de/unser-mandat>.

3 UNHCR Projected Global Resettlement Needs 2016, S. 9.

4 So zumindest die Hoffnung der Europäischen Kommission siehe: Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Schaffung eines Neuansiedlungsrahmens der Union und zur Änderung der Ver-

hilfswerk berichtet in seinen jährlichen Prognosen⁵ über den drastischen Anstieg von Vertriebenen weltweit. Von über 65 Millionen Flüchtlingen wird nur ein Bruchteil als resettlementbedürftig eingestuft. 2017 sollten 1.190.000 Menschen neuangesiedelt werden,⁶ während diese Zahl 2014 lediglich 691.000 betrug. Der bedeutsame Anstieg von 72% ist größtenteils die Folge von dem aussichtslosen Krieg in Syrien.

In der Mitteilung „Reformierung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems und Erleichterung legaler Wege nach Europa“ vom 6. April 2016 kündigte die Europäische Kommission unter anderem an, einen Vorschlag für ein strukturiertes Neuansiedlungssystem vorzulegen. Am 13. Juli 2016 erfolgte dies in Form eines Verordnungsvorschlags (Neuansiedlungsvorschlag).⁷ In diesem Beitrag soll das europäische und deutsche Resettlement daher zunächst kurz dargestellt werden (II), um anschließend die gesetzlichen Rahmenbedingungen und Abläufe der existierenden Resettlement-Programme in Deutschland zu diskutieren (III) und die Bestimmungen der geplanten Verordnung kritisch zu untersuchen (IV).

II. Resettlement in Europa und Deutschland

Seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs nehmen europäische Staaten Flüchtlinge im Rahmen des Resettlements auf. Es begann mit der Aufnahme ungarischer Geflüchteter nach 1956. Ähnliche Solidarität zeigte Europa im Fall der vietnamesischen „Boat People“ in den 1970er Jahren. Einige Staaten haben bereits eine längere Tradition von regulären Resettlement-Programmen,⁸ andere reagieren eher *ad hoc*. Die Europäische Kom-

ordnung (EU) Ziffer 516/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2016, COM (2016) 468, S. 2.

5 UNHCR Projected Global Resettlement Needs 2014 S. 9., 2015 S. 9., 2016, S. 6. 2017 S. 6-8.

6 Laut UNHCR Daten wird jährlich ca. ein Zehntel des Gesamtbedarfs tatsächlich umgesiedelt.

7 Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Schaffung eines Neuansiedlungsrahmens der Union und zur Änderung der Verordnung (EU) Ziffer 516/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2016, COM (2016) 468.

8 Schweden, Dänemark, Finnland, die Niederlande. Siehe: UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Sweden; UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Denmark; UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Fin-

mission setzt sich schon seit weit über einem Jahrzehnt dafür ein, Rahmenbedingungen für europäisches Resettlement zu schaffen. Sie teilte beispielsweise 2004 die Überlegungen mit,⁹ dass die Union den Zugang zu dauerhaften Lösungen verbessern sollte und schlug die Erarbeitung eines EU-Pilotprogramms vor. Nach der erfolgreichen Neuansiedlung von über 8400 irakischen Flüchtlingen kündigte die Kommission 2009 in einer Mitteilung¹⁰ die Einrichtung eines gemeinsamen Neuansiedlungsprogramms der EU an und revidierte ihren Vorschlag über den Europäischen Flüchtlingsfonds (EFF).¹¹ Das erste gemeinsame Neuansiedlungsprogramm der EU startete 2013 basierend auf freiwilliger Teilnahme der Mitgliedstaaten. Als finanzieller Anreiz wurde ein Pauschalbetrag an die Mitgliedstaaten für jeden neuangesiedelten Flüchtling gezahlt.

In dem aktuellen Vorschlag für ein strukturiertes Neuansiedlungssystem schildert die Kommission den Rahmen für die Neuansiedlungspolitik der EU, die als gemeinsames Konzept für die sichere und legale Einreise von internationalen Schutzbedürftigen dient und die Schleusernetze sowie die gefährlichen und irregulären Reise nach Europa auszuschalten versucht. Neben Migrationssteuerung will die EU die Verantwortung mit Drittstaaten teilen und diese Zufluchtsstaaten entlasten.¹²

Deutschland hat seit 2011 vereinzelt humanitäre Aufnahmeprogramme durchgeführt. Der Bund und die Länder richteten 2011 ein Pilotprogramm ein, wonach je 300 besonders schutzbedürftige Flüchtlinge aus Drittstaaten für die Jahre 2012 bis 2014 aufgenommen und neuangesiedelt werden sollten. Die Resettlementquote für das Jahr 2015 wurde auf 500 Personen angehoben, und für die Jahre 2016 und 2017 wird die Quote mit dem Re-

land; UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Netherlands, jeweils S. 1.

- 9 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur kontrollierten Einreise von Personen, die internationalen Schutz benötigen, in die EU und zur Stärkung der Schutzkapazität von Herkunftsregionen, „Verbesserung des Zugangs zu dauerhaften Lösungen“ vom 4.6.2004, KOM (2004) 410, S. 8-9.
- 10 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Einrichtung eines gemeinsamen Neuansiedlungsprogramms der EU vom 2.9.2009, {KOM(2009) 456 endgültig} {SEK(2009) 1127} {SEK(2009) 1128} /* KOM/2009/0447 endg. *//, S. 7-13.
- 11 Bis 2013 förderte der EFF die flüchtlingsbezogene Projektarbeit von Mitgliedstaaten, seit 2014 ist dafür der Asyl-, Migrations- und Integrationsfonds (AMIF) zuständig.
- 12 Siehe Begründung des Vorschlags, S. 2 und 6.

settlement-Programm der Europäischen Kommission verrechnet. Somit sollten 1600 Schutzsuchende (800 pro Jahr) aufgenommen werden. Die Erfüllung dieser Verpflichtung geschieht derzeit durch den 1:1-Mechanismus des EU-Türkei Abkommens¹³ und wird für die Aufnahme von syrischen Flüchtlingen genutzt.¹⁴ 200 Menschen sollten zudem aus dem Libanon aufgenommen werden.

1. Aktuelle Aufnahmeprogramme in Deutschland

Neben diesem Resettlement-Programm im klassischen Sinn liefen in jüngster Zeit drei andere Verfahren für verschiedene schutzbedürftige Gruppen. Die Auswahl der Personen und der ihnen angebotenen Leistungen vor und nach der Einreise nach Deutschland zeigen deutliche Unterschiede. Das mittlerweile abgeschlossene humanitäre Aufnahmeprogramm für 20.000 Schutzbedürftige aus Syrien, den Anrainerstaaten sowie Ägypten und Libyen (HAP Syrien 1, 2 und 3) lief von 2013 bis 2015 und hat Menschen aus akuten Konflikten neue Lebensumstände geboten. Das Aufnahmeverfahren für afghanische Ortskräfte begann ebenfalls 2013. Bis Ende 2016 erhielten 771 Menschen eine Aufnahmezusage für sich und ihre Kernfamilie. Das Programm ist noch nicht abgeschlossen aber fast 2.000 Personen gelangten dadurch bisher nach Deutschland. Die Aufnahme durch Verpflichtungserklärung bietet Privatpersonen die Möglichkeit, (meistens Familienangehörige) Schutzsuchende zu unterstützen (Privatpatenschaft oder „private sponsoring“). Die privat finanzierten Länderaufnahmeprogramme konnten von 2013 bis 2015 über 21.000 Personen entsprechende Visa für die Einreise verschaffen.¹⁵

13 Erklärung EU-Türkei vom 18. März 2016, <http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/> (letzter Abruf am 28. Januar 2018).

14 Bundesamt für Migration und Flüchtlinge <http://www.bamf.de/DE/Fluechtlingsschutz/HumAufnahmeResettlement/ResettlementHumanitaereAufnahme/resettlement-node.html> (letzter Abruf am 28. Januar 2018).

15 Alle Daten in dem Absatz stammen aus: *Grote/Bitterwolf/Baraulina*, Resettlement und humanitäre Aufnahme in Deutschland – Fokusstudie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN), Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Hrsg.) 2016, S. 5–7.

2. Komplexität der verschiedenen Status für Schutzsuchende

Das deutsche Asyl- und Flüchtlingsrecht kennt drei verschiedene Schutzstatus: (a) die Rechtsstellung eines Asylberechtigten (gemäß Art. 16 a GG), (b) die Rechtsstellung eines anerkannten Flüchtlings (Konventionsflüchtling) im Sinne des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 („Genfer Flüchtlingskonvention“, GFK) und nach § 3 Abs. 1 Asylgesetz (AsylG), sowie (c) die Rechtsstellung eines subsidiär Schutzberechtigten gemäß § 4 Abs. 1 AsylG. Resettlement-Flüchtlinge besitzen keinen der genannten Status, da das Resettlement-Verfahren auf § 23 Abs. 4 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) beruht und sie kurz nach der Einreise vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) eine Aufenthaltserlaubnis erhalten. Diese eigenständige gesetzliche Grundlage für Resettlement-Flüchtlinge trat mit der Novellierung des Gesetzes¹⁶ am 1. August 2015 in Kraft.¹⁷ Resettlement-Flüchtlinge werden Asylberechtigten und Konventionsflüchtlings nicht vollständig gleichgestellt, obwohl dies völkerrechtlich (auch ohne weitere Gesetzesänderungen) geboten wäre.¹⁸

Asylberechtigte bekommen in der Regel eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 S. 1 AufenthG. Nach drei oder fünf Jahren besteht die Möglichkeit auf die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis.¹⁹ Asylberechtigte können eine Erwerbstätigkeit ausüben und genießen Privilegien beim Familiennachzug. Im Grunde gilt Ähnliches für anerkannte Flüchtlinge, ihnen wird aber eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 AufenthG erteilt. Subsidiär Schutzberechtigte haben eine schwächere Position, denn sie bekommen nach § 25 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 AufenthG lediglich eine Aufenthaltserlaubnis für ein Jahr und können diese jeweils auf zwei Jahre verlängern. Nichtsdestotrotz haben sie Anspruch auf eine Niederlassungserlaubnis nach fünf Jahren, wobei die Dauer des Asylverfahrens ein-

16 Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27.7.2015, BGBl. I S. 1386.

17 Tometten, Resettlement-Flüchtlinge: Die teilweise Gleichstellung nach der Reform des Aufenthaltsgesetzes und ihre Konformität mit dem internationalen Flüchtlingsrecht, ZAR 2015, 299 (299).

18 Tometten, Resettlement-Flüchtlinge: Die teilweise Gleichstellung nach der Reform des Aufenthaltsgesetzes und ihre Konformität mit dem internationalen Flüchtlingsrecht, ZAR 2015, 299 (302 f.).

19 Dazu müssen sie u.a. die Sicherung des Lebensunterhalts sowie ausreichende Deutschkenntnisse vorzeigen.

gerechnet wird.²⁰ Subsidiär Schutzberechtigte haben unbeschränkten Arbeitsmarktzugang, ihnen wird aber keine privilegierte Familienzusammenführung angeboten.²¹

Zu diesem komplexen Bild kommen die bereits erwähnten unterschiedlichen Kontingentaufnahmen (HAP Syrien, afghanische Ortskräfte, Privatpatenschaft oder die dauerhaft Schutzbedürftigen eines Resettlements) hinzu, die auch unterschiedliche Aufenthaltstitel erhalten. Die Leistungsansprüche und Teilhabeberechtigungen variieren untereinander sowie im Verhältnis zu Flüchtlingen, die das Asylverfahren durchlaufen haben. Eine Vereinheitlichung der Rechtsfolgen wäre sowohl für die Mitarbeiter der Behörden als auch für die Betroffenen hilfreich und würde zu mehr Transparenz beitragen.

III. Ablauf und gesetzlicher Rahmen des deutschen Resettlement-Programms

Wie am Anfang schon erwähnt, bedeutet Resettlement im globalen Kontext die Überstellung von Flüchtlingen aus dem Land, in dem sie Zuflucht gesucht haben in einen Drittstaat, welcher seiner Aufnahme zugestimmt hat.²² Es wird dem Flüchtling gewöhnlich Asyl mit langfristigen Aufenthaltsrechten gewährt. Im EU-Kontext wird der Schutzsuchende auf Ersuchen des UNHCR, der das Bedürfnis nach internationalem Schutz des Flüchtlings feststellt, aus einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat überstellt, in dem er sich mit einer der folgenden Rechtsstatus aufhalten darf: (a) Flüchtlingsstatus im Sinne von Art. 2 lit. d) der Richtlinie 2011/95/EU, oder (b) einem Status, der nach dem nationalen Recht und Gemeinschaftsrecht dieselben Rechte und Vergünstigungen wie die Flüchtlingseigenschaft gewährt.²³

20 Weitere Voraussetzungen, wie z.B. die Sicherung des Lebensunterhalts sowie ausreichende Deutschkenntnisse, müssen sie erfüllen.

21 Mit dem Inkrafttreten des Asylpakets II wird erneut zwischen Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte unterschieden. So wird der Familiennachzug für die letztere Gruppe im Regelfall bis auf zwei Jahre ausgesetzt.

22 Aus dem Englischen übersetzt von H.B. Die Definition stammt aus Asylum and Migration Glossary 3.0, S. 243.

23 Aus dem Englischen übersetzt von H.B. Asylum and Migration Glossary 3.0, S. 243.

Deutschland hat die zweite Variante (b) gewählt und 2015 – nachdem die Innenministerkonferenz eine permanente Beteiligung an Resettlement beschlossen hat und das Resettlement-Programm unbefristet fortführt – eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Erteilung des Aufenthaltstitels im AufenthG verankert. Der UNHCR übermittelt die Aufnahmehvorschläge an das BAMF, das Amt trifft die Entscheidung über die Aufnahme von Resettlement-Flüchtlingen und erteilt ihnen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 4 AufenthG. Resettlement-Flüchtlinge müssen kein Asylverfahren durchlaufen. Die Aufenthaltserlaubnis ist auf drei Jahre befristet, kann aber nach § 26 Abs. 3 S. 2 AufenthG verlängert werden. Im Falle von Resettlement wird von Anfang an eine dauerhafte Umsiedlung nach Deutschland vorbereitet.

1. Charakteristika des Resettlement-Verfahrens

Resettlement soll die dauerhafte Aufnahme von Flüchtlingen aus Erstzufluchtsstaaten ermöglichen. Die Betroffenen haben weder die Perspektive der Integration in dem aktuellen Zufluchtsland noch diejenige der Rückkehr in ihr Herkunftsland. Der Resettlementbedarf wird vom UNHCR festgestellt. Das Aufnahmekontingent wird vom Bundesinnenministerium in einer Aufnahmeanordnung festgehalten. Aktuell gilt die Anordnung vom 4. April 2016 für die Jahre 2016 und 2017²⁴ (Anordnung 2016-2017).

Das Bundesministerium des Innern (BMI) bestimmt mit dem Auswärtigen Amt (AA) unter Einbeziehung der Bundesländer die Aufnahme-region. Die jeweiligen Prioritäten des UNHCR²⁵ werden beachtet. Seit der Pilotphase 2012 wurden aus folgenden Zufluchtsstaaten Personen aufgenommen: Tunesien, Syrien, Türkei, Ägypten, Sudan und Indonesien. Die Aufgenommenen zeigen ein breites Spektrum an Staatsangehörigkeiten (Länder Afrikas, Asiens), aber auch staatenlose Geflüchtete wurden ausge-

24 Anordnung des Bundesministeriums des Innern für die Resettlement-Verfahren in den Jahren 2016 und 2017 gemäß § 23 Absatz 4 Aufenthaltsgesetz zur Aufnahme bestimmter Flüchtlinge unterschiedlicher Staatsangehörigkeit oder staatenloser Flüchtlinge aus dem Libanon, dem Sudan und aus Ägypten sowie ggf. aus der TUR vom 4. April 2016.

25 Siehe „Projected Global Resettlement Needs“ 2016, eine jährliche Ausgabe vom UNHCR.

wählt (u.a. Palästinenser aus dem Irak und Bidun aus Kuwait)²⁶ Die vom UNHCR verliehenen Flüchtlingsstatus und Schutzbedürftigkeitsgrade werden nicht von deutscher Stelle überprüft. Die endgültige Entscheidung über die Aufnahme wird dennoch vom BAMF getroffen.

Mit dem Ratsbeschluss vom 20. Juli 2015 wurde ein Resettlement-Pilotprogramm der EU²⁷ für 2016 und 2017 mit 22.504 Aufnahmeplätzen für Personen aus Drittländern, die unzweifelhaft internationalen Schutz benötigen, gestartet. 2016 und 2017 erfolgt die Aufnahme von Resettlement-Flüchtlingen nach Deutschland auch in diesen unionalen Rahmen. Folglich hat sich Deutschland bereit erklärt, unter Anrechnung der jährlichen Quote von 500 Personen in dem fortlaufenden deutschen Resettlement-Programm 1.600 Personen aufzunehmen. Bei dem ganz überwiegenden Teil der 2016 im Resettlement-Verfahren aufgenommenen Flüchtlinge handelt es sich um syrische Flüchtlinge, die im Rahmen des 1:1-Mechanismus der EU-Türkei-Erklärung berücksichtigt wurden.

Nach dieser Vereinbarung soll für jede aus Griechenland abgeschobene syrische Person eine andere syrische Person aus der Türkei legal in die EU einreisen und hier aufgenommen werden. Das Abkommen gilt für ein Kontingent von insgesamt 72.000 syrischen Flüchtlingen, das zunächst auf 18.000 Plätze beschränkt ist und einmalig um 54.000 Aufnahmeplätze erweitert werden kann. Auf europäischer und deutscher Ebene wird dies als eine Umwidmung von längst beschlossenen, aber noch nicht umgesetzten Aufnahme- und Verteilungsplänen ausgelegt.²⁸ Die deutsche Verpflichtung war die Aufnahme von 1600 Personen in den Jahren 2016 und 2017. Dies wird nun unter Anrechnung des nationalen deutschen Resettlement-Pro-

26 *Grote/Bitterwolf/Baraulina*, Resettlement und humanitäre Aufnahme in Deutschland – Fokusstudie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN), Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Hrsg.), 2016.

27 European Commission – Press release: Relocation and Resettlement: Increased efforts on resettlement and relocation must be sustained, Brussels, 15. Juni 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2178_en.htm (letzter Abruf am 01. Januar 2018), sowie Conclusions of the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council on resettling through multilateral and national schemes 20 000 persons in clear need of international protection, vom 22. Juli 2015, 11130/15, ASIM 62, RELEX 633, S. 2-4.

28 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Frank Tempel, Jan van Aken, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE vom 22.02.2017, BT-Drs. 18/11298, S. 1.

gramms mit 500 Plätzen erfolgen, sodass in den besagten Jahren jeweils 800 Resettlement-Flüchtlinge aufgenommen werden. Bei weiterem Bedarf ist gemäß des Beschlusses des Rates 215/1601 vom 22. September 2016 die Schaffung von zusätzlichen 13.500 deutschen Plätzen vorgesehen.²⁹ Diese Regelung wird in den Mitgliedstaaten als Resettlement behandelt, obwohl sie eine Mischform darstellt und deshalb auch vom UNHCR und von menschenrechtlichen Organisationen kritisiert wird.³⁰

2. Auswahlverfahren

a) Akteure

Der UNHCR legt den Resettlementbedarf von Schutzsuchenden fest und identifiziert die Personen, die eventuell aufgenommen werden könnten. Er stellt eine Liste zusammen, die an das BAMF weitergeleitet wird. Das BMI, das AA und das BAMF sorgen für den jeweiligen administrativen und rechtlichen Rahmen des Resettlements. In der Aufnahmeanordnung werden u.a. die Aufnahmeregion, die Auswahlkriterien und das Kontingent festgehalten. Das BAMF trifft eine Erstauswahl anhand von Dossiers und übermittelt die Daten an die Sicherheitsbehörden und das AA. Die Überprüfung erfolgt nach § 73 AufenthG. Zwar wird der vom UNHCR verliehene Schutzstatus nicht überprüft, jedoch führt das BAMF parallel zum Sicherheitscheck persönliche Auswahlgespräche mit den vorgeschlagenen Personen.³¹ Die Internationale Organisation für Migration (IOM) beteiligt sich an der medizinischen Untersuchung sowie an der Ausreise von Resettlement-Flüchtlingen. Noch vor der Ausreise gibt es kulturelle

29 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Frank Tempel, Jan van Aken, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE vom 22.02.2017 vom 2. Juni 2016, BT-Drs. 18/11298, S. 11.

30 Joint Comments Paper by: Caritas Europa, Churches' Commission for Migrants in Europe (CCME), European Council for Refugees and Exiles (ECRE), International Catholic Migration Commission (ICMC Europe), International Rescue Committee (IRC), Red Cross EU office, S. 1–2.

31 Wenn dies nicht möglich ist, werden Auswahlgespräche mit Videokonferenz geführt.

Orientierungs- und Sprachkurse vor Ort, die von den Goethe-Instituten, der Diakonie oder der IOM getragen werden.³²

b) Kriterien

Das BMI kann im Rahmen der Neuansiedlung zusammen mit den obersten Landesbehörden das BAMF anweisen, aufgrund von § 23 Abs. 4 AufenthG Resettlement-Flüchtlingen eine Aufnahmezusage zu erteilen. Vor August 2015 geschah dies nach § 23 Abs. 2 AufenthG (Aufnahme bei besonders gelagerten politischen Interessen). Mit der Aufnahme erhalten die Personen eine Aufenthaltserlaubnis, die in der Regel auf drei Jahre befristet ist.

In Deutschland wird das Verfahren ausschließlich nach der Empfehlung des UNHCR durchgeführt.³³ Die Kriterien des UNHCR, nach welchen Personen für Resettlement empfohlen werden, können eventuell breiter angelegt werden³⁴ als die Kriterien in der GFK.³⁵ Resettlement-Flüchtlinge dürfen nach Deutschland einreisen, aber ihr Aufenthaltstitel ist ein anderer als der von anerkannten Flüchtlingen (oder subsidiär Schutzberechtigten sowie Asylberechtigten). Die Auswahlkriterien sind in den Aufnahmeanordnungen aufgelistet. Die aktuellen Kriterien für die Jahre 2016-2017 sind die Folgenden nach Ziffer 2. lit. a)–d) der Anordnung 2016-2017:

32 *Grote/Bitterwolf/Baraulina*, Resettlement und humanitäre Aufnahme in Deutschland – Fokusstudie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN), Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Hrsg.), 2016, S. 19.

33 Anders als z.B. in Österreich, wo neben dem UNHCR sowohl Privatpersonen als auch Kirchen eine Aufnahme in Resettlement-Kontingente empfehlen können.

34 Der UNHCR kann auch ein gruppenbezogenes (und kein individuelles) Anerkennungsverfahren durchführen. Ein solches Verfahren, das nicht einzelfallbezogen ist, sondern aus den äußeren Umständen der Flucht auf die Flüchtlingseigenschaft von Angehörigen einer bestimmten Gruppe schließt, ist im internationalen Asylrecht zulässig und anerkannt.

35 Die Unterschiede ergeben sich schon daraus, dass die Konvention nur die erste Flucht gestattet und Resettlement-Flüchtlinge letztendlich vor Perspektivlosigkeit und der Unmöglichkeit von Integration im Erstzufluchtsland fliehen wollen. Ein Drittland (hier das zukünftige Aufnahmeland) kann nicht für die Aufnahme verpflichtet werden.

- Wahrung der Einheit der Familie;
- Familiäre oder sonstige integrationsförderliche Bindungen nach Deutschland;
- Integrationsfähigkeit (wie etwa Grad der Schul- oder Berufsausbildung, Berufserfahrung, Sprachkenntnisse, Religionszugehörigkeit, geringes Alter);
- Grad der Schutzbedürftigkeit; das gilt insb. für die Personen, deren Schutzbedürftigkeit vom UNHCR noch nicht eingehend geprüft werden konnte.

Ein anderes Kriterium ergibt sich aus Abs. 2 der Präambel der Anordnung 2016-2017: die Personen sollen vom UNHCR als Flüchtlinge anerkannt³⁶ und für Resettlement vorgesehen werden. In seinem jährlichen Bericht über Resettlementbedarf empfiehlt der UNHCR den Ländern, von restriktiven Aufnahmekriterien abzusehen, insb. von der Einschätzung der Integrationsfähigkeit.³⁷ Ein besonderer Resettlementbedarf von unbegleiteten Minderjährigen und schwerstkranken Personen wird berücksichtigt. Die letzte Gruppe wird sogar prozentual festgeschrieben: es dürfen bis zu 5% Schwerkranken aufgenommen werden. Die Auswahlkriterien für 2016-2017 zeigen starke Unterschiede zu den Aufnahmeanordnungen der HAP Syrien Verfahren. Beispielsweise wurden in der Auswahl auch Opfer von Folter und Gewalt, Frauen und Mädchen in prekären Lebenssituationen, unbegleitete Minderjährige und gefährdete Kinder und Jugendliche berücksichtigt, sofern die Länder über Kapazitäten verfügen.³⁸

In dem Begleitschreiben zur Anordnung 2016-2017³⁹ wird betont, dass die Wahrung der Familieneinheit nur dann berücksichtigt werden kann,

36 Dazu müssen die Personen die Kriterien nach Art. 1 der GFK erfüllen. Die Vorschrift ist im § 3 Abs. 1 Asylverfahrensgesetz (AsylVfG) wörtlich enthalten.

37 UNHCR Projected Global Resettlement Needs 2016, S. 17.

38 *Grote/Bitterwolf/Baraulina*, Resettlement und humanitäre Aufnahme in Deutschland – Fokusstudie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN), Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Hrsg.) 2016, S. 25; Anordnung des Bundesministeriums des Innern gemäß § 23 Absatz 2, Absatz 3 i.V.m. § 24 Aufenthaltsgesetz zur vorübergehenden Aufnahme von Schutzbedürftigen aus Syrien und Anrainerstaaten Syriens sowie Ägypten vom 23. Dezember 2013.

39 Aufnahme von Schutzbedürftigen unterschiedlicher Staatsangehörigkeit oder Staatenlosen aus dem Libanon, aus Ägypten, dem Sudan sowie der Türkei; Begleitschreiben zur Aufnahmeanordnung des BMI gemäß § 23 Abs. 4 AufenthG vom 4. April 2016, Aktenzeichen: M I 3, <http://www.bmi.bund.de/DE/Themen/Migrati>

wenn die Familienmitglieder sich in dem Staat aufhalten aus dem die Aufnahme erfolgen soll. Andernfalls steht Resettlement-Flüchtlingen eine privilegierte Familienzusammenführung zur Verfügung.

Die Anordnung enthält Ausschlussgründe (oder negative Aufnahmekriterien), die durch die Sicherheitsbehörden geprüft werden. Gemäß Ziffer 3. lit. a) der Anordnung 2016-2017 werden Menschen von der Aufnahme grundsätzlich ausgeschlossen, die wegen Delikten, die in Deutschland als vorsätzliche Straftat anzusehen sind, verurteilt worden sind; nach lit. b) sollen Personen von der Aufnahme ausgeschlossen werden, bei denen tatsächliche Anhaltspunkte die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass Verbindungen zu kriminellen Organisationen oder terroristischen Vereinigungen bestehen oder bestanden haben oder dass sie in sonstiger Weise Bestrebungen verfolgen oder unterstützen oder unterstützt haben, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung verstoßen oder gegen das friedliche Zusammenleben der Völker gerichtet sind. Diese Ausschlussgründe ähneln im Grunde genommen den negativen Kriterien der GFK (Art. 1 F der GFK). Sie könnten aber in Zukunft verschärft werden, wenn der Neuansiedlungsvorschlag der Union in der jetzigen Fassung angenommen wird. In dem Vorschlag stehen im Art. 6. Abs. 1 lit. d) und f) die folgenden bedenklichen Ausschlussgründe:

- Personen, die sich in den fünf Jahren vor dem Resettlement irregulär im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten aufgehalten haben oder irregulär in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten eingereist sind bzw. den Versuch der irregulären Einreise unternommen haben;
- Personen, denen die Mitgliedstaaten in den fünf Jahren vor der Neuansiedlung die Neuansiedlung gemäß Art. 6 lit. a)⁴⁰ verweigert haben,

on-Integration/Asyl-Fluechtlingsschutz/Humanaere-aufnahmeprogramme/humanaere-aufnahmeprogramme_node.html, unter Begleitschreiben zum Resettlement 2016/2017 abrufbar (letzter Abruf am 1. Juni 2017.).

- 40 Art. 6, lit. a): Folgende Drittstaatsangehörige oder Staatenlose werden von den gezielten Neuansiedlungsregelungen gemäß Artikel 8 ausgeschlossen:
- (a) Personen, bei denen berechtigter Grund zu der Annahme besteht,
 - i) dass sie ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne der internationalen Vertragswerke begangen haben, welche ausgearbeitet worden sind, um Bestimmungen bezüglich dieser Verbrechen zu treffen,
 - ii) dass sie eine schwere Straftat begangen haben,

werden vom Resettlement ausgeschlossen. Die Absätze werden von verschiedenen NGOs heftig kritisiert und in einem Schreiben vom 14. November 2016⁴¹ wird die Streichung der lit. d) und f) als Ausschlussstatbestände im Resettlement-Verfahren vorgeschlagen.

Regionale Beschränkungen des Verfahrens ergeben sich ebenfalls aus der jeweiligen Aufnahmeanordnung. In der Bestimmung der Region werden einerseits die Prioritäten vom UNHCR, andererseits die außenpolitischen Interessen Deutschlands berücksichtigt. Wie es sich bereits aus dem Titel der Anordnung 2016-2017 ergibt, werden Resettlement-Flüchtlinge aus dem Libanon, dem Sudan, aus Ägypten und gegebenenfalls aus der Türkei aufgenommen. Wegen der Anrechnung von Flüchtlingen die durch die 1:1 Vereinbarung mit der Türkei zugelassen sind, wird wahrscheinlich eine erhebliche Zahl von Resettlement-Flüchtlingen aus der Türkei aufgenommen werden.⁴² Voraussichtlich werden die ausgewählten Personen in erster Linie eritreische und äthiopische Staatsangehörige (wenn sie aus dem Libanon und aus Ägypten aufgenommen werden sollten) sowie syrische Staatsangehörige aus der Türkei sein. Jedoch sind gemäß der Präambel der Anordnung 2016-2017 weder Staatenlose noch Personen mit anderen Staatsangehörigkeiten *per se* ausgeschlossen und können für Resettlement durch den UNHCR empfohlen werden.

c) Verfahrensablauf⁴³

Der UNHCR wählt die Personen für das Resettlement-Verfahren aus, erstellt Dossiers mit den wichtigsten Daten der Flüchtlinge und gibt seine Empfehlung über ein Resettlement ab. Die elektronischen Dossiers wer-

iii) dass sie sich Handlungen haben zuschulden kommen lassen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen, wie sie in der Präambel und den Artikeln 1 und 2 der Charta der Vereinten Nationen verankert sind, zuwiderlaufen.

41 Joint Comments Paper by: Caritas Europa, Churches' Commission for Migrants in Europe (CCME), European Council for Refugees and Exiles (ECRE), International Catholic Migration Commission (ICMC Europe), International Rescue Committee (IRC), Red Cross EU office, S. 5.

42 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Frank Tempel, Jan van Aken, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE vom 22.02.2017 vom 2. Juni 2016, BT-Drs. 18/11298, S. 1.

43 Mit Hilfe von „UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Germany“ zusammengestellt.

den an die BAMF-Zentrale nach Nürnberg geschickt. Die Mitarbeiter des BAMF treffen anhand von Dossiers die Erstauswahl und leiten diese Daten an die Sicherheitsbehörden weiter. Die Sicherheitsüberprüfung gemäß § 73 AufenthG läuft parallel zu den persönlichen Interviews. Ein negativer Sicherheitscheck führt zum Ausschluss vom Resettlement-Programm. Das BAMF bemüht sich in jedem Fall auch ein persönliches Interview mit den Resettlement-Flüchtlingen zu führen. Dies ist notwendig für die Verifikation der Angaben, die Aktualisierung von persönlichen Daten, die Spezifikation von Berufserfahrung und Schulabschlüssen sowie für das Überprüfen besonderer Bedürfnisse. Mitarbeiter vom BAMF führen die Auswahlmission in der jeweiligen, im Voraus bestimmten Region. Missionen fanden bereits in Tunesien, Ägypten und in der Türkei statt. Die Gespräche mit Menschen aus dem Sudan und Syrien wurden auf der Grundlage von Personendossiers und mit Hilfe von Videointerviews durchgeführt.⁴⁴ In Ausnahmefällen kann das Telefon- oder Videointerview auch in den anderen Zielländern eingesetzt werden. Eine reine Dossier-Auswahl existiert nicht in Deutschland, der persönliche Zugang und die individuelle Entscheidung werden immer gesucht und gefordert. Für die Verdolmetschung während des Interviews (wenn notwendig) wird Absprache mit dem UNHCR und der IOM gehalten. Nach der Interview-Phase finden medizinische Untersuchungen statt. Die ausgewählten Personen werden von einem Arzt untersucht, insbesondere auch auf infektiöse Krankheiten wie z.B. Tuberkulose oder HIV/AIDS. Die Gesundheitsprüfung wird von der IOM durchgeführt. Ebenfalls werden fehlende Impfungen durchgeführt sowie ein letzter Check, maximal 48 Stunden vor der Ausreise. Die zugelassenen Personen müssen reisefähig sein. Ist dies aus gesundheitlichen Gründen nicht gewährleistet, muss ein Arzt an Bord mitreisen.

Das BAMF fällt auf Grundlage aller Informationen die Entscheidung über eine Aufnahme oder eine Ablehnung. Gestützt auf § 23 Abs. 4 AufenthG kann die Ablehnung vor dem zuständigen Verwaltungsgericht angefochten werden.⁴⁵ In der Bundesrepublik Deutschland gelten keine allgemeinen Verwaltungsfristen, auch nicht für Resettlement-Verfahren. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass die Entscheidung über die endgültige

44 *Grote/Bitterwolf/Baraulina*, Resettlement und humanitäre Aufnahme in Deutschland – Fokusstudie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN), Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Hrsg.) 2016, S. 22.

45 UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Germany, S. 5.

Auswahl zügig getroffen wird, meist innerhalb von drei bis vier Wochen. Die Dauer des gesamten Verfahrens beläuft sich in der Regel nicht auf mehr als sechs Monate, von der Überstellung von Personenakten seitens des UNHCR bis hin zur Abreise von Resettlement-Flüchtlingen aus dem Erstaufnahmeland. Ein Notfallmechanismus ist in Deutschland nicht vorgesehen, besonders dringliche Fälle könnten aber außerhalb der Neuansiedlung im Rahmen von humanitären Aufnahme-Kontingenten nach § 23 Abs. 2 AufenthG dazu genommen werden.⁴⁶

Nach der offiziellen Zusage vom BAMF werden die Teilnehmer des Resettlement-Programms zu einem kulturellen Orientierungskurs eingeladen. Die Kurse werden meistens von den Goethe-Instituten, der Diakonie oder der IOM angeboten und finden in dem Zufluchtsstaat statt. Die Erstorientierung beinhaltet in der Regel 20 Unterrichtseinheiten und beginnt ca. zwei Wochen vor der Ausreise. Das Unterrichtsmaterial wird schriftlich und mündlich vermittelt und bietet grundlegende Informationen über das Leben und den Alltag in Deutschland. Praktische Hinweise, wie der Umgang mit Behörden, Unterkunft in den Aufnahmeländern, aufenthaltsrechtliche Fragen sowie die Vermittlung von ersten Sprachkenntnissen erfolgen auch in den Kursen. Für die Reise beauftragt das BAMF die IOM und übergibt ihr die Liste der Resettlement-Flüchtlinge. Die Buchung der Flüge erfolgt über die IOM, die Kosten werden vom BMI getragen. Die Reise geschieht in Gruppen mit Charter- oder regulären Flügen, Individualreisen sind aber auch gestattet. Im Normalfall begleitet ein BAMF-Mitarbeiter die Flüge. Beim Transport von Schwerstkranken fliegt zusätzlich ein Arzt mit.

Die Einreise setzt neben der Zusage vom BAMF voraus, dass die Person einen gültigen und in Deutschland anerkannten Reisepass besitzt. Wenn der Pass von den deutschen Behörden nicht anerkannt werden kann, die Identifizierung aber anhand von anderen Dokumenten (wie z.B. Identitätskarte, Staatsangehörigkeitsnachweis, Geburtsurkunde) möglich ist, wird eine Ausnahme von der Passpflicht zugelassen (§ 3 Abs. 2 AufenthG).⁴⁷ Das erforderliche Visum wird auf einem gesonderten Blatt von den jeweiligen Auslandsvertretungen ausgestellt. Wenn das Blattvisum in dem Aus-

46 UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Germany, S. 5.

47 Aufnahme von Schutzbedürftigen unterschiedlicher Staatsangehörigkeit oder Staatenlosen aus dem Libanon, aus Ägypten, dem Sudan sowie der Türkei; Begleitschreiben zur Aufnahmeanordnung des BMI gemäß § 23 Abs. 4 AufenthG vom 4. April 2016, Aktenzeichen: M I 3, S. 2.

reiseland nicht akzeptiert wird⁴⁸ oder der Resettlement-Flüchtling gar keinen Reiseausweis hat, stellt die deutsche Auslandsvertretung einen Reiseausweis für Ausländer aus. Der deutsche Passersatz ist gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 Aufenthaltsverordnung (AufenthV) auf drei Monate befristet. Der Ausweis kann nach der Zustimmung des BAMF nach §§ 5, 7 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 AufenthV ausgestellt werden. Die ausgewählten Personen schließen keine formelle Vereinbarung mit den deutschen Behörden über die Aufnahme ab. Sie bekommen dennoch eine schriftliche Aufnahmezusage vom BAMF mit den Rechten, Pflichten und Ansprüchen, die sie in Deutschland haben werden. Diese Zusage gilt für sechs Monate und verfällt wenn die Person nicht in das Bundesgebiet eingereist ist.⁴⁹

Das BMI trägt die Kosten des Verfahrens und des Transports, sowie die Kosten der gesundheitlichen Erstversorgung⁵⁰ laut § 4 Abs. 1 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG). Unmittelbar nach der Ankunft werden die Flüchtlinge in die Erstaufnahmeeinrichtungen in Niedersachsen (Friedland und Bramsche) für 14 Tage⁵¹ aufgenommen. In dem aktuellen Resettlement-Rahmen 2016-2017 übernimmt der Bund auch die Kosten dieser zwei Wochen einschließlich medizinischer Versorgung in Landesaufnahmebehörden sowie Reisekosten in die jeweiligen Aufnahmekommunen. Wegen Überlastung von Kapazitäten ist die Sicherstellung von Plätzen in Erstaufnahmeeinrichtungen nicht immer gewährleistet. Wenn andere Einrichtungen gesucht werden müssen, werden Mittel aus dem AMIF (Asyl-, Migrations- und Integrationsfonds der EU) im Verhältnis 20:80 (Bund:Länder) verteilt.⁵²

48 Z.B. in der Türkei.

49 UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Germany, S. 6.

50 Aufnahme von Schutzbedürftigen unterschiedlicher Staatsangehörigkeit oder Staatenlosen aus dem Libanon, aus Ägypten, dem Sudan sowie der Türkei; Begleitschreiben zur Aufnahmeanordnung des BMI gemäß § 23 Abs. 4 AufenthG vom 04. April 2016, Aktenzeichen: MI 3, S. 3.

51 14 Tage entsprechen den allgemeinen Quarantänezeiten.

52 Die zweiwöchige Erstaufnahme wird mit Hilfe von AMIF im Verhältnis 30:70 (Bund:Länder) finanziert.

3. Ankunft und Integration

a) Unterkunft und Versorgung bei Kommunen

Während des zweiwöchigen Aufenthalts in den Erstaufnahmeeinrichtungen werden sämtliche Anträge auf Leistungen im Rahmen des Sozialgesetzbuchs (SGB) gestellt. Die Sprachförderung beginnt mit dem fünftägigen Kurs „Wegweiser für Deutschland“, der oft von Wohlfahrtsverbänden getragen wird. Kinder werden betreut und auf die Regelschule vorbereitet. Von der Erstaufnahmeeinrichtung werden Resettlement-Flüchtlinge in die Aufnahmekommunen gebracht. Die Verteilung der Flüchtlinge geschieht nach dem Königsteiner Schlüssel, der die Aufteilung des Länderanteils bei gemeinsamer Finanzierung regelt. Die Schlüsselwerte richten sich nach Steuereinnahmen (2/3 Anteil der Bewertung) und nach Bevölkerungszahl (1/3 Anteil der Bewertung).⁵³ Bei der Verteilung werden auch andere Kriterien berücksichtigt, wie z.B. verwandtschaftliche Beziehungen, angemessene gesundheitliche Versorgung, arbeitsmarktpolitische Aspekte, religiöse Betreuung, ehrenamtliche Betreuungsmöglichkeiten.

In dem vorgesehenen Wohnort werden der Aufenthaltstitel und Sozialleistungen gesichert. Die Ausländerbehörden stellen die beantragte Aufenthaltserlaubnis aus. Weitere Anträge bezüglich der Krankenversicherung und Leistungen nach SGB II und SGB XII werden gestellt. Resettlement-Flüchtlinge haben Anspruch auf Integrationskurse. Kinder haben je nach Alter Anspruch auf einen KiTa-Platz oder Einschulung. Regionale Jobcenter und Arbeitsagenturen stehen bei der Arbeitssuche zur Verfügung. Wenn die Aufgenommenen in einer vorübergehenden Unterkunft wohnen, können sie als wohnungssuchend bei den kommunalen Wohnungsämtern vorgemerkt werden.

b) Aufenthaltstitel

Resettlement-Flüchtlinge bekommen zunächst eine auf drei Jahre befristete Aufenthaltserlaubnis. Die Verlängerung richtet sich nach § 8 i.V.m. § 26 AufenthG. Solange Leistungen nach SGB II oder XII (Sozialhilfe, Ar-

53 S. Glossar des BAMF. http://www.bamf.de/DE/Service/Left/Glossary/_function/glossar.html?nn=1363008&lv 2=5831830&lv 3=4552996 (letzter Abruf am 28. Januar 2018.).

beitslosengeld II) bezogen werden, ist die Aufenthaltserlaubnis mit einer wohnsitzbeschränkenden Auflage versehen. Soweit die Voraussetzungen für die Rücknahme der Erlaubnis nicht vorliegen, erfolgt die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach drei Jahren. Die Pflichten des Betroffenen bleiben gemäß § 48 AufenthG unberührt.

Nach Art. 26 GFK darf eine Wohnsitzauflage nur dann vorgeschrieben werden, wenn sie integrationspolitischen Interessen dient. Wohnsitzauflagen beschränken die Bewegungsfreiheit von Flüchtlingen und können einen Verstoß gegen Art. 33 Anerkennungsrichtlinie (Anerkennungs-RL)⁵⁴ darstellen. Da die Anerkennungs-RL die Rechte und Pflichten von international Schutzberechtigten regelt, kann angenommen werden, dass Resettlement-Flüchtlinge auch unter diese Regelung fallen, obwohl dies nicht ausdrücklich im Gesetzestext beschrieben ist. Nach Art. 29 Anerkennungs-RL müssen die Mitgliedstaaten international Schutzberechtigten Sozialhilfe unter den gleichen Bedingungen wie ihren eigenen Staatsangehörigen gewähren. Zu der Rechtmäßigkeit einer Wohnsitzauflage hat der EuGH in den Rechtsachen C-443/14 und C-444/14 am 1. März 2016 eine wichtige Entscheidung gefällt⁵⁵. In dem Vorabentscheidungsverfahren bezog sich die Frage des Bundesverwaltungsgerichts auf die Wohnsitzbeschränkung von subsidiär Schutzberechtigten. Laut EuGH kann eine Wohnsitzauflage in bestimmten Fällen aus integrationspolitischen Gründen mit der Anerkennungs-RL vereinbar sein, nicht aber aus anderen Gründen, wie beispielsweise die angemessene Verteilung der Soziallasten unter den Bundesländern. Das Ziel der Auflage darf nicht diskriminierend wirken im Vergleich zu anderen Drittstaatsangehörigen die sich in Deutschland aufhalten. Eine solche Auslegung sollte bei allen international Schutzberechtigten wie den Resettlement-Flüchtlingen, maßgebend sein.

c) Der Weg zur Einbürgerung

Die Einbürgerungsvoraussetzungen sind im Grunde genommen dieselben wie für ausländische Staatsangehörige. Resettlement-Flüchtlinge haben Anspruch auf Einbürgerung, wenn sie die Voraussetzungen des § 10

⁵⁴ Richtlinie 2011/95/EU, auch als Qualifikationsrichtlinie bekannt.

⁵⁵ EuGH, Urteil vom 1. März 2016, verb. Rs. C-443/14 und C-444/14, ECLI:EU:C:2016:127.

Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG) erfüllen, es sei denn es liegen Ausschlussgründe vor. Die Antragenden sollen

- handlungsfähig sein (nach § 37 Abs. 1 S. 1 StAG ab Vollendung des 16. Lebensjahres), oder gesetzlich vertreten werden;
- sich zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes bekennen und eine Loyalitätserklärung gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 lit. a)–c) abgeben;⁵⁶
- ein Aufenthaltsrecht besitzen, das den dauernden Aufenthalt ermöglicht (z.B. blaue Karte EU oder Niederlassungserlaubnis);
- seit acht Jahren einen rechtmäßigen und gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik haben;
- die bisherige Staatsbürgerschaft aufgeben oder verlieren;
- nicht über eine Bagatellgrenze hinaus wegen Straftaten verurteilt worden sein (§ 12 a StAG);
- den Lebensunterhalt für sich und die unterhaltsberechtigten Familienangehörigen ohne Inanspruchnahme von Leistungen nach SGB II oder SGB XII finanzieren können, oder beweisen, dass sie die Inanspruchnahme von Sozialleistungen nicht zu vertreten haben;
- ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache beweisen (mind. das Niveau B1 nach dem Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen für Sprachen);
- den bundeseinheitlichen Einbürgerungstest⁵⁷ bestanden haben.

Das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht sieht grundsätzlich vor, dass die Einbürgerung den Verzicht oder Verlust der weiteren Staatsangehörigkeit voraussetzt. Es ist umstritten, ob die Ausnahmefälle in § 12 StAG eine abschließende Aufzählung darstellen.⁵⁸ Da die Vorschrift Resettlement-Flüchtlinge nicht ausdrücklich benennt, soll die Einbürgerungsbehörde entweder eine Analogie anwenden oder nach anderen Lösungen suchen. Eine solche einfache Lösung wäre die Vereinheitlichung der Praxis von

56 Extremistische oder terroristische Bestrebungen sowie verfassungsfeindliche Betätigungen schließen die Einbürgerung aus.

57 Der Test beinhaltet Fragen über die Kenntnisse der deutschen Gesellschaftsordnung, Rechtsordnung und zu den allgemeinen Lebensverhältnissen.

58 Zustimmung: *Geyer*, in: *Hofmann* (Hrsg.): *Ausländerrecht, Staatsangehörigkeitsgesetz*, Absatz 1 – Zwingende Hinnahme von Mehrstaatigkeit, Teil 7. § 12 Rn. 7.; ablehnend: *Hailbronner*, in: *Hailbronner/Renner/Maaßen* (Hrsg.): *Staatsangehörigkeitsrecht, Einbürgerung unter Hinnahme von Mehrstaatigkeit, Grundlagen und Entstehungsgeschichte*, § 12 StAG, Rn. 8.

Ausländerbehörden bei der Ausstellung von Reiseausweisen für Resettlement-Flüchtlinge.⁵⁹ Obwohl Resettlement-Flüchtlinge kein ordentliches deutsches Asylverfahren durchlaufen sind sie Flüchtlinge nach Art. 1 GFK. Diese Vorschrift wird wortwörtlich in § 3 AsylVfG wiedergegeben. Ob der UNHCR oder die deutsche Behörden dies überprüfen, ist für das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft unerheblich. Als reale Konventionsflüchtlinge haben Resettlement-Flüchtlinge Anspruch auf Ausstellung eines Reisepasses für Flüchtlinge gemäß Art. 28 GFK. Zu den Voraussetzungen nach Art. 28 GFK zählt neben der Flüchtlingseigenschaft der rechtmäßige Aufenthalt in dem Ausstellerstaat, es sei denn, zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung sprechen gegen die Ausstellung. Resettlement-Flüchtlinge besitzen immer ein Aufenthaltsrecht, sie sind in das Aufnahmeland eingeladen. Die Fälle einer möglichen Passversagung sind im Art. 7 Paßgesetz (PaßG) ausführlich dargestellt. Zwar sind die Begriffe „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ völkerrechtlich autonom auszulegen. Man kann jedoch davon ausgehen, dass die Antragsteller bereits während des Resettlement-Verfahrens von den Sicherheitsbehörden geprüft worden sind und gar keinen Platz bekommen hätten, wenn sie eine Gefahr darstellen würden. Die Ausschlusskriterien in den Aufnahmeanordnungen und im § 7 PaßG stimmen dabei nicht überein, sollten aber zu einem ähnlichen Ergebnis führen. Somit schließt diese Abweichung den Anspruch von Resettlement-Flüchtlingen auf die Ausstellung des Reiseausweises für Flüchtlinge keinesfalls aus. Im Vergleich zu einem Reiseausweis für Ausländer, den sie normalerweise erhalten, bedeutet der Reiseausweis für Flüchtlinge nicht nur den Zugang zum besonderen Ausweisungsschutz für Flüchtlinge, sondern auch ein unkompliziertes Verfahren bei der Einbürgerung. § 12 Abs. 1 Nr. 6 StAG würde eingreifen, was die tägliche Arbeit der Einbürgerungsbehörden erleichtert. Die Behörden sind sonst in jedem Einzelfall gebunden, ihrer Prüfpflicht nachzukommen oder eine Begründung für die Ausnahme darzulegen.

Der achtjährige Aufenthalt kann bei Vorliegen besonderer integrationsfördernder Voraussetzungen verkürzt werden. Die für die Einbürgerung erforderliche Aufenthaltsfrist sinkt auf sieben Jahre, wenn der Betroffene an einem Integrationskurs teilgenommen hat. Erbringt der Antragsteller besondere Integrationsleistungen, wie z.B. Deutschkenntnisse ab dem Ni-

59 Tometten, Resettlement-Flüchtlinge: Die teilweise Gleichstellung nach der Reform des Aufenthaltsgesetzes und ihre Konformität mit dem internationalen Flüchtlingsrecht, ZAR 2015, 299 (301).

veau B2, wird die Wartezeit auf sechs Jahre verkürzt. Von einem minderjährigen Kind unter 16 Jahren wird nach § 10 Abs. 4 StAG die altersgemäße Sprachentwicklung erwartet. Der Ehepartner und die Kinder des Antragstellers können laut § 10 Abs. 2 StAG auch dann eingebürgert werden, wenn sie noch nicht seit acht Jahren den rechtmäßigen und gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben. Weder Sprachkenntnisse noch der Einbürgerungstest werden von Resettlement-Flüchtlingen gefordert, wenn sie unter einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung leiden oder die Bedingungen altersbedingt nicht erfüllen können.

Die Einbürgerungsbehörden sind nach Art. 34 GFK völkerrechtlich gehalten ein beschleunigtes und einfaches Einbürgerungsverfahren für Flüchtlinge anzubieten. Diese Ermessensentscheidung gemäß § 8 StAG kann die Wartezeit ebenfalls auf sechs Jahre verkürzen, wenn die anderen Voraussetzungen des § 10 StAG erfüllt sind.

4. Familiennachzug

Die am 1. August 2015 in Kraft getretenen Änderungen des AufenthG haben die Resettlement-Flüchtlinge bezüglich des Familiennachzugs Asylberechtigten und anerkannten Flüchtlingen im Wesentlichen gleichgestellt. Familiennachzug stützt sich auf das deutsche Grundgesetz, das in Art. 6 den Schutz der Ehe und der Familie regelt, sowie auf die Familienzusammenführungsrichtlinie der EU.⁶⁰ Für die erfolgreiche Familienzusammenführung muss dargestellt werden, dass die Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft in dem Drittstaat (meistens der Herkunftsstaat oder der Erstzufluchtsstaat) nicht möglich ist. Resettlement-Flüchtlinge können auf Antrag die engen Familienmitglieder in Deutschland einreisen lassen. Die nahe Verwandtschaft betrifft Ehepartner, gleichgeschlechtliche Partner, Kinder oder die Eltern Minderjähriger (auch dann, wenn sich kein personensorgeberechtigter Elternteil in Deutschland aufhält). Sonstige Familienangehörige müssen sich regulär um ein Visum bemühen und werden nicht in diesem besonderen Verfahren bevorzugt. Zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte kann nach § 36 Abs. 2 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung auch an andere Familien-

⁶⁰ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, EU ABl. L 251/12 vom 3.10.2003.

mitglieder des Antragstellers erteilt werden. Mehrfachehen werden in der EU nicht anerkannt, Familiennachzug wird gemäß § 30 Abs. 4 AufenthG nur für eine Ehegattin zugelassen. Außerdem sollen beide Ehegatten das 18. Lebensjahr vollendet haben, um Zwangsehen besser ausfiltern zu können.

Wird der Antrag binnen drei Monaten nach Erteilung der Aufenthaltserlaubnis gestellt, entfallen bestimmte Beschränkungen nach § 29 Abs. 2 AufenthG, und die Familienangehörigen erhalten leichter „Familienasyl“. Insbesondere muss der Antragsteller nicht beweisen, dass ihm ausreichender Wohnraum zur Verfügung steht oder der Lebensunterhalt für die ganze Familie im Voraus gesichert ist. Der nachziehende Ehepartner muss nicht mehr nachweisen, dass er oder sie sich auf einfacher Art auf Deutsch verständigen kann, § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 AufenthG.

Die Personen, die aufgrund von Familienzusammenführung nach Deutschland kommen, werden nicht bei der jährlichen Resettlement-Quote von derzeit 800 Menschen berücksichtigt.

IV. Kritik am Neuansiedlungsvorschlag⁶¹

1. Allgemeine Bemerkungen

Das Bestreben der Kommission, verbindliche, gesetzliche Rahmen für eine dauerhafte Lösung der aktuellen Flüchtlingslage zu schaffen, ist zu begrüßen. Die Union ist nicht mehr nur eine Wirtschaftsgemeinschaft, sondern entwickelte sich auch zu einer Wertegemeinschaft, wie es in Art. 2 EUV ausformuliert ist. Um ihren Pflichten nachzukommen und ihre Verantwortung in der globalen Flüchtlingspolitik wahrzunehmen, ist ein Resettlement-Programm, neben anderen erforderlichen Maßnahmen, ein nachhaltiges und ernstes Ziel. Ein strukturiertes System für die Neuansiedlung war in dem Fünf-Punkte-Plan zur Migration vom Präsidenten Juncker in seinem Wahlversprechen im April 2014 schon enthalten. Eine Reform der Richtlinie über die „Blaue Karte EU“ war ebenfalls angekündigt. Das Konzept von Resettlement wurde im Rahmen der Europäischen

61 Dieser Teil beinhaltet die Auffassung der Autorin unter Berücksichtigung von Stellungnahmen und Empfehlungen von NGOs, Organen der EU und Empfehlungen des UNHCR.

Migrationsagenda 2015⁶² wieder aufgegriffen und in dem Teil „Sofortmaßnahmen“ aufgeführt. An vielen Stellen wurden die Hoffnungen auf ein ambitioniertes Resettlement-Programm jedoch nicht erfüllt.

Grundsätzlich ist die gewählte Regelungsform – eine Verordnung – ein starkes Instrument des Sekundärrechts der Union. Sie ist allgemein gültig und unmittelbar wirksam in allen Mitgliedstaaten, verbindlich in allen Teilen und verdrängt nationale Gesetze. Eine Verordnung über europäische Neuansiedlungsrahmen legt die existierenden Vorschriften und Verfahren in jedem Mitgliedstaat neu fest und vereinheitlicht hoffentlich die Praxis des Resettlements. Es steht auch im Einklang mit der Vereinheitlichung des Asylverfahrens wofür ebenfalls ein Verordnungsvorschlag vorgelegt wurde.

Die vorgeschlagene Verordnung hat allerdings einige Schwachstellen, wodurch sie die Erwartungen von menschenrechtlichen Organisationen sowie des UNHCR nicht erfüllt und Kritik auslöst. Der zu übernehmende Anteil an dem weltweiten Resettlement-Bedarf ist beispielsweise viel zu gering. Der Neuansiedlungsvorschlag stellt Resettlement außerdem als eine Art Kontrollmacht in Flüchtlingsfragen dar. Viele Regelungen deuten ferner in eine restriktive Richtung, die spontane Flüchtlingsbewegungen nach Europa abzuschaffen oder zumindest sehr gering zu halten versucht.

In der Europäischen Migrationsagenda wurden im Rahmen des europäischen Neuansiedlungssystems für 20.000 Menschen Plätze angeboten. Die weltweite Zahl von Resettlement-Bedürftigen im Jahre 2017 wird vom UNHCR auf 1,9 Millionen Menschen geschätzt. Die Wirtschaftskraft und die internationale Verantwortung der Union sprechen jedoch dafür, dass sich die EU mehr in der Verteilung von Resettlement-Flüchtlings engagiert. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA) sowie das Europäische Parlament (EP) schlagen in ihren Stellungnahmen⁶³ vor, dass die Union mindestens 25% dieser Menschen aufnimmt. Für das Jahr 2017 würde dies die Aufnahme von 475.000 Resettlement-Flüchtlings bedeuten.

62 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Die Europäische Migrationsagenda v. 13.5.2015, COM(2015) 240 final.

63 Stellungnahme SOC/548: Schaffung eines Neuansiedlungsrahmens der Union; Briefing EU Legislation in Progress vom April 2017, S. 8. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/589859/EPRS_BRI\(2016\)589859_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/589859/EPRS_BRI(2016)589859_EN.pdf) (letzter Abruf am 1. Juni 2017.).

Neuansiedlung ist zwar ein wichtiger Ausdruck der Solidarität mit Drittstaaten und setzt ein Zeichen in der globalen Flüchtlingspolitik, sie kann aber nur eine Säule von einem europäischen Aktionspaket sein. Parallel zur Erarbeitung des Resettlement-Programms sollen in den Mitgliedstaaten wirksame Integrationsmaßnahmen, aktive Sprachförderung, besserer Arbeitsmarktzugang und die Anerkennung von Qualifikationen gesichert werden. Die erfolgreiche Neuansiedlung muss mit einer frühzeitigen und wirksamen Integration der ausgewählten Personen gekoppelt werden. Dazu könnte auch der am 7. Juni 2016 vorgelegte Aktionsplan für die Integration von Drittstaatsangehörigen⁶⁴ einen Beitrag leisten. Der Plan ist ein wichtiger Bestandteil der Resettlement-Politik und darf auf keinen Fall vernachlässigt werden. Daneben sollte die Union deutlich mehr Entwicklungshilfe für Drittländer bereitstellen und aktiver in der Bekämpfung von Flucht- und Migrationsursachen vorgehen. Auch die Schaffung sicherer und legaler Migrationswege in die EU braucht eine umfassende Behandlung des Problems, die alle Facetten der Frage berücksichtigt.

2. Bewertung einzelner Bestimmungen

Art. 4 des Neuansiedlungsvorschlags sieht eine Koppelung von Resettlement und Partnerschaftsabkommen mit Drittstaaten vor, indem die Resettlement-Regionen nach dem Grad der Kooperation des Drittlandes in Flüchtlingsfragen ausgewählt werden. Bestimmungen, die die Verringerung der Anzahl irregulärer Grenzübertritte in die Union oder eine verstärkte Rückübernahme in den Drittstaat vorsehen, stehen nicht im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten und bedeuten eine Gefahr für das Recht auf Asyl und den Schutz vor Zurückweisung nach Art. 18 und 19 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh). Ein Rückübernahmeverfahren darf nur eingeleitet werden, wenn der Drittstaat die GFK vollständig anerkennt und den Zugang zum Asylverfahren nach der Konvention sicherstellt. Eine Rückführung darf nicht dazu führen, dass international schutzbedürftige Personen in dem Drittland inhaftiert werden, wodurch sie vom Schutz der GFK keinen Ge-

⁶⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Aktionsplan für die Integration von Drittstaatsangehörigen, v. 7.6.2016, COM(2016) 377 final.

brauch machen können. Entwicklungshilfe soll von der Kooperation in Resettlement- und Rückübernahmeverfahren entkoppelt werden. Die geographischen Schwerpunkte sollten nach der Schutzbedürftigkeit der aufzunehmenden Personen und nach der Empfehlung des UNHCR ausgewählt werden.

Die Zulassungskriterien werden in Art. 5 des Neuansiedlungsvorschlags behandelt. Einerseits sind ausgewählte schutzbedürftige Personengruppen wie Frauen und Mädchen oder unbegleitete Minderjährige im Einklang mit den Schwerpunkten des UNHCR bevorzugt. Andererseits erhält Art. 5 lit. b) ein systemfremdes Element: sozioökonomisch benachteiligte Personen. Letztere benötigen keinen internationalen Schutz im Sinne der GFK und werden vom UNHCR auch nicht als Flüchtlinge mit Resettlement-Bedarf eingestuft. Sozioökonomisch benachteiligte Menschen, die eventuell Armutsmigranten werden könnten, sollen auf andere Weise Hilfe und Unterstützung bekommen, etwa durch Entwicklungshilfe, Studienplätze oder die Öffnung anderer legaler Einreisemöglichkeiten in die Europäische Union. Die Bewahrung der Einheit der Familie im Neuansiedlungsverfahren heißt nicht, dass Resettlement als Ersatz des Familiennachzugs gedacht ist. Im Gegensatz sollte die Familienzusammenführungsrichtlinie weiterhin als maßgebend gelten und umgesetzt werden, sofern sie einschlägig ist.

Einige Ausschlussgründe in Art. 6 des Neuansiedlungsvorschlags wurden bereits als problematisch angesprochen. Neben Art. 6 Abs. 1 lit. d) und f), die eindeutig gegen das Grundrecht auf Asyl verstoßen, ist Art. 6 Abs. 2 des Neuansiedlungsvorschlags so vage formuliert, dass es gegen das Prinzip der Rechtssicherheit verstößt. Nach Ermessen des Aufnahmestaates können Menschen vom Resettlement ausgeschlossen werden, wenn sie *prima facie* strafverdächtig nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) und b) sind. Ein solcher Ausschlussgrund ohne Beweismittel und eindeutige Indizien ist ein Verstoß gegen die Nichtdiskriminierung.

Art. 7 des Neuansiedlungsvorschlags bestimmt den jährlichen Neuansiedlungsplan der Union. Die Formulierung „maximale Gesamtzahl“ von Resettlement-Flüchtlingen ist kritisch zu betrachten⁶⁵ und es wird vorgeschlagen, dass die EU ambitionierte Ziele und Mindestzahlen setzt.

65 So z.B. Joint Comments Paper by: Caritas Europa, Churches' Commission for Migrants in Europe (CCME), European Council for Refugees and Exiles (ECRE), International Catholic Migration Commission (ICMC Europe), International Rescue Committee (IRC), Red Cross EU office; S. 2. Stellungnahme des Europäischen

Art. 8 des Neuansiedlungsvorschlags setzt technische Bestimmungen fest. Hier taucht wiederum die Gefahr auf, dass die Union ihre Verantwortung für Asylsuchende auf Drittstaaten verlagert, indem diese dazu ermutigt werden international schutzbedürftige Menschen vor den Toren Europas aufzuhalten und dafür finanzielle Unterstützung erlangen. Eine solche Vorgehensweise gefährdet das Recht auf Asyl und das Prinzip vom *non-refoulement*. Die schon in Art. 4 des Neuansiedlungsvorschlags auftauchenden Begriffe wie „erster Asylstaat“ und „sicherer Drittstaat“ dürfen ohne Vereinheitlichung und Konkretisierung weder bei der Rückführung von Asylsuchenden noch bei der Auswahl der Regionen, die am Resettlement teilnehmen, eine führende Rolle spielen. Die Begriffe dürfen nur für Drittstaaten angewendet werden, die die GFK vollständig anerkennen und in der Lage sind vollen Flüchtlingsschutz anzubieten.

Art. 10 und Art. 11 des Vorschlags behandeln das ordentliche Verfahren sowie das Eilverfahren. Die bereits existierenden Resettlement-Programme in manchen Mitgliedstaaten gründen ihre Personenauswahl auf den Vorschlag des UNHCR. Es wäre erwünscht, dass diese Rolle des UNHCR erhalten bleibt und dass die Vorauswahl nicht durch die einzelnen Mitgliedstaaten getroffen wird. Einerseits fehlt ihnen dazu die Expertise, andererseits kann die Teilnahme des UNHCR als Schlüsselfigur die Auswahl vereinheitlichen. Resettlement-Flüchtlinge sollen einen internationalen Schutzstatus in dem Aufnahmeland bekommen, anders als es z.B. in Deutschland gerade der Fall ist. Den Aufgenommenen lediglich subsidiären Schutz anzubieten, ist aber nicht im Einklang mit dem klassischen Konzept der Neuansiedlung. Resettlement ist eine dauerhafte Lösung für Menschen, die weder eine Perspektive auf Integration in dem aktuellen Zufluchtsland, noch auf eine Rückkehr in ihr Herkunftsland haben. Subsidiärer Schutzstatus ist viel mehr vorübergehend gedacht und gewährt weniger Statusrechte für die Betroffenen. Bedenklich ist in dieser Hinsicht das im Art. 11 des Vorschlags geschilderte Eilverfahren, wonach die Antragenden automatisch einen subsidiären Schutzstatus bekommen. Unter Umständen kann es bei einer späteren Prüfung dazu kommen, dass das Recht auf Asyl des Resettlement-Flüchtlings gefährdet wird.

Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Vorschlag für die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Neuansiedlungsrahmens und zur Änderung der Verordnung (EU)Nr. 516/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates [COM (2016) 468 final – 2016/0225 COD], SOC/548., S. 7.

Die Zusammensetzung von einem Hochrangigen Ausschuss für Neuansiedlung ergibt sich aus Art. 13 des Neuansiedlungsvorschlags. Der Ausschuss soll politische Orientierungshilfe für die Umsetzung des Neuansiedlungsrahmens der Union geben. Neben den ständigen Mitgliedern des Ausschusses, wie z.B. das Parlament und die Hohe Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, können zu den Sitzungen andere Organisationen eingeladen werden. Es empfiehlt sich weitere ständige Mitglieder in den Ausschuss einzuführen, wie den UNHCR, die IOM oder die zukünftige Asylagentur der EU.⁶⁶

Unklarheit herrscht über die Rolle des UNHCR in dem Verordnungsvorschlag. Personen die eine Neuansiedlung benötigen, werden unter den Schutz des UNHCR gestellt und ihre Zukunft soll vom UNHCR betreut werden. Da es zu seinem Mandat gehört, wäre es sehr unglücklich, der Organisation lediglich eine beratende Funktion einzuräumen. Es ist ein gerechter Anspruch der Union, dass sie die Hauptzüge ihres Resettlement-Programms gestalten will. Dazu ist aber der UNHCR der beste und der erfahrenste Ansprechpartner. In der geplanten Verordnung sollte dies sichtbar gemacht werden und die Mitgliedstaaten sollten von dem Know-how des UNHCR profitieren können.

Über die geplante Asylagentur der Europäischen Union ist immer noch wenig bekannt. Wenn sie aufgestellt wird, dann wäre es selbstverständlich, dass sie viele technische Aufgaben und die Beratung der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Neuansiedlungsrahmens übernimmt. Die genauen Befugnisse und Aufgaben einer solchen Agentur müssen klar definiert werden, bevor die Verordnung ihr irgendeine ernste Rolle zuweisen kann.

In der Migrationsagenda spricht die Kommission über die Gefahr von Sekundärmigration (Flüchtlingsbewegungen innerhalb der Union, zwischen den Mitgliedstaaten). Die neuesten Erfahrungen und das Phänomen der Transit- und Zielländer zeigen, dass ein solches Risiko auch im Falle von Resettlement-Flüchtlingen besteht. Die Migrationsagenda hat versprochen Regelungen zu treffen, die Sekundärbewegungen gering halten könnten. In dem vorgelegten Verordnungsvorschlag finden wir aber keine Vorschriften, die das Problem angehen, außer im Punkt 25 der Begründung des Vorschlags. Darin findet sich jedoch nur eine Anmerkung, dass die Vorschriften zur Verhinderung von Sekundärmigration von Personen, die

66 Stellungnahme SOC/548: Schaffung eines Neuansiedlungsrahmens der Union; Briefing EU Legislation in Progress vom April 2017, S. 9.

internationalen Schutz genießen, auch bei Resettlement-Flüchtlingen anzuwenden sind. In einer Stellungnahme der NGOs⁶⁷ wird empfohlen, dass die Aufstellung der Asylagentur, die Vereinheitlichung von dem Asylverfahren und von den Rechten des Asylanten sowie die solidarische Selbstwahrnehmung von Mitgliedstaaten (alle Staaten sollen sich als Aufnahmeländer positionieren und müssen ihren internationalen Verpflichtungen nachkommen) dafür sorgen könnten, dass Sekundärmigration keine kritische Grenze überschreitet.

Ähnliche Kritik zu der Rahmenverordnung wurde von den meisten Interessengruppen bereits geäußert. Der UNHCR betont⁶⁸ dass die EU einen fairen Anteil am globalen Resettlement haben soll und Neuansiedlung nicht als Instrument zur Kontrolle der spontanen Migration ausnutzen darf. In dem Joint Comments Paper⁶⁹, erstellt von den wichtigsten NGOs die im Asylbereich arbeiten, wird unter anderem festgehalten, dass die Verordnung die Möglichkeit nutzt, Integration in den Aufnahmeländern kräftig zu unterstützen und sie als Priorität zu setzen. Keine Neuansiedlung wird ohne nachhaltige Integrationsmaßnahmen gut ausgehen. Dazu sollte die Union robuste finanzielle Mittel zur Verfügung stellen. Das Europäische Parlament stimmt dem in seinem Briefing⁷⁰ zu. Resettlement darf nicht von der Zusammenarbeit von Drittstaaten in der Migrationspolitik abhängen. Der AMIF sollte nicht nur die im jährlichen Plan der Union vorgesehenen Anzahl von Resettlement-Flüchtlingen mit 10.000 Euro pro Person unterstützen, sondern Staaten dazu ermutigen, möglichst viele nationale Programme zu initiieren.⁷¹ Das EP hält seitens der Europäischen Union ebenso einen jährlichen Anteil von mindestens 25% an globalen

67 *Stevulová/Rozumek*: How to reform the Common European Asylum System: A view from East-Central Europe, IN: Listen to Us, Too! Flight, Migration and Integration from the Perspective of NGOs in the Visegrad Region, 2017. S. 31–35. Friedrich Ebert Stiftung e.V. (Hrsg.) 2017.

68 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Union Resettlement Framework and amending Regulation (EU) No 516/2014 of the European Parliament and the Council. UNHCR's Observations and Recommendations (November 2016). S. 1 und 3.

69 Joint Comments Paper by: Caritas Europa, Churches' Commission for Migrants in Europe (CCME), European Council for Refugees and Exiles (ECRE), International Catholic Migration Commission (ICMC Europe), International Rescue Committee (IRC), Red Cross EU office. S. 8.

70 Briefing EU Legislation in Progress vom April 2017. S. 8.

71 Dazu schlägt das EP vor, dass eine Unterstützung von 6.000 Euro pro Person den Mitgliedstaaten auch dann zufließen sollte, wenn sie nicht im Rahmen des Neuan-

Neuansiedlungsbedarf für gerecht und verantwortungsvoll. Resettlement ist komplementär zu anderen legalen und sicheren Wegen zum internationalen Schutz. Parallel zur Neuansiedlung sollen Maßnahmen über einen erweiterten und großzügigen Familiennachzug, über die Ausstellung von humanitären Visen und über effektive humanitäre Aufnahmeprogramme getroffen werden. Der EWSA würde es begrüßen, wenn die Verordnung neben den eben erwähnten Varianten, auch andere alternative Lösungen aufgreifen würde, wie z.B. das kanadische Modell der Privatpatenschaft.⁷² So könnte die Zivilgesellschaft besser einbezogen werden und selber die Initiative ergreifen. In seiner Stellungnahme⁷³ findet der Europäische Ausschuss der Regionen die ausgewählte Rechtsetzungslösung technisch fragwürdig. Geplant ist die Annahme des Referenzrahmens durch Rechtsakt des Rates und die Umsetzung mittels Beschluss der Kommission. So bliebe das EP ausgeschlossen, was in diesem Politikbereich nur selten zu begründen ist.⁷⁴

V. Fazit

Der UNHCR hat die EU in den vergangenen Jahren nachdrücklich erbeten, in größerem Umfang Flüchtlinge im Rahmen von nachhaltigen Neuansiedlungsprogrammen aufzunehmen und die Kampagne zu unterstützen, die darauf abzielt, bis 2020 jährlich 20 000 Personen neu anzusiedeln.

Im Einklang mit dieser Aufforderung will die Union eine integrierte, nachhaltige und ganzheitliche Asylpolitik schaffen, die auf Solidarität aufbaut und nicht nur in ruhigen Zeiten, sondern auch bei Krisen wirksam funktioniert. Dazu hat die Kommission in jüngster Zeit mehrere Vorschläge im Rahmen der Europäischen Migrationsagenda eingebracht. Die oben vorgestellte Verordnung basiert inhaltlich insbesondere auf den Standardverfahren des EU-Türkei Abkommens. Andere Erfahrungen, wie die be-

siedlungsprogramms der Union das Resettlement durchführen, sondern nationale Resettlement-Verfahren benutzen.

72 Stellungnahme SOC/548: Schaffung eines Neuansiedlungsrahmens der Union; Briefing EU Legislation in Progress vom April 2017, S. 10.

73 Politische Empfehlungen, Punkt 7. IN: CIVEX-VI/017, 121. Plenartagung, 8./9. Februar 2017: Stellungnahme über die Reform des gemeinsamen europäischen Asylsystems – Zweites Reformpaket und Neuansiedlungsrahmen der Union. S. 17-18.

74 Im Gegensatz zur Außen- und Sicherheitspolitik, wo es ein übliches Verfahren ist.

stehenden Resettlement-Initiativen der EU oder die Resettlement-Programme der Mitgliedstaaten, wurden wenig berücksichtigt.

Die Harmonisierung des Neuansiedlungssystems sorgt für eine homogene Vorgehensweise mit den ausgewählten Personen und trägt dazu bei, dass sie die Aufnahme in bestimmte Mitgliedstaaten nicht verweigern. So könnten die Unterschiede zwischen nationalen Resettlement-Programmen verringert werden. Mit der einheitlichen Resettlement-Politik könnte der Union eine stärkere Position auf internationaler Ebene verschaffen werden. Die Union versucht ihre Ziele in den wichtigsten internationalen Organisationen entschlossen durchzusetzen und mit EU-weiten Verpflichtungen auf globale Neuansiedlungsinitiativen zu reagieren. Die dadurch erhöhten europäischen Anstrengungen würden hoffentlich auch andere wichtige internationale Akteure dazu bewegen, ihren Teil der Verantwortung in Asylfragen zu übernehmen. Um dies zu beschleunigen, sollte aber die Union auch entsprechend hohe Ziffern hervorbringen.

Angesichts der Zahl der Flüchtlinge, die derzeit in Europa Schutz suchen, und der humanitären Dimension dieser Aufgabe, scheint das noch geltende Asylrecht Europas an seine Grenzen zu stoßen. Verschärfungen dieses Systems könnten nur begrenzt oder vorübergehend das Problem lösen und solche Ansätze sind nicht gerade im Sinn und Geist Europas, das der Geburtsort der Menschenrechte ist. Die Union steht vor großen Herausforderungen und die getroffenen Entscheidungen werden über viele Jahre die Zukunft ihrer Bürger beeinflussen. Neben den Reformen der Flüchtlingspolitik, inklusive einem Neuansiedlungsrahmen, sollte die EU die generelle Einreise- und Visumpolitik novellieren, Studien- und Arbeitsaustauschprogramme für Drittstaatsangehörige bewusst gestalten sowie mehr Mittel für die Entwicklungshilfe außerhalb der Union bereitstellen. Mit der Öffnung legaler Wege in die Europäische Union könnte das derzeit überforderte Asylsystem entlastet und illegale Migration und deren Risiken deutlich reduziert werden.

Literatur

Joint Comments Paper by: Caritas Europa, Churches' Commission for Migrants in Europe (CCME), European Council for Refugees and Exiles (ECRE), International Catholic Migration Commission (ICMC Europe), International Rescue Committee (IRC), Red Cross EU office, 2016.

- Geyer, Florian*: § 12 Staatsangehörigkeitsgesetz, Absatz 1 – Zwingende Hinnahme von Mehrstaatigkeit, Teil 7, in: Hofmann, Rainer M., *Ausländerrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden 2016.
- Grote, Janne/Bitterwolf, Maria/Baraulina, Tatjana*: Resettlement und humanitäre Aufnahme in Deutschland – Fokusstudie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN), Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Hrsg.) 2016.
- Hailbronner, Kay*: Einbürgerung unter Hinnahme von Mehrstaatigkeit, Grundlagen und Entstehungsgeschichte, § 12 StAG, in: Hailbronner/Renner/Maaßen, *Staatsangehörigkeitsrecht*, 5., neu bearbeitete Auflage, München 2010.
- Stevulová, Zuzana/Rozumek, Martin*: How to reform the Common European Asylum System: A view from East-Central Europe, in: Listen to Us, Too! Flight, Migration and Integration from the Perspective of NGOs in the Visegrad Region, 2017. S. 31–35. Friedrich Ebert Stiftung e.V. (Hrsg.) 2017.
- Tometten, Christoph*: Resettlement-Flüchtlinge: Die teilweise Gleichstellung nach der Reform des Aufenthaltsgesetzes und ihre Konformität mit dem internationalen Flüchtlingsrecht, *ZAR* 2015, 299–303.
- UNHCR Projected Global Resettlement Needs 2016
- UNHCR Projected Global Resettlement Needs 2017
- UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Germany
- UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Sweden
- UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Denmark
- UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Finland
- UNHCR Resettlement Handbook – Country Chapter – Netherlands

Das Asylrecht als Mittel der Isolation – das Beispiel Ungarns*

Boldizsár Nagy/Pál Sonnevend

I. Einleitung

Die ungarische Verfassungsordnung gewährleistet wirksam das Asylrecht seit der demokratischen Verfassungsrevision von 1989. Sowohl die Verfassung von 1989 als auch das am 1. Januar 2012 in Kraft getretene Grundgesetz Ungarns garantierten Asyl weitgehend im Einklang mit der Genfer Flüchtlingskonvention. Bis vor kurzem spielte das Asylrecht in der ungarischen Verfassungsrechtsprechung eine marginale Rolle. Dies hängt auch damit zusammen, dass das Asylrecht weitgehend vereinheitlicht ist, weshalb das Recht der Europäischen Union seit dem EU-Beitritt Ungarns eine dominante Rolle spielt.

Unter dieser scheinbar ruhigen Oberfläche entwickelte seit der Flüchtlingskrise 2015 die Verfassungswirklichkeit des Asylrechts in Ungarn eine ungeheure Dynamik, die durch die politische Reaktion auf die Krise und durch das Spannungsverhältnis zum Unionsrecht bestimmt ist. Die Tendenz dieser Dynamik kann in zweierlei Hinsicht eindeutig als Abschottung beschrieben werden. Innerstaatlich erließen das Parlament und die Regierung verschiedene Maßnahmen, welche die Asylbewerber vom Betreten Ungarns abhalten, sogar abschrecken sollen. Diese Bestrebung wurde mit dem Versuch verbunden, den Einfluss des einschlägigen Europäischen Rechts zu begrenzen.

Diese doppelte und miteinander eng verbundene Isolation kann auch in einem weiteren politischen Kontext gesehen werden.¹ Der hiesige Beitrag

* Eine frühere Version dieses Beitrags ist erschienen in: Darák, Péter; Kube, Hanno Molnár-Gábor, Fruzsina; Reimer, Ekkehart Hrsg.), *Freiheit und Verantwortung: Grund- und Menschenrechte im Wandel der Zeit in Ungarn und in Deutschland* (Heidelberg, Universitätsverlag Winter, 2018) pp 145–177. Die Verfasser danken Frau Fruzsina Molnár-Gábor und Frau Ameli Schenk für ihre Unterstützung bei der Erstellung der deutschen Fassung des Beitrags.

¹ Hierzu s. *Boldizsár Nagy*: Hungarian Asylum Law and Policy in 2015-2016. Securitization Instead of Loyal Cooperation, in: *German Law Journal* 17 (2016), S. 1032–1081. Es wird vertreten, dass die ungarische Asylpolitik in 2015 eine sog.

beschränkt sich darauf, die Tendenzen der Gesetzgebung und der Haltung gegenüber der EU deutlich zu machen und die bisherigen Reaktionen der europäischen Institutionen zusammenzufassen. Ihm liegt das Verständnis zugrunde, dass sich die Rechtsmaterie in Bewegung befindet und im Zeitpunkt des Schreibens nur eine Momentaufnahme möglich ist. Wir gehen allerdings davon aus, dass die in der Momentaufnahme erkennbaren Tendenzen langfristig werden.

II. Das Grundrecht auf Asyl in den Ungarischen Verfassungen

Bis zur demokratischen Verfassungsrevision im Jahre 1989 war das Asylrecht in der Verfassung ideologisch geprägt.² Zwischen 1949 und 1972 hieß es in Artikel 58 Abs. 2 der Verfassung, dass diejenigen ausländischen Staatsbürger, die für ihr demokratisches Verhalten und für Ihre Tätigkeit im Interesse der Befreiung der Völker verfolgt werden, Asyl in der ungarischen Volksrepublik genießen. 1972 wurde dieser Wortlaut dahingehend geändert, dass alle, die für ihr demokratisches Verhalten und für ihre Tätigkeit im Interesse des gesellschaftlichen Fortschritts, der Befreiung der Völker und der Verteidigung des Friedens verfolgt werden, Asyl in der ungarischen Volksrepublik bekommen können. Bis 1989 wurde dieses sozialistisch geprägte Asylrecht nie durch Gesetzesrecht konkretisiert. Da die Verfassung in der Diktatur keine unmittelbare Wirkung entfalten konnte, bedeutete der Mangel an gesetzlichen Regelungen, dass Asylbewerber aus rein politischen Gründen und außerhalb des offiziellen Rechts Asyl erhalten haben.³

„versicherheitlichende“ (sekuritisierende) Wende genommen hat, die von einer sog. mehrheitsidentitären populistischen Ideologie sowie von der zunehmenden Anwendung strafrechtlicher Maßnahmen begleitet wurde, siehe hierzu inkl. der politikwissenschaftlichen Begriffserklärungen S. 1040-1044.

2 *Judit Tóth*: 65. § [Asylrecht (Menedékjog)], in: Jakab András (Hg.): *Az Alkotmány Kommentárja*, [Der Kommentar zum Grundgesetz] Budapest 2009, S. 2348–2372, Rn. 1. und *Boldizsár Nagy*: *A magyar menekültjog és menekültügy a rendszerváltástól az Európai Unióba lépésig*. Erkölcsi, politikai-filozófiai és jogi vizsgálódások. (Ungarisches Flüchtlingsrecht und Flüchtlingsangelegenheiten vom Regimewechsel Ende der achtziger Jahre bis zum Beitritt zur Europäischen Union. Moralische, politisch-philosophische und rechtliche Untersuchungen), Budapest 2012, S. 109–11, S. 131–132, 165.

3 *Judit Tóth*: 65. § [Menedékjog], in: Jakab András (Hg.): *Az Alkotmány Kommentárja*, Budapest 2009, S. 2348–2372, Rn. 1. und *Boldizsár Nagy*: *A magyar me-*

Erst der am 23. Oktober 1989 in Kraft getretene Artikel 65 Abs. 1 der Verfassung stand im Einklang mit der Genfer Flüchtlingskonvention, die von Ungarn bereits am 14. März 1989 ratifiziert und am 30. August 1989 in das Ungarische Recht umgesetzt worden ist.⁴ Das Asylrecht galt allerdings unter der Verfassung nach Maßgabe des Gesetzes. Das 2012 in Kraft getretene Grundgesetz Ungarns erweiterte sogar das Asylrecht, indem Artikel XIV Abs. 3 den Wortlaut des Artikels 65 Abs. 1 der Verfassung wiederholt, ohne allerdings den Hinweis auf eine gesetzliche Regelung zu beinhalten.

Das Verfassungsgericht hatte bislang keine nennenswerte Möglichkeit, das verfassungsrechtliche Asylrecht zu konkretisieren. Lediglich im Zusammenhang mit der benachbarten Frage der Vermeidung der Staatenlosigkeit fällt das Verfassungsgericht eine wichtige Entscheidung, die Entscheidung 6/2015. (II. 25.) AB. Hier ging es darum, dass gemäß Gesetz Nr. II von 2007 nur diejenigen die Feststellung ihrer Staatenlosigkeit beantragen durften, die sich rechtmäßig auf dem Gebiet Ungarns aufhielten. Darin sah das Gericht einen Konflikt mit Art. 1 Abs. 2 des Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit von 1961 und dadurch mit Art. Q (2) des Grundgesetzes, welcher den Vorrang des Völkerrechts vor innerstaatlichen Gesetzen normiert.⁵

nekültjog és menekültügy a rendszerváltozástól az Európai Unióba lépésig. Erkölcsi, politikai-filozófiai és jogi vizsgálódások. (Ungarisches Flüchtlingsrecht und Flüchtlingsangelegenheiten vom Regimewechsel Ende der achtziger Jahre bis zum Beitritt zur Europäischen Union. Moralische, politisch-philosophische und rechtliche Untersuchungen), Budapest 2012, S. 109-11, S. 131-132, S. 165.

4 S. 1989. évi 15. törvényerejű rendelet a menekültek helyzetére vonatkozó 1951. évi július hó 28. napján elfogadott egyezmény valamint a menekültek helyzetére vonatkozóan az 1967. évi január hó 31. napján létrejött jegyzőkönyv kihirdetéséről.

5 Art. Q (2) Grundgesetz Ungarn v. 18.04.2011, zuletzt geändert am 11.03.2013. „Ungarn sichert zur Erfüllung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen den Einklang zwischen Völkerrecht und ungarischem Recht.“ Zur Stellung des Völkerrechts in der ungarischen Rechtsordnung siehe *Pál Sonnevend: The role of international law in preserving constitutional values in Hungary: the case of Hungarian fundamental law and international law*, in: Zoltán Szente et al. (Hg.): *Challenges and Pitfalls in the Recent Hungarian Constitutional Development: Discussing the New Fundamental Law of Hungary*, Paris 2015, S. 241-257, hier S. 241 ff.

III. Die Herausforderung

Ungarn liegt an der Außengrenze des Schengen-Raums und ist direkter Nachbar mehrerer Drittstaaten, insbesondere von Serbien, das Hauptdurchgangsland der Westbalkanroute war und es möglicherweise wieder werden könnte. Diese geographische Gegebenheit stellte Ungarn vor eine besondere Herausforderung in der Flüchtlingskrise 2015. Die Antwort Ungarns darauf bestand in der Schließung der ungarischen Grenzen als Außengrenzen des Schengen-Raums und der Verlegung der Aufgabe der Anerkennung von Asylbewerbern und Rückführung der Migranten ohne Bleiberecht auf andere Mitgliedstaaten.

Zu einem schnellen Vergleich dienen die untenstehenden Tabellen, die den nicht-parallel verlaufenden Anstieg der Zahl der Asylbewerber innerhalb der 28 EU-Mitgliedstaaten zu Ungarn zeigen und so den begrenzten Beitrag Ungarns zum Flüchtlingsschutz verdeutlichen.⁶

Tabelle Nr. 1 Asylanträge in der EU und Ungarn 2011-2017.

| Anzahl Anträge | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|----------------|----------------------|----------------------|---------|---------|-----------|-----------|---------|
| EU | 309,040 ^d | 335,290 ^d | 431,090 | 626,960 | 1,322,825 | 1,259,955 | 707,000 |
| Ungarn | 1,693 | 2,157 | 18,900 | 42,777 | 177,135 | 29,432 | 3,397 |

Quelle, Eurostat und Easo data

Tabelle Nr. 2 Ergebnisse der Asylverfahren in Ungarn 2011-2017

| | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|---|------|------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Irgendeine Form von gewährtem Schutz ⁷ | 191 | 415 | 415 | 512 | 502 | 425 | 1216 |
| Flüchtlingsstatus | 52 | 87 | 198 | 260 | 146 | 154 | 106 |
| Subsidiärer Schutz | 139 | 328 | 217 | 252 | 356 | 271 | 1,100 |
| Ablehnung | 740 | 751 | 4,185 | 4,553 | 2,917 | 4,657 | 2,880 |

6 Quellen: Eurostat: Asylum and first time asylum applicants - annual aggregated data (gerundet), <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tps00191&plugin=1> (zuletzt aufgerufen am 18. Juli 2017) und (Hungarian) Immigration and Asylum Office, different statistical summaries at http://www.bmbah.hu/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=177&Itemid=1232&lang=hu (zuletzt aufgerufen am 18. Juli 2017).

7 Die jährlich weniger als 10 „Geduldeten“, die nicht abschiebbaren Personen, sind nicht in dieser Tabelle enthalten. Nur im 2017 sprang die Nummer von Geduldeten auf 75, also bekamen zusammen mit ihnen 1291 Personen irgendeine Art von Schutz in Ungarn im Jahr 2017.

Das Asylrecht als Mittel der Isolation – das Beispiel Ungarns

| | | | | | | | |
|----------|-----|-------|--------|--------|---------|--------|-------|
| Beendung | 623 | 1,110 | 11,339 | 23,406 | 152,260 | 49,479 | 2,049 |
|----------|-----|-------|--------|--------|---------|--------|-------|

Quelle: Hungarian Office of Asylum and Immigration

Diese Tabellen zeigen einen Anstieg der Asylanträge auf das neunzigfache im Vergleich zu 2012 und einen ähnlich drastischen Rückgang der Anzahl der Anträge ab 2015 innerhalb von anderthalb Jahren. Die Zahlen zeigen eindeutig, dass die Bedingungen für Asylwerber auf der Fluchtroute und nach ihrer Ankunft 2015 schrittweise erschwert wurden. Dies führte auch zu den gut dokumentierten Bildern der tausenden von Flüchtlingen, die am Budapester Bahnhof campierten und nur von Freiwilligen unterstützt wurden, sowie zum „Marsch der Tausenden“ Richtung Wien auf der Autobahn M1 am 4. und 5. September 2015.⁸ Es scheint begründet zu behaupten, dass diese Ereignisse einen maßgebenden Einfluss auf die Deutsche und auch auf die gesamteuropäische Flüchtlingspolitik gehabt haben.⁹

Hinter dem drastischen Rückgang der Anzahl der Antragsteller in Ungarn mitten während der Flüchtlingskrise steht eine Reihe von gesetzgeberischen Maßnahmen, die eindeutig ein Ziel verfolgten, den Ausschluss der Asylbewerber und die Abschreckung aller potentiellen Antragsteller davon, ihren Antrag in Ungarn zu stellen. Des Weiteren versuchen wir diese Gesetzgeberische Maßnahmen und wo es notwendig erscheint, den *status quo ante* zusammenzufassen. Eine Bewertung hinsichtlich der Vereinbarkeit mit europäischem Recht und mit Völkerrecht folgt im nächsten Teil des Beitrags.

8 Siehe ausführlich: *Bori Simonovits & Anikó Bernát* (eds.): *The Social Aspects of the 2015 Migration Crisis in Hungary*, in: Tárki Social Research Institute, http://www.tarki.hu/hu/news/2016/kitekint/20160330_refugees.pdf, Budapest, März 2016. Siehe auch: *Annastiina Kallius et al.: Immobilizing mobility: Border ethnography, illiberal democracy, and the politics of the „refugee crisis“ in Hungary*, in: *American Ethnologist* 43/1, 2016, S. 25–37.

9 Für eine ausführliche Beschreibung der entscheidenden Tage 4.-5. September 2015 siehe den erhellenden Bericht: *Georg Blume et al.: Was geschah wirklich?*, in: *Die Zeit*, <http://www.zeit.de/2016/35/grenzoeffnung-fluechtlinge-september-2015-wochenende-angela-merkel-ungarn-oesterreich> (letzter Zugriff am 20. Dezember 2017). S. auch *Annastiina Kallius: Rupture and Continuity. Positioning Hungarian Border Policy in the European Union*, in: *Intersections*, Vol. 2/4, 2016, S. 134–151.

IV. Abschottung gegenüber den Asylsuchenden – die Grundzüge der Gesetzeslage¹⁰

Im Jahr 2015 gab es zwei fundamentale und mehrere kleine Änderungen des Asylgesetzes von 2007¹¹ und einiger anderer Gesetze, darunter des Strafgesetzbuches. Gemeinsam an diesen Gesetzesänderungen war, dass die Öffentlichkeit an der Vorbereitung trotz diesbezüglicher gesetzlicher Verpflichtungen¹² nicht beteiligt war.¹³

1. Sichere Drittstaaten und sichere Herkunftsländer

Die erste Änderung¹⁴ bezieht sich auf das vom Parlament verabschiedete Gesetz, das es der Regierung ermöglicht, eine Liste von sicheren Drittstaaten aufzustellen.¹⁵ Am 21. Juli 2015 wurden im Regierungsdekret 191/2015 zwei identische Listen veröffentlicht: Die eine enthielt sichere Drittstaaten, die andere sichere Herkunftsländer. Als sichere Drittstaaten und sichere Herkunftsländer wurden folgende Staaten bestimmt: „Mitgliedstaaten und Beitrittskandidaten der Europäischen Union – außer der Türkei, – Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftszone, diejenigen Bundesstaaten der USA, in denen es keine Todesstrafe gibt, sowie folgende weitere Staaten: 1. Schweiz, 2. Bosnien-Herzegowina, 3. Kosovo, 4. Kanada, 5. Australien, 6. Neuseeland“. Nach dem Arrangement mit der

10 Dieser Abschnitt basiert auf und enthält einige Abschnitte aus einem Blogeintrag von *Boldizsár Nagy* zum Thema EU-Einwanderungs- und Asylrecht: Parallel realities: refugees seeking asylum in Europe and Hungary's reaction, in: *eumigration-lawblog.eu*, November 2015, Web, Essays (zuletzt aufgerufen am 16.08.2017).

11 Beide Gesetze werden beider detaillierten Besprechung der Änderungen benannt

12 Gesetz Nr. CXXXI von 2010 über die Beteiligung der Öffentlichkeit am Gesetzgebungsprozess.

13 Sowohl der UNHCR als auch nationale NGOs haben diese Praxis stark kritisiert, da sie die Kontrollfunktion einer Veröffentlichung unterbindet und verhindert, dass Expertenmeinungen und das Wissen von Praktikern mit einbezogen werden. Siehe beispielsweise die Kommentare des ungarischen Helsinki Komitees im Frühling 2016: http://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/Menekultugyi_modositasra_Helsinki_eszrevetelek_20160307.pdf.

14 Gesetz Nr. LXXX von 2007 betreffend Asyl v. 25.06.2007, Magyar Közlöny 2007/83 6088.

15 Gesetz Nr. CVI über die Änderung des Gesetzes Nr. LXXX von 2007 betreffend Asyl v. 30.05.2015, Magyar Közlöny 2015/100 17389.

Türkei¹⁶ wurde die Türkei zu beiden Listen hinzugefügt¹⁷ und selbst nach den Regierungsaktionen nach dem gescheiterten Putschversuch vom 15. Juli 2016 nicht wieder von den Listen gestrichen. Der Begriff „sicherer Drittstaat“ kann aber keinen EU-Mitgliedstaat bezeichnen, sondern nur Staaten außerhalb der Europäischen Union, weshalb die Aufnahme von EU-Mitgliedstaaten in die Liste mehr als ungewöhnlich war. Es ist bemerkenswert, dass Japan und viele andere Ländern als sichere Herkunftsstaaten nicht auf der Liste stehen.

2. Erste Bearbeitung des Verfahrens zur Erteilung des Flüchtlingsstatus im Juli 2015

Die erste große Änderung des Verfahrens zur Erteilung des Flüchtlingsstatus erfolgte im Juli 2015 mit dem Ziel der Beschleunigung und Vereinfachung des Asylverfahrens im Allgemeinen und im Speziellen auch mit Blick auf den Bau einer physischen Barriere an der serbisch-ungarischen Grenze.¹⁸ Die Änderung hatte zwei Seiten. Auf der einen Seite führte sie zur Umsetzung des Inhalts des 2013 umgestalteten EU-Asyl-Acquis, der unter anderem Regelungen über beschleunigte Asylverfahren, unzulässige Anträge, Aufnahmebedingungen und stärkeren Schutz für Minderjährige vorsah. Auf der anderen Seite spiegelte die Änderung auch bestimmte Veränderungen der ungarischen Asylpolitik wider, auf die später eingegangen wird. Die Gesetzesänderung trat am 1. August 2015 in Kraft und kombinierte die Vorschrift zu den sicheren Drittstaaten (zu denen nun auch Serbien gehört) mit einem Verfahren, dass an der Grenze durch speziell dafür konzipierte Einrichtungen durchgeführt wurde.

Die wichtigsten Änderungen umfassen:

- Eine Verkürzung der Fristen im beschleunigten Verfahren, und zwar sowohl für die Behörden bei der Entscheidung über Anträge von Asylbewerbern als auch für die Asylbewerber, um rechtlich gegen einen Negativbescheid vorzugehen. Die Entscheidung hat innerhalb von 15

16 Europäischer Rat, Erklärung 144/16 EU-Türkei v. 18.03.2016.

17 Regierungsdekret 63/2016 (III. 31.) zur Aktualisierung der Liste der sicheren Drittstaaten verkündet am 31.03.2016, Magyar Közlöny 2016/44 4115.

18 Gesetz Nr. CXXVII über die Einrichtung einer vorübergehenden sicherheitsbedingten Grenzschießung und über die Änderungen von Gesetzen, die mit Migration zusammenhängen v. 06.07.2015, Magyar Közlöny 2015/102 17524.

Kalendertagen zu ergehen (vorher waren es 30), und ein Einspruch musste innerhalb von drei Tagen eingelegt werden.¹⁹ Gerichte haben 8 Tage Zeit für die Entscheidung und dürfen auf eine persönliche Anhörung verzichten. Die Unterscheidung zwischen einem Vorverfahren hinsichtlich der Zulässigkeit und einem inhaltlichen Hauptverfahren wurde zu Gunsten eines einheitlichen Verfahrens abgeschafft;

- die Ablehnung der aufschiebenden Wirkung jeglicher Rechtsmittel in den meisten beschleunigten Verfahren und bei unzulässigen Anträgen – mit Ausnahme der Anwendung der Drittstaatsregelung – was dazu führt, dass eine große Zahl von Personen aus dem Land ausgewiesen werden können, bevor die erste gerichtliche Überprüfung überhaupt begonnen hat;
- Ausweitung der potentiellen Orte, an denen Personen festgehalten werden können.
- Diese Gesetzesänderung führte keine Maßnahme ein, die mit dem Unionsrecht unvereinbar wäre, aber es ist doch beachtenswert, dass der Gesetzgeber meistens die für die Asylbewerber ungünstigsten Optionen umgesetzt hat.

3. Fundamentale Änderungen des Asylsystems: Stacheldraht, Transitzonen, Grenzkontrollen, Kriminalisierung – September 2015

Die nächsten Gesetzesänderungen wurden vom ungarischen Parlament in einer außerplanmäßigen Sitzung am 4. September 2015 beschlossen.²⁰ Das Gesetz Nr. CXL über die Änderung einiger Gesetze im Zusammenhang mit Masseneinwanderung enthielt eine spezielle Regelung für Asylbewerber, die über die eingezäunte Grenze nach Ungarn gekommen sind. Diesen wurden elementare Menschenrechte vorenthalten und es wurde im Wesentlichen eine neue Art von Ausnahmezustand eingeführt, und die Regierung wurde dazu ermächtigt eine „durch massenhafte Einwanderung verursachte Krisensituation“ auszurufen.

¹⁹ Die nächste Änderung, die am 15. September 2015 in Kraft trat, erweiterte die Beschwerdefrist auf sieben Tage.

²⁰ Gesetz Nr. CXL von 2015 über die Änderung einiger Gesetze im Zusammenhang mit Masseneinwanderung verkündet am 07.09.2015, Magyar Közlöny 124/2015 19196. Das Datum des Inkrafttretens der Gesetzesänderungen ist identisch mit dem Datum der Grenzschließung: 15. September 2015.

Die Hauptbestandteile der neu eingeführten Institutionen und Regelungen sind die Folgenden:

Die Asylgesetzänderung bezeichnet den doppelten Stacheldrahtzaun an der serbisch-ungarischen Grenze als „vorübergehende sicherheitsbedingte Grenzschießung“.²¹ Die illegale Überquerung des 175 km langen Grenzzauns wurde durch die Einführung der Artikel 352/A, 352/B und 352/C des ungarischen Strafgesetzbuchs zu einer Straftat erklärt.²² Eine Höchststrafe von drei Jahren droht allen, die den Zaun illegal überqueren (Artikel 352/A des Strafgesetzbuchs). Die Beschädigung des Zaunes ist eine eigene Straftat gemäß Artikel 352/B des Strafgesetzbuchs, die mit einer Höchststrafe von bis zu fünf Jahren Gefängnis bestraft wird. Selbst eine Behinderung der Bauarbeiten an dem Zaun stellt eine eigene Straftat nach Artikel 352/C des Gesetzes dar. Es ist anzumerken, dass die Überquerung der Grenze in einem Abschnitt ohne Grenzzaun (beispielsweise zwischen Ungarn und Rumänien) nach wie vor eine Ordnungswidrigkeit darstellt.²³

Sogenannte Transitzonen wurden als Teile des Grenzzauns errichtet.²⁴ Sie bestehen aus einer Reihe von Containern für Beamte, die für die Erteilung des Flüchtlingsstatus verantwortlich sind. Der erste in der Reihe der Beamten ist ein Polizist, der die Fluchtroute aufnimmt, dann, im Falle eines gestellten Asylantrags, folgt ein Asylbeamter, der über den Antrag entscheidet und zuletzt ein Richter (oder nur ein Gerichtsassessor!), der in einem „Gerichtsverhandlungsraum“ eventuell nur über das Internet zugeschaltet ist und über Rechtsmittel entscheidet.

Das Gesetz Nr. CXL führte in den Artikeln 80/A–80/G des Gesetzes Nr. LXXX über das Asylrecht den neuen Begriff der „Krisensituation durch massenhafte Einwanderung“ ein. Die Krisensituation kann durch ein Regierungsdekret entweder für ein bestimmtes Gebiet oder den ganzen Staat erklärt werden. Tatsächlich wurde sie sofort für alle an dem unga-

21 Das Regierungsentscheidung 1401/2015 (VI. 17.) (verkündet am 17.06.2015 Magyar Közlöny 83/2015 7970) über „gewisse, wegen des hohen Einwanderungsdrucks benötigten Maßnahmen“ vom Magyar Közlöny, Nr. 83 von 2015) bezeichnet dies als „provisorischer, zur Grenzkontrolle dienender Zaun“ (Punkt 1).

22 Gesetz Nr. C von 2012 über das Strafgesetzbuch.

23 Gesetz Nr. II von 2012 über geringfügige Straftaten, über das Verfahren bei geringfügigen Straftaten und über die Eintragung von geringfügigen Straftaten, Artikel 204.

24 Das Konzept wird in Gesetz Nr. LXXXIX von 2007 (v. 18.06.2007, Magyar Közlöny 88/2007 6565) über die Staatsgrenze beschrieben. Siehe Artikel 5 A–D und 15.

risch-serbischen Grenzzaun anliegenden Gebiete erklärt.²⁵ Die Voraussetzungen für die Erklärung der Krisensituation wurden als alternative Bedingungen formuliert. Entweder wird eine bestimmte Zahl von neu ankommenden Asylsuchenden innerhalb einer bestimmten Zeitspanne überschritten (beispielsweise mehr als 500 Asylbewerber pro Tag innerhalb eines Monats),²⁶ oder es brechen Unruhen in einem Ankunftszentrum aus, die die Bevölkerung direkt bedrohen.²⁷ Diese Definition wurde 2017 erweitert und aufgeweicht mit der Änderung des Artikels 80/A (1) c) des Asylgesetzes.²⁸

Das Gesetz Nr. CXL führte ein neues Verfahren an der Grenze ein,²⁹ das nur in den Transitzonen Anwendung findet und das ein Festhalten ohne gerichtliche Kontrolle sowie ein extrem schnelles Verfahren ohne Zugang zu rechtlichem Beistand vorsieht und somit die Möglichkeit, Rechtsmittel geltend zu machen, drastisch reduziert. Das neue Verfahren basiert auf der – nach der Entscheidung *Amuur v. France*³⁰ nicht haltbaren – Annahme, dass die Personen in der Transitzone Ungarn noch nicht betreten haben. Dieses Verfahren wurde 2017 nochmals verschärft.³¹

25 269/2015 (IX. 15) Korm rend.

26 Siehe auch Artikel 80/A des Asylgesetzes.

27 Id., Punkt c). Auf dieser Grundlage erklärte die Regierung am 9. März 2016 im ganzen Land eine Notstandssituation wegen Masseneinwanderung. Regierungsdekret 41/2016 (III.9.).

28 Der neue 80/A (1) c) des Asylgesetzes lautet: „(Eine durch massenhafte Einwanderung verursachte Krisensituation kann angeordnet werden, wenn [...])
c) * sich außer den in den Buchstaben a und b festgelegten Fällen im Zusammenhang mit der Migrationslage beliebige Umstände herausbilden, die
ca) den Schutz der ungarischen Grenzlinie laut der Artikel 2 Nummer 2 des Schengener Grenzkodex entsprechenden Außengrenze unmittelbar gefährden,
cb) die öffentliche Sicherheit bzw. die öffentliche Ordnung eines sechzig Meter breiten Streifens des ungarischen Territoriums von der Grenzlinie bzw. vom Grenzstein laut der Artikel 2 Nummer 2 des Schengener Grenzkodex entsprechenden Außengrenze bzw. die öffentliche Sicherheit bzw. die öffentliche Ordnung einer ungarischen Siedlung oder das öffentliche Gesundheitswesen unmittelbar gefährden, insbesondere, wenn in der auf diesem Gebiet bzw. in der gegebenen Siedlung oder deren Außenbereich anzutreffenden Aufnahmestation oder in einem die Unterbringung der Ausländer gewährleistenden Objekt Unruhen ausbrechen oder gewalttätige Handlungen begangen werden.“

29 Siehe Artikel 71/A des Asylgesetzes.

30 *Amuur v. France*, 17/1995/523/609, Council of Europe: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (25. Juni 1996).

31 Siehe Punkt 6 infra.

Eine Reihe strafverfahrensrechtlicher Regelungen wurden dahingehend geändert, dass die Vorschriften zum Schutz von Angeklagten, die versucht hatten, den Zaun illegal zu überqueren, wegfielen.

Das Gesamtpaket der im September beschlossenen Änderungen hatte noch weitere Folgen. Es nahm den Zaun und die Transitzonen aus der Abschätzung der Umwelteinwirkung und anderen normalerweise obligatorischen Verwaltungsverfahren aus. Das Militär wurde angewiesen, der Polizei beim Grenzschutz zu assistieren und erhielt die Erlaubnis, „jegliche beweglichen Objekte oder Grundstücke im Eigentum des Staates oder einer Kommunalverwaltung“ oder einer Gesellschaft, an der der Staat den Hauptanteil hält, zu beschlagnahmen. Die Polizei wurde und ist immer noch dazu ermächtigt, aufgrund von Anweisungen (die aber keine Durchsuchungsbefehle sind) Privathaushalte zu betreten, um sicherzustellen, dass die Maßnahmen gegen Epidemien umgesetzt werden.

4. Die Abschaffung aller Integrationshilfen im Juni 2016

Eine weitere Änderung des Asylgesetzes erfolgte im Jahr 2016. Das Gesetz Nr. XXXIX von 2016³² hat zwei grundlegende Änderungen in das Asylgesetz von 2007 eingeführt.

Alle Integrationshilfeleistungen für anerkannte Asylbewerber und solche mit subsidiärem Schutz wurden abgeschafft. Die Maßnahme wurde damit begründet, dass es das Ziel der Einschränkung ist, die Sozialleistungen für Asylsuchende und für diejenigen zu reduzieren, die internationalen Schutz genießen, um damit zu verhindern, dass die sogenannten Wirtschaftsflüchtlinge aus bloßer Hoffnung auf ein besseres Leben Asylanträge in Ungarn stellen.³³ Die Dauer des erlaubten (und unterstützten) Aufenthalts im Ankunftszentrum nach der Anerkennung wurde von 60 Tagen um die Hälfte auf 30 Tage gekürzt. Alle speziellen finanziellen Hilfen wurden abgeschafft. Dies führte bei denjenigen, die internationalen Schutz brauchten, entweder zu Obdachlosigkeit oder der Weiterreise in ein anderes Schengen-Land und förderte ein pauschales Verständnis der Asylbewerber als illegale Einwanderer.

32 Beschlossen am 10. Mai 2016, veröffentlicht am 20. Mai 2016 und (hinsichtlich der Asylregelungen) in Kraft getreten am 1. Juni 2016.

33 Gesetzesentwurf T/9634, S. 46.

Es wurde eine obligatorische Neubewertung des Flüchtlingsstatus nach drei Jahren für alle anerkannten Flüchtlinge und diejenigen, die subsidiären Schutz erhalten hatten, festgesetzt. Vor der Änderung war nur die zweite Gruppe alle fünf Jahre davon betroffen.

5. Die Einführung der 8-km-Zone vor der Grenze mit speziellen Befugnissen zur Rechtsdurchsetzung in 2016

Selbst nach der Errichtung des Zaunes gelangten immer noch fast dreißigtausend Asylsuchende, hauptsächlich durch Überwindung des Zaunes, auf ungarisches Territorium, was zu einer weiteren Verschärfung des Asylgesetzes führte.³⁴ Diese Verschärfung ähnelte der Ausschlusspraxis Australiens.³⁵ Sie ordnete im Kern an, dass ein „illegal anwesender“ Drittstaatsangehöriger, der innerhalb von „8 km zur Grenzlinie oder Grenzmarkierung der Außengrenzen“ der EU aufgegriffen wird und eine Intention auf Asylantrag zu stellen äußert, zwangsweise zum Zaun an eine der dort vorgesehen Durchgangsstellen gebracht wird mit dem Ziel, in der Transitzone den Asylantrag zu stellen, als sei er von außen an die Transitzone herangetreten (beispielsweise von der serbischen Grenze aus). Dies bedeutete, dass eine im acht km zur Grenze anliegenden Bereich abgefangene Person überprüft werden konnte und im Falle einer fehlenden Aufenthaltserlaubnis die Polizei davon absehen konnte, ein formales Ausweisungsverfahren unter Einhaltung der von der Rechtsstaatlichkeit geforderten Prinzipien (Rechtsbeistand, öffentliche Anhörung, Beschwerdemöglichkeit) durchzuführen. Stattdessen konnte die Strafverfolgungsbehörde die Person einfach – falls notwendig auch unter Anwendung von körperlicher Gewalt – auf die serbische Seite der Grenze bringen.

34 Gesetz Nr. XCIV von 2016, in Kraft getreten am 6. Juli 2016.

35 <http://www.unhcr.org/news/press/2013/5/519ccec96/new-excision-law-relieve-australia-its-responsibilities-towards-asylum.html> (zuletzt aufgerufen am 10. August 2016).

6. Die nahezu vollständige Abschaffung von Asylgewährung in Ungarn durch die Gesetzesänderung vom März 2017

Die „8-km-Regel“ führte zu einem starken Nachlassen der Ankunftsahlen, beendete den Zufluss der Asylsuchenden aber nicht vollständig. Deshalb entschied die Regierung, dass das das Asylgesetz von 2007 am 7. März 2017 erneut geändert werden muss. Dies geschah auch ohne jegliche Konsultation mit den Interessenvertretern (stakeholders). Das am 28. März 2017 in Kraft getretene Gesetz Nr. XX von 2017 über die Änderung bestimmter Gesetze, die mit der Verstärkung der durchgeführten Grenzkontrollen zusammenhängen, sieht vor, dass die „8-km-Regel“ auf das gesamte Staatsgebiet ausgeweitet wird und fordert zwingend, jeden Asylsuchenden über 14 Jahre festzuhalten, dessen Aufenthalt in Ungarn irregulär ist. Die Standorte der hierfür vorgesehenen Massenquartiere sind die Transitzonen an den Grenzen zu Serbien in Röszke und Tompa.

Während des in der erweiterten Transitzone stattfindenden Asylverfahrens bleibt der Asylbewerber ohne eine gerichtliche oder anderweitige Überprüfung festgehalten. Dies gilt nicht nur bis zum Ende des Verwaltungsverfahrens, sondern nach einer Beschwerde sogar bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens. Es ist dem Asylbewerber nicht erlaubt das übrige Staatsgebiet zu betreten. Das „Exit“-Tor öffnet sich zum wenige Meter breiten Feldweg parallel zum Zaun, auf dessen anderer Seite Serbien liegt. Von diesem Verfahren ausgenommen sind nur diejenigen, die Asylanträge stellen, während sie sich regulär in Ungarn aufhalten, Minderjährige unter 14 Jahren und diejenigen, die aus anderen Gründen festgehalten werden. Der Zugang zum Asylverfahren wird durch eine Höchstgrenze eingeschränkt. Pro Tag dürfen in beiden Transitzonen nur jeweils fünf Personen einen Asylantrag stellen.³⁶ Das bedeutet 300 Personen pro Monat und 3600 im Jahr.

³⁶ Hungarian Helsinki Committee: Hungary: Key Asylum Figures as of 1 June, <http://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/HHC-Hungary-asylum-figures-1-June-2017.pdf> (zuletzt aufgerufen am 19. Juli 2017). Im zweiten Halbjahr 2017 wurde dies zu einer einzigen Transitzone reduziert. (persönliche Kommunikation zu Autoren).

V. Abschottung gegenüber der Europäischen Union und Europäischen Standards

Das ungarische Parlament verabschiedete am 22. September 2015³⁷ einen Beschluss mit dem Titel: „Botschaft an die Machthaber der Europäischen Union“, die unter anderem folgendes feststellte:

„Wellen illegaler Einwanderung bedrohen Europa mit einer Explosion [...] Die Europäische Union ist verantwortlich für das Eintreten dieser Situation [...] Unverantwortlich handeln die europäischen Politiker, die durch die Illusion auf ein besseres Leben die Migranten dazu ermutigen, alles hinter sich zu lassen, sich dem lebensgefährlichen Risiko auszusetzen und sich auf dem Weg nach Europa zu machen [...]. Wir haben das Recht, unsere Kultur, unsere Sprache und unsere Werte zu verteidigen [...].“

Diese Grundhaltung bestimmt das Verhalten Ungarns in der Europäischen Union wenn es um die Flüchtlingsfrage geht. Obwohl nach der kompletten Schließung der Grenze die Zahl der Ankommenden von ein paar Hundert auf ein paar Dutzend pro Tag fiel, hat Ungarn das im September 2015 beschlossene Umverteilungssystem³⁸ und den Vorschlag einer stabilen (von Ausnahmesituationen unabhängigen) Verteilung der Antragsteller, der von der Kommission in der Agenda für Migration vorgeschlagen und im Mai 2015 veröffentlicht wurde, abgelehnt.³⁹

37 Parlamentsbeschluss 36/2015 (IX. 22.) OGY, Magyar Közlöny 2015 Nr. 136, <http://www.magyarokozlony.hu/dokumentumok/30d4e493298b407e098990414cb8387e7c1caaf8/megtekintes>.

38 Ausführlicher siehe das Unterkapitel zum Trittbrettfahren.

39 Europäische Kommission: Die Europäische Migrationsagenda, COM(2015) 240 final, Brussels, 13. Mai 2015, S. 5: „Die EU braucht ein auf Dauer angelegtes System, das es ermöglicht, die Verantwortung für die zahlreichen Flüchtlinge und Asylbewerber unter den Mitgliedstaaten aufzuteilen. Die Kommission wird bis Ende 2015 einen Legislativvorschlag für die Einführung eines verbindlichen, automatisch aktivierten Umsiedlungsmechanismus vorlegen, der es ermöglicht, bei einem Massenzustrom die Personen, die eindeutig internationalen Schutz benötigen, auf die EU-Mitgliedstaaten zu verteilen.“

1. Verfahren vor dem EuGH

Die auffallendste Manifestation von Ungarns Trittbrettfahren ist die komplette Ablehnung⁴⁰ einer Beteiligung am Umsiedlungs-⁴¹ und Neuansiedlungssystem,⁴² das von der EU beschlossen bzw. vorgeschlagen wurde.⁴³

Am 3. Dezember 2015 klagte die ungarische Regierung vor dem Europäischen Gerichtshof gegen den Beschluss des Rates 2015/1601 vom 22. September 2015,⁴⁴ welcher die Umsiedlung von 1294 „klar schutzbedürftigen“ Asylsuchenden nach Ungarn vorsah.⁴⁵ Die Klage wies erhebliche Ähnlichkeiten mit einer Klage der Slowakischen Republik auf.⁴⁶ Die Klagegründe wiesen teils auf die Grenzen der in Art. 78 Abs. 3 AEUV vorgesehen Befugnis des Rates hin, auf Vorschlag der Kommission vor-

40 Siehe zum Verfahren: *K. Groenendijk & B. Nagy: Hungary's appeal against relocation to the CJEU: upfront attack or rear guard battle?*, in: <http://eumigrationlawblog.eu/hungarys-appeal-against-relocation-to-the-cjeu-upfront-attack-or-rear-guard-battle/>.

41 Entscheidung zur Umverteilung, Beschluss (EU) 2015/1523 des Rates vom 14. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland; Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates vom 22. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland.

42 Die Neuansiedelungsentscheidung erging in Form einer Zusammenfassung des (JHA) Ratsdokument Nr. 11130/15, 22. Juli 2015.

43 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) COM(2016) 270 final, 4. Mai 2016): Die Kommission schlug eine weitgreifende Neuregelung des Dublin-Systems vor, die auch einen „korrekten Verteilungsmechanismus“ anhand von Referenzzahlen vorsah. Der Umverteilungsmechanismus sah vor, ab einer Überschreitung von 150% der Referenznummer die Asylantragsteller in andere Länder umzuverteilen. Die Referenznummer bestimmt sich nach der Bevölkerungsgröße und dem BIP.

44 Rechtssache C-647/15 Ungarn/Rat, OJ L C 38/43, 1. Februar 2016.

45 Rechtssache C-647/15, Ungarn / Rat der Europäischen Union, Klage, eingereicht am 3. Dezember 2015; in: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=174029&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=886310>.

46 Rechtssache C-643/15, Slowakische Republik / Rat der Europäischen Union, Klage, eingereicht am 2. Dezember 2015, in: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=173998&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=887235>.

läufige Maßnahmen zugunsten der betreffenden Mitgliedstaaten zu erlassen, sollten sich ein oder mehrere Mitgliedstaaten aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen in einer Notlage befinden. Dieses Befugnis, so die Klagegründe, ermächtigte den Rat nicht dazu, von einem Gesetzgebungsakt abzuweichen. Ferner rügten Ungarn und die slowakische Republik verschiedene Verfahrensfehler, die bei der Verabschiedung des Beschlusses begangen worden seien.

Das Urteil der Großen Kammer des Gerichtshofs vom 6. September 2017⁴⁷ weist alle Klagegründe der Slowakei und Ungarns ab. Der EuGH befand unter anderem, dass die vorläufigen Maßnahmen aufgrund von Art. 78 Abs. 3 AEUV keine Gesetzgebungsakte seien.⁴⁸ Deshalb könnten sie auch von Bestimmungen in Gesetzgebungsakten abweichen. Jedoch müsse der Anwendungsbereich solcher Abweichungen sowohl inhaltlich als auch zeitlich in der Weise begrenzt sein, dass sie sich darauf beschränken, schnell und effektiv durch eine vorläufige Regelung auf eine ganz bestimmte Krisensituation zu reagieren.⁴⁹ Nach Auffassung des Gerichts entsprach der angefochtene Beschluss diesen Anforderungen und stand dementsprechend im Einklang mit Art. 78 Abs. 3 AEUV. Der Gerichtshof sah auch die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens für den Erlass des angefochtenen Beschlusses betreffenden Klagegründen als unbegründet an. Dabei schien die außerordentliche Natur des Verfahrens unter Art. 78 Abs. 3 AEUV eine gewisse Rolle zu spielen und dürften die Aussagen des EuGH nicht in jeglicher Hinsicht verallgemeinerungsfähig sein.⁵⁰

47 Rechtssachen C-643/15 und C-647/15 Slowakische Republik und Ungarn gegen Rat der Europäischen Union; dazu ausführlich in diesem Band: *Walter Frenz*, Solidarität und Menschenwürde in der Flüchtlingskrise.

48 Urteil vom 6. September 2017, C-643/15 und C-647/15 Slowakische Republik und Ungarn gegen Rat der Europäischen Union, Rn. 66.

49 Urteil vom 6. September 2017, C-643/15 und C-647/15 Slowakische Republik und Ungarn gegen Rat der Europäischen Union, Rn. 78.

50 Urteil vom 6. September 2017, C-643/15 und C-647/15 Slowakische Republik und Ungarn gegen Rat der Europäischen Union, Rn. 136 ff.

2. Innerstaatliche Initiativen gegen eine gemeinsame europäische Flüchtlingspolitik

a) Verfahren vor dem Verfassungsgericht – die Geburt der Verfassungsidentität Ungarns

Parallel zu der Klage vor dem EuGH lief ein Verfahren vor dem ungarischen Verfassungsgericht, in dem das Gericht die Vereinbarkeit des Ratsbeschlusses mit dem ungarischen Grundgesetz überprüfen sollte. Beantragt wurde das Verfahren vom Parlamentsbeauftragten für Grundrechte im Rahmen einer abstrakten Auslegung von Art. XIV (1) (Verbot der Kollektivausweisung) und Art. E (2) (Integrationsklausel) des Ungarischen Grundgesetzes.⁵¹ Der Antrag macht aber klar, dass der Ombudsmann eine Auslegung des Grundgesetzes im Hinblick auf den Beschluss 2015/1601/EU des Rates vom 22. September 2015 beantragt.

Verfassungsrechtlich bedeutsamer ist der Hinweis des Antrags auf die Integrationsschranken des Art. E (2) des Grundgesetzes.⁵² Demnach enthalte die Integrationsklausel in Art. E (2) des Grundgesetzes gleich zwei Vorbehalte, die in einem anderen Kontext vom deutschen Bundesverfassungsgericht entwickelt worden sind: einen *ultra-vires* Vorbehalt nach dem Muster des Maastricht-Urteils und einen Grundrechtsvorbehalt nach dem Muster des Solange-I-Beschlusses.⁵³ Nach dem Antrag verletze der Beschluss 2015/1601/EU des Rates beide Integrationsschranken, insoweit der Beschluss *ultra vires* ergangen sei und mit den Grundrechten des Grundgesetzes, vor allem mit dem Verbot der Kollektivausweisung in Art. XIV (1) unGG unvereinbar sei.

51 [http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361afa3cea26b84c1257f10005d-d958/\\$FILE/X_3327_0_2015_inditvany.002.pdf/X_3327_0_2015_inditvany.pdf](http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361afa3cea26b84c1257f10005d-d958/$FILE/X_3327_0_2015_inditvany.002.pdf/X_3327_0_2015_inditvany.pdf).

52 Art. E (2) GGÜng: „Ungarn kann im Interesse seiner Teilnahme an der Europäischen Union als Mitgliedstaat aufgrund internationaler Verträge – bis zu einem zur Ausübung der aus den Gründungsverträgen entstammenden Rechte und zur Erfüllung der Verpflichtungen erforderlichen Maße – einzelne seiner dem Grundgesetz entstammenden Kompetenzen gemeinsam mit den anderen Mitgliedstaaten, über die Institutionen der Europäischen Union ausüben.“

53 Hierzu im Detail s. *Pál Sonnevend*: Die offene Staatlichkeit in Ungarn, in: Armin von Bogdandy, Peter M. Huber, Pedro C. Villalón (Hrsg.): Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band II: Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht, 2008, S. 379 ff.

Zum Verbot der Kollektivausweisung in Art. XIV (1) unGGG liegt bislang keine Rechtsprechung des Verfassungsgerichts vor. Deshalb beruft sich der Antrag auf Art. 4 des 4. ZP EMRK sowie Art. 19 (1) der Charta der Grundrechte der EU, die als Auslegungshilfe herangezogen werden können. Ob dieses Argument Aussicht auf Erfolg hat, ist fraglich, da zumindest die einschlägige Rechtsprechung des EGMR zu Art. 4 des 4. ZP EMRK es für ausreichend hält, wenn die Identität der ausgewiesenen Person festgestellt und die relevanten Informationen in einer für die Betroffenen verständlichen Sprache mitgeteilt werden.⁵⁴

Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Manuskripts liegt noch keine Entscheidung des Verfassungsgerichts in der Sache vor.⁵⁵ Das Gericht hat allerdings die Grundsatzfragen der Auslegung des Art. E (2) vom Rest des Antrags losgelöst, und sie bereits in der Entscheidung 22/2016. (XII. 5.) AB beantwortet.⁵⁶ In der Entscheidung setzt sich das Verfassungsgericht zum ersten Mal mit der Auslegung von Art. E (2) unGGG auseinander und stellt fest, dass dieser der Anwendung sowohl von *ultra vires* als auch von den Wesensgehalt der Grundrechte des Grundgesetzes verletzenden Bestimmungen des EU-Rechts im Wege steht. Die Entscheidung führt eine dritte, dem Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich nicht folgende, aber offensichtlich von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts inspirierte Integrationsschranke ein: den Schutz der Identität des Grundgesetzes. Diese Schranken werden im Tenor der Entscheidung wie folgt zusammengefasst: „Das Verfassungsgericht ist befugt, im Rahmen der Ausübung seiner Kompetenzen auf Antrag zu überprüfen, ob die gemeinsame Kompetenzausübung aufgrund von Artikel E (2) des Grundgesetzes die Menschenwürde, andere Grundrechte oder die Souveränität und die auf der historischen Verfassung ruhende Identität Ungarns verletzt.“⁵⁷

54 EGMR, *Čonka v. Belgium*, Nr. 51564/99, 20. September 2007; EGMR, *Sultani v. France*, Nr. 45223/05, 23. Februar 2012 (GK); EGMR, *Hirsi Jamaa et al v. Italy*, Nr. 27765/09, 23. Juli 2013.

55 Man kann davon ausgehen, dass das Verfassungsgericht das Urteil des EuGH in den Rechtssachen C-643/15 und C-647/15 abwarten und erst danach entscheiden wollte. Wann das Urteil gefällt wird, ist nicht abzusehen.

56 <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361AFA3CEA26B84C1257F10005DD958?OpenDocument>. Zur Entscheidung s.: Chronowski Nóra, Vincze Attila: Önazonosság és európai integráció – az Alkotmánybíróság az identitáskeresés útján, (Identität und Europäische Integration – das Verfassungsgericht auf dem Wege der Identitätssuche), *Jogtudományi Közlöny*, 2017/3, S. 117 ff.

57 Entscheidung 22/2016 (XII. 5.) AB, Rn. 69.

Unabhängig von der Frage, inwieweit die Verfassungsidentität und „die Identität Ungarns“ identisch sind, bleiben die Konturen der so gefundenen Verfassungsidentität Ungarns erst einmal eher vage. Die Entscheidungsgründe leiten sie aus der Gesamtheit des Grundgesetzes und der „historischen Verfassung“ ab.⁵⁸ Dies deutet darauf hin, dass sich die Verfassungsidentität Ungarns auch anhand von nicht normativen, außerverfassungsrechtlichen Quellen bestimmen lässt, da die historische Verfassung keine normative Kraft besitzt. Lediglich die Errungenschaften der historischen Verfassung sollen aufgrund von Art. R (3) des Grundgesetzes bei der Auslegung des Grundgesetzes herangezogen werden.⁵⁹ Um die Identität des Grundgesetzes zu konkretisieren, nennt die Entscheidung die folgenden Bereiche als Teile der Identität: „die Freiheitsrechte, die Gewaltenteilung, die republikanische Staatsform, den Schutz staatsrechtlicher Autonomien, die Religionsfreiheit, die gesetzmäßige Gewaltausübung, den Parlamentarismus, die Gleichheit vor dem Gesetz, die Anerkennung der richterlichen Gewalt und den Schutz der Minderheiten“.⁶⁰

Welche Rolle die so verstandenen Integrationsschranken des Grundgesetzes bei der Beurteilung der Asylgesetzgebung der EU und des Beschlusses 2015/1601/EU des Rates spielen werden, ist noch nicht abzusehen. Auf jeden Fall baut die Entscheidung 22/2016 (XII. 15.) ein gewisses Bedrohungspotenzial auf und könnte die Abschottung des einschlägigen Rechtsbereichs gegenüber dem Recht der Europäischen Union vorantreiben.

b) Referendum, Vorschlag zur Grundgesetzänderung, nationale Konsultation

Um die Ablehnung der EU-Vorschläge für solidarische Ausgleichsmaßnahmen (Neuansiedlung von außerhalb der Union oder Umsiedlung innerhalb der Union) zu untermauern, wurde im Frühjahr 2016 ein Referendum initiiert. Die Frage hierbei lautete: „Wollen Sie, dass die Europäische Union auch ohne Zustimmung des Parlaments die zwingende Ansiedlung von

58 Entscheidung 22/2016 (XII. 5.) AB, Rn. 64.

59 Für die Auslegung und Bedeutung von Art. R (3) GGÜng s.: *András Jakab, Pál Sonnevend: Kontinuität mit Mängeln: Das neue ungarische Grundgesetz*, ZaöRV 72, 2012, S. 79, 85.

60 Entscheidung 22/2016 (XII. 5.) AB, Rn. 65.

nicht ungarischen Staatsbürgern in Ungarn vorschreiben kann?“⁶¹ In den Worten von Nils Muiznieks, des Kommissars des Europarats für Menschenrechte, „dämonisierte“ die das Referendum begleitende Kampagne die Flüchtlinge, „portraitierte Migranten als Gefahr für die ungarische Gesellschaft“ und beförderte „betrügerische Nachrichten“⁶². Am 2. Oktober 2016 sind etwa fünf Millionen der 8,3 Millionen Wahlberechtigten entweder nicht zur Wahl gegangen, wählten ungültig oder stimmten mit „ja“. Deshalb war das Referendum ungültig und seine Ergebnisse hatten keine rechtlich bindende Wirkung.

Um trotz des erfolglosen Referendums die angestrebten politischen Zwecke zu erreichen, wurde eine Verfassungsänderung durch das Parlament in die Wege geleitet.⁶³ Diese sah unter anderem die Einführung folgender Regelungen vor:

„Ausländische Bevölkerung soll nicht auf dem Gebiet von Ungarn angesiedelt werden. Ausländische Staatsbürger – ausgenommen solche der Europäischen Wirtschaftszone – dürfen in Ungarn nur nach einem Antrag leben, der individuell von den ungarischen Behörden in einem durch Gesetz vorgeschriebenen Verfahren geprüft wird.“

Der erste Satz scheint wenig sinnvoll, weil weder der Begriff „ausländische Bevölkerung“ noch der Begriff „ansiedeln“ eine Bedeutung im internationalen oder nationalen Recht hat.⁶⁴ Der zweite Satz beschreibt die gegenwärtige Situation für jeden, der nicht das EU-Recht auf Freizügigkeit

61 MTI, kormány: President of Hungary sets 2 October as the date for the referendum, in: <http://www.kormany.hu/en/news/president-of-hungary-sets-2-october-as-the-date-for-the-referendum>, 5. Juli 2016: In der offiziellen englischen Übersetzung wurde – wahrscheinlich mit Absicht – der ungarische Begriff für „settlement“ mit dem EU-konformen Begriff „relocation“ ersetzt. Auf die Vereinbarkeit des Referendums mit der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit wird bei der Erörterung der Rechtsbrüche näher eingegangen.

62 Nils Muiznieks: Hungary’s Duties to refugees. Op Ed., The New York Times, 28 September 2016. https://www.nytimes.com/2016/09/29/opinion/hungarys-duty-to-refugees.html?_r=0 (20171121)

63 T/12458, Javaslat Magyarország Alaptörvényének hetedik módosításáról, <http://www.parlament.hu/irom40/12458/12458.pdf>.

64 Siehe ausführlich: *Boldizsár Nagy*: The aftermath of an invalid referendum on relocation of asylum seekers: a constitutional amendment in Hungary, <http://eumigrationlawblog.eu>, 10. November 2016. Das Oberste Gericht (Kúria) hat festgestellt, dass das Konzept „ansiedeln“ (betelepítés) weder Teil des Völkerrechts noch des ungarischen Rechts ist. Das ungarische Recht und das Völkerrecht geben keinen Aufschluss über den Inhalt des Begriffs „ansiedeln“. Es handelt sich um ein

genießt. Wegen politischen Widerstands der rechten Jobbik-Partei konnte der Vorschlag nicht die notwendige Zweidrittelmehrheit erreichen und scheiterte.

Im April 2017 wurde eine neue „Nationalkonsultation“ unter dem Titel „Lasst uns Brüssel stoppen“ gestartet, und erneut wurde ein „Fragebogen“ an jeden Volljährigen versendet.⁶⁵ Unter den Fragen fand sich eine die sich auf die jüngsten Terroranschläge in Europa bezog sowie auf „Brüssels Intention, Ungarn Migration aufzuzwingen“. Die Bevölkerung konnte zwischen zwei Antworten wählen:

„(a) Um der Sicherheit der Ungarn willen sollten diese Leute überwacht werden, während die Behörden über ihre Zukunft entscheiden. (b) Es sollte den Migranten gestattet werden, sich frei in Ungarn zu bewegen.“

Die „Lasst uns Brüssel stoppen“-Kampagne war zu viel für die Europäische Kommission, die letzten Endes eine Antwort auf die Kampagne verfasste und darin die falschen Behauptungen der ungarischen Regierung bestritt.⁶⁶

Die ungarische Regierung ließ sich nicht beeindruckt und startete eine erneute nationale Konsultation über einen vermeintlichen „Soros-Plan“. Den Fragen der Konsultation lag die Behauptung zu Grunde, George Soros, der bekannte liberale Philanthrop habe einen Plan, nach dem unter anderem jährlich mindestens eine Millionen Einwanderer nach Europa geholt und hierfür die Europäische Union instrumentalisiert werden sollte.⁶⁷ Im Sinne dieser Behauptung erging auch am 12. Dezember der Beschluss

neues gesellschaftliches Phänomen, dessen rechtliche Bestimmung vor allem von der Richtung einschlägiger unionsrechtlicher sowie nationaler Regulierung abhängt, Entscheidung Knk.IV.37.222/2016/9. https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A16K0621.KUR×hift=ffffff4&txtreferer=00000001.TXT.

65 Justin Spike: „Let’s Stop Brussels!”: Here is the new National Consultation, in: The Budapest Beacon, 3. April 2017, <http://budapestbeacon.com/featured-articles/lets-stop-brussels-new-national-consultation/45493> (zuletzt aufgerufen am 19. Juli 2017).

66 European Commission: Facts matter. European Commission responds to the Hungarian National Consultation, in: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/commission-answers-stop-brussels-consultation_en.pdf (zuletzt aufgerufen am 19. Juli 2017).

67 <http://abouthungary.hu/news-in-brief/national-consultation-on-the-soros-plan/> (zuletzt aufgerufen am 20. Dezember 2017).

29/2017. (XII. 13.) OGY des Ungarischen Parlaments.⁶⁸ Der Beschluss trägt den Titel: „Beschluss des Parlaments gegen den Beschluss des Europäischen Parlaments über die Ausführung des Soros-Plans“. Dem Wortlaut nach ist es „empörend“, dass „das Europäische Parlament am 16. November 2017 einen Beschluss über die Ausführung des Soros-Plans, d.h. über den Verordnungsentwurf zur Hereinnahme und Verteilung von Immigranten verabschiedet hat.“ Nach Beschluss 29/2017. (XII. 13.) OGY weist das Ungarische Parlament diesen Beschluss des Europäischen Parlaments zurück und erwartet, dass die Europäische Union „die Souveränität Ungarns und den im Referendum zum Ausdruck gebrachten Willen der ungarischen Menschen über die Ablehnung der verbindlichen Ansiedlungsquote achtet“.

3. Die Maßnahmen am Prüfstand europäischer Standards

Die Abschottung gegenüber Europa erfolgt nicht nur durch die rechtliche und politische Bekämpfung einer gemeinsamen europäischen Lösung, sondern besteht auch darin, dass wichtige Garantien des Europarechts nicht ausreichend berücksichtigt werden, wenn dies dem gesetzgeberischen Vorhaben dient.

Im Allgemeinen lässt sich feststellen, dass die Regierung und das Parlament pauschal das Bild des schutzbedürftigen Flüchtlings durch das Bild des illegalen Migranten, der auf unrechtmäßige Weise das Land erreicht und Absichten hat, gegen die „Ungarn verteidigt werden muss“, ersetzt haben. Abschreckende Maßnahmen richten sich nicht nur gegen illegale Migranten; die allgemeine Bevölkerung und insbesondere die Gruppen, die Asylbewerber unterstützen, sind ebenfalls Adressaten.

Die diesbezüglichen Sorgen des Menschenrechtskommissars des Europarates kamen wie folgt zum Ausdruck:

However, the Commissioner regrets that anti-migrant sentiment has since [April 2015] been further fuelled, including at the highest political level. The Commissioner is particularly shocked at repeated references by the Hungarian Prime Minister to the danger for Hungary’s culture posed by the arrival of Muslim migrants. The Commissioner was all the more

68 Parlamentsbeschluss 29/2017. (IX. 22.) OGY, Magyar Közlöny 2017 Nr. 210, <http://www.kozlonyok.hu/nkonline/MKPDF/hiteles/MK17210.pdf>.

dismayed to learn during his [2015] November visit that the Government was planning a new media campaign under the headline: „The quota increases the terror threat!“ (Referring to the EU plans to relocate asylum seekers in different countries according to quotas) and other statements reading: „An illegal immigrant arrives in Europe on average every 12 seconds“; other messages read: „We don't know who they are, or what their intentions are“; and „We don't know how many hidden terrorists are among them“. (Fußnoten weggelassen)⁶⁹

Der UN Sonderbeauftragte für Menschenrechtsverteidiger, Michel Forst bemerkte auch im Februar 2016: „im Kontext der Flüchtlingskrise und der exzessiv manipulierten Angst vor dem ‚Fremden‘ in der Gesellschaft sahen sich Verteidiger mit öffentlicher Kritik durch Regierungsbeamte, Stigmatisierung in den Medien, unangekündigten Durchsuchungen und der Reduzierung staatlicher Förderung konfrontiert.“⁷⁰

Über diese allgemeine Kritik hinaus soll hier auch auf einzelne Maßnahmen und deren Vereinbarkeit mit dem Völker- und Europarecht kurz eingegangen werden.

a) Der Zaun und die Transitzone

Das größte Hindernis auf dem Weg zu einem Asylverfahren stellt natürlich der Zaun selbst dar. Die ungarische Grenze hat Neuankömmlinge eine Zeit lang abgeschreckt. Wie abzusehen war, leitete der Zaun die Ankommen den nach Kroatien und Slowenien um.⁷¹ Dadurch wurde sowohl die Verantwortung als auch die Last der Versorgung der Asylsuchenden auf andere Länder verschoben. Im gleichen Zeitraum fiel die Zahl der Rückweisungen nach Ungarn aufgrund der Dublin-Verordnung stark, obwohl Un-

69 European Commission: Third Party Intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36 of the European Convention on Human Rights Applications No. 44825/15 and No. 44944/15 S.O. v. Austria and A.A. v. Austria, CommDH(2016)3, Strasbourg, 17. Dezember 2015, S. 7–31.

70 United Nations Special Rapporteur: UN expert urges Hungary not to stigmatise and intimidate human rights defenders, in: <https://www.protecting-defenders.org/en/news/un-expert-urges-hungary-not-stigmatise-and-intimidate-human-rights-defenders> (zuletzt aufgerufen am 5. August 2016).

71 Veronika Bajt, Neza Kogovšek Šalamon (Hrsg.): Razor-Wired: Reflections on Migration Movements through Slovenia in 2015, in: The Peace Institute, Ljubljana, 2016, S. 8–10.

garn im Falle eines Ausschlusses der Zuständigkeit Griechenlands für annähernd 200.000 Personen zuständig gewesen wäre. Aber die steigende Zahl der Asylbewerber in Ungarn in 2016 weist darauf hin, dass eine Zunahme von Hindernissen auf den anderen Routen die Überquerung des Zauns wieder zu einer echten Option machte.

Zurzeit (2017) ist der Zugang zu den Transitzonen beschränkt. Die Behörden entscheiden willkürlich wie vielen Antragstellern es erlaubt wird, das Containerlager zu betreten und in welcher Reihenfolge. Der UNHCR und andere Beobachter waren bereits vor den Änderungen 2017 dem Regime gegenüber sehr kritisch⁷² und wurden nach diesen noch deutlicher.⁷³

Das Verfahren über die Zulässigkeit eines Antrags in den Transitzonen, wie es vor März 2017 gehandhabt wurde und manchmal weniger als eine Stunde dauerte, könnte das Recht auf Anhörung verletzen (Art. 41 (2) Europäische Grundrechtecharta).⁷⁴

Den Personen in den Transitzonen wird zum Teil der Zugang zu Informationen über Rechtsberatung vorenthalten und ehrenamtliche Rechtsberater bekommen keinen Zugang zu potentiellen Mandanten. Dies stellt eine Verletzung von Art. 5 der Aufnahmerichtlinie und Art. 12 der Verfahrensrichtlinie dar. Da der Aufenthalt in der Transitzone nicht als Freiheitsentzug durch die Behörden angesehen wird, haben Asylsuchende nicht die Rechte, die die Aufnahmerichtlinie im Zusammenhang mit Freiheitsentzug vorsieht (RD 9-11).

72 *Helen Womack*: Fearing rejection in Hungary's cold comfort transit zones, in: UNHCR, <http://www.unhcr.org/news/latest/2016/6/5756b4374/fearing-rejection-hungarys-cold-comfort-transit-zones.html>, 7. Juni 2016: 'Currently, only 15-17 people are admitted daily at each zone, leaving hundreds to suffer day and night without any proper support at the EU border,' said Samar Mazloum, head of UNHCR's field office in Szeged.' Der UNHCR berichtete über die Bedenken hinsichtlich der strengen Herangehensweise Ungarns und der schlechten Situation für Asylsuchende außerhalb der Transitzonen.

73 András *Földes* : Valójában börtön a tranzit-zóna, ahol a terhes nőket is bilincsbe veik (The transit zone in fact is prison where even the pregnant women are handcuffed), in: Index, http://index.hu/belfold/2017/06/12/tranzit-zona_roszke_tompa_borton_menekultek_terhes_no_hatosagi_tulkapas_gyerekek/, 12. Juni 2017 (zuletzt aufgerufen am 21. Juli 2017).

74 *M.M. v. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*, C-277/11, 22. November 2012, http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0277:EN:HTML-t-ECR_62011CJ0277_EN_01-E0001.

Der UNHCR und das Europäische Parlament haben auch ihrer Sorge in Bezug auf die steigende Gewalt gegenüber Asylbewerbern Ausdruck verliehen.⁷⁵

Seit März 2017 wird jeder, der sich vermeintlich illegal in Ungarn aufhält und vorhat, einen Asylantrag zu stellen, auf die andere Seite des Zauns gebracht.⁷⁶ Wenn der Zugang zu den Transitzonen selbst schwer zu erlangen ist und eine lange, demütigende Wartezeit auf der serbischen Seite voraussetzt, bedeutet das gewaltsame, oft brutale Zurückbringen auf die andere Seite des Zauns ohne die Möglichkeit, Rechte geltend zu machen, eine ultimative Form von Versperrung.

b) Freiheitsentziehungen

Aus dogmatischer Sicht wurde diskutiert, ob die Freiheitsentziehung aus anderen Gründen als kriminellen eine Bestrafung darstellen kann.⁷⁷ Wir stimmen Manfred Nowak zu, der feststellt:

„every sanction that has not only a preventive but also a retributive and/or deterrent character is . . . to be termed a penalty, regardless of its severity or the formal qualification by law and by the organ imposing it”.⁷⁸

75 UNCHR Central Europe: UNHCR alarmed at refugee death on Hungary-Serbia border, in: , 6. Juni 2016: „Since May, UNHCR staff and partners have collected information on over 100 cases with disturbing allegations of excessive use of force as people try to cross the border.” Resolution, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17. Mai 2017 zur Lage in Ungarn, (2017/2656(RSP)). Bezüglich der Berichte von NGOs: <http://freshresponse.org/category/testimonials/>.

76 Beschrieben supra unter IV.5.

77 *Izabella Maicher*: „Crimmigration” in the European Union through the Lens of Immigration Detention, in: Global Detention Working Paper, Nr. 6, Geneva, September 2013.

78 *Manfred Nowak*: UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, Kehl, 1993, S. 278. Zitiert von *Guy S. Goodwin-Gill*: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection, in: E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (Hrsg): Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection, Cambridge University Press, S. 195. Für eine weitere Diskussion, die zu einem weitverstandenen Strafbegriff führt, siehe auch: *J. Hathaway*: The Rights of Refugees under International Law, Cambridge University Press, 2005, S. 405–412.

Eine Freiheitsentziehung derer, die keine Straftat begangen haben ist eine Strafe, selbst wenn sie vom EU-Recht unter sehr strengen Voraussetzungen zugelassen wird.

Gleichermaßen stellt die Verbannung aus dem gesamten Schengen-Raum eine Bestrafung im weiteren Sinne aller dar, die illegal nach Ungarn eingereist sind. Diese ist Teil der Ausweisungsanordnung für Asylbewerber, die in einen sicheren Drittstaat rückgewiesen werden können oder von einem formalen Strafverfahren wegen illegalem Zaunübertritt betroffen waren.

Eine rechtlich nicht zu rechtfertigende Strafe ist die dauerhafte Festnahme während des Verfahrens, die während der sog. „durch massenhafte Einwanderung verursachten Krisensituation“ angewandt wird. Wie oben bereits ausgeführt wird jeder festgenommen, obwohl das Gesetz den Begriff Freiheitsentziehung vermeidet und vorgibt, dass die Personen frei nach Serbien ausreisen können.

Das Gesetz schreibt folgendes Vorgehen vor:⁷⁹ Wenn eine „durch massenhafte Einwanderung verursachte Krisensituation“ eintritt, „führt ein Polizeibeamter die Personen, die sich illegal auf ungarischem Staatsgebiet aufhalten und ihre Absicht, einen Asylantrag zu stellen, erklären, durch das Tor des Grenzzauns zu Serbien. Der Ausländer kann den Antrag auf Asyl stellen (in der an den Zaun anschließenden Transitzone). ... Die Flüchtlingsbehörde erklärt das Gebiet der Transitzone zum Wohnsitz für den Asylsuchenden für die Zeit der Antragsbearbeitung: Dagegen kann kein Rechtsbehelf eingelegt werden ... Die Person, die als Flüchtling anerkannt werden will, kann die Transitzone durch das Ausgangstor verlassen.“⁸⁰

Die einzige Möglichkeit, die Dauer des Festhaltens zu verkürzen, ist die Rücknahme des Antrags. Der kombinierte Effekt des Festhaltens in der Transitzone, deren Ausgangstor nach Serbien führt und dem Fehlen eines Rechtsmittels gegen dieses Festhalten wurde in der Entscheidung *Ilias and Ahmed v Hungary* bewertet.⁸¹ In seinem Meilenstein-Urteil vom 17. März 2017 lehnt der EGMR die Argumentation der ungarischen Regierung ab,

79 Gesetz Nr. LXXX. Von 2007, http://njt.hu/cgi_bin/njt_doc.cgi?docid=110729.336303 (zuletzt aufgerufen: 6. Dezember 2017).

80 Artikel 80/J des Asylgesetzes (Act LXXX/2007 wie geändert).

81 EGMR, *Ilias und Ahmed v Hungary*, (Nr. 47287/15), Urteil der Kammer vom 14. März 2017. Der Antrag zur Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer war zum Zeitpunkt des Abschlusses des Manuskripts noch anhängig.

nach der das Festhalten von Personen in den Transitzonen kein Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der EMRK darstelle, da die Asylbewerber die Zone jederzeit nach Serbien verlassen könnten. Das Gericht betont, dass die Verknüpfung der Ausreise mit der Rücknahme des Asylantrags dazu führe, dass das Festhalten gegen den Willen der Asylbewerber geschehe, weil nicht erwartet werden könne, dass sie ihr fundamentales Recht auf Asyl aufgeben. Wenn das Festhalten von Personen aber als Freiheitsentziehung zu qualifizieren sei, dürfe es nicht willkürlich geschehen. Die ungarische Praxis wurde als willkürlich eingeordnet, weil es keine formelle Entscheidung gebe und die Justizbehörden keine konkrete Begründung für die Freiheitsentziehung in der Transitzone gäben. Dies stellt eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK dar.⁸² Da gegen die Freiheitsentziehung auch nicht rechtlich vorgegangen werden konnte, stellt der Gerichtshof auch eine Verletzung von Art. 5 Abs. 4 EMRK fest.⁸³ Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Beitrags liegt der Fall der Großen Kammer des EGMR zu Entscheidung vor.⁸⁴

Ungarn besteht darauf, auch *bona-fide*-Asylbewerber unabhängig vom Verkünden einer Krisensituation durch die Regierung festzuhalten.⁸⁵ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in unterschiedlichen Entscheidungen diese Praxis verurteilt.⁸⁶ Die geltenden Regelungen ermächtigen die Behörden, Asylbewerber aufgrund einer Reihe von relativ

82 EGMR, Ilias and Ahmed v Hungary (Nr. 47287/15), Urteil der Kammer vom 14. März 2017. Rn. 65–69.

83 EGMR, Ilias and Ahmed v Hungary (Nr. 47287/15), Urteil der Kammer vom 14. März 2017. Rn. 73–77.

84 [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{„itemid“:\[„003-5836633-7435196“\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{„itemid“:[„003-5836633-7435196“]}).

85 UNHCR, Hungary as a country of asylum, 24. April 2012, <http://www.refworld.org/docid/4f9167db2.html>: „Since April 2010, asylum detention has become the rule rather than the exception“. Das UNHCR stellte fest, dass die Praxis zwischen 2008 und 2010 illegal war, und kritisierte das Regime nach 2010 „for lack of effective remedies, unpredictability and the lack of legitimate aim in many cases“. European Commission, Third Party Intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36 of the European Convention on Human Rights Applications No. 44825/15 and No. 44944/15 S.O. v. Austria and A.A. v. Austria CommDH(2016)3, Strasbourg, 17. December 2015. p. 5–7: Bei seinem Tätigwerden als Dritter in einem österreichischen Fall über die Rückführung eines Asylsuchenden nach Ungarn hat der Kommissar für Menschenrechte des Europarates das System der Festnahmen, dem wirksame Rechtsmittel und Alternativen fehlen, als willkürlich bezeichnet.

86 ECHR, Lokpo et Touré v. Hungary, Application no. 10816/10, Council of Europe: European Court of Human Rights, 20. September 2011, <http://www.unhcr.org/>

flexibel auslegbaren Gründen für bis zu sechs Monate festzuhalten.⁸⁷ Alternativen zum Festhalten werden kaum genutzt.

c) Serbien als sicherer Drittstaat

Die Erklärung Serbiens zum sicheren Drittstaat verhindert den Abschluss eines vollständigen Asylverfahrens.⁸⁸ Dies, zusammen mit dem Gedanken, dass Griechenland, Kroatien und Slowenien nach der Dublin-Regelung die für die Aufnahme zuständigen Staaten sein könnten, erweckt den Eindruck, dass Ungarn die Erwägung von Schutzgesuchen grundsätzlich verhindern möchte. Die Sicherheit für Asylsuchende in Serbien kann im Spiegel politischer Moralität oder als rechtliche Angelegenheit angesehen werden. Zu Ersterem: Mehr als 800.000 Personen sind 2015 durch Serbien durchgereist. Politisch gesehen konnte nicht erwartet werden, dass Serbien diese Anzahl der Asylsuchenden alleine stemmt oder an Mazedonien weiterreicht.

Genauso wenig ist nachvollziehbar, dass sich Ungarn auf die gesetzmäßige Ermächtigung nach Art. 38 der Asylverfahrensrichtlinie⁸⁹ beruft. Berichterstatter sind sich einig, dass Serbien die Kriterien der Richtlinie nicht erfüllt.⁹⁰ Trotzdem erklären ungarische Behörden Anträge für unzulässig,

refworld/docid/4e8ac6652.html. Al-Tayyar Abdelhakim v. Hungary (Application no. 3058/11), Council of Europe: European Court of Human Rights, 23. October 2012. Nabil and others v. Hungary, Application no. 62116/12 Council of Europe: European Court of Human Rights, 22. September 2015, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157392>.

87 Asylgesetz, Version Juli 2017, Art. 31/A Verwahrung von Migranten.

88 Supra IV.1.

89 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (OJ L 180, 29.6.2013, p. 60–95).

90 UNHCR: Hungary as a Country of Asylum, Mai 2016, berichtet folgendes: „In any event, UNHCR maintains the position taken in its observations on the Serbian asylum system in August 2012 that asylum-seekers should not be returned to Serbia. While the number of asylum-seekers passing through that country has since greatly increased, leaving its asylum system with even less capacity to respond in accordance with international standards than before, many of UNHCR’s findings and conclusions of August 2012 remain valid. For example, between 1 January and 31 August 2015, the Misdemeanour Court in Kanjiža penalized 3,150 third country nationals readmitted to Serbia from Hungary for illegal stay or illegal border crossing, and sentenced most of them to a monetary fine. Such individuals are

wenn sie von Personen gestellt werden, die die Grenze von Serbien aus überquert haben.⁹¹ Die Abschiebung ist nicht vereinbar mit dem Serbien-EU-Rückführungsabkommen,⁹² weil anstelle der vorgesehenen Formalitäten die Personen illegal nach Serbien einreisen müssen, wofür sie dort bestraft werden können.

Die informelle Rückführung aus der Transitzone nach Serbien, ebenso wie die erzwungene Rückkehr aus jedem Teil Ungarns nach Serbien (auch für Personen, die irregulär über ein anderes Land wie beispielsweise Rumänien nach Ungarn gekommen sind) könnte im Widerspruch zur Rückführungsrichtlinie⁹³ stehen, da ihr Grundprinzip die freiwillige Rückkehr von „sich illegal Aufhaltenden“ vor der aufgezwungenen Abschiebung ist.

Der Zwang, auf der serbischen Seite der Transitzone (aber auf ungarischem Staatsgebiet) zu warten, könnte Art. 4 (Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung) und Art. 18 (Recht auf Asyl) der Europäischen Grundrechtecharta in Verbindung mit der Richtlinie über die Aufnahmebedingungen⁹⁴ und der über die Verfahrensbedingungen (bzw. Zu- und Aberkennung) verletzen.⁹⁵

Bei Anordnung einer Rückkehr nach Serbien muss Ungarn das Prinzip der Nicht-Abschiebung (non-refoulement) respektieren, das nicht nur den

denied the right to (re)apply for asylum in Serbia.” [Fußnoten weggelassen], S. 25 § 71.

91 Ibid, S. 17, § 42: „Within the period 1 August 2015 to 31 March 2016, OIN found 1,184 applications to be inadmissible (although whether this was always on safe third country grounds, is unclear). In the same period, 387 applicants submitted a request for judicial review of the OIN’s inadmissibility decision – including 114 submitted in the transit zones. In 246 cases, the Courts annulled OIN’s decision and referred them back to the OIN.” Die Praxis wurde in der zweiten Hälfte 2017 faktisch beendet.

92 Vertrag zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Republik Serbien über die Rücknahme von Personen ohne Ermächtigung, OJ L 334/46, 19. Dezember 2007.

93 Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehörigen, OJ L 348, 24. Dezember 2008, S. 98–107.

94 Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, Neufassung, OJ L 180, 29.6.2013, S 96–116.

95 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, OJ L 180, 29. Juni 2013, S. 60–95.

Schutz von Art. 33 Genfer Konvention beinhaltet, sondern auch den breiteren Schutz des menschenrechtlichen Verbots, jemanden unmenschlichen, demütigenden Behandlungen, Bestrafungen oder Folter auszusetzen.⁹⁶

Was das Abschiebeverbot betrifft, so bietet eine kürzlich ergangene Entscheidung des Hohen Gerichts von England und Wales (Verwaltungsgericht) eine Orientierung. Im Fall *Ibrahimi and Abasi v SSHD*, entschieden am 5. August 2016, befasste sich der Richter Justice Green mit zwei iranischen Staatsbürgern, die sich gegen ihre Rückführung nach Ungarn nach der Dublin-Verordnung wehrten, nachdem Ungarn seine Zuständigkeit akzeptiert hatte. Der Richter stellte fest, dass die zu entscheidende Frage war, „ob eine Rückführung von Großbritannien nach Ungarn das Risiko eines indirekten Refoulement in den Iran erhöhen würde“.⁹⁷ Das Urteil untersucht die Sicherheit und die Bedingungen auf der Westbalkanroute (Ungarn, Serbien, Mazedonien, Griechenland und Türkei) und stellt dann in Bezug auf Ungarn fest, dass „es systemische Fehler substantzieller

96 Es gibt sehr viel Literatur zu dem Thema, u.a.: Über Artikel 31: *G.S. Goodwin-Gill: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection*, in: E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, F., Hrsg.: *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection.*, Cambridge University Press, 2003, S. 185-252; *G. Noll: Article 31*, in: A. Zimmermann, F. Machts & J. Dörschner (Hrsg.): *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford OUP, 2011, S. 1243–1276. Über das Abschiebeverbot: *Elihu Lauterpacht, Daniel Bethlehem: The scope and content of the principle of non-refoulement*, in: E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, F., Hrsg., *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, S. 89–177; *G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam: The Refugee in International Law*, 3. Ausgabe, Oxford, in: Oxford University Press, 2007, S. 201–267; *James Hathaway: Leveraging asylum*, in: *Texas International Law Journal*, Vol. 45, 2009-2010, S. 503–536; *H. Battjes: In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR*, in: *Reassessed Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009, S. 583–621; *C. Costello: The Search of the Outer Edges of Non-refoulement in Europe: Exceptionality and Flagrant Breaches*, in: B. Burson & D. J. Cantor Hrsg.: *Human Rights and the Refugee Definition Comparative Legal Practice and Theory*, Leiden, Brill – Nijhoff S. 180–209.

97 Para 148.

Art gibt, die ein Risiko eines tatsächlichen Refoulement herbeiführen. Diese Sicht wird von anderen Gerichten in der EU geteilt⁹⁸.

Im bereits erwähnten Urteil im Fall *Ilias and Ahmed v Hungary* kommt der EGMR zu dem Ergebnis, dass das Verfahren, das der Rückführung nach Serbien vorangestellt ist, den Asylbewerbern keine entsprechenden Rechte gewährt. In der Folge seien die Antragsteller mit der Entscheidung zur Rückführung nach Serbien einem „tatsächlichen Risiko der unmenschlichen oder herabwürdigenden Behandlung oder Bestrafung unter Verletzung von Art. 3 der Konvention“ ausgesetzt.⁹⁹ Der EGMR geht nicht so weit, festzustellen, dass die Antragsteller im Falle ihrer Rückführung nach Serbien tatsächlich dem Risiko von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ausgesetzt gewesen wären. Vielmehr rügt das Gericht im Einklang mit seiner früheren Rechtsprechung,¹⁰⁰ dass den Antragstellern keine wirksamen Verfahrensgarantien zur Verfügung standen, die ihre Rückführung in ein Land hätten verhindern können, indem Sie der Gefahr einer Behandlung unter Verletzung von Art. 3 EMRK ausgesetzt wären. Der schematische Verweis auf die Regierungsverordnung 191/2015. (VII. 21.) durch das zuständige Gericht konnte demnach eine inhaltliche Prüfung der Lage in Serbien nicht ersetzen.¹⁰¹

d) Krisensituation

Der Ausnahmezustand, der Asylsuchende und ihre Sympathisanten abschreckt, wurde mit der „durch massenhafte Einwanderung verursachte Krisensituation“¹⁰² begründet und ermächtigt die Polizei dazu, verdächtige Privathaushalte ohne Durchsuchungsbefehl aufgrund einer „Instruktion“ zur Durchführung von Epidemiemaßnahmen zu betreten, Grundstücke und Immobilienegegenstände im Eigentum oder Besitz des Staates oder einer

98 Para 161. Die Zusammenfassung der Beweismittel im Urteil enthält eine lange Liste von Urteilen und Entscheidungen in Bezug auf Personen, die nach Ungarn zurückverwiesen wurden.

99 Para 125 des Urteils.

100 EGMR, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Nr. 30696/09, Urteil vom 21. Januar 2011, Rn. 286.

101 EGMR, *Ilias and Ahmed v Hungary*, Nr. 47287/15, Urteil der Kammer vom 14. März 2017; Rn. 124–125.

102 *Supra* III.3.

kommunalen Behörde zu beschlagnahmen, und zwar ohne Einhaltung der rechtlich vorgeschriebenen Bedingungen.

Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 46 Richtlinie 2013/32/EU, Allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, Art. 47 Grundrechtecharta) ist – auch im „Normalverfahren“ – eingeschränkt, zum einen durch die extrem kurzen Fristen (drei Kalendertage für Beschwerden in der Transitzone), zum anderen durch die Tatsache, dass die Gerichte nicht zur Revision der gesamten Entscheidung ermächtigt sind. Sie können das Verfahren nur für nichtig erklären und es dann an die Verwaltungsbehörde für ein erneutes Verfahren zurückverweisen. Während der Beschwerde werden keine neuen Fakten untersucht, was eine ungerechtfertigte Einschränkung des Prinzips des wirksamen Rechtsbehelfs darstellt. Eine mündliche Anhörung im Beschwerdeverfahren ist nicht verpflichtend und die Entscheidung durfte bis zum 1. Januar auch von Nicht-Richtern gefällt werden.

e) Bestrafung

Die Bedrohung der Asylsuchenden mit Gefängnis für die Überquerung des Zauns¹⁰³ stellt ebenfalls eine große Abschreckung dar. Die Übersetzung des etwas verworren formulierten Straftatbestands „Überquerung der Grenzbarriere“¹⁰⁴ lautet wie folgt:

„Wer das durch ein den Schutz der Ordnung der Staatsgrenze sicheres Objekt geschütztes Territorium Ungarns über das Objekt unberechtigt betritt, ist wegen eines Verbrechens mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.“¹⁰⁵

Die Beschleunigung des strafrechtlichen Verfahrens bei Straftaten, die mit der Überquerung des Zauns zusammenhängen, und das Fehlen der Übersetzung von Dokumenten im Verfahren stehen im Widerspruch zur

103 Supra, IV.3.

104 Eine nichtoffizielle Übersetzung der in Kraft getretenen Gesetze von Wolters Kluwer verwendet diesen Ausdruck.

105 Übersetzung der Autoren.

Richtlinie über Dolmetscherleistungen und Übersetzungen in strafrechtlichen Verfahren.¹⁰⁶

In der Praxis werden die Personen nicht zu Gefängnisaufenthalten verurteilt, sondern zur Ausweisung und Verbannung aus dem Schengen-Raum.¹⁰⁷ Nachdem Serbien nur widerwillig Angehörige von Drittstaaten zurückgenommen hat,¹⁰⁸ bleiben viele festgehalten bevor sie einfach freigelassen werden. Im Kontext des Völkerrechts ist der wichtigste Punkt die Vereinbarkeit mit Art. 31 der Genfer Flüchtlingskonvention, nach dem der Flüchtlingsstatus auch Strafflosigkeit bei irregulärem Grenzübertritt garantiert.

Es gibt gute Gründe anzunehmen, dass die Bestrafung von Asylbewerbern für das irreguläre Überqueren der Grenze (ob mit oder ohne Zaun) Art. 31 der Genfer Konvention verletzt, vorausgesetzt, dass die im Artikel genannten Bedingungen der direkten Ankunft und des Behördenkontakts ohne Verzögerung gegeben sind. Personen, die am Zaun oder während sie sich fortbewegen aufgegriffen werden, stellen sich ohne Verzögerung den Behörden vor und können normalerweise als direkt aus dem Land der Verfolgung kommend angesehen werden, auch wenn sie andere Länder durchquert haben.¹⁰⁹ Der Länderreport des UNHCR zu Ungarn weist darauf hin, dass Anwälte sich in Strafverfahren wegen irregulären Grenz-

106 Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Europarats vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, OJ L 280, 26. Oktober 2010, S. 1–7.

107 UNHCR: Hungary as a Country of Asylum, Mai 2016, S. 22, § 57: „According to the Szeged court, 2,353 individuals were convicted of unauthorized crossing of the border fence between 15 September 2015 and 31 March 2016. Of these, 1,331 were sentenced to expulsion for one year, 943 to expulsion for two years, 33 to expulsion for three years, one to expulsion for four years and one to expulsion for five years. In addition, two were sentenced to actual imprisonment, 36 to suspended imprisonment, four were issued a warning and two were put on probation.”

108 Id., S. 25, § 68: UNHCR merkt an, dass zwischen dem 15. September 2015, der Fertigstellung des Zaunes, und dem 31. März 2016 nur 298 Einzelpersonen von Serbien zurückgenommen wurden, von denen 78 serbische Staatsbürger waren.

109 S. u. a. *G.S. Goodwin-Gill*: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection, in: E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, F., Hrsg.: *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, S. 185–252; *G. Noll*: Article 31, in: A. Zimmermann: *The 1951 Refugee Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press 2011, S. 1268–1269.

übertritts vergeblich auf die Einhaltung von Art. 31 berufen haben. Der UNHCR beendete seine Ausführungen damit, dass „Ungarns Recht und Praxis hinsichtlich der strafrechtlichen Verfolgung von Asylsuchenden für das unerlaubte Überwinden des Grenzzaunes wahrscheinlich als mit völkerrechtlichen und europarechtlichen Verpflichtungen nicht vereinbar anzusehen ist.“¹¹⁰

Der letzte Tatbestand, die genannt werden soll, ist derjenige des Menschenschmuggels. Obwohl die Regierung selbst hunderttausende von Personen an die österreichische Grenze transportiert hat,¹¹¹ wurde bei Privatpersonen, die das gleiche anboten, in manchen Fällen Anklage wegen Menschenschmuggels erhoben,¹¹² wie beispielsweise 2015 bei freiwilligen Helfern aus Österreich.¹¹³

f) Aufnahmebedingungen

Nach der Fertigstellung des Zauns wurde das größte Aufnahmezentrum in Debrecen geschlossen.¹¹⁴ Andere bis dahin durchgängig geöffnete Aufnahmezentren wurden schrittweise stillgelegt, sodass im Sommer 2017 praktisch keine Aufnahmeeinrichtungen mehr offen waren, um neuankom-

110 UNHCR: Hungary as a Country of Asylum, Mai 2016, S. 23, § 62.

111 Die Website der Regierung berichtete über eine Aussage des Direktors des Amtes für Einwanderung und Asyl, nach der mehr als 414.000 illegale Grenzübertritte registriert wurden. Die Zahl der Asylanträge liegt bei 177.135, die Differenz berücksichtigt die Personen, die Ungarn betreten, aber keinen Asylantrag stellten. Die meisten von ihnen wurden aktiv von der Regierung zur österreichischen Grenze gebracht. Die Quelle der 414 000 Grenzübertritte ist: <http://www.kormany.hu/hu/belugyminiszterium/parlamenti-allamtitkarsag/hirek/rendkivuli-migracios-nyomas-erte-magyarorszagot-tavaly>, 8. August 2016.

112 Embercsempészeket fogtak el Hegyeshalom közelében, <http://www.origo.hu/itthon/20150831-embercsempesz-menekult-hegyeshalom.html>: „Két magyar embercsempészt és hat illegális bevándorlót fogtak el Hegyeshalom közelében a mosonmagyaróvári rendőrök” (Zwei ungarische Schmuggler und sechs illegale Immigranten wurden im Gefängnis von Hegyeshalom von der Polizei von Mosonmagyaróvár inhaftiert).

113 Die Autoren erhielten die Information darüber direkt. Siehe auch: <http://www.spiegel.de/politik/ausland/fluechtlinge-im-autokonvoi-von-ungarn-nach-oesterreich-a-1051662.html> (zuletzt aufgerufen am 7. August 2016).

114 Resolution der Regierung 1724/2015. (X. 7.), die die Schließung des Aufnahmezentrums am 31. Oktober 2015 und der Haftanstalt für Asylbewerber am 15. Dezember 2015 anordnete.

mende Asylsuchende aufzunehmen.¹¹⁵ Sollte der ausgerufene Ausnahmezustand einmal zurückgenommen werden, so würden fast keine Aufnahmezentren zur Durchführung des ordentlichen Aufnahmeverfahrens zur Verfügung stehen.¹¹⁶ In den Transitzone in Röszke und Tompa erhalten die Asylbewerber das Minimum von materiellen Aufnahmebedingungen.

Nicht nur die Aufnahmebedingungen wurden auf das absolute Minimum reduziert. Auch die Identifizierung von Antragsteller, die besondere Verfahrensgarantien benötigen, ist weder formell festgeschrieben noch garantiert, was einen Widerspruch zu Art. 21 und 22 der Aufnahmeleitlinie und Art. 24 der Verfahrensrichtlinie darstellen könnte.

Die Vermutung ist schwer zu widerlegen, dass es die strategische Absicht Ungarns war, die Rücknahme nach der Dublin III-Verordnung soweit zu verlangsamen und parallel dazu die Aufnahmebedingungen und das Rechtssystem soweit zu ändern, dass die Gerichte anderer EU-Staaten eine Dublin-Rückführung nach Ungarn verbieten.¹¹⁷ Nachdem einige nationale Gerichte bereits Dublin-Rückführungen nach Ungarn verboten hatten,¹¹⁸ verlangte im April 2017 der UNHCR einen kompletten Stopp von Rückführungen nach Ungarn.¹¹⁹

Das „Durchwinken“ von Hunderttausenden von Migranten, die weder einen Antrag auf internationalen Schutz stellen noch die Bedingung einer

115 Von 410 Asylsuchenden, die am 8. Mai 2017 in Ungarn waren, waren elf in offenen Aufnahmezentren untergebracht. Hungarian Helsinki Committee: Hungary: Key Asylum Figures as of 1 June 2017, in:

<http://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/HHC-Hungary-asylum-figures-1-June-2017.pdf> (zuletzt aufgerufen am 21. Juli 2017).

116 Eine mässige Kapazität ist im Városszabadi und Kiskunhalas vorhanden

117 ECRE: Case Law Fact Sheet: Prevention of Dublin Transfers to Hungary January 2016, in: http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Fact%20sheet%20-%20Case%20law%20on%20Hungary_FIN.pdf, 20160808.

118 AIDA: Hungary: Calls for suspension of Dublin transfers and policy shift by Germany, in: <http://www.asylumineurope.org/news/10-05-2017/hungary-calls-suspension-dublin-transfers-and-policy-shift-germany> (zuletzt aufgerufen am 22. Juli 2017).

119 *Cécile Pouilly*: UNHCR urges suspension of transfers of asylum-seekers to Hungary under EU Dublin regulation, in: UNHCR Press release, Geneva, 10. April 2017, <http://www.unhcr.org/news/press/2017/4/58eb7e454/unhcr-urges-suspension-transfers-asylum-seekers-hungary-under-dublin.html> (zuletzt aufgerufen am 22. Juli 2017).

Einreise nach dem Schengen Border Code¹²⁰ erfüllen konnten,¹²¹ stellt einen Widerspruch zum Schengen Border Code und der Rückführungsrichtlinie¹²² dar, die klar definieren, wie im Fall von irregulären Migranten, die keinen internationalen Schutz beantragen, vorgegangen werden muss.¹²³

g) Gesamtbewertung – die Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn

Die Europäische Kommission hat im Dezember 2015 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn eingeleitet,¹²⁴ dem folgte am 17. Mai 2017 ein Ergänzungsschreiben, das auf die Änderungen von 2017 reagiert.¹²⁵ Am 7. Dezember übermittelte die Europäische Kommission Ungarn eine mit Gründen versehene Stellungnahme.¹²⁶

120 Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) OJ L 77, 23. März 2016, S. 1–52.

121 Gegenwärtig: Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) OJ L 77, 23. März 2016, S. 1–52. Die längste Zeit über: Verordnung (EG) No. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) OJ L 105, 13. April 2006, S. 1–32.

122 Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehörigen, OJ L 348, 24. Dezember 2008, S. 98–107.

123 Hierzu s. Urteil vom 26. Juli 2017, C- 490/16, A.S. v Republik Slovenija; Urteil vom 26. Juli 2017, C-646/16, Jafari.

124 Europäische Kommission – Pressemitteilung, Kommission leitet gegen Ungarn Vertragsverletzungsverfahren wegen asylrechtlicher Verstöße ein, Brüssel, 10. Dezember 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6228_de.htm, letzter Zugriff am 20. Dezember 2017.

125 Europäische Kommission – Pressemitteilung, Kommission unternimmt weitere Schritte im asylrechtsbezogenen Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn, Brüssel, 17. Mai 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1285_de.htm, letzter Zugriff am 20. Dezember 2017.

126 Europäische Kommission – Pressemitteilung, Migration: Kommission unternimmt weitere Schritte im Vertragsverletzungsverfahren zum ungarischen Asylrecht, Brüssel, 7. Dezember 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5023_de.htm, letzter Zugriff am 20. Dezember 2017.

Die Kommission kritisiert drei zentrale Punkte: 1) verfahrensrechtliche Verletzungen, 2) Verletzungen der Regelungen über die Rückführung in einen sicheren Drittstaat, 3) Verletzungen der Europäischen Grundrechtecharta und der Aufnahmerichtlinie durch den Freiheitsentzug von Antragstellern unter harten Bedingungen.¹²⁷

Über dieses Verfahren hinaus wurden eigenständige Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen, die Tschechische Republik, und Ungarn eingeleitet wegen ihrer fehlenden Bereitschaft, sich an dem Umsiedlungssystem zu beteiligen, und dem daraus resultierenden Verstoß gegen die 2015 vom Rat getroffenen Entscheidung zur Umsiedlung.¹²⁸ Die Antwort der Ungarischen Regierung darauf war eine demütigende Zurückweisung die die Kommission dämonisierte.¹²⁹

Es ist nicht notwendig, in die potenziellen Verstöße gegen das Völker- und Unionsrecht tiefer einzusteigen. Wir möchten aber aufzeigen, dass es unvermeidbar zu Konflikten kommt, wenn versicherheitlichende nationale Aktionen mit einem Ausnahmezustand begründet werden – innerhalb eines Systems wie des EU-Rechts, das während eines „plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen“ nach Art. 78 Abs. 3 AEUV selbst auf diese Logik nicht zurückgreift. Die EU hielt es für möglich, innerhalb des bereits vorhandenen Rechtsrahmens oder zumindest mit regulären Änderungen des Rechts auf die Ereignisse zu reagieren. Im Gegensatz dazu ruft die ungarische Regierung den Ausnahmezustand ins Leben, um die Pflichten aus dem Asyl- und dem Schengen-Acquis zu umgehen.

Es ist am Europäischen Gerichtshof und anderen Gerichten zu entscheiden, ob das Außerkraftsetzen des Unionsrechts und die Nichtanwendung

127 Ibid.

128 European Commission: Relocation: Commission launches infringement procedures against the Czech Republic, Hungary and Poland, press release, 14. Juni 2017, IP/17/1607, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1607_en.htm (zuletzt aufgerufen am 23. Juli 2017).

129 Ministry of Justice: The European Commission is holding a show trial, 13. Juli 2017, in: <http://www.kormany.hu/en/ministry-of-justice/news/the-european-commission-is-holding-a-show-trial>, letzter Zugriff am 23. Juli 2017: Die offizielle Homepage der Regierung berichtete am 13. Juli 2017: Nach der Meinung des Stellvertretenden Justizministers Pál Völner führt die Europäische Kommission einen Showprozess bezüglich der Quote, weil sie kein Vertragsverletzungsverfahren gegen alle anderen Staaten, die sich nicht ihr entsprechend verhalten, eingeleitet hat. „Die Position der Kommission ist auf einer Linie mit George Soros Absichten, der möchte, dass Brüssel seinen eigenen Migrationsplan übernimmt“ betonte er.

verbindlicher Normen mit den Argumenten Ungarns entschuldigt werden kann. Die Verfasser dieses Beitrags finden die Aussage des High Courts (England, Wales) im bereits erwähnten Fall *Ibrahimi & Abasi v. SSHD*¹³⁰ eher zutreffend:

„[The Hungarian asylum regime] is deliberately designed to deter immigrants and to weaken judicial supervision with a view to removing those who are temporarily present in Hungary to third countries. In these circumstances [...] the presumption that Hungary *qua* EU Member State adheres to the *acquis Communautaire* and can be relied upon to respect relevant international law and ECHR rights of the Claimants cannot carry much weight. The objective facts suggest otherwise“.¹³¹

VI. Zusammenfassung

Art. 4 Abs. 3 EU-Vertrag kodifiziert den Grundsatz der loyalen Kooperation. Man muss nicht nach detaillierten Kommentaren zum Thema suchen,¹³² um festzustellen, dass die Asylpolitik und die Gesetzeslage, die sich in Ungarn zwischen 2015 und 2017 entwickelt haben, den Kriterien einer loyalen Zusammenarbeit widersprechen. Sie helfen der Union ganz offensichtlich nicht dabei, ihrer Aufgabe nachzukommen, eine solidarische Antwort auf die Herausforderungen zu finden, die in der Ankunft von mehr als 2,5 Millionen Asylsuchenden und anderen Migranten im Zeitraum von 2015 bis Mitte 2017 liegt. Die lange Liste möglicher Verstöße gegen Unionsrecht weist auf die fehlende Bereitschaft hin, angemessene Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflichtungen aus den EU-Verträgen, anderen Beschlüssen (wie der Umsiedlungsentscheidung) und der Rechtsprechung zu treffen.¹³³ Besondere Rechte von Asylbewerbern und Flüchtlingen aus sekundärem Recht sind bedroht. Anderen, die nach dem Völkerrecht nicht schutzbedürftig sind, werden einige ihrer Menschenrechte vorenthalten, ebenso wie das Recht der freiwilligen Ausreise. Auch die oben

130 United Kingdom: High Court (England and Wales), Mr Husain Ibrahimi and Mr Mohamed Abasi v. The Secretary of State for the Home Department, [2016] EWHC 2049, 5. August 2016.

131 § 159 des Urteils.

132 Siehe u.a. *M. Klamert: The principle of loyalty in EU law*, Oxford, OUP, 2014.

133 Der Europäische Gerichtshof wird entscheiden, ob es sich dabei tatsächlich um eine Handlung der Legislative handelt oder nicht.

dargelegte Rhetorik der Regierung gefährdet ohne Zweifel die Ziele der Union. Die durch den Zaunbau verursachte Verschiebung der Verantwortung und der Last und die Weigerung, sich an Umverteilungs- und Neuan-siedlungsprogrammen zu beteiligen, bezeugen den fehlenden Willen, mit den anderen Mitgliedstaaten zu kooperieren.

Dieser Beitrag hat außerdem aufgezeigt, dass die ungarischen Rechts-normen und die damit verbundene Kommunikation das Bild der nach Völ-kerrecht schutzbedürftigen Person pauschal ersetzt haben durch das Bild des illegalen Migranten, der auf unrechtmäßige Weise nach Europa kommt und Absichten hegt, gegen die „Europa und Ungarn verteidigt werden müssen“.

Die Ziele der ungarischen Regierung und der EU unterscheiden sich stark voneinander. Die ungarischen Regelungen zielen rhetorisch auf die „Verteidigung Europas“. Es geht aber vielmehr um die Verfolgung eigener Vorhaben jenseits einer gemeinsamen europäischen Lösung. Diese Bestre-bung isoliert nicht nur Ungarn, sondern untergräbt auch die europäische Integration an einer wichtigen Schnittstelle.