

RECHTSGUTACHTEN

Menschen- und flüchtlingsrechtliche Anforderungen an Maßnahmen der Grenzkontrolle auf See

Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M.
und Tillmann Lühr

ECCHR! EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL
AND HUMAN RIGHTS

September 2007

Im Auftrag von



FORUM
MENSCHENRECHTE

© **European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)**

Haus der Demokratie und Menschenrechte
Greifswalder Straße 4
10405 Berlin
Konto Nr. 8853607011
Berliner Volksbank, BLZ: 100 90 000

Stiftung PRO ASYL

Postfach 160624
60069 Frankfurt/M.

amnesty international

53108 Bonn

Forum Menschenrechte

Haus der Demokratie und Menschenrechte
Greifswalder Straße 4
10405 Berlin

Autoren:

Dr. iur. **Andreas Fischer-Lescano**, LL.M., ist Akademischer Rat a.Z. am Institut für Öffentliches Recht der Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt. Im WS 07/08 vertritt er die Professur für Öffentliches Recht an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld; fischer-lescano@jur.uni-frankfurt.de

Tillmann Löhr ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Wilhelm Merton-Zentrum für Europäische Integration und Internationale Wirtschaftsordnung der Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht; t.loehr@jur.uni-frankfurt.de

Inhaltsverzeichnis

1.	Abkürzungsverzeichnis.....	V
2.	Literaturverzeichnis	VIII
3.	Fragestellung	1
3.1.	Völkerrechtliche Verpflichtungen	4
3.1.1.	<i>Völkerrechtliche Verpflichtungen innerhalb der europäischen Zwölfmeilenzone.....</i>	4
3.1.1.1.	GFK	4
3.1.1.2.	CAT	5
3.1.1.3.	IPbürgR	6
3.1.1.4.	EMRK	6
3.1.2.	<i>Völkerrechtliche Verpflichtungen jenseits der europäischen Zwölfmeilenzone</i>	6
3.1.2.1.	GFK	6
3.1.2.2.	CAT	12
3.1.2.3.	IPbürgR	12
3.1.2.4.	EMRK	12
3.1.2.4.1.	Seerechtliche Flaggenhoheit als Hoheitsgewalt	14
3.1.2.4.2.	Effektive Kontrolle über eine Person als Hoheitsgewalt.....	15
3.1.2.4.3.	Zuständigkeit und Kontrolle als Hoheitsgewalt.....	15
3.1.2.4.4.	Fiktion von Hoheitsgewalt durch das Umgehungsverbot i.V.m. der Pflicht zur Verhinderung menschenrechtsfreier Räume	16
3.1.2.4.5.	Funktionaler Territorialbezug von Grenzschutzmaßnahmen als Hoheitsgewalt	16
3.1.2.4.6.	Zwischenergebnis	16
3.1.3.	<i>Völkerrechtliche Verpflichtungen innerhalb der Zwölfmeilenzone der Herkunfts- und Transitstaaten.....</i>	17
3.1.3.1.	GFK	17
3.1.3.3.	CAT	17
3.1.3.3.	IPbürgR	17
3.1.3.4.	EMRK	18
3.1.4.	<i>Zwischenergebnis: Gemeinschaftliche Verantwortlichkeit für die Einhaltung des Völkerrechts..</i>	18

3.2.	Verpflichtungen aus europäischem Recht.....	20
3.2.1.	<i>Europäisches Primärrecht</i>	20
3.2.2.	<i>Sekundärrechtliche Verpflichtungen.....</i>	21
3.2.2.1.	Qualifikations- und Asylverfahrensrichtlinie	21
3.2.2.2.	Schengener Grenzkodex.....	21
3.2.3.	<i>Zwischenergebnis: Europarechtliche Bindung bei exterritorialen Grenzschutzmaßnahmen.....</i>	22
3.3.	Handlungspflichten staatlicher Organe gegenüber auf See und an Bord befindlichen Personen	23
3.3.1.	<i>Flüchtlings- und menschenrechtliche Handlungspflichten</i>	23
3.3.1.1.	Zugang zu Verfahren als implizites Recht aus dem <i>refoulement</i> -Verbot.....	23
3.3.1.2.	Zugang zu effektivem Rechtsschutz als implizites Recht aus dem <i>refoulement</i> -Verbot	24
3.3.1.3.	Vorübergehender Zugang zum Staatsgebiet als implizites Recht aus dem <i>refoulement</i> -Verbot	25
3.3.1.4.	Keine Ausnahmen bei Aufenthaltsgewährung durch einen sicheren Drittstaat	25
3.3.1.5.	Gemeinschaftsrechtliches Recht auf Zugang zum Territorium aus dem primärrechtlichen Recht auf Asyl.....	26
3.3.2.	<i>Seerechtliche Pflichten.....</i>	27
3.3.3.	<i>Konsequenzen für den Umgang mit Schutzsuchenden und Migranten auf See und an Bord.....</i>	28
4.	Zusammenfassung.....	30

1. Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
A/...	Dokument der Generalversammlung der Vereinten Nationen
ABl. EU	Amtsblatt der EU
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
AC	Canadian Reports, Appeal Cases
AG	Attorney General
All ER	All England Law Report
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention
Anm.	Anmerkung
Anor	Another
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMI	Bundesministerium des Innern
BYIL	British Yearbook of International Law
bzw.	beziehungsweise
CA	Court of Appeals
CA	Quebec Official Reports, Court of Appeal
CanLII	Canadian Legal Information Institute
CAT	Committee Against Torture
Cir.	Circuit
CJ	Chief Justice
CONF	Conference
Doc.	Document
EC	European Communities
ECOSOC	Economic and Social Council
ECRE	European Council on Refugees and Exiles
EG	Europäische Gemeinschaft
EG	EG-Vertrag (hinter Artikeln)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
EWCA	England and Wales Court of Appeal (Civil Division)
EXCOM	Executive Committee of the High Commissioner's Programme
FC	Federal Court Reports
FCT	Federal Court (Trial Division)
GC	General Comment

gem.	gemäß
GFK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention)
GRC	Europäische Grundrechtecharta
GYIL	German Yearbook of International Law
Harv.Hum. Rts.J.	Harvard Human Rights Journal
HCA	High Court of Australia
HCR	High Commissioner for Refugees
HRC	Human Rights Committee
Hrsg.	Herausgeber
HRW	Human Rights Watch
HUDOC	Database of the case-law of the European Convention on Human Rights
Hum.Rts.Q.	Human Rights Quarterly
ICMPD	International Centre on Migration Policy Development
i.S.d.	im Sinne des / der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IGH	Internationaler Gerichtshof
IJRL	International Journal of Refugee Law
INS	Immigration and Naturalization Service
IPbürgR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IRB	Immigration and Refugee Board of Canada
IRRC	International Review of the Red Cross
JA	Judge of Appeal
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.z.w.N.	mit zahlreichen weiteren Nachweisen
MCI	Minister of Citizenship and Immigration / Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
MEI	Minister of Employment and Immigration
MIEA	Minister of State for Immigration & Ethnic Affairs
MIMA	Minister of State for Immigration & Multicultural Affairs
MIMIA	Minister of State for Immigration and Multicultural & Indigenous Affairs
MMI	Minister of Manpower and Immigration
MSC	Maritime Safety Committee
NGO	Non-Governmental Organization
No.	Number
NZCA	Court of Appeal of New Zealand
NZwehrR	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
Ors	Others
Ref. App.	Refugee Appeal
RES	Resolution
Res.	Resolution
Rn.	Randnummer

RRT	Refugee Review Tribunal
RSAA	Refugee Status Appeals Authority
SAR	International Convention on Maritime Search and Rescue
S.	Seite
SCC	Supreme Court of Canada
SCR	Supreme Court Reports, Canada
sog.	sogenannte(r)
SOLAS	International Convention for the Safety of Life at Sea
SRÜ	Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982
SSHd	Secretary of State for the Home Department
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords
UN	United Nations
UNHCR	Office of the United Nations High Commissioner for Refugees
UNTS	United Nations Treaty Series
US	United States
USSC	Supreme Court of the United States
v.	versus
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

2. Literaturverzeichnis

- Anker, Deborah: Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm, in: Harvard Human Rights Journal 15 (2002), S. 134 – 154.
- Bailliet, Cecilia: The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea, in: Human Rights Quarterly 25 (2003), S. 741 – 777.
- Bank, Roland / Hruschka, Constantin: Änderungen im Asylverfahren durch den Entwurf des Änderungsgesetzes zum Zuwanderungsgesetz aus der Sicht des Flüchtlingsrechts, in: Barwig / Beichel-Benedetti / Brinkmann: Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, S. 620 – 644.
- Barnes, Richard: Refugee Law at Sea, in: International and Comparative Law Quarterly 53 (2004), S. 47 – 77.
- Battjes, Hemme: European Asylum Law and International Law, Leiden / Boston 2006.
- Bernhardt, Rudolf: Encyclopedia of Public International Law, Bd. 1, Amsterdam / Lausanne / New York / Oxford / Shannon / Singapore / Tokyo 1992.
- Bernhardt, Rudolf: Encyclopedia of Public International Law, Bd. 3, Amsterdam / Lausanne / New York / Oxford / Shannon / Singapore / Tokyo 1997.
- Binder, Andrea: Frauenspezifische Verfolgung vor dem Hintergrund einer menschenrechtlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen, deutschen, kanadischen und amerikanischen Flüchtlings- und Asylpraxis, Basel / Genf / München 2001.
- Breuer, Marten: Völkerrechtliche Implikationen des Falls Öcalan, in: Europäische Grundrechtszeitschrift 2003, S. 449 – 454.
- Brownlie, Ian: Principles of Public International Law, 6. Aufl., Oxford 2003.
- Bruin, Rene / Wouters, Kees: Terrorism and the Non-Derogability of Non-Refoulement, in: International Journal of Refugee Law 15 (2003), S. 5 – 29.
- Bundesministerium des Innern: Effektiver Schutz für Flüchtlinge, wirkungsvolle Bekämpfung illegaler Migration - Überlegungen des Bundesministers des Innern zur Errichtung einer EU-Aufnahmeeinrichtung in Nordafrika, Pressemitteilung, September 2005, S. 2, abrufbar über www.bmi.bund.de (zuletzt besucht August 2007).
- Carlier, Jean-Yves / Vanheule, Dirk / Hullmann, Klaus / Peña Galiano, Carlos (Hrg.): Who is a Refugee? A Comparative Case Law Study, The Hague / London / Boston 1997.
- Carlier, Jean-Yves: General Report, in: Carlier / Vanheule / Hullmann / Peña Galiano: Who is a Refugee? A Comparative Case Law Study, S. 685 – 717.
- Clark, Tom: Rights based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation, in: International Journal of Refugee Law 16 (2004), S. 584 – 608.
- Committee Against Torture: Concluding Observations: United States of America, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2 (25.07.2006).
- Coomans, Fons / Kamminga, Menno T. (Hrg.): Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, Antwerpen / Oxford 2004.
- Dahm, Georg (Begr.) / Delbrück, Jost / Wolfrum, Rüdiger: Völkerrecht, Band I/1, 2. Auflage, Berlin/NewYork 1989.
- Davy, Ulrike: Asyl und internationales Flüchtlingsrecht, Band I: Völkerrechtlicher Rahmen, Wien 1996.
- Debenedetti, Sara: Externalization of European Asylum and Migration Policies, 2006, abrufbar unter <http://www.iue.it/RSCAS/Research/SchoolOnEuroMedMigration/2006pdfs/Paper%20Debenedetti%202006%20FINAL.pdf> (zuletzt besucht August 2007).

- Deutscher Bundestag: Antrag der Abgeordneten Winkler, Nouripour, Roth und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für eine Initiative der Bundesregierung mit dem Ziel einer humanitären, kohärenten und nachhaltigen Ausrichtung der europäischen Flüchtlingspolitik, BT Drs. 16/3541 (22. 11. 2006).
- Deutscher Bundestag: Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Abgeordneten Winkler, Beck, Beck, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drs. 16/2542 –, BT-Drs. 16/2723 vom 25. 09. 2006.
- Doehring, Karl: Völkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004.
- Edwards, Alice: Human Rights, Refugees, and The Right “To Enjoy Asylum”, in: *International Journal of Refugee Law* 17 (2005), S. 293 – 330.
- Edwards, Alice: Tampering with Refugee Protection: The Case of Australia, in: *International Journal of Refugee Law* 15 (2003), S. 192 – 211.
- EXCOM, Standing Committee: 18th Meeting, Interception of Asylum Seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach, UN Doc. EC/50/SC/CRP.17 (09.06.2000)
- Feld, Francine: The Tampa Case: Seeking Refuge in Domestic Law, in: *Australian Journal of Human Rights* 11 (2002), <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/> (zuletzt besucht August 2007).
- Feller, Erika / Türk, Volker / Nicholson, Frances (Hrg.): *Refugee Protection in International Law – UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003.
- Feller, Erika: International Refugee Protection 50 years on: The protection challenges of the past, present and future, in: *International Review of the Red Cross* 83 (2001), S. 581 – 606.
- Fischer-Lescano, Andres / Tohidipur, Timo: Die europäische Grenzschutzagentur Frontex, in: *Europäisches Asyl- und Migrationsrecht*, Beilage zum *Asylmagazin* 5/2007, S. 19 – 28.
- Fitzpatrick, Joan: Revitalizing the 1951 Refugee Convention, in: *Harvard Human Rights Journal* 9 (1996), S. 229 – 253.
- Frowein, Jochen Abr. / Peukert, Wolfgang: *Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar*, 2. Aufl., Kehl am Rhein / Straßburg / Arlington 1996.
- Frowein, Jochen Abr. / Zimmermann, Andreas: *Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts*, Köln 1993.
- Garlick, Madeline: The EU Discussions on Extraterritorial Processing: Solution or Conundrum?, in: *International Journal of Refugee Law* 19 (2007), S. 601 – 629.
- Gerber, Bettina: *Die Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union*, Frankfurt am Main / Berlin / Bern / Brüssel / New York / Oxford / Wien 2004.
- Goodwin-Gill, Guy S. / Mc Adam, Jane: *The Refugee in International Law*, 3. Aufl., Oxford / New York 2007.
- Goodwin-Gill, Guy S.: The Haitian Refoulement Case: A Comment, in: *International Journal of Refugee Law* 6 (1994), S. 103 – 109.
- Grabenwarter, Christoph: *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl., München 2005.
- Grahl-Madsen, Atle: *The Status of Refugees in International Law*, Bd. I, *Refugee Character*, Leiden 1966.
- Grahl-Madsen, Atle: *The Status of Refugees in International Law*, Bd. II, *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden 1966.
- Grahl-Madsen, Atle: *Asylum, Territorial*, in: Bernhardt (Hrg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume One, S. 283 – 287.
- Grote, Rainer / Marauhn, Thilo: *EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen 2006.
- Haines, Rodger P.G.: Gender-related Persecution, in: Feller / Türk / Nicholson: *Refugee Protection in International Law*, S. 319 – 350.

- Harvey, Colin / Barnidge, Robert: Human Rights, Free Movement, and the Right to Leave in International Law, *International Journal of Refugee Law* 19 (2007), S. 1 – 21.
- Hathaway, James C. / Foster, Michelle: Membership of a Particular Social Group, Discussion Paper No. 4, Advanced Refugee Law Workshop, International Association of Refugee Law Judges, Auckland, New Zealand, October 2002, in: *International Journal of Refugee Law* 15 (2003), S. 477 – 491.
- Hathaway, James C.: *The Law of Refugee Status*, Toronto / Vancouver 1991.
- Hathaway, James C.: *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge 2005.
- Herdegen, Matthias: *Völkerrecht*, 3. Aufl., München 2004.
- Heselhaus, Sebastian M. / Nowak, Carsten: *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, München 2006.
- Human Rights Committee: Communication No. 106/1981: Uruguay, UN Doc. CCPR/C/18/D/106/1981 (31 March 1983)
- Human Rights Committee: Delia Saldias de Lopez v. Uruguay, Communication No. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 (29 July 1981).
- Human Rights Committee: General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 May 2004).
- Human Rights Committee: Communication No. 1051/2002: Canada. 15/06/2004, UN Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002 (15 June 2002)
- Human Rights Watch: *By Invitation Only: Australian Asylum Policy*, Washington / London / Belgium 2002.
- International Centre for Migration Policy: *Development, Irregular transit migration in the Mediterranean - some facts, futures and insights*, Wien 2004.
- Ipsen, Knut: *Völkerrecht*, 5. Aufl., München 2004.
- Jastram, Kate / Newland, Kathleen: Family Protection and Refugee Protection, in: Feller, Erika / Türk, Volker / Nicholson, Frances (Hrg.): *Refugee Protection in International Law – UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003, S. 555 – 608.
- Kälin, Walter: *Das Prinzip des Non-Refoulement – Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht*, Frankfurt am Main 1982.
- Kälin, Walter: Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation?, in: *International Journal of Refugee Law* 3 (1991), S. 435 – 451.
- Klug, Anja: Harmonization of Asylum in the European Union – Emergence of an EU Refugee System?, in: *German Yearbook of International Law* 47 (2004), S. 594 – 628.
- Kourula, Pirkko: *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, The Hague / Boston / London 1997.
- Kwakwa, Edward: Article 1 F (c): Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations, in: *International Journal of Refugee Law* 12, Special Supplementary Issue, (2000), S. 79 – 81.
- Lambert, Héléne: The Conceptualisation of “Persecution” by the House of Lords: *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, in: *International Journal of Refugee Law* 13 (2001), S. 16 – 31.
- Lauterpacht, Sir Elihu / Bethlehem, Daniel: The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion, in: Feller / Türk / Nicholson: *Refugee Protection in International Law*, S. 87 – 178.
- Lawson, Rick: Life after Bancovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights, in: Coomans / Kamminga (Hrg.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, S. 83 – 123.

- Legomsky, Stephen H.: The USA and the Caribbean Interdiction Program, in: *International Journal of Refugee Law* 18 (2006), S. 677 – 695.
- Löhr, Tillmann: Die Qualifikationsrichtlinie – Rückschritt hinter internationale Standards?, in: Hofmann, Rainer / Löhr, Tillmann: *Migrationspolitik nach dem Amsterdamer Vertrag – Die Europäische Union zwischen völkerrechtlicher Verpflichtung und mitgliedstaatlichen Interessen (im Erscheinen)*.
- Lutterbeck, Derek: Policing Migration in the Mediterranean, in: *Mediterranean Politics* 11 (2006), S. 59 – 82.
- Macklin, Audrey: Refugee Women and the Imperative of Categories, in: *Human Rights Quarterly* 17 (1995), S. 213 – 277.
- Magner, Tara: A Less than “Pacific” Solution for Asylum Seekers in Australia, in: *International Journal of Refugee Law* 16 (2004), S. 53 – 90.
- Markard, Nora: Gendered Violence in 'New Wars' - Challenges to the Refugee Convention, in: van Walsum / Spijkerboer: *Women and Immigration Law - New Variations on Classical Feminist Themes*, New York 2007, S. 67 – 85.
- Marx, Reinhard: *Handbuch zur Flüchtlingsanerkennung – Erläuterungen zur Richtlinie 2004/83 (Qualifikationsrichtlinie)*, Neuwied / Berlin, Loseblattsammlung, Stand: November 2006.
- Masing, Johannes: Methodische Grundlagen für die Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention, in: *Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag*, S. 51 – 80.
- Merriam-Webster Online Dictionary, www.m-w.com/cgi-bin/dictionary (zuletzt besucht August 2007).
- Meyer-Ladewig, Jens: *EMRK, Handkommentar*, Baden – Baden 2003.
- Miltner, Barbara: Irregular Maritime Migration: Refugee Protection Issues in Rescue and Interception, *Fordham Int'l L.J.* 30 (2006), S. 75 ff.
- Noll, Gregor: Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones, in: *European Journal of Migration and Law* 5 (2003), S. 301 – 341.
- Nowak, Manfred: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, Kehl am Rhein / Straßburg / Arlington 1993 (zitiert als: Nowak, *CCCPR Commentary*).
- O’Boyle, Michael: The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on “Life after Bancovic”, in: Coomans / Kamminga, (Hrg.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, S. 125 – 141.
- Oxford English Dictionary, Online-Ausgabe, www.oed.com (zuletzt besucht August 2007).
- Oxman, Bernard H.: Jurisdiction, in: Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume Three, S. 55 – 60.
- Peters, Anne: *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, München 2003.
- Refugee Council of Australia: Position Paper of 17 May 2006: Migration Amendment (Designated Unauthorised Arrivals) Bill 2006, Glebe, NSW 2006, abrufbar unter <http://www.refugeecouncil.org.au> (zuletzt besucht August 2007)
- Roberts, Anthea: Righting Wrongs or Wronging Rights? The United States and Human Rights Post-September 11, in: *European Journal of International Law* 15 (2004), S. 721 – 749.
- Robinson, Nehemiah: *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, First published 1953, Reprinted by the Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees, Genf 1997.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.): *EU-Kommentar*, Baden-Baden 2000.

- Sitaropoulos, Nicholas: *Judicial Interpretation of Refugee Status – In Search of a Principal Methodology*, Baden-Baden 1999.
- Stein, Torsten / von Buttlar, Christian: *Völkerrecht*, 11. Aufl., Köln / Berlin / München 2005.
- Sternberg, Mark R von.: *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law. Canadian and United States Law Compared*, The Hague / London / New York 2002 (zitiert als: Sternberg, *The Grounds of Refugee Protection*).
- Streinz, Rudolf: *EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, München 2003.
- UNHCR / IMO: *Rescue at Sea. A guide to principles and practice as applied to migrants and refugees*, Genf / London 2006.
- 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*, Genf, 26.01.2007.
- UNHCR, *Anmerkungen zur Mitteilung der Europäischen Kommission über eine gemeinsame Politik auf dem Gebiet der illegalen Einwanderung (KOM(2001) 672 endg. vom 15. November 2001)*, Genf 2001.
- UNHCR, *Background Paper on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea*, Genf, 18.03.2002.
- UNHCR: *Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of third country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004)*, Genf, Januar 2005 (zitiert als: UNHCR, *Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004*).
- UNHCR: *Auslegung von Artikel 1 des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*, Genf, April 2001 (zitiert als: UNHCR, *Auslegung von Art. 1*).
- UNHCR: *Presseerklärung vom 30. April 2004: EU-Asylharmonisierung: UNHCR bedauert verpasste Chance*, Genf, 30. April 2004.
- UNHCR: *Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004)*, Genf, 10. Februar 2005.
- 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*, Genf, 31.01.1994 (zitiert als: UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law*).
- UNHCR: *UN High Commissioner for refugees responds to U.S. Supreme Court Decision in Sale v. Haitian Centers Council*, abgedruckt in *International Legal Materials* 32 (1993), S. 1215 – 1216.
- Vanheule, Dirk: *A comparison of the judicial interpretations of the notion of refugee*, in: Carlier / Vanheule: *Europe and Refugees: A Challenge?*, S. 91 – 106.
- Vermeulen, Ben / Spijkerboer, Thomas / Zwaan, Karin / Roel Fernhout, Karin: *Persecution by third Parties. Commissioned by the Research and Documentation Centre of the Ministry of Justice of The Netherlands*, Nijmegen 1998.
- Vitzthum, Wolfgang Graf: *Völkerrecht*, 4. Auflage, Berlin 2007.
- Von Thenen, Gabriele: *Geschlechtsspezifische Flucht- und Bleibegründe: Völkerrechtliche Verpflichtungen und innerstaatliche Rechtslage*, Frankfurt am Main 2004 (zitiert als: von Thenen, *Geschlechtsspezifische Flucht- und Bleibegründe*).
- Weinzierl, Ruth, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, German Institute for Human Rights, Berlin, Juli 2007.

- Weis, Erich: Langenscheidts Großwörterbuch Französisch, Teil I: Französisch-Deutsch. 9. Auflage, Berlin / München / Wien / Zürich / New York 1996.
- Wiefelspütz, Dieter: Bewaffnete Einsätze der Bundeswehr auf See, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht 2005, S. 146 – 163.
- Young, Wendy: NGO Submission to UNHCR's Executive Committee, Standing Committee 5-7 July 2000, Statement of Wendy Young of the Women's Commission for Refugee Women and Children on behalf of the NGO Community, abrufbar unter <http://www.icva.ch/doc00000160.html> (zuletzt besucht August 2007).

3. Fragestellung

Nach Angaben des International Centre on Migration Policy Development überqueren pro Jahr etwa 100.000 bis 120.000 Schutzsuchende und Migranten das Mittelmeer, ohne dass sie im Besitz der für eine Einreise nach Europa notwendigen Papiere wären. Ca. 35.000 von ihnen stammen aus der Sub-Sahara, 55.000 aus den afrikanischen Mittelmeeranrainerstaaten, 30.000 aus anderen Staaten (vor allem asiatische Länder und Staaten des mittleren Ostens). Dabei wird geschätzt, dass in den letzten zehn Jahren etwa 10.000 Menschen beim Versuch, das Mittelmeer zu überqueren, ertrunken sind.¹

Der tragische Tod dieser Menschen steht im Kontext eines europarechtlich durchformten Migrationsregimes. Die grenzpolizeiliche und paramilitärische Abriegelung der europäischen Außengrenzen² bedarf nicht nur nationaler, sondern europäischer Debatte und Gegensteuerung.³ Im Rahmen dieser bedarf es zum einen eines ganzheitlichen Ansatzes, der Maßnahmen der Entwicklungszusammenarbeit und der Legalisierung von Migration aufgreift. Zum anderen muss sich die Durchführung von Grenzkontrollmaßnahmen an völker- und europarechtlichen Maßstäben des Flüchtlings- und Menschenrechtsschutzes messen lassen. Letzteres ist umso wichtiger deshalb, weil sich unter den Betroffenen regelmäßig auch Personen befinden, die nach geltendem Völker- und Europarecht als schutzbedürftig im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention erachtet werden.

Das vorliegende Gutachten greift aus aktuellem Anlass den zuletzt genannten Aspekt auf. In der aktuellen rechtspolitischen Diskussion wird von staatlicher Seite vereinzelt vertreten, staatliche Grenzkontrollen operierten insbesondere auf Hoher See in einem flüchtlings- und menschenrechtsfreien Raum. Das vorliegende Gutachten untersucht darum die einschlägigen Rechtstexte und bewertet die darauf bezogene Staatspraxis. Aus beidem ergibt sich, dass die europäischen Grenzschützer auch bei exterritorialem Handeln an die internationalen Menschen- und Flüchtlingsrechte gebunden sind.

Bei der Kontrolle der Außengrenzen der EU handeln die Grenzschutzorgane der Mitgliedstaaten in enger Kooperation miteinander. Sie werden unterstützt durch die mit VO 2007/2004 des Rates vom 26. Oktober 2004 errichtete Europäische Grenzschutzagentur FRONTEX.⁴ Die Grenzschutzagentur verfügt über eigenes Personal und hat über ein technisches Zentralregister derzeit Zugriff auf insgesamt 24 Hubschrauber, 19 Flugzeuge, 107 Boote sowie zahlreiches mobiles Gerät.⁵ Im Rahmen von durch FRONTEX koordinierten Operationen sieht die Verordnung zur Einrichtung eines Mechanismus zum Aufbau von Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke⁶ eine maßgebliche Erweiterung der Exekutivbefugnisse vor. Danach können Grenzschutzteams für begrenzte Zeit in dringenden und außergewöhnlichen Situationen eingesetzt werden, wenn der jeweils betroffene Mitgliedstaat solche Unterstützungsmaßnahmen beantragt. Bei FRONTEX wird zu diesem Zweck ein entsprechender Ad-hoc-Einsatzpool von 500 bis 600 Grenzpolizisten der Mitgliedstaaten eingerichtet. Weiter sieht die Verordnung vor, dass bei gemeinsamen Einsätzen unter der Ägide von FRONTEX alle vor Ort eingesetzten Kräfte, also bei einem Einsatz in Spanien oder Italien zum Beispiel auch Beamte der deutschen Bundespolizei, Eingriffbefugnisse haben und somit die Grenzpolizisten des jeweiligen Einsatzstaates unterstützen können. Die Mitglieder der Soforteinsatzteams

¹ ICMPD, Irregular Transit Migration in the Mediterranean, passim.

² Lutterbeck, Policing Migration in the Mediterranean, in: Mediterranean Politics 11 (2006), S. 59.

³ Siehe die Öffentliche Anhörung im Innenausschuss des Europäischen Parlaments zum Thema „Tragedies of Migrants at sea“, 03.07.2007, abrufbar über www.europarl.europa.eu/hearings/20070703/libe/programme_en.pdf

⁴ ABl. L 349 vom 25. November 2004.

⁵ Siehe zuletzt die Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage, BT-Drs. 16/5019 vom 13.04.2007, Antwort zu Frage 18.

⁶ Verordnung (EG) Nr. 863/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Mechanismus zur Bildung von Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates hinsichtlich dieses Mechanismus und der Regelung der Aufgaben und Befugnisse von abgestellten Beamten, 11. Juli 2007, ABl. L 199/30 vom 31. Juli 2007.

müssen während der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ihre eigene Uniform tragen. Um sie als Teilnehmer eines Einsatzes eines Soforteinsatzteams auszuweisen, tragen sie auf ihrer Uniform eine blaue Armbinde mit den Abzeichen der Europäischen Union und der FRONTEX-Agentur. Die Mitglieder der Soforteinsatzteams sollen nach der Verordnung, die nach ihrem Art. 14 am 20. August 2007 in Kraft getreten ist,⁷ Aufgaben und Befugnisse für Grenzübertrittskontrollen oder Grenzüberwachung gemäß der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) und die für die Verwirklichung der Ziele der genannten Verordnung erforderlichen Aufgaben und Befugnisse wahrnehmen können. Entscheidungen zur Verweigerung der Einreise gemäß Artikel 13 des Grenzkodexes sollen nur von den Grenzschutzbeamten des Einsatzmitgliedstaats getroffen werden. Durch solche vertikal und horizontal arbeitsteiligen Maßnahmen werden auch deutsche Grenzschutzbeamte in Maßnahmen zum europäischen Grenzschutz im Mittelmeer einbezogen.

Vor diesem Hintergrund wurden uns folgende Fragen zur Begutachtung vorgelegt:

1. Gelten die völkerrechtlichen *refoulement*-Verbote aus der Genfer Flüchtlingskonvention, der Europäischen Menschenrechtskonvention und weiteren für das Flüchtlings- und Migrationsrecht einschlägigen völkerrechtlichen Verträgen jenseits des zum Landgebiet zählenden Territoriums der Vertragsstaaten (hierzu 3.1.)?
2. Gelten die grund- und flüchtlingsrechtlichen *refoulement*-Verbote des europäischen Primär- und Sekundärrechts jenseits des zum Landgebiet zählenden Territoriums der Vertragsstaaten (hierzu 3.2.)?
3. Welche see-, menschen- und flüchtlingsrechtlichen Handlungs- und Unterlassungspflichten folgen aus den zu Frage 2. und 3. gefundenen Ergebnissen beim Umgang mit Schutzsuchenden und Migranten auf dem Meer (hierzu 3.3.)?

In methodischer Hinsicht ist für die Beantwortung dieser drei Fragen vorab zu konstatieren, dass die Auslegung der einschlägigen völkerrechtlichen Verträge anhand der Auslegungsregeln, die in der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK)⁸ niedergelegt worden sind, erfolgt.⁹ Nach deren Art. 31 I ist ein Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes zu interpretieren. Der historischen Auslegung kommt gem. Art. 32 WVK allenfalls subsidiäre Bedeutung zu. Für die Anwendung dieser Grundsätze gelten hierbei zwei Besonderheiten. Erstens besteht zwischen Literatur,¹⁰ Staatenpraxis,¹¹ UNHCR¹² und EXCOM¹³ seit den 1990er

⁷ 2006/0140 (COD).

⁸ BGBl. 1985 II S. 927.

⁹ Angesichts von Art. 4 WVK ist auf die gewohnheitsrechtliche Geltung von Art. 31 WVK zu verweisen, vgl. RSAA, Ref. App. No. 74665/03 (07.07.2004), § 45; Edwards, in: IJRL 17 (2005), S. 293 (306); Hathaway/Foster, in: IJRL 15 (2003), S. 478 (485); Lauterpacht / Bethlehem, in: Feller / Türk / Nicholson, Refugee Protection in International Law, S. 87 (103).

¹⁰ Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, S. 53 f; ders., The Law of Refugee Status, S. 107 und 101 ff; Klug, in: GYIL 47 (2004), S. 594 (601); Markard, in: van Walsum / Spijkerboer, Women and Immigration Law, S. 67 (68); Carlier, in: Carlier / Vanheule / Hullmann / Peña Galiano, Who is a Refugee?, S. 685 (701 f); ders., in: Nicholson / Twomey, Refugee Rights and Realities, S. 37 (38 f); Anker, in: Harv.Hum.Rts.J. 15 (2002), S. 134 (134 ff); Sitaropoulos, Judicial Interpretation of Refugee Status, S. 217 f; Lambert, in: IJRL 13 (2001), S. 16 (18 und 30); Binder, Frauenspezifische Verfolgung, S. 79 f; von Thenen, Geschlechtsspezifische Flucht- und Bleibegründe, S. 72 ff; Vanheule, in: Carlier / Vanheule: Europe and Refugees: A Challenge?, S. 91 (103); Edwards, in: IJRL 17 (2005), S. 293 (295 f); Feller, in: IRRK 83 (2001), S. 581 (581 ff, insbes. 594); Vanheule, in: Carlier / Vanheule, Europe and Refugees: A Challenge?, S. 91 (99); Macklin, in: Hum.Rts.Q. 17 (1995), S. 213 (224); Kälin, in: IJRL 3 (1991), S. 435 (447); Sternberg, The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law, S. 2 ff; Edwards, in: Feller / Türk / Nicholson, Refugee Protection in International Law, S. 46 (48 ff); Haines, in: Feller / Türk / Nichol-

Jahren Konsens, dass die GFK in Übereinstimmung mit internationalen Menschenrechtsverträgen ausgelegt werden muss. Dieser Ansatz hat durch die Declaration of State Parties von 2001 Anerkennung gefunden,¹⁴ ist also gem. Art. 31 Abs. 3 a) WVK für die Vertragsstaaten der GFK bindend. Er stützt sich auf die Präambel, die betont, dass den Menschenrechten bei der Identifizierung und Behandlung von Flüchtlingen umfassend zu Geltung zu verhelfen ist.¹⁵ Zweitens ist die dynamische Auslegung zu beachten. Hiernach sind Begriffswandlungen, die sich im Laufe der Zeit ergeben, ebenso wie Änderungen der völkerrechtlichen Rahmenbedingungen bei der Auslegung zu berücksichtigen.¹⁶ Der EGMR¹⁷ und der IGH¹⁸ betonen die besondere Bedeutung dieses Grundsatzes für die Auslegung menschenrechtlicher Verträge. Von Staatenpraxis¹⁹ und Literatur²⁰ wird dies auch auf die Auslegung der GFK übertragen. Im Vordergrund der folgenden Untersuchung steht demnach eine menschenrechtlich-dynamische Auslegung der einschlägigen Verträge.

son, Refugee Protection in International Law, S. 319 (324); Battjes, European Asylum Law and International Law, 5.4.1.1 [289]; Kourula, Broadening the Edges, S. 92 f und 132; ebenso bereits Grahl-Madsen, The Status of Refugees in International Law; S. 212 -216.

¹¹ Canada (AG) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689, 734 f, 1993 CanLII 105 (S.C.C.), per La Forest J, unter ausdrücklicher Berufung auf Hathaway; ebenso Chan v. Canada (MEI), [1995] 3 S.C.R. 593, 634 f, 1995 CanLII 71 (S.C.C.); Ranjha v. Canada (MCI), 2003 FCT 637 (CanLII), § 38, per Lemieux J; Malik v. Canada (MCI), 2005 FC 1707 (CanLII), § 8 f, per Dawson J; Weiss v. Canada (MCI), 2000 CanLII 15808 (F.C.), § 16, per Reed J; IRB, Refugee Protection Division: Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law, Chapter 3.1.1.1.; Horvath v. SSHD, [2000] UKHL 37 (6th July, 2000), abgedruckt in IJRL 13 (2001), S. 174 (191) f, per Lord Bingham; Islam v. SSHD, Ex Parte Shah, R v., [1999] UKHL 20 (25th March, 1999), abgedruckt in IJRL 11 (1999), S. 496 (510 f), per Lord Hoffmann; Sepet v. SSHD, [2003] 3 All ER 304 (HL), abgedruckt in IJRL 15 (2003), S. 276 (277), per Lord Bingham; RSAA, Ref. App. No. 74665/03 (7 July 2004), § 58 f; RSAA, Ref. App. No. 71427/99 (16 August 2000), § 47; RSAA, Ref. App. No. 71404/99 (29 October 1999), § 67; RSAA, Ref. App. No. 2039/93 (12 February 1996), § 37 ff and 56 f; besondere Betonung des Aspektes der subsidiären Schutzgewährung bei Versagen des Herkunftsstaats Wellington, CA181/97, [1999] NZAR 205, § 5; RSAA, 74988/2004, § 66; Applicant A & Anor v. MIEA & Anor, [1997] HCA 4 (24 February 1997), 142 A.L.R. 331, 333, per Brennan CJ.

¹² UNHCR, Auslegung von Art. 1, § 5; UNHCR, Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004, Comment on Art. 9, S. 21.

¹³ Die enge Verbindung zwischen Flüchtlings- und Menschenrechtsschutz wird betont in EXCOM, Conclusions No. 50 (XXXIX) (1988), (b); 56 (XL) (1989), (b), 71 (XLIV) (1993), (cc) and (ee); 80 (XLVII) (1996), (e), (i), 81 (XLVIII) (1997), 93 (LIII) (2002), 94 (LIII) (2002), 95 (LIV) (2003).

¹⁴ Es handelt sich um die erste gemeinsame Erklärung aller Vertragsstaaten zur GFK, Declaration of State Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, UN Doc. HCR/MMSP/2001/09 (16.01.2002), Präambel, §§ 3 und 6; Operative Absätze, §§ 1 und 2.

¹⁵ Feller, in: IRRIC 83 (2001), S. 581 (594); Sitaropoulos, Judicial Interpretation of Refugee Status, S. 217 f; Binder, Frauenspezifische Verfolgung, S. 22 ff, insbes. S. 24; Hathaway, The Law of Refugee Status, S. 107, in Fn. 54, und S. 105, Fn. 41; ebenso UNHCR, Auslegung von Art. 1, § 5; Lambert, in: IJRL 13 (2001), S. 16 (30 und 18, in Fn. 9); Haines, in: Feller / Türk / Nicholson, Refugee Protection in International Law, S. 319 (324).

¹⁶ Dahm / Delbrück / Wolfrum, Völkerrecht, Band I/3, S. 649; Stein / Stein / von Buttlar, Völkerrecht, Rn. 83; Brownlie, Principles of Public International Law, S. 604; Ipsen, Völkerrecht, § 11, Rn. 21; Frowein / Peukert, EMRK-Kommentar, Einführung, Rn. 10f.

¹⁷ EGMR, Urt. v. 25. 04. 1978, Tyrer v. United Kingdom, Series A 26 (1978), S. 15, § 31; zustimmend Bernhardt, in: GYIL Vol. 42 (1999), S. 11 (16); ebenso ("in the light of current circumstances") EGMR, Urt. v. 24. 1. 1986, Rees v. United Kingdom, Series A 106 (1986), S. 19, § 47; EGMR, Urt. v. 24. 1. 1986, Rees v. United Kingdom, Series A 106 (1986), S. 19, Rn. 47; Urt. v. 24. 10. 1979, Winterwerp, Series A 33 (1980), S. 16, Rn. 37; EGMR, Urt. v. 25. 4. 1978, Tyrer v. United Kingdom, Series A, Vol. 26 (1978), S. 16, § 32 f.; Urt. v. 13. 6. 1979, Marckx v. Belgium, Series A 31 (1979), § 41; Urt. v. 30.1. 1989, Dudgeon v. United Kingdom, Series A 45 (1981), S. 24, Rn. 60; EGMR, Urt. v. 12.12. 2001, Banković and Others v. Belgium and Others, Reports 2001-XII, S. 333, § 57; ebenso Urt. v. 21.11. 2001, Al-Adsani v. United Kingdom, Reports 2001-XI, S. 79, § 55.

¹⁸ Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ Reports 1997, S. 3 (111); ferner Kälin / Epiney, Völkerrecht, S. 40; Dahm, Delbrück, Wolfrum, Völkerrecht, Band I/3, S. 651; Bernhardt, in: BYIL 42 (1999), S. 11 (17); Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, § 5, Rn. 13; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, ICJ Reports 1971, 4 (19); ähnlich bereits in Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections), ICJ Reports 1957, S. 142: "It is a rule of interpretation that a text (...) must, in principle, be interpreted (...) in accordance with existing law and not in violation of it".

¹⁹ R. v. SSHD, ex parte Adan, [1999] AC 293 (23 July 1999), abgedruckt in IJRL 11 (1999), S. 702 (724), per Lord Woolf MR; SSHD, Ex Parte Adan R v. SSHD Ex Parte Aitseguer, R v., [2000] UKHL 67 (19th December, 2000) abgedruckt in IJRL 13 (2001), S. 202 (221), per Lord Hutton.

²⁰ Feller, in: IRRIC 83 (2001), S. 581 (594); Lambert, in: IJRL 13 (2001), S. 16 (18); vgl. auch Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, S. 64 und 106; Binder, Frauenspezifische Verfolgung, S. 25.

3.1. Völkerrechtliche Verpflichtungen

In der Beantwortung der Frage, ob die völkerrechtlichen *refoulement*-Verbote aus der Genfer Flüchtlingskonvention, der Europäischen Menschenrechtskonvention und weiteren für das Flüchtlings- und Migrationsrecht einschlägigen völkerrechtlichen Verträgen jenseits des zum Landgebiet zählenden Territoriums der Vertragsstaaten gelten, folgt das Gutachten im Aufbau den seerechtlichen Vorschriften, die die Territorialgewalt definieren. Zum Staatsgebiet zählen gem. Art. 2 I des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982 (SRÜ)²¹ das Landgebiet, die inneren Gewässer und, bei Küstenstaaten, das Küstenmeer. Nach Art. 3 SRÜ hat jeder Staat das Recht, die Breite seines Küstenmeers bis zu höchstens zwölf Seemeilen festzulegen. Das SRÜ ist von allen EU-Staaten ratifiziert worden und bildet mit der Festlegung auf 12 Seemeilen geltendes Völkergewohnheitsrecht ab.²² Jenseits der Zwölfmeilenzone endet das Staatsgebiet.²³ Vor diesem Hintergrund wird die Bindungswirkung der einschlägigen Verträge im Folgenden in drei Schritten untersucht:

- erstens auf dem zum Staatsgebiet zählenden Küstenmeer von EU-Staaten (3.1.1.),
- zweitens im Gebiet jenseits der Zwölfmeilenzone, also in der Anschlusszone und auf hoher See (3.1.2.) und
- drittens im das Küstenmeer einschließenden Territorium der Drittstaaten, die Herkunfts- und Transitstaaten von Flüchtlingen, subsidiär Schutzberechtigten und Migranten sind (3.1.3.).

3.1.1. Völkerrechtliche Verpflichtungen innerhalb der europäischen Zwölfmeilenzone

Die rechtlichen Verpflichtungen der europäischen Grenzschutzorgane resultieren zunächst aus einem dichten Netz völkerrechtlicher Verträge. Die folgenden Ausführungen sind der Anwendbarkeit dieser völkerrechtlichen Normen innerhalb des Küstenmeeres der Mitgliedstaaten der EU gewidmet.

3.1.1.1. GFK

Art. 33 I der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)²⁴ enthält das Verbot des *refoulement*: „No Contracting State shall expel or return ('refouler') a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.“ In der Staatenpraxis finden sich mehrere Versuche, die Bindungswirkung dieses Verbots bereits im eigenen Staatsgebiet durch innerstaatliches Recht aufzuheben. So verabschiedete Australien 2001 ein Gesetz,²⁵ wonach mehrere Inseln innerhalb der Zwölfmeilenzone aus der „Migrationszone“ im Sinne des Migration Act 1954 herausdefiniert werden. Dem Gesetz zufolge sollen die Verpflichtungen Australiens unter dem Migration Act auf diesen Inseln nicht gelten. Letzterer dient auch der innerstaatlichen Umsetzung der GFK. Daher sollen auch die aus ihr folgenden Verpflichtungen aufgehoben sein. Personen, die auf den genannten Inseln anlanden, werden zwar vom UNHCR oder australischen Beamten als „offshore entry persons“ auf Inseln in der Region zu ihren Fluchtgründen befragt. Sie sehen sich hier

²¹ BGBl. 1994 II S. 1798.

²² Herdegen, Völkerrecht, § 31, Rn. 45; Gloria, in: Ipsen, § 52, Rn. 5; Graf Vitzthum, in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, S. 420.

²³ Staaten können zwar gem. Art. 33 I, II SRÜ in einer bis zu 24 Seemeilen breiten Anschlusszone gewisse Hoheitsrechte ausüben, gleichwohl wird diese Zone nicht dem Staatsgebiet zugerechnet.

²⁴ BGBl. 1953 II S. 560, in der Fassung des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.01.1967, BGBl. 1969 II S. 1294.

²⁵ Migration Amendment (Excision from Migration Zone) (Consequential Provision) Act 2001, Nr. 127/2001.

jedoch einem schlecht funktionierenden Asylsystem ausgesetzt und haben weder Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz noch zu staatlichen Beratungsstellen.²⁶ Das australische Modell ähnelt dem Versuch Frankreichs, mehrere in Häfen und Flughäfen befindliche Zonen gesetzlich zu Internationalen Zonen zu erklären. Den französischen Gesetzen zufolge konnte Frankreich in diesen Gebieten als Souverän Staatsmacht ausüben, ohne dabei an völkerrechtliche Verpflichtungen gebunden zu sein.²⁷

Diese Ansätze werden in der Literatur,²⁸ vom UNHCR²⁹ und dem EXCOM³⁰ sowie von NGO's³¹ einhellig als rechtlich irrelevanter Versuch kritisiert, sich internationalen Verpflichtungen zu entziehen. Das Gebot des *non-refoulement* gelte unabhängig von entgegenstehenden innerstaatlichen Gesetzen innerhalb des gesamten Staatsgebiets einschließlich der Zwölfmeilenzone. Im Falle Frankreichs wurde dies im Hinblick auf die EMRK vom EGMR in Amuur³² bestätigt. Dem ist bereits deshalb zuzustimmen, weil sich der Geltungsbereich von Verträgen nach Art. 29 WVK auf das gesamte Hoheitsgebiet erstreckt. Hierzu zählt nach Art. 2 I des SRÜ die Zwölfmeilenzone. Das australische und französische Modell verstoßen also gegen die sich aus Art. 29 WVK ergebende Pflicht, die GFK auf dem gesamten Hoheitsgebiet zur Geltung zu bringen.³³ Zudem verstoßen die dargestellten Ansätze gegen den in Art. 27 WVK normierten völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz,³⁴ dass ein Staat seinen internationalen Verpflichtungen nicht dadurch entkommen kann, dass er entgegenstehendes innerstaatliches Recht verabschiedet. Zuletzt wäre eine Entrechtlichung mit Ziel und Zweck der GFK unvereinbar. Ihr Schutzzweck würde umgangen, wenn Staaten innerhalb ihres Territorialgebietes in Ausübung staatlicher Souveränität de facto Grenzkontrollen vornehmen könnten, ohne dass dieselben Verpflichtungen gelten wie auf dem Festland.³⁵

Das *refoulement*-Verbot der GFK gilt also unabhängig von innerstaatlichen Regelungen auch innerhalb der Zwölfmeilenzone.

3.1.1.2. CAT

Das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12. 1984 (CAT)³⁶ enthält in Art. 3 I ein ausdrückliche Verbot des *refoulement*: „Ein Vertragsstaat darf eine Person nicht in einen anderen Staat ausweisen, abschieben oder an diesen ausliefern, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass sie dort Gefahr

²⁶ Ausführlich Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, S. 255 f; Edwards, in: *IJRL* 15 (2003), S. 192 (208); vgl. auch Barnes, in: *ICLQ* 53 (2004), S. 47 (65 f); Feld, in: *AJHR* 11 (2002), <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/> (zuletzt besucht August 2007).

²⁷ Zum Sachverhalt EGMR, *Amuur v. France*, Urt. v. 25. Juni 1996, Appl. No. 17/1995/523/609, §§ 6 ff, und 19 ff.

²⁸ Magner, in: *IJRL* 16 (2004), S. 53 (75); Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 321 und 172; Barnes, in: *ICLQ* 53 (2004), S. 47 (69); Lauterpacht / Bethlehem, in: Feller / Türk / Nicholson, *Refugee Protection in International Law*, S. 87 (111), § 67; Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, S. 253; Feld, in: *AJHR* 11 (2002), <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/> (zuletzt besucht August 2007); a.a.O. betont Feld, dass sie spätestens („at the latest“) ab diesem Moment entstehen, was aber nicht ausschließt, dass sie bereits vorher entstehen, da diese Frage a.a.O. nicht angesprochen wird; i.Erg. ebenso Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, S. 13.

²⁹ UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law*, § 33.

³⁰ EXCOM, *Conclusion No. 97*, § (a) (i): “The state within whose sovereign territory, or territorial waters, interception takes place has the primary responsibility for addressing any protection needs of intercepted persons.”

³¹ *Refugee Council of Australia, Position Paper of 17 May 2006: Migration Amendment (Designated Unauthorised Arrivals) Bill 2006*, § 6.

³² EGMR, *Amuur v. France*, Urt. v. 25. Juni 1996, 17/1995/523/609, § 52.

³³ Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 320 ff.; Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, S. 253; Barnes, in: *ICLQ* 53 (2004), S. 47 (66 und 69).

³⁴ Barnes, in: *ICLQ* 53 (2004), S. 47 (68); Feld, in: *AJHR* 11 (2002), <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/> (zuletzt besucht August 2007).

³⁵ Barnes, in: *ICLQ* 53 (2004), S. 47 (69); ebenso, unter Berufung auf die Rspr. des EGMR in *Amuur*, Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 321.

³⁶ BGBl. 1990 II S. 247.

liefere, gefoltert zu werden.“ Hier ist auf die unter 3.1.1.1. angeführten Argumente zu verweisen. Das Verbot des Art. 3 I der Anti-Folter-Konvention gilt folglich unabhängig von entgegenstehenden innerstaatlichen Regelungen innerhalb des gesamten Staatsgebietes einschließlich der Zwölfmeilenzone.

3.1.1.3. IPbürgR

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte³⁷ (IPbürgR) enthält in Art. 7 I das Verbot der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe. Wenngleich der IPbürgR kein ausdrückliches *refoulement*-Verbot enthält, wird aus der genannten Norm, in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK, ein *refoulement*-Verbot gefolgert.³⁸ Der Schutz des Paktes erstreckt sich gem. Art. 2 I auf alle Personen, die sich im Gebiet eines Vertragsstaates und seiner Hoheitsgewalt befinden. Folglich ist auch hier auf die unter 3.1.1.1. angeführten Argumente zu verweisen. Also gilt auch das aus Art. 7 I IPbürgR folgende *refoulement*-Verbot unabhängig von entgegenstehenden innerstaatlichen Regelungen innerhalb des gesamten Staatsgebietes einschließlich der Zwölfmeilenzone.

3.1.1.4. EMRK

Aus dem Wortlaut der Europäischen Menschenrechtskonvention³⁹ (EMRK) ergibt sich kein unmittelbares Abschiebungshindernis. Gleichwohl ist nach ständiger Rechtsprechung des EGMR die Auslieferung, Ausweisung oder Abschiebung in einen Staat verboten, in welchem dem Betroffenen Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK droht.⁴⁰ Anknüpfungspunkt für den Eingriff in Art. 3 EMRK ist hierbei die aufenthaltsbeendende Maßnahme selbst, die vom Konventionsstaat durchgeführt wird.⁴¹ Die EMRK verpflichtet die Vertragsparteien nach Art. 1 in Bezug auf „all persons within their jurisdiction,“ also alle Personen unter ihrer Hoheitsgewalt. Gegenstand des Urteils in *Amuur*⁴² war zwar eine Zone, die sich auf dem Landgebiet befand. Der Hoheitsgewalt unterliegt jedoch unbestritten das gesamte Staatsgebiet, also nach Art. 2 I SRÜ auch das Küstenmeer. Folglich besteht kein Zweifel, dass der in *Amuur* aufgestellte Grundsatz auch innerhalb der Zwölfmeilenzone Geltung beansprucht, zumal hier dieselben Argumente wie unter 3.1.1.1. zum Tragen kommen. Das aus der EMRK folgende *refoulement*-Verbot gilt demnach innerhalb des gesamten Staatsgebietes einschließlich der Zwölfmeilenzone. Das gilt unabhängig von entgegenstehenden innerstaatlichen Regelungen.

3.1.2. Völkerrechtliche Verpflichtungen jenseits der europäischen Zwölfmeilenzone

Fraglich ist, ob die genannten Verträge auch jenseits des Küstenmeerstreifens zur Anwendung kommen, d.h. in der jeweiligen Anschlusszone bzw. auf hoher See.

3.1.2.1. GFK

In der aktuellen rechtspolitischen Diskussion gibt es Versuche, einer Entrechtlichung des Gebietes jenseits der Zwölfmeilenzone das Wort zu reden. So vertritt das deutsche Bundesministerium des

³⁷ BGBl. 1973 II 1534.

³⁸ Nowak, CCCPR Commentary, Art. 7, § 21.

³⁹ BGBl. 2002 II S. 1055.

⁴⁰ Ständige Rspr. seit EGMR, *Soering v. UK*, Urteil vom 07.07.1989, Appl. No. 14038/88, §§ 91 ff; ausführlich Marx, Handbuch zur Flüchtlingsanerkennung, § 39, Rn. 190 ff; daneben kommt, wenngleich weniger praxisrelevant, ein Abschiebungsverbot in Frage, wenn andere Rechte der EMRK bedroht sind, vgl. EGMR, *Soering v. UK*, ebd., § 115.

⁴¹ Wollenschläger, in: Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 17, Rn. 32. m.w.N.; Marx, Handbuch zur Flüchtlingsanerkennung, § 39, Rn. 154 f m.w.N. aus der Rechtsprechung der Kommission und des Gerichtshofes; Bank, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar, Kap. 11, Rn. 106.

⁴² EGMR, *Amuur v. France*, Urte. v. 25.06.1996, Appl. No. 17/1995/523/609, § 52.

Innern (BMI) in Übereinstimmung mit der Bundesregierung⁴³ folgende These: „Das Zurückweisungsverbot der Genfer Flüchtlingskonvention findet nach Staatenpraxis und überwiegender Rechtsauffassung auf Hoher See, die extraterritoriales Gebiet ist, gegenüber Personen, die Verfolgungsgründe geltend machen, keine Anwendung.“⁴⁴

BMI und Bundesregierung verzichten darauf, die behauptete Staatenpraxis zu belegen. Damit geben sie ein falsches Bild wieder, denn die Einschätzung der EU-Mitgliedstaaten ist uneinheitlich.⁴⁵ Das ist auch der Hintergrund dafür, dass die Kommission im November 2006 in einer Mitteilung angekündigt hat, dass eine von ihr geplante Studie zum Internationalen Seerecht sich unter anderem mit der als offen gewerteten Frage befassen werde, „in welchem Umfang die Mitgliedstaaten nach dem Grundsatz der Nichtzurückweisung zur Schutzgewährung verpflichtet sind, wenn ihre Schiffe in den unterschiedlichsten Situationen Abfang-, Such- und Rettungsmaßnahmen durchführen.“⁴⁶ In der Staatenpraxis finden sich allenfalls vereinzelte Positionen, die eine extritoriale Geltung der GFK verneinen. Im Zentrum der internationalen Debatte steht der vom US-amerikanischen Supreme Court entschiedene Fall *Sale v. Haitian Ctrs. Council*. Der Supreme Court wertete die umstrittene Praxis US-amerikanischer Patrouillenboote, Bootsflüchtlinge aus Haiti jenseits der eigenen Hoheitsgewässer durch physische Gewalt abzurängen,⁴⁷ als rechtmäßig. Art. 33 I GFK entfalte keine extritoriale Wirkung.⁴⁸ Dem schlossen sich in der Folge die australische⁴⁹ und Teile der britischen⁵⁰ Rechtsprechung an. Hier gilt es jedoch zu betonen, dass die Urteile einzelner innerstaatlicher Gerichte allenfalls rechtsvergleichend zu diskutieren sind, aber keine völkerrechtliche Verbindlichkeit beanspruchen können.⁵¹

Die Aussage, neben der behaupteten Staatenpraxis verneine auch die überwiegende Rechtsauffassung eine extritoriale Geltung des *refoulement*-Verbots der GFK, wird ebenfalls weder vom BMI noch von der Bundesregierung belegt. Sie gibt den Stand der internationalen Debatte, wie er sich seit mehr als einem Jahrzehnt darstellt, falsch wieder. Eine entsprechende Rechtsauffassung findet sich allenfalls noch in der Literatur der 1950er und -60er Jahre.⁵² Die jüngere Literatur⁵³ hingegen ist

⁴³ Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Abgeordneten Winkler, Beck, Beck, weiterer Abgeordneter und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – Drs. 16/2542 –, BT-Drs. 16/2723 vom 25. 09. 2006, S. 6: „Die Regelungen des deutschen und europäischen Asyl- und Flüchtlingsrechts entfalten ihre Wirkung erst bei territorialem Gebietskontakt, d. h. an der Grenze und im Landesinneren. Gleiches gilt nach ganz überwiegen der Staatenpraxis für die Anwendung des Grundsatzes des Non-refoulement der Genfer Flüchtlingskonvention.“

⁴⁴ BMI, Effektiver Schutz für Flüchtlinge, wirkungsvolle Bekämpfung illegaler Migration, Pressemitteilung, September 2005, S. 2, abrufbar über www.bmi.bund.de (zuletzt besucht August 2007).

⁴⁵ Ebenso die Einschätzung angesichts des i.F. zitierten Dokuments bei Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, S. 36.

⁴⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission vom 30. 11. 2006 an den Rat, KOM(2006) 733 endültig, § 34.

⁴⁷ Ausführlich zum Hintergrund Legomsky, in: *IJRL* 18 (2006), S. 677 (679 ff); Magner, in: *IJRL* 16 (2004), S. 53 (72).

⁴⁸ *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 156 (USSC 1993).

⁴⁹ *MIMA v. Ibrahim*, [2000] HCA 55 (16. November 2000), § 136, per Gummow J; *MIMA v. Khawar*, [2002] HCA 14 (11 April 2002), § 42, per Mc Hugh and Gummow JJ; ähnlich wohl auch *Applicant A & Anor v. MIEA & Anor*, [1997] HCA 4 (24 February 1997), 142 A.L.R. 331, 366, per Gummow J, der sich a.a.O. zwar auf *Sale* beruft, allerdings nicht die extritoriale Geltung des *refoulement*-Verbotes, sondern die Frage nach einem Recht auf Asyl unter der GFK erörtert und ablehnt.

⁵⁰ *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Anor (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and Others (Appellants)*, [2004] UKHL 55 (9. Dezember 2004), § 68, per Lord Hope, i.Erg. wohl auch Lord Bingham, a.a.O., § 17.

⁵¹ Etwas anderes könnte nur gelten, wenn in ihnen entweder eine *übereinstimmende* Praxis i.S.d. Art. 31 III b) WVK zum Ausdruck kommt oder eine solche, die zu Völkergewohnheitsrecht i.S.d. Art. 38 IGH-Statut erstarkt ist. Beides ist aber für die hier diskutierte Konstellation zu verneinen.

⁵² Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Volume II (1966), S. 94; Robinson, *Nehemiah: Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation* (1953), Art. 33, § 5; sofern sich der Supreme Court in *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 183 (USSC 1993), auf Aga Khan, in: *Recueil des Cours* 149 (1976), S. 287 (318), bezieht, verkennt er, dass das Recht auf Asyl, das a.a.O. diskutiert und bedauernd abgelehnt wird, etwas anderes als das Prinzip des non-refoulement ist, vgl. hierzu Goodwin-Gill, in: *IJRL* 6 (1994), S. 103 (109).

⁵³ Lauterpacht / Bethlehem, in: Feller / Türk / Nicholson, *Refugee Protection in International Law*, S. 87 (110), § 62; Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, S. 244 ff; Goodwin-Gill, in: *IJRL* 6 (1994), S. 103 (103

sich mit UNHCR,⁵⁴ dem EXCOM⁵⁵ und NGO's⁵⁶ darin einig, dass Art. 33 I GFK die Vertragsstaaten auch außerhalb des Staatsterritoriums bindet. Dieselbe Auffassung vertreten Teile der insoweit uneinheitlichen britischen Rechtsprechung⁵⁷ und Judge Blackmun in seiner Dissenting Opinion in *Sale v. Haitian Ctrs. Council*.⁵⁸ Auch die Inter-Amerikanische Kommission für Menschenrechte, die eine Verletzung mehrerer AMRK-Rechte durch die US-amerikanische Praxis gegenüber haitianischen Bootsflüchtlingen feststellte,⁵⁹ folgt der Auffassung des UNHCR.⁶⁰

Entscheidend kann hiernach nicht der Ort sein, an dem sich der Betroffene und die handelnde staatliche Person befinden. Vielmehr gehe es allein darum, ob der Betroffene sich in der Kontrolle staatlicher Organe befindet oder von ihrem Handeln betroffen ist.⁶¹ Außerhalb des Herkunftsstaates des Betroffenen gebe es keinen Ort, an dem das *refoulement*-Verbot der GFK keine Geltung beanspruchen kann – sei es innerhalb des eigenen Territoriums, an der Grenze, jenseits der Staatsgrenze, in Transitzonen oder in als Internationalen Zonen deklarierten Gebieten.⁶² Die gegenteilige Ent-

ff); Barnes, in: ICLQ 53 (2004), S. 47 (68); Bailliet, in: Hum.Rts.Q. 25 (2003), S. 741 (751); Roberts, in: EJIL 15 (2004), S. 721 (745 f); Goodwin-Gill, in: IJRL 6 (1994), S. 103 (109); Fischer-Lescano / Tohidipur, in: Europäisches Asyl- und Migrationsrecht, Beilage zum Asylmagazin 5/2007, S. 19 (24 f); Legomsky, in: IJRL 18 (2006), S. 677 (687 ff); Debenedetti, Externalization of European Asylum and Migration Policies, S. 6; Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, S. 336 ff; Magner, in: IJRL 16 (2004), S. 53 (71); Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders, S. 37; nicht ausdrücklich, i.Erg. aber wohl ebenso Fitzpatrick, in: Harv.Hum.Rts.J. 9 (1996), S. 229 (248), die die Entscheidung in *Sale* als „particularly stark and troubling“ kritisiert.

⁵⁴ 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, §§ 24 ff; ders., Background Paper on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea, § 18; ders., The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law, § 30; ders., UN High Commissioner for refugees responds to U.S. Supreme Court Decision in *Sale v. Haitian Centers Council*, abgedruckt in International Legal Materials 32 (1993), S. 1215 (1215); ders., Amicus Curiae Brief of December 21 1992 submitted to the United States Supreme, zitiert in ILM 32 (1993), S. 1215 (1215); UNHCR, Anmerkungen zur Mitteilung der Europäischen Kommission über eine gemeinsame Politik auf dem Gebiet der illegalen Einwanderung (KOM(2001) 672 endg. vom 15. November 2001), § 12;

i. Erg. auch UNHCR/IMO, Rescue at Sea, S. 8: “If people are rescued at sea make known a claim for asylum, key principles as defined in international refugee law need to be upheld.”

⁵⁵ EXCOM, Standing Committee, 18th Meeting, Interception of Asylum Seekers and Refugees: The International Framework and recommendations for a Comprehensive Approach, UN Doc. EC/50/SC/CRP.17 (09.06.2000), § 23: „The principle of non-refoulement does not imply any geographical limitation.“; daneben hat das EXCOM wiederholt auf Situationen hingewiesen, in denen das Verbot des *refoulement* unabhängig von der Präsenz des Betroffenen auf dem Territorium des Vertragsstaates besteht; so hat es die Zurückweisung an der Grenze in EXCOM, Conclusion No. 22 (XXXII) (1981), § II.A.2; No. 81 (XLVIII) (1997), § (h), und Conclusion No. 82 (XLVIII) (1997), § (d) (iii), ebenso als Verstoß gewertet wie die Verhinderung des Zugangs zum Staatsgebietes, vgl. EXCOM, Conclusion No. 82 (XLVIII) (1997), § (d) (iii); Conclusion No. 85 (XLIX) (1998), § (q); in diesem Sinne auch der Hinweis auf die Schutzbedürftigkeit blinder Passagiere an Bord von Schiffen, Conclusion No. 53 (XXXIX) (1981), § (1).

⁵⁶ HRW, By Invitation Only: Australian Asylum Policy, S. 40; Young, NGO Submission to UNHCR's Executive Committee, Standing Committee 5-7 July 2000, Statement of Wendy Young of the Women's Commission for Refugee Women and Children on behalf of the NGO Community.

⁵⁷ European Roma Rights Centre & Ors v Immigration Officer at Prague Airport & Anor [2003] EWCA Civ 666 (20 May 2003), § 34, per Simon Brown LJ.

⁵⁸ Dissenting Opinion Blackmun J, *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 190 (USSC 1993).

⁵⁹ The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), §§ 183 – 188.

⁶⁰ The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., 550 (1997), § 157.

⁶¹ Lauterpacht / Bethlehem, in: Feller / Türk / Nicholson, Refugee Protection in International Law, S. 87 (110 f), § 63 und 64; Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, S. 245; 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, § 43.

⁶² Lauterpacht / Bethlehem, in: Feller / Türk / Nicholson, Refugee Protection in International Law, S. 87 (111), § 67; Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, S. 246; Fischer-Lescano / Tohidipur, in: Europäisches Asyl- und Migrationsrecht, Beilage zum Asylmagazin 5/2007, S. 19 (25).

scheidung des US Supreme Court wird von Vertretern dieses Ansatzes in außergewöhnlich scharfem Tonfall⁶³ als rein politisch motivierte Entscheidung kritisiert⁶⁴ und abgelehnt.⁶⁵

Für den zuletzt genannten Ansatz spricht bereits der Wortlaut. Dessen Auslegung orientiert sich nach Art. 33 WVK i.V.m. Art. 46 GFK an der englischen und französischen Fassung. Die englische Fassung von Art. 33 I GFK formuliert: „No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened (...).” Bereits die Formulierung „in any manner whatsoever“ umfasst jede erdenkliche Handlung, die den Betroffenen der Verfolgungsgefahr aussetzt.⁶⁶

Zudem steht neben „expel“, das sich auf die Ausweisung aus dem Staatsgebiet bezieht, das zusätzlich verwandte „return“. Letzterem muss eine eigenständige Bedeutung zukommen. Das erkennt auch der US Supreme Court an, umgeht dies aber durch die These, dass „return“ nur Personen erfasse, die sich unmittelbar an der Schwelle zum Übergang ins Territorium befänden.⁶⁷ Dieser Annahme steht jedoch die gewöhnliche Bedeutung des Begriffs „return“ entgegen.⁶⁸ Sie umfasst „to send back“⁶⁹ bzw. „to bring, send, or put back to a former or proper place.“⁷⁰ Geographischer Bezugspunkt ist allein der Zielort, an den nicht zurückgeschickt werden darf. Eine geographische Beschränkung hinsichtlich des Ortes, an dem diese Verpflichtung entsteht, ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen.⁷¹ Folglich gesteht auch der Supreme Court ein, dass er entgegen Art. 31 WVK eine engere Auslegung des Wortlauts als die gewöhnliche wählt, rechtfertigt dies jedoch mit der französischen Bedeutung des Wortes. Sie erfasse rein passive Akte der Abwehr an der Grenze, nicht aber die in Rede stehenden Handlungen der US-amerikanischen Sicherheitskräfte auf hoher See.⁷² Dass dies ins Leere geht, wird bereits daran deutlich, dass die französische Presse selbst den Begriff des *refouler* für die in Rede stehenden Handlungen verwandte⁷³ und dass „refouler“ mit „repousser“⁷⁴ (*zurückstoßen*, *zurückweisen*⁷⁵) und „pousser en arrière“⁷⁶ (*zurückdrängen*, *zurückstoßen*⁷⁷) gleichgesetzt wird.⁷⁸

⁶³ Vgl. Goodwin-Gill, in: IJRL 6 (1994), S. 103 (109): “The Court has merely compounded the illegality, itself becoming a party to the breach”; Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 337: “Of all of the Court’s Arguments, this is perhaps the most disingenuous”.

⁶⁴ Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, S. 247: “essentially policy decision”.

⁶⁵ UNHCR, *Advisory Opinion on the Exterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, § 28; Legomsky, in: IJRL 18 (2006), S. 677 (686 ff); Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 336 ff.

⁶⁶ Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, S. 246; Goodwin-Gill, in: IJRL 6 (1994), S. 103 (103); UNHCR: UN High Commissioner for refugees responds to U.S. Supreme Court Decision in *Sale v. Haitian Centers Council*, abgedruckt in *International Legal Materials* 32 (1993), S. 1215 (1215); Legomsky, in: IJRL 18 (2006), S. 677 (688); Magner, in: IJRL 16 (2004), S. 53 (71); Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union’s External Borders*, S. 34.

⁶⁷ *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 180 (USSC 1993).

⁶⁸ Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 337.

⁶⁹ Oxford English Dictionary, Online-Ausgabe, www.oed.com, Return, III. c., (zuletzt besucht August 2007); ebenso Merriam-Webster Online Dictionary, Return, 3. a., www.m-w.com/cgi-bin/dictionary (zuletzt besucht August 2007).

⁷⁰ Merriam-Webster Online Dictionary, Return, 2.a., www.m-w.com/cgi-bin/dictionary (zuletzt besucht August 2007).

⁷¹ UNHCR, *Advisory Opinion on the Exterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, § 26 f; *Dissenting Opinion Blackmun J, Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 193 (USSC 1993); Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union’s External Borders*, S. 34.

⁷² *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 180 (USSC 1993).

⁷³ Vgl. *Le Monde v. 31.5./1.6. 1992, Le bourbier haïtien*; zitiert nach Blackmun J in seiner *Dissenting Opinion, Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 194 (USSC 1993), hin; ebenso Legomsky, in: IJRL 18 (2006), S. 677 (690).

⁷⁴ *Le Nouveau Petit Robert*, S. 2212.

⁷⁵ Langenscheidts Großwörterbuch Französisch-Deutsch, S. 830.

⁷⁶ *Le Nouveau Petit Robert*, S. 2212.

⁷⁷ Langenscheidts Großwörterbuch Französisch-Deutsch, S. 59 und 747.

⁷⁸ Ebenso *Dissenting Opinion Blackmun J, Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 191 (USSC 1993).

Das wird durch teleologische Erwägungen gestützt. Die Konvention dient dem effektiven Schutz gegen Menschenrechtsverletzungen im Herkunftsstaat. Jede territoriale Beschränkung würde das vereiteln.⁷⁹ Diesem Argument kommt aus drei Gründen erhebliches Gewicht zu.

- Erstens bemisst sich die Schutzbedürftigkeit von Flüchtlingen allein an der Verfolgungsgefahr im Herkunftsstaat. Die Betonung der Opferperspektive als bestimmendes Element der Auslegung hat sich in den vergangenen Jahren bei unterschiedlichen strittigen Fragen des Flüchtlingsbegriffs durchgesetzt.⁸⁰ Eine konsistente Auslegung der GFK muss diese Perspektive auch bei der Auslegung des *refoulement*-Verbots einnehmen.
- Zweitens findet die extritoriale Geltung auch bei anderen Menschenrechtsverträgen zunehmend Anerkennung.⁸¹ Eine menschenrechtlich-dynamische Interpretation der GFK muss in Übereinstimmung mit diesen Entwicklungen⁸² erfolgen.⁸³
- Drittens würde die gegenteilige Ansicht den Vertragsstaaten die Möglichkeit geben, sich dadurch ihren internationalen Verpflichtungen zu entziehen, dass sie de facto-Grenzkontrollen vor die eigenen Hoheitsgewässer verlagern. Damit würde Staaten die Möglichkeit eröffnet, durch treuwidriges Verhalten Ziel und Zweck der GFK zu vereiteln.

Zuletzt sprechen systematische Erwägungen für die extritoriale Geltung. Zwar verweist der US Supreme Court in *Sale* auf Art. 33 II GFK. Hiernach kann sich nicht auf Abs. I derselben Norm berufen, wer aus schwerwiegenden Gründen eine Gefahr für die Allgemeinheit des Landes darstellt, in dem er sich befindet („the country in which he is“). Art. 33 I GFK könne sich also nur auf Personen innerhalb des Staatsterritoriums beziehen.⁸⁴ Auch dieser Einwand geht jedoch ins Leere. Erstens stehen Art. 33 I und II GFK in einem Ausnahmeverhältnis zueinander. Der dargestellte Ansatz

⁷⁹ UNHCR, Advisory Opinion on the Extritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, § 29; ders., UNHCR: UN High Commissioner for refugees responds to U.S. Supreme Court Decision in *Sale v. Haitian Centers Council*, abgedruckt in *International Legal Materials* 32 (1993), S. 1215 (1215), unter Berufung auf den im selben Verfahren eingereichten *Amicus Curiae* Brief.

⁸⁰ Vgl. die Betonung der Opferperspektive als Argument gegen das Erfordernis einer feindseligen Motivation bei RSAA, Ref. App. No. 71427/99 (16 August 2000), § 46; Hathaway / Foster, in: *IJRL* 15 (2003), S. 461 (468); Cook, in: *Mich.J.Int'l L.* 23 (2002), S. 223 (243); von Thenen, *Geschlechtsspezifische Flucht- und Bleibegründe*, S. 71; ebenso wird die Opferperspektive als entscheidendes Argument gegen das Erfordernis des inneren Zusammenhalts bei der Auslegung der bestimmten sozialen Gruppe anerkannt, vgl. *Islam v. SSHD and Anor*, Ex Parte Shah, R v., [1999] UKHL 20 (25th March, 1999), abgedruckt in: *IJRL* 11 (1999), S. 496 (511), per Lord Hoffmann; zuletzt ist die Perspektive des Opfers eines der entscheidenden Argumente gegen das überkommene Erfordernis der Staatlichkeit der Verfolgung, vgl. RSAA, Ref. App. No. 71427/99 (16. August 2000), § 63; Mathew / Hathaway / Foster, in: *IJRL* 15 (2003), S. 444 (451).

⁸¹ Vgl. hierzu unten 3.1.2.2., 3.1.2.3., 3.1.2.4. und 3.1.3.2., 3.1.3.3. und 3.1.3.4.

Menschenrechtskommission: *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., 550 (1997), § 167.

⁸² Vor diesem Hintergrund geht auch der Verweis des House of Lords und des US Supreme Court auf *Grahl-Madsen*, vgl. *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Anor (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and Others (Appellants)*, [2004] UKHL 55 (9. December 2004), § 70, per Lord Hope; *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 182 (USSC 1993), und auf *Robinson*, UKHL a.a.O., § 17, per Lord Bingham; USSC a.a.O., ins Leere. Beide Autoren haben die zitierten Thesen mehrere Jahrzehnte vertreten (*Grahl-Madsen* 1966, *Robinson* 1953) bevor sich der dargestellte menschenrechtliche Konsens durchsetzte. Ob sie dies heute ebenso tun würden, darf daher bezweifelt werden.

⁸³ Ausdrücklicher Verweis auf GFK und Menschenrechtsverträge als sich beeinflussende Systeme bei UNHCR, Advisory Opinion on the Extritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, § 34; Goodwin-Gill, in: *IJRL* 6 (1994), S. 103 (105); ebenso, unter ausführlicher Darstellung der entsprechenden Ansätze des HRC und des EGMR *Lauterpacht / Bethlehem*, in: *Feller / Türk / Nicholson, Refugee Protection in International Law*, S. 87 (110 f), §§ 64 ff; Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, S. 244 ff; Barnes, in: *ICLQ* 53 (2004), S. 47 (68); Fischer-Lescano / Tohidipur, in: *Europäisches Asyl- und Migrationsrecht, Beilage zum Asylmagazin* 5/2007, S. 19 (24 f); Goodwin-Gill, in: *IJRL* 6 (1994), S. 103 (103); Roberts, in: *EJIL* 15 (2004), S. 721 (745 f); Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 339.

⁸⁴ *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 179 f (USSC 1993).

schließt methodenwidrig von der Ausnahme auf die Regel.⁸⁵ Er übersieht zweitens, dass beide Normen unterschiedliche Ziele verfolgen.⁸⁶ Die Ausnahme des Abs. II bezieht sich auf die vom Antragsteller ausgehende Gefahr. Diese aber kann für den Aufnahmestaat erst in der besonderen Situation entstehen, wenn der Betroffene sich in ihm aufhält.⁸⁷ Art. 33 II GFK ist vor dem Hintergrund dieser Gefahr als ein Eingeständnis an staatliche Souveränität zu werten, die auf hoher See jedoch keine Geltung beanspruchen kann.⁸⁸ Drittens enthält die Konvention dort, wo Rechtsfolgen erst in Anknüpfung an den Aufenthalt im Staatsterritorium eintreten, ausdrückliche Regelungen. Diese sind präzise formuliert, indem sie danach differenzieren, ob es um reine Präsenz⁸⁹ oder rechtmäßigen Aufenthalt im Staatsgebiet⁹⁰ geht. Im Umkehrschluss verbietet es sich, eine geographische Restriktion in andere Normen der Konvention hineinzulesen, die eine solche Beschränkung nicht enthalten.⁹¹

Als weiteres Argument gegen eine extritoriale Anwendung der Konvention wird vielfach vorgebracht, dass dies einem Recht auf territoriales Asyl gleichkommen würde. Dies aber sei in der GFK nicht enthalten.⁹² Letzteres ist grundsätzlich zutreffend, verkennt jedoch, dass das Recht auf Asyl etwas anderes als das Gebot des *non-refoulement* ist.⁹³

Zuletzt stützt sich der Supreme Court in *Sale*, wie auch Teile der britischen Rechtsprechung,⁹⁴ auf die Entstehungsgeschichte.⁹⁵ Die historische Auslegung ist nach Art. 32 WVK aber subsiditär.⁹⁶ Sie könnte also keinen Einfluss auf das hier vertretene Ergebnis haben. Im Übrigen stützt sich der Supreme Court isoliert auf die Aussagen zweier Delegierter,⁹⁷ die den Beiträgen eines anderen Delegierten widersprachen⁹⁸ und daher keinen Konsens der Bevollmächtigtenversammlung belegen.⁹⁹ So

⁸⁵ Vgl. in diesem Sinne wohl auch Dissenting Opinion Blackmun J, *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 194 (USSC 1993): “nonreturn is the rule, the sole exception (...) is that a nation endangered by a refugee’s very presence may ‘expel or return’ him to an unsafe country if it chooses.”

⁸⁶ UNHCR, Advisory Opinion on the Extritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, § 28.

⁸⁷ UNHCR, Advisory Opinion on the Extritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, § 28; Legomsky, in: *IJRL* 18 (2006), S. 677 (689); Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 336; Dissenting Opinion Blackmun J, *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 194 (USSC 1993).

⁸⁸ Legomsky, in: *IJRL* 18 (2006), S. 677 (689).

⁸⁹ Art. 2: „country in which he finds himself“; Art. 4: “refugees within their territories, Art. 27: “any refugee in their territory”.

⁹⁰ Art. 15, 17 I, 19 I, 21, 23, 24 I, 28 I: “lawfully staying“; Art. Art. 18 und 32: „Refugee lawfully in their territory“; Art. 26: “refugees lawfully in its territory”.

⁹¹ UNHCR, Advisory Opinion on the Extritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, § 28.

⁹² *Applicant A & Anor v. MIEA & Anor*, [1997] HCA 4 (24 February 1997), 142 A.L.R. 331, 366, per McHugh J; *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Anor (Respondents) ex Parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)*, [2004] UKHL 55 (9 December 2004), § 17, per Lord Bingham, unter Berufung auf *MIMA v. Ibrahim*, [2000] HCA 55 (16. November 2000), § 142, per Gummow J; vgl. a.a.O. in diesem Sinne auch §§ 137 ff; ebenso die Ansicht der US-Regierung in *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), § 72.

⁹³ Vgl. hierzu Goodwin-Gill, in: *IJRL* 6 (1994), S. 103 (109); vgl. hierzu auch unten 3.3.1.

⁹⁴ *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Anor (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and Others (Appellants)*, [2004] UKHL 55 (09. Dezember 2004), § 17, per Lord Bingham.

⁹⁵ *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 184 bis 187 (USSC 1993); allerdings gesteht der Supreme Court die subsidiäre Geltung selbst ein, vgl. S. 187.

⁹⁶ Vgl. 3.; ebenso Dissenting Opinion Blackmun J, *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 194 f (USSC 1993); Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union’s External Borders*, S. 35.

⁹⁷ *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 184 f (USSC 1993).

⁹⁸ Vgl. die Aussage des US-amerikanischen Delegierten Henkins, wonach allein die Gefahr im Herkunftsstaat entscheidend ist, ECOSOC, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, UN Doc. E/AC.32/SR. 20 (1 February 1950), § 54 f; abgedruckt in in: Takkenberg / Tahbaz, *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees*, Vol. I, S. 290 (295).

⁹⁹ Legomsky, in: *IJRL* 18 (2006), S. 677 (690); Goodwin-Gill, in: *IJRL* 6 (1994), S. 103 (104).

kann es nicht erstaunen, dass die Entstehungsgeschichte vom UNHCR gegenteilig,¹⁰⁰ in der Literatur zumindest als zweideutig beurteilt wird.¹⁰¹ Eine abschließende Beurteilung dieser Kontroverse erübrigt sich hier jedoch gem. Art. 32 WVK als rechtlich irrelevant. Das *refoulement*-Verbot aus Art. 33 II GFK entfaltet demnach extritoriale Bindungswirkung.

3.1.2.2. CAT

Das vertraglich zuständige Überwachungsorgan, der UN-Fachausschuss gegen Folter, hat die extritoriale Geltung von Art. 3 I CAT im Hinblick auf die in Guantánamo Inhaftierten bestätigt.¹⁰² Darüber hinaus hat der Ausschuss darauf verwiesen, dass sogar die Normen der Konvention, die an die Begründung von Hoheitsgewalt anknüpfen, extritorial anwendbar seien, wenn der Staat effektive Kontrolle über ein Gebiet oder eine Person ausübe.¹⁰³ Die Anti-Folter-Konvention verwendet in der englischen Fassung als einer der authentischen Vertragssprachen¹⁰⁴ neben dem Wort „extradite“ die Worte „expel, return (‘refouler)’“, gleicht diesbezüglich also dem Verbot des Art. 33 I GFK. Daher kann zur Begründung dieses Ansatzes umfassend auf die oben¹⁰⁵ angeführten Argumente verwiesen werden. Zudem knüpft der Wortlaut, ohne die Begründung von Hoheitsgewalt zu verlangen, an den Akt der Ausweisung, Auslieferung und Abschiebung an. Auch dies spricht für extritoriale Anwendbarkeit. Art. 3 I CAT gilt extritorial.

3.1.2.3. IPbürgR

Die Literatur¹⁰⁶ geht auch für das aus Art. 7 S. 1 IPbürgR folgende *refoulement*-Verbot von extritorialer Geltung aus. Sie folgt damit dem vertraglich zuständigen Überwachungsorgan, dem Ausschuss für Menschenrechte. Dieser hat bereits 1981 festgestellt, dass es für die nach Art. 2 I IPbürgR erforderliche Begründung von Herrschaftsgewalt nicht auf den Ort der staatlichen Handlung ankomme, sondern darauf, ob sich in der Beziehung zwischen Staat und Individuum eine Menschenrechtsverletzung ergebe.¹⁰⁷ Der Ausschuss bekräftigte dies 2004 in seinem General Comment No. 31 und stellte unabhängig vom Ort des Geschehens allein darauf ab, ob sich die Person in der Gewalt oder unter effektiver Kontrolle des Staates befinde.¹⁰⁸ Demnach gilt auch Art. 7 S. 1 IPbürgR extritorial.

3.1.2.4. EMRK

Die Geltung des aus der EMRK folgenden *refoulement*-Verbots wird von der überwiegenden Literatur¹⁰⁹ auch jenseits der Zwölfmeilenzone bejaht. Der EGMR hat sich in anderem Zusammenhang,

¹⁰⁰ UNHCR, Advisory Opinion on the Extritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, §§ 30 f.

¹⁰¹ Dissenting Opinion Blackmun J, *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 194 (USSC 1993); Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 337.

¹⁰² CAT, Concluding Observations: United States of America, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2 (25.07.2006), § 20.

¹⁰³ CAT, ebd., § 15.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 33 CAT.

¹⁰⁵ Vgl. oben 3.1.2.1.

¹⁰⁶ Lawson, in: Coomans / Kamminga, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, S. 83 (93); Fischer-Lescano / Tohidipur, in: *Europäisches Asyl- und Migrationsrecht*, Beilage zum *Asylmagazin* 5/2007, S. 19 (24).

¹⁰⁷ Human Rights Committee, *Delia Saldias de Lopez v. Uruguay*, Communication No. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 (29.07.1981), §§ 12.1. – 12.3.; ebenso Human Rights Committee, Communication No. 106/1981: Uruguay, UN Doc. CCPR/C/18/D/106/1981 (31.03.1983), § 5.

¹⁰⁸ Human Rights Committee, General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26.05.2004), § 10.

¹⁰⁹ Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, S. 245; Fischer-Lescano / Tohidipur, in: *Europäisches Asyl- und Migrationsrecht*, Beilage zum *Asylmagazin* 5/2007, S. 19 (24); Lauterpacht / Bethlehem, in: Feller / Türk / Nicholson, *Refugee Protection in International Law*, S. 87 (111), § 66.

ebenso wie die EKMR, mehrfach mit der extritorialen Wirkung der EMRK befasst. Allerdings hatte keines der Urteile die Geltung des *refoulement*-Verbots zum Gegenstand.

Der EGMR urteilt stark einzelfallbezogen. Vor diesem Hintergrund wird die generelle Entwicklung der Rechtsprechung im Folgenden knapp wiedergegeben, um anschließend anhand einzelner Urteile zu untersuchen, welche Schlüsse sie auf die hier untersuchte Frage zulassen. Im Zentrum der Beurteilung steht stets die Frage, ob sich die betroffenen Personen gem. Art. 1 EMRK in der Hoheitsgewalt des handelnden Staates befinden. Die EKMR erkannte die grundsätzliche Möglichkeit der extritorialen Wirkung der EMRK in mehreren Entscheidungen an. „Within their jurisdiction“ i.S.d. Art. 1 EMRK sei nicht als Beschränkung auf das Staatsgebiet zu verstehen. Es komme darauf an, ob ein Staat tatsächliche Herrschaftsgewalt über eine Person ausübe, von der die Person oder ihr Eigentum betroffen ist. Ist dies der Fall, sei der Staat hierfür verantwortlich. Ob dies inner- oder außerhalb des eigenen Territoriums geschehe, sei irrelevant.¹¹⁰ Der EGMR bestätigte dies mehrfach beinahe wortgleich und ohne weitere Einschränkungen.¹¹¹ Ergänzend leitete er in *Loizidou*¹¹² und späteren Fällen¹¹³ die Staatenverantwortlichkeit nicht nur aus der effektiven Kontrolle über Personen, sondern auch daraus ab, dass der Staat aufgrund militärischer Besetzung, gleich ob legal oder illegal, effektive Gebietshoheit über fremdes oder eigenes Territorium ausübe. Für Einsätze im Rahmen der Treuhandverwaltung der Vereinten Nationen macht der EGMR in der Entscheidung *Behrami & Saramati* vom 31. Mai 2007 eine Jurisdiktionseinschränkung. Wenn Staaten Hoheitsgewalt an Internationale Organisationen übertragen und diese – wie im konkret zu entscheidenden Einsatz im Rahmen der *peace keeping*-Mission im Kosovo – außerhalb des Territoriums der jeweiligen Staaten ausgeübt wird,¹¹⁴ soll eine Zuständigkeit des EGMR nicht gegeben sein. Bei Maßnahmen kooperierender europäischer Grenzschutzorgane scheidet eine Übertragung von Hoheitsgewalt auf eine internationale Organisation in diesem Sinne indes aus. Einerseits ist bei Grenzschutzmaßnahmen der funktionale Territorialbezug anders als im Fall einer *peace keeping*-Mission gegeben. Andererseits sieht weder die FRONTEX-VO noch die VO 863/2007 zu den Soforteinsatzteams (RABITs) eine vollständige Übertragung von Hoheitsgewalt im Sinne der Rechtsprechung des EGMR vor, weshalb es also bei den europäischen Grenzschutzmaßnahmen bei dem Grundsatz bleibt, dass die EGMR extritorial zur Anwendung kommt, wenn Hoheitsgewalt ausgeübt wird.

Dieser Grundsatz extritorialer Anwendbarkeit der EMRK hat 2001 in der scharf kritisierten¹¹⁵ Entscheidung *Bankovic* eine gewisse Einschränkung erhalten. Der EGMR sah die Bombardierung Jugoslawiens durch mehrere Vertragsstaaten nicht als Ausübung von Hoheitsgewalt an. Er betonte nunmehr das Regel-Ausnahmeverhältnis: Art. 1 EMRK statuiere das territoriale Konzept der Hoheitsgewalt als Regel. Die extraterritoriale Anwendung der EMRK könne nur die Ausnahme sein, die bei besonderen Umständen des Einzelfalls anzunehmen sei.¹¹⁶ Ausgangspunkt der in *Bankovic* gegebenen Begründung ist das Territorialitätsprinzip. Hiernach übt jeder Staat auf seinem Staatsgebiet unbeschränkte Hoheitsmacht aus.¹¹⁷ Unter Berufung hierauf betont der EGMR, dass die extritoriale Ausübung von Hoheitsmacht i.S.d. Art. 1 EMRK gegenüber der Territorialhoheit des ande-

¹¹⁰ EMRK, *Cyprus v. Turkey*, Rep. 26.05.1975, Appl. Nos. 6780/74 and 6950/75, Decisions and Reports 2 (1975), 125, 136; EMRK, *Hess v. UK*, Entscheidung vom 28.05.1975, Appl. No. 6231/73, Decisions and Reports 2 (1975), 72, 73; EMRK, *W.M. v. Denmark*, Entscheidung vom 14.10.1992, Appl. No. 17392/90, § 2.

¹¹¹ EGMR, *Stocké v. Germany*, Urteil vom 19.03.1991, Appl. No. 11755/85, § 166; EGMR, *Drozd and Janousek v. France and Spain*, Urteil vom 26.06.1992, Appl. No. 12747/87, § 91.

¹¹² *Loizidou v. Turkey*, 23.03.1995, Appl. No. 40/1993/435/514, § 62.

¹¹³ EGMR, *Cyprus v. Turkey*, Urteil vom 10.05.2001, Appl. No. 25781/94, § 77; EGMR, *Dijavit An v. Cyprus*, Urteil vom 20.02.2003, Appl. No. 20652/92, §§ 18 – 23.

¹¹⁴ EGMR, *Behrami v. France & Saramati v. France, Germany & Norway*, Appl. No. 78166/01 & 71412/01, Entscheidung vom 31.05.2007, § 151.

¹¹⁵ Vgl. Breuer, in: *EuGRZ* 2003, S. 449 (450); Lawson, in: *Coomans / Kamminga, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, S. 83 (83 ff).

¹¹⁶ *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, Entscheidung vom 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, S. 333, §§ 59 ff.

¹¹⁷ Doehring, *Völkerrecht*, Rn. 808.

ren Staates nachrangig sei. Zudem dürfe ein Staat grundsätzlich¹¹⁸ nur dann auf fremdem Gebiet eines anderen Staates Hoheitsgewalt ausüben, wenn letzterer es ihm gestatte.¹¹⁹

Obwohl dies zunächst auf eine starke Einschränkung der extrritorialen Geltung hinzudeuten schien, hat der Gerichtshof auch nach *Bankovic* mehrfach extrritoriale Geltung angenommen.¹²⁰ Das Urteil kann man daher keinesfalls als pauschales Argument gegen extrritoriale Geltung heranziehen. Vielmehr sollte die Beurteilung durch den Gerichtshof als entwicklungs offen betrachtet werden.¹²¹ Das gilt umso mehr, als der Gerichtshof seine vorangegangene Rechtsprechung in *Bankovic* grundsätzlich bestätigte¹²² und nur aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht als erfüllt ansah.¹²³ Insbesondere nimmt die Argumentation in *Bankovic* das Territorialitätsprinzip in einer Weise zum Ausgangspunkt, die allein auf fremdem Staatsgebiet, nicht aber auf Hoher See Geltung beanspruchen kann. Auf Hoher See kann es in Ermangelung fremder Territorialhoheit nicht zu dem Konflikt kommen, den der EGMR durch seine Auslegung von Art. 1 EMRK zu vermeiden sucht.

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden untersucht, welche Schlüsse sich aus der vorliegenden Rechtsprechung für die extrritoriale Geltung ziehen lassen. Dabei folgt die Darstellung einer von Weinzierl im Rahmen einer vom Deutschen Institut für Menschenrechte veröffentlichten Studie¹²⁴ vorgenommenen Kategorisierung.

3.1.2.4.1. Seerechtliche Flaggenhoheit als Hoheitsgewalt

Der EGMR bejaht ausdrücklich die extrritoriale Wirkung der EMRK an Bord von Schiffen.¹²⁵ Dem ist als unmittelbare Konsequenz aus Art. 92 SRÜ zuzustimmen. Diese Norm definiert die sogenannte Flaggenhoheit. Sie kann zwar nicht mit Territorialhoheit gleichgesetzt werden,¹²⁶ führt aber als funktionale Hoheitsgewalt dazu, dass der Staat auf einem Schiff, das unter seiner Flagge fährt, Hoheitsgewalt ausübt. Daher gilt an Bord auch die Rechtsordnung des Flaggenstaates.¹²⁷ Diese umfasst im Falle von EU-Flaggenstaaten auch die EMRK. Gegenüber allen Personen, die sich an Bord befinden, ist die Besatzung also an die EMRK gebunden.¹²⁸

Fraglich ist aber, ob an Bord befindliche Besatzungsmitglieder aufgrund der Flaggenhoheit auch gegenüber solchen Personen an die EMRK gebunden sind, die sich im Wasser oder an Bord ande-

¹¹⁸ Als Ausnahme werden a.a.O. Besatzungssituationen genannt.

¹¹⁹ *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, Entscheidung vom 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, S. 333, §§ 60 f; zu weiteren Argumenten vgl. §§ 61 – 75.

¹²⁰ EGMR, *Öcalan v. Turkey*, Urteil vom 12.03.2003, Appl. No. 46221/99, § 93; *Öcalan v. Turkey*, Urteil vom 12.12.2005 (Grand Chamber), Appl. No. 46221/99, § 91; i.Erg. ebenso, aber aufgrund der Tatsachenlage abgelehnt *Issa and Others v. Turkey*, Urteil vom 16.11.2004, Appl. No. 31821/96, § 71 ff.

¹²¹ Ebenso Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, S. 246.

¹²² *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, Entscheidung vom 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, S. 333, §§ 67 – 73.

¹²³ *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, Entscheidung vom 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, S. 333, §§ 74 ff.

¹²⁴ Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*.

¹²⁵ EGMR, *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, Entscheidung vom 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, S. 333, § 73, unter Verweis auf Gewohnheitsrecht und Treaty Obligations; ebenso bereits die Kommission, vgl. EMRK, *Cyprus v. Turkey*, Rep. 26.05.1975, Appl. Nos. 6780/74 and 6950/75, Decisions and Reports 2 (1975), 125, 136.

¹²⁶ Vgl. Wiefelspütz, in: *NZWehrR* 2005, S. 146 (154).

¹²⁷ Röben, in: Grote/Maruhn, *Konkordanzkommentar EMRK/GG*, Kap. 5, Rn. 89; Oxman, in: Bernhardt, *EPIL*, Vol. II, *Jurisdiction of States*, S. 55 (58).

¹²⁸ Ebenso Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, S. 41.

rer Schiffe befinden. Diese Konstellation ist vom EGMR noch nicht entschieden worden.¹²⁹ Zwei Argumente sprechen dafür, die Flaggenhoheit auch hier als Hoheitsgewalt begründendes Element anzusehen. Erstens wäre es widersprüchlich, wenn die an Bord befindlichen Besatzungsmitglieder nach Art. 92 SRÜ als Verpflichtete der EMRK qualifiziert würden, ohne dass die von ihren Handlungen betroffenen Personen als Berechtigte aus der EMRK angesehen würden. Zweitens ist bei Ausweisungs- und Abschiebungsfällen anerkannt, dass Anknüpfungspunkt der vom eigenen Territorium ausgehende Akt der Ausweisung oder Abschiebung ist, auch wenn sich die Rechtsgutsverletzung gegenüber dem EMRK-Berechtigten erst außerhalb des eigenen Territoriums im Zielstaat ereignet.¹³⁰ Eine konsistente Auslegung der EMRK muss also den von der eigenen Flaggenhoheit ausgehenden Akt des *refoulement* zum Anknüpfungspunkt nehmen, auch wenn sich die Rechtsgutsverletzung gegenüber den auf See befindlichen Personen außerhalb dieser Flaggenhoheit verwirklicht.¹³¹

Seerechtliche Flaggenhoheit begründet also Hoheitsgewalt i.S.d. Art. 1 EMRK gegenüber allen Personen, die sich an Bord, im Wasser oder an Bord anderer Schiffe befinden.

3.1.2.4.2. Effektive Kontrolle über eine Person als Hoheitsgewalt

In mehreren auf *Bankovic* folgenden Entscheidungen hat der Gerichtshof die extritoriale Geltung aufgrund der effektiven physischen Kontrolle über eine Person bejaht.¹³² Eine solche effektive Kontrolle kann sich auf See ergeben, wenn staatliche Schiffe ihre physische Präsenz und Kraft nutzen, um kleinere, unsichere oder manövierschwache Boote ab- und zurückzudrängen sowie unter Ausübung oder Androhung physischen Drucks in Häfen von Herkunfts- und Transitstaaten zurückzudrängen. In diesen Fällen ist Hoheitsgewalt aufgrund effektiver Kontrolle über die betroffenen Personen zu bejahen.¹³³

3.1.2.4.3. Zuständigkeit und Kontrolle als Hoheitsgewalt

Zuletzt hat der EGMR in *Bankovic* bestätigt, dass es auch darauf ankommt, ob das in Rede stehende Handeln dem Vertragsstaat als ein solches zugerechnet werden kann, bei dem das handelnde staatliche Organ innerhalb ihm zugewiesener staatlicher Zuständigkeit und unter der Kontrolle des Vertragsstaates für diesen handelt.¹³⁴ Beides ist für Schiffe staatlicher Grenzschutzbehörden regelmäßig zu bejahen. Folglich ist auch aus diesem Grund die Begründung von Hoheitsgewalt zu bejahen.¹³⁵

¹²⁹ Zwar entschied der EGMR 2001 über einen Fall, in dem ein albanisches Schiff jenseits der Zwölfmeilenzone absichtlich von einem italienischen gerammt worden war, vgl. *EGMR, Xhavara and Others v. Italy and Albania*, Entscheidung vom 11.01.2001, Appl. No. 39473/98. Allerdings verneinte der Gerichtshof die Zulässigkeit wegen fehlender Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges, ohne auf Art. 1 einzugehen; hierauf weist der EGMR in der späteren Entscheidung *EGMR, Bankovic and Others v. Belgium and Others*, Entscheidung vom 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, S. 333, § 81, ausdrücklich hin.

¹³⁰ Wollenschläger, in: Heselhaus / Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 17, Rn. 32. m.w.N.; Marx, Handbuch zur Flüchtlingsanerkennung, § 39, Rn. 154 f m.w.N. aus der Rechtsprechung der Kommission und des Gerichtshofes; Bank, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar, Kap. 11, Rn. 106.

¹³¹ Ebenso Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, S. 41.

¹³² *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 March 2003, Appl. No. 46221/99, § 93; *Öcalan v. Turkey*, Urteil vom 12.05.2005 (Grand Chamber), Appl. No. 46221/99, § 91.

¹³³ Ebenso Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, S. 43.

¹³⁴ *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, Entscheidung vom 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, S. 333, § 69, unter Berufung auf *Drozd and Janousek v. France and Spain*, Urteil vom 26.06.1992, Appl. No. 12747/87, § 91.

¹³⁵ Ebenso Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, S. 42 f.

3.1.2.4.4. Fiktion von Hoheitsgewalt durch das Umgehungsverbot i.V.m. der Pflicht zur Verhinderung menschenrechtsfreier Räume

In Issa formulierte der EGMR ein menschenrechtliches Umgehungsverbot für exterritoriales Handeln. Art. 1 EMRK müsse in einer Weise interpretiert werden, die es Staaten nicht erlaubt, auf dem Territorium eines anderen Staates Handlungen zu begehen, die er auf eigenem Territorium nicht vornehmen dürfte.¹³⁶ Hinzu kommt, dass der Gerichtshof das Erfordernis exterritorialer Geltung an anderer Stelle damit begründet hat, dass das Entstehen eines menschenrechtlichen Vakuums verhindert werden müsse. Er bezog sich dabei auf Aktionen türkischer Sicherheitskräfte im Norden Zyperns und sah die Ordnung der EMRK dadurch als gefährdet an, dass die zypriotische Regierung als Vertragsstaat der EMRK nicht in der Lage war, ihrer menschenrechtlichen Garantenstellung gerecht zu werden.¹³⁷ In Kombination beider Ansätze wäre die Vorverlagerung von Grenzkontrollen auf außerstaatliche Räume erstens als Verstoß gegen das Umgehungsverbot anzusehen, wenn sich der in Rede stehende Staat hiermit den EMRK-Verpflichtungen entziehen wollte, an die er auf seinem eigenen Territorium und an seiner eigenen Grenze gebunden ist.¹³⁸ Dies würde dem Vertragsstaat zweitens die Möglichkeit eröffnen, Sachverhalte, deren Behandlung ihm ohne sein Eingreifen erst auf seinem Territorium oder der Grenze hierzu obläge, in einen rechtsfreien Raum zu verlagern. Damit würde er zumindest für diese Sachverhalte das vom EGMR missbilligte Vakuum treuwidrig selbst schaffen. Ergänzend ist zu erwähnen, dass Bankovic nicht als dahingehende räumliche Einschränkung verstanden werden kann, dass die Verhinderung eines menschenrechtlichen Vakuums nur auf dem Territorium anderer EMRK-Signatarstaaten geboten sei. Das hat der EGMR implizit in Issa klargestellt, indem er die exterritoriale Bindung türkischer staatlicher Organe auf irakischem Gebiet untersuchte.¹³⁹ Das Umgehungsverbot i.V.m. der Verhinderung menschenrechtsfreier Räume begründet also die Annahme von Hoheitsgewalt, wenn Staaten Maßnahmen der Migrationskontrolle räumlich auf Gebiete außerhalb ihres Territoriums vorverlagern.

3.1.2.4.5. Funktionaler Territorialbezug von Grenzschutzmaßnahmen als Hoheitsgewalt

Grenzschutzmaßnahmen, wo immer sie durchgeführt werden, haben aufgrund ihres Zusammenhangs mit der Durchsetzung staatlicher Hoheitsgewalt auf dem Territorium des betroffenen Hoheitsträgers einen funktionalen Territorialbezug. Dieser sachlich begründete Territorialbezug relativiert die Exterritorialität maßgeblich und führt zu einer Anwendbarkeit der EMRK bei hoheitlichen Maßnahmen, die im Zusammenhang mit Grenzschutz Tätigkeiten stehen.¹⁴⁰

3.1.2.4.6. Zwischenergebnis

Aus den o.g. Gründen ergibt sich, dass das aus der EMRK folgende *refoulement*-Verbot bei allen Maßnahmen der Migrationskontrolle auf Hoher See gilt und die Mitgliedstaaten der EU bei Maßnahmen der Grenzkontrolle bindet.¹⁴¹

¹³⁶ EGMR, Issa and Others v. Turkey, Urteil vom 16. November 2004, Appl. No. 31821/96, § 71.

¹³⁷ EGMR, Cyprus v. Turkey, Urteil vom 10. Mai 2001, Appl. No. 25781/94, § 78.

¹³⁸ Ebenso Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders, S. 43.

¹³⁹ Issa and Others v. Turkey, Urteil vom 16. November 2004, Appl. No. 31821/96, § 71.

¹⁴⁰ EGMR, Xhavarra u.a. v. Italien & Albanien, 39473/98, Entscheidung vom 11.01.2001; Europäische Kommission für Menschenrechte, 14.07.1977, 7289/75 und 7349/76 (X & Y/Schweiz), S. 73; zum sachlichen Bezug im Kontext exterritorialer Anwendbarkeit des europäischen Primärrechts siehe EuGH, 30.04.1996, C-214/94, Rdn. 14.

¹⁴¹ Ebenso Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders, S. 45.

3.1.3. Völkerrechtliche Verpflichtungen innerhalb der Zwölfmeilenzone der Herkunfts- und Transitstaaten

3.1.3.1. GFK

Die Geltung des *refoulement*-Verbots innerhalb der Zwölfmeilenzone von Herkunftsstaaten muss differenziert beurteilt werden. Es herrscht weitgehend¹⁴² Einigkeit, dass der von Art. 33 I GFK begünstigte Personenkreis deckungsgleich mit dem des Art. 1 A (2) GFK ist.¹⁴³ Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 A (2) GFK sind jedoch – unbestritten – nur Personen, die sich außerhalb des Staates befinden, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen.¹⁴⁴ Daher wird in Literatur¹⁴⁵ und Staatenpraxis¹⁴⁶ zutreffend bemerkt, dass ein Verstoß gegen das Verbot des *non-refoulement* nur vorliegen kann, wenn die betroffene Person sich bereits außerhalb ihres Herkunftsstaates befindet. Bei der Beurteilung der Migration über das Mittelmeer gilt es aber zu bedenken, dass sich die Gruppe der Übersetzenden in zwei Kategorien einteilen lässt. Angehörige der ersten Kategorie stammen aus dem Küstenstaat, in dessen Zwölfmeilenzone sie sich befinden. Maßnahmen gegenüber Angehörigen dieser Gruppe unterliegen demnach nicht den Verpflichtungen aus Art. 33.¹⁴⁷ Angehörige der zweiten Kategorie hingegen befinden sich in der Zwölfmeilenzone eines Staates, der für sie nicht Herkunfts-, sondern Transitstaat ist. Sie befinden sich also außerhalb ihres Herkunftsstaates. Folglich entfaltet die GFK in diesen Fällen Bindungswirkung nach den oben¹⁴⁸ dargelegten Grundsätzen. Allerdings ist davon auszugehen, dass staatliche Maßnahmen gegenüber Gruppen häufig Personen beider Kategorien betreffen werden. Zudem ist beim ersten Kontakt auf See, bevor Verwaltungsmaßnahmen zur Ermittlung der Staatsangehörigkeit vorgenommen worden sind, nicht ersichtlich, welche Staatsangehörigkeit eine Person hat. Daher ist innerhalb der Zwölfmeilen-Zone von Transit- und Herkunftsstaaten eine erst im Rahmen eines späteren Verfahrens widerlegbare Vermutung für die Geltung des *refoulement*-Verbots aus Art. 33 I GFK anzunehmen.

3.1.3.3. CAT

Hinsichtlich der Anti-Folter-Konvention ist umfassend auf die oben¹⁴⁹ geführte Argumentation zu verweisen. Die Anti-Folter-Konvention gilt extraterritorial.

3.1.3.3. IPbürgR

Bei Personen, die sich innerhalb der Zwölfmeilen-Zone des eigenen Staatsterritoriums befinden, kommt an dieser Stelle die enge Verzahnung von Flüchtlings- und Menschenrechtsschutz zur Gel-

¹⁴² a.A. allerdings Lauterpacht / Bethlehem, in: Feller / Türk / Nicholson, *Refugee Protection in International Law*, S. 87 (127 ff), die das *refoulement*-Verbot auch auf Fälle von Menschenrechtsverletzungen ausdehnen möchten, die nicht an ein Diskriminierungsmerkmal geknüpft sind, vgl. jedoch die kritische Auseinandersetzung mit diesem Ansatz bei Hathaway, *The Law of Refugee Status*, S. 304 ff; vgl. a.a.O., S. 307, ebenfalls überzeugende Argumente gegen die ihrerseits zu restriktive Position des USSC in *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 444 (USSC, 09.03.1987).

¹⁴³ Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, S. 232; Hathaway, *The Law of Refugee Status*, S. 304; EXCOM, Conclusion No. 6 (XXVIII) (1977), § (c); No. 79 (XLVII) (1996), § (j); No. 81 (XLVII) (1997), § (i); No. 82 (XLVII) (1997), § (i); Sivakumaran v. SSHD, [1987] UKHL 1 (16.12.1987), [1988] 1 All ER 193, 202 f, per Lord Goff; *M38/2002 v. MIMIA* [2003] FCAFC 131 (13.06.2003), § 38, per Goldberg, Weinberg and Kenny JJ; *R. v. SSHD, ex parte Adan*, [1999] 1 AC 293 (UKHL, 02.04.1998), 301, 306, 312, per Lord Lloyd o Berwick, Goff, Lord Nolan and Lord Hope; *AG v. Zaoui*, Dec. No. CA20/02 (NZ CA, 30.09.2004), § 36; *European Roma Rights Centre & Ors v Immigration Officer at Prague Airport & Anor* [2003] EWCA Civ 666 (20.05.2003), § 31, per Simon Brown LJ.

¹⁴⁴ Bzw. staatenlose Personen, die sich außerhalb des Staates befinden, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten.

¹⁴⁵ Hathaway, *The Law of Refugee Status*, S. 307.

¹⁴⁶ *European Roma Rights Centre & Ors v Immigration Officer at Prague Airport & Anor* [2003] EWCA Civ 666 (20 May 2003), § 31, per Simon Brown LJ; ebenso das UKHL im selben Fall, [2004] UKHL 55 (9 December 2004), § 18, per Lord Bingham.

¹⁴⁷ Hathaway, *The Law of Refugee Status*, S. 309 ff; Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, S. 38.

¹⁴⁸ Vgl. oben Ziff. 3.1.2.1.

¹⁴⁹ Ziff. 3.1.2.2.

tung. Art. 12 II IPbürgR sieht vor: „Jedermann steht es frei, jedes Land einschließlich seines eigenen zu verlassen.“ Diese Kodifizierung des völkergewohnheitsrechtlichen Ausreiseschutzes schließt die durch Art. 33 I GFK theoretisch verbleibende Lücke. Literatur¹⁵⁰ und der Menschenrechtsausschuss¹⁵¹ haben zu Recht auf den möglichen Verstoß gegen Art. 12 II IPbürgR durch willkürliche Ausreiseverhinderung mittels behördlicher Maßnahmen der Migrationskontrolle im Herkunftsstaat hingewiesen. Willkürliche Einschränkungen der Ausreisefreiheit sind den beteiligten Hoheitsträgern darum untersagt. Einschränkungen müssen sich an Art. 12 III IPbürgR messen lassen, der Beeinträchtigungen der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (*ordre public*), der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder der Rechte und Freiheiten anderer als notwendige Voraussetzung statuiert.¹⁵² Die gemeinsame Verantwortung für die willkürliche Verhinderung der Ausreise aus den Transit- und Herkunftsstaaten ergibt sich hiernach aus Art. 16 der ILC Kodifikation zur Staatenverantwortlichkeit, die Völkergewohnheitsrecht kodifiziert und die Beihilfe zum Völkerrechtsverstoß als Völkerrechtsverstoß klassifiziert – mit den Rechtsfolgen aus Art. 47 der ILC Kodifikation.

3.1.3.4. EMRK

Hinsichtlich der EMRK ist umfassend auf die oben¹⁵³ geführte Argumentation zu verweisen. Auch wenn bei Maßnahmen im Territorialgewässer von Drittstaaten zwar eine konkurrierende staatliche Territorialgewalt existiert, greift vorliegend die Bankovic-Ausnahme nicht, da Maßnahmen der Grenzkontrolle stets einen territorialen Bezug zu den Mitgliedstaaten aufweisen.

3.1.4. Zwischenergebnis: Gemeinschaftliche Verantwortlichkeit für die Einhaltung des Völkerrechts

Das Recht auf Ausreise, das *refoulement*-Verbot und die diesbezüglichen Verfahrensrechte gelten bei allen Maßnahmen der Migrationskontrolle. Europäische Grenzschützer haben die einschlägigen Rechtsnormen zu beachten, wenn sie Maßnahmen

- innerhalb des Küstenmeeres
- in der Anschlusszone
- auf hoher See
- oder im Küstengewässer der afrikanischen Küstenstaaten durchführen.

Die Bindung der Grenzschutzorgane folgt nicht zuletzt daraus, dass ihre Tätigkeit einen funktionalen Territorialbezug und somit einen sachlichen Bezug zum Hoheitsgebiet aufweist. Die Zurückweisung, das Zurückeskortieren, die Verhinderung der Weiterfahrt, das Zurückschleppen bzw. die Verbringung in nicht-europäische Küstenländer stellt sich als Ausübung von Hoheitsgewalt dar, die die völkerrechtlichen Menschen- und Flüchtlingsrechte beachten muss.

Die Bindung an diese Normen wird auch nicht dadurch obsolet, dass die völkerrechtliche Verantwortlichkeit durch die Vorverlagerung der Grenzkontrollmaßnahmen in die afrikanischen Küstenbereiche und durch operative Kooperationen mit den afrikanischen Staaten auf eben diese Staaten überginge. So hat der EGMR im Fall *Xhavara* entschieden, dass Grenzkontrollmaßnahmen italienischer Behörden auf hoher See und im Küstengewässer Albaniens, die auf Grundlage einer bilateralen Vereinbarung zwischen Italien und Albanien stattfinden, die völkerrechtliche Verantwortlichkeit

¹⁵⁰ Hathaway, *The Law of Refugee Status*, S. 309 ff; Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, S. 49.

¹⁵¹ HRC, General Comment No. 27: Freedom of Movement (Art.12), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (02. November 1999), § 10.

¹⁵² Details bei Harvey / Barnidgein: *IJRL* 19 (2007), S. 1 ff.

¹⁵³ 3.1.2.4.

Italiens begründen.¹⁵⁴ Im konkreten Fall sank das Boot albanischer Flüchtlinge nach der Kollision mit einem italienischen Militärschiff. Der EGMR entschied hier, dass Italien sich seiner völkerrechtlichen Verantwortung nicht durch die vertragsförmige Absicherung der Vorverlagerung von Grenzkontrollmaßnahmen entziehen könne.

Durch die Vorverlagerung und kooperative Ausführung von Migrationskontrollen tritt indes nicht nur keine völkerrechtliche Entpflichtung ein, sondern diese kann im Gegenteil gerade auslösendes Moment für die völkerrechtliche Verantwortlichkeit darstellen. Führen bspw. EU-Mitgliedstaaten mit Drittstaaten gemeinsame Küstenpatrouillen durch, die in die Küstengewässer der Drittstaaten vorverlegt wurden, so entsteht eine gemeinschaftliche Verantwortlichkeit aus Völkerrecht, d.h. die Staaten sind gesamtschuldnerisch dafür verantwortlich und müssen durch organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass die an der jeweiligen Operation Beteiligten das Recht auf Ausreise, das *refoulement*-Verbot und die diesbzgl. Verfahrensrechte beachten.¹⁵⁵ In gemeinsamen Operationen besteht also die Pflicht, unter Umständen durch aktive Maßnahmen sicher zu stellen, dass alle beteiligten Staatsorgane die völkerrechtlichen Normen beachten.¹⁵⁶ Die Verletzung solcher Schutzpflichten stellt eine Völkerrechtsverletzung dar. Eine solche ist auch gegeben, wenn europäische Staaten Beihilfe zur Verletzung des Völkerrechts leisten. So lautet Art. 16 der Kodifikation der ILC, die insofern das geltende Völkergewohnheitsrecht systematisiert: „Ein Staat, der einem anderen Staat bei der Begehung einer völkerrechtswidrigen Handlung Beihilfe leistet oder Unterstützung gewährt, ist dafür völkerrechtlich verantwortlich, (a) wenn er dies in Kenntnis der Umstände der völkerrechtswidrigen Handlung tut und (b) wenn die Handlung völkerrechtswidrig wäre, wenn er sie selbst beginge.“ Beihilfehandlungen können in der Verfügungstellung von Infrastruktur, technischen Hilfsmitteln, Finanzmitteln, aber auch in unterstützenden politischen Erklärungen liegen. Die Unterstützung von Drittstaaten bei der Verletzung des Rechts auf Ausreise oder des *refoulement*-Verbots zieht daher die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der europäischen Mitgliedstaaten nach sich, wenn für die europäischen Staaten absehbar ist, dass die unterstützten Drittstaaten die völkerrechtlichen Standards bei der Migrationskontrolle nicht einhalten.

¹⁵⁴ EGMR, *Xhavara u.a. v. Italien & Albanien*, 39473/98, Entscheidung vom 11.01.2001.

¹⁵⁵ Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, S. 63 ff.; vgl. Kommentar der ILC zur Kodifikation der Staatenverantwortlichkeit (A/RES/56/83, 12.12.2001), Art. 47, S. 314.

¹⁵⁶ In ähnlicher Form hat der EGMR in der Entscheidung im Fall *Matthews* weitgehende Schutzpflichten bei gemeinsamen Maßnahmen mehrerer Staaten statuiert und festgestellt, dass bei einer gemeinsamen Maßnahme (im konkreten Fall: Vertragsabschluss) gemeinsame völkerrechtliche Verantwortlichkeit erwächst, EGMR, *Matthews v. United Kingdom*, 24833/94, 18. Februar 1999, Ziff. 31.

3.2. Verpflichtungen aus europäischem Recht

Auch aus europäischem Recht ergibt sich eine Bindung der Grenzschutzorgane an Menschen- und Flüchtlingsrechte. Hierbei ist zwischen europäischem Primär- und Sekundärrecht zu differenzieren.

3.2.1. Europäisches Primärrecht

Das europäische Primärrecht umfasst insbesondere die Gründungsverträge. Hier ist insbesondere Art. 63 Ziff. 1 EG zu nennen, der anordnet, dass die von der EG erlassenen Sekundärrechtsakte in Übereinstimmung mit der GFK und anderen einschlägigen Verträgen stehen müssen. Daraus folgt eine primärrechtliche, innergemeinschaftlich wirkende Bindung der EG an die genannten Abkommen.¹⁵⁷ Sie bedingt, dass die EG bei Erlass von Sekundärrechtsakten ebenso wie die Mitgliedstaaten bei deren innerstaatlicher Umsetzung auf legislativer und administrativer Ebene an die genannten Verträge gebunden ist. Daher gelten alle oben benannten völkerrechtlichen Verpflichtungen mit der Bindungswirkung europäischen Primärrechts.

Auch die GRC beinhaltet eine Verweisung europäischen Rechts auf völkerrechtliche Pflichten. So formuliert Art. 18 GRC: „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 nach Maßgabe der Verfassung gewährleistet.“ Der EuGH bezieht die GRC in seiner jüngsten Rechtsprechung in die Erkenntnisquellen ein, anhand derer er die Europäischen Grundrechte entwickelt.¹⁵⁸ Demnach ist das Recht auf Asyl in dynamischer Fortschreibung des europäischen Grundrechtsschutzes zum Bestand der Gemeinschaftsgrundrechte zu zählen. Sowohl aus dieser Bestimmung als auch aus Art. 19 GRC, der Kollektivausweisungen verbietet (Abs. 1) und das *refoulement*-Verbot in Bezug nimmt (Abs. 2), ergibt sich eine Verpflichtung der europäischen Grenzbehörden auf aktive Schutzmaßnahmen.¹⁵⁹ Art. 51 GRC, der den Anwendungsbereich der GRC regelt, stellt nicht auf das Territorium, sondern auf die verpflichteten Hoheitsträger ab.¹⁶⁰ Es gibt hierbei keinen Grund, weshalb die Heranziehung des gemeinschaftsrechtlichen Rechts auf Asyl, des Zivilpaktes als Rechtserkenntnisquelle¹⁶¹ und der Verweis in Art. 6 Abs. II EU auf die EMRK auf materielles Recht beschränkt sein sollte. Vielmehr gehören auch die Grundsätze der exterritorialen Anwendbarkeit zu den vom EuGH zu beachtenden Rechtsnormen im Bereich des europäischen Grundrechtsschutzes. Auch ergibt sich aus Art. 299 EG keine Einschränkung hinsichtlich des räumlichen Geltungsbereiches der europäischen Grundrechte. Denn in der Rechtsprechung des EuGH schließt die Norm (die Entscheidung erging zu Art. 227 EGV a.F.) gerade „nicht aus, daß die Regeln des Gemeinschaftsrechts auch außerhalb des Gemeinschaftsgebiets Wirkungen entfalten können“,¹⁶² wobei der EuGH einen sachlichen Bezug zum Gemeinschaftsgebiet als pflichtbegründet genügen lässt. Letzteres Kriterium ist bei Grenzschutzmaßnahmen gegeben.

¹⁵⁷ Bank / Hruschka, in: Barwig / Beichel-Bendetti / Brinkmann, Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, S. 620 (622); Weiß, in: Streinz, EUV/EGV, Rn. 6; Gerber, Die Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union, S. 119; Wiedmann, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 63, Rn. 5; Löhr, in: Hofmann / Löhr, Migrationspolitik nach dem Amsterdamer Vertrag (i.Ersch.); Garlick, in: IJRL 19 (2007), S. 601 (622).

¹⁵⁸ EuGH, Rs. C-432/05, Unibet, Rn. 37; Rs. C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, Rn. 46; ebenso zuvor bereits das EuG, Rs. T-54/99, *Maxmobil/Kommission*, Slg. 2002, II-313, Rnrn. 48, 57.

¹⁵⁹ Statt aller Norbert Bernsdorff, in: Jürgen Meyer (Hrg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, Art. 18 Rn. 11 und Jost Delbrück, *Die Universalisierung des Menschenrechtsschutzes: Aspekte der Begründung und Durchsetzbarkeit*, in: Albrecht Zunker (Hrg.), *Weltordnung oder Chaos?*, FS für Klaus Ritter, Baden-Baden 1993, S. 551 ff. (556 ff.).

¹⁶⁰ Martin Borowsky, in: Jürgen Meyer (Hrg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, Art. 51, Rdn. 16 ff.

¹⁶¹ Zuletzt EuGH, 27.06.2006, C-540/03, *Familiennachzugsrichtlinie*, Rdn. 37; siehe schon EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rn. 13 (Nold/Kommission).

¹⁶² EuGH, 30.04.1996, C-214/94, Rdn. 14.

3.2.2. Sekundärrechtliche Verpflichtungen

Auch das europäische Sekundärrecht bestätigt den Befund, dass die europäischen Grenzschrützer auch bei exterritorial wirkenden Hoheitsakten an Grund-, Flüchtlings- und Menschenrechte gebunden sind.

3.2.2.1. Qualifikations- und Asylverfahrensrichtlinie

Die 2004 verabschiedete sog. Qualifikationsrichtlinie¹⁶³ dient der Harmonisierung des materiellen Flüchtlingsrechts. Sie erfasst zum einen den Flüchtlingschutz nach der GFK, zum anderen den subsidiären Schutz. Art. 21 I der RL 2004/83 erlegt den Mitgliedstaaten auf, "den Grundsatz der Nichtzurückweisung in Übereinstimmung mit ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen" zu achten. Art. 21 I der Qualifikationsrichtlinie muss also in Übereinstimmung mit den oben getroffenen völkerrechtlichen Wertungen zur exterritorialen Geltung des *refoulement*-Verbotes ausgelegt werden. Hinzu kommt, dass die Richtlinie – ebenso wie die GFK¹⁶⁴ – dort, wo sie Rechte und Pflichten an den Aufenthalt knüpft, dies ausdrücklich benennt.¹⁶⁵ Art. 21 I der Qualifikationsrichtlinie entfaltet also exterritoriale Wirkung.

Art. 3 I der Asylverfahrensrichtlinie (RL 2005/85)¹⁶⁶ verpflichtet die Mitgliedstaaten dem Wortlaut nach zur Entgegennahme und Prüfung von Anträgen auf Internationalen Schutz, die im Hoheitsgebiet - einschließlich an der Grenze oder in den Transitzone - der Mitgliedstaaten gestellt werden (...). Der Richtlinie lässt sich also keine unmittelbare exterritoriale Geltung entnehmen. Gleichwohl gelten aufgrund der primärrechtlichen Anordnung des Art. 63 EG die völkerrechtlichen, aus Art. 33 I GFK folgenden impliziten Verfahrensrechte.¹⁶⁷

Die exterritoriale Anwendbarkeit der Asylverfahrensrichtlinie und der Qualifikationsrichtlinie und der Dublin II-Verordnung für maritime Grenzkontrollmaßnahmen wird auch in der Studie einer Arbeitsgruppe von Mitarbeitern der Europäischen Kommission bestätigt.¹⁶⁸

3.2.2.2. Schengener Grenzkodex

Dass das *refoulement*-Verbot nicht erst dann zur Anwendung kommt, wenn die schutzsuchende Person sich bereits im Landesinneren befindet, hat auch in Art. 3 lit. b des 2006 in Kraft getretenen Schengener Grenzkodex seinen Niederschlag gefunden. Die Norm bestimmt, dass die Einreisekontrollen „unbeschadet [...] der Rechte der Flüchtlinge und Personen, die um internationalen Schutz ersuchen, insbesondere hinsichtlich der Nichtzurückweisung“ durchzuführen sind. Auch wenn das *refoulement*-Verbot kein generelles Recht auf Aufnahme umfasst, resultiert daraus, und das ergibt sich auch aus der Formulierung des Grenzkodex, dass die Mitgliedstaaten zur vorübergehenden Aufnahme zum Zweck der Prüfung der Schutzbedürftigkeit und des Status der betroffenen Person verpflichtet sind.¹⁶⁹

¹⁶³ Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. EU Nr. L 304/12 v. 30.9.2004.

¹⁶⁴ Vgl. oben 3.1.2.1.

¹⁶⁵ Vgl. Erwägungsgrund (9); Art. 2 i) und j); Art. 31; Art. 32.

¹⁶⁶ Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft.

¹⁶⁷ Vgl. unten 3.3.1.

¹⁶⁸ Europäische Kommission, SEC (2007) 691, S. 13 f.

¹⁶⁹ Vgl. erstmals ausführlich zur Bedeutung des Schengener Grenzkodex für das hier diskutierte Problem Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders, S. 32..

3.2.3. **Zwischenergebnis: Europarechtliche Bindung bei exterritorialen Grenzschutzmaßnahmen**

Auch aus europäischem Primär- und Sekundärrecht folgt die Bindung der europäischen Grenzschutzorgane an das *refoulement*-Verbot und die darauf bezogenen Verfahrensrechte. Europäische Grenzschützer haben die einschlägigen Rechtsnormen zu beachten, wenn sie Maßnahmen durchführen, die innerhalb des Küstenmeeres, in der Anschlusszone, auf hoher See oder im Küstengewässer der afrikanischen Küstenstaaten durchführen. Die Bindung der Grenzschutzorgane folgt daraus, dass ihre Tätigkeit einen funktionalen Territorialbezug und somit einen sachlichen Bezug zum Hoheitsgebiet aufweist. Die Zurückweisung, das Zurückeskortieren, die Verhinderung der Weiterfahrt, das Zurückschleppen bzw. die Verbringung in nicht-europäische Küstenländer stellt sich als Ausübung von Hoheitsgewalt dar, die die völkerrechtlichen Menschen- und Flüchtlingsrechte beachten muss.

3.3. Handlungspflichten staatlicher Organe gegenüber auf See und an Bord befindlichen Personen

Im Folgenden wird zunächst geprüft, welche Pflichten sich aus dem *refoulement*-Verbot generell ergeben (3.3.1.), um anschließend zu benennen, welche Pflichten hieraus für staatliche Organe gegenüber auf See oder an Bord befindlichen Personen resultieren (3.3.2.-3.3.3.).

3.3.1. Flüchtlings- und menschenrechtliche Handlungspflichten

3.3.1.1. Zugang zu Verfahren als implizites Recht aus dem *refoulement*-Verbot

Aus Art. 33 I GFK folgt nur das Verbot der Ausweisung und Zurückweisung in einen Staat, in dem der Betroffene der Gefahr der Verfolgung ausgesetzt wäre. Die GFK enthält indes kein Recht auf Asyl i.S.e. weiterreichenden Verpflichtung, Schutz auf dem eigenen Staatsgebiet¹⁷⁰ zu gewähren.¹⁷¹

Gleichwohl verweisen UNHCR,¹⁷² EXCOM¹⁷³ und Literatur zu Recht darauf, dass aus dem *refoulement*-Verbot des Art. 33 I GFK die staatliche Pflicht folgt, Zugang zu einem behördlichen Verfahren zur Prüfung der Flüchtlingseigenschaft zu ermöglichen. Art. 33 I GFK enthält also das implizite Recht auf Zugang zu Verfahren,¹⁷⁴ das als individuelles, die Umstände des Einzelfalls prüfendes Vorgehen ausgestaltet sein muss.¹⁷⁵ Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Schutzzweck. Die Einhaltung des *refoulement*-Verbotes ist nur dann gewährleistet, wenn dessen Voraussetzung, die Flüchtlingseigenschaft im Sinne des Art. 1 A (2) GFK, angemessen geprüft wird.¹⁷⁶

Aus der GFK kann nicht zwingend gefolgert werden, wo dieses Verfahren stattzufinden hat. Alle gerichtlichen und administrativen Foren müssen sich jedoch daran messen lassen, ob die Einhaltung des *refoulement*-Verbotes gewährleistet ist. Das ist zum einen keinesfalls auf Schiffen der Fall, weil auf ihnen nicht die personellen, zeitlichen und infrastrukturellen Voraussetzungen gegeben sind, um ein Verfahren durchzuführen, wie es im Rahmen innerstaatlicher behördlicher Verfahren möglich ist. Zum anderen ist nach gegenwärtigem Stand der Dinge davon auszugehen, dass ein angemessenes, faires und rechtsstaatliches Verfahren in den hier in Rede stehenden Konstellationen weder in den afrikanischen Transitstaaten noch in eventuellen „*Transit Processing Centers*“ oder „*Protection Zones*“,¹⁷⁷ die der ausgelagerten administrativen (und nicht gerichtlich angreifbaren) Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz dienen sollen, gewährleistet ist. Daraus ist die zwingende Konsequenz zu ziehen, dass unter den gegebenen Bedingungen Zugang zu Verfahren auf dem Territorium der EU-Mitgliedstaaten gewährt werden muss.

¹⁷⁰ Grahl-Madsen, in: Bernhardt, EPIL, Vol. I: Asylum, Territorial, S. 283 ff; ausführlich zum Konzept Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, S. 355 ff.

¹⁷¹ UNHCR, *Advisory Opinion on the Exterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, § 8.

¹⁷² UNHCR, *Background Paper on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea*, Geneva, 18 March 2002, § 19 f; ders., *Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status* (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), Genf, 10. Februar 2005, Kommentar zu Art. 3 (1), S. 5.

¹⁷³ EXCOM, *Note on International Protection*, UN Doc. A/AC.96/882 (2 July 1997), § 14; Conclusion No. 8 (XXVIII), § (vii).

¹⁷⁴ Edwards, in: IJRL 17 (2005), S. 293 (301); dies., in: IJRL 15 (2003), S. 192 (197); Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 279 ff; Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, S. 215 ff.

¹⁷⁵ Lauterpacht/Bethlehem, in: Feller / Türk / Nicholson, *Refugee Protection in International Law*, S. 87 (11), § 100; EXCOM, Conclusion No. 30 (XXXIV), 1983, § (e) (i).

¹⁷⁶ Edwards, in: IJRL 17 (2005), S. 293 (301).

¹⁷⁷ Ausführlich zu den – abzulehnenden – Vorschlägen in der jüngeren europäischen Debatte Noll, in: EJML 5 (2003), S. 303 ff.

3.3.1.2. Zugang zu effektivem Rechtsschutz als implizites Recht aus dem *refoulement*-Verbot

Daneben verweisen UNHCR¹⁷⁸ und Literatur¹⁷⁹ zu Recht darauf, dass das *refoulement*-Verbot aus Art. 33 I GFK nur gewährleistet ist, wenn der Betroffene effektiven Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann. Um Effektivität zu gewährleisten, ist auch hier entscheidend, dass der Betroffene die Möglichkeit hat, den Rechtsschutz auf dem Territorium des Vertragsstaates in Anspruch zu nehmen.¹⁸⁰ Folglich ist Art. 33 I GFK das implizite Recht auf einen effektiven Rechtsbehelf zu entnehmen.

Dasselbe hat nicht nur der Menschenrechtsausschuss unter Verweis auf Art. 2 III für Art. 7 S. 1 IPbürg,¹⁸¹ sondern auch der EGMR für das *refoulement*-Verbot des Art. 3 EMRK i.V.m. Art. 13 EMRK festgestellt. Letzterer garantiert das Recht auf eine wirksame Beschwerde. Bei dieser handelt es sich um ein akzessorisches Recht, das in Verbindung mit einem anderen EMRK-Recht geltend gemacht werden kann und der Durchsetzung der materiellen Gewährleistungen der Konvention dient.¹⁸² Zwar muss es sich nicht zwingend um eine gerichtliche Beschwerde handeln. Auch behördliche oder parlamentarische Kontrollgremien können unter engen Voraussetzungen genügen.¹⁸³ Allerdings muss die Beschwerdemöglichkeit in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht effektiv und wirksam sein.¹⁸⁴ Für die hier untersuchte Frage gilt es zu beachten, dass sich die Effektivität an der Schwere der behaupteten Konventionsverletzung messen lassen muss.¹⁸⁵ Der Gerichtshof betont seit *Soering* in ständiger Rechtsprechung, dass auch im Falle des Notstands nach Art. 15 EMRK keine Abweichung von Art. 3 EMRK möglich sei. Als absolutes Recht verkörpere Art. 3 EMRK daher einen grundlegenden Wert der im Europarat versammelten demokratischen Gesellschaften.¹⁸⁶ Folglich misst der Gerichtshof das Effektivitätserfordernis bei einer drohenden Verletzung von Art. 3 EMRK an besonders hohen Anforderungen: "(...) given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of torture or ill-treatment alleged materialised and the importance which it attaches to Article 3, the notion of an effective remedy under Article 13 requires independent and rigorous scrutiny of a claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 and the possibility of suspending the implementation of the measure impugned."¹⁸⁷ Auch hier ist zur Begründung auf die andernfalls drohende Vereitelung des Schutzzwecks zu verweisen. Das gilt umso mehr vor dem Hintergrund empirischer Befunde aus der Praxis: Ein Großteil der im Ergebnis erfolgreichen Anträge wird erst im Rahmen der Klage gegen ablehnende Bescheide erstritten. So verwies UNHCR 2004 darauf, dass dies in manchen europäischen Staaten für 30 bis 60 % aller anerkannten Flüchtlinge gelte.¹⁸⁸ Art. 33 I GFK enthält also ein implizi-

¹⁷⁸ UNHCR: Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), Genf, 10. Februar 2005, Kommentar zu Art. 38 (3), S. 53; vgl. auch Kommentar zu Art. 4, S. 8, Art. 30, S. 41, 35A, S. 48.

¹⁷⁹ Noll, in: EJML 5 (2003), S. 301 (332); Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 279; Edwards, in: IJRL 15 (2003), S. 192 (210); Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, S. 22.

¹⁸⁰ UNHCR: Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), Genf, 10. Februar 2005, Kommentar zu Art. 38 (3), S. 53.

¹⁸¹ Human Rights Committee: Communication No. 1051/2002: Canada. 15/06/2004, UN Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002 (15. Juni 2002), § 12.

¹⁸² Grabenwarter; Europäische Menschenrechtskonvention, § 24, Rn. 164; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 13, Rn. 1; Richter, in: Grote / Marauhn, *Konkordanzkommentar EMRK/GG*, Kap. 20, Rn. 19 ff.

¹⁸³ Richter, in: Grote / Marauhn, *Konkordanzkommentar EMRK/GG*, Kap. 20, Rn. 56.

¹⁸⁴ EGMR, *Kaya v. Turkey*, Urteil vom 19.02.1998, Appl. No. 158/1996/777/978, § 106; Paul and Audrey Edwards v. Turkey, Urteil vom 14.03.2002, Application No. 46477/99, § 96.

¹⁸⁵ EGMR, *Kaya v. Turkey*, Urteil vom 19.02.1998, Appl. No. 158/1996/777/978, § 106; Paul and Audrey Edwards v. Turkey, Urteil vom 14.03.2002, Application No. 46477/99, § 96; *Angelova v. Bulgaria*, Urteil vom 13.06.2002, Appl. No. 38361/97, § 161.

¹⁸⁶ Ständige Rspr. seit EGMR, *Soering v. UK*, Urteil vom 07.07.1989, Appl. No. 14038/88, § 88;

¹⁸⁷ EGMR, *Jabari v. Turkey*, Urteil vom 11.07.2000, Appl. No. 40035/98, § 50.

¹⁸⁸ UNHCR, Presseerklärung vom 30. April 2004: EU-Asylharmonisierung: UNHCR bedauert verpasste Chance.

tes Recht auf Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes. Unter Zugrundelegung des unter 3.3.1.1. Gesagten ist hierunter Zugang zu effektivem Rechtsschutz auf dem Territorium der EU-Mitgliedstaaten zu verstehen.

3.3.1.3. Vorübergehender Zugang zum Staatsgebiet als implizites Recht aus dem *refoulement*-Verbot

Zuletzt verweisen UNHCR,¹⁸⁹ das EXCOM¹⁹⁰ und die Literatur zu Recht darauf hin, dass zumindest vorübergehender Zugang zum Staatsgebiet gewährt werden muss.¹⁹¹ Nicht nur die Behörden, die für die Prüfung von Anträgen auf Internationalen Schutz zuständig sind, befinden sich i.d.R. auf dem Staatsgebiet. Auch im Hinblick auf die effektive Wahrnehmung gerichtlicher Rechtsbehelfe ist darauf zu verweisen, dass sich Gerichte ebenso wie staatliche und nichtstaatliche Beratungsstellen und -strukturen auf dem Staatsgebiet befinden. Vor dem Hintergrund der besonders hohen Anforderungen an die Effektivität¹⁹² ist daher die vorübergehende Aufenthaltsgewährung unerlässlich.¹⁹³ Dasselbe ergibt sich als ausdrückliches Recht aus dem Europäischen Sekundärrecht. So sieht die Asylverfahrensrichtlinie in Art. 7 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 3 lit. a vor, dass den Schutzsuchenden das Recht einzuräumen ist, bis zur Prüfung ihres Antrags auf Schutz im Mitgliedstaat, beziehungsweise an der Grenze oder in der Transitzone zu verbleiben. Eine ad hoc-Rückschiebung auf See verbietet sich daher. Vor dem Hintergrund des unter 3.3.1.1. und 3.3.3.2. Gesagten verpflichten also Art. 7 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 3 lit. a der Asylverfahrensrichtlinie zur Gewähr des vorübergehenden Zugangs zum Territorium der EU-Mitgliedstaaten.

3.3.1.4. Keine Ausnahmen bei Aufenthaltsgewährung durch einen sicheren Drittstaat

Weinzierl hat in der o.g. Studie¹⁹⁴ zu Recht auf das Problem der sogenannten sicheren Drittstaaten im Zusammenhang mit den hier diskutierten Pflichten hingewiesen. Art. 33 I GFK verbietet die Ausweisung oder Abschiebung in einen Staat, in dem Verfolgung droht, gewährt aber kein Asyl. Vor diesem Hintergrund wird in der internationalen Diskussion das Konzept der sogenannten sicheren Drittstaaten diskutiert. Das sind solche Staaten, die den Antragsteller aufnehmen und in denen ihm weder Verfolgung noch subsidiären Schutz begründende Menschenrechtsverletzungen drohen. Dieses Konzept sogenannter „super safe countries“¹⁹⁵ ist nach dem Vorbild der deutschen Drittstaatenregelung in Art. 36 II der Asylverfahrensrichtlinie aufgenommen worden. Das Konzept ist jedoch, insbesondere im Hinblick auf die erforderliche Widerlegbarkeit der Qualifizierung eines Drittstaates als sicher, völkerrechtlich umstritten.¹⁹⁶ Vorliegend soll aus praktischen Gründen jedoch

¹⁸⁹ UNHCR: Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), Genf, 10.02.2005, Comment on Article 3 (1), S. 5; ders., Background Paper on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea, Genf, 18.03.2002, § 25.

¹⁹⁰ EXCOM, Conclusion No. 85 (XLIX), 1998, § q.

¹⁹¹ Edwards, in: IJRL 17 (2005), S. 293 (301); dies., in: IJRL 15 (2003), S. 192 (197); Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, S. 279 ff; Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, S. 215 ff; Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders, S. 15 und 19.

¹⁹² Vgl. oben 3.3.1.2.

¹⁹³ UNHCR: Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), Genf, 10.02.2005, Kommentar zu Art. 38 (3), S. 53.

¹⁹⁴ Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders, S. 20 f.

¹⁹⁵ Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, S. 400.

¹⁹⁶ Vgl. Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, S. 327 ff; Goodwin-Gill / Mc Adams, The Refugee in International Law, S. 399; vgl. auch ausführlich vor dem Hintergrund der Änderung des deutschen verfassungsrechtlichen Asylrechts Frowein / Zimmermann, Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts, Köln 1993; UNHCR: Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), Genf, 10.02.2005, Kommentar zu Art. 35 A, S. 48 ff;

nicht auf die – berechnigte – Kritik eingegangen werden. Selbst wenn man die in Art. 36 II RL 2005/85 enthaltene Regelung als völkerrechtskonform einstufen wollte, wäre darauf zu verweisen, dass die Vertreter im Rat sich bisher noch nicht auf die nach Art. 36 III RL 2005/85 vorgesehene Liste sicherer Drittstaaten einigen konnten. Außer den am Dublin II-System beteiligten Nicht-EU-Mitgliedern Norwegen und Island¹⁹⁷ sowie der ab 2008 beteiligten Schweiz¹⁹⁸ existieren derzeit keine Drittstaaten, die den Anforderungen des Art. 36 II der RL 2005/85 genügen. Folglich scheidet eine Ausnahme von den oben genannten Pflichten derzeit bereits aus diesem Grund aus.¹⁹⁹

3.3.1.5. Gemeinschaftsrechtliches Recht auf Zugang zum Territorium aus dem primärrechtlichen Recht auf Asyl

Besondere Beachtung verdient der Umstand, dass Art. 18 GRC, anders als die GFK, ein Recht auf Asyl beinhaltet. Zwar geht der derzeit wohl noch überwiegende Teil der Literatur davon aus, dass hierin kein eigenständiges Recht auf Asyl enthalten sei, das über das Verbot der Aus- und Zurückweisung im Sinne der GFK hinausgeht.²⁰⁰

Diese Ansicht überzeugt nicht. Der Wortlaut der Norm ist eindeutig: „Das Recht auf Asyl (...) wird gewährleistet.“ Angesichts dessen geht der Verweis der Gegenansicht auf historische Argumente²⁰¹ nicht nur wegen deren Subsidiarität ins Leere. Die Gegenmeinung verweist weiter darauf, dass das Recht auf Asyl nur „(...) nach Maßgabe des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 und des Protokolls vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge“ gewährleistet sei. Da die GFK kein Recht auf Asyl beinhaltet, könne von der GRC kein weiterreichender Schutz gewollt sein.²⁰² Gerade weil die GFK aber kein Recht auf Asyl beinhaltet, muss der weitergehenden Formulierung in Art. 18 GRC eine eigenständige Bedeutung zukommen. Daher ist die Formulierung „nach Maßgabe“ dergestalt zu lesen, dass umfänglich auf die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Flüchtlingseigenschaft der GFK verwiesen wird, hiermit aber ein eigenständiges Recht auf Asyl verbunden ist. Mit diesem geht der Aufenthalt auf dem Staatsgebiet einher.²⁰³

¹⁹⁷ Beschluss des Rates v. 15.03.2001, (2001/258/EC).

¹⁹⁸ BBl. (Schweiz) 2004, 6447.

¹⁹⁹ Der hier nur knapp wiedergegebene Ansatz findet sich mit kritischer Diskussion in ausführlicher Form bei Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, S. 20 f. Sofern einzelne Staaten von der Möglichkeit Gebrauch machen, auf Ebene des nationalen Rechts eigene sichere Drittstaaten nach Art. 27 RL 2005/85 festzulegen, können diese Regelungen keinen Einfluss auf die in 3.3.1.1. – 3.3.1.3. vertretene Position haben, da deren völkerrechtliche Begründung gem. Art. 63 Ziff 1 EG primärrechtlichen Rang beanspruchen kann und die nationalen Regelungen insofern hieran zu messen sind. Das Handeln deutscher Hoheitsträger misst das BVerfG im Übrigen genau an diesen völkerrechtlichen Pflichten und Zugangsrechten. Das Gericht verlangt nicht nur die Ratifikation des Genfer Vertragswerkes, sondern auch die Zuständigkeit der Spruchkörper, die zur Überwachung der EMRK eingesetzt wurden. So hat das BVerfG festgehalten, dass von sicheren Drittstaaten nur dann die Rede sein kann, „wenn der Staat den beiden Konventionen beigetreten ist. Da die Genfer Flüchtlingskonvention gemäß ihrem Art. 1 A Abs. 2 ursprünglich nur auf vor dem 1. Januar 1951 eingetretene fluchtauslösende Ereignisse anwendbar war und diese Stichtagsregelung erst mit Art. I Abs. 2 des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. Januar 1967 (BGBl. 1969 II S. 1294) entfallen ist, muß der Staat auch diesem Protokoll beigetreten sein. Ferner muß er sich den Kontrollverfahren unterworfen haben, die die Konventionen vorsehen und die dazu bestimmt sind, die Einhaltung der mit ihrer Ratifizierung übernommenen Verpflichtungen zu gewährleisten. Dies gilt zum einen für die in Art. 35 GFK vorgesehene Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit dem Amt des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen. Zum anderen muß sich entsprechend Art. 25 EMRK jedermann wegen einer Verletzung der in dieser Konvention festgelegten Rechte mit der Individualbeschwerde an die Europäische Kommission für Menschenrechte wenden können“ (BVerfGE 94, 49 (89)).

²⁰⁰ Weiß, in: Streinz, EUV/EGV, Rn. 5; Jarrass, EU-Grundrechte, § 23, Rn. 12; Bernsdorff, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Artikel 18, Rn. 13; Wollenschläger, in: Heselhaus / Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 16, Rn. 32.

²⁰¹ Wollenschläger, in: Heselhaus / Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 16, Rn. 34.

²⁰² Weiß, in: Streinz, EUV/EGV, Rn. 5; Wollenschläger, in: Heselhaus / Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 16, Rn.32.

²⁰³ Vgl. hierzu Grahl-Madsen, in: Bernhardt, EPIL, Bd. I: Asylum, Territorial, S. 283 ff.

3.3.2. Seerechtliche Pflichten

Für die Fälle, in denen die Schutzsuchenden und Migranten in Seenot geraten, ergeben sich weitere Anforderungen aus dem internationalen Seerecht. Die Pflicht, Personen, die sich in Seenot befinden zu retten, hat lange maritime Tradition. Sie ist völkerrechtlich bindend. So sieht Art. 98 des SRÜ²⁰⁴ vor, dass „jeder Staat [...] den Kapitän eines seine Flagge führenden Schiffes, soweit der Kapitän ohne ernste Gefährdung des Schiffes, der Besatzung oder der Fahrgäste dazu imstande ist, [verpflichtet], (a) jeder Person, die auf See in Lebensgefahr angetroffen wird, Hilfe zu leisten; (b) so schnell wie möglich Personen in Seenot zu Hilfe zu eilen, wenn er von ihrem Hilfsbedürfnis Kenntnis erhält, soweit diese Handlung vernünftigerweise von ihm erwartet werden kann; (c) nach einem Zusammenstoß dem anderen Schiff, dessen Besatzung und dessen Fahrgästen Hilfe zu leisten und diesem Schiff nach Möglichkeit den Namen seines eigenen Schiffes, den Registerhafen und den nächsten Anlaufhafen mitzuteilen.“

Weitere Anforderungen ergeben sich aus dem humanitären Seerecht, d.h. den Konventionen SOLAS (Internationales Übereinkommen zum Schutz des menschlichen Lebens auf See)²⁰⁵ und SAR (Internationale Konvention über die Suche auf See und die Seenotrettung),²⁰⁶ zu denen zum 01. Juli 2006 wichtige Änderungen in Kraft getreten sind.²⁰⁷ Die im vorliegenden Zusammenhang einschlägige Ziffer 1 der Regulation 33(1) der SOLAS buchstabiert diese Pflicht aus, indem sie einen jeden Kapitän, der Hilfe leisten kann und von einem Seenotfall erfährt, zur Herbeieile verpflichtet. „Diese Pflicht“, so sagt es die Regulation, „entsteht unabhängig von der Nationalität oder dem Status der hilfsbedürftigen Personen und unabhängig von den Umständen, in denen diese Personen angetroffen werden.“ Auch aus der SAR ergibt sich diese Pflicht zur Hilfeleistung unter Nichtansehen von Nationalität und Status (Annex Ziff. 2.1.10). Der Annex der SAR, der nach Art. I der SAR integraler Bestandteil der Konvention und als solcher rechtsverbindlich ist, macht in Ziff. 1.3.2. deutlich, dass es nicht hinreicht, wenn die Flüchtlinge an Bord eines Rettungsschiffes aufgenommen werden. Die Staaten sind vielmehr verpflichtet, die medizinische und sonstige Versorgung der Geretteten sicherzustellen „und sie an einen sicheren Ort zu verbringen.“

Welcher Ort für Flüchtlinge in Seenot einen sicheren Ort darstellt, ist Hauptstreitpunkt bei den Maßnahmen im Mittelmeer. Dies ergibt sich auch aus einer Studie von Mitarbeitern der EU-Kommission, die sich Klarheit in diesen Fragen durch die Erarbeitung von Richtlinien erhofft.²⁰⁸ Tatsächlich haben sich indes bereits eine ganze Reihe von Institutionen der Erarbeitung solcher Richtlinien angenommen.²⁰⁹ Ohne die Diskussion hier in ihrer Breite darstellen zu können, sei darauf verwiesen, dass die durch das EXCOM vertretene Ansicht, dass die Schutzsuchenden an den „next port of call“ zu verbringen seien,²¹⁰ gerade im Hinblick auf den Schutz von Flüchtlingen und das *refoulement*-Verbot dergestalt zu interpretieren ist, dass ein „sicherer Ort“ i.S.d. SAR im Einklang mit den flüchtlingsrechtlichen Vorschriften ausgelegt werden muss. „Sicher“ ist ein Ort für Flüchtlinge demnach nicht schon dann, wenn der Zustand der Seenot unterbunden wurde, sondern nur dann, wenn an diesem Ort auch gewährleistet ist, dass es nicht zum *refoulement* kommt.

²⁰⁴ BGBl. 1994 II S. 1798.

²⁰⁵ International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974, 1184 UNTS 278.

²⁰⁶ International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR), 1979, 1405 UNTS 97.

²⁰⁷ Siehe die Bekanntgabe dieser Änderungen im BGBl. vom 11.07.2007, BGBl. 2007 II, 782 ff. (11.07.2007).

²⁰⁸ „One of the problems that could be solved by such a clarification would be the determination of the most appropriate port for disembarkation following rescue at sea or interception, as well as the connected question of the sharing between the States participating in the interception and search and rescue operations, of responsibilities regarding the protection of persons intercepted or rescued seeking international protection.“ (KOM, Study on the International Law Instruments in Relation to Illegal Immigration by Sea, SEC(2007) 691, 15.05.2007, Ziff. 4).

²⁰⁹ Siehe die Bestandsaufnahme bei International Maritime Organization/UNHCR, Rescue at Sea – A Guide to Principles and Practice As Applied to Migrants and Refugees, 2006.

²¹⁰ Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea, 18.03.2002.

Genau dies ist auch die Interpretation des Schifffahrtssicherheitsausschusses (MSC) der Internationalen Seeschifffahrtsorganisation (IMO). Der Schifffahrtssicherheitsausschuss hat im Mai 2004 die „Richtlinien zur Behandlung von aus Seenot geretteten Personen“ aufgestellt. Danach sind gerettete Personen an einen Ort zu transportieren, von dem aus der Weitertransport arrangiert werden kann. Hierbei soll im Fall von aus Seenot geretteten Flüchtlingen verhindert werden, dass die Ausschiffung in Ländern erfolgt, in denen der Schutz von Flüchtlingen nicht sichergestellt werden kann. In diesem Sinne bestimmen die Leitlinien in Ziff. 6.17: „Die Notwendigkeit, die Ausschiffung in Territorien zu verhindern, auf denen das Leben und die Freiheit derjenigen bedroht ist, die eine begründete Sorge vor Verfolgung äußern, ist im Fall von Asylsuchenden und Flüchtlingen, die aus Seenot gerettet werden, zu berücksichtigen.“²¹¹

In einer Resolution aus dem März 2007 hat sich die Generalversammlung (GA) der UN diese Forderung zu eigen gemacht. Die GA fordert darin die Staaten auf, „sicherzustellen, dass die Kapitäne der ihre Flagge führenden Schiffe die durch die einschlägigen Rechtsinstrumente vorgeschriebenen Schritte ergreifen, um Personen in Seenot Hilfe zu leisten, und legt den Staaten eindringlich nahe, zusammenzuarbeiten und alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die Änderungen des Internationalen Übereinkommens über den Such- und Rettungsdienst auf See und des Internationalen Übereinkommens zum Schutz des menschlichen Lebens auf See betreffend die Verbringung von aus Seenot geretteten Personen an einen sicheren Ort sowie die dazugehörigen Leitlinien für die Behandlung von aus Seenot geretteten Personen wirksam durchgeführt werden“.²¹²

Die von der Generalversammlung damit indossierten Leitlinien wie auch die textlichen Änderungen an den einschlägigen Konventionen des humanitären Seerechts bewirken eine enge Verzahnung von Regelungen des Seerechts mit denen des Migrationsrechts. Die Praxis, dass Staaten Maßnahmen der Zurückweisung und Reiseunterbrechung als Rettungsmaßnahmen deklarieren, um damit die Flüchtlingsverbringung an den Herkunftshafen als „next port of call“ zu rechtfertigen,²¹³ impliziert nach der klarstellenden Änderung der seerechtlichen Konventionen nicht mehr nur eine Verletzung der o.g. Flüchtlings- und Menschenrechte, sondern verletzt die Normen des humanitären Seerechts selbst. Die Bestimmung des „sicheren Ortes“ bei Flüchtlingen, die sich in Seenot befinden, darf nicht losgelöst von den flüchtlings- und menschenrechtlichen Vorschriften erfolgen.

3.3.3. Konsequenzen für den Umgang mit Schutzsuchenden und Migranten auf See und an Bord

Als Konsequenz aus dieser Zusammenschau flüchtlings-, menschen und seerechtlicher Normen ergibt sich, dass Staaten die flüchtlings- und menschenrechtlichen Anforderungen nicht dadurch umgehen können, dass Grenzkontrollmaßnahmen – d.h. das Abfangen, Zurückweisen, Umleiten etc. von Flüchtlingsbooten – als Rettungsmaßnahmen deklariert werden. Sowohl bei der Seerettung als auch bei Grenzkontrollen, die bei Migrantinnen und Migranten durchgeführt werden, die sich nicht in Seenot befinden, sind folgende Maßnahmen geboten:

- Verbringung der Schutzsuchenden und Migranten an einen sicheren Ort auf EU-Territorium
- Durchführung eines Verfahrens zur Überprüfung des Schutzantrages
- Rechtliche Überprüfung der Entscheidung.

²¹¹ Maritime Safety Committee, Resolution 167 (78), 20.05.2004, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea, MSC 78/26/Add.2, Annex 34, Rn. 6.17. Im Übrigen ist Art. 1 Abs. RL über die illegale Einreise (2002/90/EG) im Licht dieser Rettungspflichten zu interpretieren; vgl. die vorläufigen Ergebnisse der Studie der Arbeitsgruppe der europäischen Kommission (KOM, Study on the International Law Instruments in Relation to Illegal Immigration by Sea, SEC(2007) 691, 15.05.2007).

²¹² UN GA, A/RES/61/222, 16. März 2007, Resolution Ziff. 70.

²¹³ Hierzu umfassend Miltner, Irregular Maritime Migration: Refugee Protection Issues in Rescue and Interception, Fordham Int'l L.J. 30 (2006), S. 75 ff.

Die seerechtlichen Pflichten gelten für private und staatliche Kapitäne. Ob also die Rettung von in Seenot befindlichen Flüchtlingen durch Private oder durch Grenzschutzorgane erfolgt, ist im Hinblick auf die Pflicht zur Verbringung an einen „sicheren Ort“, an dem die o.g. menschen- und flüchtlingsrechtlichen Anforderungen an Verfahren und Rechtsschutz eingehalten werden können, unerheblich. Ein Schiff kann nach den Richtlinien des Schifffahrtssicherheitsausschusses (MSC) der Internationalen Seeschifffahrtsorganisation (IMO) in der Regel keinen sicheren Ort im Sinne der SAR darstellen.²¹⁴ Ebensovienig können auf einem Schiff die menschen- und flüchtlingsrechtlichen Verfahrensregeln eingehalten werden. Schutzsuchende und Migranten, die auf See aufgenommen werden oder in anderer Form in den Hoheitsbereich europäischer Grenzschutzorgane geraten, sind daher die Ausschiffung und der Aufenthalt auf dem Festland der EU bis zur verfahrensabschließenden Entscheidung und eines daran anschließenden Rechtsbehelfs zu gestatten.

²¹⁴ Maritime Safety Committee, Resolution 167 (78), 20.05.2004, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea, MSC 78/26/Add.2, Annex 34, Rn. 6.13: "An assisting ship should not be considered a place of safety based solely on the fact that the survivors are no longer in immediate danger once aboard the ship. An assisting ship may not have appropriate facilities and equipment to sustain additional persons on board without endangering its own safety or to properly care for the survivors..."

4. Zusammenfassung

Die internationalen Verpflichtungen, insbesondere aus der GFK, der EMRK, dem IPbpR, dem Antifolterabkommen der UN, und das europäische Primär- und Sekundärrecht verbieten das *refoulement* von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten.

Die Zurückweisung, das Zurückeskortieren, die Verhinderung der Weiterfahrt, das Zurückschleppen bzw. die Verbringung in nicht zur EU gehörige Küstenländer ist europäischen Grenzschützerinnen und –schützern verboten, solange das Verfahren der administrativen und gerichtlichen Überprüfung des individuellen Schutzbegehrens der potentiell schutzbedürftigen Betroffenen auf europäischem Territorium nicht abgeschlossen ist.

Die europäischen Grenzschutzbehörden sind bei den exterritorialen Grenzschutzmaßnahmen an diese Regelungen gebunden. Bei Maßnahmen auf See gilt dies sowohl innerhalb der eigenen Zwölf-Meilen-Zone als auch für Maßnahmen in der Anschlusszone, der Hohen See und den Küstengewässern von Drittstaaten.

Schutzbedürftige und Migranten, die bei der Überfahrt in Seenot geraten sind, müssen entsprechend den Vorschriften des humanitären Seerechts behandelt werden. Es ist verboten, die geretteten Personen in Drittländer zu verbringen, in denen ein hinreichender Schutz nicht gewährleistet ist.

Die Schutzssuchenden haben einen Rechtsanspruch, in den nächsten sicheren Hafen auf europäischem Territorium verbracht zu werden. Das seerechtliche Kriterium der „Sicherheit“ ist hierbei im Licht flüchtlingsrechtlicher Bestimmungen auszulegen.

Aufgrund der völkerrechtlichen Zurechnungskriterien und des Umgehungsverbot es führt die kooperative Einschaltung von Behörden aus Drittstaaten nicht zu einer Entpflichtung der europäischen Grenzschutzorgane.

Sofern drittstaatsangehörige Stellen in die Überwachungs- und Rettungsmaßnahmen europäischer Stellen einbezogen werden, besteht für die europäischen Grenzschutzorgane die Pflicht sicherzustellen, dass die Schutzsuchenden und Migranten im Einklang mit den menschen-, flüchtlings- und seerechtlichen Normen an einen sicheren Ort verbracht werden, an dem Gewähr dafür besteht, dass insbesondere das *refoulement*-Verbot eingehalten wird. Dies ist in den afrikanischen Transitstaaten nicht gewährleistet, weshalb die Verbringung auf das Territorium von EU-Mitgliedstaaten geboten ist.

Frankfurt am Main, den 07. September 2007

Dr. Andreas Fischer-Lescano

Tillmann Lühr