

Gemeinsame Stellungnahme zum derzeitigen Stand der Harmonisierung des europäischen Flüchtlingsrechts

- amnesty international (Sektion der Bundesrepublik Deutschland e.V.)
- Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e.V.
- Deutscher Anwaltverein
- Deutscher Caritasverband e.V.
- Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband
- Deutsches Rotes Kreuz
- Neue Richtervereinigung
- Diakonisches Werk der EKD
- PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgemeinschaft für Flüchtlinge

30. Juni 2009



Stellungnahme zum derzeitigen Stand der Harmonisierung des europäischen Flüchtlingsrechts

1999 bekräftigte der Europäische Rat in *Tampere* die Bedeutung, welche die EU und die Mitgliedstaaten der unbedingten Achtung des Rechts auf Asyl beimessen. Deshalb wurde beschlossen, auf ein gemeinsames Europäisches Asylsystem hinzuwirken, das sich auf die „*uneingeschränkte und allumfassende Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention stützt*“. Dabei unterschied der Rat zwischen Maßnahmen auf kurze und auf längere Sicht. Die auf kurze Sicht beschlossenen Maßnahmen sind bereits durch eine Reihe von Rechtsakten im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts eingeleitet worden. Auf längere Sicht sollten die Regeln der EU aber zu einem „gemeinsamen Asylverfahren und einem unionsweit geltenden einheitlichen Status“ für diejenigen führen, denen Asyl gewährt wird.

Die EU befindet sich nunmehr in der *Übergangsphase* zwischen der ersten und der zweiten Phase der Harmonisierung des Asyl- und Flüchtlingsrechts. Dabei ist die erste Phase in den Mitgliedstaaten noch nicht oder gerade erst abgeschlossen und sind die entsprechenden Rechtsakte teilweise nicht vollständig und gemeinschaftstreu umgesetzt worden. Darüber hinaus weisen diese Rechtsakte eine Vielzahl von *Freistellungsklauseln* auf. Diese räumen den Mitgliedstaaten weitgehende Befugnisse ein, bei der Umsetzung der Richtlinien den vereinbarten europäischen Mindeststandard erheblich zu unterschreiten. Ob der Übergang in die zweite Phase die Harmonisierung des Asyl- und Flüchtlingsrechts in der Europäischen Union voranbringen wird, wird von der Beseitigung oder jedenfalls der optimalen Minimierung dieser Klauseln abhängen. Zwar beklagen alle Beteiligten die unverändert unterschiedliche Praxis der Mitgliedstaaten, halten aber gleichwohl an den Freistellungsklauseln fest und verhindern so, dass optimale gemeinsame Standards für alle international Schutzberechtigten in der EU hervorgebracht werden.

Die Kommission hat bereits eine Reihe von Änderungsvorschlägen zur Verbesserung der Rechtsakte vorgelegt. Diese zielen auf die Verbesserung der Situation der Asylsuchenden und Flüchtlinge *in der EU*, enthalten jedoch keine Lösungen für die Flüchtlinge, die *Zugang zur EU* suchen und denen dieser Zugang durch eine rigide europäische Grenzschutzpolitik verwehrt wird. Seit 1999 hat sich der Fokus der EU im Bereich der Migrationspolitik grundlegend verschoben. Die politischen Bemühungen der Mitgliedstaaten zielen derzeit insbesondere auf die Abwehr von Flüchtlingen. Im Rahmen der Bekämpfung der illegalen Einwanderung fehlen zureichende und insbesondere wirksame Bemühungen, schutzbedürftige Personen zu identifizieren und zu schützen. Statt dessen werden die europäischen Grenzkontrollen bis an die Herkunftsländer vorgeschoben und wird eine intensive Zusammenarbeit mit den Herkunfts- und Transitstaaten praktiziert. Der Auf- und Ausbau einer europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX seit Oktober 2004 bildet das Fundament dieser migrationspolitischen Schwerpunktverschiebung der EU nach *Tampere*.

Diese Stellungnahme bewertet die von der Kommission vorgelegten Änderungen. Da die Öffentlichkeit über die Lage der Flüchtlinge auf Hoher See nicht zureichend informiert ist, soll mit dieser Stellungnahme in einem ersten, ausführlichen Teil die Abwehrpolitik der EU an und vor den Grenzen Europas behandelt werden, bevor anschließend die von der Kommission vorgelegten Änderungen bewertet werden.

Die vorgelegte Stellungnahme nimmt die Rechte der Menschen zum Ausgangspunkt des europäischen Projektes und fordert deren Stärkung insbesondere zugunsten schutzbedürftiger Personen. Es sind die zivilgesellschaftlichen Bewegungen in den Mitgliedstaaten, welche dieses Projekt mit Leben erfüllen und sich gegen die Ausschließung Schutzbedürftiger aus dem in Tampere begonnenen Bau des Hauses der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wenden.

I. Zugang zur EU: Vorverlagerung des europäischen Grenzschutzes (FRONTEX)

Struktur und Arbeitsauftrag von FRONTEX

FRONTEX wurde durch Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 vom 26. Oktober 2004 als europäische Agentur gegründet. Am 31. Juli 2007 wurde durch Verordnung (EG) Nr. 863/2007 die Grundlage für die Bildung von Soforteinsatzteams zur Sicherung der Grenzen geschaffen. FRONTEX hat insbesondere die Aufgabe, die „operative Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten im Bereich der Außengrenzen“ zu koordinieren (Art. 3 VO (EG) Nr. 2007/2004) sowie die Mitgliedstaaten in Situationen, die eine verstärkte technische und operative Unterstützung an den Außengrenzen erfordern, zu unterstützen (Art. 8 VO (EG) Nr. 2007/2004). Dabei ist FRONTEX eine Gemeinschaftsagentur mit *eigener Rechtspersönlichkeit* (Art. 15 VO (EG) Nr. 2007/2004). FRONTEX kommt eine zentrale Funktion in der gemeinschaftsrechtlich durchformten integrierten Grenzverwaltung bei der Personenkontrolle an den Außengrenzen der EU zu.

Ein wirksamer Schutz von Menschen, die auf Hoher See durch Beamte der Mitgliedstaaten kontrolliert werden, setzt zunächst eine Klärung der Frage voraus, wer für Menschenrechtsverletzungen zur Verantwortung gezogen werden kann. In Betracht kommen sowohl die Mitgliedstaaten wie auch FRONTEX selbst. Führen etwa Mitgliedstaaten mit Drittstaaten gemeinsame Küstenpatrouillen durch, die in die Küstengewässer der Drittstaaten vorverlegt werden, entsteht eine gemeinschaftliche völkerrechtliche Verantwortlichkeit, d.h. die Staaten sind gesamtschuldnerisch dafür verantwortlich und müssen durch wirksame organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass die von der jeweiligen Operation betroffenen Personen wirksam gegen Verletzungen des Refoulementverbotes geschützt werden und einen Zugang zum Verfahren erhalten.¹ Die Verletzung solcher Schutzpflichten stellt eine Völkerrechtsverletzung dar, die nach Art. 16 der Kodifikation der Völkerrechtskommission auch die Beihilfe oder Unterstützungsleistung an der völkerrechtswidrigen Handlung eines dritten Staates umfasst. Beihilfehandlungen können darin bestehen, dass Infrastruktur, technische Hilfs- und finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt werden.

Im Verhältnis der Mitgliedstaaten zur EU bleiben die einzelnen Mitgliedstaaten für die Handlungen ihrer Organe im Rahmen von FRONTEX verantwortlich, da beide FRONTEX-Verordnungen eine Übertragung der Hoheitsgewalt auf die Grenzschutzagentur nicht vorsehen. Während des Einsatzes gilt Gemeinschaftsrecht und das Recht des Mitgliedstaates, in dem die Operation durchgeführt wird. Die

¹ Ruth Weinzierl/Urszula Lisson, Border Management and Human Rights, German Institute for Human Rights (Hrsg.), 2007, S. 63 ff.

Beamten der Mitgliedstaaten tragen ihre nationale Uniform, sind aber durch eine blaue Armbinde mit dem Zeichen der Europäischen Union und der Agentur (Art. 6 Abs. 4 VO (EG) 863/2007) kenntlich gemacht. Gleichwohl verbleibt die Verantwortlichkeit für die Maßnahmen der Beamten im Team bei dem jeweiligen Mitgliedstaat. Während des Einsatzes des Teams werden Teammitglieder im Blick auf Straftaten, die gegen sie oder von ihnen begangen werden, wie Beamte des Einsatzmitgliedstaates behandelt (Art. 11 Abs. 1 VO (EG) Nr. 863/2007). Es ist deshalb von einer *gesamtschuldnerischen Haftung* auszugehen, sodass jeder einzelne Mitgliedstaat für Handlungen des europäischen Grenzschutzteams verantwortlich ist.² Im Blick auf jeden einzelnen Mitgliedstaat, der an Operationen von FRONTEX teilnimmt, wird danach *qualifiziertes Unterlassen* einer *aktiven Völkerrechtsverletzung* rechtlich gleichgestellt.

Zunächst konzentrierte sich FRONTEX auf den Informationsaustausch, der auch Drittländer in Nord- und Westafrika, also Herkunfts- und Transitländer einbezieht. Wesentliches Ziel dieser Zusammenarbeit, die auch in Form von Vereinbarungen vollzogen wird, ist die *Bekämpfung der illegalen Einwanderung*. In den Jahren 2006 und 2007 wurden im Mittelmeerraum und vor der afrikanischen Küste drei Operationen, „HERA I, II und III“, „Nautilus, Nautilus 2007“ und „Jason“ durchgeführt. Die „Hera“-Operationen wurden im Gebiet der kanarischen Inseln, der Kapverden und vor dem Senegal vorgenommen. An diesen Operationen beteiligten sich auf Anfrage Spaniens sieben Mitgliedstaaten. Die Operation „Nautilus“ wurde vor der Küste von Malta durchgeführt. „Jason“ betraf den Einsatz von Grenzschutzteams im Mittelmeergebiet vor der Küste Griechenlands.

Während diese Einsätze bloße „Unterstützungseinsätze“ waren, bei denen die FRONTEX-Beamten lediglich Koordinierungsfunktionen, aber keine exekutiven Befugnisse wahrnahmen (Art. 8 Abs. 2 Buchst. a) VO (EG) 2007/2004), können seit 2007 schnelle Eingreifteams („*Rapid Border Intervention Teams (RABIT)*“) eingesetzt werden, denen Befugnisse im Rahmen der Grenzüberwachung eingeräumt werden (Art. 6 Abs. 1 VO (EG) 863/2007). Die Teammitglieder dürfen nur unter den Anweisungen und grundsätzlich nur in Gegenwart von Grenzschutzbeamten des Einsatzmitgliedstaates Aufgaben und Befugnisse wahrnehmen (Art. 6 Abs. 3 VO (EG) 863/2007).

Die größte Herausforderung für die Durchsetzung des Grenzkontrollregimes besteht nach Einschätzung von FRONTEX auf Hauptmigrationsrouten in die EU, das sind die Routen über die südlichen Seeaußengrenzen, über die östlichen Landaußengrenzen, über den Balkan und über wichtige Flughäfen. So wurden z.B. zwischen August und Oktober 2006 mit Unterstützung von FRONTEX 3.887 Personen „nahe der afrikanischen Küste abgefangen und umgeleitet.“³ Geschätzte etwa 5.000 weitere Personen seien noch auf afrikanischem Boden daran gehindert worden, über das Meer zu setzen.⁴ Gestützt wird diese Praxis z.B. durch das Ratsprogramm von 2003,

² Andreas Fischer-Lescano/Timo Tohidipour, *Europäisches Grenzkontrollregime. Rechtsrahmen der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX*, 2007, S. 10, unter Hinweis auf den Kommentar der Völkerrechtskommission zur Kodifikation der Staatenverantwortlichkeit (A/RES/56/83, 12. Dec. 2001), Art. 47, S. 314; Ruth Weinzierl/Urszula Lisson, *Border Management and Human Rights*, German Institute for Human Rights (Hrsg.), 2007, S. 28, 72.

³ FRONTEX, *Annual Report 2006*, S. 12.

⁴ Christoph Mariscka, *FRONTEX – Die Vernetzungsmaschine an den Randzonen des Rechts und der Staaten*, in: *Aufgaben und Strukturen der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen*, Tobias Pflüger (Hrsg.), Januar 2008, S. 16 (20).

in dem die Umdrehung von Booten als eine Methode der Grenzkontrolle vorgeschlagen wird.⁵ Spanien arbeitet auf der Grundlage von bilateralen Abkommen mit Senegal und Mauretanien zusammen und führt in diesem Zusammenhang gemeinsame Patrouillen im Küstengewässer dieser Staaten durch.⁶ Schwerpunkt der Tätigkeit von FRONTEX stellen bislang operative Einsätze vor Malta, Lampedusa sowie den kanarischen Inseln dar.

Die Bundesregierung betont, dass illegale Einwanderung in die EU auf dem Seeweg eine große Herausforderung für alle Mitgliedstaaten sei. Diese Situation erfordere eine *politische* Antwort der EU, mit einem *umfassenden Lösungsansatz* in den Bereichen *Immigration, Asyl* und *Grenzschutz*.⁷ Der bisherige Fokus der EU auf die *Bekämpfung der illegalen Einwanderung*, der ja bereits seit den 1980er Jahren die damaligen *Ad hoc* - Formen der Regierungszusammenarbeit dominierte, sowie die Erfahrungen mit der Praxis von FRONTEX und das Hineinwirken der gemeinsamen Grenzkontrollen in die Herkunftsländer hinein, kann jedoch kaum als Stärkung des Asylrechts verstanden werden. Vielmehr ist die Abwehr von Flüchtlingen und Migranten vorrangig. Darauf zielt die Vorverlagerung des Grenzschutzes. Europas führende Rolle beim Aufbau menschenrechtlicher Strukturen und der Förderung des Flüchtlingsschutzes nach 1945 scheint sich umgekehrt zu haben, wie die Praxis der Umdrehung von Booten auf Hoher See anschaulich illustriert.

Der Abschiebungsschutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention gilt auf Hoher See

Das inzwischen zur zwingenden Regel des Völkerrechts (*ius cogens*) erstarkte Prinzip des Refoulementschutzes nach Art. 33 Abs. 1 GFK (*Abschiebungsschutz*) gilt ebenso wie die anderen menschenrechtlichen Refoulementverbote (Art. 7 IPbpR, Art. 3 Übereinkommen gegen Folter, Art. 7 IPbpR, Art. 3 EMRK) auch auf Hoher See. Der Internationale Gerichtshof interpretiert Art. 2 Abs. 1 IPbpR dahin, dass die Herrschaftsgewalt der Staaten zwar grundsätzlich territorialgebunden sei. Sie könne jedoch unter bestimmten Umständen auch außerhalb des nationalen Territoriums ausgeübt werden. Aus der Entstehungsgeschichte des Paktes ergebe sich, dass dessen Verfasser nicht die Absicht verfolgt hätten, den Staaten zu erlauben, sich aus ihren internationalen Verpflichtungen zu lösen, wenn sie Herrschaftsgewalt außerhalb ihres Territoriums ausübten.⁸ Der Menschenrechtsausschuss hält die Vertragsstaaten aufgrund von Art. 2 Abs. 1 IPbpR ebenfalls für verpflichtet, die Konventionsrechte zu beachten und sicherzustellen, dass alle Personen *innerhalb* ihres Territoriums und darüber hinaus alle Personen, die ihrer Herrschaftsgewalt unterworfen sind, diese Rechte in Anspruch nehmen können. Daraus folge, dass die Vertragsstaaten die Inanspruchnahme der Konventionsrechte durch alle Personen *innerhalb ihrer Gewalt* oder ihrer *wirksamen Kontrolle* sicherstellen müssen, auch wenn sie sich nicht innerhalb ihres Gebietes aufhielten.⁹

⁵ EU, Doc. No. 15445/03, paras. 30, bullet point 4.31, zitiert in *Ruth Weinzierl/Urszula Lisson*, ebenda, S. 23.

⁶ Siehe dazu Bericht: Amnesty International, „Mauritania: „Nobody wants to have anything to do with us“ - arrests and collective expulsions of migrants denied entry into Europe“ vom 1. Juli 2008, AFR 38/001/2008.

⁷ BT-Drs. 16/6254, S. 8.

⁸ Internationaler Gerichtshof, Gutachten „Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory“ vom 9. Juli 2004, General List No. 131.

⁹ Human Rights Committee, General Comment No. 31(80) „Nature of the General Obligation imposed on State Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Par. 10.

Kommt es danach maßgebend nicht auf die territorial gebundene Hoheitsgewalt, sondern unabhängig davon zuallererst auf die Herrschaftsgewalt an, gelten internationale Verpflichtungen auch auf Hoher See. Entgegenstehende vereinzelte gerichtliche Entscheidungen wie etwa die *Haiti*-Entscheidung des Obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten,¹⁰ der sich einige Gerichte in angelsächsischen Staaten angeschlossen hatten,¹¹ sind bereits mit dem Wortlaut von Art. 33 Abs. 1 GFK (Verbot der Zurückweisung „auf irgendeine Weise“) sowie auch dem Zweck der GFK unvereinbar. Danach ist der Schutz vor der zwangsweisen Rückführung nicht ausschließlich auf das Territorium der Vertragsstaaten, sondern auf die *Effektivität ihrer Herrschaftsgewalt* bezogen. Dementsprechend gilt das Refoulementprinzip nach der überwiegenden Literatur¹² auch auf Hoher See. Auch das Exekutivkomitee von UNHCR bekräftigt diesen Grundsatz.¹³ Im Übrigen wurde die *Haiti*-Entscheidung vor der Klarstellung der Reichweite internationaler Verpflichtungen durch den Internationalen Gerichtshof und den Menschenrechtsausschuss getroffen.

Seerechtliche Verpflichtungen gegenüber Flüchtlingen auf Hoher See

Zugunsten von Flüchtlingen, die etwa auf dem Mittelmeer in *Seenot* geraten, sind zusätzlich seerechtliche Schutznormen zu beachten. Art. 98 des Seerechtsübereinkommens von 1982 (SRÜ) bringt eine gewohnheitsrechtliche Regel zum Ausdruck, wonach jeder Staat sicherzustellen hat, dass der Kapitän eines seine Flagge führenden Schiffes so schnell wie möglich Personen in *Seenot* zu Hilfe zu eilen hat, wenn er von ihrem Hilfsbedürfnis Kenntnis erlangt, soweit diese Handlung vernünftigerweise von ihm erwartet werden kann. Ergänzt werden diese Verpflichtungen durch humanitäres Seerecht, etwa die Konvention SOLAS (Internationales Übereinkommen zum Schutze des menschlichen Lebens auf See) und SAR (Internationale Konvention über die Suche auf See und die *Seenotrettung*). Ziff. 1 der Regulation 33(1) der SOLAS verpflichtet jeden Kapitän zur unverzüglichen Hilfeleistung im Falle von *Seenot*, und zwar unabhängig von der Nationalität und dem Status der hilfsbedürftigen Person. Der SAR Annex verpflichtet die Staaten darüber hinaus, die medizinische und sonstige Versorgung der geretteten Personen sicherzustellen und sie an einen sicheren Ort zu verbringen.

Schutz durch die Europäische Menschenrechtskonvention auf Hoher See

Unabhängig hiervon ist es den Staaten nicht erlaubt, Flüchtlinge auf Hoher See zurückzudrängen oder umzudrehen. Tendenzen im europäischen Grenzkontrollregime, Kontrollmaßnahmen zu *exterritorialisieren* und entweder außerhalb der als Küstenmeer dem Staatsgebiet zuzuordnenden Zwölf-Meilen-Zone, in der bis zu 24 Seemeilen umfassenden Anschlusszone, in der die Ausübung polizeilicher Hoheitsgewalt erlaubt ist, auf Hoher See oder in den territorialen Gewässern, d.h. dem Küstenmeer von Drittstaaten in Kooperation mit deren Sicherheitsbehörden durchzuführen, stellt die Mitgliedstaaten – entsprechend den vorstehend dargelegten Grundsätzen – nicht von ihren internationalen

¹⁰ Supreme Court, Nr. 92–344, The United States Law Week 1993, 4684 – *Sale v. Haitian Ctrs. Council*.

¹¹S. Nachweise bei *Andreas Fischer-Lescano/Tillmann Löhr*, Rechtsgutachten Menschen- und flüchtlingsrechtliche Anforderungen an Maßnahmen der Grenzkontrolle auf See, 2007, S. 7 ff.

¹² S. Nachweise bei *Andreas Fischer-Lescano/Tillmann Löhr*, ebenda, S. 7 ff.

¹³ UNHCR ExCom, Empfehlung Nr. 53 (XXXIX) (1988).

Verpflichtungen, insbesondere der Verpflichtung aus dem Refoulementverbot frei.¹⁴ Eine territoriale Vorverlagerung von Grenzkontrollen hebt nicht die aus dem Refoulementverbot folgenden staatlichen Verpflichtungen auf. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat ausdrücklich die extraterritoriale Wirkung der EMRK an Bord von Schiffen des Flaggenstaates anerkannt.¹⁵ Entscheidend kann danach nicht der Ort sein, an dem sich der Betroffene und das Herrschaftsgewalt ausübende staatliche Organ befinden. Vielmehr gibt es außerhalb des Staatsgebietes des Herkunftslandes keinen Ort, an dem das Refoulementverbot nicht gilt, sei es innerhalb des eigenen Territoriums des um Schutz ersuchten Staates, an dessen Grenze, oder jenseits seiner Staatsgrenze.¹⁶

Durch Vorverlagerung der Grenzkontrollen auf die Hohe See oder gar in die territorialen Gewässer der Herkunftsländer dürfen sich die Vertragsstaaten nicht treuwidrig ihrer internationalen Verpflichtungen entledigen. Der Internationale Gerichtshof hat festgestellt, dass die Staaten sich nicht dadurch aus ihren internationalen Verpflichtungen lösen dürfen, dass sie Herrschaftsgewalt außerhalb ihres Territoriums ausüben.¹⁷ Ebenso kann nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte Art. 1 EMRK nicht dahin interpretiert werden, dass es den Vertragsstaaten erlaubt werde, Konventionsverletzungen, die er im eigenen Hoheitsgebiet nicht ausüben könne, außerhalb ihres Territoriums auszuüben.¹⁸ Da es ernsthafte Anhaltspunkte für die Absicht der Mitgliedstaaten gibt, durch Vorverlagerung der Grenzkontrollen auf die Hohe See den Zugang zum Gemeinschaftsgebiet abzuwehren, verlagern sie damit zugleich auch ihre völkerrechtliche Verantwortung auf die Hohe See. Dies spricht dagegen, dass sie auf internationalen Gewässern treibende Menschen ohne weiteres abdrängen und umlenken dürfen. Vielmehr sind sie entsprechend ihren internationalen Verpflichtungen gehalten, schutzbedürftigen Personen Zugang zu einem Verfahren zu eröffnen.

Schlussfolgerungen für den Umgang der EU mit Flüchtlingen auf Hoher See

Aus dem Refoulementverbot sowie dem hieraus fließenden Gebot, ein Verfahren zur Prüfung der Flüchtlingseigenschaft bzw. einer drohenden Menschenrechtsverletzung zu eröffnen, folgt damit ein vorübergehendes, verfahrengebundenes Recht auf vorübergehende Aufnahme.¹⁹ Insbesondere wegen der *gemischten Fluchtgründe* der auf Hoher See aufgegriffenen Personen kommt dem Recht auf Zugang zu einem wirksamen Verfahren eine besondere Bedeutung zu. Solange die Flüchtlingseigenschaft nicht überprüft worden ist, bestehen die internationalen Verpflichtungen aus dem Refoulementverbot. Die Mitgliedstaaten dürfen auch nicht die Augen vor der evidenten Tatsache verschließen, dass sich unter den auf Hoher See in Booten treibenden Personen Schutz suchende Personen befinden.

¹⁴ Guy S. Goodwin-Gill, The Haitian Refoulement Case, in: International Journal of Refugee Law 1994, 103; Andreas Fischer-Lescano/Timo Tohidipour, Europäisches Grenzkontrollregime. Rechtsrahmen der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX, 2007, S. 20; Ruth Weinzierl/Urszula Lisson, Border Management and Human Rights, German Institute for Human Rights (Hrsg.), 2007, S. 13 ff.

¹⁵ EGMR, EGMR, EuGRZ 2002, 133 (139), § 73 – *Bankovic et. al. v. Belgium et. al.*

¹⁶ Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam, The Refugee in International Law, 3. Aufl., 2007, S. 245.

¹⁷ Internationaler Gerichtshof, Gutachten „Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory“ vom 9. Juli 2004, General List No. 131.

¹⁸ EGMR, Entscheidung v. 16. November 2004 – Nr. 31821/96 – *Issa et al. v. Turkey.*

¹⁹ UNHCR ExCom, Empfehlung Nr. 85 (XLIX) (1998), Nr. q; Ruth Weinzierl/Urszula Lisson, Border Management and Human Rights, German Institute for Human Rights (Hrsg.), 2007, S. 14.

Ohne wirksame Vorkehrungen zu ergreifen, um schutzbedürftige Personen zu identifizieren, dürfen auf Hoher See treibende Personen nicht vorschnell und pauschal als illegale Einwanderer behandelt werden. Vielmehr folgt aus den *positiven Garantienpflichten* der Vertragsstaaten der GFK, dass wirksame Maßnahmen zu ergreifen sind, um den Refoulementschutz optimal zu verwirklichen. Zur Sicherstellung des gebotenen wirksamen Schutzes erlegen menschenrechtliche Normen den Vertragsstaaten eine *Reihe von positiven Verpflichtungen* auf, die darauf gerichtet sind, Verletzungen der Konventionsnormen zu verhindern und Wiedergutmachung zu gewährleisten. Deshalb müssen die Staaten bestimmte Schutzvorkehrungen treffen, um ihrer Hoheitsgewalt unterstehende Personen wirksam gegen Folter und Misshandlungen zu schützen.²⁰

Aus der Anerkennung, dass der Refoulementschutz des Flüchtlingsrechts sowie der Menschenrechtsabkommen auch auf Hoher See gilt, folgt, dass Asylsuchenden ein *wirksamer Zugang zu einem Verfahren* in der EU zu gewähren ist. Zwar regelt die Genfer Flüchtlingskonvention selbst nicht unmittelbar ein Verfahren. Aus dem Refoulementschutz des Art. 33 Abs. 1 GFK folgt jedoch, dass die Vertragsstaaten der GFK ein Verfahren bereithalten müssen, um Refoulementgefahren nach Möglichkeit zu minimieren. Art. 13 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten der EMRK darüber hinaus, gegen drohende Folter und unmenschliche Behandlung einen wirksamen Rechtsbehelf gegen eine negative Behördenentscheidung zu gewährleisten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat wiederholt entschieden, dass Art. 13 EMRK die Verfügbarkeit einer Beschwerdemöglichkeit auf nationaler Ebene zur Durchsetzung der Konventionsrechte garantiert. Angesichts der „Unwiderruflichkeit des Leids, das sich im Falle der Verwirklichung der Gefahr von Folter und Misshandlung“ einstelle und dem „Gewicht, das Art. 3 EMRK beizumessen“ sei, müsse eine „*unabhängige und gründliche Prüfung des Vorbringens*, dass stichhaltige Gründe für die Furcht vor einem tatsächlichen Risiko“ einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung bestehen,²¹ sichergestellt werden. Ebenso sehen die Empfehlungen Nr. 8 (XXVIII) und Nr. 30 (XXXIV) des Exekutivkomitees von UNHCR eine wirksame Beschwerdemöglichkeit vor. Die EU hat mit der *Verfahrensrichtlinie* die Reichweite der entsprechenden internationalen Verpflichtungen anerkannt und sowohl den *Zugang zum Asylverfahren* (Art. 6 bis 17 RL 2005/85/EG) wie auch eine wirksame Beschwerdemöglichkeit vor einer unabhängigen Instanz (Art. 39 RL 2005/85/EG) mit zwingender Wirkung für die Mitgliedstaaten geregelt.

Es ist evident, dass ein Zugang zum Verfahren, die Prüfung des Asylbegehrens wie auch die Prüfung einer wirksamen Beschwerde nicht auf Hoher See, aber auch nicht in „Transit Verfahrenszentren“ („*Transit Processing Centres*“), welche der ausgelagerten administrativen – und nicht gerichtlich angreifbaren – Prüfung von Asylanträgen dienen soll („*outsourcing of refugee protection*“) durchgeführt werden kann.²² Eine derartige Praxis verletzt nicht nur Art. 13 EMRK, sondern auch Gemeinschaftsrecht (Art. 6 ff., 39 2005/85/EG) wie auch den internationalen Standard im Flüchtlingsrecht. UNHCR vertritt die Auffassung, dass „unbeschadet irgendwelcher Verantwortlichkeiten des Flaggenstaates“ sicherzustellen sei, dass es den geretteten oder sonst wie an Bord befindlichen hilfsbedürftigen Personen, wann

²⁰ EGMR, HRLJ 2002, 39 (43) – *Al Adsani v. UK*.

²¹ EGMR, InfAuslR 2001, 57 = NVwZ-Beil. 2001, 97 – *Jabari*.

²² *Andreas Fischer-Lescano/Tillmann Löhr*, ebenda, S. 23.

immer möglich, erlaubt werden soll, „im nächst gelegenen Hafen an Land zu gehen. Auch sollte ihnen Gelegenheit gegeben werden, ihre Flüchtlingseigenschaft durch die Behörden feststellen zu lassen, mit der Maßgabe, dass dies nicht notwendigerweise eine dauerhafte Lösung im Lande des angelaufenen Hafens bedeuten muss.“²³ Der Asylsuchende muss dort jedoch sicher vor dem Refoulement sein. Es reicht danach nicht aus, dass lediglich der Zustand der Seenot beendet wird. Vielmehr muss der Staat, in dem der angelaufene Hafen gelegen ist, das Refoulementverbot des Art. 33 GFK beachten. Sowohl der Schifffahrtssicherheitsausschuss wie auch die Generalversammlung der Vereinten Nationen fordern dementsprechend die Staaten zur internationalen Zusammenarbeit auf, um zu verhindern, dass die Ausschiffung in Länder erfolgt, in denen der Schutz der Asylsuchenden und Flüchtlinge nicht sichergestellt werden kann.

Hieraus wird in der Literatur die Konsequenz gezogen, dass sowohl die in Seenot geratenen und darüber hinaus auch alle auf Hoher See aufgenommenen Asylsuchenden an einen sicheren Ort auf Gemeinschaftsgebiet zu verbringen seien.²⁴ Hierfür spricht, dass der die Herrschaftsgewalt ausübende Staat, also auf Hoher See der Flaggenstaat, nach Gemeinschaftsrecht und der EMRK einen wirksamen Zugang zum Verfahren und eine wirksame Beschwerdemöglichkeit für die aufgenommenen Asylsuchenden bereithalten muss. Bei der bloßen Verbringung an den nächstgelegenen Hafen kann er dies nicht sicherstellen. Unter diesen Voraussetzungen kann er sich deshalb nicht seiner einmal durch Aufnahme auf Hoher See übernommenen Herrschaftsgewalt und der damit verbundenen Verantwortlichkeit für den Asylsuchenden entledigen.

Forderungen:

Deshalb werden folgende Forderungen im Blick auf ein europäisches Grenzkontrollsystem gestellt:

- 1. Das auch auf Hoher See geltende Refoulementverbot ist von den Mitgliedstaaten bei der Vorverlegung von Grenzkontrollen zwingend zu beachten.**
- 2. Die Mitgliedstaaten und die EU haben durch wirksame Maßnahmen sicherzustellen, dass Flüchtlingsboote nicht auf Hoher See umgedreht werden.**
- 3. Die Mitgliedstaaten und die EU haben durch wirksame Maßnahmen sicherzustellen, dass auf Hoher See aufgegriffenen Asylsuchenden ein wirksamer Zugang zu einem Asylverfahren in der EU gewährt wird.**

²³ UNHCR ExCom, Empfehlung Nr. 53 (XXXIX) (1988), Nr. 2.

²⁴ S. hierzu im Einzelnen *Andreas Fischer-Lescano/Tillmann Löhr*, ebenda, S. 28

II. Behandlung von Asylsuchenden und Flüchtlingen in der EU

1. Europäische Verantwortungsverteilung (Dublin II - Verordnung (EG) 343/2003)

Die Verordnung (EG) 343/2003 (Dublin II) legt die Zuständigkeit des Mitgliedstaates, der für die Bearbeitung des Asylantrags zuständig ist, fest. Dabei gilt der Grundsatz, dass innerhalb der EU nur ein Mitgliedstaat für die Behandlung eines Asylbewerbers zuständig ist und die anderen Mitgliedstaaten im Hinblick auf diese Zuständigkeitsbestimmung den Asylbewerber an diesen Staat verweisen können. Nach ihrer Konzeption ist die Verordnung ein wichtiger Baustein für eine „schrittweise Einführung eines Gemeinsamen Europäischen Asylverfahrens, das auf längere Sicht zu einem gemeinsamen Asylverfahren und einem insoweit geltenden einheitlichen Status für die Personen, denen Asyl gewährt wird, führen“ soll (Erwägungsgrund Nr. 5 VO (EG) 343/2003), um so schrittweise einen „Raum ohne Binnengrenzen“ für den freien Personenverkehr zu schaffen (Erwägungsgrund Nr. 8 VO (EG) 343/2003).

Die Anwendung der Verordnung wie auch die Praxis im Rahmen der Vorläufersysteme, das Dubliner Übereinkommen und das Schengener Durchführungsübereinkommen haben Anlass zu vehementer Kritik an deren Rigidität wie auch politischen Auswirkungen gegeben. Das Dubliner System belastet die Mitgliedstaaten an den Außengrenzen der EU, derzeit insbesondere die südeuropäischen Staaten Griechenland, Malta, Italien und Spanien. Das System ist strukturell so konzipiert, dass die Mehrzahl der Mitgliedstaaten mit Verweis auf die irreguläre Einreise der Flüchtlinge diese von innen an die Außengrenzen abdrängen, während die betroffenen Grenzstaaten auf ihre Weise durch drastische Abschottungsmaßnahmen mit Hilfe der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX die Flüchtlinge in ihre Herkunftsländer zurückdrängen oder bereits die Flucht von dort verhindern.

Durch dieses System organisierter Verantwortungslosigkeit läuft Europa Gefahr, die Tradition von Aufklärung und Menschenrechte einer ethisch gereinigten Interessenpolitik zu opfern. Lediglich marginale Änderungen am Dubliner System reichen nicht aus. Nach insgesamt zwölf Jahren beunruhigender Erfahrungen mit einem derart rigiden System ist es an der Zeit, dessen Legitimität als solches zu überprüfen und durch ein an den konkreten Bedürfnissen der Schutzsuchenden orientiertes System zu ersetzen. In jedem Fall müssen zumindest die Grundrechte der Betroffenen gewahrt und ausreichend geschützt werden.

Die Kommission hat 2008 einen Entwurf zur Änderung der Verordnung vorgestellt.²⁵ Danach werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, vor der Entscheidung über die Zuständigkeit den Antragsteller für die Zwecke der Verordnung *persönlich anzuhören* (Art. 5). Diese Verpflichtung besteht derzeit nicht. Darüber hinaus wird das *Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf* (Art. 26) vorgeschlagen. Die Überprüfung soll durch ein unabhängiges Gericht durchgeführt werden und umfasst

²⁵ Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country-national or a stateless person, COM(2008)820.

sowohl Tatsachen- wie Rechtsfragen. Das angerufene Gericht soll innerhalb von sieben Tagen von sich aus entscheiden, ob sich der Asylbewerber während des Verfahrens weiterhin im Mitgliedstaat aufhalten darf (Eilrechtsschutz), vor diesem Zeitpunkt darf keine Überstellung durchgeführt werden. Ihm ist eine kostenlose, unabhängige Rechtsvertretung zu gewähren.

Im Blick auf die Bewahrung der *Familieneinheit* werden die geltenden Regelungen insoweit erweitert, dass die Zusammenführung zu einem Familienangehörigen voraussetzt, dass diesem in einem anderen Mitgliedstaat bereits internationaler Schutz (also Flüchtlingsschutz oder subsidiärer Schutz) zuerkannt wurde. Zu einem Asylbewerber wird die Zusammenführung nur zugelassen, wenn über dessen Asylantrag noch keine Entscheidung getroffen worden ist. Ergänzend schlägt die Kommission vor, dass in den Fällen, in denen einer der Familienangehörigen wegen Schwangerschaft, eines neugeborenen Kindes, ernsthafter Erkrankung oder Behinderung oder wegen seines Alters auf die Hilfe des anderen angewiesen ist, der Mitgliedstaat auf Antrag der Familienmitglieder zuständig ist, der als am besten für die Zusammenführung geeignet anzusehen ist. Bei der Entscheidung sollen die Interessen der Familienangehörigen und deren Reisefähigkeit berücksichtigt werden (Art. 11). Damit wird der bisherige Sollanspruch (Art. 15 Abs. 2 VO (EG) 343/2003) in einen Rechtsanspruch umgewandelt. Die bisherige Ermessensnorm des Art. 15 Abs. 3 VO (EG) 343/2003, die zugunsten unbegleiteter Minderjähriger eine Zusammenführung zu Verwandten in anderen Mitgliedstaaten ermöglicht, wird ebenfalls in einen Rechtsanspruch umgewandelt (Art. 8 Abs. 2).

Das *Selbsteintrittsrecht* bleibt eine Ermessensnorm, soll jedoch um *Härtegründe* („*compassionate reasons*“) erweitert werden. Die Härtegründe werden nicht definiert. Da aber Teile der bisherigen Härtegründe der humanitären Klausel (Art. 15 Abs. 2 und 3 VO (EG) 343/2003) in die Zuständigkeitskriterien integriert werden, ist klargestellt, dass sie über die bisherigen humanitären Gründe, die sich insbesondere aus dem familiären oder kulturellen Kontext ergeben, weit hinausgehen und alle Härtegründe unabhängig von einem derartigen Kontext erfassen können.

Asylbewerber dürfen nicht allein deshalb in *Abschiebungshaft* genommen werden, weil sie einen Asylantrag gestellt haben (Art. 27 Abs. 1). Eine Inhaftierung zum Zwecke der Weiterleitung an den zuständigen Mitgliedstaat ist erst nach der Beschiedszustellung und nur dann erlaubt, wenn ernsthafte Anzeichen auf ein Untertauchen des Betroffenen deuten (Art. 27 Abs. 2). Die Zurückweisungshaft unabhängig von einer derartigen Voraussetzung (§ 15 Abs. 5 AufenthG) wäre hiermit unvereinbar. Darüber hinaus sollen auch *Alternativen* zur Ingewahrsamnahme in Betracht gezogen werden (Art. 27 Abs. 3).

Der zuständige Mitgliedstaat muss in allen Fällen das Asylverfahren fortsetzen. Hat er das Verfahren aufgrund der Rücknahme des Asylbewerbers vor seiner Ausreise in einen anderen Mitgliedstaat eingestellt oder den Antrag abgelehnt, muss er diese Entscheidung aufheben und das Asylverfahren zu Ende führen. Derzeit ist die entsprechende Praxis in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich. Der Vorschlag ist so zu verstehen, dass in jedem Fall eine inhaltliche Vollprüfung durchzuführen ist, auch wenn eine ablehnende Entscheidung allein wegen der Ausreise des Asylbewerbers getroffen wurde.

Schließlich schlägt die Kommission vor, dass für den Fall, in dem ein Mitgliedstaat mit einem unerwartet hohen Aufkommen von Asylbewerbern konfrontiert wird oder in dem nach Auffassung der Kommission oder der eines anderen Mitgliedstaates die vorherrschende Situation unvereinbar mit dem Standard nach den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakten ist, das Dublinsystem vorübergehend ausgesetzt werden kann (Art. 31). In diesen Fällen kann die Kommission die Überstellungen für einen Zeitraum bis zu sechs Monaten aussetzen. Eine Verlängerung der Frist ist möglich. Alle Mitgliedstaaten haben das Recht, innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung der Kommission eine endgültige Entscheidung des Rates herbeizuführen. Für die Zeit der Aussetzung ist geregelt, dass *für die Prüfung der Anträge auf internationalen Schutz [...] die anderen Mitgliedstaaten zuständig [sind], in denen sich die Antragsteller aufhalten* (Art. 31 Abs. 6).

Die anstehende Änderung der Verordnung ist aus den oben bezeichneten Gründen nicht ansatzweise ausreichend, um einen gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa zu schaffen. Vielmehr bleibt die Forderung nach Abschaffung dieses rigiden Systems und seine Ersetzung durch ein an den Interessen der Schutzbedürftigen ausgerichtetes System unverändert aktuell. Bis dahin werden folgende Forderungen erhoben:

- 1. Das Selbsteintrittsrecht ist als Rechtsanspruch zugunsten der Asylbewerber, die humanitäre oder sonstige Härtegründe geltend machen, zu gestalten. Hierbei sind im Regelfall Sprachkenntnisse, kulturelle, familiäre und sonstige Beziehungen vorrangig zu berücksichtigen.**
- 2. Gegen Entscheidungen, den Asylbewerber an den zuständigen Mitgliedstaat weiterzuleiten, ist das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und die Möglichkeit zu gewährleisten, bis zur Entscheidung hierüber im Aufnahmemitgliedstaat zu bleiben.**
- 3. Kein Asylbewerber darf zum Zwecke der Durchführung des Dublinverfahrens in Abschiebungs- oder Zurückweisungshaft genommen werden.**
- 4. Minderjährige dürfen unter keinen Umständen in Abschiebungs- oder Zurückweisungshaft gehalten werden.**
- 5. Die Familienzusammenführung ist nicht nur anerkannten Flüchtlingen, sondern auch anderweitig Aufenthaltsberechtigten (jedenfalls aber „humanitär Aufenthaltsberechtigten“ oder „subsidiär Schutzberechtigten“) und Asylbewerbern zu gestatten, unabhängig vom Stand des Asylverfahrens.**
- 6. Der zuständige Mitgliedstaat muss nach der Ankunft des Asylbewerbers das Asylverfahren in dem Stadium fortsetzen, in dem es vor dessen Ausreise gelangt war.**
- 7. Für den Fall eines unerwartet hohen Asylbewerberaufkommens in einem Mitgliedstaat oder bei Nichterfüllung der Verpflichtungen aus den Rechtsakten zum Flüchtlingsschutz ist das Dubliner System bis zur Behebung der Ursache auszusetzen und das Asylverfahren im Aufenthaltsmitgliedstaat durchzuführen.**

2. Europäisches Unterstützungsbüro für Asylfragen

Im Juni 2008 empfahl die Kommission, für die zweite Phase des gemeinsamen europäischen Asylsystems durch Verordnung ein **Europäisches Unterstützungsbüro für Asylfragen** einzurichten. Im „*Europäischen Pakt zu Einwanderung und Asyl*“ des Rates vom 24. September 2008 wird dieser Vorschlag aufgegriffen und angekündigt, dass es Aufgabe des Büros sein werde, den Austausch von Informationen, Analysen und Erfahrungen zwischen den Mitgliedstaaten zu erleichtern und die konkrete Zusammenarbeit zwischen den nationalen Asylbehörden auszubauen. Dem Büro sollten weder Weisungs- noch Entscheidungsbefugnis zugewiesen werden. Es werde auf der Grundlage einer gemeinsamen Kenntnis der Herkunftsländer die Abstimmung der Praktiken, der Verfahren und damit auch der einzelstaatlichen Entscheidungen fördern.²⁶

Die Kommission legte am 18. Februar 2009 einen entsprechenden Vorschlag²⁷ vor. Das Bedürfnis für die Einrichtung eines derartigen Büros sei in den nach wie vor bestehenden erheblichen Unterschieden der Asylpraxis der Mitgliedstaaten sowohl hinsichtlich *Prüfungsqualität* wie auch im Blick auf das *Beurteilungsspektrum* begründet. Hinsichtlich des Aufgabenbereichs sollten die Kenntnisse der diversen Akteure im Asylbereich sowie die Sammlung und Qualität von Herkunftslandinformationen verbessert, die Mitgliedstaaten durch Kapazitätsaufbau und Entlastung bei besonderem Druck unterstützt, die Neuansiedlung in der EU (Resettlement) gefördert sowie die Schutzsysteme in Drittländern gestärkt werden. Erreicht werden sollte dies durch den Austausch bewährter Praktiken, Unterstützung bei Monitoring und Qualitätskontrolle sowie Schulung und Kapazitätsaufbau.

Aus institutioneller Sicht erscheine die Einrichtung eines *Unterstützungsbüros in Form einer Regulierungsagentur* als beste Lösung. Das Büro werde als *unabhängiges europäisches Kompetenzzentrum* für Asylfragen den Mitgliedstaaten behilflich sein, sich mit den Asylsystemen und Praktiken der Mitgliedstaaten vertraut zu machen, engere Arbeitsbeziehungen zwischen den für Asylfragen zuständigen Behörden im operativen Bereich herzustellen, das gegenseitige Vertrauen zu stärken und eine größere Übereinstimmung in der Praxis zu erreichen.

Hinsichtlich der Auslegung und Anwendung der Rechtsakte in diesem Bereich sollten dieser Institution geeignete Instrumente (Empfehlungen, Handbücher) an die Hand gegeben werden. Andernfalls kann es angesichts der Vielzahl der Freistellungsklauseln in diesen Rechtsakten kaum gelingen, die beklagte unterschiedliche Praxis in den Mitgliedstaaten abzubauen. Zu rügen ist insbesondere die Binnensicht der Kommission. Bei der Verbesserung der Herkunftsländerinformation wie auch beim institutionellen Aufbau der Koordinierungsstelle sind jedoch das Menschenrechtszentrum der Vereinten Nationen und UNHCR wie auch das Netzwerk nichtstaatlicher Organisationen einzubeziehen. Insbesondere muss UNHCR eine weitgehende Beteiligung im Rahmen der Asylagentur zugesichert werden.

²⁶ Rat der Europäischen Union, *Europäischer Pakt zu Einwanderung und Asyl* vom 24. September 2008 (13440/08), Punkt IV a, S. 11.

²⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Einrichtung eines Europäischen Unterstützungsbüros für Asylfragen (SEK(2009)154, (KOM(2009)66 endgültig, 18. Februar 2009).

Es werden deshalb in diesem Zusammenhang folgende Forderungen erhoben:

1. **Der Koordinierungsstelle für Asylfragen der EU sind wirksame Kompetenzen zuzuweisen, damit die sehr unterschiedliche Praxis in den Mitgliedstaaten abgebaut werden kann.**
2. **Die Koordinierungsstelle soll zur Verbesserung der Herkunftsländerinformationen sowie der Qualität der Entscheidungen der nationalen Asylbehörden relevante internationale, zwischenstaatliche und nichtstaatliche Organisationen, insbesondere UNHCR, einbeziehen.**
3. **Die Verbesserung der Entscheidungsqualität in den Mitgliedstaaten setzt voraus, dass das Europäische Unterstützungsbüro geeignete Instrumente (z.B. Empfehlungen, Handbücher zur Auslegung der Rechtsakte im Flüchtlingsbereich) an die Hand gegeben werden.**

3. Aufnahmerichtlinie (2003/9/EG)

Die Aufnahmerichtlinie vom 27. Januar 2003 legt Mindestnormen für die *Aufnahme von Asylbewerbern* fest und verfolgt das Ziel, die uneingeschränkte Wahrung der *Menschenwürde* zu gewährleisten. Daher werden „Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern“ festgelegt, die diesen „im Normalfall ein *menschenwürdiges Leben* ermöglichen und *vergleichbare Lebensbedingungen in allen Mitgliedstaaten* gewährleisten“ (Erwägungsgründe Nr. 4 bis 7 RL 2003/9/EG). Die Aufnahmerichtlinie hat dieses Ziel verfehlt, weil sie den Mitgliedstaaten für die Umsetzung zu viele und zu große Ermessensspielräume einräumt.

Das Europäische Parlament hat zahlreiche Defizite bei der Aufnahme von Asylbewerbern und dabei insbesondere deren zunehmende Inhaftierung und darüber hinaus gerügt, dass die Mindeststandards in einigen Mitgliedstaaten „bisher nur schlecht oder gar nicht angewandt wurden.“ Das Parlament hat in diesem Zusammenhang gefordert, dass Asylbewerbern *Zugang zu kostenloser Rechtsberatung* zu gewähren und die *medizinische Versorgung* zu erweitern sei und nicht lediglich auf die *Notversorgung* beschränkt werden dürfe. Da einige Mitgliedstaaten, unter diesen auch die Bundesrepublik Deutschland, entgegen der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung die *Bedarfsprüfung* für *besonders schutzbedürftige Personen* nicht eingeführt haben, wird die Kommission aufgefordert, „verbindliche gemeinsame Normen zur Identifizierung schutzbedürftiger Personen festzulegen.“²⁸

In ihrem Vorschlag für eine Änderung der Aufnahmerichtlinie aus dem Jahre 2008 schlägt die Kommission²⁹ vor, dass *Inhaftierungen von Asylbewerbern* nicht aus dem Grunde, dass sie internationalen Schutz suchen, durchgeführt werden. Unbegleitete Minderjährige sollen unter keinen Umständen inhaftiert werden. Für den Fall der Inhaftierung soll Asylbewerbern Zugang zu kostenloser Rechtsberatung eröffnet werden. Zwar wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit belassen, die

²⁸ *Europäisches Parlament*, Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2003/9/EG vom 21. Januar 2009.

²⁹ *Commission of the European Communities*, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down minimum standards for the reception of asylum seekers, COM(2008)815.

Bewegungsfreiheit auf einen bestimmten Bezirk zu beschränken. Die darüber hinausgehende Möglichkeit nach geltendem Recht, aus Gründen des öffentlichen Interesses den Wohnsitz des Asylbewerbers festzulegen, soll aber aufgehoben werden. Nach Ablauf von sechs Monaten nach Stellung des Asylantrags ist Asylbewerbern *Zugang zum Arbeitsmarkt* zu eröffnen. Dabei soll nicht mit Hinweis auf die Erfordernisse des Arbeitsmarktes der Zugang unangemessen behindert werden. Darüber hinaus soll eine Verpflichtung zur unverzüglichen Identifikation besonders schutzwürdiger Personen (*Bedarfsprüfung*) eingeführt werden. Insbesondere ist die erforderliche medizinische Behandlung und in diesem Zusammenhang der Zugang zu psychotherapeutischen Diensten sicherzustellen.

Gegen die Beschränkung der Bewegungsfreiheit von Asylbewerbern bestehen Bedenken. Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 26 GFK kann hergeleitet werden, dass die Freizügigkeit von Asylsuchenden und Flüchtlingen grundsätzlich wie die anderer Ausländer gewährleistet werden soll. Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung dürfen zwar für eine begrenzte Zeit angeordnet werden. Für den Fall, dass Vertragsstaaten darüber hinaus generelle Beschränkungen der Bewegungsfreiheit für Flüchtlinge einführen sollten, wurde dies jedoch nur in dem Umfang für zulässig erachtet, wie derartige Beschränkungen auch für die eigenen Staatsangehörigen eingeführt werden.³⁰ Sofern geklärt worden ist, dass eine Person Asyl sucht und die erforderlichen verfahrensrechtlichen Schritte eingeleitet worden sind, ist die Aufrechterhaltung der Freizügigkeit beschränkender Maßnahmen nicht mehr vereinbar mit Art. 26 GFK.³¹

Zwar erlaubt die Richtlinie Sanktionen für grobe Verstöße gegen die Vorschriften hinsichtlich der Unterbringungszentren. Nach dem Gesamtzusammenhang der Regelungen in Art. 16 RL 2003/9/EG kommen hiermit jedoch nur verwaltungsrechtliche Sanktionen, wie etwa der Entzug bisher gewährter Vorteile, in Betracht. Bestätigt wird dies durch Art. 7 Abs. 4 RL 2003/9/EG, wonach aufenthaltsrechtliche Restriktionen mit der Gewährung materieller Aufnahmebedingungen verknüpft werden können. Sanktionen strafrechtlicher Art werden in der Richtlinie nicht genannt (vgl. auch Art. 16 Abs. 4 RL 2003/9/EG). Wenn den Mitgliedstaaten auch derartige Befugnisse hätten eingeräumt werden sollen, hätten entsprechende ausdrückliche Regelungen getroffen werden müssen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Da die Richtlinie *Mindestnormen* für die Praxis der Mitgliedstaaten festlegt, dürfen deren Sanktionen wie im deutschen Recht den festgelegten Standard nicht dadurch unterschreiten, dass verwaltungsrechtliche durch strafrechtliche Sanktionen ersetzt werden.³² Bei der Änderung der Richtlinie ist eine entsprechende Klarstellung vorzunehmen.

³⁰ *Nemiah Robinson*, Convention relating to the Status of Refugees, S. 110.

³¹ *James C. Hathaway*, The Rights of Refugees under International Law, S. 704-708; *Alice Edwards*, Human Rights, Refugees, and the Right 'To Enjoy' Asylum, International Journal of Refugee Law 2005, 304; *Gunnel Stenberg*, Non-Expulsion and Non-Refoulement, 1989, S. 92; *Tom Clark*, Convention and the Need for Authoritative Interpretation, International Journal of Refugee Law 2006, 584 (597); *Lex Takkenberg*, Detention and other restrictions on the freedom of movements of refugees and asylum seekers: The European perspective, in: *J. Bhabha and G. Coll*, Asylum Law and Practice in Europe and North America: A Comparative Analysis, 1992, S. 137 S. 142 f.

³² *Reinhard Marx*, Kommentar zum AsylVfG, 7. Aufl., 2008, § 85 Rdn. 3.

Für die anstehende Änderung der Aufnahmerichtlinie werden folgende Forderungen erhoben:

1. Asylbewerber dürfen nicht in Abschiebungshaft gehalten werden.
2. Insbesondere dürfen keine Minderjährigen in Abschiebungshaft gehalten werden.
3. Asylbewerbern ist in allen mit dem Asylantrag zusammenhängenden Verfahren kostenlose und unabhängige Rechtsberatung und –vertretung zu gewährleisten.
4. Asylbewerbern ist nicht lediglich eine medizinische Notversorgung, sondern eine angemessene medizinische Versorgung zu gewährleisten.
5. Die Feststellungsbehörde ist verpflichtet, besonders schutzbedürftige Personen unverzüglich nach der Asylantragstellung zu identifizieren (Bedarfsprüfung) und die erforderliche, insbesondere psychotherapeutische Behandlung wirksam sicherzustellen.
6. Asylbewerbern ist unverzüglich nach Stellung des Asylantrags, spätestens nach Ablauf von sechs Monaten der Zugang zum Arbeitsmarkt ohne vorgängige Arbeitsmarktprüfung zu gewährleisten.
7. Die Bewegungsfreiheit der Asylbewerber ist im gesamten Gebiet des Mitgliedstaates sicherzustellen.
8. Unter keinen Umständen darf die Verletzung von aufenthaltsbeschränkenden Maßnahmen mit Strafsanktionen geahndet werden.

4. Daueraufenthaltsrichtlinie (2003/109/EG)

Die Daueraufenthaltsrichtlinie wird von der Überzeugung getragen, dass eines der Hauptziele der EU die Integration von Drittstaatsangehörigen ist, die langfristig in den Mitgliedstaaten ansässig sind, weil dies entscheidend zur Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts beiträgt (Erwägungsgrund Nr. 4 RL 2003/109/EG). Daher gewährt die Richtlinie Drittstaatsangehörigen, die sich fünf Jahre rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufgehalten haben, ein unbefristetes Aufenthaltsrecht (Art. 8 Abs. 1 RL 2003/109/EG) und ein begrenztes Mobilitätsrecht in der gesamten EU (Art. 14 RL 2003/109/EG). In der Konsequenz dieser grundlegenden Überzeugung hatte die Kommission in ihrem Vorschlag für die Richtlinie 2003/109/EG im Jahre 2001 vorgeschlagen, auch die Flüchtlinge in den Anwendungsbereich der Richtlinie einzubeziehen. Im weiteren Verlauf der Beratungen über die Richtlinie, wurden Flüchtlinge jedoch wieder ausgeschlossen. Subsidiär Schutzberechtigte waren von vornherein nicht berücksichtigt worden.

Dieses Defizit wurde allgemein als unbefriedigend empfunden. Da die Freizügigkeitsgewährleistung der Genfer Flüchtlingskonvention auf dem Prinzip der Ausländergleichbehandlung beruht (Art. 26), ist ein Rechtsakt, der das Ziel verfolgt, den Drittstaatsangehörigen im gesamten Gemeinschaftsgebiet einen sicheren Rechtsstatus zu verschaffen, dabei aber schutzbedürftige Drittstaatsangehörige ausgrenzt, ohnehin kaum überzeugend. In ihrem Änderungsvorschlag vom 6. Juni 2007³³ reagiert die Kommission auf diese Kritik und empfiehlt, allen Personen mit

³³ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/109/EG zwecks Erweiterung ihres Anwendungsbereichs auf Personen mit internationalem Schutzstatus (KOM(2007)298endgültig.

internationalem Schutzstatus - also nicht nur Flüchtlinge, sondern auch subsidiär Schutzberechtigte - in den Anwendungsbereich der Richtlinie aufzunehmen (Art. 4). Für die damit an sich zugleich erforderlich werdende Gemeinschaftsregelung zum Übergang der Verantwortung für den Schutz auf einen anderen Mitgliedstaat wird hingegen keine Empfehlung unterbreitet. Insoweit bleibt es bei der Anwendung von § 11 GFK Anhang sowie dem Europäischen Übereinkommen über den Übergang der Verantwortung für Flüchtlinge von 1980, welche freilich nicht auf subsidiär Schutzberechtigte zugeschnitten sind.

Zur wirksamen Sicherstellung des Refoulementschutzes wird von der Kommission vorgeschlagen, dem Eintrag in den Aufkleber nach Art. 8 Abs. 3 RL 32003/109/EG den Zusatz beizufügen, dass dem Drittstaatsangehörigen der Status eines Schutzbedürftigen zuerkannt worden ist. Die Dauer des Asylverfahrens soll auf die Frist von fünf Jahren angerechnet werden (Art. 4 Abs. 1). Die Beratungen des Kommissionsvorschlags stocken derzeit, weil die Einbeziehung subsidiär Schutzberechtigter in den Anwendungsbereich der Richtlinie kontrovers diskutiert wird. UNHCR geht in diesem Zusammenhang noch einen Schritt weiter und fordert die Einbeziehung aller Personen, die subsidiären Schutz in irgendeiner Form nach nationalem Recht genießen.³⁴

Für die anstehende Änderung der Daueraufenthaltsrichtlinie werden unter Einbeziehung der Vorschläge von UNHCR folgende Forderungen erhoben:

- 1. Die Daueraufenthaltsrichtlinie soll auf alle Personen, die internationalen Schutz oder in irgendeiner Form nach nationalem Recht subsidiären Schutz genießen, angewandt werden.**
- 2. In den erforderlichen Zeitraum eines rechtmäßigen Aufenthaltes von fünf Jahren sollen die Dauer des Asylverfahrens sowie alle Zeiten eines rechtmäßigen Aufenthaltes unabhängig vom zugrunde liegenden Erteilungsgrund einberechnet werden.**
- 3. Vom Erfordernis der „festen und regelmäßigen Einkünfte“ (Art. 5 Abs. 1 Buchst. a) RL 2003/109/EG) soll zugunsten von Personen, die internationalen Schutz genießen, abgewichen, jedenfalls unter Berücksichtigung der spezifischen Situation schutzbedürftiger Personen Ausnahmen zugelassen werden.**
- 4. Bei der Aufstellung von Integrationsanforderungen (Art. 5 Abs. 2 RL 2003/109/EG) sind zugunsten von Personen, die internationalen Schutz genießen, entsprechend den jeweiligen individuellen Umständen Ausnahmen zuzulassen.**
- 5. Es sind gemeinschaftsrechtliche Regeln zur Klärung der Umstände auszuarbeiten, unter denen die Verantwortung für den Schutz von Personen, die internationalen Schutz genießen, auf einen anderen Mitgliedstaat übergeht.**
- 6. Die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft in einem Mitgliedstaat ist für alle Mitgliedstaaten verbindlich.**
- 7. Für die Bearbeitung eines Antrags auf Auslieferung einer Person, die internationalen Schutz genießt, ist ausschließlich der Mitgliedstaat zuständig, der den Schutzstatus ursprünglich gewährt hat. Es ist**

³⁴ UNHCR, Anmerkungen von UNHCR zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/109/EG zwecks Erweiterung ihres Anwendungsbereichs auf Personen mit internationalem Schutzstatus vom 29. Februar 2008.

klarzustellen, dass die Gewährung von internationalem Schutz einer Auslieferung aus den Gründen, die der Schutzgewährung zugrunde lagen (z. B. rechtsstaatswidrige Verurteilungen), zwingend entgegensteht.

5. Rückführungsrichtlinie (2008/115/EG)

Die Rückführungsrichtlinie wurde vom Europäischen Parlament am 18. Juni 2008 und vom Rat am 16. Dezember 2008 verabschiedet. Sie muss von den Mitgliedstaaten innerhalb von zwei Jahren umgesetzt werden. Mit der Richtlinie bekräftigt die EU das legitime Recht der Mitgliedstaaten, in ihrem Gebiet sich unrechtmäßig aufhaltende Drittstaatsangehörige zurückzuführen, vorausgesetzt, durch faire und effiziente Asylverfahren erlangt das Refoulementverbot praktische Wirksamkeit (Erwägungsgrund Nr. 8). Die Richtlinie betont den Vorrang des *Prinzips der freiwilligen Rückkehr* vor der Abschiebung (Erwägungsgrund Nr. 9). Ihr Ziel ist es, für die Rückführung, zwangsweise Abschiebung, Abschiebungshaft und Einreiseverbote gemeinsame Regeln festzulegen (Erwägungsgrund Nr. 20). Dabei unterliegt die Anwendung von Zwangsmaßnahmen den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Wirksamkeit (Erwägungsgrund Nr. 13).

Die Richtlinie will zwar gemeinsame Standards für die Rückführung setzen, günstigere Bestimmungen in den Mitgliedstaaten jedoch nicht verdrängen (Art. 4 Abs. 2). Ergänzt wird die Besserstellungsklausel durch ein *Verschlechterungsverbot*. Nach Anlage Nr. 1 erklärt der Rat, dass die Umsetzung der Richtlinie nicht dazu verwendet werden darf, ungünstigere Bestimmungen einzuführen. Allerdings hat diese Erklärung keine Verbindlichkeit, kann aber bei der Auslegung der Besserstellungsklausel herangezogen werden. Rückführungsentscheidungen und Einreiseverbote sind dem Betroffenen schriftlich bekannt zu geben und zu begründen (Art. 12 Abs. 1). Vor einer Rückführung ist dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, ein wirksames Rechtsmittel bei einem Gericht, einer Verwaltungsbehörde oder einer vergleichbaren unabhängigen Stelle einzulegen (Art. 13 Abs. 1). Bei dieser Stelle kann ein Antrag auf vorläufige Aussetzung der Abschiebung gestellt werden (Art. 13 Abs. 2). Die Abschiebung ist auszusetzen, wenn durch diese das Refoulementverbot verletzt würde oder ein eingelegtes Rechtsmittel aufschiebende Wirkung hat (Art. 9 Abs. 1).

Die zwangsweise Durchführung der Rückführung darf nur als letztes Mittel in Betracht gezogen werden, muss verhältnismäßig sein und darf nicht über das erforderliche Maß an Gewalt hinausgehen (Art. 8 Abs. 4). Die Mitgliedstaaten haben ein wirksames Überwachungssystem für Zwangsrückführungen („*return monitoring system*“) einzurichten (Art. 8 Abs. 6). Die Abschiebung *unbegleiteter Minderjähriger* ist nach Konsultation einer von der Vollzugsbehörde unabhängigen Behörde und nur zulässig, wenn dies im *besten Interesse* des Kindes oder Jugendlichen ist und sichergestellt ist, dass ein Angehöriger oder gesetzlicher Vertreter die Betreuung übernimmt oder angemessene Unterbringungsmöglichkeiten bestehen (Art. 10). Die Rückführungsentscheidung kann mit einem Einreiseverbot verbunden werden, wenn keine Gelegenheit zur freiwilligen Ausreise gegeben oder diese nicht genutzt wurde (Art. 11). Bei der vorrangigen freiwilligen Ausreise ist dem Grundsatz der Familieneinheit, dem gesundheitlichen Zustand des Betroffenen und dem Recht auf Zugang Minderjähriger zu allgemeinen Bildungsmaßnahmen Rechnung zu tragen (Art. 14). Abschiebungshaft kann bei Gefahr des Untertauchens oder wenn der

Betroffene versucht, die Vorbereitung der Rückführungsentscheidung zu behindern, angeordnet werden (Art. 15 Abs. 1). Grundsätzlich ist die Haft in besonderen Einrichtungen durchzuführen (Art. 16 Abs. 1).

Die Rückführungsrichtlinie war heftig umstritten. Befürchtet wird insbesondere eine Ausweitung der ohnehin schon unangemessen häufig angewandten Abschiebungshaft. Kritisiert wurde, dass die Dauer der Inhaftnahme bis zu 18 Monate zulässig ist. Die für die Rückführung geltenden Mindestrechte, die die Richtlinie zugunsten der Betroffenen einführt, bewegen sich auf einem niedrigen Niveau. Für die Umsetzung in der Bundesrepublik ist sicherzustellen, dass die Anwendung des Verschlechterungsverbot sichergestellt wird, was insbesondere Auswirkungen auf die Anordnung von Abschiebungshaft und Einreiseverbot hat.

Für die anstehende Umsetzung der Rückführungsrichtlinie werden folgende Forderungen erhoben:

- 1. Die Bundesregierung wird aufgefordert, bei der Umsetzung der Rückführungsrichtlinie das Verschlechterungsverbot nach Art. 4 Abs. 2 in Verb. mit Anlage Nr. 1 zu beachten.**
- 2. Aus der Verpflichtung, ein wirksames Monitoring-System bei Abschiebungen einzurichten, folgt, dass ein unabhängiges Gremium zu schaffen und den Mitgliedern Zugang zu den Betroffenen und den Akten zu gewähren ist.**
- 3. Ein Einreiseverbot (Sperrwirkung) darf nach dem Verschlechterungsverbot außer bei Ausweisungen nur bei Abschiebungen angeordnet werden.**
- 4. Neben den Nichtregierungsorganisationen ist ebenso dem nach dem Zusatzprotokoll zum Übereinkommen gegen Folter eingerichteten Beschwerdeausschuss jederzeit Zugang zu allen Abschiebungshaftanstalten zu gestatten.**

Berlin, 30. Juni 2009