

Kapitel 2: Neo-Refoulement

Die Politik der Steuerung der Migrationsströme auf extraterritorialem Gebiet durch Migrationskontrolle bezeichnet die EU selbst als »externe Dimension« ihrer Migrationspolitik. Erst durch die Identifizierung der Praxen des Migrationsmanagements als Neo-Refoulement können die rechtswissenschaftlich interessanten und von der Politik der EU strategisch genutzten Rechtsschutzlücken benannt werden und die Situation von diffusen Menschenrechtsverletzungen den handelnden europäischen Akteur:innen zugerechnet werden (siehe dazu Kapitel 3). Das vorliegende Kapitel 2 wird zunächst den Begriff Neo-Refoulement klären (A.), um im Anschluss daran Neo-Refoulement als Praxis des europäischen Migrationsmanagements zu identifizieren (B.). Im letzten Teil des Kapitels wird diese Praxis am Beispiel des Transitlagers dann als spezifische Form der Verrechtlichung dargestellt (C.).

A. Begriffsgenese: Neo-Refoulement

Prioritäre migrationspolitische Schwerpunkte in der externen Dimension der europäischen Migrationspolitik sind seit jeher der Ausbau von Verhältnissen mit Drittstaaten. Inhaltlich geht es dabei um Rückkehr- und Rückübernahmeprogramme und -vereinbarungen, ein besseres Management der europäischen Außengrenzen und einen Kapazitätenaufbau in der Migrationsverwaltung und -infrastruktur. Diese Maßnahmen zielen auf eine effizientere Steuerung der Migrationsströme außerhalb der EU zur Verhinderung der illegalisierten Migration nach Europa. Die externe Dimension der europäischen Migrationspolitik erscheint damit wenig komplex: Sie basiert auf der inhaltlichen Forderung der unbedingten *Steuerung* der Migrationsströme schon auf *extraterritorialem Gebiet*, welche ständig die Form der *Migrationskontrolle* annimmt. Das Instrument, das die Steuerung der Migration auf extraterritorialem Gebiet durch Kontrolle umfasst, ist das Migrationsmanagement.

Das europäische Migrationsmanagement wird in dieser Arbeit als eine neue Form von Politik und hoheitlicher Gewalt verstanden, welche als Konzept »[...]

the soft power of persuasion, the constitution of subjectivities and the role of expert knowledge at work as technologies of government [...]«¹ beinhaltet. Die geschilderten Praxen lassen sich mit *Hyndman/Mountz* als Neo-Refoulement bezeichnen: »[...] geographically based strategy of preventing the possibility of asylum through a new form of forced return different from non-*refoulement* [...]«.² Diese »new form of forced return« soll im Folgenden in ihrem Spannungsverhältnis zum Non-Refoulement-Prinzip des Völkerrechts ausbuchstabiert werden.

I. Refoulement

Das Non-Refoulement verbietet es, Menschen in Staaten aus- oder zurückzuweisen, in denen ihr Leben oder ihre Freiheit wegen ihrer Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer sozialen oder ethnischen Gruppe oder ihrer politischen Überzeugung bedroht wird.³ Im Non-Refoulement-Gebot kommt das Kernprinzip des Flüchtlingsrechts zum Ausdruck, welches bedeutet, dass niemand dorthin zurückgeschickt werden darf, wo er/sie Verfolgung ausgesetzt ist. Entstehungsgeschichtlich ist dieses Verbot eng mit dem Territorialprinzip des Völkerrechts verbunden⁴ und gilt als Kernprinzip des Flüchtlingsrechts.⁵ Das Non-Refoulement-Prinzip aus Art. 33 GFK steht im Kontext weiterer völkerrechtlicher,⁶ europäischer⁷ und nationaler⁸ Refoulement-Verbote (dazu siehe ausführlich Kapitel 3, A.I.1.).

Dabei ist ohne Belang, wie der Zugriff des Verfolgerstaates auf den/die Schutzsuchende:n aussieht – daher verbietet Art. 33 GFK auch das »mittelbare« Refoulement (»Kettenabschiebung«).⁹ Art. 33 GFK schützt dabei allerdings nur Geflüchtete im Sinne des Art. 1 A Ziff. 2 GFK, die sich außerhalb des Landes befinden, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen. Wichtig für den rechtlichen Rahmen des europäischen Migrationsmanagements ist die verfahrensrechtliche Vorgabe des Art. 33

1 *Jong/Dannecker: Managing Migration with Stories?*, S. 75.

2 *Hyndman/Mountz: Another Brick in the Wall?*, S. 250 (Hervorhebung im Original).

3 Das Verbot der Ausweisung von Flüchtlingen ist in Art. 32 GFK normiert.

4 *Diehl, BeckOK Migrations- und Integrationsrecht*, Art. 33 GFK, Rn. 5f.

5 *Diehl, BeckOK Migrations- und Integrationsrecht*, Art. 33 GFK, Rn. 2.

6 So zum Beispiel Art. 3 EMRK.

7 Das Unionsrecht gewährleistet das Non-Refoulement-Prinzip über Art. 6 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 EMRK; in der Europäischen Grundrechtecharta ist der Refoulement-Schutz unter anderem in Art. 4 GrCH und Art. 19 GrCH normiert und sekundärrechtlich in Art. 21 Abs. 1 der Qualifikationsrichtlinie und mehrfach in der Asylverfahrensrichtlinie normiert.

8 Im deutschen Ausländerrecht ist das Non-Refoulement-Verbot in § 60 Abs. 1 und Abs. 8 AufenthG umgesetzt worden. Über Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG hat das in der GFK verankerte Refoulement-Verbot den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.

9 *Diehl, BeckOK Migrations- und Integrationsrecht*, Art. 33 GFK, Rn. 11; EGMR, Nr. 43844/98, T./Vereinigt Königreich.

Abs. 1 GFK: Die deklaratorische Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft. Bis zu dem Zeitpunkt, an dem die Flüchtlingseigenschaft verneint wird, fallen alle Personen – und nicht nur solche, die die Voraussetzungen tatsächlich erfüllen – unter den verfahrensrechtlichen Schutz von Art. 33 Abs. 1 GFK. Damit fallen auch die »illegale Migration«, die »illegale Einreise« oder »mixed migration flows« ausdrücklich unter den Schutzbereich des Art. 33 Abs. 1 GFK.

II. Neo-Refoulement

Ein solches staatliches Refoulement durch Ausweisung oder Zurückweisung wird im Migrationsmanagement der EU um neue Refoulement-Praxen erweitert, die ich als Neo-Refoulement bezeichne. Praxen des Neo-Refoulement können in Offshoring- und Outsourcing-Praxen unterteilt werden. Offshoring-Praxen sind beispielsweise Visa-Regulierungen oder der Erlass von Frontex-Verordnungen als Teile der integrierten europäischen Grenzverwaltung. Outsourcing-Praxen sind beispielsweise die Kooperation mit Drittstaaten und internationalen Organisationen. Innerhalb dieser Kooperation finden Neo-Refoulement-Praxen in Form von Wissensproduktion und Informationskampagnen oder der Verwaltung von Transitlagern und der Umsetzung von Programmen der »freiwilligen« Rückkehr statt.

Neo-Refoulement-Praxen zeichnen sich durch drei Eigenschaften aus: Erstens sind sie immer nicht-hoheitlich. Während das Refoulement an eine staatliche, hoheitliche Maßnahme der Abschiebung oder Zurückweisung anknüpft, sind Neo-Refoulement-Praxen im europäischen Migrationsmanagement internationalen Organisationen und damit nicht-staatlichen Akteur:innen zuzurechnen. Das hat auch zur Folge, dass Neo-Refoulement-Maßnahmen nicht an das Territorialprinzip gebunden sind, weit vor dem europäischen Territorium umgesetzt werden und Wirkung entfalten können. Sie umfassen Offshoring-Praxen des europäischen Migrationsmanagements, wie zum Beispiel die Kooperation mit Drittstaaten und internationalen Organisationen. Ebenso umfasst Neo-Refoulement die Praxis des Outsourcing von Migrationssteuerungsmaßnahmen an Drittstaaten und internationalen Organisationen (siehe dazu ausführlich Kapitel 2, B. und C.).

Zweitens sind Neo-Refoulement-Praxen nicht rechtsförmlich im herkömmlichen Sinne. Neo-Refoulement manifestiert sich zum Beispiel in Form von Wissensproduktion oder in Form der Verwaltung von Transitlagern. Sie haben keine Rechtsform, die dem völkerrechtlichen Rechtsformenkanon aus Art. 38 Abs. 1 Statut des Internationalen Gerichtshofs (IGH-Statut) entsprechen und sind deshalb mit herkömmlicher Völkerrechtsdogmatik nicht zu greifen.

Drittens wirken Neo-Refoulement-Maßnahmen unterhalb des Maßstabs des klassischen öffentlich-rechtlichen Gewaltbegriffs. Auf staatlicher Ebene lehnt das moderne Grundrechtsverständnis den klassischen Eingriffsbegriff als zu eng ab

und erweitert alle vier klassischen Kriterien – final, unmittelbar, rechtsförmlich, imperativ – zum modernen Eingriffsbegriff. Danach ist ein Eingriff jedes staatliche Handeln, das dem:der Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.¹⁰ Auf der Ebene des internationalen Rechts gibt es eine vergleichbare Entwicklung, die unter dem Stichpunkt der Ausweitung des Gewaltbegriffs diskutiert und in dieser Arbeit in Kapitel 3 relevant wird. Inhaltlich knüpfen die Neo-Refoulement Maßnahmen weder an die begrenzten herkömmlich staatlichen Handlungsformen des Refoulement, noch an den dafür notwendigerweise hoheitlichen Charakter der jeweiligen Maßnahme an. Neo-Refoulement Maßnahmen können trotzdem in den Schutzbereich der Refoulement-Verbote eingreifen, indem das Konzept hoheitlicher Gewalt so ausgeweitet wird, dass dieses die Form der internationalen öffentlichen Gewalt annimmt (siehe dazu ausführlich Kapitel 3).

Gemeinsam ist Refoulement- und Neo-Refoulement-Praxen allerdings das Ziel der Vermeidung von Asylantragstellungen auf europäischem Territorium,¹¹ wobei Neo-Refoulement-Praxen gerade nicht die vom Refoulement-Verbot umfassten rechtsförmigen Praxen (Ausweisung oder Zurückweisung) annehmen, sondern als »new form of forced return«¹² zu charakterisieren sind. Sie lösen die Praxen der Ausweisung oder Zurückweisung an der europäischen Grenze ab und lassen das Non-Refoulement-Gebot zum Schutz der Geflüchteten und Migrant:innen wertlos erscheinen, weil ihre migrationsverhindernde Form weit vor dem europäischen Territorium Wirkung entfaltet. Die Non-Refoulement-Gebote werden durch die Erweiterung der migrationsverhindernden Praxen durch das Neo-Refoulement für den rechtlichen Flüchtlingsschutz nahezu wertlos. Die Non-Refoulement-Gebote schützen nicht vor Praxen des Neo-Refoulement, weil diese nicht-hoheitlich und nicht-formalrechtlich funktionieren und unterhalb der Eingriffsschwelle des herkömmlichen Eingriffsbegriffs wirken. Vielmehr entfalten sie ihre Wirkung durch Kumulation von zahlreichen Eingriffen, wobei die einzelnen Eingriffe sich durch fehlende Intensität auszeichnen und deswegen als einfacher zu rechtfertigen erscheinen. Erst in Kombination führen Neo-Refoulement-Praxen und die Menge der Eingriffe zu einer erdrückenden, unverhältnismäßigen Wirkung und sind damit rechtswidrige Maßnahmen.¹³

10 BVerfG, NVwZ 2018, 1224, Rn. 29.

11 *Hyndman/Mountz: Another Brick in the Wall?*, S. 250.

12 *Ebenda*.

13 Zum Stichwort additiver oder kumulativer Grundrechtseingriffe siehe zum Beispiel *Voßkuhle/Kaiser: Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundrechtseingriff*, S. 313.