

Jasper Mührel\*

## Die Bedeutung des völkerrechtlichen Rechts auf Freizügigkeit für den Flüchtlingsschutz

### Abstract

In Zeiten von Klimawandel, Krieg und wirtschaftlichem Stillstand begeben sich immer mehr Menschen auf die Flucht in der Hoffnung auf eine (bessere) Zukunft. Fragen des Umgangs mit Migration bestimmen weltweit die politischen Debatten, in denen häufig anhand des völkerrechtlichen Flüchtlingsstatus argumentiert wird. Regelmäßig unberücksichtigt bleibt dabei das völkerrechtliche Recht auf Freizügigkeit. Dieser Beitrag beleuchtet Geschichte, Inhalt und Reichweite des völkerrechtlichen Rechts auf Freizügigkeit im Hinblick auf den Flüchtlingsschutz. Darüber hinaus geht er den Fragen nach, in welchen Situationen das Freizügigkeitsrecht Bedeutung für den Flüchtlingsschutz erlangt und wie es sich im jahrhundertealten Spannungsverhältnis zwischen Gastrecht und umfassender staatlicher Souveränität positioniert.

In times of climate change, war and economic gridlock, increasing numbers of people seek refuge by using their ability of free movement in hope for a better future. Questions about how to handle migration dominate political debates worldwide, in which arguments often relate to the refugee status under international law. Often, the right to freedom of movement under international law remains unconsidered. This article focuses on the history, content and extent of the right to freedom of movement under international law and its relevance for the protection of refugees. Moreover, it seeks to take a stand regarding the right to freedom of movement's position within the centuries old tension between a right to hospitality and extensive state sovereignty.

---

\*Der Verfasser studiert seit Oktober 2014 Rechtswissenschaft mit dem Schwerpunkt Internationales Recht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, dem IIT Chicago-Kent College of Law (USA) und der Universidad de Alcalá (Madrid). Er arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht (Prof. Dr. Thomas Kleinlein) an der Universität Jena. Der Beitrag entstand als Studienarbeit im Rahmen eines Seminars zum Flüchtlingsschutz im Sommersemester 2017 bei Prof. Dr. Martina Haedrich.

## A. Einleitung

In den letzten Jahren haben sich Fluchtbewegungen u.a. wegen des Syrienkonflikts massiv verstärkt. Derzeit befinden sich über 60 Millionen Menschen auf der Flucht.<sup>1</sup> Ob innerhalb eines Staates oder über Staatsgrenzen hinweg, Flucht ist ohne Fähigkeit zur Aufenthaltsveränderung nicht möglich. Freizügigkeit ist der vielleicht grundlegendste und bildlichste Ausdruck menschlicher Freiheit,<sup>2</sup> eine „unentbehrliche Bedingung für die Persönlichkeitsentfaltung“<sup>3</sup> und daher auch für Flüchtlinge von großer Bedeutung. Als hohes Rechtsgut ist die Freizügigkeit auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene rechtlich gesichert. Sie kann dabei sowohl das Recht beinhalten, einen Staat über seine Grenze zu betreten oder zu verlassen (externe Freizügigkeit<sup>4</sup>), als auch das Recht, sich auf dem staatlichen Territorium frei zu bewegen und seinen Wohnsitz zu wählen (interne Freizügigkeit<sup>5</sup>). Daneben wird die negative Freizügigkeit im Sinne eines Bleiberechts geschützt.<sup>6</sup> In allen drei Fällen können Interessen der Territorialstaaten entgegenstehen. Ihnen obliegt mit der Gebietshoheit und territorialen Souveränität (vgl. Art. 2 Nr. 1 Charta der Vereinten Nationen, UNCh) die ausschließliche Kontrolle auf ihrem und über ihr Staatsgebiet und damit die Grenz- und Migrationskontrolle.<sup>7</sup> Auf starke grenzüberschreitende Fluchtbewegungen reagieren Zielstaaten häufig mit einer restriktiveren Einwanderungspolitik, um weitere Bewegungen zu verhindern.<sup>8</sup> Wegen der daraus folgenden Interessenkonflikte zwischen Flüchtlingsrechten und staatlichen Regelungen sind Freizügigkeitsbeschränkungen oftmals Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Verfahren.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> UNHCR, Global Trends – Forced Displacement in 2016, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/5943e8a34.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

<sup>2</sup> Vgl. Juss, Free Movement and the World Order, IJRL 16 (2004), 289 (289 f.).

<sup>3</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 27 (67) of 1 November 1999: Freedom of Movement (article 12), CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, para 1; Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urt. v. 31.8.2004, Ricardo Canese v. Paraguay, Rn. 115, abrufbar unter: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_ing.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); vgl. Randelzhofer, in: BonnKomm-GG, 183. EL 2017, Art. 11 Rn. 1, 9; vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, 14. Aufl. 2016, Art. 11 Rn. 1.

<sup>4</sup> Jagerskiold, The Freedom of Movement, in: Henkin, The International Bill of Rights, 1981, S. 166 (167).

<sup>5</sup> Ziekow, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, 1997, S. 5.

<sup>6</sup> Vgl. Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 26 Rn. 58 ff.

<sup>7</sup> v. Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 25, 336.

<sup>8</sup> Vgl. Edwards, Human Rights, Refugees and The Right „To Enjoy“ Asylum, IJRL 17 (2005), 293 (293).

<sup>9</sup> Bezogen auf Deutschland vgl. Sieveke, Die neuen Grenzen der Freizügigkeit für Nicht-EU-Bürger, ZAR 2015, 12 (12).

In diesem Beitrag wird die Bedeutung des Rechts auf Freizügigkeit im Völkerrecht für den Flüchtlingsschutz erörtert. Dazu wird zunächst auf die historische Entwicklung des Freizügigkeitsrechts eingegangen, bevor die für den Flüchtlingsschutz relevanten völkerrechtlichen Freizügigkeitsrechte aus verschiedenen Rechtsquellen im Einzelnen erläutert werden. Anschließend folgt eine Diskussion häufiger Beschränkungen der Freizügigkeitsrechte von Flüchtlingen vor Kritik und einem Fazit.

## B. Historischer Überblick

Schon in der Antike beinhaltete das *ius gentium* Naturrecht über die Beziehungen der Römer zu Fremden und Ausländern, also Nicht-Bürgern Roms, die mit dem Römischen Reich räumlich in Kontakt traten.<sup>10</sup> In der von Bevölkerungswachstum, Binnenkolonisation und Fernhandel geprägten Zeit des Hochmittelalters kam der Freizügigkeit neue Bedeutung zu.<sup>11</sup> So wurde in Art. 42 der englischen Magna Carta Libertatum von 1215 unter dem Vorbehalt der königlichen Treue und des öffentlichen Interesses die Reisefreiheit für jedermann verbrieft.<sup>12</sup> Seit den Anfängen des modernen Völkerrechts im 15. Jahrhundert ist das Spannungsverhältnis zwischen Hospitalität und staatlicher Souveränität, Migration und Einwanderungskontrolle, Teil des juristischen Diskurses.<sup>13</sup> Stellt man sich auf einen internationalistischen Standpunkt, waren Vertreter eines grenzüberschreitenden Rechts auf Freizügigkeit auf Grundlage eines völkerrechtlichen Kommunikations- oder Gastrechts (*ius communicationis* bzw. *law of hospitality*) wie *Francisco de Vitoria* (1492-1546) oder *Hugo Grotius* (1583-1645) unserer Zeit sogar voraus. *Vitoria* leitete die grenzüberschreitende Freizügigkeit naturrechtlich aus der Freundschaft und Geselligkeit der Menschen ab und sah eine Einschränkung nur bei schädlichem Verhalten gegenüber der Gastnation als zulässig an. *Grotius* erweiterte das Freizügigkeitsprinzip um die Rechte, das eigene Land zu verlassen und in friedlicher Absicht ein fremdes Land zu betreten und sich dort einzugliedern.<sup>14</sup>

Mit dem neuen staatlichen Souveränitätsverständnis durch den Westfälischen Frieden von 1648 wurden die von *Vitoria* und *Grotius* entwickelten Freizügigkeitsrechte von der Rechtsauffassung zweier deutscher Juristen, *Samuel v. Pufendorf* und *Christian v. Wolff*, abgelöst. Beide begründeten – inspiriert von der Sou-

---

<sup>10</sup> Vgl. *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 1.

<sup>11</sup> Näher *Ziekow* (Fn. 5), S. 29 ff.

<sup>12</sup> Magna Carta Libertatum, vgl. [www.bl.uk/collection-items/magna-carta-1215](http://www.bl.uk/collection-items/magna-carta-1215) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 1.

<sup>13</sup> *Chetail*, Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel, EJIL 27 (2016), 901 (901 f.).

<sup>14</sup> *Ebd.*, 904, 908.

veränitätslehre *Thomas Hobbes*‘ – ein uneingeschränktes Recht auf Einreiseverweigerung mit der staatlichen Souveränität und sahen Ausnahmen nur nach moralischem Ermessen des Gaststaates vor.<sup>15</sup> Dem widersprach später der Schweizer *Emmerich de Vattel*, *Wolffs* Schüler, im 18. Jahrhundert, indem er ein durchsetzbares Naturrecht (*droit naturel*) auf Einreise in Fällen der Notwendigkeit, z.B. bei Flucht vor drohender Gefahr, annahm.<sup>16</sup> Ein solches Naturrechtsdenken verstärkte die Anerkennung unveräußerlicher Rechte,<sup>17</sup> beispielhaft erkennbar an der auf *de Vattel* zeitlich folgenden *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* von 1789. *De Vattels* Lehre dürfte damit auch zu der heutigen Existenz von Freizügigkeitsrechten beigetragen haben. Die Geschichte des Freizügigkeitsrechts der letzten Jahrhunderte zeigt zwar keine Beständigkeit auf. Alle genannten frühen Rechtsgelehrten erkannten jedoch die durch Recht oder Moral begründete Möglichkeit des Schutzsuchens in einem anderen Land als wichtige Freiheitsgarantie an.<sup>18</sup>

Anders urteilte 2004 das *House of Lords*. Die Befugnis zur Zulassung, Ablehnung und Ausweisung Fremder sei „eines der ersten und am weitesten anerkannten Hoheitsrechte des Staates“<sup>19</sup>. Zwölf Jahre später forderten in Deutschland mehrere Rechtswissenschaftler eine Rechtsgrundlage für die deutsche Politik der offenen Grenzen im Sommer 2015.<sup>20</sup> Richtet man darüber hinaus seinen Blick auf die heute umfassenden Einreisekontrollen der Staaten (auch vermehrt innerhalb des EU- und Schengen-Raums), das Fehlen eines Rechts auf Asyl und die Notwendigkeit eines *Agrément* für Diplomaten gemäß Art. 4 Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD), scheinen sich die Rechtsauffassungen von *Wolff* und *Pufendorf* über die uneingeschränkte Souveränität des Staates gegenüber der Freizügigkeit im Völkerrecht durchgesetzt zu haben. Dabei bleiben die über lange Zeit herrschenden Lehren von *Vitoria*, *Grotius* und *de Vattel* und die weitreichende rechtliche Anerkennung der Freizügigkeit durch viele Staaten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts<sup>21</sup> weitgehend unberücksichtigt. Zu dieser Zeit herrschte Reisefreiheit, u.a. weil Bevölkerungszuwachs von Staaten nicht als Bedrohung, sondern als Bereicherung

---

<sup>15</sup> *Chetail* (Fn. 13), S. 912 ff.

<sup>16</sup> *Ebd.*, S. 920.

<sup>17</sup> *Ziekow* (Fn. 5), S. 100.

<sup>18</sup> *Einarsen*, in: Zimmermann, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, S. 37 (41).

<sup>19</sup> *House of Lords*, Urt. v. 9.12.2004, *Regina (on the application of European Roma Rights Center) v. Immigration Officer, Prague Airport*, [2004] UKHL 55, Rn. 11.

<sup>20</sup> *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke*, *Einreisen lassen oder zurückweisen? Was gebietet das Recht in der Flüchtlingskrise an der deutschen Staatsgrenze?*, ZAR 2016, 131 (131).

<sup>21</sup> Dazu *Jagerskiöld* (Fn. 4), S. 169.

angesehen wurde.<sup>22</sup> Erst mit dem Erstarren des Nationalgedankens Anfang des 20. Jahrhunderts erfuhr die Freizügigkeit durch Grenzkontrollen, den Eisernen Vorhang im Kalten Krieg und die Verknüpfung von Isolation und Staatsbildung im Sozialismus (DDR, Kuba, Nordkorea) wieder starke Einschränkungen. Grenzüberschreitende Freizügigkeit hat also vor allem innerhalb des zurückliegenden Jahrhunderts ihre Selbstverständlichkeit eingebüßt.<sup>23</sup>

*Vitoria*, *Grotius* und *de Vattel* haben entgegen der heute herrschenden Auffassung gezeigt, dass sich staatliche Souveränität und ein Recht auf grenzüberschreitende Freizügigkeit nicht per se ausschließen. Sie entwickelten gegenüber den oft nur Staatsbürgern gewährten Rechten (vgl. Art. 11 GG) eine universelle Idee der Freizügigkeit.<sup>24</sup> Die staatliche Souveränität ist im Hinblick auf die historische Entwicklung der Freizügigkeit folglich nicht so unumstritten, wie dies in der Völkerrechtslehre teilweise vermittelt wird.<sup>25</sup> Diese historische Betrachtung kann einen Beitrag leisten zu neuen völkerrechtlichen Diskussionen über das Recht auf Freizügigkeit, angestoßen von Globalisierung, Fluchtursachen und -bewegungen.

### C. Das völkerrechtliche Recht auf Freizügigkeit

Völkerrechtliche Freizügigkeitsgarantien finden sich in universellen (in solchen völkerrechtlichen Verträgen, die von der gesamten oder ganz überwiegenden Staatengemeinschaft anerkannt werden und daher auch Völkergewohnheitsrecht formen) und regionalen Menschen- und Flüchtlingsrechtsverträgen, in nicht bindenden Deklarationen und im Gewohnheitsrecht. Sie stellen neben Freizügigkeitsrechten auf nationaler (vgl. z.B. Art. 11 GG) und europäischer (Art. 21 AEUV, Art. 45 EU-Grundrechtecharta, GRCh) Ebene nur einen Teil der geltenden Freizügigkeitsrechte dar.

---

<sup>22</sup> *Skran*, in: Zimmermann, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, S. 3 (6); *Jagerskiold* (Fn. 4), S. 43; *Tiedemann*, *Flüchtlingsrecht – Die materiellen und verfahrensrechtlichen Grundlagen*, 2015, S. 161; vgl. *McAdam*, *An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty*, MJIL 12 (2011), 1 (18).

<sup>23</sup> *Tomuschat*, *Freizügigkeit nach deutschem Recht und Völkerrecht*, DÖV 1974, 757 (757).

<sup>24</sup> Vgl. *Durner*, in: Maunz/Dürig, 78. EL 2016, Art. 11 Rn. 11.

<sup>25</sup> *Chetail* (Fn. 13), S. 922; vgl. *Rath*, *Vom Recht, ein fremdes Land zu betreten*, LTO, 26.2.2017, abrufbar unter: [www.lto.de/recht/feuilleton/f/voelkerrecht-besuchsrecht-indianer-columbus/](http://www.lto.de/recht/feuilleton/f/voelkerrecht-besuchsrecht-indianer-columbus/) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

**I. Art. 26, 31 Abs. 2 S. 1 GFK****1. Art. 26 GFK***a) Allgemeines*

Schon die Vorgänger des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention, GFK) von 1951 und des New Yorker Protokolls von 1967: – die Flüchtlingsabkommen von 1933 und 1938 – regelten für russische bzw. deutsche Flüchtlinge jeweils in Art. 2 die Freizügigkeit bzgl. Ein- und Ausreise.<sup>26</sup> Art. 26 GFK sieht demgegenüber ausschließlich die Verpflichtung<sup>27</sup> der Vertragsstaaten vor, sich bereits rechtmäßig auf ihrem Territorium befindlichen Flüchtlingen Freizügigkeit zu gewähren. Ein ausdrückliches Recht auf Asyl oder Einreise lässt sich der GFK folglich nicht entnehmen.<sup>28</sup> Adressaten der Bestimmungen der GFK sind die vertragsschließenden Staaten, nicht die Individuen. Der Wortlaut der GFK spricht daher gegen ein subjektives Recht des Flüchtlings auf Freizügigkeit direkt aus Art. 26 GFK.<sup>29</sup> Dennoch ist der Staat dazu verpflichtet, diesem das Freizügigkeitsrecht zu gewähren. Einschränkungen dürfen nach dem Grundsatz der Ausländergleichbehandlung nur erfolgen, soweit den Flüchtlingen gleiche Rechte wie anderen Ausländern gewährt werden, Art. 26 Halbs. 2 GFK.

*b) Rechtmäßigkeit des Befindens*

Art. 26 GFK beinhaltet neben der innerstaatlichen Bewegungsfreiheit auch die freie Wahl des Wohnortes.<sup>30</sup> Voraussetzung ist die Rechtmäßigkeit des Befindens im Gaststaat, welche sich nach dessen innerstaatlichem Recht richtet.<sup>31</sup> Dabei setzt Art. 26 GFK anders als z.B. Art. 15, 17, 19 ff. GFK keinen rechtmäßigen Aufenthalt (*résider*), sondern das rechtmäßige Befinden (*se trouver*) eines Flüchtlings im Vertragsstaat voraus. Er braucht also keinen Aufenthaltstitel und muss unabhängig vom rechtlichen Charakter seines Befindens lediglich nicht illegal physisch anwesend sein.<sup>32</sup> Dies ist der Fall, sobald er zu einem Asylfest-

<sup>26</sup> *Skeran*, in: Zimmermann (Fn. 22), S. 18, 31.

<sup>27</sup> *Marx*, in: Zimmermann, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, S. 1147 (1149).

<sup>28</sup> *Clark*, Rights Based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation, IJRL 16 (2004), 584 (587).

<sup>29</sup> Vgl. *Haedrich*, Völker- und europarechtliche Grundlagen des Menschenrechtsschutzes für Flüchtlinge, in: Oppelland: Das Recht auf Asyl im Spannungsfeld von Menschenrechtsschutz und Migrationsdynamik, 2017, S. 49 (54); vgl. *Klos*, Deutschlands Verhältnis zur Genfer Flüchtlingskonvention und zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZAR 2000, 202 (203).

<sup>30</sup> Vgl. *Blanké*, in: Stern/Becker, 2. Aufl. 2015, Art. 11 Rn. 51.

<sup>31</sup> *Marx*, in: Zimmermann (Fn. 27), S. 1149, 1156.

<sup>32</sup> *Marx*, HdB-Flüchtlingsschutz, 2. Aufl. 2012, § 56 Rn. 2; *ders.*, in: Zimmermann,

stellungsverfahren oder anderweitig zum vorübergehenden Verbleib auf dem Territorium zugelassen wurde.<sup>33</sup> Illegal ist ein Asylsuchender eingereist, wenn er die Grenze undokumentiert überwunden hat.<sup>34</sup>

*c) Einbeziehung Asylsuchender*

Fraglich ist, ob nur bereits anerkannte Flüchtlinge oder auch Asylsuchende unter Art. 26 GFK fallen. Gegen letzteres spricht zunächst der Wortlaut der Vorschrift. Zudem regelt Art. 31 Abs. 2 GFK Beschränkungen gegenüber Flüchtlingen, deren Rechtsstellung noch nicht geklärt ist.<sup>35</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass jeder Asylsuchende, über dessen Antrag noch nicht entschieden wurde, unter Art. 31 Abs. 2 GFK fällt. Vielmehr fallen unter jene Norm nur solche Asylsuchende, die kumulativ unrechtmäßig eingereist sind und noch keinen Asylantrag gestellt haben. Gegen einen Ausschluss Asylsuchender von Art. 26 GFK spricht außerdem, dass die Flüchtlingseigenschaft nicht von der staatlichen Anerkennung abhängt, sondern diese andersherum anerkannt wird, weil der Flüchtling sie von Anfang an besaß. Die Flüchtlingsanerkennung ist also rein deklaratorischer Natur.<sup>36</sup> Bis zur gegenteiligen Feststellung gilt die widerlegbare Vermutung, dass es sich um einen Flüchtling i.S.d. Art. 1 A Nr. 2 GFK handelt.<sup>37</sup> Fielen Asylsuchende nicht unter Art. 26 GFK, wäre bei systematischer Betrachtung gemäß Art. 31 Abs. 1, 2 lit. a WVK die Unterscheidung zwischen Befinden und Aufenthalt obsolet. Daher fallen nicht nur bereits anerkannte Flüchtlinge unter die Bestimmung, sondern auch Asylsuchende im laufenden Verfahren, deren Aufenthalt nicht gegen die Aufenthaltsbestimmungen verstößt.<sup>38</sup> Zusammenfassend verpflichtet Art. 26 GFK die Vertragsstaaten zur diskriminierungsfreien, internen Freizügigkeitsgewährung für Flüchtlinge und Asylsuchende.

---

(Fn. 27), S. 1159; *Amann*, Die Rechte des Flüchtlings, 1994, S. 143.

<sup>33</sup> *Hathaway*, The Rights of Refugees under International Law, 2005, S. 414.

<sup>34</sup> *Lehnert/Markard*, Mittelmeerroulette – Das Hirsi-Urteil des EGMR und die europäische Grenzschutzpolitik auf See, ZAR 2012, 194 (194).

<sup>35</sup> Dies unterscheidend auch das *Bundesverwaltungsgericht*, BVerwGE 130, 148 (152).

<sup>36</sup> UNHCR, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 2011, Rn. 28; *Marx*, in: Zimmermann, (Fn. 27), S. 1156; *Hathaway/Foster*, The Law of Refugee Status, 2. Aufl. 2014, S. 25 f.

<sup>37</sup> Vgl. *Clark* (Fn. 28), S. 589.

<sup>38</sup> UNHCR, Annotated Comments to Directive 2013/33/EU, 2010, S. 13; *Marx* (Fn. 32), § 56 Rn. 2; *Clark* (Fn. 28), S. 588, 597.

## 2. Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK

Anders als Art. 26 GFK behandelt Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK Freizügigkeitsbeschränkungen von sich unrechtmäßig im Land aufhaltenden Asylsuchenden. Die Beschränkungen müssen notwendig sein und sind nur zulässig, bis die „Rechtsstellung dieser Flüchtlinge im Aufenthaltsstaat geregelt ist“. Hieraus ergibt sich die Abgrenzung zwischen der Anwendbarkeit von Art. 26 GFK und Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK. Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK findet von der Einreise bis zur Klärung der Rechtsstellung (*regularization of status*<sup>39</sup>) Anwendung, Art. 26 GFK danach. Die Klärung der Rechtsstellung meint nicht die Bescheidung des Asylantrags,<sup>40</sup> sondern beinhaltet je nach nationalem Recht die Identitätsfeststellung und Sicherheitsuntersuchung als Voraussetzungen für den Asylantrag. Sie bezieht sich also auf den Beginn des Asylverfahrens.<sup>41</sup> Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK schützt somit die Freizügigkeit des Asylsuchenden bereits ab illegalem Betreten des Territoriums.

## II. Art. 12 IPbpR

Die Rechte des 170 Vertragsstaaten umfassenden Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) stehen als Menschenrechte gemäß Art. 2 Abs. 1 IPbpR auch Asylsuchenden und Flüchtlingen zu.<sup>42</sup> Neben der GFK bilden die Rechte aus dem rechtlich bindenden IPbpR daher eine wichtige Quelle für den Flüchtlingsschutz.<sup>43</sup>

### 1. Bewegungsfreiheit und Freiheit der Wahl des Aufenthaltsorts, Abs. 1

Art. 12 Abs. 1 IPbpR regelt die Bewegungsfreiheit und freie Wahl des Aufenthaltsorts, statuiert jedoch kein Recht auf Einreise und Aufenthalt.<sup>44</sup> Die Norm setzt wie Art. 26 GFK die Rechtmäßigkeit des Befindens des Asylsuchenden im Gaststaat voraus, welche sich nach dem nationalen Recht des Gaststaats richtet.<sup>45</sup> Anders als in Art. 26 GFK spricht die deutsche Fassung statt von Befin-

<sup>39</sup> *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, 3. Aufl. 2007, S. 413.

<sup>40</sup> *Noll*, in: Zimmermann, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, S. 1243 (1266, 1272); *Hathaway* (Fn. 33), S. 417.

<sup>41</sup> *Noll*, in: Zimmermann (Fn. 40), S. 1266 f.; *Hathaway* (Fn. 33), S. 417 f.

<sup>42</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 31 (80) of 26 May 2004: The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Rn. 10.

<sup>43</sup> Vgl. *Hathaway* (Fn. 33), S. 121.

<sup>44</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 15 of 11 April 1986: The Position of Aliens Under the Covenant, Rn. 5, Dokument verfügbar unter: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CCPR\\_GEC\\_6625\\_E.doc](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CCPR_GEC_6625_E.doc) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); *Nowak*, UN Covenant on Civil and Political Rights Commentary, 2. Aufl. 2005, Art. 12, Rn. 4.

<sup>45</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 4; *Nowak* (Fn. 44),

den von Aufenthalt, könnte also wie in den Art. 19 ff. GFK die Anerkennung des Gaststaates voraussetzen. Hingegen lautet die französische Fassung wie in Art. 26 GFK *se trouver*, nicht *résider* und setzt somit lediglich das Befinden voraus. Für die Auslegung des Art. 26 GFK kommt es daher darauf an, auf welche Sprache abzustellen ist. Bestimmungen dazu finden sich im Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK), das Völkergewohnheitsrecht darstellt und nach seinem Art. 1 auf alle Verträge zwischen Staaten – also auch die GFK – Anwendung findet. Da gemäß Art. 53 Abs. 1 IPbpR die deutsche Sprachfassung, anders als die französische (neben den fünf weiteren Amtssprachen der UN), keine authentische Sprache des IPbpR i.S.d. Art. 33 WVK ist, ist vorrangig der französische Wortlaut als eine der sechs authentischen Sprachfassungen heranzuziehen. Die englische Sprachfassung beinhaltet kein Verb („*lawfully within their territory*“) und ist daher für die Auslegung unergiebig. Neben der Auslegung des Wortlauts lässt auch die historische Auslegung nach den *travaux préparatoires* gemäß Art. 32 WVK nicht darauf schließen, dass die Rechtmäßigkeit die Billigung des Befindens durch Gesetz voraussetzt. Jedoch muss der Asylsuchende eine behördliche Aufenthaltsgenehmigung besitzen.<sup>46</sup> In einigen Staaten erwächst ein Aufenthaltstitel auch ohne Genehmigung der Behörde direkt aus dem Gesetz, solange dem Asylsuchenden der Aufenthalt nicht verweigert wurde. Den Asylsuchenden in diesen Staaten kommt der Schutz des Art. 12 Abs. 1 IPbpR daher schon bei nicht illegaler Überschreitung der Grenze zu. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass (nur) Asylsuchende, deren Antrag rechtmäßig abgelehnt wurde oder deren Aufenthaltsgenehmigung abgelaufen ist, nicht mehr unter Art. 12 Abs. 1 IPbpR fallen.<sup>47</sup>

Art. 12 Abs. 1 IPbpR verpflichtet den Staat nicht nur zur staatlichen, sondern auch zur Gewährung der Freizügigkeit durch Private, etwa im Falle eines Freizügigkeitsverbots durch andere Personen.<sup>48</sup> Art. 12 Abs. 1 IPbpR verbietet dem Staat somit nicht nur Freizügigkeitsbeschränkungen, sondern legt ihm die Pflicht auf, die Bewegungs- und Aufenthaltswahlfreiheit positiv herzustellen.

## 2. Ausreisefreiheit, Abs. 2

Anders als die GFK beinhaltet der IPbpR auch externe Freizügigkeitsrechte. Art. 2 Abs. 2 des IPbpR gibt jedermann das Recht, jedes Land zu verlassen, so etwa zum Reisen oder Auswandern sowie zum Flüchten und Schutz suchen.<sup>49</sup>

---

Art. 12 Rn. 9.

<sup>46</sup> *Nowak* (Fn. 44), Art. 12 Rn. 10.

<sup>47</sup> *Ebd.*

<sup>48</sup> *UN Human Rights Committee*, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 6, 18.

<sup>49</sup> *Nowak* (Fn. 44), Art. 12, Rn. 17.

Zur Ermöglichung der Ausreise ist der Heimatstaat verpflichtet, dem Ausreisenden Reisedokumente auszustellen.<sup>50</sup> Da jedoch auch die Ausreisefreiheit von den Einschränkungen des Art. 12 Abs. 3 IPbPR umfasst ist, kann sie z.B. zur Ableistung des Militärdienstes wegen Schutzes der nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung beschränkt werden.<sup>51</sup>

### 3. Einreisefreiheit, Abs. 4

Gemäß Art. 12 Abs. 4 IPbPR hat jeder das Recht auf Einreise „in sein eigenes Land“. Dieses Recht unterliegt nicht den Beschränkungen aus Abs. 3 und beinhaltet auch das Recht, in „seinem Land“ zu bleiben.<sup>52</sup> Dieses umfasst nicht nur Staatsangehörige, sondern auch Ausländer und Staatenlose<sup>53</sup>, die einen dauerhaften Wohnsitz im Aufnahmestaat haben und ihn wegen starker persönlicher und emotionaler Verbindungen als ihren Heimatstaat betrachten.<sup>54</sup>

### III. Sonstige universelle Verträge

Noch vor Inkrafttreten des IPbPR und des IPwskR garantierte Art. 5 lit. d i, ii des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD) von 1965 die diskriminierungsfreie Bewegungs-, Niederlassungs- und Ausreisefreiheit. Nach einer allgemeinen, materiellrechtlich nicht bindenden<sup>55</sup> Empfehlung des UN-Fachausschusses zur Anti-Rassismuskonvention (CERD) beinhaltet Art. 5 ICERD auch das Recht von Flüchtlingen auf freiwillige und sichere Rückkehr in ihren Heimatstaat.<sup>56</sup>

Art. 26 des 1960 in Kraft getretenen Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen wiederholt für Staatenlose in nahezu gleichem Wortlaut das Recht auf Freizügigkeit aus Art. 26 GFK. Staatenlose sind Flüchtlingen im Sinne der GFK im Hinblick auf die Freizügigkeit somit gleichgestellt.

---

<sup>50</sup> UN Human Rights Committee, Communication No. 57/1979, *Martins v. Uruguay*, U.N. Doc. CCPR/C/15/D/57/1979, §§ 7, 9 f.; 77/1980, §§ 8.2, 8.3; UN Human Rights Committee, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 9.

<sup>51</sup> UN Human Rights Committee, Communication No. 492/1992, *Peltonen v. Finland*, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/492/1992, §§ 2.1, 3, 6.1, 6.8, 8.2, 8.3, 8.4, 9; vgl. *Jagerskiöld* (Fn. 4), S. 178.

<sup>52</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 27 (Fn. 3), para 19.

<sup>53</sup> *Ebd.*, para 21.

<sup>54</sup> *Nowak* (Fn. 44), Art. 12 Rn. 52 m.w.N., 58, 61; vgl. UN Human Rights Committee, General Comment No. 27 (Fn. 3), para 20.

<sup>55</sup> *Thornberry*, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – Commentary*, 2016, S. 54.

<sup>56</sup> *Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, General Recommendation No. 22 zum ICERD, Nr. 2.

#### IV. Art. 2 und 4 des 4. ZP zur EMRK

##### 1. Bewegungs-, Niederlassungs- und Ausreisefreiheit, Art. 2 ZP 4 zur EMRK

In fast identischem Wortlaut zu Art. 12 Abs. 1 IPbPR beinhaltet das vierte Zusatzprotokoll (ZP) zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) von 1963 die Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit<sup>57</sup> für jede Person, also auch für Ausländer und Staatenlose. Wie im IPbPR wird die Rechtmäßigkeit des Befindens (*se trouver* – auch hier entgegen dem deutschen Wortlaut nicht des Aufenthalts<sup>58</sup>) vorausgesetzt, welche sich nach innerstaatlichem Recht richtet.<sup>59</sup> Auch Ausländer mit nur kurzfristigem Aufenthalt fallen daher unter den Schutz des Art. 2 ZP 4.<sup>60</sup> Jedoch müssen sie rechtmäßig eingereist oder ihre Aufenthaltserlaubnis gültig sein.<sup>61</sup> Die Norm enthält wie die GFK und der IPbPR kein Recht auf Einreise, Aufenthalt oder Asyl.<sup>62</sup> Art. 2 Abs. 2 ZP 4 EMRK garantiert jeder Person das Recht auf dauerhafte und vorübergehende<sup>63</sup> Ausreise aus jedem Konventionsstaat. Art. 2 ZP 4 EMRK schützt außerdem die negative Freizügigkeit im Sinne eines Bleiberechts.<sup>64</sup> Anders als Art. 12 IPbPR beinhaltet Art. 2 ZP 4 EMRK in Abs. 4 eine Schrankenregelung, nach der das Freizügigkeitsrecht für bestimmte Gebiete Einschränkungen unterworfen werden kann, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt sind.

##### 2. Verbot der Kollektivausweisung, Art. 4 ZP 4 zur EMRK

Ausweisungen mehrerer ausländischer Personen nach generellen Kriterien ohne angemessene Einzelfallprüfung sind unabhängig von der Rechtmäßigkeit des

<sup>57</sup> Hoppe, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 2 ZP IV Rn. 4.

<sup>58</sup> Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 80; Brandl, in: IK-EMRK, 20. EL 2016, Art. 2 ZP IV Rn. 12.

<sup>59</sup> Vgl. Europäische Kommission für Menschenrechte, Entsch. v. 1.12.1986, Rs. 11825/85, *Udayanan u.a. v. Deutschland*, EuGRZ 1987, 335 (336).

<sup>60</sup> Rosenmayr, Das Recht auf persönliche Freiheit und Freizügigkeit bei der Einreise von Ausländern, EuGRZ 1988, 152 (158).

<sup>61</sup> Grabenwarter, ECHR, 2014, S. 412; kumulatives Vorliegen voraussetzend *Frowein/Penkert*, EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 2 ZP IV Rn. 2.

<sup>62</sup> Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 25; Brandl, in: IK-EMRK (Fn. 58), Art. 2 ZP IV Rn. 6; Rosenmayr (Fn. 60), S. 157; v. Arnould (Fn. 7), Rn. 729; zur EMRK siehe EGMR, Entscheidung über die Zulässigkeit v. 16.9.2004 – Rs. 11103/03, *M. G. v. Germany*, rechtliche Würdigung Nr. 1b m.w.N.

<sup>63</sup> Grabenwarter/Pabel, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 21 Rn. 61.

<sup>64</sup> Vgl. EGMR, Ur. v. 25.5.2000 – Rs. 46346/99, *Noack and others v. Germany*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2000-VI, S. 14 f., 8 ff.; vgl. Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 58 ff.; *Eichenhofer*, Einreisefreiheit und Ausreisefreiheit, ZAR 2013, 135 (138).

Aufenthalts vorbehaltlos verboten und nicht zu rechtfertigen.<sup>65</sup> Für eine angemessene Einzelfallprüfung bedarf es zumindest einer Identitätsfeststellung und Information in der Sprache des Betroffenen, sodass dieser in der Lage ist, Argumente gegen seine Ausweisung vorzubringen.<sup>66</sup> Geschützt sind über den Wortlaut hinaus auch Staatenlose.<sup>67</sup> Das Verbot der Kollektivausweisung greift auch bei Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt außerhalb des eigenen Territoriums, etwa bei der Zurückweisung von Flüchtlingsbooten auf hoher See.<sup>68</sup> Neben der Gruppe von Menschen, die als Kollektiv ausgewiesen werden soll, sind auch die Individuen Schutzobjekte der Norm, sodass es sich um ein individuelles Recht des Einzelnen handelt.<sup>69</sup> Für den Flüchtlingsschutz ist die Vorschrift insofern von Bedeutung, dass Staaten auch bei der Ankunft einer Großzahl von Flüchtlingen der Pflicht zur Einzelfallprüfung nachkommen müssen, um einen Verstoß gegen Art. 4 ZP 4 zu vermeiden.<sup>70</sup>

## V. Weiteres regionales Völkerrecht

Art. 22 der Amerikanischen Konvention über Menschenrechte (AMRK) von 1969 und Art. 12 der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker (Banjul-Charta) von 1981 enthalten lange Kataloge an Freizügigkeitsrechten. Art. 22 Abs. 1 AMRK und Art. 12 Banjul-Charta gewähren jeweils interne Freizügigkeit für sich im Hoheitsgebiet rechtmäßig aufhaltende Personen. Abs. 2 schützt jeweils die Ausreisefreiheit, in der Banjul-Charta unter dem Vorbehalt u.a. der „public health and morality“. Wie Art. 14 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) beinhalten Art. 22 Abs. 7 AMRK und Art. 12 Abs. 3 Banjul-Charta das Recht eines jeden, in ausländischem Hoheitsgebiet um Asyl zu suchen und zu genießen. Art. 22 Abs. 7 AMRK gewährleistet zudem, Asyl nach nationalem Recht zu erhalten. Der Wortlaut des Art. 22 Abs. 7 Banjul-Charta geht somit weiter als andere Frei-

<sup>65</sup> EGMR, Urt. v. 20.9.2007 – Rs. 45223/05, *Sultani v. France*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2007-IV, 69 ff., Rn. 81; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: HK-EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 4 ZP IV Rn. 1.

<sup>66</sup> EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – Rs. 27765/09, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2012-II, 97 ff., Rn. 178, 185; EGMR, Urt. v. 20.9.2007 – Rs. 45223/05, *Sultani v. France*, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2007-IV, 69 ff., Rn. 81.

<sup>67</sup> EGMR, Urt. v. 3.7.2014 – Rs. 13255/07, *Georgia v. Russia*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2014-IV, 109 ff., Rn. 168, 170.

<sup>68</sup> EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – Rs. 27765/09, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2012-II, 97 ff., Rn. 178, 180.

<sup>69</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 5.2.2002 – Rs. 51564/99, *Čonka v. Belgium*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2002-I, 93 ff., Rn. 56 ff.; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK (Fn. 63), § 21 Rn. 74.

<sup>70</sup> *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 63), § 21 Rn. 75.

zügigkeitsrechte und deutet auf ein Recht zum Betreten fremden Territoriums hin. Art. 22 Abs. 9 AMRK und Art. 12 Abs. 5 Banjul-Charta beinhalten das Verbot von Kollektivausweisungen. Die AMRK hat 24 Vertragsparteien und umfasst damit große Teile Mittel- und Südamerikas. Weder die USA, noch Kanada sind der Konvention beigetreten. Die Banjul-Charta wurde von allen 54 Mitgliedstaaten der Afrikanischen Union (AU) ratifiziert.

Art. 9 Nr. 2 lit. f. der Flüchtlingskonvention der Organisation für Afrikanische Einheit (Kampala-Konvention) von 1969 stellt das Recht auf interne Freizügigkeit von Binnenvertriebenen unter den Vorbehalt u.a. der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit.

Art. 26 bis 28 der Arabischen Charta der Menschenrechte (ArabChMR) von 2004 schützen die interne Freizügigkeit, die Ausreisefreiheit, das Bleibe- und das Rückkehrrecht und das Recht, in einem anderen Land Asyl zu suchen. Das Freizügigkeitsrecht darf nur im Falle eines Notstands nach Art. 4 ArabChMR eingeschränkt werden, wovon nach Abs. 2 jedoch Art. 27 und 28 ausgenommen sind.

## VI. Das völkergewohnheitsrechtliche Fremdenrecht

Staaten müssen den ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Ausländern nach dem gewohnheitsrechtlich anerkannten fremdenrechtlichen Mindeststandard bestimmte Rechte gewähren.<sup>71</sup> Grundprinzip des völkergewohnheitsrechtlichen Fremdenrechts ist, dass ein Fremder kein Recht auf Zutritt zum Staatsgebiet hat, da dieses Recht dem freien Ermessen des Zielstaates unterliegt.<sup>72</sup> Hier zeigt sich die Durchsetzung der Lehren *Pufendorfs* und *Wolffs*.<sup>73</sup> Zugleich darf fremden Staatsangehörigen jedoch das Verlassen des Staatsterritoriums grundsätzlich nicht verboten werden.<sup>74</sup> Auf Freizügigkeitsrechte könnte sich das Fremdenrecht nur dann erstrecken, wenn sich aus dem Mindeststandard ein allgemeines, gewohnheitsrechtlich anerkanntes Diskriminierungsverbot ableiten ließe.<sup>75</sup> Dies kann jedoch dahinstehen, wenn das Fremdenrecht für den Flüchtlingsschutz ohnehin von nur geringer Bedeutung wäre. Dafür spricht die Form der Durchsetzung des Fremdenrechts. Idee dessen ist es, dass der Heimatstaat die dem Fremden ergangenen Rechtsverletzungen im eigenen Namen gegenüber dem Aufenthaltsstaat geltend macht (sog. diplomatischer Schutz).<sup>76</sup> Dem Individu-

<sup>71</sup> *Schöbener*, Völkerrecht: Lexikon zentraler Begriffe und Themen, 2014, S. 101.

<sup>72</sup> *Tomuschat* (Fn. 23), S. 761 m.w.N.

<sup>73</sup> Siehe oben **B**.

<sup>74</sup> *Tomuschat* (Fn. 23), S. 758.

<sup>75</sup> Ablehnend *Schöbener* (Fn. 71), S. 104.

<sup>76</sup> v. *Arnauld* (Fn. 7), Rn. 593.

um fehlt es also an einem subjektiven, durchsetzbaren Recht im fremden Staat. In Fällen von Flüchtlingsrechtsverletzungen kann das Fremdenrecht somit keinen großen Beitrag leisten, da der Heimatstaat nicht willens oder in der Lage sein wird, Rechtsansprüche eines Geflüchteten geltend zu machen.<sup>77</sup> Das Fremdenrecht kann für die Freizügigkeit im Rahmen des Flüchtlingsschutzes somit nicht effektiv herangezogen werden.

## VII. Deklarationen der UN-Generalversammlung

Das Recht auf Freizügigkeit in Art. 13 Abs. 1, Abs. 2 AEMR von 1948<sup>78</sup> setzt anders als die vorangehend untersuchten Freizügigkeitsrechte keine Rechtmäßigkeit des Befindens voraus. Zwar finden sich keine Vorbehalte in Art. 13 selbst, jedoch gelten die allgemeinen Vorbehalte des Art. 29 Abs. 2 AEMR. Die Menschenrechtserklärung ist als Resolution der UN-Generalversammlung als solche nicht rechtlich bindend. Auch wenn es sich bei einem Großteil der Artikel um Gewohnheitsrecht handelt,<sup>79</sup> fallen die Bestimmungen des Art. 13 nicht unter die gewohnheitsrechtlich geltenden Bestimmungen der AEMR. Wegen der später geschlossenen, abweichenden Vereinbarungen zur Freizügigkeit in der GFK und im IPbpR fehlt es dafür an einer tragenden Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) der Staatengemeinschaft. Folglich ergibt sich aus Art. 13 AEMR kein völkerrechtlich bindendes Recht auf Freizügigkeit. Aus Art. 14 Abs. 1 AEMR ergibt sich kein Recht auf Asyl,<sup>80</sup> dafür aber das Recht, Asyl zu „genießen“. Diese oft übersehene Bestimmung verdeutlicht, dass Flüchtlingsrechte nicht willkürlich entzogen oder von Dritten in Frage gestellt werden dürfen und dass sie nicht nur der gütigen Toleranz (im eigentlichen Sinne des Duldens) des Gaststaates entspringen, sondern auch positiv der Herstellung eines menschenwürdigen Aufenthalts dienen sollen.

Art. 3 Abs. 1 der Erklärung über territoriales Asyl von 1967 verbietet die Zurückweisung an der Grenze (*Refoulement*).<sup>81</sup> Es ist die einzige völkerrechtliche Erklärung, die ausdrücklich die Zurückweisung an der Grenze verbietet. Die Vorschrift steht jedoch unter dem Vorbehalt der nationalen Sicherheit und des Bevölkerungsschutzes des Art. 3 Abs. 2.

<sup>77</sup> Vgl. *Hathaway* (Fn. 33), S. 79, 110.

<sup>78</sup> Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, A/RES/217 A (III).

<sup>79</sup> Vgl. *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 177, 608 m.w.N.; vgl. *Herdegen*, Völkerrecht, 16. Aufl. 2017, § 47 Rn. 3.

<sup>80</sup> Vgl. *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 787; *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 25; vgl. *d'Orsi*, La pérégrination du migrant: l'espoir contraint, in: Goodwin-Gill/-Weckel, Protection des migrants et des réfugiés au XXIe siècle – Aspects de droit international, 2015, S. 51 (56).

<sup>81</sup> Declaration on Territorial Asylum, 14 December 1967, A/RES/2312(XXII).

Nach Art. 5 Abs. 2 lit. a, Abs. 3 der Erklärung von 1985 über die Menschenrechte von Personen, die nicht Staatsangehörige des Landes sind, in dem sie leben,<sup>82</sup> genießen Ausländer unter weitreichendem Vorbehalt Bewegungs-, Niederlassungs- und Ausreisefreiheit auf dem Territorium des Gaststaates. Wie beschrieben, kommt den Resolutionen der UN-Generalversammlung keine Rechtsverbindlichkeit zu. Dies zeigt ein Umkehrschluss aus Art. 25 UNCh. Danach sind nur die Beschlüsse des UN-Sicherheitsrats verbindlich. Resolutionen stellen hingegen lediglich *soft law* dar und können zur Auslegung von verwandten Verträgen herangezogen werden,<sup>83</sup> vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c, 32 WVK.

### VIII. Abgrenzungen

Neben Freizügigkeitsrechten gewähren auch andere Rechte die Freiheit, sich zu bewegen und Orte aufzusuchen oder zu verlassen. Daher bedarf es im Folgenden einer Abgrenzung dieser verschiedenen Rechte. Zudem stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis Freizügigkeitsrechte zu den Menschenrechten stehen, etwa, ob sie ihnen als *legi speciali* vorgehen.

#### 1. Freizügigkeit und persönliche Freiheit

In Art. 4 der Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen noch unter das weite „*droit à la liberté*“ fallend, emanzipierte sich das Freizügigkeitsrecht bereits zwei Jahre später in der französischen Verfassung von 1791 vom Recht auf persönliche Freiheit.<sup>84</sup> Seitdem stehen Freizügigkeitsrechte in Konkurrenz zu Rechten der persönlichen Freiheit, die im jeweils gleichen Vertrag verbürgt sind. Im Rahmen der EMRK ist Art. 2 ZP 4 subsidiär zu Art. 5, wenn eine (intensivere) Freiheitsentziehung, nicht lediglich eine Freiheitsbeschränkung vorliegt.<sup>85</sup> Dies ist der Fall, wenn nach Typus, Art, Dauer und Wirkung der Maßnahme nicht nur die bloße Bewegungsfreiheit, sondern die physische Freiheit berührt ist.<sup>86</sup> Auch im Rahmen des IPbpR sieht der UN-Menschenrechtsausschuss eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 bei räumlich weniger einschränkenden Maßnahmen als gegeben an, etwa bei innerstaatlicher Verbannung.<sup>87</sup> Freizügigkeitsrecht und persönliche Freiheit (Art. 9 Abs. 1 IPbpR) können daher zwar im selben

<sup>82</sup> Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are Not Nationals of the Country in Which They Live, 13 December 1985, A/RES/40/144.

<sup>83</sup> v. Arnould (Fn. 7), Rn. 277 f.

<sup>84</sup> McAdam (Fn. 22), S. 12.

<sup>85</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – Rs. 7367/76, *Guzzardi v. Italy*, Series A 39, 4-64, Rn. 92 ff.; *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 123 f.

<sup>86</sup> EGMR, Urt. v. 28.5.1985 – Rs. 8225/78, *Ashingdane v. The United Kingdom*, Series A 93, 4-46, Rn. 41.

<sup>87</sup> UN Human Rights Committee, Communication Nos. 241, 242/1987, *F. Birindwa ci Bithashwiva, E. Tshisekedi wa Mulumba v. Zaïre*, U.N. Doc. CCPR/C/37/D/242/1987, § 13 a, b; *Novak* (Fn. 44), Art. 12 Rn. 12.

Sachverhalt nebeneinander einschlägig sein. Regelmäßig wird die Verletzung eines Freizügigkeitsrechts jedoch bei räumlich weniger einschneidenden Maßnahmen angenommen.

## 2. Flüchtlingsrecht und Menschenrechte

Mit Art. 14 AEMR befindet sich ein auf Flüchtlinge bezogenes Recht in einem *Menschenrechtskatalog*. Gleichzeitig verweist die Präambel der GFK auf die AEMR. Diese gegenseitigen Bezüge zeigen, dass Flüchtlingsschutz und Menschenrechte nicht isoliert voneinander zu betrachten sind. Da Menschenrechte gemäß Art. 2 AEMR ohnehin jeder Person zustehen, geht das Flüchtlingsrecht den Menschenrechten nicht etwa als *lex specialis* vor. Vielmehr ist das Flüchtlingsrecht ergänzender und ergänzungsbedürftiger Teil des völkerrechtlichen Menschenrechtssystems.<sup>88</sup> Es stellt auf den Flüchtlingsschutz zugeschnittene Pflichten der Staaten heraus, die bei der Anwendbarkeit von Menschenrechten durch diese ergänzt werden. Die aufgezeigten Freizügigkeitsrechte aus den verschiedenen Katalogen kommen Schutzsuchenden also nebeneinander zu. Dies ist v.a. dann relevant, wenn ein Staat nicht Vertragspartei von flüchtlingsschützenden Verträgen ist, da er in dem Falle durch das internationale Menschenrechtssystem vertraglich oder gewohnheitsrechtlich gebunden werden kann.<sup>89</sup>

### D. Die Bedeutung für den Flüchtlingsschutz: Freizügigkeitsbeschränkungen im Einzelnen

Die aufgezeigten Freizügigkeitsrechte sind für den Flüchtlingsschutz dann von Bedeutung, wenn konkrete Einschränkungen nicht gerechtfertigt werden können. Im Folgenden werden beispielhaft einzelne Fälle von Freizügigkeitsbeschränkungen gegenüber Flüchtlingen auf den Prüfstein der aufgezeigten Rechte gestellt.

#### I. Ausreiseverbote

Die Ausreise ist der erste Schritt auf der Flucht eines Asylsuchenden. Die Ausreisefreiheit ist im Flüchtlingsrecht daher von großer Relevanz. Da eine Person auf der Flucht oftmals mehrere Länder durchreist, kommt nicht nur der Heimatstaat als Adressat des Verbots in Betracht, sondern auch Transitländer wie derzeit die Türkei oder Libyen. Die Ausreisefreiheit ist in Art. 12 Abs. 2 IPbPR und in Art. 2 Abs. 2 ZP 4 EMRK statuiert.

---

<sup>88</sup> Vgl. Erklärung der Vertragsparteien zur GFK/Protokoll, 13.12.2001, U.N. Doc. EC/52/SC/CRP.9/Rev.1, Teil II, Präambel Rn. 2; vgl. *Haedrich* (Fn. 29), S. 61 f.; vgl. *Hathaway* (Fn. 33), S. 4 f., 75.

<sup>89</sup> *Edwards* (Fn. 8), S. 299.

## 1. Verbot durch den Herkunftsstaat

Bezüglich der Heimatstaaten haben die Vorschriften mit dem Ende sozialistischer Isolationspolitik und dem Fall der Berliner Mauer an Bedeutung verloren. So kommt ein Großteil der Asylsuchenden aus Staaten, die nicht durch Mauern umgrenzt werden und daher relativ einfach verlassen werden können. Dennoch können Staaten auch heute ein Interesse am Verbleib ihrer Bürger haben. Art. 12 Abs. 3 IPbpR gibt Staaten grundsätzlich das Recht, ihren Staatsangehörigen die Ausreise wegen des noch nicht abgeleisteten Militärdienstes zu verweigern. Das Recht auf Ausreise des Einzelnen soll in diesem Fall hinter dem staatlichen Interesse der nationalen Sicherheit und Ordnung zurück treten.<sup>90</sup> Allerdings kann gerade die Wehrdienstpflicht der Grund für die Flucht sein, etwa in Eritrea. Wehrpflichtigen Ausreisenden steht das Recht zum Verlassen des Staates daher nur zu, wenn die Ausreiseverweigerung wegen des abzuleistenden Wehrdienstes gemäß Art. 12 Abs. 3 IPbpR gegen andere Rechte aus dem IPbpR verstößt oder die Einschränkung unverhältnismäßig ist.<sup>91</sup> In Eritrea dauert der Wehrdienst zwar zunächst 18 Monate, nach dieser Zeit wird die Dienstpflicht jedoch oftmals um unbestimmte Zeit verlängert, sodass Wehrpflichtige teilweise Jahrzehnte dem Militär dienen müssen.<sup>92</sup> Der Regierung Eritreas werden – auch wegen des überlangen Wehrdienstes – Menschenrechtsverletzungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorgeworfen.<sup>93</sup> Wehrpflichtige werden unter menschenunwürdigen Bedingungen u.a. durch Zwangsarbeit und sexuellen Missbrauch selbst Opfer des Regimes.<sup>94</sup> Es spricht somit vieles dafür, dass die Wehrpflicht in Eritrea in jetziger Form eine unverhältnismäßige und daher nicht zu rechtfertigende Einschränkung des Art. 12 Abs. 2 IPbpR darstellt. Für Schutzsuchende aus Eritrea und anderen Staaten mit einer ähnlichen Wehrpflicht bedeutet dies, dass sie gemäß Art. 12 Abs. 2 IPbpR ein Recht auf Ausreise aus ihrem Heimatstaat haben.

Auch potentielle Zielstaaten können ein Interesse am Verbot der Ausreise aus dem Herkunftsstaat haben. Eine verbreitete Methode zur Verhinderung der Einreise (*non-entrée*) sind Visa-Pflichten und Kontrollen an Flughäfen des Her-

---

<sup>90</sup> Siehe oben **C. II. 2.**

<sup>91</sup> *Nowak* (Fn. 44), Art. 12 Rn. 36 f.

<sup>92</sup> *Scheen*, Ein Jahrzehnt lang Grundwehrdienst, FAZ, 22.4.2015, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/afrika/menschen-verlassen-eritrea-wegen-repressionen-13552343.html> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

<sup>93</sup> *OHCHR*, UN Inquiry reports gross human rights violations in Eritrea, 8.6.2015, abrufbar unter:

[www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/CoIEritrea/Pages/ReportCoIEritrea.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/CoIEritrea/Pages/ReportCoIEritrea.aspx) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

<sup>94</sup> *Ebd.*

kunftslandes.<sup>95</sup> Schutzsuchenden ohne Visum wird schon vor Betreten des Flugzeugs, also noch vor der Ausreise, die Einreise verweigert.<sup>96</sup> Im Falle der Kooperation zwischen Ziel- und Herkunftsland oder schlichter Duldung der Kontrollen auf dem eigenen Territorium verhindert der Heimatstaat die Ausreise des Schutzsuchenden. Dies schränkt den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 2 IPbpR ein und steht daher nur bei hinreichender Rechtfertigung im Einklang mit dem Freizügigkeitsrecht.<sup>97</sup>

## 2. Bilaterale Abkommen

Von großer Relevanz für derzeitige Flüchtlingsbewegungen sind auch Abkommen der Zielstaaten mit Transitländern, die Flüchtlinge vom Passieren der Grenze abhalten, z.B. im Rahmen der EU-Türkei-Vereinbarung v. 18.3.2016,<sup>98</sup> nach deren Art. 3 die Türkei alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen soll, um neue See- oder Landwege für die illegale Migration aus der Türkei in die EU zu verhindern. Ein Ausreiseverbot ist gemäß Art. 2 Abs. 2 ZP 4 EMRK nur dann gerechtfertigt, wenn bereits schwere Verstöße gegen Einwanderungsgesetze durch den Ausreisewilligen stattfanden, eine Wiederholungsgefahr gegeben ist und andere persönliche Gründe in einer Abwägung nicht gegen das Verbot sprechen.<sup>99</sup> Dies dürfte bei Flüchtlingen etwa aus Syrien nur selten der Fall sein. Da die Türkei zwar (noch) Mitglied der EMRK und des Europarats ist, das vierte ZP jedoch nicht ratifiziert hat,<sup>100</sup> gelten die Verpflichtungen aus Art. 2 Abs. 2 ZP 4 EMRK für sie nicht. Jedoch gilt für sie ebenso wie für andere Transitländer Art. 12 Abs. 2 IPbpR. Ungerechtfertigte Ausreiseverhinderungen an der Grenze sind mit dem Recht auf Ausreise im IPbpR daher unvereinbar.<sup>101</sup>

<sup>95</sup> *Hathaway* (Fn. 33), S. 291 ff.

<sup>96</sup> So das *House of Lords*, Urt. v. 9.12.2004, *Regina (on the application of European Roma Rights Center) v. Immigration Officer, at Prague Airport*, [2004] UKHL 55.

<sup>97</sup> *Hathaway* (Fn. 33), S. 309, 312 f.; vgl. *UN Human Rights Committee*, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 10; vgl. *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 39), S. 381 f.

<sup>98</sup> Veröffentlicht ist nur das Statement des Europäischen Rats, abrufbar unter: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/pdf> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

<sup>99</sup> *EGMR*, Urt. v. 27.11.2012 – Rs. 29713/05, *Stamose v. Bulgaria*, Reports of Judgments and Decisions *EGMR*, 2012-VI, 9 ff., Rn. 35.

<sup>100</sup> Ebenso Griechenland, siehe: [http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/046/signatures?p\\_auth=YUpWYwMQ](http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/046/signatures?p_auth=YUpWYwMQ) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

<sup>101</sup> Keinen Unterschied zur Berliner Mauer sehend *Lehnert/Markard* (Fn. 34), S. 199; *Fischer-Lescano/Löhr/Tobidipur*, Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law, *IJRL* 21 (2009), 256 (278 f.).

## II. Kollektivausweisungen und Kollektivabweisungen

Die Zurückweisung an der Grenze ist ein weltweit bekanntes Problem. Ob Tibeter an der chinesischen Grenze zu Nepal, Vietnamesen an der Grenze zu Thailand, Kosovo-Albaner an der Grenze zu Griechenland oder europäische Juden vor der Küste Kubas<sup>102</sup>: Zurückgewiesenen kann im Herkunftsstaat Schreckliches widerfahren. Nach Art. 3 Abs. 1 der Erklärung über territoriales Asyl<sup>103</sup> darf „Niemand [...] Maßnahmen unterworfen werden wie der Zurückweisung an der Grenze.“ Zu einem solch klaren Ausspruch konnte sich die Staatengemeinschaft in rechtlich verbindlicher Weise bisher noch nicht durchringen. Im Zuge von Schwierigkeiten bei der Ankunft einer Großzahl von Flüchtlingen können Staaten ein Interesse daran haben, möglichst viele Flüchtlinge bereits von der Einreise abzuhalten oder im Falle illegaler Einreise kollektiv auszuweisen. Art. 4 ZP 4 EMRK setzt dem Grenzen und stellt Bedingungen für die Ausweisung mehrerer Personen auf einmal auf.<sup>104</sup>

Flüchtlinge kommen seit Jahren aus Nord- und Westafrika über den Seeweg nach Europa. Um illegale Zuwanderung zu bekämpfen, erstrecken Staaten die Einwanderungskontrolle auf die hohe See. Neben Verstößen der Staaten gegen Menschenrechte, wie Art. 33 Abs. 1 GFK, Art. 7 IPbPR und Art. 3 EMRK,<sup>105</sup> kommt dabei ein Verstoß gegen das Verbot der Kollektivausweisung aus Art. 4 ZP 4 EMRK in Betracht. In diesem Zusammenhang befand der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)* Folgendes: Werden die Voraussetzungen<sup>106</sup> für Ausweisungen nach Art. 4 ZP 4 nicht erfüllt, insb. die Einzelfallprüfung, sind sog. „Pullback“-Operationen konventionsrechtswidrig. Staaten ist es verboten, Flüchtlingsboote auf hoher See abzufangen und zurückzuführen, wenn keine Feststellung der Identität und weitere Prüfung der individuellen Situation stattfindet.<sup>107</sup> Der *EGMR* stellt damit fest, dass Staaten auch außerhalb ihres Territoriums bei der Ausübung von Hoheitsgewalt keine Ausweisungen i.S.d. Art. 4 ZP 4 EMRK vornehmen dürfen. Daran änderte auch das 2008 mit Liby-

<sup>102</sup> Mit zahlreichen weiteren Beispielen und Nachweisen *Hathavay* (Fn. 33), S. 280 ff.

<sup>103</sup> Declaration on Territorial Asylum, 14 December 1967, A/RES/2312(XXII).

<sup>104</sup> Siehe oben **C. IV. 2.**

<sup>105</sup> *Papastavridis*, Rescuing Migrants at Sea: The Responsibility of States under International Law, in: Goodwin-Gill/Weckel, Migration and Refugee Protection in the 21st Century – International Legal Aspects, 2015, S. 269 (299 ff.).

<sup>106</sup> Siehe oben **C. IV. 2.**

<sup>107</sup> *EGMR*, Urt. v. 23.2.2012 – Rs. 27765/09, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions *EGMR*, 2012-II, 97 ff., Rn. 159 ff.; vgl. *UNHCR Executive Committee*, Beschl. Nr. 97 (LIV) 2003, Rn. a IV; *Goodwin-Gill*, The Movements of People between States in the 21st Century: An Agenda for Urgent Institutional Change, *IJRL* 23 (2011), 443 (455); zu den Rettungspflichten auf hoher See nach dem Völkerseerecht siehe *Papastavridis* (Fn. 105), S. 273 ff.

en geschlossene Kooperationsabkommen nichts.<sup>108</sup> Flüchtlingen kommt somit schon vor Ankunft auf dem Territorium des Zielstaates der Schutz der EMRK zu. Daraus folgt, dass Flüchtlinge nur unter den auf hoher See schwer zu erfüllenden Voraussetzungen des Art. 4 ZP 4 EMRK vom Erreichen der Grenze abgehalten werden dürfen.<sup>109</sup>

Im Fall *Khlaijfa*, der ebenfalls Art. 4 ZP 4 EMRK betraf, ging es um die Abschiebung dreier Tunesier aus Italien. Die beiden Staaten hatten 2011 ein Rückführungsabkommen geschlossen, das ein vereinfachtes Verfahren für die Rückführung illegal eingereister Tunesier vorsah. Der *EGMR* entschied, dass die bloße Identifizierung der Flüchtlinge durch den tunesischen Konsul nicht für die erforderliche Einzelfallprüfung ausreichte.<sup>110</sup>

Ähnlich verhielt es sich im Fall *Sbarjfi*, in dem Flüchtlinge innereuropäisch ohne Einzelfallprüfung von Italien nach Griechenland ausgewiesen wurden. Italien berief sich auf die Zuständigkeit Griechenlands nach dem Dublin II-System der EU. Der *EGMR* entschied, dass das Dublin II-System mit der Konvention in vereinbar Weise angewandt werden müsse und daher eine mit Art. 4 ZP 4 EMRK unvereinbare Kollektivausweisung nicht rechtfertigen könne.<sup>111</sup>

Zusammenfassend können die Vertragsstaaten der EMRK weder unter Berufung auf die Ankunft einer Großzahl an Flüchtlingen, noch nach Abkommen mit Herkunfts- oder Transitländern, noch nach EU-Recht auf die Pflicht zur Einzelfallprüfung verzichten. Das Freizügigkeitsrecht aus Art. 4 ZP 4 EMRK stellt somit eine wichtige Norm für den Flüchtlingsschutz dar, insbesondere, weil der *EGMR* eine Verletzung des Rechts feststellen und auch zur Entscheidung über die Nichtbefolgung eines Urteils angerufen werden kann.

### III. Gewahrsam und „Hotspots“

Asylsuchende werden von zahlreichen Staaten wegen illegaler Einreise, fehlender Aufenthaltsgenehmigung oder baldiger Abschiebung in Gewahrsam ge-

---

<sup>108</sup> Vgl. *Goodwin-Gill* (Fn. 107), S. 456.

<sup>109</sup> Vgl. *Lehnert/Markard* (Fn. 34), S. 197.

<sup>110</sup> *EGMR*, Urt. v. 1.9.2015 – Rs. 16483/12, *Khlaijfa and others v. Italy*, Rn. 145 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157277> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018) – das im Ergebnis abweichende Endurteil der *Großen Kammer* v. 15.12.2016 in dieser Sache, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170054> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018) bezieht sich nicht auf diesen Punkt.

<sup>111</sup> *EGMR*, Urt. v. 21.10.2014 – Rs. 16643/09, *Sbarjfi et autres v. Italie et Grèce*, Rn. 193 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147287> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

nommen.<sup>112</sup> Dabei dient vorübergehender Gewahrsam im Transitbereich wachsend auch der Migrationskontrolle,<sup>113</sup> in Europa etwa auf Malta, in Italien oder Griechenland. Die sog. „Verwaltungshaft“<sup>114</sup> in den eingerichteten „Hotspots“ soll dazu dienen, erste Verfahrensschritte (Identifizierung, Screening, Zuweisung) effizient und schnell durchzuführen, die Rückführungen im Rahmen des EU-Türkei-Abkommens zu organisieren und eine Weiterflucht in andere EU-Länder zu vermeiden.<sup>115</sup> Ein im April 2016 in Kraft getretenes griechisches Gesetz sieht vor, dass alle Ankommenden zunächst drei bis 25 Tage in den Lagern verbleiben.<sup>116</sup> Gewahrsam für Asylbewerber ist bis zur Klärung der Rechtsstellung unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich zulässig,<sup>117</sup> vgl. Art. 9, 31 Abs. 2, 32 Abs. 2, 3 GFK. Sie darf jedoch gemäß Art. 31 Abs. 1 GFK keine Bestrafung für die illegale Einreise sein.

Wegen der strengen Einreisebedingungen der Zielstaaten verbleibt Schutzsuchenden zumeist einzig die illegale Einreise in den Zielstaat.<sup>118</sup> Art. 31 Abs. 2 GFK sieht für sich unrechtmäßig im Land aufhaltende Flüchtlinge vor, dass nur notwendige Beschränkungen ihrer Freizügigkeit zulässig sind.<sup>119</sup> Dies setzt voraus, dass der Gewahrsam einem gesetzlich vorgesehenen, legitimen Ziel des Aufnahmestaates dient und in Ansehung des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Menschenrechte<sup>120</sup> nicht unverhältnismäßig ist.<sup>121</sup> Als legitimes Ziel kommen insbesondere die Feststellung der Identität<sup>122</sup> und die nationale Sicherheit im Falle eines „Massenzustroms“<sup>123</sup> in Betracht, nicht aber die Abschreckung

---

<sup>112</sup> *Hathaway* (Fn. 33), S. 370 ff. m.w.N.

<sup>113</sup> *Vohra*, Detention of Irregular Migrants and Asylum Seekers, in: Cholewinski/-Perruchoud/MacDonald, *International Migration Law*, 2007, S. 49 (49).

<sup>114</sup> Dazu *Parashar*, Human Rights of Refugees, in: Islam/Bhuiyan, *An Introduction to International Refugee Law*, 2013, S. 357 (373).

<sup>115</sup> *Markard/Heuser*, „Hotspots“ an den EU-Außengrenzen: Menschen- und europarechtswidrige Internierungslager, ZAR 2016, 165 (166, 168) m.w.N.

<sup>116</sup> Gesetz Nr. 4375/2016, zitiert aus und abrufbar über refworld: <http://www.refworld.org/docid/573ad4cb4.html> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

<sup>117</sup> UNHCR *Executive Committee*, Beschl. Nr. 44 (XXXVII) 1986, abrufbar unter: [www.unhcr.org/4aa764389.pdf](http://www.unhcr.org/4aa764389.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 39), S. 522.

<sup>118</sup> *Noll*, in: Zimmermann (Fn. 40), S. 1246.

<sup>119</sup> Siehe oben **C. I. 2.**

<sup>120</sup> Siehe z.B. Art. 9 IPbpR, Art. 5 EMRK, Art. 7 AMRK, Art. 6 Banjul-Charta.

<sup>121</sup> *Federal Court of Australia*, Urt. v. 15.4.2003, *Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v. Al Masri*, 126 FCR 54, Rn. 153; *Noll*, in: Zimmermann (Fn. 40), S. 1268 ff.; UNCHR, Revised Guidelines on Applicable Criteria, Guideline 3, S. 4.

<sup>122</sup> UNHCR *Executive Committee*, Beschl. Nr. 44 (XXXVII) 1986 (Fn. 117), Rn. b; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 39), S. 462.

<sup>123</sup> *House of Lords*, Urt. v. 31.10.2002, R. (*on the application of Saadi*) v. *Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 41, Rn. 24; *Hathaway* (Fn. 33), S. 419 f.

weiterer potentieller Flüchtlinge.<sup>124</sup> Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK beschränkt somit die Möglichkeit der Verwahrung in sog. „Hotspots“ auf die notwendige Zeit zur Feststellung der Identität, wenn eine Internierung im Einzelfall nicht schon von vornherein unverhältnismäßig ist. Die Vorschrift verpflichtet damit den Staat, alle möglichen Mittel zu ergreifen, die Internierung zu verhindern oder baldmöglichst zu beenden.

Zwar erfüllt das Festhalten bei der Einreise an einem eng umgrenzten Ort auch den Tatbestand der Einschränkung der Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 ZP 4 EMRK,<sup>125</sup> im Falle von intensiver Überwachung hat der EGMR jedoch auf den vorrangigen Art. 5 EMRK (persönliche Freiheit) abgestellt.<sup>126</sup> Im Regelfall stellt das Einschließen von Schutzsuchenden in Internierungslagern somit eine als Freiheitsentziehung nur subsidiäre und nicht zu prüfende Einschränkung des Art. 2 Abs. 1 ZP 4 EMRK dar,<sup>127</sup> wobei es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.<sup>128</sup> Auch im Rahmen des IPbpR stellt der Freiheitsentzug vorrangig eine Einschränkung der persönlichen Freiheit nach Art. 9 Abs. 1 IPbpR, keine Beschränkung der Freizügigkeit nach Art. 12 Abs. 1 IPbpR dar.<sup>129</sup>

Relevant werden die Freizügigkeitsrechte für den Flüchtlingsschutz im Rahmen der Internierung also v.a. dann, wenn die Umstände des Festhaltens gelockert sind. Ist die Unterkunft z.B. nicht geschlossen und findet keine intensive Überwachung statt, liegt keine Einschränkung der persönlichen Freiheit vor. In dem Falle gewähren die völkerrechtlichen Freizügigkeitsrechte den Asylsuchenden zumindest nach Antragstellung Schutz vor dem Festhalten an einem „Hot-spot“ oder sonstiger Internierung. Davor setzt Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK der Internierung, ihrer Dauer und Intensität Grenzen.

---

<sup>124</sup> *New Zealand Court of Appeal*, Urt. v. 16.4.2003, *Attorney-General v. Refugee Council of New Zealand, Inc.*, [2003] 2 NZLR 577, Rn. 101; *Hathaway* (Fn. 33), S. 422.

<sup>125</sup> Vgl. *Rosenmayr* (Fn. 60), S. 158.

<sup>126</sup> EGMR, Urt. v. 25.6.1996, Rs. 19776/92, *Amuur v. France*, Reports of Judgments and Decisions EGMR 1996-III, 827 ff., Rn. 37 ff.

<sup>127</sup> Vgl. *Markard*, Möglichkeiten und Grenzen einer menschenrechtskonformen Ausgestaltung von sogenannten „Hotspots“ an den europäischen Außengrenzen, Rechtsgutachten, 4.4.2016, S. 25, abrufbar unter: <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/markard-nora/markard-heuser-hotspots-2016.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

<sup>128</sup> Vgl. oben **C. VIII. 1.**

<sup>129</sup> *UN Human Rights Committee*, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 7.

#### IV. Freizügigkeitsbeschränkende Aufenthaltsgenehmigungen

Die Aufenthaltsbefugnis kann dem *Bundesverwaltungsgericht* (BVerwG) und dem *EGMR* zufolge von vornherein räumlich beschränkt werden, vgl. Art. 12 Abs. 2 S. 2 AufenthG. Danach ist ein Aufenthalt nur im Rahmen der örtlichen Begrenzungen und anderer Bedingungen der Aufenthaltsgenehmigung rechtmäßig.<sup>130</sup> Die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts des Asylsuchenden richtet sich dann nach der vorherigen nationalen räumlichen Beschränkung der Aufenthaltsbefugnis. Nach Ansicht der Literatur und des UN-Menschenrechtsausschusses verkommt die Freizügigkeitsgarantie hingegen zu einem schlichten Gunsterweis, wenn die Staaten den Schutzbereich der Freizügigkeit der Ausländer beliebig einschränken könnten. Daher dürften Einschränkungen der internen Freizügigkeit von sich rechtmäßig im Staat befindlichen Ausländern nur unter den Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 3 ZP 4 EMRK<sup>131</sup> bzw. des Art. 12 Abs. 1, 3 IPbPR.<sup>132</sup> zulässig sein.

Für die zweite Ansicht spricht, dass bei teleologischer Betrachtung die Freizügigkeitsrechte vollständig ihren materiellrechtlichen Gehalt verlören, wenn der Staat über die nationale Ausformung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts das gewährte Recht nach Belieben einschränken könnte. Nach dem völkerrechtlichen Grundsatz *verba ita sunt intelligenda ut res magis valeat quam pereat* sind Wörter so auszulegen, dass sie ihre Bedeutung eher erhalten als verlieren.<sup>133</sup> Folglich muss die Rechtmäßigkeit mit der zweiten Ansicht so ausgelegt werden, dass die Freizügigkeitsgarantien aus Art. 2 Abs. 1 ZP 4 EMRK bzw. Art. 12 Abs. 1 IPbPR nur im Rahmen ihrer eigenen Vorbehalte jeweils aus Abs. 3 eingeschränkt werden können. Dafür spricht auch Art. 26 GFK. Könnte die Rechtmäßigkeit in jedem einzelnen Fall von vornherein beschränkt werden, verstieße dies gegen den Grundsatz der Ausländergleichbehandlung aus Art. 26 GFK. Ist Flüchtlingen einmal die Einreise gestattet, sind die aufnehmenden Staaten also verpflichtet, ihnen die Freizügigkeit zu gewähren, die allen Ausländern zukommt. Eine die Aufenthaltsgenehmigung bedingende Freizügigkeitsbeschränkung ist daher unzulässig.

<sup>130</sup> BVerwGE 100, 335 (346); *EGMR*, Urt. v. 20.11.2007, Rs. 44294/04, *Omwenyeye v. Germany*, Rn. 1, abrufbar unter: [hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83796](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83796) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); *Durner*, in: Maunz/Dürig (Fn. 24), Art. 11 Rn. 40.

<sup>131</sup> Vgl. *Brandl*, in: IK-EMRK (Fn. 58), Art. 2 ZP IV Rn. 7; *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 81 m.w.N.

<sup>132</sup> *UN Human Rights Committee*, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 4; *Jagerskiold* (Fn. 4), S. 174.

<sup>133</sup> Vgl. *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 223.

## V. Wohnsitzauflagen und Residenzpflicht

Eine andere Problematik betrifft gesetzliche Regelungen wie Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten, die nicht nur im Einzelfall angewandt werden, sondern grundsätzlich für alle Ausländergruppen gleichermaßen Anwendung finden. Wohnsitzauflagen gebieten das Wohnen an einem bestimmten Ort, greifen also in das Recht auf Niederlassungsfreiheit ein. Residenzpflichten hingegen verbieten das Verlassen eines bestimmten räumlichen Bereiches und beschränken daher die Bewegungsfreiheit.<sup>134</sup>

Als Reaktion auf die sog. Flüchtlingskrise in Deutschland im Jahr 2015 hat der Gesetzgeber ein Integrationsgesetz (IntG)<sup>135</sup> erlassen, welches einen neuen Art. 12a AufenthG eingeführt hat, der nun vorsieht, dass anerkannte Flüchtlinge in den ersten drei Jahren an dem Wohnsitz leben müssen, der ihnen vom Bundesland ihrer Ankunft zugewiesen wurde. Damit möchte die Bundesregierung zur Förderung der Integration den Zuzug in Ballungsräume und die Entstehung von sozialen Brennpunkten verhindern.<sup>136</sup> Schon vor mehreren Jahren galten für Sozialhilfe beziehende Flüchtlinge Wohnsitzauflagen zum Zwecke der Verteilung öffentlicher Sozialhilfelasten. Das *BVerwG* stellte wegen dieser Begründung einen Verstoß gegen Art. 23 i.V.m. 26 GFK fest.<sup>137</sup> Residenzpflichten finden sich in §§ 47 Abs. 1 S. 1, 56 Abs. 1 AsylG. Danach sind Asylsuchende dazu verpflichtet, sich während des Asylverfahrens ausschließlich im Bezirk der zuständigen Ausländerbehörde aufzuhalten und bis zu sechs Monate in der zuständigen Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Durch die Verpflichtung zur Niederlassung in einem bestimmten Bundesland und das Verbot des Verlassens eines bestimmten Ortes sind Flüchtlinge und Asylsuchende in ihren Rechten auf freie Wahl des Aufenthalts beschränkt. Völkerrechtliche Freizügigkeitsgewährleistungen könnten der Wohnsitzauflage des IntG und den Residenzpflichten des AsylG also entgegenstehen.

### 1. Art. 26 GFK

Die Freizügigkeit anerkannter Schutzberechtigter nach der GFK darf gemäß dem Prinzip der Ausländergleichbehandlung nur Beschränkungen unterworfen werden, die für alle Ausländer unter gleichen Bedingungen gelten. Art. 26 GFK nimmt keinen Bezug auf mögliche Gründe für die Rechtfertigung einer Un-

<sup>134</sup> *Pelzer/Pichel*, Wohnsitzauflage und Residenzpflicht: Aktuelle Einschränkungen der Freizügigkeit von Flüchtlingen, ZAR 2016, 96 (96).

<sup>135</sup> BGBl. 2016 I S. 1939.

<sup>136</sup> Vgl. dazu den Artikel des Presse- und Informationsamts der Bundesregierung, abrufbar unter: [www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/05/2015-05-25-wohnsitz.html?nn=694676](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/05/2015-05-25-wohnsitz.html?nn=694676) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

<sup>137</sup> BVerwGE 130, 148 (152 f.).

gleichbehandlung, in diesem Fall etwa die Verhinderung von sozialen Brennpunkten und die Förderung der Integration. Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten sind nach dem Wortlaut also nur dann möglich, wenn sie für alle Ausländer gelten.<sup>138</sup> Flüchtlinge werden durch die Regelung anders behandelt als andere Ausländergruppen. Dies spricht dafür, dass die Wohnsitzauflagen des IntG und Residenzpflichten des AsylG gegen Art. 26 GFK verstoßen.<sup>139</sup>

Gegen einen Verstoß spricht aber bei systematischer Betrachtung die Staatenpraxis der Vertragsparteien als „Herren der Verträge“. Gemäß Art. 31 Abs. 1, 3 lit. b WVK muss eine spätere Praxis der Staaten bei der Vertragsauslegung berücksichtigt werden. Nicht nur Deutschland, auch das Vereinigte Königreich, die USA, Australien, Kenia, Uganda, Türkei, Thailand und viele weitere Staaten kennen Freizügigkeitsbeschränkungen wie Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten.<sup>140</sup> Der *EuGH* hat Wohnsitzauflagen zur Integrationsförderung für mit Art. 26 GFK vereinbar erklärt.<sup>141</sup> Auch die teleologische Auslegung des Art. 26 GFK im Sinne einer dynamischen Interpretation<sup>142</sup> spricht gegen einen Verstoß. Denn bei Entstehung der GFK war die Integration von Flüchtlingen für die Vertragsparteien noch kein so gesellschaftlich relevantes Thema wie heute. All dies spricht dafür, dass Flüchtlinge und Asylsuchende durch Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten i.S.d. Art. 26 GFK zur Integrationsförderung anders behandelt werden können als andere Ausländergruppen.

## 2. Art. 2 ZP 4 EMRK

Ein Verstoß gegen Art. 2 ZP 4 EMRK liegt vor, wenn die Beschränkungen der Freizügigkeit, bzw. des Rechts der freien Wohnsitzwahl nicht nach dessen Abs. 3, 4 gerechtfertigt werden können. Rechtfertigungsgründe für Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten aus Abs. 3 sind nicht ersichtlich. Sie könnten jedoch dem „öffentlichen Interesse“ des Abs. 4 dienen. Grundsätzlich liegt es im öffentlichen Interesse, die Entstehung sozialer Brennpunkte und Parallelgesellschaften zu vermeiden. Wohnsitzauflagen sind dazu grundsätzlich geeignet. Jedoch kann Integration auch dann gelingen, wenn mehrere Flüchtlinge zusammen in Ballungsräumen wohnen, ebenso wie Integration scheitern kann, wenn sich Flüchtlinge isoliert und fernab von ihrem sozialen Umfeld niederlassen

<sup>138</sup> *Thym*, Wohnsitzauflage für anerkannte Flüchtlinge – Warten auf den *EuGH*, LTO, 14.1.2016, abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/wohnsitzauflage-residenzpflicht-erkannte-fluechtlinge-asylbewerber> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

<sup>139</sup> Vgl. *Pelzer/Pichel* (Fn. 134), S. 97.

<sup>140</sup> *Hathaway* (Fn. 33), S. 695 ff. m.w.N.

<sup>141</sup> *EuGH*, Urt. v. 1.3.2016 – Rs. C-443/14 u. C-444/14, *Alo, Osso v. Warendorf, Hannover*, Rn. 65; zur „De-Internationalisierung durch Europäisierung“ des Migrationsrechts *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 117 ff.

<sup>142</sup> v. *Arnauld* (Fn. 7), Rn. 230.

müssen.<sup>143</sup> Folglich sollten weniger einschneidende integrationspolitische Mittel wie die Pflicht zu Sprachkursen und die Arbeitsaufnahme erleichternde Maßnahmen Vorrang haben. Dies spricht dafür, dass die Wohnsitzauflagen im IntG und die Residenzpflichten des AsylG mangels Verhältnismäßigkeit nicht mit Art. 2 Abs. 1 ZP 4 EMRK vereinbar sind.

Damit stellt sich die Frage, weshalb der EGMR bezüglich der hoch umstrittenen Integrationspolitik einiger europäischer Staaten Zurückhaltung übt.<sup>144</sup> Eine Antwort liefert hier wohl die *margin of appreciation*-Doktrin, nach der der EGMR bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit mit einer geringeren Kontrolldichte prüft und den Staaten einen weiten Beurteilungsspielraum überlässt.<sup>145</sup> Demnach kommt es bei der Beurteilung des „öffentlichen Interesses“ und der Verhältnismäßigkeit von Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten vor allem auf die Einschätzungen der mitgliedstaatlichen Gerichte an.<sup>146</sup> Andererseits ließe sich argumentieren, dass der EGMR den *margin of appreciation* dann für besonders eng erklärt, wenn Angehörige einer Minderheit oder schutzbedürftigen Gruppe betroffen sind, worunter auch Flüchtlinge fallen könnten. Neben dieser Auslegung der Doktrin spricht nach obiger Argumentation auch materiellrechtlich vieles gegen die Verhältnismäßigkeit und damit gegen die Vereinbarkeit von strengen Residenzpflichten und Wohnsitzauflagen mit Art. 2 ZP 4 EMRK.<sup>147</sup>

### 3. Ergebnis

Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten für Flüchtlinge und Asylbewerber beschränken die ihnen völkerrechtlich garantierten Freizügigkeitsrechte. Ihre Vereinbarkeit mit Art. 2 ZP 4 EMRK und Art. 26 GFK kann mit jeweils guten Argumenten angenommen oder abgelehnt werden. Dies kann im vorliegenden Rahmen nicht abschließend beurteilt werden, sondern bedarf einer Betrachtung der Beschränkungen im Einzelfall.

---

<sup>143</sup> Vgl. Pelzer/Pichel (Fn. 134), S. 98, 101.

<sup>144</sup> EGMR, Urt. v. 23.2.2016 – Rs. 43494/09, *Garib v. The Netherlands*, Rn. 111 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177406> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

<sup>145</sup> v. Arnould (Fn. 7), Rn. 658.

<sup>146</sup> Allgemein zur Subsidiarität des EGMR, v.a. im Migrationsrecht, Thym (Fn. 141), S. 113 f.

<sup>147</sup> Vgl. Pelzer/Pichel (Fn. 134), S. 98, 100 f.; dagegen vgl. Thym, Integration kraft Gesetzes? Grenzen und Inhalte des „Integrationsgesetzes“ des Bundes, ZAR 2016, 241, (247 ff.); EGMR, Urt. v. 23.2.2016 – Rs. 43494/09, *Garib v. The Netherlands*, Rn. 136, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177406> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

## VI. Aufenthaltsentzug

Neben dem positiven Recht der Freizügigkeit, sich frei zu einem Ort zu bewegen, kommt auch ein negatives Freizügigkeitsrecht in Form eines Aufenthaltsrechts in Betracht. Dieses schützt den Verbleib an einem bestimmten Ort.<sup>148</sup>

### 1. Die Pflicht zur Ausreise aus „seinem Land“

Angehörige anderer Staaten, die im Aufenthaltsstaat leben, können grundsätzlich nach nationalem Recht ausgewiesen werden, vgl. §§ 53 ff. AufenthG. Dabei kommt es vor, dass Ausgewiesene die meiste Zeit ihres Lebens in dem Aufenthaltsstaat verbracht haben, ohne dessen Staatsangehörigkeit zu erwerben. Zum Schutze derjenigen, die im Aufenthaltsstaat ihre Heimat aufgebaut haben, könnte das Freizügigkeitsrecht des Art. 12 Abs. 4 IPbPR einschlägig sein. Wer das Recht hat, in sein Land zurückzukehren, dem muss *a maiore ad minus* erst recht das Recht zustehen, in diesem Land zu verweilen. Art. 12 Abs. 4 IPbPR beinhaltet daher nicht nur das Recht auf Einreise „in sein eigenes Land“, sondern auch das Recht, „in seinem Land“ zu verbleiben.<sup>149</sup> Diese negative Ausreisefreiheit schützt nach dem Wortlaut nicht nur Staatsangehörige, sondern alle, deren Land der Aufenthaltsstaat ist.<sup>150</sup> Das Vorliegen „seines Landes“ ist bei Betroffenen dann anzunehmen, wenn sie einen dauerhaften Wohnsitz im Aufnahmestaat haben und ihn wegen starker persönlicher und emotionaler Verbindungen als ihren Heimatstaat betrachten.<sup>151</sup> Dies gilt im Hinblick auf den Flüchtlingsschutz für Flüchtlinge und Staatenlose in besonderer Weise. Denn es wird zwar im Gegensatz zu Einwanderern und ihren Kindern zumeist nicht der Fall sein, dass Flüchtlinge sich schon seit Jahren im Aufenthaltsstaat befinden und eine enge Bindung zu ihm aufgebaut haben. Mit Blick auf Syrien, Afghanistan oder den Irak werden einige Flüchtlinge ihre frühere Heimat jedoch vollständig verloren haben, sodass ein Heimatstaat schlicht nicht mehr existiert. Für Staatenlose dürfte es meist von vornherein keine enge Verbindung zu ihrem früheren Aufenthaltsstaat geben, wenn sie nicht gar Opfer staatlicher Gewalt geworden sind, vgl. die derzeitige Lage der *Robingya* in Myanmar.<sup>152</sup> In solchen Fällen müssen geringere Anforderungen an die Begründung einer neu-

<sup>148</sup> Vgl. *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 61 ff.

<sup>149</sup> *Ebd.*, Kap. 26 Rn. 62; vgl. *d'Orsi* (Fn. 80), S. 112.

<sup>150</sup> Vgl. *UN Human Rights Committee*, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 20; *Jagerskiold* (Fn. 4), S. 180 f.; vgl. *Hathaway/Foster* (Fn. 36), S. 250.

<sup>151</sup> Siehe oben **C. II. 3.**

<sup>152</sup> *UN News Centre*, 3.2.2017, abrufbar unter:

<https://www.ohchr.org/Documents/Countries/MM/FlashReport3Feb2017.pdf>  
(zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

en Heimat i.S.d. Art. 12 Abs. 4 IPbpR gestellt werden.<sup>153</sup>

Freilich ginge es über den Wortlaut hinaus, gerade erst erschienene Flüchtlinge unter das Bleiberecht fallen zu lassen. Jedoch muss die individuelle Situation des Flüchtlings und seine Bindung an den Herkunftsstaat nach den ersten Jahren im Aufenthaltsstaat betrachtet werden. Art. 12 Abs. 4 IPbpR sollte dann in den Ermessensentscheidungen über die Ausweisung oder Verlängerung der Aufenthaltsgenehmigung Beachtung finden. Nur wenn ein Schutzsuchender die Möglichkeit bekommt, sich in seiner neuen Heimat langfristig aufzuhalten, hat er einen Anreiz, sich zu bilden und ein soziales Umfeld aufzubauen. Hängt jedoch die Möglichkeit der Ausweisung wie ein „Damoklesschwert über der eigenen Existenz“<sup>154</sup>, nimmt man der Gesellschaft und dem Einzelnen die Chance zur erfolgreichen Integration.<sup>155</sup>

## 2. Non-refoulement

Zweck des Art. 33 GFK und des Art. 3 EMRK ist nicht primär die Freizügigkeit des Asylsuchenden, sondern der Schutz vor Gefahren in seinem Heimatland.<sup>156</sup> Daher soll auf diese Vorschriften nicht näher eingegangen werden. Dennoch ist das Bleiberecht des Asylsuchenden und die Duldungspflicht des Staates die notwendige Folge des *Refoulement*-Verbots.<sup>157</sup> Ein Ausweisungsschutz im Sinne des *Non-Refoulement* wird auch durch Art. 1 Abs. 1, 25 GG i.V.m. dem völkerrechtlichen *ius cogens* garantiert.<sup>158</sup> Aus dem *Refoulement*-Verbot ergeben sich somit zumindest indirekte Freizügigkeits- und damit auch Bleiberechte für Flüchtlingen.<sup>159</sup>

### E. Gibt es im Völkerrecht ein Recht auf Asyl?

Die bisherigen Überlegungen zeigen, dass es in keinem völkerrechtlichen Vertrag ein ausdrückliches Recht auf Asyl gibt. Im Gegenteil, die Staaten haben mit Verweis auf ihre Souveränität die Etablierung eines solchen Rechts stets verweigert.<sup>160</sup> Dennoch wurde herausgearbeitet, dass Staaten dazu verpflichtet sein

<sup>153</sup> Nowak (Fn. 44), Art. 12 Rn. 59.

<sup>154</sup> Tomuschat (Fn. 23), S. 765.

<sup>155</sup> Vgl. Kokott, Die Aufnahme „humanitärer Flüchtlinge“, in: Hailbronner/Klein, Einwanderungskontrolle und Menschenrechte – Immigration Control and Human Rights, 1999, S. 3 (23 f.).

<sup>156</sup> Frowein/Peukert (Fn. 61), Art. 3 Rn. 20.

<sup>157</sup> Vgl. Davy, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht I: Völkerrechtlicher Rahmen, 1996, S. 223 f.

<sup>158</sup> Kokott (Fn. 155), S. 5 f.

<sup>159</sup> Hathaway (Fn. 33), S. 301; auf Asylbewerber erstreckend Maafßen, Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht, 1997, S. 46 ff.

<sup>160</sup> Vgl. Edwards (Fn. 8), S. 299 f.

können, Schutzsuchenden Aufenthalt auf ihrem Territorium zu gewähren. Es stellt sich daher die Frage, ob die Annahme eines Rechts auf Asyl in den aufgezeigten verbindlichen Freizügigkeitsrechten eine ausreichende Stütze findet.

## I. EMRK

Eine Verbringung abgefangener Asylsuchender zurück in den Transitstaat steht mit der EMRK grundsätzlich im Einklang. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn es sich bei diesem Staat um einen tatsächlich sicheren Drittstaat handelt, wenn individuelle Verfahren durchgeführt werden und dagegen Rechtsmittel eingelegt werden können.<sup>161</sup> Nur unter den strengen Voraussetzungen des *Refoulement*-Verbots aus Art. 3, 13 EMRK, Art. 4 ZP 4 EMRK und Völkergewöhnheitsrecht ist eine Rückführung schon vor Erreichen des Territoriums möglich. Es ist mit großem Aufwand verbunden, Stellen außerhalb des Territoriums zu schaffen, die eine Großzahl von Flüchtlingen beherbergen können und die erforderlichen Kapazitäten haben, individuelle Verfahren mit rechtsstaatlichem Schutz zu garantieren. Angesichts der Lage in den Transitländern, den Umständen auf einem Marineschiff auf hoher See und den völkerrechtswidrigen Umständen in den Internierungslagern werden diese Voraussetzungen derzeit nicht erfüllt.<sup>162</sup> Folglich führt eine Ablehnung von Schutzsuchenden an der Grenze in den meisten Fällen zu einem Verstoß gegen die EMRK. Somit bilden Art. 3, 13, 4 ZP 4 EMRK derzeit ein *de facto* Recht<sup>163</sup> auf Einreise.

## II. GFK

Auch die GFK könnte implizit ein Recht auf Einreise und Aufenthalt beinhalten. Art. 33 Abs. 1 GFK verbietet dem Staat, Asylsuchende „über die Grenzen von Gebieten“ zurückzuweisen, wenn ihnen Verfolgung im Herkunftsstaat drohen könnte. Dazu müssen sie das Territorium nach systematischer Auslegung noch nicht betreten haben. Denn andernfalls würde die GFK durch Art. 31 Abs. 1 solche Asylsuchende bevorzugen, die illegal über die Grenze einreisen und sich nicht an der Grenze melden.<sup>164</sup> Dass selbst die illegale Einreise nach Art. 31 Abs. 1 GFK nicht sanktioniert werden darf, spricht ebenfalls für ein

---

<sup>161</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – Rs. 27765/09, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2012-II, 97 ff., Rn. 159 ff.; vgl. oben **C. IV. 2.** und **D. II.**

<sup>162</sup> Vgl. *Lehnert/Markard* (Fn. 34), S. 197; vgl. *Goodwin-Gill*, The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement, IJRL 23 (2011), 443 (451).

<sup>163</sup> Sogar von einem *de facto*-Recht auf Asyl sprechend *Einarsen*, The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to *de facto* Asylum, IJRL 2 (1990), 361 (382); *Richter*, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), Asyl und Migration in Europa, ZEuS-Sonderband 2016, S. 51 ff.

<sup>164</sup> *Amann* (Fn. 32), S. 153.

implizit verankertes Einreiserecht. Die Zurückweisung an der Grenze ist nach der GFK somit unzulässig, wenn der Schutzsuchende anbringt, er sei Flüchtling.<sup>165</sup> Nur durch ein Feststellungsverfahren kann der Staat dann sicher sein, dass dem Asylsuchenden keine Gefahr droht.<sup>166</sup> Art. 33 GFK stellt somit regelmäßig eine „de facto-Pflicht zur Aufnahme des Asylsuchenden“<sup>167</sup> dar. Ist der Schutzsuchende einmal auf staatlichem Gebiet, muss seine Rechtsstellung im Falle illegaler Einreise gemäß Art. 31 Abs. 2 GFK geklärt werden. Ein anerkannter Flüchtling hat gemäß Art. 32 GFK sogar das Recht auf dauernden (Abs. 1) bzw. vorübergehenden (Abs. 2) Aufenthalt.<sup>168</sup> So ist der Staat aus der GFK zumindest während des Feststellungsverfahrens dazu verpflichtet, Asylsuchenden den Aufenthalt auf seinem Territorium zu gewähren.<sup>169</sup> Daraus lässt sich folgern, dass die GFK ein *asile provisoire*, ein „provisorisches Asyl“ oder „vorläufiges Aufenthaltsrecht“ gewährt.<sup>170</sup>

### III. Ergebnis

Staaten sind aufgrund mehrerer völkerrechtlicher Freizügigkeitsrechte dazu verpflichtet, unter bestimmten Umständen die Einreise der Asylsuchenden zu gewähren. Aus der Zusammenschau der Freizügigkeitsrechte lässt sich festhalten, dass regelmäßig ein *de facto* Recht auf Zugang zum und Aufenthalt im Staatsgebiet zum Zwecke des Asylgesuches besteht.<sup>171</sup>

Nach wie vor gibt es jedoch kein völkerrechtliches Recht auf Gewährung von Asyl. Die Entscheidung der Gewährung trifft der souveräne Staat.<sup>172</sup> Es gibt aber ein Recht auf Einreise und Aufenthalt, das einem Asylrecht nahe kommt.

<sup>165</sup> Hofmann/Löhr, in: Zimmermann, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, S. 1081 (1103); Nowak (Fn. 44), Art. 12 Rn. 9.

<sup>166</sup> Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 39), S. 215.

<sup>167</sup> Hathaway (Fn. 33), S. 301; vgl. Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 39), S. 384; vgl. Hathaway/Foster (Fn. 36), S. 36 ff.

<sup>168</sup> Amann (Fn. 32), S. 158.

<sup>169</sup> UNHCR Executive Committee, Note on International Protection, U.N. Doc. A/AC.96/882 (1997), Rn. 12; Beschl. Nr. 14 (XXX) 1986, c; Nr. 21 (XXXII) 1981, f.; Nr. 85 (XLIX) 1998, q; Edwards (Fn. 8), S. 301; Zimmermann, Anmerkungen zu Mindestnormen für Verfahren zur Zuerkennung oder Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ZAR 2003, 354 (354); Weber, Menschenrechtlicher Schutz von Bootsflüchtlingen. Bedeutung des Straßburger Hirsi-Jamaa-Urteils für den Flüchtlingsschutz, ZAR 2012, 265 (269); Hermann/Löhr (Fn. 165), Rn. 51 ff. m.w.N.; mit Hinweis auf EU-Sekundärrecht Fischer-Lescano/Löhr/Tobidipur (Fn. 101), S. 287; dagegen Maassen (Fn. 159), S. 80.

<sup>170</sup> Davy (Fn. 157), S. 177; vgl. Conseil d'Etat, Urte. v. 13.12.1991, Recueil CE 1991, 439 (440).

<sup>171</sup> Vgl. Lehnert/Markard (Fn. 34), S. 198; Hathaway (Fn. 33), S. 301; Eichenhofer (Fn. 64), S. 140.

<sup>172</sup> Wallace/Janeček, The Concept of Asylum in International Law, in: Islam/Bhuiyan, An Introduction to International Refugee Law, 2013, S. 133 (150).

Denn mit „Recht auf Asyl“ ist in einem weit verstandenen Sinne nicht das Recht auf Anerkennung eines bestimmten Flüchtlingsstatus gemäß eines bestimmten Katalogs gemeint. Wie es der französische Begriff des *asile provisoire* während des Feststellungsverfahrens zeigt, kann „Asyl“ alle Schutzmaßnahmen des Aufenthaltsstaates erfassen.<sup>173</sup> Schutzsuchende verlangen kein Recht auf Asyl im engeren Sinne. Sie unterscheiden nicht zwischen Asyl, Flüchtlingseigenschaft, humanitärem oder subsidiärem Schutz. „*They demand only that Europe, the cradle of human rights idealism and the birthplace of the rule of law, cease closing its doors to people in despair who have fled from arbitrariness and brutality.*“<sup>174</sup> „Recht auf Asyl“ ist in diesem grundlegenden Sinne also ein Begriff für das Recht auf die Gewährung von Aufenthalt in einem sicheren Staat. Und ein solches Recht besteht zumindest während des Asylverfahrens. Daher beschreibt der Wortlaut des Art. 14 AEMR die aktuelle Rechtslage zutreffend: Jedermann hat das Recht, *in* einem Land Asyl zu suchen.

## F. Kritik

Ein Vergleich der Regelungsdichte zwischen nationalem und völkerrechtlichem Flüchtlingsrecht zeigt, dass das Flüchtlingsrecht vor allem auf Ebene der Nationalstaaten Anwendung findet,<sup>175</sup> wo sich staatliche Stellen und der Einzelne direkt gegenüberstehen. Die Staaten können daher als Hauptakteure im Flüchtlingschutz bezeichnet werden. Den nationalen Verwaltungen steht im Rahmen ihrer Ausländergesetze ein weites Ermessen zu, insbesondere bei der Erteilung oder Versagung der Aufenthaltserlaubnis.<sup>176</sup> In Bezug auf die Freizügigkeit reicht auf nationaler Ebene gemäß Art. 2 Abs. 1 GG jedes verfassungskonforme Gesetz zur Beschränkung, da Art. 11 Abs. 2 GG als Deutschen-Grundrecht nicht anwendbar ist. Freizügigkeitsbeschränkungen finden sich z.B. in §§ 12 Abs. 2, 15a, 61 Abs. 2 AufenthG oder für Asylsuchende in § 56 Abs. 1 S. 1 AsylVfG.<sup>177</sup> Das Völkerrecht kann hier nur einen Rahmen bilden.<sup>178</sup> Gleichwohl werden völkerrechtliche Freizügigkeitsrechte über Art. 1 Abs. 2, 25, 59 Abs. 2 GG Teil der deutschen Rechtsordnung und sind insofern nicht nur für die Auslegung nationalen Rechts von Bedeutung, sondern gelten unmittelbar im Einzelfall vor deutschen Gerichten und Behörden. Zudem kann sich auf die Rechte aus dem IPbPR und der EMRK vor dem UN-Menschenrechts-

---

<sup>173</sup> Davy (Fn. 157), S. 51.

<sup>174</sup> Sondervotum von Richter P. de Albuquerque, EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – Rs. 27765/09, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2012-II, 97 ff., 79.

<sup>175</sup> Thym (Fn. 141), S. 106 ff.

<sup>176</sup> Randelzhofer, in: BonnKomm-GG (Fn. 3), Art. 11 Rn. 98 f.

<sup>177</sup> Sieveke (Fn. 9), S. 13 ff.

<sup>178</sup> Vgl. Thym (Fn. 141), S. 123.

ausschuss bzw. dem EGMR berufen werden. Es lässt sich festhalten, dass völkerrechtliche Freizügigkeitsrechte einen Rahmen bilden, der rechtliche Anforderungen an die Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsauslegung der nationalen staatlichen Gewalten stellt, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG.

Auch wenn die völkerrechtlichen Freizügigkeitsrechte relativ wenig Beachtung in Praxis, Gerichtsbarkeit und Wissenschaft finden, fristen sie im Rahmen des Flüchtlingsschutzes nicht nur ein „Mauerblümchendasein“<sup>179</sup>. Im Gegenteil, sie sind Bedingung für eine Flucht, den Genuss anderer Menschenrechte und der Grundstein für gesellschaftliche Integration. Größtes Hindernis für die Durchsetzung der völkerrechtlichen Rahmenbedingungen für die Freizügigkeit von Flüchtlingen ist die staatliche Souveränität. Zwar haben sich die Staaten zu zahlreichen Freizügigkeitsrechten verpflichtet. Jedoch stehen viele dieser Rechte unter umfassenden Vorbehalten, die sich nach dem nationalen Recht richten.<sup>180</sup> Diese Vorbehalte sind wegen der vielen Vertragsstaaten und ihren individuellen Umständen weit gehalten, sodass der Staat ein weites Ermessen hat, die Vorbehalte auszufüllen.<sup>181</sup> Dies fördert weitreichende, auch politisch opportune Einschränkungen der Freizügigkeit,<sup>182</sup> die zur politisch-kulturellen Immobilität von Flüchtlingen beitragen.<sup>183</sup> Mangels obligatorischer Gerichtsbarkeit im Völkerrecht können diese Einschränkungen nur selten überprüft, geschweige denn verworfen werden. Obwohl den völkerrechtlichen Normen eine eigenständige, unabhängige Bedeutung zukommt,<sup>184</sup> ist ein einheitliches Verständnis bei ca. 150 höchsten nationalen Gerichten praktisch nur schwer zu erreichen. Selbst die – auch hier zitierten – Auslegungsbestimmungen des UNHCR bzgl. der GFK stellen keine übergeordneten Auslegungsregeln dar, da sich die Vertragsstaaten gemäß Art. 35 GFK lediglich zur Zusammenarbeit mit dem Flüchtlingskommissariat verpflichtet haben.<sup>185</sup> Die Auslegung und Anwendung der völkerrechtlichen Normen und Vorbehalte verbleibt daher in einem „dogmatischen Nebel“<sup>186</sup> verschiedener nationaler Rechtsordnungen. Ein Lichtblick ist hier der

<sup>179</sup> Kingreen, Soziale Rechte und Migration, 2010, S. 22.

<sup>180</sup> Art. 12 Abs. 3 IPbPR; Art. 2 Abs. 3, 4 ZP 4 EMRK; Art. 22 Abs. 3, 4 AMRK; Art. 12 Banjul-Charta; Art. 4 ArabMRCh; „rechtmäßig“, Art. 26 GFK; „notwendig“, Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK.

<sup>181</sup> Vgl. Jagerskiold (Fn. 4), S. 171.

<sup>182</sup> Randelzhofer, in: BonnKomm-GG (Fn. 3), Art. 11 Rn. 103; vgl. Blanke, in: Stern/-Becker (Fn. 30), Art. 11 Rn. 50.

<sup>183</sup> Randelzhofer, in: BonnKomm-GG (Fn. 3), Art. 11 Rn. 13.

<sup>184</sup> House of Lords, Urt. v. 19.12.2000, Regina (on the application of Adan) v. Secretary of State for the Home Department, [2001] 2 W. L. R. 143 = [2001] 2 A. C. 447.

<sup>185</sup> Masing, Methodische Grundlagen für die Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention, in: FS Böckenförde, 1995, S. 51 (76 ff.).

<sup>186</sup> Hasse/Mordas, Thüringen: Verbringungsgewahrsam – Zur Rechtmäßigkeit einer probaten, aber umstrittenen polizeilichen Maßnahme, ThürVBl. 2002, 101 (106).

EGMR als Gerichtsbarkeit mit bindender Rechtsprechung in Europa.

Eine weitere Folge der weiten nationalstaatlichen Handlungs- und Ermessensspielräume ist die mangelnde Entwicklung von Gewohnheitsrecht, vgl. Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut. Zwar sind vertragliche Regelungen, besonders solche mit vielen Vertragsparteien wie die GFK und der IPbpR, ein Indiz für das Vorliegen einer *opinio iuris*.<sup>187</sup> Jedoch fehlt es mit Blick auf die unterschiedliche Auslegung und Anwendung der Freizügigkeitsrechte durch die einzelnen Staaten<sup>188</sup> an der für die Übung erforderlichen Einheitlichkeit<sup>189</sup> der staatlichen Praxis. 17 Staaten haben allein zu Art. 26 GFK teils weitreichende Vorbehalte hinterlegt.<sup>190</sup> Zudem handeln die Staaten oft nicht aus einer Rechtsüberzeugung heraus, die Ausdruck einer Anerkennung der Rechtsverbindlichkeit ist. Vielmehr sehen sie die Aufnahme von Flüchtlingen wegen ihrer Souveränität und ihres weiten Ermessens als Akt der Höflichkeit (*Courtoisie*) oder Gnade an,<sup>191</sup> der der Bildung einer *opinio iuris* entgegensteht.<sup>192</sup> Im Gewohnheitsrecht gefestigte Rechte sind daher nur die Ausreisefreiheit für jedermann und die Einreisefreiheit Staatsangehöriger.<sup>193</sup>

Der Mangel an Einheitlichkeit ist kein neues Phänomen. Die Geschichte zwischen Magna Carta, *Grotius* und Eisernem Vorhang hat gezeigt, dass der Umgang mit der Freizügigkeit durch die Jahrhunderte umstritten war. Anfangs stellten *Pufendorf* und *Wolff* die staatliche Souveränität vor die Freizügigkeit Einzelner. Damit stützten sie das Recht der einzelnen Staatsvölker, zu bestimmen, wer Teil ihrer Gesellschaft werden sollte. Restriktive Einwanderungsbestimmungen können zumindest in demokratischen Staaten auch heute noch als Ausdruck ihres legitimen Selbstbestimmungsrechts gesehen werden. Auf der anderen Seite stehen im Sinne *de Vattel*s die Individualrechte im Vordergrund, zu deren Gewährung sich die Staaten verpflichtet haben. Seit Mitte des 20. Jahrhunderts sind völkerrechtliche Freizügigkeitsrechte ausführlich vertraglich positiviert, sodass es nur selten eines Rückgriffs auf die „mühselige“<sup>194</sup> Bestimmung von Gewohnheitsrecht bedarf.<sup>195</sup>

---

<sup>187</sup> *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 17 Rn. 22.

<sup>188</sup> Vgl. *Hathaway* (Fn. 33), S. 365 ff.

<sup>189</sup> *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 252; *Ipsen* (Fn. 187), § 17 Rn. 4 ff.

<sup>190</sup> *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 39), S. 511.

<sup>191</sup> *Eichenhofer* (Fn. 64), S. 140; vgl. *Maafsen* (Fn. 159), S. 201.

<sup>192</sup> *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 254; *Ipsen* (Fn. 187), § 17 Rn. 12 ff.

<sup>193</sup> *Durner*, in: *Mauz/Dürig* (Fn. 24), Art. 11 Rn. 37; *d'Orsi* (Fn. 80), S. 120; *Tomuschat* (Fn. 23), S. 761.

<sup>194</sup> *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 258.

<sup>195</sup> Vgl. *Hathaway* (Fn. 33), S. 10.

Festzuhalten bleibt, dass sich vor dem Hintergrund des Spannungsverhältnisses zwischen staatlicher Souveränität und Individualrechten des Flüchtlings nie eine beständige, herrschende Lehre, geschweige denn eine beständige staatliche Praxis herausbilden konnte. Ein Rückgang der Flüchtlingszahlen ist nicht absehbar. Im Gegenteil, die derzeitige Lage in Ostafrika zeigt, dass extreme Wetterphänomene wie Dürren Millionen Menschen zur Flucht zwingen können. Neben dem Klimawandel hat auch das starke Bevölkerungswachstum in Afrika und Asien das Potenzial zu steigenden Fluchtbewegungen in den nächsten Jahrzehnten. Für die menschenrechtskonforme Bewältigung dieser Herausforderungen ist die derzeitige Rechtslage und Rechtsanwendung unzureichend. Nur Zugeständnisse und rechtliche Verpflichtungen der Staaten zur Aufnahme von Asylsuchenden werden künftige humanitäre Katastrophen verhindern können.

Gerade wegen der derzeitigen starken Fluchtbewegungen werden die Aufnahmestaaten allerdings kaum dazu geneigt sein, Anstrengungen zur Erweiterung des Flüchtlingsschutzes zu unternehmen. Daher wird es für die Erweiterung des Flüchtlingsschutzes zur Stabilisierung der Weltordnung vor allem auf die Entwicklung des Internationalen Menschenrechtssystems ankommen.<sup>196</sup>

### G. Schlussfolgerungen

Das völkerrechtliche Recht auf Freizügigkeit ist ein weltweit anerkanntes, durch mehrere regionale und universale völkerrechtliche Verträge rechtlich bindendes Menschenrecht. Aus dem „Jahrhundert der Flüchtlinge“<sup>197</sup> heraus, das auch im neuen Jahrtausend kein Ende findet, statuieren die Freizügigkeitsrechte eine beständige rechtliche Verpflichtung der Staaten, Schutzsuchenden einen menschenwürdigen Mindeststandard an Freiheit zu gewähren. Zwar verbleibt die Entscheidung über Aufnahme und Behandlung Fremder grundsätzlich im *domaine réservé* des souveränen Staates.<sup>198</sup> Mit den Ratifikationen flüchtlings- und menschenrechtlicher Verträge haben sich die Staaten aber in Ausübung ihrer Souveränität zur Gewährung bestimmter Rechte an Flüchtlinge verpflichtet.<sup>199</sup> Art. 2 Abs. 1 der Erklärung über die Menschenrechte von Ausländern bringt dies gut zum Ausdruck: Wegen der Souveränität der Staaten besteht formal für niemanden ein Recht auf Einreise und die Staaten können eigene Gesetze zur

<sup>196</sup> Edwards (Fn. 8), S. 329; vgl. Harvey/Barnidge, Human Rights, Free Movement and the Right to Leave in International Law, IJRL 19 (2007), 1 (20).

<sup>197</sup> Jagerskiöld (Fn. 4), S. 184.

<sup>198</sup> d'Orsi (Fn. 80), S. 68; Scarpa, The Sovereignty of States, the Right to Family Life, and the Right of Non-Nationals to Enter, Reside and Avoid Expulsion: Towards a More Balanced Approach? in: Goodwin-Gill/Weckel, Migration and Refugee Protection in the 21st Century – International Legal Aspects, 2015, S. 519 (525); McAdam (Fn. 22), S. 21.

<sup>199</sup> Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 39), S. 285.

Einwanderung erlassen. Nach Art. 2 Abs. 1 S. 2 sind die Staaten dabei aber an ihre völkerrechtlichen, insbesondere menschenrechtlichen Pflichten gebunden. Es ist daher ein Anliegen aller Vertragsparteien, dass jeder einzelne Staat seine verbindlichen Pflichten einhält. Der Souveränität des Staates sind somit Schranken gesetzt.

Aus der Untersuchung hat sich ergeben, dass es kein globales Freizügigkeitsrecht gibt. Ebenso gibt es kein explizites Recht auf Einreise in ein fremdes oder Aufenthalt in einem fremden Land,<sup>200</sup> wie es noch *de Vattel* vertrat. Hingegen besteht für Flüchtlinge umfassende Ausreisefreiheit, darunter das Recht auf nötige Reisedokumente. Dieses Recht hat sich im Gegensatz zu seinem Pendant, der Einreisefreiheit, auf völkerrechtlicher Ebene durchgesetzt. Ohne ihr korrespondierendes Pendant kann die Ausreisefreiheit freilich nicht ihre gesamte Tragweite entfalten.<sup>201</sup> Dennoch ist sie von besonderer Bedeutung für den Schutzsuchenden, da sie ihm ermöglicht, „sich von einem Staatswesen zu lösen, das ihn lediglich als Untertan und Knecht und möglicherweise nur als Objekt der Verfolgung, nicht aber als freien Bürger zu akzeptieren bereit ist.“<sup>202</sup> Daneben bieten Bleiberechte Schutz vor Ausweisung. Zudem hat sich gezeigt, dass zwar kein ausdrückliches völkerrechtliches Recht auf Asyl besteht. Der Staat muss jedoch regelmäßig die Einreise von Flüchtlingen gewähren und ihnen auf ihrem Territorium ein Mindestmaß an Rechten einräumen, bis die Ausreisepflicht mit rechtsstaatlichen Mitteln festgestellt wurde.

Völkerrechtliche Freizügigkeitsrechte kommen selten isoliert zur Anwendung. Sie bewegen sich zwischen nationalen Normen, regionalen und universellen Verträgen, zwischen Menschenrechten und Flüchtlingsrechten und stehen dem Flüchtling von Anfang bis Ende seiner Flucht und darüber hinaus zu. Oftmals stehen sie in Zusammenhang mit anderen Rechten wie der persönlichen Freiheit oder dem *Refoulement*-Verbot. All dies lässt auf ein umfassendes völkerrechtliches Freizügigkeitssystem schließen. In diesem werden nicht nur Flüchtlinge, sondern auch Asylsuchende und Staatenlose geschützt, sodass diese kein „völkerrechtliches Nichts“<sup>203</sup> darstellen.

Auch mehrere Jahrhunderte nach *Grotius*, *Pufendorf* und *de Vattel* beschäftigt die Weltordnung das Spannungsverhältnis zwischen staatlicher Souveränität und einem individuellen Recht Schutzsuchender auf Freizügigkeit. *Immanuel Kants*

<sup>200</sup> Marx, in: Zimmermann (Fn. 27), S. 1156; Jagerskiold (Fn. 4), S. 178.

<sup>201</sup> Eichenhofer (Fn. 64), S. 142.

<sup>202</sup> Tomuschat (Fn. 23), S. 760.

<sup>203</sup> Nuscheler, Internationale Migration. Flucht und Asyl, 1995, S. 182.

Forderung nach einem Recht auf Hospitalität<sup>204</sup> und das Wort „Gastrecht“ verdeutlichen diese Ambivalenz: Gast ist man, wenn man eingeladen wird. Flüchtlinge haben aber auch ohne Einladung ein Recht darauf, in einem anderen Staat „Gast“ zu sein. Deswegen ist Freizügigkeit kein reines Privileg oder ein beliebig widerrufbares Geschenk des Staates, sondern ein elementares Recht des Flüchtlings.<sup>205</sup>

Der nach der Geschichte in Frage zu stellende Verweis auf die absolute Souveränität des Staates gegenüber Individuen führt dagegen zu zahlreichen, nicht zu rechtfertigenden Einschränkungen der Freizügigkeit. Er verhindert den Aufbau eines internationalen, effektiven und fairen Migrationssystems.<sup>206</sup> Dies hat zur Folge, dass Flüchtlinge im Mittelmeer ertrinken, dass ihre Menschenrechte missachtet werden und ihnen die Integration erschwert wird, sollten sie es einmal in den Zielstaat geschafft haben. Völkerrechtliche Freizügigkeitsrechte begleiten den Schutzsuchenden von seinem Heimatland bis zu seinem Aufenthalt im Zielstaat. Sie sollen Flüchtlinge vor vielerlei Einschnitten in die Persönlichkeitssphären schützen: Von unmenschlicher und erniedrigender Behandlung über den Zwang, seine Heimat zu verlassen, bis zur Verhinderung der Entfaltung in seinem sozialen Umfeld. Die Freizügigkeit gewährt ihren Trägern die Ausübung fundamentaler Freiheiten. Das Völkerrecht macht den souveränen Staaten zwingende Vorgaben, damit genau diese Freiheiten nicht verletzt werden. Kommt der Staat den Vorgaben nach, ermöglichen sie dem Schutzbedürftigen, wonach er monatelang und kilometerweit gesucht hat: Ein Leben in Freiheit und Würde.

---

<sup>204</sup> *Kant*, Zum ewigen Frieden, 1795, S. 40.

<sup>205</sup> *d'Orsi* (Fn. 80), S. 55, 66.

<sup>206</sup> Vgl. *Goodwin-Gill*, The Movements of People between States in the 21st Century: An Agenda for Urgent Institutional Change, *IJRL* 28 (2016), 679 (682).