

Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK.

Zur Rechtfertigung von Straftaten bei Flüchtlingseinreisen

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M./Johan Horst, LL.M.*

Art. 31 I der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)¹ nimmt eine wichtige Funktion im Schutzsystem der GFK ein. Die Norm bestimmt, dass »die vertragsschließenden Staaten ... wegen unrechtmäßiger Einreise oder Aufenthalts keine Strafen gegen Flüchtlinge verhängen [werden], die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, in dem ihr Leben oder ihre Freiheit im Sinne von Artikel 1 bedroht waren und die ohne Erlaubnis in das Gebiet der vertragsschließenden Staaten einreisen oder sich dort aufhalten, vorausgesetzt, dass sie sich unverzüglich bei den Behörden melden und Gründe darlegen, die ihre unrechtmäßige Einreise oder ihren unrechtmäßigen Aufenthalt rechtfertigen«. Im Zusammenhang mit Art. 33 GFK, dem Gebot des Non-Refoulement (Grundsatz der Nichtzurückweisung), bildet Art. 31 I GFK den Kern des internationalen Flüchtlingsrechts. Die Norm ist entscheidend dafür, dass Flüchtlinge überhaupt eine Zugangsmöglichkeit zu Staaten mit effektiven Schutzsystemen erhalten können. Flüchtlingen ist es in der Regel unmöglich, das Land, aus dem sie fliehen, unter ihrer wahren Identität zu verlassen und im Zuge der Flucht die Einreisemodalitäten für ihr Zielland korrekt zu erfüllen. Art. 31 I GFK trägt dem Rechnung, indem bestimmt wird, dass eine mögliche illegale Einreise nicht einem Aufenthalt zur Bestimmung des Schutzbedarfs entgegen stehen und aus den Umständen der Flüchtlingseinreise keine Bestrafung resultieren darf.

Art. 31 I GFK spricht ein Verbot aus, die unrechtmäßige Einreise von Flüchtlingen zu bestrafen. Dieses Pönalisierungsverbot wirft für die rechtliche Behandlung der unrechtmäßigen Einreise nach § 95 AufenthG und die rechtliche Behandlung etwaiger Begleitdelikte (bspw. der Urkundenfälschung) eine Reihe von Fragen auf, die für die Durchsetzung der Flüchtlingsrechte zentrale Bedeutung haben. Die Rechtsprechung in Deutschland ist zu diesen Fragen bislang leider uneinheitlich geblieben und hat die völker- und europarechtlichen Pflichten der Bundesrepublik Deutschland teilweise nicht hinreichend berücksichtigt.²

82

Fischer-Lescano/Horst: Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK. (ZAR 2011, 81)

Im Folgenden wollen wir die Reichweite des Art. 31 I GFK bestimmen und die deutsche Rechtsprechung in diesem Kontext einer rechtlichen Bewertung unterziehen. Zunächst soll daher untersucht werden, unter welchen verfassungsrechtlichen Bedingungen Völker- und Europarecht in nationales Recht transformiert werden und ob den Stellungnahmen des UNHCR bei der Auslegung der GFK eine Orientierungswirkung zukommt (1.). In einem zweiten Schritt fragen wir, welche Personen sich im Rahmen des § 95 AufenthG auf Art. 31 I GFK berufen können, ob Art. 31 I GFK nur auf den Tatbestand der illegalen Einreise oder auch auf Begleitdelikte Anwendung findet und was unter der Unmittelbarkeit der Einreise im Rahmen des Art. 31 I GFK zu verstehen ist (2.). Sodann bestimmen wir die Rechtsfolge des Pönalisierungsverbotes (3.).

1. Anwendung des Art. 31 I GFK im deutschen Recht

Die öffentliche Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland ist programmatisch auf die internationale Zusammenarbeit (Art. 24 GG) und den europäischen Einigungsprozess (Art. 23 GG) festgelegt. Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist die enge Bindung der deutschen öffentlichen Gewalt an das Völkergewohnheitsrecht (Art. 20 III GG i. V. m. Art. 25 GG) und das Völkervertragsrecht (Art. 20 III GG i. V. m. Art. 59 II 1 GG). Im Kontext einer möglichen Strafbarkeit im Zuge des Grenzübertretts von Flüchtlingen statuieren diese Verfassungsnormen vor allem Pflichten für die staatlichen Verfolgungsorgane und die staatlichen Gerichte, das deutsche Recht so auszulegen und anzuwenden, dass ein Konflikt mit völker- und europarechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht.³ Voraussetzung dafür, dass eine Völkerrechtsnorm unmittelbar pflichten- und rechthebegründend wirken kann, ist, dass die Norm hinreichend bestimmt (also self-executing) ist.⁴

Die Normen der GFK und insbesondere auch die Norm des Art. 31 I GFK gelten allgemein als in diesem Sinne hinreichend bestimmt.⁵ Sie bedürfen keiner weiteren Ausführungsgesetzgebung und entfalten unmittelbare Rechtswirkung im deutschen Recht, sofern eine wirksame Einbeziehung stattgefunden hat (hierzu 1.1.). Um den Umfang ihrer Rechtswirkung zu bestimmen, ist eine Auslegung de lege artis nach völkerrechtlichen Grundsätzen nötig (hierzu 1.2.). Dabei sind die Stellungnahmen des UNHCR angemessen einzubeziehen (hierzu 1.3.).

1.1. Drei Wege der Einbeziehung des Art. 31 I GFK in nationales Recht

Völkerrechtliche Verträge, wie die GFK, denen die Bundesrepublik Deutschland durch Zustimmungsgesetz beigetreten ist, stehen innerhalb der deutschen Rechtsordnung nach Art. 59 II 1 GG im Range eines Bundesgesetzes.⁶ In mittlerweile ständiger Rechtsprechung deutet das Bundesverfassungsgericht diese Rangzuweisung in Verbindung mit Art. 20 III GG so aus, dass deutsche Gerichte das anwendbare Völkervertragsrecht wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung des nationalen Rechts zu beachten und anzuwenden haben.⁷ Sofern eine völkerrechtliche Norm in den Rang des Völkergewohnheitsrechts erwachsen ist, sind die Behörden und Gerichte der Bundesrepublik Deutschland zudem gemäß Art. 25 GG grundsätzlich daran gehindert, innerstaatliches Recht in einer die Norm verletzenden Weise auszulegen und anzuwenden.⁸

Im Hinblick auf die GFK führt die Anwendung dieser Grundsätze der Interlegalität dazu, dass die Grundsätze der GFK gleich in zweifacher Form ins nationale Recht einbezogen sind: Die GFK als »Magna Charta« des internationalen Flüchtlingsschutzes wurde durch die Bundesrepublik ratifiziert, sie gilt darum zunächst einmal via Art. 20 III GG i. V. m. Art. 59 II 1 GG als Bundesgesetz. Die Grundnormen der GFK, zu denen wegen seiner Funktion im Schutzsystem der GFK auch die Norm des Art. 31 I GFK zu zählen ist, gelten darüber hinaus im Wege des Völkergewohnheitsrechts.⁹ 144 Staaten haben die GFK ratifiziert.¹⁰ Wie die UN-Charta und die beiden UN-Menschenrechtspakte stellt die GFK damit einen der großen World-Order-Treaties dar, die als Ausdruck völkerrechtlicher Konstitutionalisierungsprozesse gelten.¹¹ Die Verdopplung des Geltungsgrundes der Zentralsätze der GFK, die also im Wege des Völkervertragsrechtes und des Völkergewohnheitsrechtes Geltung beanspruchen können, ist im Völkerrecht nichts Ungewöhnliches.¹²

Das Pönalisierungsverbot des Art. 31 I GFK wird darum zunächst einmal auf zweierlei Weise in die deutsche Rechtsordnung transformiert: Als (erstens) Völkergewohnheitsrecht via Art. 25 GG und als (zweitens) Völkervertragsrecht via Art. 59 II 1 GG. Die europarechtliche Durchformung des Flüchtlingsrechtes bringt nun einen dritten Transformationsweg für das Pönalisierungsverbot mit sich: Im Anwendungsbereich des Unionsvertrages gilt das Pönalisierungsverbot des Art. 31 I GFK nicht nur im Wege der Transformation des Völkerrechts in die nationale Rechtsordnung, sondern als supranationales Europarecht mit Anwendungsvorrang vor dem deutschen Recht. Auch wenn die Anforderungen des Art. 31 I GFK bislang nicht über das Sekundärrecht umgesetzt worden sind,¹³ ist das Pönalisierungsverbot über das Primärrecht in das Unionsrecht via Art. 78 AEUV einbezogen. Die Norm verpflichtet die Union dazu, eine gemeinsame Politik im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz zu entwickeln, mit der jedem Drittstaatsangehörigen, der internationalen

Schutz benötigt, ein angemessener Status angeboten und die Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung gewährleistet werden soll. Während Art. 78 II AEUV die Kompetenz zum Aufbau eines gemeinsamen europäischen Asylsystems beinhaltet, hält Art. 78 I AEUV fest: »Diese Politik muss mit dem Genfer Abkommen vom 28.7.1951 und dem Protokoll vom 31.1.1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie den anderen einschlägigen Verträgen im Einklang

83

Fischer-Lescano/Horst: Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK. (ZAR 2011, 81)

stehen.« Auch Art. 18 der Europäischen Grundrechtecharta, die via Art. 6 EUV i. V. m. Art. 51 EUGrCh für die Organe und Einrichtungen der Union und für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union zur Anwendung kommt, verpflichtet auf die GFK: »Das Recht auf Asyl wird nach Maßgabe des Genfer Abkommens vom 28.7.1951 und des Protokolls vom 31.1.1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie gemäß dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft gewährleistet.« Das Gemeinsame Europäische Asylsystem muss insgesamt auf der umfassenden Anwendung der GFK beruhen.¹⁴ Das Sekundärrecht ist daran genauso zu messen wie die Umsetzungsakte der europäischen Mitgliedstaaten.¹⁵

Die EU hat von ihrer Kompetenz der Regelung des Grenzübertritts und zur Harmonisierung strafrechtlicher Regeln nach Art. 77 AEUV etwa durch den Schengener Grenzkodex umfassend Gebrauch gemacht.¹⁶ Die Bundesrepublik führt also, wenn sie Grenzschutzmaßnahmen und in diesem Kontext auch ihre Strafgewalt ausübt, das Recht der Europäischen Union i. S.d. Art. 51 EUGrCh aus. Damit liegen die Frage der Strafbarkeit des Grenzübertritts und der diesbezüglichen Begleitdelikte im Anwendungsbereich des Unionsrechts und somit der ins Unionsrecht transformierten Normen der GFK. Das Pönalisierungsverbot des Art. 31 I GFK gilt darum im deutschen Recht nicht nur als zu berücksichtigendes Völkergewohnheits- und Völkervertragsrecht, in dessen Lichte das nationale Recht gegebenenfalls methodisch auszulegen ist. Das Pönalisierungsverbot des Art. 31 I GFK partizipiert vielmehr am Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts. Entgegenstehendes nationales Recht darf im Konfliktfall nicht zur Anwendung kommen. Mit Recht kann man daher vom Europarecht als »Türöffner des Völkerrechts« sprechen.¹⁷

Art. 31 I GFK ist, um es zusammenzufassen, darum einerseits als Völkervertragsrecht und andererseits auch als Völkergewohnheitsrecht in der deutschen Rechtsordnung zu beachten. Wegen der unionsrechtlichen Durchformung auch des Grenzübertrittsregimes kommt der Norm aber auch Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht zu; ein Anwendungsvorrang, der sich sowohl auf die Deutung des § 95 AufenthG als auch auf die Behandlung von sogenannten Begleitdelikten nach den strafrechtlichen Normen des StGB erstreckt.

1.2. Auslegung nach der Wiener Vertragsrechtskonvention

Voraussetzung einer völker- und europarechtskonformen Anwendung des Pönalisierungsverbotes aus Art. 31 I GFK ist es, dass zunächst dessen Regelungsgehalt lege artis bestimmt wird.

In einer Entscheidung aus dem März 2010 hat das OLG München eine Interpretation des Art. 31 I GFK vorgenommen, die methodisch nicht vertretbar ist. Das Gericht schreibt: »Artikel 31 Abs. 1 soll lediglich die Pönalisierung des Grenzübertritts unterbinden, nicht aber staatliche Interessen gefährden oder gar die staatliche Souveränität beeinträchtigen. Die wahre Identität des Flüchtlings ist für den Aufnahmestaat von hohem Interesse. Ohne sie ist ihm die Prüfung, ob überhaupt die in Artikel 1 Genfer Flüchtlingskonvention beschriebene Verfolgungssituation bei dem Betroffenen vorliegt, unmöglich. Die wahre Identität kann in erster Linie nur durch echte Ausweispapiere nachgewiesen werden. Deshalb kann der Mitgliedstaat die durch Urkundenfälschung begangene Identitätsverschleierung durchaus zum Anlass nehmen, um sie zu bestrafen.«¹⁸

Die Ausführungen lassen eine Auslegung lege artis des völkerrechtlichen Rechtssatzes des Art. 31 I GFK vermissen. Es liegt in der Natur völkerrechtlicher Vereinbarungen, dass sie die Souveränität rechtlich binden und zwar soweit, wie die völkerrechtlich begründete Verbindlichkeit reicht. Der Hinweis des OLG München auf »staatliche Interessen«, »Souveränität« oder ein »hohes Interesse« an der Identitätsfeststellung enthebt das Gericht nicht von seiner verfassungs- und europarechtlich vermittelten Pflicht, den Umfang der völkerrechtlich begründeten Pflicht lege artis zu bestimmen. Der Staatsrätsonst verkennt, dass ein völkerrechtlicher Rechtssatz nicht nach nationalstaatlichen Auslegungskriterien zu interpretieren ist. Vielmehr unterliegt die Auslegung völkerrechtlicher Rechtssätze völkerrechtlichen Regeln.

Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge muss anhand der Auslegungsregeln, die in der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)¹⁹ niedergelegt worden sind, erfolgen. Nach deren Art. 31 WVK ist ein Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes zu interpretieren. Die Anwendung dieser Grundsätze folgt im Bereich der GFK zwei Besonderheiten. Erstens besteht zwischen Literatur,²⁰ Staatenpraxis,²¹ UNHCR²² und EXCOM²³ seit den 1990er Jahren einhelliger Konsens, dass die GFK als Instrument des subsidiären Menschenrechtsschutzes in Übereinstimmung mit internationalen Menschenrechtsverträgen ausgelegt werden muss. Dieser Ansatz hat durch die *Declaration of State Parties* von 2001 Anerkennung gefunden,²⁴ ist also gem. Art. 31 III a) WVK für die Vertragsstaaten der GFK bindend. Er stützt sich auf die Präambel, die betont, dass den

84

Fischer-Lescano/Horst: Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK. (ZAR 2011, 81)

Menschenrechten bei der Identifizierung und Behandlung von Flüchtlingen umfassend zu Geltung zu verhelfen ist.²⁵ Zweitens ist die dynamische Auslegung zu beachten. Hiernach sind Begriffswandlungen, die sich im Laufe der Zeit ergeben, ebenso wie Änderungen der völkerrechtlichen Rahmenbedingungen bei der Auslegung zu berücksichtigen.²⁶ Der EGMR²⁷ und der IGH²⁸ betonen die besondere Bedeutung dieses Grundsatzes für die Auslegung menschenrechtlicher Verträge. Von Staatenpraxis²⁹ und Literatur³⁰ wird dies konsequenterweise auch auf die Auslegung der GFK übertragen.

Das Pönalisierungsverbot des Art. 31 I GFK ist demnach im Lichte menschenrechtlicher Völkerrechtsregeln, der Staatenpraxis, die sich zu Art. 31 I GFK entwickelt hat, und sonstiger völkerrechtlicher Regeln auszulegen. Ein Interpretationsverfahren, das ohne Beachtung dieser Grundsätze lediglich Staatsrätson und »reibunglose Einreise« eines Flüchtlings gegeneinander abwägt, widerspricht den Anforderungen, die an eine Ausdeutung völkerrechtlicher Rechtssätze im Kontext der GFK zu stellen sind.

1.3. Die Bedeutung der Stellungnahmen des UNHCR

Im Hinblick auf die Auslegung des Art. 31 I GFK hat der UNHCR eine umfangreiche Stellungnahme abgegeben, in der der Telos der Norm zutreffend bestimmt wird: »Angesichts der Erfahrungen des 2. Weltkrieges war den Verfassern der GFK bewusst, dass es Personen, die vor politischer Verfolgung fliehen, häufig unmöglich ist, die Voraussetzungen für eine legale Einreise in ein schutzbietendes Land zu erfüllen. Da sich der Flüchtling in einer zumindest notstandsähnlichen Situation befindet, sollte nach Auffassung der Verfasser der GFK die Beachtung von

Rechtsvorschriften, die allein dem Schutz der territorialen Integrität des Aufenthaltsstaates dienen, unter bestimmten Voraussetzungen hinter den Schutz so wichtiger Rechtsgüter wie Leben, Leib und Freiheit des Flüchtlings zurücktreten.«³¹ Der UNHCR weist in seiner Stellungnahme die Leitlinien für eine sachgerechte Deutung der Norm.

Stellungnahmen des UNHCR stellen keine formelle Rechtsquelle des Völkerrechts dar. Fraglich ist, ob ihnen dennoch eine Orientierungsfunktion zukommt. Bei der Deutung der jeweiligen Völkerrechtsregeln haben Entscheidungen und Stellungnahmen internationaler Gerichte eine solche Leitwirkung.³² Das BVerfG hat wiederholt aus Art. 20 III GG eine verfassungsunmittelbare Pflicht der deutschen Staatsorgane abgeleitet, einschlägige Judikate der internationalen Gerichte zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen.³³ Inhaltlich bedeutet dies, dass die deutschen Gerichte die Pflicht haben, die einschlägigen Entscheidungen zu berücksichtigen und sich mit deren Ausführungen auseinanderzusetzen.³⁴ Die Berücksichtigung von Entscheidungen im Netzwerk globaler Entscheidungsinstanzen ist nicht nur verfassungsrechtlich geboten. Es entspricht auch der völkerrechtlichen Courtoisie der Rechtsforen, sich gegenseitig zu berücksichtigen.³⁵ Das BVerfG hat diese Pflicht in den Entscheidungen *Görgülü*³⁶ und *LaGrand/Avena*³⁷ für das Verhältnis deutscher Gerichte zu internationalen Foren operationalisiert.³⁸ Diese Pflicht zur Berücksichtigung gilt zunächst einmal für alle gerichtsförmig organisierten Organe, die in internationalen Verträgen mit Überwachungsfunktionen ausgestattet werden.³⁹

Da der UNHCR nicht gerichtsförmig organisiert ist und die GFK keine formelle Bindungswirkung der Stellungnahmen vorsieht, ist die Berücksichtigungspflicht, die im Rahmen gerichtlicher Überwachungsmechanismen entwickelt wurde, nicht unmittelbar auf die Stellungnahmen des UNHCR erstreckbar. Das bedeutet aber nicht, dass den Stellungnahmen des UNHCR im nationalen Recht keinerlei Orientierungswirkung zukommt und sich, wie vereinzelt von der deutschen Rechtsprechung angenommen wird,⁴⁰ der Wert der Stellungnahmen der UNHCR-Vertretung in ihrem Informationscharakter für die Organe der Vereinten Nationen erschöpfen würde.

Das würde die Funktion des UNHCR verkennen. Im Bereich des Flüchtlingsschutzes schreibt Art. 35 GFK, der dem UNHCR die Aufgabe überantwortet, »die Durchführung der Bestimmungen dieses Abkommens zu überwachen«, ein Kooperationsverhältnis zwischen dem UNHCR und den Staaten fest. Die Staaten verpflichten sich in Art. 35 I GFK »zur Zusammenarbeit mit dem Amt des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge oder jeder ihm etwa nachfolgenden anderen Stelle der Vereinten Nationen bei der Ausübung seiner Befugnisse«. In Art. 8 der Satzung des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge wird dies weiter ausbuchstabiert,⁴¹ indem der UNHCR beauftragt wird, für den Schutz der Flüchtlinge insbesondere auch dadurch zu sorgen, dass er »den Abschluss und die Ratifizierung von Internationalen Abkommen zum Schutz der Flüchtlinge fördert, ihre Ausführung überwacht und Verbesserungsvorschläge vorbringt«.

Dem UNHCR ist demnach als zentrale Aufgabe aufgetragen, an der Vereinheitlichung der Auslegung der GFK mitzuwirken und die Ausführung des Vertragswerkes zu überwachen. Während die Kompetenz des UNHCR zur authentischen Auslegung der

85

Fischer-Lescano/Horst: Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK. (ZAR 2011, 81)

GFK umstritten ist,⁴² ist aber zu betonen, dass die Stellungnahmen des UNHCR deshalb Orientierungsfunktion entwickeln, weil sie Stellungnahmen des vertraglich vorgesehenen Überwachungsorganes der GFK sind. Zu Recht wird in Anknüpfung an die vorgenannten Entscheidungen des BVerfGs in den Fällen *Görgülü*⁴³ und *La Grand/Avena*⁴⁴ die Auffassung vertreten, dass die Berücksichtigungspflicht auf die Entscheidungen internationaler Gerichte, deren Gerichtsbarkeit sich die Bundesrepublik Deutschland nicht unterworfen hat,⁴⁵ aber auch auf die völkerrechtlich unverbindlichen Mitteilungen nicht-gerichtlicher Streitbeilegungsinstanzen, wie z. B. dem Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte,⁴⁶ zu erstrecken ist. Denn der die Berücksichtigungspflicht auslösende Gesichtspunkt ist nicht die formelle Verbindlichkeit gerichtlicher Entscheidungen der internationalen Foren. Deren Entscheidungen haben regelmäßig formelle Verbindlichkeit nur inter partes. Das BVerfG anerkennt aber gerade eine über die formelle Bindung hinauswirkende Berücksichtigungspflicht, die maßgeblich damit begründet wird, dass die jeweiligen Instanzen völkerrechtlich zur Konkretisierung der jeweiligen vertraglichen Bestimmungen berufen sind. Darum ist insgesamt kein struktureller Grund dafür ersichtlich, die Rechtsauffassung von nicht-gerichtsförmigen Überwachungsorganen »anders zu behandeln als solche, die in völkerrechtlich verbindlichen Entscheidungen gegenüber anderen Vertragsparteien geäußert werden.«⁴⁷

Der verfassungsrechtlichen Berücksichtigungspflicht korrespondiert eine völker- und unionsrechtliche Verpflichtung der Staaten, mit dem UNHCR in Verhandlungen zu treten, sofern eine Abweichung von den Stellungnahmen des UNHCR beabsichtigt ist. Dies soll die einheitliche Anwendung der GFK gewährleisten.⁴⁸ Das Außerachtlassen einer Stellungnahme des UNHCR stellt einen Verstoß gegen die Kooperationspflicht aus Art. 35 GFK und damit auch gegen die unionsrechtlich gebotene Kooperationspflicht dar.

Dass Gerichten die Pflicht zukommt, Äußerungen des UNHCR gebührend Rechnung zu tragen, wird durch die gerichtliche Praxis einer Vielzahl von Staaten bestätigt.⁴⁹ So erkennen britische Gerichte an, dass das UNHCR Handbuch⁵⁰ eine wichtige Rechtserkenntnisquelle sei,⁵¹ mit »high persuasive authority [...] much relied on by domestic courts and tribunals.«⁵² Auf der gleichen Linie liegt der US Supreme Court in seiner Entscheidung *Cardoza Fonseca*.⁵³ Mit Blick auf EXCOM⁵⁴ Beschlüsse stellt z. B. die New Zealand Refugee Status Appeals Authority fest, dass diesen »considerable persuasive authority« zukomme.⁵⁵ Schließlich hat das Verwaltungsgericht Den Haag (rechtbanken Den Haag) die Bedeutung einer UNHCR Stellungnahme für die gerichtliche Entscheidung herausgestellt.⁵⁶

Auch das Bundesverfassungsgericht erkennt die Bedeutung von Stellungnahmen des UNHCR für die gerichtliche Entscheidung an.⁵⁷ Hiernach sind die Stellungnahmen des UNHCR als eine beachtliche Rechtsauffassung zur Auslegung der GFK heranzuziehen. Sollte diese im Widerspruch zur bisherigen Rechtsauslegung durch die obergerichtliche Rechtsprechung stehen und keine höchstrichterliche Entscheidung zu diesem Sachverhalt vorliegen, indiziert dies die Klärungsbedürftigkeit der Rechtsfrage.⁵⁸ Im Ergebnis bedeutet auch dies, dass Abweichungen von einer Stellungnahme des UNHCR nicht ohne gute Gründe erfolgen dürfen.⁵⁹

2. Auslegung des Art. 31 I GFK

Wendet man die o.g. Grundsätze der Auslegung völkerrechtlicher Rechtssätze im vorliegenden Kontext an, erweisen sich eine Reihe von Deutungen, die deutsche Gerichte Art. 31 I GFK gegeben haben, als unhaltbar.

2.1. Der persönliche Anwendungsbereich des Art. 31 I GFK

Das betrifft zunächst den Umfang des persönlichen Anwendungsbereichs des Art. 31 I GFK.

Im Rahmen der GFK hat die Anerkennung als Flüchtling lediglich deklaratorischen Charakter. Daraus folgt, dass für die Anwendung des Art. 31 I GFK eine schutzsuchende Person so lange vorläufig als Flüchtling anzuerkennen und rechtlich als Flüchtling zu behandeln ist, wie die jeweilige Rechtsstellung als Flüchtling nicht endgültig abgelehnt wurde. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht die Vorwirkung des Flüchtlingsrechtes in seiner Rechtfertigungswirkung.⁶⁰ Selbst wenn bereits ein Asylverfahren negativ abgeschlossen wurde, gilt die Person bis zur Entscheidung über einen Folgeantrag als Flüchtling. Die Grenze dieses materiellen Flüchtlingsbegriffs liegt dort, wo eine offensichtlich

missbräuchliche Antragstellung vorliegt. Selbst Flüchtlinge, deren Schutzantrag letztlich abgelehnt wird, sind darum für die Dauer des Verfahrens als Flüchtlinge i. S.d. Art. 31 I GFK zu behandeln. Sofern sie keinen evident rechtsmissbräuchlichen Schutzantrag gestellt haben, fallen sie in den Schutzbereich des Art. 31 I GFK. Auch für sie gilt die Pönalisierungsbefreiung. Denn da der Ausgang des Verfahrens in der Regel für den Flüchtling nicht vorhersehbar ist, würde andernfalls auch der im guten Glauben handelnde Flüchtling für eine Tat bestraft, deren Strafbarkeit im Zeitpunkt der Tat für ihn nicht erkennbar ist. Schließlich kann auch eine Ablehnung des Schutzgesuchs allein aus formalen Gründen nicht dazu führen, dass Art. 31 I GFK unanwendbar wäre. Der Flüchtlingsbegriff umfasst vielmehr auch

86

Fischer-Lescano/Horst: Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK. (ZAR 2011, 81)

Personen, deren Antrag lediglich aus formalen Gründen abgelehnt wird.⁶¹ Entscheidend für die Anwendung des Art. 31 I GFK ist, dass Schutzsuchende die Bundesrepublik aufsuchen und sich in ein Verfahren zur Prüfung ihrer Flüchtlingsrechte begeben. Anknüpfungspunkt für den Schutzbereich der Norm ist der Territorialkontakt. Daher ist es für die Entfaltung der pönalisierungsbefreienden Wirkung irrelevant, ob eine Zurückschiebungssituation (§ 18 III AsylVfG), eine Zurückweisungssituation (§ 15 AufenthG) oder eine Situation rechtmäßiger Einreiseverweigerung (§ 15 II AsylVfG) vorliegt. Die pönalisierungsbefreiende Wirkung des Art. 31 I GFK kommt unabhängig von nationalen Einschränkungen des Territorialzugangs und nationalen Kategorisierungen des jeweiligen Aufenthaltsraumes (»grenznahen Raum« - § 18 III AsylVfG; Transitbereich eines Flughafens - § 18 a Asyl-VerfG; § 15 VI AufenthG) zur Anwendung. Der entscheidende Anknüpfungspunkt für die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 31 I GFK liegt im Betreten des Territoriums, um Schutz zu suchen. Das ist selbst beim Flughafenverfahren der Fall, auch wenn ein rechtlicher Raum vor der »Einreise« geschaffen wurde. Art. 31 I GFK geht vom tatsächlichen Betreten aus, nicht von einer »Einreise im Rechtssinn«. Für Taten, die in einen Zeitraum fallen, zu dem eine wirksame Ablehnung des nicht evident rechtsmissbräuchlichen Schutzgesuchs nicht vorlag, können sich die Schutzsuchenden auf das Pönalisierungsverbot des Art. 31 I GFK berufen.⁶³

Ein evident rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt darum keinesfalls bereits dann vor, wenn ein Antrag auf Flüchtlingsschutz offensichtlich unbegründet ist, sondern bedarf eines zielgerichteten mißbräuchlichen Handelns. Diese Auslegung fügt sich auch in die Systematik des deutschen Rechts. So normiert § 95 VI AufenthG für den Tatbestand der illegalen Einreise aus § 95 I Nr. 3 AufenthG einen Rechtsmissbrauchstatbestand, der an § 330 d Nr. 5 StGB angelehnt ist.⁶⁴ Selbst für die Fälle des Absatz 6 des § 95 AufenthG bleibt aber Art. 31 I GFK anwendbar. Das ergibt sich aus den Inkorporationsnormen der Art. 59 II 1 GG, Art. 25 GG und Art. 23 GG, wie sie bereits als Formen der Einbeziehung der GFK ins deutsche Recht skizziert wurden. Das folgt aber auch der einfachgesetzlichen Anordnung in Absatz 5 des § 95 AufenthG. Aus systematischen Gründen wäre es deshalb widersprüchlich, wenn ein die Anwendbarkeit von Art. 31 I GFK ausschließender ungeschriebener Rechtsmissbrauchstatbestand anderen Regeln folgte als dies für den normierten Missbrauchstatbestand aus § 95 VI AufenthG der Fall ist. Deshalb kommt die Unanwendbarkeit des Art. 31 I GFK wegen Rechtsmissbrauchs nur dann in Frage, wenn ein Fall der Drohung, Bestechung oder Kollusion vorliegt oder im Asylverfahren selbst unrichtige und unvollständige Angaben gemacht wurden. Der Rechtsmissbrauchstatbestand setzt insofern ein zielgerichtetes Handeln, also dolus directus 1. Grades, voraus,⁶⁵ der im Einzelfall dem Asylsuchenden nachzuweisen ist.

Einige deutsche Gerichte sind in der Vergangenheit davon ausgegangen, dass eine Berufung auf Art. 31 I GFK ausgeschlossen sei, wenn sich Flüchtlinge bei der Einreise illegal operierender Schleuser bedienen.⁶⁶ So sei Art. 31 I GFK für den »Normalfall« des Asylsuchenden geschaffen, der zwar ohne die an sich erforderlichen Einreisepapiere, aber ansonsten unter Achtung der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland einreist. Es liege aber nicht im Schutzbereich der Norm des Völkerrechts, kriminellen Tun Vorschub zu leisten, das gerade auf die Umgehung der zuständigen Behörden und Missachtung der in Art. 31 I GFK getroffenen Verfahrensweise angelegt sei.⁶⁷ Diese Rechtsauffassung stellt die Strafbarkeit von Flüchtlingen in ein akzessorisches Verhältnis zum Tun etwaiger Fluchthelfer.

Diese restriktiven Lesarten widersprechen zunächst einmal dem Telos des Art. 31 I GFK. Die Norm soll fluchtermöglichend wirken. Zu Recht zeigt die Staatenpraxis,⁶⁸ dass sich darum der pönalisierungsbefreiende Effekt des Art. 31 I GFK unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Verhaltens von Fluchthelfern entfalten können muss. Für diese Lesart spricht auch ein völkerrechtssystematisches Argument: Die Arbeiten der Vereinten Nationen zur verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Bekämpfung von Schlepperkriminalität und illegaler Einreise sehen ausdrücklich vor, dass die Bekämpfung von Schlepperkriminalität den Schutz der Flüchtlinge durch die GFK nicht beeinträchtigen soll.⁶⁹ Das findet seine Entsprechung in europarechtlichen Regelungen. So führt Art. 6 des EU-Rahmenbeschlusses betreffend der Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens für die Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt vom 28.11.2002⁷⁰ aus, dass der Beschluss und seine Pönalisierungsvorgaben »unbeschadet des Schutzes (gelten), der Flüchtlingen und Asylbewerbern nach dem internationalen Flüchtlingsrecht und anderen internationalen Menschenrechtsübereinkommen zu gewähren ist, insbesondere unbeschadet der Einhaltung der internationalen Verpflichtungen, die die Mitgliedstaaten nach den Artikeln 31 und 33 des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge in der durch das New Yorker Protokoll von 1967 geänderten Fassung eingegangen sind«. Dieses im Wege teleologischer und systematischer Auslegung gefundene Ergebnis wird auch durch die Genese der Norm bestätigt. Schon im Zuge der Erarbeitung der GFK war das Problem, dass Flüchtlinge regelmäßig auf Fluchthilfe Dritter angewiesen sind, bekannt. Aus der Diskussion im Rahmen der Verhandlungen um die GFK wird deutlich, dass die Verfasser der GFK den Anwendungsbereich der Vorschrift nicht auf die illegale Einreise beschränken wollten, die ohne fremde Hilfe erfolgte; gerade auch weil eine Einreise ohne die Mithilfe von Schleusern vielfach unmöglich ist.⁷¹ Für diese Auffassung spricht zudem der Vergleich zur Rechtsfrage der Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft. Auch hier spielt das Verhalten etwaiger Fluchthelfer keine Rolle. Die Berufung auf den Schutzbereich der GFK wird demnach grundsätzlich unabhängig vom Verhalten Dritter bestimmt. Es erscheint deshalb umso mehr zweifelhaft, nunmehr im Rahmen der illegalen Einreise das Verhalten Dritter zu berücksichtigen.

87

Fischer-Lescano/Horst: Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK. (ZAR 2011, 81)

Eine teleologische, systematische und historische Auslegung des Art. 31 I GFK führt also dazu, dass der persönliche Schutzbereich des Art. 31 I GFK unabhängig von einem staatlichen Anerkennungsakt als Flüchtling und unabhängig von der rechtlichen Bewertung des Verhaltens etwaiger Fluchthelfer ist. Das ist auch das Ergebnis der UNHCR-Stellungnahme zu den Fragen des Art. 31 I GFK.⁷² Es gibt keine Rechtfertigung hiervon abzuweichen. Die Strafbefreiung von Flüchtlingen in ein akzessorisches Verhältnis zum Tun etwaiger Fluchthelfer zu stellen, widerspricht Art. 31 I GFK.

2.2. Der sachliche Anwendungsbereich des Art. 31 I GFK

Umstritten bei der Ausdeutung des Pönalisierungsverbotes nach Art. 31 I GFK ist sodann die Frage, ob sich der Anwendungsbereich von Art. 31 I GFK nur auf den Tatbestand der illegalen Einreise und des illegalen Aufenthaltes erstreckt oder ob dieser auch andere Delikte, die im Zusammenhang mit der illegalen Einreise begangen werden, umfasst, mithin weit auszulegen ist. Deutsche Gerichte beantworten diese Frage

uneinheitlich. Das AG Frankfurt und das AG München haben beispielsweise entschieden, dass Art. 31 I GFK auch auf den Tatbestand des § 267 StGB Anwendung finde.⁷³ Auch das OLG Frankfurt liegt auf dieser Linie.⁷⁴ Das OLG München geht hingegen davon aus, dass Art. 31 I GFK nicht auch auf Urkundenfälschungen im Zusammenhang mit dem Grenzübertritt anwendbar sei.⁷⁵ Auch die Literatur liefert insofern kein einheitliches Bild. Einige Autoren wollen die Anwendung von Art. 31 I GFK auf den Tatbestand der illegalen Einreise beschränken.⁷⁶ Verschiedene Stimmen votieren hingegen für eine weite Auslegung des Art. 31 I GFK und befürworten eine Anwendung auch auf die Verwendung falscher Ausweispapiere.⁷⁷

Eine Auslegung, die den allgemeinen Anforderungen für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge gemäß Art. 31 WVK folgt und den besonderen Auslegungsanforderungen der GFK Rechnung trägt, spricht hier für eine Interpretation der Vorschrift, die die pönalisierungsbefreiende Wirkung weit fasst. Der Wortlaut der Norm in seiner gewöhnlichen Bedeutung, der auch im Rahmen von Art. 31 WVK den Ausgangspunkt für die Auslegung bildet, spricht nicht gegen eine weite Auslegung. Denn sowohl die englische als auch die französische Sprachfassung der GFK, welche gemäß Art. 46 GFK die einzig verbindlichen Fassungen darstellen, schließen gerade nicht aus, dass Art. 31 I GFK auch auf typische Begleitdelikte Anwendung findet. Sinn und Zweck der Norm sprechen zudem für eine Auslegung, nach welcher sich die pönalisierungsbefreiende Wirkung auch auf typische Begleitdelikte der illegalen Einreise erstreckt.⁷⁸ Denn die Norm dient der Effektivierung des menschen- und flüchtlingsrechtlich gebotenen Schutzes von Flüchtlingen. Sie zieht eine rechtliche Lehre aus der Tatsache, dass die Offenbarung der wahren Identität des Flüchtlings eine Flucht und das Erreichen eines sicheren Ortes unmöglich machen kann. Der Gebrauch von unechten Urkunden ist in diesem Zusammenhang dann häufig unvermeidlich. Die Urkundennutzung und der illegale Grenzübertritt bilden in solchen Konstellationen Teile eines einheitlichen Lebenssachverhaltes der Flüchtlingseinreise, der nach dem deutschen Strafrecht rechtlich Teil 'einer Handlung' ist. Ein rechtliches Auseinanderreißen dieses einheitlichen Lebenssachverhaltes ist dann dysfunktional. Es würde durch die Bestrafung des Begleitdelikts die pönalisierungsbefreiende Wirkung, die Art. 31 I GFK der Tat zu geben intendiert, untergraben. Die Pönalisierungsbefreiung, so entspricht es dem Normzweck, ergibt nur Sinn, wenn der gesamte Lebenssachverhalt umfasst wird.

Zudem ergibt eine rechtsvergleichende Analyse der Gesetze und der Praxis der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu Art. 31 I GFK, dass die Mitgliedstaaten Flüchtlinge in der Regel nicht wegen Urkundendelikten, die im Zusammenhang mit der Einreise begangen wurden, bestrafen.⁷⁹ In den Niederlanden hat die pönalisierungsbefreiende Wirkung für Begleitdelikte zuletzt der Hoge Raad klar gestellt.⁸⁰ In Großbritannien gab es im Rahmen der *Adimi*-Entscheidung eine besonders intensive Auseinandersetzung um die Bedeutung von Art. 31 I GFK. Auch hier legt der High Court Art. 31 I GFK so aus, dass Straftaten wie die Urkundenfälschung unter den Anwendungsbereich der Pönalisierungsbefreiung fallen,⁸¹ was mittlerweile auch zu entsprechenden legislativen Änderungen⁸² geführt hat.⁸³ Für die Vereinigten Staaten ergibt sich die Bindung an die GFK, die sie nicht ratifiziert haben, indirekt über Art. 1 I des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1967. Die Rechtsprechung erkennt folgerichtig an, dass die GFK dem Staat Pflichten für den Umgang mit Flüchtlingen auferlegt.⁸⁴ Im Fall *Malenge* hatte sich der 2nd Circuit Court of Appeals mit der Frage auseinandersetzen, ob Art. 31 I GFK auch auf die Bestrafung wegen der Verwendung falscher Ausweispapiere Anwendung findet.⁸⁵ Trotz der Probleme, die sich hinsichtlich der self-executiveness stellen,⁸⁶ hält der Court of Appeals resümierend fest: »In short, we agree with appellant that this prosecution is fundamentally inconsistent with the policies and obligations of the federal government with regard to the treatment of refugees. [...] We do not take lightly the fact that *Malenge* tried to enter the country by presenting false identification and lying to border officers. But we also recognize that some refugees, particularly those fleeing political violence, harbor a natural distrust of government officials. Many of these refugees are likely to receive misinformation, from smugglers and others, about the appropriate way to seek refuge in this country. There is surely a more appropriate way to handle such cases, and to deter such conduct, short of criminal prosecution.«⁸⁷

Eine völkerrechtliche Auslegung, die sich von Wortlaut und Telos der Norm leiten lässt sowie auch die Staatenpraxis einbezieht, gebietet es also, dass sich die pönalisierungsbefreiende Wirkung des Art. 31 I GFK auch auf Begleitdelikte bezieht. Dem Gesichtspunkt, dass die Kenntnis der Identität des Flüchtlings Voraussetzung für die Prüfung der Verfolgungssituation ist, wird dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass Art. 31 I GFK verlangt, dass der Flüchtling sich »unverzüglich« bei den Behörden meldet und die Umstände offenlegt. Die Identitätstäuschung darf daher, um nach Art. 31 I GFK pönalisierungsbefreit

88

Fischer-Lescano/Horst: Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK. (ZAR 2011, 81)

zu sein, nicht im behördlichen Verfahren aufrechterhalten werden.⁸⁸

2.3. Das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Einreise

Auch bei dem dritten Fragenkomplex in Bezug auf die Anwendung des Art. 31 I GFK, der Frage der »unmittelbaren« Einreise des Flüchtlings aus einem Gebiet, in dem er von Verfolgung bedroht ist, bieten Rechtsprechung und Literatur in Deutschland ein uneinheitliches Bild. Problematisch sind dabei Situationen der Einreise über Drittstaaten. Teilweise wird insofern vertreten, dass schon die bloße Durchreise in einem verschlossenen LKW durch einen sicheren Drittstaat eine Berufung auf Art. 31 I GFK ausschließe.⁸⁹

Zur Begründung für eine derart enge Auslegung führen Teile des Schrifttums und der Rechtsprechung in Deutschland an, dass die Auslegung von Art. 31 I GFK parallel zum Asylgrundrecht aus Art. 16 a I GG erfolgen müsse.⁹⁰ Denn in Art. 16 a II GG ist festgelegt, dass ein Flüchtling sich nicht auf das Asylgrundrecht aus Absatz 1 berufen kann, sofern er durch einen sicheren Drittstaat einreist. Diese Auslegung ist jedoch schon aus dogmatischen Gründen zurückzuweisen. Art. 31 I GFK ist eine Norm aus einem völkerrechtlichen Vertrag. Keinesfalls folgt sein Anwendungsbereich dem Inhalt eines Grundrechts aus dem deutschen Verfassungsrecht.⁹¹ Der Inhalt beider Normen bestimmt sich unabhängig voneinander nach den jeweils für sie geltenden Auslegungsregeln. Dass Art. 16 a I GG möglicherweise keine Anwendung findet, wenn ein Transit durch einen sicheren Drittstaat vorliegt, führt daher nicht dazu, dass in solchen Fällen der Anwendungsbereich von Art. 31 I GFK ebenfalls ausgeschlossen ist.⁹²

Es gilt vielmehr, den genauen Gehalt des Unmittelbarkeitskriteriums aus Art. 31 I GFK selbst anhand der einschlägigen völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze zu bestimmen. Art. 31 I GFK spricht von Personen, die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, in dem ihr Leben oder ihre Freiheit im Sinne von Art. 1 bedroht waren. In der verbindlichen englischen Fassung heißt es »...coming directly«. Der Sinngehalt dieses Wortlautes ist im Lichte des bereits zuvor erwähnten Sinns und Zwecks der Norm zu ermitteln. Hierbei ist besonders der Effektivierungsgedanke in Erinnerung zu rufen. Art. 31 I GFK soll fluchtermöglichend wirken und trägt der Tatsache Rechnung, dass für Flüchtlinge die illegale Flucht häufig die einzige Möglichkeit darstellt, sich vor Verfolgung in Sicherheit zu bringen.⁹³ Die illegale Einreise soll gleichwohl nicht unbeschränkt gewährt werden. Davon zeugt das Kriterium der Unmittelbarkeit der Einreise. Denn dies bezweckt zweifellos eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 31 I GFK. Vor diesem Hintergrund wird der Bedeutungsgehalt des Unmittelbarkeitskriteriums regelmäßig dahingehend ausgelegt, dass Art. 31 I GFK dann keine Anwendung findet, wenn ein Flüchtling bereits eine hinreichend sichere Position vor den ihm drohenden Verfolgungen erlangt hat.⁹⁴ In diesen Fällen hat sich der Schutzgedanke von Art. 31 I GFK nämlich schon erschöpft. Allerdings bedarf die Frage, wann sich der Schutzgedanke des Art. 31 I GFK erschöpft hat, wann also eine

hinreichend sichere Position des Verfolgten vorliegt, weiterer Präzisierung. Insofern liefern aber weder der Wortlaut noch allein teleologische Gesichtspunkte eine hinreichende Basis für die Auslegung.

Hier führt jedoch ein Blick in die travaux préparatoires weiter.⁹⁵ Gemäß Art. 32 WVK kann in Fällen, in denen die Auslegungsregeln des Art. 31 WVK kein eindeutiges Ergebnis hervorbringen, die Bedeutung also mehrdeutig bleibt, im Zuge der Auslegung ergänzend auf die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsschlusses zurückgegriffen werden.⁹⁶ Hierunter fallen auch die jeweiligen travaux préparatoires.⁹⁷ Aus den travaux préparatoires zu Art. 31 I GFK⁹⁸ wird deutlich, dass die Parteien mit der Aufnahme der Formulierung coming directly vor allem ein Problem verhindern wollten: Einem Flüchtling sollte nicht, nachdem er sich temporär in einem Aufnahmestaat niedergelassen hatte, das Recht zustehen, aus persönlichen, wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen auch noch nach Jahr und Tag in einen anderen Staat weiterzureisen.⁹⁹ Hinter diesen Überlegungen steht nach den Worten der französischen Delegation die Überzeugung, dass die Anwendung von Art. 31 I GFK für Grenzübertritte ausgeschlossen sein solle, in welchen der Flüchtling sich zuvor in einem anderen sicheren Drittstaat bereits zeitweilig niedergelassen hatte (temporarily settled).¹⁰⁰ Das Unmittelbarkeitskriterium sollte demnach verhindern, dass Art. 31 I GFK zu einem dauerhaften Recht auf unbeschränkte Immigration ausuferet.¹⁰¹ Eine Person, die im Jahre 1914 Flüchtling geworden sei, solle nicht – so illustriert der englische Delegierte das Problem – im Jahre 1950 die Möglichkeit haben, in einen Drittstaat weiterzureisen.¹⁰² Allerdings war ebenso anerkannt, dass die Aufnahme der Worte coming directly in den Vertragstext nicht ausschließen sollte, dass ein Flüchtling auf seiner Flucht einen anderen Drittstaat durchquert.¹⁰³ Der damalige Hochkommissar stellte zudem heraus, dass auch eine Flucht in mehreren Etappen, mit einigen Tagen Aufenthalt in mehreren Transitstaaten, dem Anwendungsbereich des Art. 31 I GFK unterfalle.¹⁰⁴ Zudem solle es dem Flüchtling nicht verwehrt werden, in ein Zielland weiterzureisen, welches seinem Fluchtbegehren offener gegenüber stehe.¹⁰⁵

89

Fischer-Lescano/Horst: Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK. (ZAR 2011, 81)

Das Schrifttum, welches sich mit den travaux auseinandersetzt, folgt ganz überwiegend dieser Deutung und kommt folgerichtig zu dem Schluss, dass der bloße Transit durch einen Drittstaat die Anwendbarkeit von Art. 31 I GFK nicht ausschließt.¹⁰⁶ Zudem definiert auch der UNHCR den Begriff coming directly dergestalt, dass ein Transit durch einen sicheren Drittstaat nicht ausgeschlossen ist.¹⁰⁷ Hierbei könne auch nicht auf feste Zeitlimits abgestellt werden, sondern es seien die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.¹⁰⁸ Diese Deutung der travaux wird auch von britischen Gerichtsentscheidungen aufgegriffen, die sich besonders intensiv mit der Frage der Reichweite von Art. 31 I GFK auseinander gesetzt haben. Sie halten Art. 31 I GFK deshalb überwiegend auch bei einem Transit durch einen sicheren Drittstaat bzw. selbst bei einem zeitweiligen Aufenthalt in einem sicheren Drittstaat für anwendbar.¹⁰⁹ Die Berücksichtigung der travaux für die genauere Ausdeutung insbesondere des Zwecks des Unmittelbarkeitskriteriums findet demnach einhellige Anerkennung und es besteht zumindest weitgehend Einigkeit hinsichtlich ihrer inhaltlichen Aussagekraft.

Demnach belegen die travaux, dass die Durchquerung von Transitstaaten den Anwendungsbereich von Art. 31 I GFK nicht automatisch ausschließt. Der Zweck des Unmittelbarkeitskriteriums liegt vielmehr ausweislich der travaux darin, den Anwendungsbereich von Art. 31 I GFK in Fällen auszuschließen, in denen der Aufenthalt eines Flüchtlings in einem Drittstaat bereits den Charakter des temporary settlement erreicht hat. Denn in diesen Fällen hat sich die fluchtermöglichende Schutzwirkung von Art. 31 I GFK bereits erschöpft. Wann ein temporary settlement vorliegt, d. h. der Aufenthalt des Flüchtlings in einem Transitstaat nicht mehr den Charakter einer ununterbrochenen Fluchtbewegung aufweist, ist nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls möglich. Dabei kann nicht auf zeitliche Automatismen abgestellt werden. Denn es soll nicht verhindert werden, dass sich die Flucht in mehreren Etappen, jeweils mit temporärem Aufenthalt im Transitstaat, vollzieht. Ebenso wenig soll es ausweislich der travaux allein darauf ankommen, dass der Flüchtling (abstrakt) die Möglichkeit hat, in einem Transitstaat Asyl beantragen zu können, da das Unmittelbarkeitskriterium dem Flüchtling nicht die Möglichkeit rauben will, als Zielland einen Staat zu erwählen, von dem er sich eine positive Bescheidung seines Antrags erhofft.

Die völkerrechtliche Ausdeutung des Unmittelbarkeitskriteriums aus Art. 31 I GFK unter Berücksichtigung der travaux zeigt demnach, dass der reine Transit und auch ein mehrtägiger Aufenthalt in einem Transitstaat die Anwendung von Art. 31 I GFK nicht verhindert. Erst wenn der Aufenthalt im Transitstaat den Charakter des zeitweiligen Niederlassens (temporary settlement) aufweist, d. h. wenn keine ununterbrochene Fluchtbewegung mehr vorliegt, hat sich der Anwendungsbereich von Art. 31 I GFK erschöpft. Dies ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu überprüfen, setzt aber ein Mindestmaß an Verfestigung des Aufenthaltes voraus.

3. Rechtsfolge des Art. 31 I GFK

Im Hinblick auf die Rechtsfolge der Anwendung des Art. 31 I GFK sind drei Ebenen zu unterscheiden: Die erste Ebene betrifft die Legalisierung des Aufenthalt selbst, die zweite Ebene betrifft denkbare Rechtfertigungsmöglichkeiten im Rahmen der Strafbarkeit einer illegalen Einreise, die dritte nachgelagerte Ebene ist die der Strafaufhebung.

Für die Pönalisierungsbefreiung bleibt kein Anwendungsraum im Hinblick auf die Strafbarkeit wegen illegaler Einreise, wenn die Normen des Flüchtlingsrechtsschutzes bereits die Legalisierung der Einreise bewirken. Das ist der Fall, sofern das BVerfG aus dem GG als »Vorwirkung des Asylrechts«¹¹⁰ für die Flüchtlinge ein mit dem Antrag auf Anerkennung gesetzlich verbundenes vorläufiges Bleiberecht ableitet.¹¹¹ Auch nur möglicherweise politisch Verfolgte sollen einstweilen vor der behaupteten Verfolgung geschützt werden und sich zu dem Zweck der Antragsprüfung vorläufig im Bundesgebiet aufhalten dürfen.¹¹² Die herrschende Meinung hat diese »Vorwirkung« des Asylrechts bislang auf das GG gestützt. Für die Flüchtlingsrechte der GFK solle die Legalisierungswirkung nicht gelten.¹¹³ Unter der Ägide des Lissabonvertrages und des Anwendungsvorrangs der in das Unionsrecht inkorporierten Normen der GFK ist diese Differenzierung aber nicht durchhaltbar. Das europäische Flüchtlingsrecht ist im Vergleich zum nationalen Asylrecht kein Flüchtlingsrecht zweiter Klasse, sondern muss effektiv ins nationale Recht eingepasst werden; die systematische Differenz ist mit der systematischen Stellung der Normen nicht vereinbar, zumal beide den gleichen Schutzzweck haben: Schutzsuchende bis zu einer unanfechtbaren Entscheidung über ihre Flüchtlingseigenschaft nicht mit dem Makel der Illegalität von Einreise und Aufenthalt zu belegen.¹¹⁴ Wer also unter Berufung auf den Flüchtlingschutz unmittelbar nach Deutschland reist, ohne die allgemeinen Einreisevorschriften beachtet zu haben, reist daher nicht illegal ein, sondern unter Inanspruchnahme eines europäischen Flüchtlingsrechts, das es verbietet, die Einreise als illegal oder unerlaubt zu kategorisieren.¹¹⁵ Die Wirkung des Flüchtlingsrechtsschutzes tritt hier also nicht erst im Rahmen der Strafbarkeit, sondern bereits aufenthaltsrechtlich ein.

Sofern diese aufenthaltslegalisierende Vorwirkung des Asyl- und Flüchtlingsgrundrechts aufgrund von Drittstaatenregelungen und anderen nationalrechtlichen Gründen ausgeschlossen wird und sofern es um die etwaige Strafbarkeit von Begleitdelikten geht, entfaltet Art. 31 I GFK seine Wirkung. Das Pönalisierungsverbot verbietet dann die strafrechtliche Ahndung aufenthaltsrechtlich rechtswidriger Handlungen bzw. strafatbestandsförmiger Handlungen. Die EU-Mitgliedstaaten müssen das Pönalisierungsverbot wegen des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs, den die Norm genießt, nötigenfalls auch gegen entgegenstehendes nationales Recht implementieren. Das Pönalisierungsverbot muss effektiv im nationalen Recht zur Geltung gebracht werden: Bei unmittelbarer Einreise – selbst wenn diese via sichere Drittstaaten erfolgt – scheidet eine Strafbarkeit auch im Hinblick auf die Begleitdelikte aus.

Systematisch wenden die Gerichte Art. 31 I GFK im nationalen Recht regelmäßig als Strafaufhebungsgrund an.¹¹⁶ Dem Telos der Norm entspricht es aber, dass die Norm als Rechtfertigungsgrund verstanden wird, weil die Flüchtlinge sich in einer flucht-spezifischen Notstandssituation befinden. Folglich sollte Art. 31 I GFK als völkerrechtlich indizierter Rechtfertigungsgrund Anwendung finden, dessen Rechtfertigungswirkung sich auf das Einreisedelikt und etwaige Begleitdelikte erstreckt.

4. Fazit

Deutschen Staatsorganen ist es aus europa- und völkerrechtlichen Gründen verwehrt, das Pönalisierungsverbot des Art. 31 I GFK zu unterlaufen. Es widerspricht dem Geist dieser Norm, wenn im Rahmen von Grenzschutzmaßnahmen Flüchtlingseinreisen generell und ohne Ansehung des Einzelfalls nach § 95 AufenthG und wegen angeblicher Begleitdelikte zur Anzeige gebracht werden. Eine solchermaßen schematische Anzeigepraxis untergräbt nicht nur die legalisierenden Vorwirkungen des Flüchtlingsrechts, sondern hat auch stigmatisierende Folgewirkungen, birgt Kostenrisiken für Flüchtlinge und widerspricht Art. 31 I GFK.¹¹⁷ Eine solche Form der Anzeigenerstattung gegen Flüchtlinge ist auch vor dem Hintergrund des § 164 I StGB problematisch. Denn die Norm verbietet falsche Verdächtigungen, was Anzeigen ins Blaue hinein unter Strafe stellt¹¹⁸ und dazu verpflichtet, auch entlastende Umstände – ein solcher ist eine Berufung des/der Einreisenden auf den Flüchtlingsschutz – mitzuteilen, um nicht eine »objektiv falsche« Verdächtigung vorzubringen.¹¹⁹ In jedem Fall sind bei Unklarheiten über die Beweggründe der Einreise oder des Aufenthalts Strafverfahren solange auszusetzen, bis rechtskräftig über den Flüchtlingsantrag entschieden wurde.

Insgesamt ist im Hinblick auf die Normen der GFK eine Auslegung geboten, die diejenigen individuellen Schutzrechte effektuiert, die ihren Ausdruck in der ius cogens-Norm des Non-Refoulement und dem komplementären Pönalisierungsverbot des Art. 31 I GFK finden. Danach muss das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK unabhängig davon zur Anwendung kommen, ob eine Person bereits als Flüchtling anerkannt wurde. Der persönliche Schutzbereich der Norm ist auch dann eröffnet, wenn sich etwaige Fluchthelfer strafbar verhalten haben, denn der pönalisierungsbefreiende Effekt des Art. 31 I GFK darf nicht abhängig vom Verhalten Dritter gemacht werden (hierzu oben 2.1.). Das Pönalisierungsverbot des Art. 31 I GFK bezieht sich nicht lediglich auf die Einreise selbst, sondern auch auf ggf. begangene Begleitdelikte (2.2.). Schließlich gebietet Art. 31 I GFK eine Strafbefreiung auch dann, wenn die Einreise über sichere Drittstaaten erfolgt ist, sofern die Drittstaaten nur als Transitstaaten betreten wurden und kein gefestigter Aufenthalt begründet worden ist (2.3.). Da Art. 31 I GFK den Hintergrund darin findet, dass sich die Flüchtlinge in einer fluchtbedingten Notlage befinden, ist die Norm strafrechtssystematisch als fluchtspezifische Notstandsnorm zu verstehen und damit als Rechtfertigungs- und nicht als Strafaufhebungsgrund zu berücksichtigen (hierzu 3.).

Diese am Telos des effektiven Flüchtlingsschutzes orientierte Interpretation ist im deutschen Recht nicht nur deshalb anzuwenden, weil die Normen der GFK die deutschen Staatsorgane als ins nationale Recht transformierte Völkerrechtssätze binden, sondern auch deshalb, weil Art. 31 I GFK in das Recht der EU transformiert ist und die daraus resultierenden Verbindlichkeiten mit Anwendungsvorrang vor nationalem Recht versehen sind. Deutungen, die die Reichweite des Pönalisierungsverbotes des Art. 31 I GFK nicht am Gebot effektiven Flüchtlingsschutzes ausrichten, bringen die deutsche Rechtsordnung daher nicht nur in Konflikt mit dem Völkerrecht, sondern bilden zugleich einen Verstoß gegen das supranationale Recht der Europäischen Union.

* Prof. Dr. *Andreas Fischer-Lescano*, LL.M. (EHI) lehrt Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtstheorie an der Universität Bremen. Er ist Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP) der Universität Bremen und leitet zwei Teilprojekte am Bremer Sonderforschungsbereich »Staatlichkeit im Wandel« und Mitherausgeber dieser Zeitschrift. Ass. jur. *Johan Horst*, LL.M. (Georgetown), ist Mitarbeiter am ZERP und im Teilprojekt A 2 (Judicialisierung der internationalen Streitbeilegung) des Bremer Sfb. Wir danken *Berenice Böhlo*, *Felix Hanschmann*, *Ibrahim Kanalan*, *Tillmann Löhr*, *Nora Markard* und *Marei Pelzer* für ihre konstruktive Kritik an Vorfassungen des Textes.

¹ Genfer Flüchtlingskonvention vom 28.6.1951, GV Res. 429 (V); U.N.T.S. 189, S. 137; BGBl. 1953 II, S. 560, und Protokoll über der Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967; U.N.T.S. 606, S. 267; BGBl. 1969 II, S. 1293.

² Die beiden Pole werden markiert durch die jüngsten Entscheidungen des OLG München, 5. Strafsenat, Beschl. v. 29.3.2010, Az.: 5St RR (II) 79/10, 5St RR (II) 079/10, das eine sehr enge Auslegung von Art. 31 I GFK anwendet, und des OLG Stuttgart, 4. Strafsenat, Urt. v. 2.3.2010, Az: 4 Ss 1558/09, das einem wesentlich weiteren Verständnis von Art. 31 I GFK folgt.

³ Ausf. *Fischer-Lescano/Hanschmann*, Subjektive Rechte und völkerrechtliches Gewaltverbot, in IALANA (Hrsg.), Frieden durch Recht, 2010, S. 181 ff.

⁴ BVerfG, 2 BvR 2115/01 v. 19.9.2006, Rn. 52 f.

⁵ Für die hinreichende Bestimmtheit der GFK-Normen statt aller *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 2008, S. 54.

⁶ Vgl. BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317).

⁷ BVerfGE 111, 307 (317).

⁸ BVerfGE 112, 1 (27).

⁹ Declaration of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, 12.12.2001, UN doc. HCR/MMSP/2001/09, 16.01.2002; siehe auch die Indossierung der Deklaration durch die GA der UN, A/RES/57/187, Ziff. 4 vom 18.12.2001.

¹⁰ Stand: Dezember 2010. Es ist hierbei zu differenzieren: 144 Staaten haben die beiden Texte je insgesamt ratifiziert, darunter sind einige Staaten (u. a. die USA), die nur das Protokoll von 1967 ratifiziert haben, aber auch Staaten, die nur die 51er Konvention ratifiziert haben. 141 Staaten haben sowohl die Konvention als auch das Protokoll von 1967 ratifiziert.

¹¹ *Preuß*, Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?, in *Dobner/Loughlin* (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, 2010, S. 23 ff.

¹² Der IGH selbst hat diese Geltungsgrundverdopplung bspw. für den völkerrechtlichen Grundsatz des Gewaltverbotes angenommen, der einmal im vertragsrechtlichen Weg via Art. 2 Ziff. 4 der UN-Charta und einmal als Völkergewohnheitsrecht gilt (IGH, Nicaragua (Nicaragua/United States of America) Judgment, ICJ Rep. 1986, S. 95 ff., § 177). Zum ius cogens-Charakter des Zurückweisungsverbot: *Allain*, The jus cogens Nature of non-refoulement, IJRL 13 (2001), 533 ff.

¹³ Insbesondere nicht durch die AsylverfahrensRL (2005/85/EG vom 1.12.2005) und nicht durch die QualifikationsRL (2004/83/EG vom 29.4.2004).

¹⁴ *Kugelmann*, Einwanderungs- und Asylrecht (§ 41), in *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Aufl., 2010, Rn. 149.

¹⁵ Statt aller: *Bank/Hruschka*, Änderungen im Asylverfahren durch den Entwurf des Änderungsgesetzes zum Zuwanderungsgesetz aus der Sicht des Flüchtlingsrechts, in *Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann* (Hrsg.), Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, 2007, S. 620 ff. (622); *Löhr*, Die Qualifikationsrichtlinie – Rückschritt hinter internationale Standards?, in *Hofmann/Löhr* (Hrsg.), Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht. Eine kritische Zwischenbilanz, 2008, S. 47 ff. (48); *Garlick*, The EU Discussions on Extraterritorial Processing, in IJRL 19 (2007), 601 ff. (622).

¹⁶ Siehe insbesondere Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex). Aus dem strafrechtlichen Bereich siehe den Rahmenbeschluss des Rates vom 28.11.2002 betreffend die Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens für die Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt (Abl. L 328 v. 5.12.2002, 1 ff.). Zum

europäischen Grenzregime ausf. *Fischer-Lescano/Tohidipur*, Europäisches Grenzkontroll-regime. Rechtsrahmen der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX, ZaöRV 67 (2007), 1219 ff.

17 *Mayer*, European Law as a Door Opener for Public International Law, in *Société française pour le droit international* (Hrsg.), *Droit international et diversité des cultures juridiques*, 2008, S. 241 ff.; *Fischer-Lescano/Renner*, Europäisches Verwaltungsrecht und Völkerrecht, in *Terhechte* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Europäischen Union*, 2011, i.E.

18 OLG München (o. Fn. 2).

19 BGBl. 1985 II S. 927.

20 *Hathaway*, *The Rights of Refugees under International Law*, 1993, S. 53 f.

21 Nachweise bei *Fischer-Lescano/Löhr/Tohidipur*, *Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, *International Journal of Refugee Law* 21 (2009), 256 ff.

22 UNHCR, Auslegung von Art. 1, § 5; UNHCR, Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC, 29.04.2004, Anm. zu Art. 9, S. 21.

23 Die enge Verbindung zwischen Flüchtlings- und Menschenrechtsschutz wird betont in EXCOM, Conclusions No. 50 (XXXIX) (1988), (b); 56 (XL) (1989), (b), 71 (XLIV) (1993), (cc) and (ee); 80 (XLVII) (1996), (e), (i), 81 (XLVI-II) (1997), 93 (LIII) (2002), 94 (LIII) (2002), 95 (LIV) (2003); zu zahlreichen Einzelfragen vgl. UNHCR, Department of International Protection, A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions, 2. Aufl., Juni 2005, S. 183 ff.

24 Es handelt sich um die erste gemeinsame Erklärung aller Vertragsstaaten zur GFK, Declaration of State Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, UN Doc. HCR/MMSP/2001/09 (16.1.2002), Präambel, §§ 3 and 6; Operative Paragraphen, §§ 1 and 2.

25 *Hathaway*, *The Law of Refugee Status*, 1993, S. 107, in Fn. 54, und S. 105, Fn. 41.

26 *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl., 2008, S. 633 f.

27 Nach dem EGMR, *Urt. v. 24.1.1986, Rees v United Kingdom*, Series A 106 (1986), EGMR-E 3, 267/277, § 47, muss die «Konvention» immer im Lichte der gegenwärtigen Umstände ausgelegt und angewendet werden«.

28 IGH, *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ Reports 1997, S. 3 (Rn. 112); ähnlich bereits IGH, *Right of Passage over Indian Territory* (Preliminary Objections), ICJ Reports 1957, S. 142.

29 *R. v. SSHD*, ex parte *Adan*, [1999] AC 293 (23 July 1999), abgedruckt in IJRL 11 (1999), S. 702 (724), per Lord *Woolf* MR; *SSHD*, Ex Parte *Adan R v SSHD Ex Parte Aitseguer*, R v., [2000] UKHL 67 (19.12.2000) abgedruckt in IJRL 13 (2001), S. 202 (221), per Lord *Hutton*.

30 Statt aller *Lambert*, *The Conceptualisation of «Persecution» by the House of Lords*, in IJRL 13 (2001), 16 ff. (18); *Löhr*, Die kinderspezifische Auslegung des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs, 2009, S. 61 ff. m. w. N.

31 Überarbeitete UNHCR-Stellungnahme zur Auslegung und Reichweite des Art. 31 I des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom Mai 2004 (9 S., M5105).

32 Umfassend zur Berücksichtigungspflicht: *Viellechner*, Berücksichtigungspflicht als Kollisionsregel, in *Hong/Matz-Lück* (Hrsg.), *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem. Konkurrenzen und Interferenzen*, 2011, i.E.

33 BVerfG, 2 BvR 2485/07, 2 BvR 2513/07, 2 BvR 2548/07 – Beschl. v. 8.7.2010.

34 BVerfGE 9, 174/195 f.; BVerfGE 111, 307/329.

35 *Oeter*, *Rechtssprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, VVDStRL 66 (2006), 361.

36 BVerfG, NJW 2004, 3407 ff (*Görgülü*); siehe EGMR, *Görgülü*/. BRD, 74969/01, 26.2.2004.

37 BVerfG, 2 BvR 2115/01, 19.9.2006 (*La Grand/Avena*).

38 Die Berücksichtigungspflicht auch auf Ausschüsse ausdehnend: *Lorenzmeier*, *Rechtliche Zulässigkeit von Studienbeiträgen. Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte*, *Humboldt Forum Recht* 13/2008, 130 ff.

39 Für den UN-Sozialpakt weitergehend *Lorenzmeier*, *Rechtliche Zulässigkeit von Studienbeiträgen*, HFR 13/2008, 130 ff.

40 OLG München, 5. Strafsenat, Beschl. v. 29.3.2010, Az.: 5St RR (II) 79/10, 5St RR (II) 079/10.

41 UN GA Res. 428 (V) vom 14.12.1950; siehe auch das in Art. 21 I lit. c) der Asylverfahrensrichtlinie in Ausdeutung der völkerrechtlichen Kooperationspflicht vorgesehene Recht des UNHCR »Stellungnahme zu Einzelanträgen in jedem Verfahrensabschnitt bei jeder zuständigen Behörde in Ausübung der Überwachungsbefugnisse nach Artikel 35 der Genfer Flüchtlingskonvention« abzugeben.

42 Vgl. z. B.: BVerfG, 2 BvR 1731/04 vom 26.9.2006, Rn 13; *Mananashvili*, *Möglichkeiten und Grenzen zur völker- und europarechtlichen Durchsetzung der Genfer Flüchtlingskonvention*, 2009, S.83 f.; weitergehend *Türk*, *Das Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR)*, 1992, S.165.

43 BVerfG (o. Fn. 36).

44 BVerfG (o. Fn. 37).

45 *Payandeh*, *Die verfassungsrechtliche Stärkung der internationalen Gerichtsbarkeit*, AVR 45 (2007), 244 (252).

46 *Lorenzmeier*, *Völkerrechtswidrigkeit der Einführung von Studienbeiträgen und deren Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung*, NVwZ 2006, 759 (761).

47 *Viellechner* (o. Fn. 32,) V.1.

48 Vgl. *Mananashvili* (o. Fn. 42), S. 83 f.

49 Vgl. hierzu mit einem ausführlichen Überblick über die *Gerichtspraxis Kälin*, *Supervising the 1951 Convention on the Status of Refugees: Art. 35 and beyond*, *Background Paper for the 2nd Expert Roundtable in Cambridge UK* (9. – 10.7.2001) as Part of the *Global Consultations on International Protection in the Context of the 50th Anniversary of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, abrufbar unter: http://www.en.refugeelawreader.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&lang=en&gid=678; vgl. auch die *Entscheidung der ehemaligen Schweizerischen Asylrechtskommission (ARK): EMARK 2006/18-198*.

50 UNHCR (Hrsg.), *Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft*, 2009.

51 *House of Lords, T v Secretary of State for the Home Department*, [1996] 2 All ER 865, [1996] 2 WLR 766, 22.5.1996, per Lord Lloyd of Berwick.

52 *R v Secretary of State for the Home Department*, ex parte *Adan* /R v Secretary of State for the Home Department, ex parte *Aitseguer*, (19.12.2000); [2001] 1 All E.R. 593; [2001] 2 W.L.R. 143, per Lord *Steyn*.

53 480 U.S. 421, 107 S.Ct. 1207.

54 Zu den hier speziellen Berücksichtigungspflichten unter Berufung auf den Grundsatz des venire contra factum proprium siehe *Löhr* (o. Fn. 30), S. 55.

55 New Zealand, *Refugee Status Appeals Authority*, *Refugee Appeal No. 1/92 Re SA* (abrufbar auf: Refworld [378 f3a1 e06]).

56 *JV* (Jurisprudenz Vreemdelingenrecht) 1998, S. 157, in Auszügen in englischer Sprache abrufbar auf Refworld [37bd4 d1e30].

57 BVerfG, 2 BvR 378/05 vom 12.3.2008, InfAusIR 2008, 263 f.

58 BVerfG, a. a. O., Rn. 38.

59 I.d.S. auch *Löhr*, *Die kinderspezifische Auslegung des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs*, 2009, S. 50 ff.

60 Ausf. siehe unten 3.

61 Zum Ganzen siehe die überarbeitete UNHCR-Stellungnahme (o. Fn. 31).

62 Zur nicht erfolgten »Einreise im Rechtssinn« – die sich von der faktischen Einreise unterscheidet – bei Durchlaufen des Flughafenverfahrens, BVerfGE 94, 166 (193).

63 Gerade auch unter Hinweis auf eine Einreise über Drittstaaten, die im Rahmen des § 18 AsylVfG relevant sein kann, darf der Schutzzumfang des Art. 31 I GFK nicht verkürzt werden, siehe hierzu 2.3.

64 *Hailbronner*, *Ausländerrecht*, A 1, § 95 AufenthG, Rn. 110 (Stand: April 2009).

65 *Schmitz*, in *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2006, § 330 d Rn. 39.

66 Vgl. OLG Köln, 1. Strafsenat *Urt. v. 21.10.2003*, Az: Ss 270 – 271/03 – 141 – 142, Ss 270 – 271/03, Ss 270/03 – 141, Ss 271/03 – 142, Ss 270/03, Ss 271/03; OLG Düsseldorf, 4. Strafsenat, *Beschl. v. 1.7.2008* Az: III-5 Ss 122/08 – 80/08 IV, 5 Ss 122/08 – 80/08 IV. Gegen diese Auffassung allerdings überzeugend: OLG Stuttgart, 4. Strafsenat, *Urt. v. 2.3.2010*, Az: 4 Ss 1558/09.

67 OLG Köln (o. Fn. 66).

68 Umfassende Nachweise zur Staatenpraxis in diesem Kontext *Goodwin-Gill*, Art. 31 der 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection, in *Feller/Türk u. a.* (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, 2003, S. 186 ff.

69 Vgl. die Art. 5 und 6 des die UN-Konvention gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (UNTOC) ergänzenden 'Protokoll zur Bekämpfung des Einschleusens von Migranten auf dem Land-, Luft und Seeweg', UN-DOC A/55/383 vom 15.11.2000.

- 70 Abl. L 328 v. 5.12.2002, S. 1 ff.
71 Vgl. UNHCR-Stellungnahme (o. Fn. 31).
72 Zum Ganzen siehe die überarbeitete UNHCR-Stellungnahme (o. Fn. 31).
73 AG Frankfurt, StV 1988, S.306; AG München, StV 1988, S. 306-307.
74 OLG Frankfurt, StV 1997, S.78-79.
75 OLG München (o. Fn. 2).
76 Gericke, in Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6/2, 2009, § 95 AufenthG, Rn 111; Senge, in Erbs/Kolhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, A 215, § 95 AufenthG, Rn. 68 (Stand April 2010).
77 Grahl-Madsen, The Status of Refugees in International Law, Volume II. Asylum, Entry and Sojourn 1972, S. 209 ff.
78 UNHCR-Stellungnahme (o. Fn. 31).
79 Vgl. hierzu ausführlich: Goodwin-Gill (o. Fn. 68) S. 186 ff.
80 Vgl. Die Entscheidung des Hohen Rats der Niederlande: LJN BI1325, Hoge Raad, 07/10516.
81 Vgl. R v Uxbridge Magistrates Court, ex parte Adimi [2001] QB 667.
82 Vgl. Immigration and Asylum Act 1999, Section 31.
83 Zur Rechtslage in Großbritannien auch: Clayton, Textbook on Immigration and Asylum Law, 3. Aufl. 2008, S. 502 f.
84 Grundlegend hierzu der Supreme Court Fall Stevic, 467 U.S. 407, 104 S.Ct. 2489
85 Malenge – 294 Fed.Appx. 642, 2008 WL 4420023 (C.A.2 (N.Y.)).
86 Vgl. hierzu auch: Bertrand v Sava, 684 F.2 d 204, 218-19 (2 d Cir.1982).
87 Malenge (o. Fn. 85).
88 Art. 31 I GFK verlangt in zeitlicher Hinsicht, dass die Umstände »unverzüglich« offengelegt werden. Die »Unverzüglichkeit« ist je nach den Gesichtspunkten des Einzelfalls zu bewerten, starre Fristen können hier nicht zur Anwendung kommen. Die Frist darf nicht unverhältnismäßig lang sein, dem Flüchtling muss die Einholung von Rechtsrat vor der Meldung in jedem Fall möglich sein, er/sie muss dann »ohne schuldhafte Zögern« die Meldung betreiben, wobei auch ein längerer Zeitraum zwischen Einreise und Offenlegung der Umstände z. B. dann nicht unverhältnismäßig sein kann, wenn traumatische Erfahrungen von Verfolgung und Flucht einer schutzsuchenden Person eine unverzügliche Offenlegung subjektiv erschwert haben; vgl. UNHCR-Stellungnahme (o. Fn. 31).
89 Gericke (o. Fn. 76), § 95 AufenthG, Rn 112; Hailbronner, Ausländerrecht, A1, § 95 AufenthG, Rn. 109 (Stand April 2009); Senge (o. Fn.76) §95 AufenthG, Rn. 68.
90 Gericke (o. Fn. 76), § 95 AufenthG, Rn 112.
91 In diese Richtung Stoppa, in Huber (Hrsg.) Aufenthaltsgesetz, 2010, § 95, Rn 356 f. mit weiteren Nachweisen.
92 Ebd.; der überwiegende Teil der deutschen Rechtsprechung geht deshalb auch von einer weiteren Auslegung des Unmittelbarkeitskriteriums aus Art. 31 I GFK aus, vgl. zuletzt: OLG Stuttgart, 4. Strafsenat, Urt. v. 2.3.2010, Az: 4 Ss 1558/09
93 Vgl. Überarbeitete UNHCR-Stellungnahme (o. Fn. 31).
94 Vgl. Goodwin-Gill/McAdam, The Refugee in International Law, 2007, S. 264; Hathaway, Rights of Refugees under International Law 2005, S. 396; Grahl-Madsen (o. Fn. 77), S. 206 ff.
95 Abgedruckt in Weiss, The Refugee Convention, 1951. The Travaux Préparatoires analyzed, 1995.
96 Vgl. EPIL, Bd. 2, 1995, S.1420; auch der IGH erkennt die Bedeutung der travaux préparatoires an, IGH, Maritime Boundary (Guinea-Bissau/Senegal) Judgement, ICJ Reports 1991, S. 53 (72).
97 Vgl. Villinger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties, 2009, S. 445 ff.
98 Ausführlich hierzu: Hathaway (o. Fn. 94), S. 385 ff.
99 Travaux Préparatoires (o. Fn. 95), S. 292.
100 Travaux Préparatoires (o. Fn. 95), S. 298.
101 Ebd.
102 Travaux Préparatoires (o. Fn. 95), S. 292.
103 Travaux Préparatoires (o. Fn. 95), S. 302.
104 Travaux Préparatoires (o. Fn. 95), S. 297.
105 Ebd.
106 Vgl. Goodwin-Gill/McAdam (o. Fn. 94), S. 264; Hathaway (o. Fn. 94), S. 396; Grahl-Madsen (o. Fn. 77), S. 206 ff.
107 UNHCR, Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers, 1999, para. 4.
108 Ebd. Für die Bestimmung der Bedeutung der Äußerungen des UNHCR sei auf die obigen Ausführungen verwiesen.
109 Vgl. R v Uxbridge Magistrates Court, ex p Adimi [2001] QB 667 at p. 687 F-G; R v Asfaw [2008] UKHL 31, para 11, 45-46, 51, 56.
110 BVerfGE 80, 68/73.
111 BVerfGE 80, 182/187 f.
112 BVerwG, NVwZ 1992, 682/684.
113 Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl., 2005, § 95 AufenthG, Rn. 31.
114 Zum Schutzzweck im Rahmen des Art. 16 a GG Gericke (o. Fn. 76), § 95, Rn. 114.
115 Für das GG: Westphal/Stoppa, Straftaten im Zusammenhang mit der unerlaubten Einreise und dem unerlaubten Aufenthalt von Ausländern nach dem Ausländergesetz, NJW 1999, 2137 ff. (2138).
116 Renner (o. Fn. 113), § 95 AufenthG, Rn. 31; die Gerichte handhaben dies bislang uneinheitlich, vgl. OLG München, MDR 1985, 786; OLG Frankfurt, GA 1987, 549 (552).
117 »Eine Anzeige ins Blaue, die der Täter ohne Nachprüfung auf ihre Richtigkeit macht, kann den Tatbestand des 164 erfüllen«, Fischer, in Tröndle/Fischer (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 49. Aufl., 1999, § 164 StGB, Rn. 15.
118 Zur Pflicht, entlastende Umstände mitzuteilen: Lenckner/Bosch, in Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, § 164 Rn. 18; zur Pflicht, neue Tatsachen (wie bspw. die Anerkennung) nach Anzeigenerstattung mitzuteilen, um einer Bestrafung wegen Unterlassens einer Mitteilung, die zur Verfahrenseinstellung führen würde, zu entgehen: Ruß, in Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2010, § 164 Rn. 14.

119