

NORA MARKARD

Kriegsflüchtlinge

Jus Internationale et Europaeum

60

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

60



Nora Markard

Kriegsflüchtlinge

Gewalt gegen Zivilpersonen in bewaffneten
Konflikten als Herausforderung für das
Flüchtlingsrecht und den subsidiären Schutz

Mohr Siebeck

Nora Markard, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaft in Berlin und Paris; MA International Peace and Security, King's College London; 2011 Promotion; seit 2011 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“ an der Universität Bremen.

e-ISBN PDF 978-3-16-151937-6

ISBN 978-3-16-151794-5

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist die überarbeitete Fassung meiner im Februar 2011 an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin eingereichten Promotion, die ich im August 2011 verteidigt habe. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand vom Dezember 2011.

Diese Arbeit hat mich lange begleitet. Die Idee dazu geht auf meine Erfahrungen am King's College in London 2002–2003 zurück, wo mich Dr. Satvinder Juss und Dr. John Mackinlay inspirierten und begeisterten. Zum Exposé reifte sie dann schon am Lehrstuhl von Prof. Dr. Susanne Baer und mit Unterstützung durch Prof. Dr. Thomas Spijkerboer, deren Gutachten mir eine Stipendienförderung durch die Friedrich-Ebert-Stiftung 2005–2008 ermöglichten. Die Stiftung unterstützte mich auch 2007 bei meinem viel zu kurzen Forschungsaufenthalt an der Law School der University of Michigan, dem ich eindrückliche Begegnungen mit Prof. James Hathaway und Prof. Chris McCrudden verdanke, sowie viele Freundschaften. Prof. Hathaways Empfehlung, meine Dissertation auf ein einziges Kapitel zu reduzieren, nicht gefolgt zu sein, bereue ich bis heute.

Ein weiterer Rat, dem ich nicht gefolgt bin, ist, die Dissertation vor dem Referendariat abzuschließen und nicht danach – doch möchte ich vor allem die Wahlstation beim AIRE Centre in London 2010 nicht missen, auf dessen exzellente Prozessführungsarbeit vor dem EGMR ich in meinen Ausführungen zum subsidiären Schutz wesentlich aufbauen kann.

„It takes a village to raise a child“, und das gilt wohl auch für Dissertationen. Mein Dorf bestand aus dem „Baerstuhl“ und seinen „Satelliten“ und hat mich genauso geprägt wie diese Arbeit. In dieser interdisziplinären Ideenwerkstatt, die oft zur Schreibwerkstatt wurde, flogen die intellektuellen Funken nur so, und oft bin ich aus dem „Tim's“, vom Hof oder aus dem Nachbarbüro zum Schreibtisch zurückgeeilt, um mit neuen Ideen ganze Abschnitte um- und neu zu schreiben. Unser Forschungscolloquium war Ort der oft kritischen und manchmal auch pointierten Auseinandersetzung mit Zugriffen, Theorien und, immer wieder, Gliederungen. Danken möchte ich insbesondere Dr. Laura Adamietz, Cengiz Barskanmaz, Melanie Bittner, Lucy Chebout, Lamine Clausnitzer, Aline Oloff, Sophie Rosenbusch, Nahed Samour, aber auch allen anderen, für ihren Geist, ihre Freundschaft, ihre Solidarität und ihre Kritik – und für das Lachen.

Von Susanne Baer habe ich in dieser Zeit mehr gelernt als ich hier würdigen kann – ihr schneller und kritischer Geist, ihr scharfer Verstand, ihr Kosmopolitismus und ihre Begeisterungsfähigkeit haben mich stets herausgefordert und angetrieben. Für all dies danke ich ihr sehr. Dass sie ihr Erstgutachten trotz ihrer neuen Verpflichtungen in Karlsruhe so schnell erstellt hat, ist sogar für jene überraschend, die ihr Arbeitstempo kennen. Mein Dank gilt auch Prof. Dr. Dr. h.c. Christian Tomuschat für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Zu meinem Dorf gehört seit 2007 auch das Netzwerk Migrationsrecht, ein (nicht nur) Nachwuchs-Arbeitszusammenhang aus Wissenschaft und Praxis, der auf Tagungen, in Colloquien und in Emails einen Ort des kreativen fachlichen Austausches bietet. Für ihren Rat und ihre Kritik möchte ich hier insbesondere Dr. Anuscheh Farahat, Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Dr. Constantin Hruschka und Dr. Tillmann Löhr danken.

Für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses danke ich dem Bundesministerium des Innern sowie der FAZIT-Stiftung.

Die private Unterstützung, die ich während dieser Arbeit erhalten habe, am Schluss des Vorworts zu würdigen, entspricht zwar der Tradition, ist aber ihrer Bedeutung vollkommen unangemessen. Meiner Zeit in London verdanke ich nicht nur die Idee für meine Arbeit, sondern auch die Liebe zu Dr. Aaron Bogart, der für mich in England blieb statt nach Amerika zurückzukehren und schließlich zu mir nach Berlin zog. Er ist mein bester Freund und schärfster Kritiker, ist mir Antrieb und Anker, ein echter Lebens-Gefährte.

Meine Eltern, Dr. Christiane Markard und Prof. Dr. Morus Markard, haben mich bei meinem Werdegang wie überhaupt bei allem vorbehaltlos und sogar mit Freude unterstützt. Bessere Eltern kann man sich wirklich nicht wünschen.

Berlin, im Winter 2011

Nora Markard

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIII
A. Einleitung	1
<i>I. Problemstellung und Thesen, Gang der Arbeit</i>	1
<i>II. Methoden</i>	9
1. Interdisziplinarität	9
2. Bedeutung und Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention	13
a. Die GFK als Ausgangspunkt im Dreiebenensystem	13
b. Auslegung der GFK	15
3. Rechtsvergleichung	20
<i>III. Überblick über die Rechtsakteure und Rechtsschutzsysteme</i>	23
1. UNHCR und die Implementierung der GFK	23
2. Harmonisierter Flüchtlingsrechtsschutz in Europa	28
a. Harmonisierung des Asylrechts in der Europäischen Union	28
(1) Die erste Phase (1999–2004) und die QRL	30
(2) Die zweite Phase (2005–2010): Neufassung der QRL	32
(3) Der EuGH als neuer Rechtsakteur im Asylrecht	36
b. Deutschland	37
c. Frankreich	38
d. Großbritannien	41
3. Ausgewählte außereuropäische Vergleichsstaaten	44
a. Vereinigte Staaten von Amerika (USA)	44
b. Kanada	46
c. Neuseeland	47
d. Australien	49
e. Südafrika	50
4. Staatliche Gender Guidelines und Civil-war-Guidelines	51

B. Gewalt gegen die Zivilbevölkerung in „neuen Kriegen“	57
I. Alte und „neue Kriege“	57
1. „Alte Kriege“: Hegung und Staatlichkeit	57
a. Verrechtlichung des Krieges: Die Entstehung des humanitären Völkerrechts	58
b. Der Begriff des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts im humanitären Völkerrecht	61
2. „Neue Kriege“	63
a. Barbarismus: Der Bürgerkrieg als Apokalypse	64
b. Identitäten und Ideen: Ethnisierung komplexer Konflikte	69
c. Habgier und Sorge: Kriegsökonomien	72
d. Asymmetrisierungsstrategien und Symmetrieparadigma: Partisanen, Guerrillas und Terroristen	75
e. Phänomenologie „neuer Kriege“ – was ist neu an den „neuen Kriegen“?	77
(1) Entstaatlichung des Krieges: Private Gewaltakteure	77
(2) Enthegung der Gewalt: Gezielte Misshandlung der Zivilbevölkerung	80
(3) Entpolitisierung des Krieges: Ökonomisierung, Ethnisierung	83
f. „Neue Kriege“: Was bleibt	87
II. Krieg und Geschlechterverhältnisse	89
1. Ein Kontinuum der Gewalt	92
2. Kriegerische Männlichkeiten und Männlichkeitskulturen	94
3. Patriarchal definierte zivile Weiblichkeiten	98
4. Implikationen für die Analyse geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Angehörige der Zivilbevölkerung	103
a. Sexualisierte Gewalt	103
b. Tötungen von zivilen Männern und Jungen	108
c. Zwangsrekrutierung	110
5. Zusammenfassung	110
III. Herausforderungen für das Flüchtlingsrecht	112
1. Die deutsche Rechtsprechung vor der QRL: Dogmatischer Nachholbedarf	112
2. Herausforderungen	119
a. Typische Fallkonstellationen von Gewalt gegen Zivilpersonen in bewaffneten Konflikten	120
b. Herausforderungen für das Flüchtlingsrecht	122

C. Internationaler Schutz gegen Kriegsgewalt für Angehörige der Zivilbevölkerung.....	125
I. Anerkennung als Flüchtling	125
1. Krieg – eine Situation „sui generis“ im Flüchtlingsrecht?	126
a. Krieg als eigener Fluchtgrund außerhalb der GFK	126
b. Krieg und der Anwendungsbereich der GFK (<i>exceptionality approach</i>)	127
(1) Schutz durch das humanitäre Völkerrecht.....	128
(2) Mangelnde Gezieltheit der Gefahren	129
c. Differenzansatz (<i>differential risk approach</i>).....	133
(1) „Typisches militärisches Gepräge“ vs. physische Vernichtung, staatlicher Gegenterror	133
(2) „Fear of persecution for Convention reasons over and above the ordinary risks of ... warfare“ (<i>Adan</i>)	134
d. Nicht-vergleichender Ansatz (<i>non-comparative approach</i>)	137
e. Ergebnis: Flüchtlingsrechtliche Anerkennungsfähigkeit von Kriegsgewalt	139
2. Kein Schutz vor Verfolgung.....	141
a. Verfolgung	142
(1) Menschenrechtliche Auslegung.....	143
(a) Geschlechtsspezifische Menschenrechtsverletzungen	147
(b) Verletzungen wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte	152
(c) Menschenrechtsgeltung in bewaffneten Konflikten	156
(2) Schutzgehalt des humanitären Völkerrechts für nicht-internationale bewaffneten Konflikte	158
(a) Geltungsvoraussetzung: Nicht-internationaler bewaffneter Konflikt.....	159
(b) Schutz der Zivilbevölkerung.....	161
(c) Begriff der Zivilperson und Schutzverlust: Direkte Beteiligung an Feindseligkeiten.....	163
(d) Grenzen des Vorgehens gegen Aufständische.....	167
(3) Internationales Strafrecht als Maßstab in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten	169
(4) Intensität der Verletzung: Einzelfallorientierte Betrachtungsweise	172
(5) Ausgewählte Verfolgungsmaßnahmen gegen Zivilpersonen in bewaffneten Konflikten im Einzelnen.....	176
(a) Geschlechtsspezifische Verfolgung	176
(b) Entzug der Existenzgrundlage und Vertreibung	181
(c) Zwangsrekrutierung und Zwangsarbeit	182

b. Kein Schutz: Schutzverweigerung oder Schutzunfähigkeit.....	187
(1) Erreichbarkeit von Schutz statt Akteursorientierung	188
(a) Zurechnungslehre	189
(b) Schutzlehre	193
(c) Ergebnis	195
(2) Schutzlosigkeit bei staatlicher Verfolgung.....	196
(3) Erforderliches Schutzniveau: Effektiver Schutz	199
(4) Schutz durch quasistaatliche Akteure?.....	202
(a) Quasistaatliche Akteure i.e.S.	202
(b) Internationale Organisationen.....	206
(5) Ergebnis.....	208
3. Verfolgungsprognose („begründete Furcht“).....	209
a. Furcht als „zu befürchten haben“: Objektive Prognose.....	210
b. Prognosemaßstab: Reale Möglichkeit der Verfolgung.....	215
c. Vorverfolgung als Indikator für Verfolgungsgefahr.....	219
d. Verfolgung Dritter und Gruppenverfolgung als Indikator für individuelle Verfolgungsgefahr.....	220
e. Ergebnis	224
4. Fluchtgründe.....	224
a. Merkmalslisten im Antidiskriminierungsrecht	225
(1) Die Abwesenheit von Geschlecht und das feministische Dilemma	226
(2) Merkmale, Ungleichheiten und Intersektionalität.....	230
b. Rasse, Religion, Nationalität	233
c. Bestimmte soziale Gruppe	238
(1) Geschlechtsspezifische Verfolgung und bestimmte soziale Gruppe	239
(2) Keine Definition der sozialen Gruppe durch die Verfolgung, kein Erfordernis der Verfolgungsfurcht aller Gruppenmitglieder...245	
(3) Kein Erfordernis des inneren Zusammenhalts oder einer bestimmten Gruppengröße	248
(4) Positivdefinition der bestimmten sozialen Gruppe	251
(a) Soziale Wahrnehmung (<i>social perception</i>)	251
(b) Geschützte Merkmale (<i>protected characteristics</i>).....	255
(c) Kumulativer Ansatz.....	257
(d) Diskussion und Stellungnahme: Alternativitätsansatz.....	258
(5) Ergebnis.....	264
d. Politische Überzeugung	265
e. Ergebnis	269
5. Kausalität von Konventionsgründen für die Verfolgungsgefahr: Nexus ..269	
a. Subjektive Motivation oder objektive Kausalität: Eine antidiskriminierungsrechtliche Auslegung der GFK	272

b. Anknüpfung durch subjektive Verfolgungsmotivation.....	280
(1) Motivbündel: Keine ausschließliche Motivation durch den Konventionsgrund erforderlich.....	280
(2) Nichtstaatliche Verfolgung: Anknüpfung entweder auf der Ebene der Verfolgung oder der Schutzverweigerung.....	284
(3) Staatliche Verfolgungsprogramme und Kriegsgründe	285
c. Objektive Anknüpfung	287
(1) <i>Conditio sine qua non</i> , <i>But-for-Test</i> und Adäquanz	287
(2) <i>Predicament approach</i> und Ungleichheiten	290
d. Gewisses Gewicht des Konventionsgrundes.....	293
e. Ein antidiskriminierungsrechtliches Kausalitätsverständnis	294
(1) Am Beispiel sexualisierter Kriegsgewalt.....	294
(2) Am Beispiel häuslicher Gewalt	296
(3) Am Beispiel der Verfolgung von Angehörigen.....	300
(4) Ein differenziertes Verständnis geschlechtsspezifischer Verfolgung.....	302
 II. Subsidiärer Schutz gegen Kriegsgefahren.....	 303
1. Gruppenschutz bei Massenzustrom von Kriegsflüchtlingen: Vorübergehender Schutz nach der Temporary-Protection-Richtlinie.....	 305
2. Subsidiärer Schutz für Kriegsflüchtlinge	307
a. Schutz vor Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung	308
(1) Art. 15 (b) QRL und Art. 3 EMRK	309
(2) Art. 3 CAT.....	315
b. Schutz vor willkürlicher Gewalt im Rahmen eines bewaffneten Konflikts nach Art. 15 (c) QRL	320
(1) „Willkürliche Gewalt“	321
(a) Keine „unterschiedslose Gewalt“ i.S.d. humanitären Völkerrechts.....	321
(b) „Im Rahmen“ eines bewaffneten Konflikts: militärische und kriminelle Gewaltakte.....	324
(2) „Individuelle Gefahr“ durch willkürliche Gewalt	327
(a) Intensität der willkürlichen Gewalt.....	328
(b) Individuelle gefahrerhöhende Umstände	331
(3) Schutzgut: „Leben oder Unversehrtheit“.....	337
(4) Prognosemaßstab: „tatsächliche Gefahr“ einer „ernsthaften individuellen Bedrohung“	339
(a) Maßstab: „Tatsächliche Gefahr“ als reale Möglichkeit (<i>real risk</i>)	339

(b) Ermittlung der erforderlichen Gefahrenintensität willkürlicher Gewalt	341
(5) Im Rahmen eines „innerstaatlichen bewaffneten Konflikts“	347
(6) „Als Zivilperson“	352
(7) Zusammenfassung zum subsidiären Schutz nach Art. 15 (c) QRL	355
3. Das deutsche Schutzsystem für „Kriegs- und Gewaltflüchtlinge“	356
a. Gruppenanerkennungen nach der TempRL und Resettlement	357
b. Individuelle Abschiebungsverbote bei Kriegsgefahren	357
c. Keine Sperrwirkung von Abschiebestopps für „allgemeine“ Kriegsgefahren i.S.d. Art. 15 (c) QRL	359
d. Zusammenfassung zum deutschen subsidiären Schutzsystem	362
4. Neufassung der QRL: Angleichung von Flüchtlings- und subsidiärem Schutz	364
5. Zusammenfassung zum subsidiären Schutz	367
D. Ein Flüchtlingsschutz für die Zukunft	369
Literaturverzeichnis	377
Stichwortverzeichnis	407

Abkürzungsverzeichnis

abl.	ablehnend
ABl. EU	Amtsblatt der EU
AC	Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
AC	Canadian Reports, Appeal Cases
ACWS	All Canada Weekly Summaries
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Funktionsweise der Europäischen Union
AG	Attorney General
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ai	amnesty international
ALJ	The Australian Law Journal
All ER	All England Law Report
AJDA	Actualités Juridiques de Droit Administratif
AJIL	American Journal of International Law
AKUF	Arbeitsgemeinschaft Kriegsursachenforschung
Am. Jnl. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. U. Int'l L. Rev.	American University International Law Review
Anor.	Another
API	Asylum Policy Instructions
Asylmag.	Asylmagazin
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
AsylVfRL	Asylverfahrensrichtlinie
AU	African Union
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
ausf.	ausführlich
Aus. J. H.R.	Australian Journal of Human Rights
AuslR	Ausländerrecht
Az.	Aktenzeichen
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
BayVGH	Bayrischer Verwaltungsgerichtshof
Beil.	Beilage
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BIA	Board of Immigration Appeals
Bln-Bbg.	Berlin-Brandenburg
BMI	Bundesministerium des Innern
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
B. U. Int'l L. J.	Boston University International law Journal
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrates
BT-Drs.	Drucksache des Bundestages
Bundesamt	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg
BYIL	British Yearbook of International Law
CA	Court of Appeals
CA	Quebec Official Reports, Court of Appeal
CanLII	Canadian Legal Information Institute
CAT	Convention Against Torture
CCPR	Human Rights Committee
CE	Conseil d'État
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CFR	Code of Federal Regulations
CGRS	Center for Gender and Refugee Studies
Cir.	Circuit; Circuit Court of Appeal
CJ	Chief Justice
CLR	Commonwealth Law Reports
CML Rev.	Common Market Law Review
CoE	Council of Europe
Colum. Hum. Rts. L. Rev.	Columbia Human Rights Law Review
COM	Europäische Kommission (engl.)
Concl.	Conclusions du commissaire du gouvernement
CONF	Conference
Cornell Int'l L. J.	Cornell International Law Journal
CRC	Committee on the Rights of the Child
CRR	Commission des recours des réfugiés
CRS	Congressional Research Service
DEVAW	Declaration on the Elimination of All Forms of Violence Against Women
DHS	Department of Homeland Security
DIMA	Department of Immigration and Multicultural Affairs
DIMIA	Department of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs
DR	Documentation-réfugiés
DR	Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights
DSM-IV	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder, Version IV
EC	European Communities
ECOSOC	Economic and Social Council
ECRE	European Council on Refugees and Exiles
EE-Brief	Der Einzelentscheider-Brief
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EHRR	European Human Rights Review
EJIL	European Journal of International Law
EJML	European Journal of Migration and Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELENA	European Legal Network on Asylum

EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
EU	Europäische Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
EWCA	England and Wales Court of Appeal (Civil Division)
EXCOM	Executive Committee of the High Commissioner's Programme
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
F. Migr. Rev.	Forced Migration Review
FC	Federal Court Reports
FCA	Federal Court of Canada: Appeal Division
FCA	Federal Court of Appeals
FCA	Federal Court of Australia
FCAFC	Federal Court of Australia Full Court
FCJ	Federal Court Judgments
FCR	Canada Federal Court Reports
FCR	Federal Court Reports, Australia
FCT	Federal Court (Trial Division)
FCTD	Federal Court (Trial Division)
FoR	Forum Recht
FS	Festschrift
GA	General Assembly
GC	General Comment
Geo. Im. L. J.	Georgetown Immigration Law Journal
GFK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge
GG	Grundgesetz
GK	Genfer Konvention I-IV
GYIL	German Yearbook of International Law
H.	Heft
Harv. H.R. J.	Harvard Human Rights Journal
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
HCA	High Court of Australia
Hdb.	Handbuch
Herv.	Hervorhebung
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HHRJ	Harvard Human Rights Journal
HRC	Human Rights Committee
HRQ	Human Rights Quarterly
HRW	Human Rights Watch
HumHAG	Gesetz über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommene Flüchtlinge
HuV-I	Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften
I & N Dec.	Immigration & Nationality Laws Administrative Decisions
I & N L & P	Immigration & Nationality Law & Practice
I-CON	International Journal of Constitutional Law
IAA	Immigration Appellate Authority
IAC	Immigration and Asylum Chamber
IACHR	Inter-American Court of Human Rights Commission
IARLJ	International Association of Refugee Law Judges

IAT	Immigration Appeal Tribunal
ICD-10	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, revision 10
ICJ	International Court of Justice
ICSUCS	International Coalition to Stop the Use of Child Soldiers
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
ICRC	International Committee of the Red Cross
IGH	Internationaler Gerichtshof
IJ	Immigration Judge
IJHR	International Journal of Human Rights
IJRL	International Journal of Refugee Law
IKRK	Internationales Komitee des Roten Kreuzes
Imm AR	Immigration Appeal Reports
Imm L R	Immigration Law Reporter
InfAusIR	Informationsbrief Ausländerrecht
INA	Immigration and Nationality Act
INLR	Immigration and Nationality Law Reports
INS	Immigration and Naturalization Service
Int. Dec.	Interim Decision
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
Im.	Immigration
IOM	International Organization for Migration
IRB	Immigration and Refugee Board of Canada
IRO	International Refugee Organization
IRPA	Immigration and Refugee Protection Act
IRRC	International Review of the Red Cross
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
J.	Justice
JAMA	Journal of the American Medical Association
JFR	Journal für Rechtspolitik
J Int Criminal Justice	Journal of International Criminal Justice
JICJ	Journal of International Criminal Justice
JRS	Journal Refugee Studies
JZ	Juristenzeitung
KFOR	Kosovo Force
KJ	Kritische Justiz
KOM	Europäische Kommission
KRK	Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes
LNTS	League of Nations Treaty Series
LTTE	Liberation Tigers of Tamil Eelam
M.	Monsieur
MCI	Minister of Citizenship and Immigration / Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
MEI	Minister of Employment and Immigration
MIEA	Minister of State for Immigration & Ethnic Affairs
MIMA	Minister of State for Immigration & Multicultural Affairs
MIMIA	Minister of State for Immigration and Multicultural & Indigenous Affairs
MJIL	Michigan Journal of International Law
Mlle	Mademoiselle
Mme	Madame

MMI	Minister of Manpower and Immigration
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
NGO	Non-Governmental Organization
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
no.	numéro
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.D.	ohne Datum
o.S.	ohne Seitenangabe
OAU	Organization of the African Union
OED	Oxford English Dictionary
OFPRO	Office français de la protection des réfugiés et apatrides
OHCHR	Office of the UN High Commissioner for Human Rights
Ors.	Others
OVG	Oberverwaltungsgericht
PACE	Parlamentarische Versammlung des Europarats
para.	paragraph
PSG	Particular social group
QRL	Qualifikationsrichtlinie
RCADI	Recueil des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law
Ref. App.	Refugee Appeal
req.	requête
RES	Resolution
Res.	Resolution
RL	Richtlinie
RLUmsG	Richtlinienumsetzungsgesetz
RRT	Refugee Review Tribunal
RSAA	Refugee Status Appeals Authority
RWLG	Refugee Women's Legal Group
s.	section, siehe
S.	Seite
S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.	Southern California Review of Law and Women's Studies
SCC	Supreme Court of Canada
SCLS	Special Court for Sierra Leone
SCR	Supreme Court Reports, Canada
SH	Schleswig-Holstein
Spec. Suppl.	Special Supplement
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Suppl.	Supplement, supplément
SSHD	Secretary of State for the Home Department
TempRL	Temporary-Protection-Richtlinie
Tul. L.R.	Tulane Law Review
UKAIT	United Kingdom Asylum and Immigration Tribunal
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKIAT	United Kingdom Immigration Appeals Tribunal
UKUT	United Kingdom Upper Tribunal
UTIAC	Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber
UML	University of Michigan Law School
UNHCR	Office of the United Nations High Commissioner for Refugees

UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund
UNMIK	United Nations Interim Administration Mission in Kosovo
UNRRA	United Nations Relief and Registration Agency
UNTAET	United Nations Transnational Administration in East Timor
UNTS	United Nations Treaty Series
USSC	Supreme Court of the United States
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vol.	Volume
VN	Vereinte Nationen
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
WHO	World Health Organization
WLR	Weekly Law Reports
WVK	Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZP	Zusatzprotokoll
ZuwG	Zuwanderungsgesetz

A. Einleitung

I. Problemstellung und Thesen, Gang der Arbeit

Das Jahr 2011 markiert den 60. Jahrestag der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK).¹ Entstanden ist sie damit kurz nach der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR),² in Reaktion auf den Zweiten Weltkrieg. Millionen Menschen waren aus rassistischen, politischen, religiösen Gründen verfolgt, ermordet und vertrieben worden. Das Ausmaß der humanitären Katastrophe forderte eine umfassende Lösung durch ein universell angelegtes Rechtsinstrument. Komplementär zur AEMR regelt die GFK seit 1951 den menschenrechtlichen Extremfall: dass Menschen ein Land verlassen und in einem anderen Schutz suchen, weil durch den oder jedenfalls in dem Herkunftsstaat Gefahren herrschen, vor denen sie dort nicht geschützt werden. Schon bald wurde die anfängliche zeitliche und geographische Begrenzung auf Europa und die Folgen des Zweiten Weltkriegs beseitigt.³ Wie andere Menschenrechtsinstrumente muss sich daher die GFK als „living instrument“ an ständig neue Arten von Extremsituationen anpassen.

Die Frage, ob die GFK aktuellen Anforderungen noch gerecht werde, beantworteten die Vertragsstaaten – inzwischen 147 an der Zahl⁴ – bereits zu ihrem 50. Jahrestag mit einem klaren Ja. In einer gemeinsamen Erklärung be-

¹ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 ((Geneva) Convention Relating to the Status of Refugees), 189 UNTS 150; BGBl. 1953 II S. 560; in der Fassung des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge ((New York) Protocol Relating to the Status of Refugees) vom 31. Januar 1967, 606 UNTS 267; BGBl. 1969 II S. 1294.

² UN GA Res. 217/A-(III), 10.12.1948, UN Doc. A/RES/217.

³ Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1967, mit der Möglichkeit der Aufrechterhaltung der territorialen Beschränkung, Art. 1 III des Protokolls.

⁴ 142 Staaten haben die GFK und das Protokoll ratifiziert, Madagaskar und St. Kitts nur die GFK, die USA, Kap Verde und Venezuela nur das Protokoll (Stand: 01.04.2011): <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf> (zuletzt besucht: 13.10.2011). Nauru hat die Ratifikation im Juni 2011 mit Unterzeichnung beider Dokumente eingeleitet.

kräftigten sie 2001 ihr Bekenntnis zur GFK und ihrer Bedeutung für den internationalen Schutz.⁵

Heute sind es wieder bewaffnete Konflikte, die Herausforderungen an das Regelungsregime des Flüchtlingsrechts stellen – diesmal sind es vor allem nicht-internationale Konflikte. Sie werden teilweise als „neu“ bezeichnet – ob dieses Attribut passend ist, wird zu klären sein. Fest steht, dass das Ausmaß und die Art der Gewalt gegen Zivilpersonen in aktuellen bewaffneten Konflikten eine Antwort des Flüchtlingsrechts erfordern. Dem Schutz von Kriegsflüchtlingsen, „arguably the single most important question for the European refugee protection system“,⁶ galt denn auch die Rede des *Director of International Protection* des UN-Flüchtlingshochkommissariats (UNHCR), Volker Türk, zum Auftakt der Feierlichkeiten und Konferenzen zum 60. Jahrestag der GFK. Seine Einschätzung der Relevanz dieses Problems trifft auch außerhalb Europas zu: Bewaffnete Konflikte stellen eine der Hauptursachen für Fluchtbewegungen dar. Die große Mehrheit sind dabei nicht-internationale bewaffnete Konflikte,⁷ wobei nicht-international vor allem bedeutet, dass es sich nicht primär um einen bewaffneten Konflikt zwischen Staaten handelt; die Konfliktparteien werden aber häufig von außen finanziell oder militärisch unterstützt (sog. internationalisierte Konflikte).

Gründe für die Flucht aus Kriegsgebieten sind dabei nicht nur das wirtschaftliche Elend, das kriegerische Konflikte mit sich bringen, die Zerstörung der Umwelt oder die Gefahr, „zwischen die Fronten“ zu geraten. Grund ist zunehmend die Gewalt gegen die Zivilbevölkerung von Seiten der Kriegsparteien. 2001 schätzte der UN-Generalsekretär den Anteil der zivilen Kriegstoten gegenüber den an Kampfhandlung Beteiligten auf etwa 75 %, ⁸ andere Schätzungen liegen noch höher.⁹ Hierbei handelt es sich nicht nur um sogenannte „Kollateralschäden“, sondern auch um gezielte Angriffe. Die Konflik-

⁵ Declaration of the State Parties to the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, UN Doc. HCR/MMSP/2001/09 (16.01.2002), abgedruckt in: *Feller et al.* (Hg.), *Refugee Protection* (2003), S. 81–84.

⁶ Türk, *Protection Gaps?* UNHCR DIP Statement (2011); vgl. UNHCR-Presseerklärung „UNHCR seeks common sense European approach towards those fleeing violence“, 19.01.2001, abrufbar auf <http://www.unhcr.org/4d3704806.html> (30.01.2011).

⁷ ICRC, *Annual Report 2010* (2011), S. 98; *Schreiber*, *Innerstaatliche Kriege seit 1945* (2007): 1945–2005 waren knapp 70 % aller Kriege nicht-internationaler Natur, seit den 1970ern sind es um die 90 % – Definition der Arbeitsgemeinschaft Kriegsursachenforschung (AKUF), wonach Kriege eine gewisse Kontinuität und Organisation der Parteien aufweisen, von denen mindestens eine die staatlichen Streitkräfte sind; als bewaffneten Konflikts gelten Konflikte, die nicht alle dieser Voraussetzungen erfüllen, weil die Gewalt entweder sporadisch ist oder kein staatlicher Akteur beteiligt ist.

⁸ United Nations Secretary General, *Report of the Secretary-General to the Security Council on the Protection of Civilians in Armed Conflict*, UN Doc. S/2001/331 (2001).

⁹ So *Münkler*, *Die neuen Kriege* (2004), S. 28, m.w.N. Vorsichtiger *Goldstein*, *War and Gender* (2001), S. 399f, m.w.N.

te im ehemaligen Jugoslawien und in Ruanda haben das Ausmaß des Problems deutlich gemacht: In bewaffneten Konflikten müssen Zivilpersonen Tötungen, sexualisierte Gewalt, Vertreibung, Vernichtung ihrer Existenzgrundlage, Verstümmelung, Versklavung, Zwangsrekrutierung und Menschenhandel befürchten, um nur einige der Grausamkeiten zu nennen; und die Gewalt nimmt zu. Dies gilt insbesondere auch für sexualisierte Gewalt. Derzeit ist als Folge von bewaffneten Konflikten von schätzungsweise 26 Millionen in ihrem Heimatland Vertriebenen und 11 Millionen Flüchtlingen weltweit auszuweichen.¹⁰ Der UN-Generalsekretär betont, die Verletzungen des humanitären Völkerrechts führten nicht nur zu Misshandlung und Tod von hunderten Zivilpersonen pro Woche, „but also to the displacement of thousands more forced to flee from attacks and the destruction of their homes, communities and livelihoods.“¹¹ In seiner bereits erwähnten Rede zum 60. Jahrestag der GFK macht Volker Türk das Spektrum deutlich:

While violence may often seem on the surface to be general in nature – general in the sense of being widespread, large-scale and indiscriminate – a deeper excavation of the socio-economic-political context may show that the situation in fact involves many incidences of specific targeting of particular individuals or groups. Persons may be targeted on racial, ethnic, religious, political or social lines, or because they are perceived as opposing the groups in control, or simply for being an obstacle or hindrance by their presence. Violence is often not undertaken for its own sake, but has a deeper underlying motivation or purpose. This purpose or motive may be political in the sense of an attempt to destabilize or undermine the state order and establish an alternative order. ... Other reasons may be economic in the sense of attempting to control valuable resources; they are in any case likely to involve many factors. Specific individuals and groups may be targeted within a context of broader violence, including gratuitous or opportunistic violence. In addition, persons who have no stake in an armed conflict or socio-economic-political order may suffer the consequences of targeted action. Is it possible to distinguish who is more in need of international protection? Is it worthwhile to do so, and if so, on what basis?¹²

In welchem Umfang also sind solche Fluchtbewegungen aus innerstaatlichen Konflikten von der GFK erfasst, und wo muss dem Schutzbedürfnis durch andere Schutzmechanismen Rechnung getragen werden? Der Beantwortung dieser Frage widmet sich diese Arbeit. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der deutschen Rechtsprechung im Dreiebenensystem von internationalem Recht, Unionsrecht und nationalem Recht, vor dem Hintergrund eines Rechtsprechungsvergleichs. Der Befund: Die GFK ist durchaus in der Lage, Kriegsflüchtlingen Schutz zu bieten; Deutschland hat jedoch dogmatischen Nachholbedarf bei der Umsetzung der GFK, der sich auch in dieser Frage auswirkt, und kann von einer rechtsvergleichenden Öffnung profitieren. Das europäi-

¹⁰ Report of the Secretary-General on the protection of civilians in armed conflict, UN Doc. S/2009/277, 29.05.2009, S. 4, Rn. 18.

¹¹ Ebd., S. 6, Rn. 27.

¹² Türk, Protection Gaps? UNHCR DIP Statement (2011).

sche Unionsrecht hat derweil den menschenrechtlichen Auffangschutz für solche Kriegsflüchtlinge erheblich gestärkt, die die Voraussetzungen der GFK nicht erfüllen.

Denn die GFK erfasst Zivilpersonen, die vor Kriegsgefahren fliehen, nur insoweit als sie Verfolgung wegen eines der fünf in Art. 1(A)2 GFK genannten Konventionsgründe fürchten. Flüchtling im Sinne der GFK ist eine Person nur, wenn sie

aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will; oder die sich als staatenlose infolge solcher Ereignisse außerhalb des Landes befindet, in welchem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und nicht dorthin zurückkehren kann oder wegen der erwähnten Befürchtungen nicht dorthin zurückkehren will.

Die Anknüpfung an jedenfalls eines der fünf Konventionsmerkmale – Rasse,¹³ Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, politische Überzeugung – ist daher zentral für die Frage, ob Kriegsgewalt gegen Zivilpersonen flüchtlingsrechtlich anerkennungsfähig ist. Sämtliche Merkmale der GFK haben sich dabei alsentwicklungsfähig erwiesen. Der Verfolgungsbegriff hat die Entwicklungen im Bereich der Menschenrechte, des humanitären Völkerrechts und des internationalen Strafrechts mitvollzogen.¹⁴ Dies betrifft auch die Anerkennung sexualisierter Gewalt als Kriegstrategie. Insbesondere die Ausschöpfung des Fluchtgrunds der „bestimmten sozialen Gruppe“ erlaubte die zunehmende Anerkennung geschlechtsspezifischer Verfolgung. Alles spricht also dafür, dass die GFK auch den Herausforderungen aktueller bewaffneter Konflikte gewachsen ist, wenn ihre Tatbestandsmerkmale ernst genommen werden.

Dennoch variieren die Anerkennungsraten gerade von Flüchtlingen aus Gebieten, in denen bewaffnete Auseinandersetzungen stattfinden – Irak, Sri Lanka, Tschetschenien, Somalia – bereits innerhalb der EU enorm von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat, manchmal zwischen über 70 % und 0 %.¹⁵

¹³ Der Begriff Rasse wird z.T. in Anführungszeichen gesetzt, um deutlich zu machen, dass es sich dabei um eine soziale Konstruktion handelt und nicht um eine biologische Tatsache. Dies trifft jedoch auch auf andere „Merkmale“ zu, z.B. auf Geschlecht oder Ethnizität. Im Weiteren werden eingedenk dieser Klarstellung all diese Begriffe ohne Anführungszeichen benutzt. Eingehend zur Konstruiertheit von Merkmalen und zu ihrer Funktion in gesellschaftlichen Ungleichheiten unten S. 230–233.

¹⁴ Auch das Zusammenwirken des Flüchtlingsrechts, des internationalen Strafrechts und der Menschenrechte ist ein UNHCR-Thema für das Jahr 2011: *UNHCR, Complementarities: Concept Note* (2011); *ders., Expert Meeting on Complementarities* (2011).

¹⁵ *Feller, Remarks on the Future Common European Asylum System, IJRL* 2008, 216 (218f); *UNHCR, Implementation of the Qualification Directive* (2007), S. 13.

Die flüchtlingsrechtliche Analyse solcher Sachverhalte wird allerdings durch die Annahme verzerrt, dass Kriege zwar Fluchtbewegungen, aber keine Flüchtlinge erzeugen. Kriegsgefahren seien „allgemeine Gefahren“, die gerade nicht differenzierten, während die GFK die Anknüpfung der Gewalt an einen der fünf Konventionsgründe erfordere. „Kriegswirren“ seien daher etwas anderes als Verfolgung. Dem dennoch bestehenden Schutzbedarf von Kriegsflüchtlingsen sei stattdessen durch humanitären oder subsidiären Schutz Rechnung zu tragen, der in der Regel ein geringeres Schutzniveau gewährt. Dem Flüchtlingsbegriff der GFK wird somit zum einen ein *Friedensparadigma* zugrunde gelegt. Dies kann zu einer ungenauen flüchtlingsrechtlichen Analyse führen, wodurch im Ergebnis Flüchtlinge in den „zweitklassigen“ subsidiären Schutz „abrutschen“ können. Dieses Friedensparadigma beruht zum anderen auf einem *Bild vom bewaffneten Konflikt* als einer Auseinandersetzung zwischen zwei Kriegsparteien, von der die Zivilbevölkerung lediglich als Nebeneffekt in Mitleidenschaft gezogen wird. Wie Türk in seiner Rede deutlich macht, ist aber bei weitem nicht jede kriegerische Gewalthandlung, von der Zivilpersonen betroffen sind, ein bloßer „Kollateralschaden“ kriegerischer Auseinandersetzungen. Dies hat nicht zuletzt der Bosnienkonflikt deutlich gezeigt, wo Angehörige der Zivilbevölkerung wegen ihrer Religion oder wegen ihrer ethnischen Zugehörigkeit¹⁶ gezielt verfolgt wurden, unter anderem durch den massenhaften Einsatz sexualisierter Gewalt gegen Frauen. Erstmals wurde in einer breiten Öffentlichkeit diskutiert, dass Vergewaltigungen nicht einfach ein vermeintlich unvermeidliches Kriegsübel sind, sondern dass sie eine spezifische Funktion erfüllen und gezielt eingesetzt werden können.

Die internationale Aufmerksamkeit für den Einsatz sexualisierter Gewalt in Bosnien trug wesentlich zur Anerkennung geschlechtsspezifischer Menschenrechtsverletzungen als Verfolgung im Sinne der GFK bei. Lange Zeit wurden Menschenrechtsverletzungen, von denen vorwiegend oder spezifisch Frauen betroffen sind, nicht ohne weiteres als Verfolgung im Sinne der GFK anerkannt. Grund hierfür ist ein *männliches Paradigma*¹⁷ bei der Interpretation der GFK, ein Bild von einem „typischen Flüchtling“, das von rollentypisch männlichen Verhaltensweisen dominiert ist. In diesem Paradigma führen bestimmte Verhaltensweisen im öffentlichen Raum – einer stereotyp männlich besetzten Sphäre – zur Verfolgung durch den Staat, vor der der Flüchtling ins Ausland

¹⁶ Die ethnische Zugehörigkeit wird vom Konventionsgrund Rasse erfasst; unten S. 235.

¹⁷ *Greatbach*, The Gender Difference, IJRL 1989, 518; *Kelly*, Gender-Related Persecution, Cornell Int'l L.J. 1993, 625; *Crawley*, Refugees and Gender (2001), S. 5; *Jensen*, Frauen im Asyl- und Flüchtlingsrecht (2003), S. 28. Das rechtliche Normalsubjekt ist nicht nur im Flüchtlingsrecht Gegenstand feministischer Kritik: *Baer*, Komplizierte Subjekte, figurationen 2000, 25, zeichnet typisierende Grundannahmen im Zivil- und Familienrecht, im Strafrecht, Verwaltungs- und Sozialrecht, Verfassungs- Völker- und Europarecht nach.

fliehen muss. Aus dem Blick geraten demgegenüber Bedrohungen im privaten Bereich – einer stereotyp weiblich besetzten Sphäre – und durch nichtstaatliche Akteure. Die zunehmende Anerkennung der Geltung von Menschenrechten auch im Bereich des Privaten sowie die Anerkennung von Frauen als „bestimmter sozialer Gruppe“ im Sinne der GFK haben dieses männliche Paradigma im Flüchtlingsrecht brüchig werden lassen. Die europäische Harmonisierung hat diese Entwicklungen aufgenommen und zum Teil weiter vorangetrieben.¹⁸

Währenddessen scheint das Bild vom bewaffneten Konflikt, das dem Friedensparadigma der GFK-Anwendung zugrunde liegt, immer weniger stimmig. Bewaffnete Konflikte haben sich nicht nur im Hinblick darauf verändert, dass Zivilpersonen in Anknüpfung an GFK-Merkmale gezielt durch kriegerische Maßnahmen verfolgt werden. Der – durchaus umstrittene – Sammelbegriff der „neuen Kriege“¹⁹ beschreibt bewaffnete Konflikte, in denen eine Vielzahl von Kriegersakteuren in häufig wechselnden Allianzen nicht nur mehr oder weniger intensiv gegen- und miteinander kämpfen, sondern zunehmend auch von Krieg leben und diesen als Wirtschaftsunternehmen betreiben, ohne ihn durch einen Sieg beenden zu wollen. Gewalt gegen Zivilpersonen kann in solchen Konflikten gezielt eingesetzt werden, um eine bequeme Situation der Gesetzlosigkeit aufrecht zu erhalten; die Gewalt dient dabei dem Gewinn. In solchen Konflikten stehen sich nicht nur Armee und Rebellen gegenüber: Paramilitärs, Söldnertruppen und private Militärunternehmen, Sicherheitsdienste von Unternehmen, Bürgerwehren, Warlords gehören ebenfalls ins Bild, und Soldaten verdienen sich oft als Söldner der „anderen Seite“ etwas dazu, der Staat wird geschwächt bis hin zur Auflösung als „gescheiterter Staat“ (*failed state*). Klare Fronten gibt es nicht, vielmehr verschwimmen die Unterscheidungen zwischen Krieg und Frieden, zwischen Aufständischen und Zivilbevölkerung, zwischen staatlich und nichtstaatlich. Asymmetrische Kriegsstrategien schlecht ausgerüsteter Rebellengruppen richten sich z.T. gezielt gegen die Zivilbevölkerung oder benutzen sie als Schutzschild. Die intensive Gewaltausübung gegen Zivilpersonen lässt Manche apokalyptische Szenarien vorzivilisatorischer Barbarei entwerfen. Andere beobachten ein Verschwinden politischer zugunsten ökonomischer Motive. Doch wenn ein Krieg nur noch Selbstzweck ist, wenn Gewalt nur noch der Terrorisierung der Bevölkerung dient um einen rechtlosen Zustand aufrechtzuerhalten, wenn politische Überzeugung, Religion oder Nationalität den Krieg nicht mehr antreiben, kann es dann in solchen Kriegen noch im Rechtssinne Flüchtlinge geben? Oder ist die Rede von den „neuen Kriegen“ einfach überzogen?

¹⁸ Für geschlechtsspezifische Verfolgungsformen siehe S. 160–165 und 189–193, für Geschlecht als Verfolgungsgrund siehe S. 236–240 und 249–254 sowie 302–311.

¹⁹ Der Gehalt dieses Begriffs in seinen verschiedenen Ausprägungen wird eingehend in B.I.2. behandelt, unten S. 63ff.

Ein solches Kriegsszenario fordert die GFK in mehrfacher Hinsicht heraus. Zunächst stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die GFK überhaupt auf Kriegssituationen zugeschnitten ist; ist hier nicht das humanitäre Völkerrecht zuständig, notfalls das internationale Strafrecht? Welche militärischen Maßnahmen (und welche nicht-militärischen) können in einem bewaffneten Konflikt Verfolgung darstellen? Wie ist geschlechtsspezifische Gewalt im Rahmen bewaffneter Konflikte flüchtlingsrechtlich zu bewerten, wann stellt sie Verfolgung dar, und an welchen Konventionsgrund wird gegebenenfalls angeknüpft? Wird in sogenannten „neuen Kriegen“ bei der Ausübung von Gewalt gegen die Zivilbevölkerung überhaupt noch an Konventionsgründe angeknüpft? Und wie verhält es sich mit ethnisierten Kriegen (auch diese werden als „neue Kriege“ diskutiert): Wenn sich zwei ethnische Gruppen bekämpfen, sind dann alle Zivilpersonen Flüchtlinge, weil sie wegen ihrer ethnischen Zugehörigkeit Gewalt fürchten müssen? Ist hiervon die GFK nicht überfordert, muss ihr Schutz etwa auf solche Gewalt begrenzt werden, die über die für die gesamte Bevölkerung bestehenden Gefahren hinausgeht? Um es zusammenzufassen: Wo endet der Schutz der GFK für Kriegsflüchtlinge, wo beginnt der menschenrechtliche oder unionsrechtliche Aufwandschutz?

Die Beantwortung dieser Fragen wird von folgenden Thesen geleitet:

- (1) Der Sammelbegriff der „neuen Kriege“ beschreibt Phänomene in bewaffneten Konflikten, die zwar z.T. entweder nicht neu sind oder denen übertriebene Bedeutung beigemessen wird. Diese Phänomene sind jedoch nicht von der Hand zu weisen: eine Vielzahl von Kriegsakteuren unterschiedlicher Art; ein schwacher oder zerfallender Staat; ökonomische Interessen an der Fortführung eines Krieges; intensive Gewalt gegen die Zivilbevölkerung als Kriegsstrategie. Dabei bedeuten schnell wechselnde Allianzen und ökonomische Interessen allerdings keineswegs, dass „Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politische Überzeugung“ (Art. 1(A)2 GFK) für die Verfolgung keine Rolle spielen.
- (2) Die Gewaltdynamiken in solchen bewaffneten Konflikten sind auch von Geschlechterdynamiken geprägt; eine geschlechtssensible Analyse kann auch Hinweise zur Anknüpfung an Fluchtgründe geben.
- (3) Es besteht ein Anerkennungsdefizit von Kriegsflüchtlingen aufgrund der dem internationalen und nationalen Recht zugrundeliegenden Annahme, dass Kriege zwar Fluchtbewegungen, aber keine Flüchtlinge erzeugen. Danach ist das Leid der Zivilbevölkerung an Kriegshandlungen lediglich „Kollateralschaden“ oder allgemeine Not, keine gezielte Verfolgung. Übergriffe und Gewaltakte gegen die Zivilbevölkerung – darunter auch sexualisierte Gewalt – sollen unvermeidlicher Nebeneffekt sein, der jedoch ebenfalls nicht als gezielte Verfolgung, sondern „blinde Ge-

- walt“ oder *random violence* interpretiert wird. Dieses Bild vom Krieg ist mit einer Analyse von kriegerischen Gewaltdynamiken nicht vereinbar.
- (4) Die Geltung der GFK unterliegt in Kriegszeiten keinen anderen Voraussetzungen als in Friedenszeiten: Die Menschenrechte, das humanitäre Völkerrecht und das internationale Strafrecht geben einen klaren Maßstab vor, welche Kriegshandlungen für die Zivilbevölkerung hinzunehmen sind und welche verboten sind. Erweisen sich Rechtsverletzungen in bewaffneten Konflikten als Verfolgung und knüpfen diese an einen Konventionsgrund an, ist Flüchtlingsschutz zu gewähren.
 - (5) Art. 1(A)2 GFK umfasst zivile Opfer von innerstaatlichen bewaffneten Konflikten, darunter auch Opfer sexualisierter Gewalt, in größerem Umfang, als dies in der flüchtlingsrechtlichen Praxis umgesetzt wird, wenn die GFK als menschenrechtliches und als Antidiskriminierungsinstrument ernst genommen wird.
 - (6) Der subsidiäre Schutz, der unter anderem schutzbedürftige Kriegsflüchtlinge auffängt, die die Voraussetzungen des Art. 1(A)2 GFK nicht erfüllen, muss dabei dem Flüchtlingsschutz gegenüber genau dies bleiben: subsidiär.

Die Arbeit strukturiert sich zusammenfassend wie folgt: Das nachfolgende *Kapitel A.II.* erläutert die Methoden und geht auf Interdisziplinarität, Auslegungsmethoden und Rechtsvergleichung ein. *Kapitel A.III.* führt überblicksweise in die Rechtssysteme der Staaten ein, deren Rechtsprechung vergleichend zur Auslegung herangezogen wird und geht auf den europäischen Harmonisierungsprozess und die Stellung von UNHCR ein. *Teil B* widmet sich dem zugrunde zu legenden Sachverhalt und ermittelt die Funktionsweise der Gewaltdynamiken, vor denen Zivilpersonen heute aus bewaffneten innerstaatlichen Konflikten fliehen. Dies erfolgt in kritischer Auseinandersetzung mit dem Konzept der „neuen Kriege“, das um Erkenntnisse zu Geschlechterdynamiken in bewaffneten Konflikten angereichert wird. Ausgewählte Fallkonstellationen bilden den Rahmen der Arbeit. *Teil C* bildet den dogmatischen Hauptteil der Arbeit. *Kapitel C.I.* widmet sich der flüchtlingsrechtlichen Analyse der in Teil B entwickelten Fallkonstellationen anhand der wesentlichen Tatbestandsmerkmale²⁰ des Art. 1(A)2 GFK: Verfolgung, gegen die kein Schutz erlangt werden kann; die Verfolgungsprognose oder „begründete Furcht“; die Anknüpfung an eines der fünf Konventionsmerkmale. *Kapi-*

²⁰ Weitere Tatbestandsmerkmale, die hier nicht diskutiert werden, sind der Aufenthalt außerhalb des Herkunftsstaates (Staat der Staatsangehörigkeit oder, bei Staatenlosen, des gewöhnlichen Aufenthalts), sowie das Fehlen einer innerstaatlichen Schutzalternative im territorialen Sinne (vgl. Art. 8 QRL). Zur Schutzalternative und ihren umstrittenen Anforderungen *Hathaway/Foster*, Internal Protection Alternative, in: Feller et al. (Hg.), *Refugee Protection* (2003), 357; *Kelley*, Internal Flight Alternative, *IJRL* 2002, 4; *Lehmann*, Inländische Fluchtalternative, *NVwZ* 2007, 508. Die Ausschluss- und Beendigungsklauseln werden ebenfalls weitgehend auñen vor gelassen.

tel C.II. diskutiert den subsidiären oder komplementären Schutz für Kriegsflüchtlinge, die aus dem Schutzbereich der GFK herausfallen, insbesondere im Hinblick auf Art. 15 (c) QRL.²¹ Teil D fasst die in Teil B und C gewonnenen Erkenntnisse zusammen.

II. Methoden

1. Interdisziplinarität

Die Fragen, die sich für das Flüchtlingsrecht im Zusammenhang mit Kriegsgefahren stellen, sind mit rein rechtsdogmatischen Erwägungen nur unzureichend zu beantworten.²² Diese Arbeit nähert sich dem Kriegsflüchtling daher interdisziplinär informiert.

Der Begriff der Interdisziplinarität ist ein schillernder; obgleich weit verbreitet, wird er je nach Verwendung sehr unterschiedlich gefüllt.²³ Teilweise werden schon verschiedene Rechtsgebiete als (Teil-)Disziplinen verstanden, die inter- oder aber auch *intradisziplinär*²⁴ interagieren. Manche verstehen unter Interdisziplinarität den Blick in andere Disziplinen als Hilfswissenschaften – andere, für die Interdisziplinarität das gleichberechtigte Gespräch zwischen den Disziplinen ist, bezeichnen die lediglich punktuelle Hinwendung zu einer „Hilfswissenschaft“ als Multidisziplinarität. Mittelstraß beschreibt „Interdisziplinarität im recht verstandenen Sinne“ als (projektbezogene) Transzendierung der disziplinären Grenzen, als Transdisziplinarität.²⁵ Etwas anders wird der Begriff der Transdisziplinarität in den Gender Studies gefüllt; dort streben etwa transdisziplinäre Forschungszusammenhänge danach, gegenstandsorientiert in verschiedenen Disziplinen am gemeinsamen Projekt Geschlechterfor-

²¹ Zur besseren Lesbarkeit wird bei der QRL das „lit.“, wie in „Art. 15 lit. c“, vermieden.

²² Hathaway postuliert dies für das Flüchtlingsrecht überhaupt: *Hathaway, Rights of Refugees* (2005), S. 10.

²³ Überblick zu den Begriffsdefinitionen bei *Völker, Von der Interdisziplinarität zur Transdisziplinarität?*, in: Brandt et al. (Hg.), *Transdisziplinarität* (2004), 9 (13–20) sowie bei *Balsiger, Transdisziplinarität* (2005), S. 135–185.

²⁴ *Jestaedt, Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?*, in: Funke/Lüdemann (Hg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie* (2009), 17 (23); *Jestaedt, Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, in: *Jestaedt/Lepsius (Hg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie* (2008), 185 (189).

²⁵ *Mittelstraß, Wissen und Grenzen* (2001), S. 89–107, 92f. Warnend vor einer falschen Hierarchisierung *Völker, a.a.O.*, 23: „Ein Auto ist nicht deswegen schlecht, weil es nicht fliegen kann.“

schung zu arbeiten, statt eine eigene Disziplin mit eigenem Kanon zu formieren.²⁶

Die Rechtswissenschaft öffnet sich anderen Disziplinen in vielerlei Hinsicht: Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie, Rechtsgeschichte – die Wortkombinationen sind mannigfaltig und bezeichnen bereits die Disziplin, mit der der Austausch stattfindet. Auch gegenstandsbezogen entwickeln sich interdisziplinäre Forschungsansätze, etwa im Umweltrecht; feministische Ansätze in der Rechtswissenschaft bauen unter anderem auf Erkenntnisse aus der Geschlechterforschung auf, oder verstehen sich als deren Teil.²⁷ Dennoch wird der Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften oft Skepsis entgegengebracht; vielleicht auch wegen der Unschärfe des Begriffs.²⁸ Lepsius etwa fordert zunächst eine intradisziplinäre Verständigung²⁹ und warnt vor eigenem interdisziplinären oder integrativen Arbeiten gegenüber einer Arbeitsteiligkeit.³⁰ Dem ist zuzugestehen, dass ein Arbeiten in mehreren Disziplinen eine entsprechende Methodenkompetenz voraussetzt. Die vorliegende Arbeit gründet sich daher nicht auf eigene empirische Erkenntnisse, sondern rezipiert die Erkenntnisse und den Forschungsstand der Nachbardisziplinen und macht sie für die juristisch-dogmatische Arbeit fruchtbar. Im Spektrum der eingangs aufgefächerten Begrifflichkeiten geht es hier also nicht um ein Aufbrechen in die Transdisziplinarität, sondern um eine interdisziplinär informierte Herangehensweise mit einem rechtswissenschaftlichen Erkenntnisinteresse, nämlich wie die GFK auf Kriegsflüchtlinge anzuwenden ist und welcher rechtliche Auffangschutz besteht.

Offensichtlich ist die Notwendigkeit für eine disziplinäre Öffnung für den zugrunde zu legenden Sachverhalt. Für die Frage der flüchtlingsrechtlichen

²⁶ Vgl. Selbstdarstellung des Zentrum transdisziplinäre Geschlechterstudien (ZtG) an der Humboldt-Universität zu Berlin: „Mit einem transdisziplinären Ansatz wird diese doppelte Bewegung – die Verbindung unterschiedlicher Zugänge und ihre gleichzeitige Reflexion – an der Humboldt-Universität (HU) realisiert. Transdisziplinarität bedeutet die wissenschaftstheoretische Reflexion der Disziplinen mit einem quer zu den Disziplinen liegenden Erkenntnisinteresse zu *Gender*.“ <http://www.gender.hu-berlin.de/zentrum/konzept> (18.12.2010). Umfassend *Kahlert et al.* (Hg.), *Quer denken* (2005); reflexiv *Baer*, *Interdisziplinierung oder Interdisziplinarität?*, in: Stäheli/Torra-Mattenkloft (Hg.), *Eine Frage der Disziplin* (2001), 39; eing. zu Kontext, Möglichkeiten und Grenzen *Hark*, *Disidente Partizipation* (2005), S. 363–389. Aktuell *Baer/Hornscheidt*, *Transdisciplinary Gender Studies*, in: Buikema et al. (Hg.), *Theories and Methodologies* (2011), 265.

²⁷ Vgl. *Baer*, *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, in: FS Jur. Fakultät der HU (2010), 917. Exemplarisch zur feministischen Rechtswissenschaft *Baer*, *Rechtswissenschaft*, in: *von Braun/Stephan* (Hg.), *Gender-Studien* (2000), 155. Begrifflich spiegelt sich die Einordnung in der Bezeichnung *legal gender studies*: *Holzleithner*, *Recht Macht Geschlecht* (2002).

²⁸ So *Hilgendorf*, *Bedingungen gelingender Interdisziplinarität*, JZ 2010, 913 (921).

²⁹ *Lepsius*, *Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht*, JZ 2005, 1 (12).

³⁰ *Lepsius*, ebd., 1–4.

Anerkennungsfähigkeit von Zivilpersonen, die aus innerstaatlichen bewaffneten Konflikten fliehen, ist entscheidend, ob sie im Kriegsgebiet von Verfolgung im flüchtlingsrechtlichen Sinne betroffen sind. Werden Kriege aber nur noch aus wirtschaftlichen Motiven geführt, richtet sich die Gewalt unter Umständen nicht mehr aus religiösen, politischen usw. Gründen gegen Zivilpersonen – damit wären sie nur noch Kriegsgesopfer, keine Flüchtlinge mehr. Dass innerstaatliche bewaffnete Konflikte eine Vielzahl von Akteuren mit rasch wechselnden Allianzen aufweisen, dass sie häufig in zerfallenden oder zerfallenen Staaten stattfinden „when law and order have broken down and where ... every group seems to be fighting some other group or groups in an endeavour to gain power“ – wie es Lord Hadley in *Adan* für Somalia formuliert³¹ –, dass grausame Ausschreitungen gegen Angehörige der Zivilbevölkerung auch seitens Rebellengruppen stattfinden, die vorgeben, gegen ein unterdrückerisches Regime und für die Freiheit zu kämpfen – all dies bedeutet allerdings nicht, dass Gewalttaten gegen die Zivilbevölkerung nicht aus Gründen begangen werden, die in den Anwendungsbereich der Flüchtlingskonvention fallen.

Die differenzierte Analyse des Sachverhalts aus sozialwissenschaftlicher Sicht bewahrt vor schnellen Schlüssen und verzerrenden Vorannahmen. Sie trägt jedoch auch zu einer selbstreflexiven Anwendung der Auslegungsregeln bei, wie sie etwa für das Völkerrecht in der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)³² kodifiziert wurden und gewohnheitsrechtliche Geltung haben.³³

Bereits die grammatische Auslegung greift auf Alltagsverständnisse und Bilder zurück und importiert diese in das Recht.³⁴ Bilder aber tendieren dazu, die rechtliche Argumentation zu ersetzen,³⁵ Vorverständnisse wirken ergebnisleitend. Das vermeintlich neutrale Rechtssubjekt³⁶ „Flüchtling“ ist bei näherer Untersuchung von durchaus spezifischen Annahmen geprägt, von einem männlichen Paradigma, und auch von einem Friedensparadigma, das auf einem möglicherweise veralteten Bild vom bewaffneten Konflikt beruht.³⁷ Es

³¹ Brit. House of Lords, *SSHD, Ex parte Adan, R v.* [1998] UKHL 15 (02.04.1998), per Lord Slynn of Hadley.

³² Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, WVK; BGBl. 1985 II S. 927.

³³ Zur Auslegung der GFK und zur WVK unten S. 15–19.

³⁴ Ähnl. von *Arnauld*, Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: Funke/Lüdemann (Hg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie* (2009), 65 (78). Grundlegend *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl* (1972).

³⁵ *Baer*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft* (2004), 223 (249f).

³⁶ *Baer*, Komplizierte Subjekte, *figurationen* 2000, 25; zum Geschlecht des rechtlichen Normalsubjekts vgl. auch *Naffine/Owens*, *Sexing the Subject of Law* (1997).

³⁷ Siehe bereits oben S. 5–7.