

Einleitung

Der Schutz Fremder vor Abschiebung in Staaten, in denen die reale Gefahr der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung oder katastrophale humanitäre Bedingungen drohen, zählt zu den großen Herausforderungen unserer Zeit. Unzählige Menschen suchen heute vor allem in den Staaten Europas Zuflucht vor Verfolgung in ihrer Heimat. Die Bewältigung dieser Flüchtlingsströme stellt die europäische Staatengemeinschaft zusehends vor komplexe politische, soziale und wirtschaftliche Probleme.¹ Nicht zuletzt deshalb ist vor allem in den letzten beiden Jahrzehnten das Asyl- und Fremdenrecht vieler Staaten Europas zunehmend verschärft worden. Unter dem Deckmantel der Forderung nach einer „kontrollierten Einwanderung“ wurden und werden nach wie vor vielfach immer strengere Zuwanderungs- und Einbürgerungsvorschriften geschaffen sowie die Hürden für Asylsuchende beträchtlich erhöht. Dieser Trend hält ungebrochen an. Die Staaten Europas bewegen sich dabei nicht selten in einer menschenrechtlich bedenklichen Grauzone. Den aktuellen Bestrebungen vieler europäischer Staaten nach immer restriktiveren Asyl- und Fremdenrechtsvorschriften sind aber auch wesentliche rechtliche Grenzen gesetzt. Die wichtigsten sind völkerrechtlicher Natur. Zu nennen sind hier insbesondere die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ebenso wie das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (UN-Antifolterkonvention) und der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR). Alle diese Menschenrechtsinstrumente anerkennen unter bestimmten Voraussetzungen Abschiebungsschutz für Personen, denen in ihrer Heimat eine konkrete Misshandlungsgefahr droht.

Zentrale Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (*EGMR*) zum Abschiebungsschutz (oder auch „Refoulementschutz“) des Art 3 EMRK zu, der höchsten und wichtigsten Instanz im europäischen Menschenrechtsschutz. Sie verbietet die Abschiebung von Personen in Staaten, wenn stichhaltige Gründe die Annahme rechtfertigen, dass diese dort dem realen Risiko von Folter oder einer unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung unterworfen werden könnten.² Die Straßburger Instanzen (zunächst die Europäische Kommission für Menschenrechte (*EKMR*)³ und darauf aufbauend der *EGMR*) haben in den letzten Jahrzehnten eine sehr reichhaltige und einflussreiche

¹ EGMR Urt 21.1.2011, *M.S.S. vs Belgium and Greece*, Nr 30.696/09.

² Grundlegend EGMR Urt 7.7.1989, *Soering vs the United Kingdom*, Nr 14.038/88.

³ *Kälén*, Das Prinzip des Non-Refoulement (1982); *Duffy*, Article 3 of the European Convention on Human Rights, ICLQ 32 (1983).

Rechtsprechung zu diesem besonders sensiblen Thema entwickelt. Ein wesentlicher Grund für die große praktische Relevanz dieser Judikatur liegt vor allem darin, dass der Anwendungsbereich der Genfer Flüchtlingskonvention bedeutende Ausnahmen vorsieht, die sich bei der Beurteilung von Schutzbegehren zusehends als nicht länger hinnehmbare Schutzlücken erwiesen haben. So schützt die GFK etwa nur Personen, denen in ihrer Heimat aufgrund bestimmter Gründe, nämlich wegen ihrer „Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder (ihrer) politischen Überzeugung“, Verfolgung droht.⁴ Das bedeutet aber, dass etliche schutzbedürftige Personengruppen, wie etwa Bürgerkriegsopfer, denen oft schon allein aufgrund ihrer Anwesenheit in einem Bürgerkriegsgebiet die ernste Gefahr einer Schlechtbehandlung droht, oder Opfer von willkürlicher Gewalt in sog. „*failed states*“ in vielen Fällen nicht unter den Schutz der GFK fallen. Hinzu kommt, dass die GFK grundsätzlich nur Personen schützt, die keine Gefahr für die nationale Sicherheit darstellen oder wegen eines besonders schweren Verbrechens rechtskräftig verurteilt worden sind.⁵ Schwerverbrecher oder Terroristen können sich daher in aller Regel ebenfalls nicht auf den Schutz der GFK berufen, selbst wenn ihnen in ihrer Heimat mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Verfolgung aufgrund eines anerkannten Konventionsgrundes droht.⁶ Demgegenüber stellt der Schutz des Art 3 EMRK grundsätzlich bloß auf das Vorliegen einer relevanten Misshandlungsgefahr ab. Der Abschiebungsschutz des Art 3 EMRK erweist sich in dieser Hinsicht somit als bedeutend weiter als jener der GFK. Dieser Umstand hat erst jüngst im sog. „Krieg gegen den internationalen Terrorismus“ beträchtliche praktische Bedeutung erlangt. So waren einige Mitgliedstaaten der EMRK bemüht, „unerwünschte“ Fremde, die der Beteiligung an terroristischen Aktivitäten verdächtigt oder sonst als Gefahr für die nationale Sicherheit eingestuft werden, – teilweise sogar ohne formelles Verfahren (sog. „*extraordinary renditions*“) – in Staaten abzuschicken, in denen bekanntermaßen gefoltert und misshandelt wird.⁷ Der *EGMR* hat derartige Maßnahmen der Vertragsstaaten unter Berufung auf den absoluten Schutzcharakter des Art 3 EMRK wiederholt scharf verurteilt.⁸

Es ist der große Verdienst der Straßburger Instanzen, die dargestellten Schutzlücken der GFK frühzeitig erkannt und weitgehend geschlossen zu haben. Die Judikatur des *EGMR* zum Abschiebungsschutz des Art 3 EMRK übt einen erheblichen praktischen Einfluss auf die Handhabung des Asyl- und Fremdenrechts in den Vertragsstaaten der EMRK aus.⁹ Die relevanten öst. Behörden und Gerichte etwa erachten diese Rechtsprechung als autoritativ: Ein Schutzbegehren, das sich in der Sache auf eine einschlägige Entscheidung

⁴ Art 33 Abs 1 GFK.

⁵ Dazu näher Art 33 Abs 2 GFK.

⁶ Vgl etwa die Nachweise bei *Kälin*, Grundriss des Asylverfahrens (1990) 234f; *EGMR* Urt 15.11.1996, *Chahal vs the United Kingdom*, Nr 22.414/93.

⁷ *Ramzy vs the Netherlands: Third Party Intervention Submissions* by Liberty & Justice.

⁸ Statt vieler *EGMR* Urt 28.2.2008, *Saadi vs Italy*, Nr 37.201/06.

⁹ Dazu näher zB *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar² (1996) 55.

des *EGMR* berufen kann, führt in aller Regel zum Erfolg. Ziel dieser Untersuchung ist es daher, die inzwischen ausgesprochen reichhaltige Rechtsprechung zu diesem besonders sensiblen Thema systematisch darzustellen. Dabei ist vordergründig die Frage zu behandeln, inwieweit eine aufenthaltsbeendende Maßnahme eines Vertragsstaates der EMRK unzulässig ist, wenn die von ihr betroffene Person bei der Rückkehr in den Herkunftsstaat einer dem Schutzbereich des Art 3 EMRK widersprechenden Situation (sprich „Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung“) ausgesetzt sein könnte; es geht also vor allem um den präventiven Schutzcharakter des Art 3 EMRK.¹⁰ Auch auf sonstige völkerrechtliche Abschiebungsverbote, etwa nach dem europäischen Unionsrecht¹¹, der UN-Antifolterkonvention (UNKf)¹² oder dem Internationalen Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte (IPBPR)¹³, sowie auf die einschlägige internationale Rechtsprechung, zB des *EuGH*, des brit *House of Lords* (nunmehr abgelöst durch den Obersten Gerichtshof des Vereinigten Königreiches), des dt Bundesverfassungsgerichts und -verwaltungsgerichts sowie der öst Höchstgerichte des öffentlichen Rechts, Verfassungsgerichtshof und Verwaltungsgerichtshof, wird in diesem Zusammenhang gelegentlich, besonders bei wichtigen, strittigen oder ungeklärten Fragen, vergleichend Bezug genommen. Thematisch anders gelagerte Abschiebungshindernisse aus der EMRK – wie etwa aus dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art 6 EMRK oder dem Recht auf Achtung des Familien- und Privatlebens nach Art 8 EMRK – werden hingegen nicht näher behandelt.

Die vorliegende Arbeit versteht sich vor allem als Hilfe für die gerichtliche, anwaltliche und rechtsberatende Praxis im Bereich des Abschiebungsschutzes, wendet sich aber ebenso an jeden an Menschenrechtsfragen Interessierten. Sie kann sich auf bedeutende Vorarbeiten zum Refoulementschutz des Art 3 EMRK stützen. Für den deutschsprachigen Raum ist vor allem auf die ausgezeichnete Untersuchung von *Alleweldt* (1996)¹⁴, der ersten gründlichen Darstellung zur einschlägigen Rechtsprechung des *EGMR*, sowie die Arbeiten von *Kälin* (1982, 1990)¹⁵ und *Trechsel* (1996)¹⁶ hinzuweisen, für den englisch-

¹⁰ Vgl *Trechsel*, Artikel 3 EMRK als Schranke der Ausweisung, in *Barwig/Brill*, Aktuelle asylrechtliche Probleme der gerichtlichen Entscheidungspraxis in Deutschland, Österreich und der Schweiz (1996) 92f.

¹¹ Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29.4.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl L S 304 S 12.

¹² Art 3 UNKf.

¹³ Art 7 IPBPR.

¹⁴ *Alleweldt*, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (1996).

¹⁵ *Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement (1982); ders, Grundriss des Asylverfahrens (1990).

¹⁶ ZB *Trechsel*, Artikel 3 EMRK als Schranke der Ausweisung, in *Barwig/Brill*, Aktuelle asylrechtliche Probleme der gerichtlichen Entscheidungspraxis in Deutschland, Österreich und der Schweiz (1996).

sprachigen Raum etwa auf die Werke von *Duffy* (1983)¹⁷ und *Einarsen* (1991)¹⁸. Die Judikatur des *EGMR* ist aber nicht stehen geblieben. Seit dem Erscheinen dieser Untersuchungen hat der Gerichtshof eine Reihe wegweisender, teilweise gänzlich neue Wege beschreitender Entscheidungen zum Abschiebungsschutz des Art 3 EMRK getroffen.¹⁹ Das gilt besonders für den berühmten Fall *D.*, in dem der *EGMR* erstmals die prinzipielle Relevanz katastrophaler humanitärer Bedingungen im Herkunftsstaat zur Bejahung von Abschiebungsschutz ausdrücklich anerkannt hat.²⁰ Eine Neudarstellung des Refoulements schutzes des Art 3 EMRK unter besonderer Berücksichtigung der inzwischen ergangenen Judikatur erscheint daher durchaus gerechtfertigt.

Der Gang der Untersuchung sowie die zu behandelnden Themenschwerpunkte lassen sich wie folgt skizzieren:

Zunächst erfolgt eine Prüfung der „*travaux préparatoires*“ zu Art 3 EMRK dahin, ob bereits die vertragsschließenden Parteien der EMRK Art 3 als Schutzinstrument gegen menschenunwürdige aufenthaltsbeende Maßnahmen vor Augen hatten.²¹ Zwar bieten die Materialien zu dieser Frage letztlich keinen konkreten (weder positiven noch negativen) Aufschluss, doch geht aus ihnen immerhin die klare Intention der *drafter* der EMRK hervor, mit Art 3 EMRK ein möglichst umfassendes Verbot zu schaffen, dessen Reichweite nicht durch die demonstrative Aufzählung einzelner Misshandlungsszenarien gleichsam einzementiert werden, sondern eine angemessene Reaktion auf – unvorhergesehene und unvorhersehbare – künftige Entwicklungen ermöglichen sollte.²² Maßgeblich war dafür vor allem die übereinstimmende Einsicht sämtlicher Vertragsstaaten zur Folter, dass „*it would be better even for society to perish than for it to permit this relic of barbarism to remain*“.²³

Die **Europäische Kommission für Menschenrechte**, die im Jahr 1999 aufgelöst wurde²⁴, hat diesen Gedanken bereits sehr früh aufgegriffen und dementsprechend eine Begrenzung des Art 3 EMRK im Sinne einer ausschließlich

¹⁷ *Duffy*, Article 3 of the European Convention on Human Rights, ICLQ 32 (1983) 316.

¹⁸ *Einarsen*, The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum, IJRL 2 (1990) 361.

¹⁹ ZB Urt 15.11.1996, *Chabal vs the United Kingdom*, Nr 22.414/93; Urt 17.12.1996, *Ahmed vs Austria*, Nr 25.964/94; Urt 29.4.1997, *H.L.R. vs France*, Nr 24.573/94; Urt 2.5.1997, *D. vs the United Kingdom*, Nr 30.240/96; Urt 11.1.2007, *Salah Sheekh vs the Netherlands*, Nr 1948/04; Urt 28.2.2008, *Saadi vs Italy*, Nr 37.201/06; Urt 17.7.2008, *NA. vs the United Kingdom*, Nr 25.904/07; Urt 21.1.2011, *M.S.S. vs Belgium and Greece*, Nr 30.696/09; Urt 28.6.2011, *Sufi and Elmi vs the United Kingdom*, Nr 8319/07 u 11.449/07.

²⁰ *EGMR* Urt 2.5.1997, *D. vs the United Kingdom*, Nr 30.240/96.

²¹ *Council of Europe*, Collected Edition of the „*Travaux Préparatoires*“ of the European Convention on Human Rights, Vol I-VIII (1975-1985).

²² *Cassese*, Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, in *Macdonald/Matscher/Petzold* (ed), The European System for the Protection on Human Rights (1993) 227.

²³ Siehe Collected Edition Vol II 1f.

²⁴ Vgl das 11. ZPMRK.

„territorialen“ Schutzwirkung abgelehnt. Seit den späten 50-er Jahren des 20. Jahrhunderts judizierte sie daher, dass bei Vorliegen bestimmter außergewöhnlicher Umstände („*certain exceptional circumstances*“) aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen Art 3 EMRK verstoßen können.²⁵ Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat im Verlauf ihrer fast drei Jahrzehnte währenden eigenständigen Praxis einen sehr wesentlichen Beitrag zur Herausarbeitung und Konkretisierung der bei der Beurteilung von Abschiebungsfällen gemeinhin maßgeblichen Voraussetzungen (vor allem Schutzbereich, Verfolgungswahrscheinlichkeit und Beweismaß) geleistet.²⁶ Es gibt kaum ein auch in der aktuellen Entscheidungspraxis des *EGMR* relevantes Thema, das die Kommission nicht zumindest in den Grundzügen bereits erörtert hätte. Der Gerichtshof konnte sich daher auf bedeutende Vorarbeiten stützen, als er sich im Fall *Soering* (1989) erstmals mit der Frage des Refoulementschesutzes des Art 3 EMRK zu beschäftigen hatte.

Anschließend wird die Rechtsprechung des **Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte** zum Non-Refoulement-Prinzip im Überblick wiedergegeben. In diesem Zusammenhang werden die wichtigsten Urteile des *EGMR* zum Abschiebungsschutz des Art 3 EMRK in chronologischer Reihenfolge sowohl in sachverhältnismäßiger als auch rechtlicher Hinsicht dargestellt. Diese Darstellungstechnik dient vor allem dem besseren Verständnis. Dem Leser soll damit die Möglichkeit eröffnet werden, die in den Folgekapiteln näher analysierten Voraussetzungen des Refoulementschesutzes des Art 3 EMRK anhand des Beispiels konkret entschiedener Fälle besser nachvollziehen zu können.

Auf dem Boden der gesichteten relevanten Judikatur erfolgt sodann eine *Feinprüfung* der maßgeblichen Voraussetzungen des Refoulementschesutzes des Art 3 EMRK:

Eine Grundbedingung für die Bejahung von Abschiebungsschutz nach Art 3 EMRK ist das Vorliegen relevanter **Gefahrenmomente**. Dabei geht es vor allem um die Frage, mit welchen Folgen der Betroffene im Herkunftsstaat rechnen muss, um sich erfolgreich auf den Refoulementschutz nach dieser Bestimmung berufen zu können. Es handelt sich hier um die Akte der „Folter oder unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung“, die anhand der einschlägigen Rechtsprechung des *EGMR* kurz skizziert werden. Der Gerichtshof äußert sich in Refoulementfällen allerdings zumeist nur sehr cursorisch zu den in Art 3 EMRK verbotenen Misshandlungsformen. Ein wesentlicher Grund dürfte darin liegen, dass eine spezifische Konkretisierung der drohenden Misshandlungsart prinzipiell nicht erforderlich erscheint, wenn feststeht, dass die drohende „Behandlung“ im Herkunftsstaat bereits das ausreichende Mindestmaß an Schwere erreichen dürfte, weil die Rechtsfolgen

²⁵ Siehe die Nachweise in EKMR ZE 30.6.1964, X. vs Austria and Yugoslavia, Nr 2143/64.

²⁶ Dazu näher *Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement (1982); ders, Grundriss des Asylverfahrens (1990).

jeweils die gleichen sind.²⁷ Es hat aber den Anschein, dass der Gerichtshof vor allem bei der Beurteilung von behaupteten Bedrohungsszenarien, die erniedrigende Behandlungen – die schwächste Misshandlungsform des Art 3 EMRK – in den Verfolgerstaaten betreffen, bei der Annahme von Abschiebungsschutz sehr zurückhaltend ist.²⁸

Entscheidende Bedeutung kommt in der Praxis der Frage der maßgeblichen **Gefahrenquellen**, also der potentiellen Urheber einer verbotenen Handlung im Sinne des Art 3 EMRK, zu. Der *EGMR* hat den Kreis der relevanten Gefahrenquellen sukzessive erweitert. Dabei hat er sich vordergründig von dem Gedanken leiten lassen, dass primär auf das Bestehen einer „objektiven Gefahrenlage“ im Herkunftsstaat abzustellen ist.²⁹ Ausgehend von dieser Prämisse sind nicht bloß Akte staatlicher Verfolgung³⁰, sondern auch sog nicht-staatliche (oder private) Bedrohungsszenarien³¹, etwa durch Bürgerkriegsparteien³² oder kriminelle Organisationen³³, zu berücksichtigen. Der *EGMR* ist hier aber nicht stehen geblieben, sondern hat in der bahnbrechenden Entscheidung *D.* – unter Berufung auf den „absoluten“ Charakter des Art 3 EMRK – vom Erfordernis einer (staatlichen oder privaten) Verfolgung – einer „Behandlung“ *stricto sensu* – überhaupt abgesehen und damit im Ergebnis auch eine zu erwartende „unmenschliche Lage“ im Herkunftsstaat zur Annahme einer Verletzung dieser Bestimmung genügen lassen.³⁴ Art 3 EMRK ist nach wie vor das einzige internationale menschenrechtliche, im Wege eines effektiven Schutzmechanismus geltend machbare Instrument, das Abschiebungsschutz auch bei Fehlen eines Verfolgersubjekts anerkennt.

Das Kernproblem bei der Beurteilung von Abschiebungsfällen in der Praxis ist zumeist die **Gefahrenabschätzung**, also die Frage, mit welcher Intensität das Misshandlungsrisiko im Herkunftsstaat drohen muss, um Refoulementschutz zu begründen, und welches Kalkül bei dieser Prüfung anzuwenden ist. Der *EGMR* verlangt in ständiger Rechtsprechung den Nachweis eines sog „*real risk*“ („realen Risikos“) einer drohenden Schlechtbehandlung im

²⁷ ZB *Arai-Takahashi*, Uneven, but in the Direction of Enhanced Effectiveness – A Critical Analysis of „Anticipatory Ill-Treatment“ under Article 3 ECHR, Neth QHR 20, 2002, 15.

²⁸ Etwa *Arai-Yokoi*, Grading Scale of Degradation: Identifying the threshold of degrading treatment or punishment under Article 3 ECHR, Neth QHR 21 (2003) 385ff.

²⁹ *Zimmermann*, Ausweisungsschutz, in Grote/Marauhn (Hg), EMRK/GG (2006) Kap 27 Rz 74.

³⁰ EGMR Urt 15.11.1996, *Chahal* vs the United Kingdom, Nr 22.414/93 uva.

³¹ Grundlegend EGMR Urt 29.4.1997, *H.L.R. vs France*, Nr 24.573/94.

³² EGMR Urt 17.12.1996, *Ahmed* vs Austria, Nr 25.964/94; Urt 17.7.2008, *NA. vs the United Kingdom*, Nr 25.904/07; Urt 28.6.2011, *Sufi and Elmi* vs the United Kingdom, Nr 8319/07 u 11.449/07.

³³ EGMR Urt 29.4.1997, *H.L.R. vs France*, Nr 24.573/94.

³⁴ EGMR Urt 2.5.1997, *D. vs the United Kingdom*, Nr 30.240/96; siehe auch EGMR Urt 27.5.2008, *N. vs the United Kingdom*, Nr 26.565/05; Urt 28.6.2011, *Sufi and Elmi* vs the United Kingdom, Nr 8319/07 u 11.449/07.

Herkunftsstaat.³⁵ Hingegen reicht eine „bloße Misshandlungsmöglichkeit“ in aller Regel nicht zur Schutzbegründung aus.³⁶ Der Gerichtshof legt diesen beiden Begriffen kein mathematisches (dh eine Prüfung der Verfolgungswahrscheinlichkeit anhand von Prozentannahmen), sondern ein normatives Verständnis zugrunde. Den maßgeblichen Unterschied zwischen einem „realen Risiko“ und einer „bloßen Möglichkeit“ sieht er grundsätzlich im Vorliegen oder Nichtvorliegen von „*special distinguishing features*“ („besonderen Unterscheidungsmerkmalen“), die gegebenenfalls auf ein persönliches („*personal*“ oder „*individual*“) und vorhersehbares („*foreseeable*“) Risiko für den Beschwerdeführer schließen lassen.³⁷ Fehlen derartige besondere gefahrenerhöhende Umstände, lässt sich ein relevantes – über eine bloß spekulative Gefahr hinausgehendes – „*real risk*“ für gewöhnlich nicht annehmen.³⁸ Eine gewisse Lockerung dieses Erfordernisses bejaht der *EGMR* in Fällen systematisch verfolgter Risikogruppen.³⁹ Einen gänzlichen Entfall dieser Voraussetzung anerkennt er jedoch nur in Fällen sog extremer Allgemeingefahren, die bereits für sich genommen die Schwelle eines relevanten „realen Risikos“ erreichen.⁴⁰ Erst jüngst hat der Gerichtshof erstmals eine solche Gefahrenlage (nämlich in Bezug auf den Bürgerkrieg in Somalia) angenommen. Alles in allem hat der *EGMR* in seiner bisherigen Entscheidungspraxis einen eher strengen Maßstab an den Nachweis eines „realen Risikos“ angelegt.

Der *EGMR* verlangt in ständiger Judikatur zudem den Nachweis von „*substantial grounds*“ („stichhaltigen Gründen“) zur Annahme eines relevanten Misshandlungsrisikos.⁴¹ Es kommt daher wesentlich darauf an, welche Faktoren der *EGMR* bei der Beurteilung der Frage, ob ein reales Misshandlungsrisiko im Herkunftsstaat besteht, im Allgemeinen berücksichtigt. In diesem Zusammenhang sollen in erster Linie jene Umstände thematisiert werden, die in der Praxis eine besonders wichtige Rolle spielen und zugleich einer generalisierenden Betrachtungsweise zugänglich sind. Konkret handelt es sich dabei vor allem um die Gesichtspunkte einer schon vor der Flucht erlittenen Misshandlung⁴², der allgemeinen Verhältnisse im Herkunftsstaat⁴³, einer In-

³⁵ Grundlegend *EGMR* Urt 7.7.1989, *Soering vs the United Kingdom*, Nr 14.038/88; ferner *EGMR* Urt 28.2.2008, *Saadi vs Italy*, Nr 37.201/06 Urt 28.6.2011, *Sufi and Elmi vs the United Kingdom*, Nr 8319/07 u 11.449/07;

³⁶ *EGMR* Urt 31.10.1991, *Vilvarajah et al vs the United Kingdom*, Nr 13.163/87 uva.

³⁷ *EGMR* *Vilvarajah*; Urt 11.1.2007, *Salah Sheekh vs the Netherlands*, Nr 1948/04; Urt 28.6.2011, *Sufi and Elmi vs the United Kingdom*, Nr 8319/07 u 11.449/07.

³⁸ ZB *EGMR* *Salah Sheekh*; Urt 17.7.2008, *NA. vs the United Kingdom*, Nr 25.904/07.

³⁹ Grundlegend *EGMR* *NA.*

⁴⁰ *EGMR* Urt 28.6.2011, *Sufi and Elmi vs the United Kingdom*, Nr 8319/07 u 11.449/07.

⁴¹ *EGMR* Urt 7.7.1989, *Soering vs the United Kingdom*, Nr 14.038/88 uva.

⁴² Etwa *EGMR* Urt 17.2.2004, *Thampibillai vs the Netherlands*, Nr 61.350/00; Urt 17.7.2008, *NA. vs the United Kingdom*, Nr 25.904/07.

⁴³ *EGMR* Urt 31.10.1991, *Vilvarajah et al vs the United Kingdom*, Nr 13.163/87; Urt 17.7.2008, *NA. vs the United Kingdom*, Nr 25.904/07.

ländischen Fluchtalternative⁴⁴, diplomatischer Zusicherungen des Herkunftsstaates⁴⁵, der Gefahr einer Kettenabschiebung⁴⁶ sowie der Berichtslage über die menschenrechtliche Situation im Zielstaat der aufenthaltsbeendenden Maßnahme⁴⁷. In der jüngeren Entscheidungspraxis des Gerichtshofes haben vor allem die allgemeinen Verhältnisse im Heimatstaat, diplomatische Zusicherungen von Herkunftsstaaten sowie die Gefahr von Weiterschreibungen in unsichere „Zwischenstaaten“ eine zunehmend wichtige Rolle gespielt. Erstere vor allem im Zusammenhang mit Bürgerkriegsszenarien⁴⁸, zweitere im Kontext des sog „Kriegs gegen den internationalen Terrorismus“⁴⁹ und letztere insbesondere bei der Anwendung der umstrittenen Dublinverordnung⁵⁰ der Europäischen Union⁵¹. Diesen Gesichtspunkten wird in dieser Untersuchung daher besonderes Augenmerk zuteil.

Art 3 EMRK kommt sog **absoluter Schutz** zu. Dieser gilt auch für den aus dieser Bestimmung abgeleiteten Refoulementschutz⁵². Diese Sonderstellung des Art 3 im System der EMRK manifestiert sich vor allem in zwei Aspekten. Zum Einen kennt Art 3 EMRK keinen Vorbehalt. Das bedeutet, dass allen Personen, die in den Schutzbereich der Bestimmung fallen, Refoulementschutz zukommt. Auch Schwerverbrechern oder Terroristen kommt somit Abschiebungsschutz zu, wenn ihnen in ihren Herkunftsstaaten mit ausreichender Wahrscheinlichkeit eine Art 3 EMRK widersprechende Behandlung droht.⁵³ Wie bereits eingangs angedeutet, erweist sich der Schutz des Art 3 EMRK daher als bedeutend weiter als jener des Art 33 der Genfer Flüchtlingskonvention, der nur auf Flüchtlinge im Sinne dieser Konvention Anwendung findet, die keine Gefahr für die nationale Sicherheit des Zufluchtsstaates sind oder die nicht wegen eines besonders schweren Verbrechens verurteilt wurden. Zum Anderen ist eine Abwägung zwischen den Interessen des Auf-

⁴⁴ EGMR Urt 6.3.2001, *Hilal vs the United Kingdom*, Nr 45.276/99; Urt 11.1.2007, *Salah Sheekh vs the Netherlands*, Nr 1948/04; Urt 28.6.2011, *Sufi and Elmi vs the United Kingdom*, Nr 8319/07 u 11.449/07.

⁴⁵ EGMR Urt 15.11.1996, *Chahal vs the United Kingdom*, Nr 22.414/93; Urt 4.2.2005, *Mamatkulov and Askarov vs Turkey*, Nr 46.827/99 u 46.951/99; Urt 28.2.2008, *Saadi vs Italy*, Nr 37.201/06.

⁴⁶ EGMR ZE 7.3.2000, *T.I. vs the United Kingdom*, Nr 43.844/98; Urt 21.1.2011, *M.S.S. vs Belgium and Greece*, Nr. 30.696/09.

⁴⁷ EGMR Urt 17.7.2008, *NA. vs the United Kingdom*, Nr 25.904/07; Urt 11.1.2007, *Salah Sheekh vs the Netherlands*, Nr 1948/04; Urt 28.6.2011, *Sufi and Elmi vs the United Kingdom*, Nr 8319/07 u 11.449/07.

⁴⁸ EGMR *NA*; EGMR *Sufi and Elmi*.

⁴⁹ EGMR Urt 28.2.2008, *Saadi vs Italy*, Nr 37.201/06; Urt 20.7.2010, *A. vs the Netherlands*, Nr 4900/06.

⁵⁰ Verordnung (EG) Nr 343/2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrages zuständig ist.

⁵¹ EGMR Urt 21.1.2011, *M.S.S. vs Belgium and Greece*, Nr 30.696/09.

⁵² EGMR Urt 7.7.1989, *Soering vs the United Kingdom*, Nr 14.038/88.

⁵³ EGMR Urt 28.2.2008, *Saadi vs Italy*, Nr 37.201/06 uva.

enthaltsstaates (zB dessen nationale Sicherheitsinteressen) und denen der von der Abschiebungsmaßnahme betroffenen Person im Anwendungsbereich des Art 3 EMRK unter keinen Umständen zulässig.⁵⁴ Jeder Eingriff in den Schutzbereich dieser Bestimmung stellt bereits eine Menschenrechtsverletzung dar. Der Schutz des Art 3 EMRK ist aber nur auf den ersten Blick tatsächlich absolut. Der absolute Schutz des Art 3 EMRK greift nämlich nur dann, sofern seine Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Bei der vorgelagerten Frage, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, besteht allerdings ein nicht unerheblicher Auslegungsspielraum, in dessen Rahmen verschiedenste (auch gegenläufige) Wertungen berücksichtigt werden können. Der *EGMR* hat wiederholt den „absoluten Charakter“ des Art 3 EMRK hervorgehoben, um eine extensive dynamische Auslegung aufenthaltsrechtlicher Schutzpflichten zu rechtfertigen.⁵⁵ Er leitet aus der „Absolutheit“ des Art 3 EMRK insbesondere ab, dass es letztlich nur auf eine „objektive Gefahr“ einer Art 3 EMRK widersprechenden Behandlung im Herkunftsstaat ankommt, um Abschiebungsschutz zu begründen.

⁵⁴ EGMR Urt 15.11.1996, *Chahal* vs the United Kingdom, Nr 22.414/93; explizit bestätigt in EGMR *Saadi*.

⁵⁵ Etwa EGMR Urt 17.12.1996, *Ahmed* vs Austria, Nr 25.964/94; Urt 29.4.1997, *H.L.R.* vs France, Nr 24.573/94; Urt 2.5.1997, *D.* vs the United Kingdom, Nr 30.240/96; Urt 28.6.2011, *Sufi* and *Elmi* vs the United Kingdom, Nr 8319/07 u 11.449/07.

Refoulementschutz nach Artikel 3 EMRK

A. Ausgangslage

Die Bestimmung des Art 3 EMRK lautet:

„Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.“

Eine Verpflichtung zum Abschiebungsschutz enthält diese Bestimmung *expressis verbis* nicht. Der EGMR geht in ständiger Rechtsprechung allerdings davon aus, dass den Vertragsstaaten der EMRK aufgrund einer anerkannten Regel des Völkerrechts und vorbehaltlich ihrer vertraglichen Verpflichtungen einschließlich der EMRK das Recht zukommt, die Einreise, den Aufenthalt und die Abschiebung von Ausländern zu kontrollieren.⁵⁶ Außerdem ergäbe sich weder aus dieser noch aus ihren Protokollen ein Recht auf politisches Asyl.⁵⁷ Ungeachtet dessen kann jedoch nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes die Außerlanderschaffung eines Fremden unter Umständen ein Problem nach Art 3 EMRK aufwerfen. Der EGMR spricht in diesem Zusammenhang von „*some, limited extraterritorial application*“, die Art 3 EMRK dann zukommt.⁵⁸ Die EMRK kommt daher gegebenenfalls auch bei Fällen zur Anwendung, in denen sich Akte „der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung“ außerhalb des Hoheitsgebietes und der Hoheitsgewalt der Vertragsstaaten ereignen oder ereignen könnten.

Refoulementschutz nach Artikel 3 EMRK genießen nicht nur Personen, die sich im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates aufhalten, sondern auch Schutzsuchende, die sich außerhalb des Territoriums eines Vertragsstaates, aber unter dessen **effektiver Kontrolle** befinden.⁵⁹ Bis jetzt ungeklärt, mE aber grundsätzlich zu bejahen ist, ob Refoulementschutz auch in Bezug auf Individuen greift, die im Herkunftsstaat in diplomatischen Vertretungen eines Vertragsstaates Zuflucht suchen.⁶⁰ Dies wird allerdings nur in besonderen Fällen anzunehmen sein, etwa dann, wenn eine relevante Misshandlungsfahrerart

⁵⁶ Statt vieler etwa EGMR Urt 17.7.2008, *NA. vs the United Kingdom*, Nr 25.904/07 Rz 109.

⁵⁷ Statt vieler EGMR Urt 30.10.1991, *Vilvarajah et al vs the United Kingdom*, Nr 13.163/87 Rz 102; zuletzt etwa EGMR *NA. vs the United Kingdom* Rz 109.

⁵⁸ EGMR Urt 21.11.2001, *Al-Adsani vs the United Kingdom*, Nr 35.763/97 Rz 39.

⁵⁹ EGMR ZE 30.6.2009, *Al-Saadoon and Mufdhi vs the United Kingdom*, Nr 61.498/08 Rz 84-89.

⁶⁰ Zum Diskussionstand EGMR *Al-Saadoon and Mufdhi* Rz 139-140; siehe ferner zB *Wouters*, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement* (2009) 202ff.

imminent ist, dass dem Schutzsuchenden eine Flucht aus dem Verfolgerstaat vernünftigerweise nicht zugemutet werden kann.

I. Die Rechtsprechung der Konventionsorgane im Überblick

1. Die „*travaux préparatoires*“

Ob bereits die vertragsschließenden Parteien (*drafter*) der EMRK die Relevanz von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen im Zusammenhang mit Art 3 EMRK vor Augen hatten, lässt sich nicht eindeutig beantworten. Anhand der *travaux préparatoires* zur EMRK kann eine allfällige Intention der *drafter*, Art 3 EMRK mit einer entsprechend „extraterritorialen“ Schutzwirkung zu versehen, jedenfalls weder belegt noch verneint werden.⁶¹ Ausgerechnet zu den intensiven Beratungen des „*Committee of Experts*“ (Februar/Mai 1950) – des bei der Ausarbeitung der einzelnen Bestimmungen des Vertragsentwurfs.⁶² federführenden Ausschusses – fehlen leider jegliche Beratungsprotokolle.⁶³ Sowohl die daran anknüpfende – mit der Überarbeitung der Expertenvorschläge betraute – „*Conference of Senior Officials*“ (Juni 1950) als auch das – den Entwurf einer abschließenden Revision unterziehende – Ministerkomitee des Europarates (August/November 1950) sahen in Bezug auf Art 3 EMRK keinen nennenswerten Diskussions- bzw Änderungsbedarf mehr gegeben.

⁶¹ Vgl zur Entstehungsgeschichte der EMRK im Allgemeinen und des Art 3 EMRK im Besonderen: *Council of Europe*, Collected Edition of the „*Travaux Préparatoires*“ of the European Convention on Human Rights, Vol I-VIII (1975-1985), insb die einführenden Bemerkungen in Vol I (S XXII-XXXII), sowie ferner die Vol III u IV. Siehe außerdem <http://www.echr.coe.int/Library/COLENTTravauxprep.html>.

⁶² Genau genommen konzipierte die Expertenkommission nicht einen Vertragsentwurf, sondern zwei voneinander erheblich abweichende Hauptvarianten (eine mit dem Schwerpunkt auf eine reine Auflistung, die andere auf eine detaillierte Definition der Menschenrechte), die sich wiederum in jeweils mehrere Subvarianten gliederten. Art 3 EMRK war jedoch in allen Alternativvorschlägen im Wesentlichen bereits in seiner nunmehrigen Form enthalten (ua enthielt eine Variante – wie Art 5 AKMR – zusätzlich das Wort „*cruel*“, eine andere wiederum verzichtete – bei sonstiger Übereinstimmung mit Art 3 EMRK – auf die Beifügung des Terminus „erniedrigend“). Die – von den Experten als „*political ... rather than legal*“ (siehe Collected Edition Vol I) eingestufte – Entscheidung, welche Variante letztlich zum Zug kommen sollte, wurde dem „*Committee of Ministers*“ vorbehalten, das seinerseits eine „*Conference of Senior Officials*“ einberief, die den Weg zu einem beschlussreifen – im Zuge der nachfolgenden Beratungen jedoch vom Ministerkomitee noch in einigen wichtigen Punkten, nicht allerdings in Bezug auf Art 3 EMRK, modifizierten – Vertragsentwurf ebnete. Die „*Conference of Senior Officials*“ verwickelte die beiden Hauptvarianten und empfahl Art 3 EMRK in seiner jetzigen Form (vgl *Council of Europe*, European Commission of Human Rights, Preparatory Work of Article 3 of the European Convention on Human Rights (1956) 17: <http://www.echr.coe.int/Library/COLENTTravauxprep.html>). Die EMRK wurde schließlich am 4.11.1950 in Rom unterzeichnet; sie trat am 3.9.1953 nach Ratifizierung durch 10 Staaten in Kraft; vgl zum Ganzen näher, *Council of Europe*, Collected Edition insb die Vol III-VII, sowie zum Überblick die Einführung in Vol I.

⁶³ Vgl Collected Edition Vol I S XXX.

Aus dem eben Gesagten leuchtet bereits ein, dass die *travaux préparatoires* bezüglich Art 3 EMRK keine allzu große Auslegungshilfe bieten;⁶⁴ gänzlich unbrauchbar sind sie allerdings auch nicht. Eines lässt sich nämlich aus ihnen zweifelsfrei ableiten: Art 3 EMRK sollte nach Vorstellung der *drafter* ein umfassendes Verbot darstellen.⁶⁵ Aus diesem Grundverständnis heraus war denn auch in den Beratungen der ersten Session der „*Consultative Assembly*“ des Europarates (August/September 1949) ein Vorschlag des brit Repräsentanten *Cocks* abgelehnt worden, der die Aufnahme einer beispielhaften Aufzählung von verbotenen Folterhandlungen in die EMRK vorgesehen hätte.⁶⁶ Diesem Ansinnen blieb allerdings nicht etwa deshalb der Erfolg versagt, weil die Mehrheit der Versammlung diesen – aus damaliger Sicht durchaus progressiven – Vorschlag etwa inhaltlich ablehnte⁶⁷, sondern vielmehr, weil befürchtet wurde, dass eine derartige Auflistung – *per argumentum e contrario* – als beabsichtigte Begrenzung des Schutzbereichs missverstanden werden und somit die angestrebte umfassende Tragweite des Verbots unterminieren könnte.⁶⁸

⁶⁴ Es ist bezeichnend, dass die vorbereitenden Arbeiten zu Art 3 EMRK von den Konventionsorganen – soweit ersichtlich – nur ein einziges Mal als Interpretationshilfe (iZm der Frage der Zulässigkeit bestimmter Verhörtechniken) herangezogen worden sind: EKMR Bericht 17.3.1976, *Ireland vs United Kingdom*, Nr 5310/71.

⁶⁵ So auch *Cassese*, Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, in *Macdonald/Matscher/Petzold* (ed), *The European System for the Protection of Human Rights* (1993) 228.

⁶⁶ Nach Vorstellung *Cocks* sollte nachstehende – eher an ein politisches bzw moralisches Statement als an einen juristischen Text erinnernde (zu den gleichwohl aus juristischer Sicht bemerkenswerten Neuerungen dieses Vorschlages siehe *Cassese*, Prohibition of Torture 227) – Erklärung als eigenständiger Artikel Eingang in die Konvention finden (siehe *Collected Edition Vol II 1f*):

„*The Consultative Assembly takes this opportunity of declaring that all forms of physical torture, whether inflicted by the police, military authorities, members of private organisations, are inconsistent with civilised society, are offences against heaven and must be prohibited.*

It declared [richtig wohl: declares] that this prohibition must be absolute and that torture cannot be permitted for any purpose whatsoever, either for extracting evidence, to save life nor even for the safety of the State.

The Assembly believes that it would be better even for society to perish than for it to permit this relic of barbarism to remain.“

Des weiteren sollte eingefügt werden:

„*In particular no person shall be subjected to any form of mutilation or sterilisation or to any form of torture or beating. Nor shall he be forced to take drugs nor shall they be administered to him without his knowledge and consent. Nor shall he be subjected to imprisonment with such an excess of light, darkness, noise or silence as to cause mental suffering.“*

⁶⁷ Siehe die Stellungnahmen der Herren Maxwell-Fyfe, Philip, Lapie und Teigen, *Collected Edition, Vol II, 40ff*.

⁶⁸ Vgl *Collected Edition Vol II*; eine überzeugende Exposition dieses Standpunktes erfolgte durch den frz Repräsentanten Teigen:

„*If we ad a commentary on these statements [gemeint: ergänzend zum Wortlaut des Art 5 AKMR, auf den Art 2 Abs 1 des Entwurfs explizit verweist], whose terms have been*

Aus diesem Grund bevorzugte die Mehrheit der Repräsentanten denn ganz im Sinne des alten Grundsatzes „*omnis definitio periculosa est*“⁶⁹ die Schaffung eines möglichst allgemein – sprich weitgehend unqualifiziert – formulierten Misshandlungsverbots. Diese Vorstellung hat sich – wie ein Blick auf die letztlich angenommene Fassung des Art 3 EMRK zeigt – durchgesetzt.

Insgesamt lässt sich zu den vorbereitenden Materialien somit sagen, dass sie zwar speziell zur Frage einer allfälligen extraterritorialen Wirkung des Art 3 EMRK im Kontext aufenthaltsbeendender Maßnahmen keinen (weder positiven noch negativen) Aufschluss bieten; dass aus ihnen aber die klare Intention der *drafter* der EMRK hervorgeht, mit Art 3 EMRK ein möglichst umfassendes Verbot zu schaffen, dessen Reichweite nicht durch das beispielhafte Nennen einzelner Misshandlungskonstellationen gleichsam einzementiert werden, sondern eine angemessene Reaktion auf – unvorhergesehene und unvorhersehbare – künftige Entwicklungen bieten sollte.

2. Die Rechtsprechung der Europäischen Kommission für Menschenrechte

Die *EKMR* lehnte in ihrer Rechtsprechung eine Begrenzung im Sinne einer ausschließlich „territorialen“ Schutzwirkung des Art 3 EMRK schon sehr früh ab und judizierte in diesem Zusammenhang – in Anlehnung an vorangegangene Entscheidungen deutscher Gerichte der Jahre 1955/56⁷⁰ –, dass bei Vorliegen bestimmter außergewöhnlicher Umstände („*certain exceptional circumstances*“)

carefully weighed, we shall limit their scope to the comments which we make. For example, I shall shortly tell our very dear colleague that if, in our Resolution, he enumerates a certain number of means of torture which he wishes to have prohibited, he risks giving a wholly different interpretation from that he hopes to make, namely that the other processes of torture are not forbidden. And this is certainly the opposite of what he intends. I really think that the best way of stating the fundamental principle which he expressed a short while ago, and behind which every man of heart and conscience will immediately and entirely take his stand, is simply to state that all torture is prohibited ... It is dangerous to say more, since the effect of the Convention is thereby limited.“

Aus ähnlichen, teilweise aber auch anderen Erwägungen stieß ein weiterer – der Sache nach ebenso durchaus progressiver – Formulierungsvorschlag Cocks [„*The Consultative Assembly solemnly declares that any use of torture by public authorities or individuals is a crime against humanity and can never be justified on the grounds that it is being used for extracting information to save life or to protect the interests of the State or on any other grounds whatsoever. The Assembly records its abhorrence at the subjection of any person to any form of mutilation or sterilisation or beating.*“] auf Ablehnung; vgl dazu die Wiedergabe der Diskussion über diesen Vorschlag in Council of Europe, European Commission of Human Rights, Preparatory Work of Article 3 of the European Convention on Human Rights (1956) 9-14, http://www.echr.coe.int/Library/COLEN_ravauxprep.html.

⁶⁹ Cassese, Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, in *Macdonald/Matscher/Petzold* (ed), *The European System for the Protection on Human Rights* (1993) 227.

⁷⁰ Etwa OVG Münster, DÖV (1956) 381; siehe auch die Nachweise in *EKMR* ZE 30.6.1964, X. vs Austria and Yugoslavia, Nr 2143/64.

aufenthaltsbeendende Maßnahmen (Ausweisung, Auslieferung, Zurückweisung, Abschiebung, etc) gegen das Verbot der Folter oder unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe gemäß Art 3 EMRK verstoßen können.

In diesem Zusammenhang anerkannte die EKMR zwar, dass die EMRK gemäß Art 1 nur die in Abschnitt I enthaltenen Rechte garantiert und dass weder die Konvention noch eines ihrer Protokolle ein Recht auf politisches Asyl⁷¹, Nichtauslieferung, Nichtabschiebung⁷² bzw Aufenthalt⁷³ beinhaltet; gleichzeitig ging sie aber auch davon aus, dass der Konvention unter Umständen eine „Reflexwirkung“ auf Bereiche zukommen könne, die zwar nicht direkt durch sie geregelt sind, auf die die garantierten Rechte aber indirekt Anwendung finden.⁷⁴ Diese Sichtweise begründete sie im Wesentlichen damit, dass die Mitgliedstaaten mit der Ratifikation des Vertragswerkes zugestimmt hätten, die ihnen kraft allgemeinen Völkerrechts zugestandenen Rechte, einschließlich jenes über die freie Verfügung hinsichtlich der Ein- und Ausreise von Fremden, nur noch im Rahmen der Garantien der EMRK auszuüben.⁷⁵ Bezogen auf die Fälle aufenthaltsbeendender Maßnahmen – die EKMR unterschied diesbezüglich niemals zwischen Abschiebungen („*expulsion*“, „*deportation*“), Auslieferungen („*extradition*“) und sonstigen Maßnahmen gleicher Wirkung⁷⁶ – bedeutete dies konkret, dass eine Verletzung der Garantie des Art 3 EMRK dann vorliegen konnte, wenn zu besorgen war, dass durch die Durchführung dieser Maßnahme der Konventionsstaat zu einer „unmenschlichen Behandlung“ (des Betroffenen im Zielstaat) beitragen würde. Die Grundlage für die Annahme der Staatenverantwortlichkeit in diesen Fällen bestand nach Ansicht der Kommission im Akt der „Aussetzung“ („*exposure*“) des Fremden an jene, die ihn unmenschlich oder erniedrigend behandeln würden.⁷⁷ Im Fall *Kirkwood* bestätigte die EKMR ihre bis dahin ergangene Rechtsprechung folgendermaßen:

„*The Commission affirms this interpretation [gemeint: den aus Artikel 3 EMRK abgeleiteten Refoulementschutz] which is based upon the unqualified terms of Article 3 of the Convention, and the requirement which this read in conjunction with Article 1 imposes upon the Contracting Parties to the Convention to protect 'everyone within their jurisdiction'⁷⁸ from the real risk of such treatment, in the light of its irremediable nature.*“⁷⁹

⁷¹ Statt vieler ZE 7.4.1967, *X. vs Germany*, Nr 3040/67.

⁷² ZB ZE 19.7.1968, *X. vs Germany*, Nr 3110/67.

⁷³ Etwa ZE 11.3.1986, *N.O. vs Switzerland*, Nr 11.866/85.

⁷⁴ Vgl *Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement (1982) 161.

⁷⁵ EKMR ZE 30.6.1964, *X. vs Austria and Yugoslavia*, Nr 2143/64.

⁷⁶ Vgl *Kälin*, Non-Refoulement 170; *Duffy*, Article 3 of the European Convention on Human Rights, ICLQ 32 (1983) 337; ZE 11.10.1973, *Amevrane vs the United Kingdom*, Nr 5961/72.

⁷⁷ EKMR Bericht 19.01.1989, *Soering vs the United Kingdom*, Nr 14.038/88.

⁷⁸ Daraus leitete die EKMR zutr ab, dass nicht nur Flüchtlinge im Sinne von Art 1 AbschnA GFK, sondern alle Fremden, unabhängig davon, ob ihr Aufenthalt im Konven-