

Vorliegender Beitrag wird in Kürze im Journal für Rechtspolitik; JRP 2001, Heft 2, erscheinen.

Josef Rohrböck

## Die Verfolgungsgefahr im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention und deren Staatlichkeitsmomente\*

### I. Einleitung

Weithin unerwartet hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 3. 5. 2000, 99/01/0359, ausgesprochen, dass die „Staatlichkeit der Verfolgung“ notwendige Voraussetzung für das Bestehen asylrelevanter Verfolgung wäre, und seine Rechtsprechung in eine Richtung gewendet, die – erkennbar orientiert an der deutschen Judikatur – der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge<sup>1)</sup> wenig gerecht zu werden scheint. Dabei kehrt der VwGH tendenziell in eine Richtung zurück, von der er sich schon einmal abgewendet hatte.

Noch bis weit in das letzte Jahrzehnt ging der VwGH vereinzelt davon aus, dass die Verfolgung von der Staatsgewalt (von Staatlichen Stellen) auszugehen habe bzw von ihr (diesen) geduldet werden müsse<sup>2)</sup>. In weiterer Folge hielt der VwGH – von wenigen Ausnahmen abgesehen – bis zum Mai des Jahres 2000 fest, dass eine die Flüchtlingseigenschaft begründende Verfolgungsgefahr auch dann vorliege, wenn staatliche Behörden nicht gewillt oder nicht in der Lage seien, den Asylwerber vor einer von anderen Gruppierungen ausgehenden Verfolgung aus den in der Genfer Konvention genannten Gründen zu schützen<sup>3)</sup>. Mit dieser Judikatur bewegte sich der VwGH im Allgemeinen in einem Rahmen, der wie unten zu sehen ist, mit der GFK weitestgehend in Einklang zu bringen war.<sup>4)</sup>

Ohne einen verstärkten Senat in Anspruch zu nehmen<sup>5)</sup> hielt der VwGH in seinem Erkenntnis vom 3. 5. 2000, 99/01/0359 fest: „(...) *das Bestehen einer (quasi)staatlichen Herrschaftsmacht mit effektiver Gebietsgewalt im Sinne hoheitlicher Überlegenheit in einem*

---

\*) Für die freundliche Unterstützung bin ich dem UNHCR-Regionalbüro in Wien, besonders Herrn Dr. Christoph Pinter, zu Dank verpflichtet. An dieser Stelle sei auch Frau Mag. Judith Putzer für ihre Gesprächsbereitschaft gedankt.

<sup>1)</sup> Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge BGBl 1955/55 idF des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge BGBl 1974/78 (in der Folge: GFK).

<sup>2)</sup> Vgl zB VwGH 21. 11. 1990, 90/01/0123; 25. 11. 1992, 92/01/0903; 11. 3. 1993, 93/18/0083; 28. 6. 1996, 95/21/0206.

<sup>3)</sup> Siehe dazu VwGH 24. 3. 1999, 98/01/0380; vgl zB auch VwGH 8. 10. 1980, 3275/79; 19. 11. 1980, 967/80; 29. 1. 1986, 84/01/0106; 23. 4. 1986, 84/01/0200, 0202; 29. 1. 1986, 84/01/0106; 23. 4. 1986, 84/01/0200, 0202; 8. 3. 1989, 88/01/0160; 31. 5. 1989, 88/01/0072; 12. 7. 1989, 89/01/0143, 0144; 7. 11. 1991, 90/01/0154; 4. 11. 1992, 92/01/0555; 30. 11. 1992, 92/01/0515; 10. 3. 1993, 92/01/1090; 16. 3. 1994, 93/01/0249, 93/01/0286; 28. 3. 1995, 95/19/0041; 27. 6. 1995, 94/20/0836; 12. 9. 1996, 95/20/0246; 24. 10. 1996, 95/20/0231; 9. 10. 1997, 95/20/0679; siehe dazu auch *Steiner*, Österreichisches Asylrecht [1990], 30; *Rosenmayr*, Asylrecht, in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich III [1997], 549, 554, 606;.

<sup>4)</sup> Vgl dazu *Rohrböck*, Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl [1999], Rz 383; *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht [1993], 26; auch diese Judikaturlinie als zu eng kritisierend *Brandl*, Der Flüchtlingsbegriff des Art 1 A Z 2 der Genfer Flüchtlingskonvention und Bürgerkriegsflüchtlinge: Elemente des Flüchtlingsbegriffs im Lichte von (Bürger)Kriegssituationen im völkerrechtlichen Schrifttum (im Druck).

<sup>5)</sup> Beachte § 13 VwGG.

*bestimmten Gebiet, die überhaupt in der Lage ist, Verfolgung auszuüben, ist notwendige Voraussetzung für die Beurteilung, ob und inwieweit in diesem Gebiet asylrelevante Verfolgung besteht. ‚Staatlichkeit‘ der Verfolgung bedeutet sohin den Missbrauch einer aus der Gebietshoheit folgenden Herrschaftsmacht zum Zwecke der Verfolgung oder, bei Vornahme von Verfolgungshandlungen durch Private, die Nichtausübung der Gebietshoheit zum Schutz vor Verfolgung (in diesem Sinne auch das deutsche Bundesverwaltungsgericht, NVwZ-RR 1995, 54 [55], bzw. das deutsche Bundesverfassungsgericht NVwZ 1990, 151)“.*<sup>6)</sup> Damit hat der VwGH unglücklich eine deutsche Judikatur rezipiert, die grundlegend verkennt, dass es – wie unten zu zeigen sein wird – im Lichte einer Verfolgungsgefahr iSd GFK auf eine bestehende Staatsgewalt im Herkunftsstaat, die ihre staatliche Gewalt zur Verfolgung missbraucht, gar nicht ankommt; ausreichend ist vielmehr das Fehlen eines staatlichen bzw. staatsadäquaten Schutzes, wobei dies mit einer Verfolgungsgefahr einhergeht und im Ergebnis dazu führt, dass ein Fremder den Schutz seines Herkunftsstaates – wohl aus objektivierbaren Gesichtspunkten – nicht in Anspruch nehmen will oder kann.

Bestand zunächst Grund zur Annahme, dass die Judikatur vom Erfordernis der Staatlichkeit einer maßgebenden Verfolgungsgefahr iSd GFK vereinzelt bleiben würde, scheint sich vor dem Hintergrund der dem Erkenntnis vom 3. 5. 2000, 99/01/0359 nachfolgenden Judikatur eine Wende abzuzeichnen. Zwar kehrte der VwGH in weiterer Folge wieder zu seiner Standardformulierung zurück<sup>7)</sup>, fügte aber ab diesem Zeitpunkt nachstehenden mehrdeutigen Halbsatz hinzu: „(...) *sofern diesen (gemeint: Handlungen mit Verfolgungscharakter) – würden sie von staatlichen Organen gesetzt – Asylrelevanz zukommen sollte*“<sup>8)</sup> Diese Formulierung legt – im Lichte der GFK bedenklich – die Vermutung nahe, dass nicht auf qualitative Momente der drohenden Verfolgung zurückgegriffen, sondern gefordert wird, dass eine Verfolgungsgefahr nur dann iSd GFK maßgebend sein soll, wenn dem Verfolger eine staatliche (staatsähnliche) Machtposition zukommt. Deutlicher hat der VwGH in seinem Erkenntnis 7. 9. 2000, 2000/01/0153, gefordert, dass der Verfolger in eine (politisch) einflussreiche Position gelangt sein müsse.<sup>9)</sup> Im Ergebnis wäre damit der Wandel von einer „Schutztheorie“<sup>10)</sup> zu einer „Zurechnungstheorie“ (den Herkunftsstaat betreffend)<sup>11)</sup> vollzogen.

---

<sup>6)</sup> Vgl auch VwGH 7. 9. 2000, 99/01/0399. Diese Judikatur wurde schon im Erkenntnis des VwGH 22. 3. 2000, 99/01/0256, angedeutet, in dem der VwGH Wert auf die Feststellung legte, dass im Fall von Übergriffen durch Dritte eine „ausreichende Machtausübung durch den Staat“ möglich sein müsse. Der Judikatur des VwGH folgend zB UBAS 17. 8. 2000, 213.223/0-IX/26/99; 3. 10. 2000; 206.730/2-IX/26/99; 9. 10. 2000, 213.101/0-IX/26/99; besonders rigoros UBAS 18. 12. 2000, 213.643/0-IV/10/99; 22. 12. 2000, 216.963/0-IV/10/00; 9. 1. 2001, 212.536/0-IV/10/99; 22. 1. 2001, 209.010/7-IV/10/99.

<sup>7)</sup> Siehe dazu die unter FN 3 zit. Judikatur.

<sup>8)</sup> Siehe VwGH 4. 5. 2000, 99/20/0177; 8. 6. 2000, 99/20/0203; 21. 9. 2000, 99/20/0373; 21. 9. 2000, 2000/20/0241; 21. 9. 2000, 98/20/0434; vgl auch VwGH 23. 7. 1999, 99/20/0208. Neuerdings hat der VwGH festgehalten, dass eine dem Staat zurechenbare asylrelevante Verfolgungssituation *u.a.* auch dann gegeben sein könne, wenn der Staat *nicht gewillt sei*, von Privatpersonen ausgehende Handlungen mit Verfolgungscharakter zu unterbinden, sofern diesen – würden sie von staatlichen Organen gesetzt – Asylrelevanz zukommen sollte (VwGH 21. 9. 2000, 98/20/0557; Hervorhebungen nicht im Original). Ob mit dieser Judikatur die Unmöglichkeit (Unfähigkeit) des Herkunftsstaates zur Schutzgewährung ausgeklammert werden sollte, ist angesichts der Buchstabenfolge „u.a.“ unklar.

<sup>9)</sup> Der VwGH hat – im gegebenen Zusammenhang nicht ganz schlüssig – auf sein Erkenntnis 16. 9. 1999, 99/01/0078, hingewiesen, in dem es um eine seitens von Expolitikern drohende Verfolgung ging.

<sup>10)</sup> Diese Theorie geht im Kern davon aus, dass die GFK – worauf auch der VwGH in seinem eingangs zit. Erkenntnis vom 3. 5. 2000, 99/01/0359 Bezug nimmt – den effektiven Schutz des Flüchtlings bezweckt, jedoch im Gegensatz zum VwGH unabhängig davon, von wem die Verfolgungsgefahr herrührt.

<sup>11)</sup> Nach dem theoretischen Ansatz von der Staatlichkeit einer Verfolgung geht es um die Verantwortlichkeit des Verfolgerstaates. Davon zu unterscheiden ist die völkerrechtliche Verantwortlichkeit jenes Staates, der die gebotenen Schutzpflichten nach der GFK nicht ausübt (Verantwortlichkeit des Zufluchtsstaates); die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Zufluchtsstaates ist insofern unbestreitbar, als die GFK im Grunde Pflichten des Zufluchtsstaates und nicht die Verantwortlichkeit eines möglichen Verfolgerstaates

## II. Das deutsche Vorbild

Der Ansatz in der Bundesrepublik Deutschland hat seine Wurzeln im Begriff des „politisch Verfolgten“ nach Art 16a GG.<sup>12)</sup> Eine Verfolgung stellt sich nach der Judikatur des BVerfG dann als politische dar, wenn sie im Zusammenhang mit Auseinandersetzungen um die Gestaltung und Eigenart der allgemeinen Ordnung des Zusammenlebens von Menschen und Menschengruppen stehe, also – im Unterschied etwa zu einer privaten Verfolgung – einen öffentlichen Bezug habe und von einem Träger überlegener, idR hoheitlicher Macht ausgehe, der der Verletzte unterworfen sei.<sup>13)</sup> Politische Verfolgung iSv Art. 16a Abs 1 GG ist nach deutscher Judikatur grundsätzlich staatliche Verfolgung<sup>14)</sup>, einschließlich einer dem Staat zurechenbaren privaten Verfolgung (mittelbar staatliche Verfolgung).<sup>15)</sup>

Ein besonderes Problem bilden die sog „Amtswalterexzesse“ („Organwalterexzesse“).<sup>16)</sup> In solchen Fällen liegt nach deutscher Judikatur nicht zwangsläufig staatliche Verfolgung vor. „Amtswalterexzesse“ sollen dann nicht als staatliche Verfolgung anzusehen sein, wenn sie sich auf Einzelfälle beschränken und die Regierung sie nicht hinnehme, sondern geeignete Vorkehrungen treffe, um dies zu überwinden.<sup>17)</sup> Das BVerwG verneint eine Zurechnung (den Herkunftsstaat betreffend), wenn die Regierung im Großen und Ganzen erfolgreich pflichtwidriges Handeln unmittelbarer Staatsorgane bekämpfe, selbst wenn ihr eine lückenlose Verhinderung und Ahndung aller in ihrem Machtbereich auftretenden Übergriffe misslinge.<sup>18)</sup> Die Bejahung einer politischen Verfolgung hängt in der deutschen Judikatur wesentlich von der Einschätzung der Schutzwilligkeit<sup>19)</sup> der Herkunftsstaates ab.<sup>20)</sup>

---

regelt. Die Verantwortlichkeit des Herkunftsstaates betreffend finden sich in der GFK keine Anhaltspunkte (siehe dazu *Kälin*, Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect (im Druck)).

<sup>12)</sup> Siehe dazu *Kälin*, Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect (im Druck). In diesem Zusammenhang ist ein wesentlicher Unterschied zwischen Art 16a des deutschen GG und der GFK zu beachten: während nach deutschem Ansatz eine Verfolgung politischen Charakter haben muss (das GG spricht von „politisch Verfolgten“), genügt nach der GFK ua, dass eine drohende Verfolgung in einer (wenn auch nur vermeintlichen) politischen Gesinnung (iSv Meinung) der betroffenen Person ihre Ursache hat.

<sup>13)</sup> BVerfG 10. 8. 2000, 2 BvR 260/98, 2 BVR 1353/98; BVerwGE 95, 42 (45) = NVwZ 1994, 497; BVerwG NVwZ 1994, 1112. Hier finden sich Formulierungen, die den Aussagen des VwGH im eingangs zit Erkenntnis vom 3. 5. 2000, 99/01/0359, in vielen Punkten ähneln; die Vorbildwirkung der Judikatur des BVerfG für den VwGH ist unverkennbar.

<sup>14)</sup> Siehe auch *Köfner/Nicolaus*, Grundlagen des Asylrechts in der Bundesrepublik Deutschland II [1986], 433 mwN; *Hailbronner*, Asylrecht und Völkerrecht, in *Beitz/Wollenschläger*, Handbuch des Asylrechts I [1980], 115; *Hailbronner*, Geschlechtsspezifische Fluchtgründe, die Genfer Flüchtlingskonvention und das deutsche Asylrecht, ZAR 1998, 157.

<sup>15)</sup> BVerfGE 9, 174 (180); 54, 341 (356 f); 76, 143 (157 f, 169); 80, 315 (334). Entgegen der Judikatur der Straßburger Organe verfolgt die deutsche Judikatur auch im Lichte des Art 3 EMRK einen vergleichbaren Ansatz (siehe dazu unten bei FN 45 und die unter FN 101 zit Literatur und Judikatur). Zum Problem der sog „mittelbar staatlichen Verfolgungsgefahr“ siehe ausführlich *Marx*, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung I (Loseblattausgabe, Stand 1997), § 6, Rz 1 ff, § 8, Rz 1 ff; *Müller K*, Nichtstaatliche Verfolgung. Untersuchung der Schutzlücke im deutschen Asylrecht [2000], 45 ff; BVerfG InfAuslR 1993, 310 (312); 1990, 21 (33); BVerwG 74, 160 (163); BVerwGE 67, 317 (318); BVerwGE 72, 269 (270). Zum Begriffspaar „direkte“ und „indirekte“ Verfolgung siehe *Kälin*, Grundriss des Asylverfahrens [1990], 61 ff.

<sup>16)</sup> Siehe dazu ausführlich *Marx*, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung I (Loseblattausgabe, Stand 1997), § 6, Rz 1 ff; *Müller K*, Nichtstaatliche Verfolgung. Untersuchung der Schutzlücke im deutschen Asylrecht [2000], 13 ff.

<sup>17)</sup> BVerfG InfAuslR 1990, 21 (33); BVerfG InfAuslR 1993, 310 (312); *Müller K*, Nichtstaatliche Verfolgung. Untersuchung der Schutzlücke im deutschen Asylrecht [2000], 14.

<sup>18)</sup> BVerwGE 74, 160 (163).

<sup>19)</sup> Ob unter dem „Schutzwillen“ ein Wille irgendwelcher (einflussreicher) Staatsorgane oder ein in irgendeiner Form objektiver Wille verstanden werden muss, ist fraglich.

<sup>20)</sup> Vgl *Müller K*, Nichtstaatliche Verfolgung. Untersuchung der Schutzlücke im deutschen Asylrecht [2000], 14.

Die Verfolgung durch Dritte<sup>21)</sup> falle nur in den Anwendungsbereich der GFK, wenn sie auf die in Art 1 Abschnitt A GFK genannten Gründe zurückzuführen sei<sup>22)</sup>, sich gegen einzelne Personen richte<sup>23)</sup> und von den Behörden gefördert oder gebilligt werde. Blieben die Behörden untätig, sei zu prüfen, ob die festgestellte Untätigkeit willentlich erfolge oder nicht.<sup>24)</sup> Eine Zurechenbarkeit (an den Herkunftsstaat) werde erst begründet, wenn der Staat zur Verhinderung von Übergriffen durch Private prinzipiell und auf gewisse Dauer außer Stande sei, weil er – sei es für das ganze Staatsgebiet, sei es für einzelne Regionen – das Gesetz des Handelns an andere Kräfte verloren habe und seine staatlichen Sicherheits- und Ordnungsvorstellungen insoweit nicht mehr durchzusetzen vermöge.<sup>25)</sup> Eine zeitliche Verzögerung bei der Reaktion des Staates sei dabei hinzunehmen.<sup>26)</sup> Auch vor Progromen könne der Staat nicht in jedem Fall schützen; entscheidend sei, welche Maßnahmen zur Unterbindung der Staat unternommen habe und inwieweit er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln anschließend Schutz gewähre; Übergriffe Dritter während der Progrome, gegen die der Staat einschreite, seien asylrechtlich unbeachtlich.<sup>27)</sup> Mit steigendem Ausmaß der privaten Übergriffe nehme die Effektivität staatlichen Schutzes ab, sodass die Zurechenbarkeit entfalle.<sup>28)</sup>

Der staatlichen Verfolgung gleichgestellt sei die Verfolgung durch eine quasistaatliche Gebietsgewalt, die den Staat verdrängt habe und ihn insoweit ersetze.<sup>29)</sup> Quasistaatlich sei eine Gebietsgewalt, wenn sie auf einer staatsähnlich organisierten, effektiven und stabilisierten Herrschaft beruhe.<sup>30)</sup> Die Gebiets herrschaft müsse „nach innen und nach außen“ hinreichend stabil und dauerhaft sein.<sup>31)</sup> Zwar könne „politische Verfolgung“ auch dann zu

---

<sup>21)</sup> Dh Verfolgung durch „Nichtorgane“ eines Staates, wobei darunter auch Verfolgung durch Organe eines fremden Staates auf dem Gebiet des Herkunftsstaates begriffen werden kann.

<sup>22)</sup> Dies muss selbstverständlich für Verfolgung mit oder ohne „Staatlichkeitscharakter“ gleichermaßen gelten.

<sup>23)</sup> Das Erfordernis der „Zielgerichtetheit“ der Verfolgungsgefahr findet im Wortlaut der GFK keine Stütze. Vor dem Hintergrund der GFK genügt vielmehr, dass die betreffende Person von der Verfolgungsgefahr betroffen ist; ob sich die Verfolgung dazu auch noch gegen eben diese Person „richtet“, ist irrelevant. Zu dieser Problematik siehe *Rohrböck*, Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl [1999], Rz 392 ff.

<sup>24)</sup> Siehe hierzu BVerwG 15. 4. 1997 NVwZ 1997, 1131.

<sup>25)</sup> BVerwGE 67, 317 (320 f); vgl auch *Hailbronner*, Geschlechtsspezifische Fluchtgründe, die Genfer Flüchtlingskonvention und das deutsche Asylrecht, ZAR 1998, 157.

<sup>26)</sup> BVerwGE 70, 232, (236 f).

<sup>27)</sup> BVerwGE 74, 41 (43).

<sup>28)</sup> BVerwGE 70, 232, (236 f). Zur deutschen Judikatur betreffend die „Verfolgung durch Dritte“ siehe ausführlich *Müller K*, Nichtstaatliche Verfolgung. Untersuchung der Schutzlücke im deutschen Asylrecht [2000], 46 ff.

<sup>29)</sup> BVerfGE 80, 315 (334); BVerwGE 62, 123 (125); BVerwG InfAuslR 1986, 82; BVerwGE 95, 42 (45); vgl auch BVerfG 10. 8. 2000, 2 BvR 260/98, 2 BvR 1353/96; vgl auch *Marx*, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung (Loseblattausgabe, Stand 1997) I, § 7 Rz 1 ff; *Müller K*, Nichtstaatliche Verfolgung. Untersuchung der Schutzlücke im deutschen Asylrecht [2000], 19 ff; zur Zurechnung einer Verfolgungsgefahr zu einer „de-facto-Autorität“ siehe zB auch *Bodart*, Les réfugiés apolitiques: guerre civile et persécution de groupe au regard de la Convention de Genève, IJRL 1995/5, 44 ff; *Vermeulen/Spijkerboer/Zwaan/Fernhout*, Persecution by Third Parties [1998]; *Brandl*, Der Flüchtlingsbegriff des Art 1 A Z 2 der Genfer Flüchtlingskonvention und Bürgerkriegsflüchtlinge: Elemente des Flüchtlingsbegriffs im Lichte von (Bürger)Kriegssituationen im völkerrechtlichen Schrifttum (im Druck); *Hailbronner*, Geschlechtsspezifische Fluchtgründe, die Genfer Flüchtlingskonvention und das deutsche Asylrecht, ZAR 1998, 157.

<sup>30)</sup> BVerwG 6. 8. 1996 NVwZ 1997, 194, 195; BVerwG InfAuslR 1997, 380. Siehe dazu auch *Hailbronner*, AuslR II (Loseblattausgabe, Stand Dezember 2000), Abschnitt B 1, Kommentar zu Art 16a GG, Rz 92a.

<sup>31)</sup> Zu diesen einschränkenden Elementen siehe BVerwG 19. 5. 1998, 9 C 5.98; 4. 11. 1997, 9 C 34.96. Differenzierend aber jüngst BVerfG 10. 8. 2000, 2 BvR 260/98, 2 BvR 1353/96; danach ist das Element der Stabilität und Dauerhaftigkeit nach außen nicht mehr gefordert; das BVerfG hat die Ansicht des BVerwG, mit der Herausbildung staatsähnlicher, zu politischer Verfolgung fähiger Strukturen sei nur zu rechnen, wenn die Bürgerkriegsparteien nicht mehr unter Einsatz militärischer Mittel mit der Absicht, den Gegner zu vernichten,

bejahen sein, wenn ein Staat für die Bedrohung deshalb nicht mehr verantwortlich sei, weil seine Herrschaftsgewalt durch eine andere Gruppe quasi ersetzt worden sei, die nunmehr eine eigene staatsähnliche Herrschaftsgewalt ausübe,<sup>32)</sup> erforderlich sei aber auch nach der GFK eine staatsähnliche Herrschaftsstruktur (im Herkunftsstaat).<sup>33)</sup> Nicht ausreichend sei die Fähigkeit der staatsähnlichen Herrschaftsstruktur zur bloßen physischen Machtausübung mit Waffengewalt. Quasistaatlich sei eine Gebietsgewalt nur, wenn sie auf einer staatsähnlich organisierten effektiven und stabilisierten Herrschaftsstruktur beruhe.<sup>34)</sup> Effektivität und Stabilität erforderten eine gewisse Stetigkeit und Dauerhaftigkeit der Herrschaft, verkörpert durch die Durchsetzungsfähigkeit und Dauerhaftigkeit des Machtapparates.<sup>35)</sup> Solange jederzeit und überall mit dem Ausbruch bewaffneter Auseinandersetzungen gerechnet werden müsse, könne sich eine dauerhafte territoriale Macht nicht etablieren.<sup>36)</sup> Selbst wenn bereits die ursprüngliche Herrschaftsmacht kein flächendeckendes Gewaltmonopol besessen habe, sei dessen Fehlen bei quasistaatlichen Strukturen schädlich. Die Existenz von Rechtsordnung und Verwaltungseinrichtungen sowie die Verbesserung der allgemeinen Sicherheitslage seien zwar wichtige Indizien für staatsähnliche Organisationen, würden jedoch eine fehlende effektive und dauerhafte territoriale Gebietsgewalt nicht ersetzen.<sup>37)</sup> Diese sei nur dann zu bejahen, wenn die Bürgerkriegsparteien nicht mehr unter Einsatz militärischer Mittel mit der Absicht, den Gegner zu vernichten, und mit Aussicht auf Erfolg um die Macht im ganzen Bürgerkriegsgebiet kämpften, die Fronten also über längere Zeit hinweg stabil seien und allenfalls in Randbereichen noch gekämpft werde, im übrigen aber eine dauerhafte nichtmilitärische Lösung zu erwarten sei.<sup>38)</sup>

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat in jüngerer Zeit – wenn auch nur in marginalen Bereichen einschränkend<sup>39)</sup> – festgehalten: *„Die anhaltende (äußere) militärische Bedrohung schließt das Bestehen eines staatsähnlichen Herrschaftsgefüges im Inneren nicht zwingend aus. Je nach ihrer Stärke kommt einer solchen Bedrohung zwar erhebliches indizielles Gewicht für eine solche Annahme zu, das aber in dem Maße abnimmt, in dem der Bürgerkrieg ohne entscheidende Veränderung der Machtverhältnisse andauert. Deshalb kann dem Bundesverwaltungsgericht auch nicht in der Annahme gefolgt werden, mit der Herausbildung staatsähnlicher, zu politischer Verfolgung fähiger Strukturen sei nur zu rechnen, wenn die Bürgerkriegsparteien nicht mehr unter Einsatz militärischer Mittel mit der Absicht, den Gegner zu vernichten, und mit Aussicht auf Erfolg um die Macht im ganzen Bürgerkriegsgebiet kämpfen‘ (BVerwGE 105, 306 <311>). Ein solches Erfordernis, das allein wegen des andauernden äußeren Bürgerkriegsgeschehens die Möglichkeit politischer Verfolgung auf unabsehbare Zeit ausschließt, verfehlt die für Art. 16a Abs. 1 GG maßgebliche*

---

und mit Aussicht auf Erfolg um die Macht im ganzen Bürgerkriegsgebiet kämpften (vgl. auch BVerwGE 105, 306, 311), verworfen (siehe dazu weiter unten).

<sup>32)</sup> Vgl. etwa BVerwG EZAR 230 Nr. 3; zur Verfolgung durch eine „quasistaatliche“ Gewalt siehe zB *Köfner/Nicolaus*, Grundlagen des Asylrechts in der Bundesrepublik Deutschland I [1986], 364 ff; *Hailbronner*, AuslR I (Loseblattausgabe, Stand Dezember 2000), Abschnitt A 1, Kommentar zum Ausländergesetz, Rz 16b.

<sup>33)</sup> *Hailbronner*, AuslR I (Loseblattausgabe, Stand Dezember 2000), Abschnitt A 1, Kommentar zum Ausländergesetz, Rz 16b; siehe dazu auch BVerwG 18. 2. 1992 EZAR 231 Nr 3; BVerwGE 89, 296; anders *Koisser* in ZDWF-Schriftenreihe Nr. 51, 9 und 23.

<sup>34)</sup> BVerwG InfAuslR 1997, 379 (380).

<sup>35)</sup> BVerwG InfAuslR 1997, 379 (380); InfAuslR 1998, 145 (146).

<sup>36)</sup> BVerwG InfAuslR 1997, 379 (380).

<sup>37)</sup> BVerwG InfAuslR 1998, 750 (752).

<sup>38)</sup> BVerwG B 24. 3. 2000, 9 B 120/00.

<sup>39)</sup> Siehe auch *Müller K*, Nichtstaatliche Verfolgung. Untersuchung der Schutzlücke im deutschen Asylrecht [2000], 21.

*Frage nach der Beschaffenheit des Herrschaftsgefüges im Innern des beherrschten Gebietes zwischen dem verfolgenden Machthaber und den ihm unterworfenen Verfolgten.*<sup>40)</sup>

Fehle es an einer effektiven Gebietsgewalt des Staates, so liege keine politische Verfolgung vor.<sup>41)</sup> Schutz vor den Folgen anarchischer Zustände unter der Auflösung der Staatsgewalt biete weder Art 16a Abs 1 GG noch § 51 Abs 1 AuslG.<sup>42)</sup> Nichts anderes gelte für den Verfolgungsbegriff der GFK.<sup>43)</sup> Auch vor dem Hintergrund des § 53 Abs 4 AuslG<sup>44)</sup> setzt die deutsche Judikatur das Vorliegen staatlicher oder staatsähnlicher Gewalt im Zielstaat voraus und widerspricht damit der Judikatur des EGMR<sup>45)</sup>. Die GFK verlange, dass der Flüchtling den Schutz des Landes seiner Staatsangehörigkeit oder seines gewöhnlichen Aufenthaltes nicht in Anspruch nehmen könne. Damit werde die Existenz eines Staates oder staatsähnlichen Hoheitsgewalt vorausgesetzt<sup>46)</sup>. Die Situation einer Anarchie, in der kein Staat oder staatsähnliche Herrschaftsmacht vorhanden sei, werde von der GFK nicht erfasst.<sup>47)</sup> Die GFK als verbindlicher Vertrag zwischen Staaten gehe vielmehr von der Existenz staatlicher Herrschaftsgewalt aus. Sie verknüpfe die Flüchtlingseigenschaft mit der Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen, grundlegende Menschenrechte zu achten. Wo mangels eines Völkerrechtssubjektes eine völkerrechtliche Zurechenbarkeit von Menschenrechtsverletzungen nicht möglich sei, gewährleiste auch die GFK keinen Schutz.<sup>48)</sup>

Der derzeitige deutsche Ansatz der Gerichte war selbst in der deutschen Judikatur nicht unbestritten. Das deutsche BVerwG hatte zunächst (bis zum Ende der achtziger-Jahre) eine asylrechtlich relevante politische Verfolgung nicht nur in dem Fall bejaht, in dem ein Staat nicht willens war, dem Betroffenen Schutz gegen Übergriffe privater Organisationen, Personengruppen oder Einzelpersonen zu gewähren, sondern auch in dem Fall, in dem er hierzu nicht in der Lage war.<sup>49)</sup> Erst in weiterer Folge hatte das deutsche BVerwG die

<sup>40)</sup> BVerfG 10. 8. 2000, 2 BvR 260/98, 2 BvR 1353/98; zur deutschen Judikatur betreffend die „quasistaatliche“ Verfolgung siehe auch Müller K, Nichtstaatliche Verfolgung. Untersuchung der Schutzlücke im deutschen Asylrecht [2000], 20 ff.

<sup>41)</sup> BVerfGE 88, 315, 340; BVerwG Buchholz 402.25 zu § 1 AsylVfG aF Nr 138.

<sup>42)</sup> Vgl BVerwGE 89, 269; BVerwGE 95, 42 (45) mit Anmerkung von Hailbronner, JZ 1995, 246; BVerwG 6. 8. 1996 NVwZ 1997, 194; anders ausnahmsweise etwa VG Frankfurt 29. 3. 1999, 9 E 30919/97.A(2).

<sup>43)</sup> VG BW 8. 12. 1992 EZAR 043 Nr 1; BVerwGE 95, 42 (44) mit Anmerkung von Hailbronner, JZ 1995, 250.

<sup>44)</sup> Nach dieser Bestimmung darf ein Ausländer nicht abgeschoben werden, soweit sich aus der Anwendung der EMRK ergibt, dass die Abschiebung unzulässig ist; hier liegt ein Verweis insb auf Art 3 EMRK.

<sup>45)</sup> Siehe dazu zB BVerwG EZAR 043, Nr 21 = NVwZ 1997, 1127; EZAR 043, Nr 26 = DVBl 1998, 271; Klos, Deutschlands Verhältnis zur Genfer Flüchtlingskonvention und zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZAR 2000, 205; Zimmer, Abschiebungsschutz durch Art. 3 EMRK im Fall nichtstaatlicher Verfolgung, ZAR 1998, 116 f; siehe dazu auch die unter FN 101 zit. Judikatur des EGMR.

<sup>46)</sup> Dieses – wohl tragende – Argument ist insofern wenig überzeugend, als ein Flüchtling einen staatlichen Schutz auch dann nicht in Anspruch nehmen kann, wenn der betreffende Staat bzw (an dessen Stelle) eine staatsähnliche Hoheitsgewalt gar nicht existiert; siehe auch Kälin, Grundriss des Asylverfahrens [1990], 68.

<sup>47)</sup> Vgl BVerfGE 80, 315 (334); BVerfG 10. 8. 2000, 2 BvR 260/98, 2 BvR 1353/96.

<sup>48)</sup> In diesem Sinne BVerwG 15. 4. 1997 NVwZ 1997, 1131; OVG NW 16. 11. 1995, 20 A 3402/91.A; VGH BW 20. 1. 1993, 3 S 1850/92. Der auffallende Schwachpunkt dieser Argumentation liegt darin, dass es im Lichte der GFK nicht um die völkerrechtliche Verantwortung des Herkunftsstaates geht, sondern dass in der GFK die Pflichten des **Zufluchtsstaates** geregelt werden; demgemäß kann im Lichte der GFK auch nur der Zufluchtsstaat, der seine Pflichten aus der GFK verletzt, völkerrechtlich verantwortlich sein. Die GFK selbst bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass ein Verfolgerstaat (Herkunftsstaat) im Rahmen der völkerrechtlichen Sanktionsmechanismen zur Verantwortung gezogen werden soll.

<sup>49)</sup> Vgl BVerwG Buchholz 402, 24, § 28 AuslG aF Nr 18; BVerwG 17. 2. 1978, 1 B 261, 77; BVerwG 1. 6. 1965, 1 C 118, 62; BVerfGE 54, 341 (358); BVerwGE 67, 317 (318); BVerwGE 67, 269 (270); so auch BGH RzW 1965, 238; BGH RzW 1966, 367; BGH RzW 1967, 325; BGH RzW 1968, 571; OLG Düsseldorf RzW 1965, 362; UNHCR-Stellungnahme zur Anhörung „Nichtstaatliche Verfolgung“ des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages am 29. November 1999, Rz 45; beachte auch die weiteren Nachweise bei Pollern, Asylrecht im deutschen Recht, in Beitz/Wollenschläger, Handbuch des Asylrechts I [1980], 202; Kälin, Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect (im

„asylrechtliche Verantwortlichkeit“ (des Verfolgerstaates) eingeschränkt.<sup>50)</sup> Zwar gesteht das BVerwG zu, dass die Rechtsprechung in mehreren anderen Vertragsstaaten der GFK, so in den Vereinigten Staaten, im Vereinigten Königreich, in Frankreich, Kanada und Australien, bei der Auslegung des Begriffs Verfolgung nicht mehr am Erfordernis der staatlichen Verantwortlichkeit festgehalten habe<sup>51)</sup>; gemeinsamer Grundgedanke dieser Entscheidungen sei, dass es zur Bejahung der Flüchtlingseigenschaft bei einer nicht vom Staat unmittelbar betriebenen Verfolgung nicht der „Komplizenschaft“ des Staates mit dem verfolgenden Dritten bedürfe, sondern dass bereits „generelles staatliches Unvermögen“, die Verfolgungsmaßnahmen des Dritten zu verhindern, ausreiche. Das BVerwG wollte sich im Ergebnis dieser Ansicht ausdrücklich nicht anschließen<sup>52)</sup> und blieb damit in der Gemeinschaft der Vertragsstaaten weithin isoliert<sup>53)</sup>. Schlussendlich widerspricht der deutsche Ansatz dem Standpunkt von UNHCR<sup>54)</sup>.

Auch in der Lehre blieb der Ansatz betreffend die Staatlichkeit einer Verfolgungsgefahr nicht unbestritten. Es wurde ua darauf hingewiesen, dass ein „zwingender staatlicher Charakter der Verfolgung bei der Auslegung und Anwendung der GFK weder vom Wortlaut des Art 1 Abschnitt A Z 2 GFK noch von der Entstehungsgeschichte der Konvention gefordert noch von der Staatenpraxis vorausgesetzt werde.“<sup>55)</sup> Auch wenn die Regierung den besten Willen habe, Übergriffe privater Einzelpersonen oder von Gruppen zu verhindern, jedoch aus bestimmten Gründen unfähig zur Schutzgewährung sei, sodass die bedrohten Personen das Land verlassen müssten, seien diese als Flüchtlinge anzusehen.<sup>56)</sup> Ob der Staat

---

Druck); dieser Judikatur zustimmend *Gusy*, Grenzen des Asylrechts, in *Beitz/Wollenschläger*, Handbuch des Asylrechts I [1980], 255 mwN; *Weinfurter*, FS-Kürchenhoff II [1972], 727, 740; *Schaeffer*, Asylberechtigung – Politische Verfolgung nach Art 16 GG [1980], 79 mwN; *Kimminich*, Grundprobleme des Asylrechts [1983], 144 f; *ders.*, Asylrecht [1968], 81; kritisch dazu *Randelholzer* in *Maunz/Dürig*, Art 16 Abs 2 S 2 GG aF, Rz 60 f; *Quaritsch*, Recht auf Asyl [1985], 93 ff; *Hailbronner*, AuslR II (Loseblattausgabe, Stand Dezember 2000), Abschnitt B 1, Kommentar zu Art 16a GG, Rz 94; *Zeidler*, in Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, 563; *Schwäble*, DÖV 1987, 193, 187 f; *Reichel*, Das staatliche Asylrecht im Rahmen des Völkerrechts [1987], 93 f.

<sup>50)</sup> Siehe dazu *Marx*, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung (Loseblattausgabe, Stand 1997) I, § 33, Rz 6.1 und 21.

<sup>51)</sup> Zur uneinheitlichen Praxis der Vertragsstaaten der GFK siehe *Brandl*, Der Flüchtlingsbegriff des Art 1 A Z 2 der Genfer Flüchtlingskonvention und Bürgerkriegsflüchtlinge: Elemente des Flüchtlingsbegriffs im Lichte von (Bürger)Kriegssituationen im völkerrechtlichen Schrifttum (im Druck); *Carlier*, General Report, in *Carlier/Vanheule/Hullmann/Galiano*, Who is a Refugee, A Comparative Case Law Study [1997], 705; *Vermeulen/Spijkerboer/Zwaan/Fernhout*, Persecution by Third Parties [1998], Chapter IV Comparative Conclusions and Tables, 34 ff, Annex 2, Country Reports, 40 ff; *Marx*, Nichtstaatliche Verfolgung und deutsches Ausländerrecht, ZAR 2001, 13 ff.

<sup>52)</sup> Vgl zB BVerwGE 95, 42 (45) = NVwZ 1994, 497; BVerwG NVwZ 1994, 1112.

<sup>53)</sup> Siehe dazu UK Court of Appeal 23. 7. 1999, *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Adan, Subaskaran and Aitsegeur*. Dieses Judikat steht klar auf dem Bode der Schutztheorie. Das Gericht hält dazu ausdrücklich fest: „*Our courts recognize persecution by non-State agents for purposes of the Convention in any case where the State is unwilling or unable to provide protection against it, and indeed whether or not there exist competent or effective governmental or State authorities in the country in question. This is what has been called the „protection“ theory.*“ Das Gericht weist ua darauf hin, dass die Mehrheit der Vertragstaaten diesem Ansatz folge; vgl dazu auch House of Lords 19. 12. 2000, *Regina v. Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Adan. Regina v. Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Aitsegeur*.

<sup>54)</sup> Siehe dazu UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status [1992], Rz 65; ausführlich die UNHCR-Stellungnahme zur Anhörung „Nichtstaatliche Verfolgung“ des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages am 29. November 1999.

<sup>55)</sup> *Marx*, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung (Loseblattausgabe, Stand 1997) I, § 33, Rz 6.1 ff; *Kälin*, Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect (im Druck).

<sup>56)</sup> *Grahl-Madsen*, The Status of Refugees in International Law I [1966], 191; vgl auch *Amann*, Die Rechte des Flüchtlings. Die materiellen Rechte im Lichte der travaux preparatoires zur Genfer Flüchtlingskonvention und die Asylgewährung [1993], 75; *Nicolaus/Hafner*, Wer ist politischer Flüchtling? Versuch einer Begriffsbestimmung [1981], 13 f; *Köfner/Nicolaus*, Grundlagen des Asylrechts in der

aktiv an Menschenrechtsverletzungen beteiligt sei, diese nicht verhindere oder unfähig zur ausreichenden Schutzgewährung sei, sei unerheblich; in all diesen Fällen würden den davon Betroffenen fundamentale Rechte vorenthalten und sie bedürften deshalb des Schutzes durch das Flüchtlingsrecht.<sup>57)</sup> Ein Teil der deutschen Lehre folgt zwar dem Ansatz, dass eine Verfolgung eine „staatliche“ sein müsse, hält aber zuletzt auch Fälle für maßgebend, in denen der Herkunftsstaat nicht in der Lage ist, die betreffende Person zu schützen;<sup>58)</sup> in derartigen Fällen kann wohl von einer „Staatlichkeit“ der Verfolgungsgefahr im eigentlichen Sinne nicht mehr die Rede sein.

### III. Staatlichkeitsmomente der Verfolgungsgefahr

In der Völkerrechtslehre werden – abgesehen von verschiedenen Mischformen – häufig zwei Theorien vertreten: die sog Zurechnungstheorie („accountability view“), die von der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit des Herkunftsstaates für eine Verfolgungsgefahr ausgeht, und die sog Schutztheorie („protection view“), die angesichts von Sinn und Zweck der GFK auf die Schutzbedürftigkeit eines Flüchtlings abstellt.<sup>59)</sup> In Österreich wurde bisher zwar von Zurechnung der Verfolgungsgefahr zum Herkunftsstaat und bewusst nicht von Verursachung der Verfolgungsgefahr durch den Herkunftsstaates gesprochen, doch wurde damit an ein sehr weites Zurechnungsmoment gedacht, das im Wesentlichen darin besteht, dass der Herkunftsstaat seinen Schutzpflichten nicht nachkommt.<sup>60)</sup> Unter näheren Voraussetzungen verpflichtet die GFK den Zufluchtsstaat, auf Grund der Schutzbedürftigkeit einer Person als auslösendes Moment in die Schutzpflichten des Herkunftsstaates einzutreten; die den Zufluchtsstaat treffenden Pflichten aus der GFK sind davon unabhängig, ob der Herkunftsstaat völkerrechtlich für die bestehende Verfolgungsgefahr verantwortlich ist, oder nur nicht in der Lage ist, die betreffende Person zu schützen<sup>61)</sup>. Wenn im Lichte der GFK von Zurechnung der Verfolgungsgefahr an den Herkunftsstaat bzw von Verantwortung des

---

Bundesrepublik Deutschland II [1986], 439; *Kälin*, Das Prinzip des non-refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht [1982], 150; ausführlich *Nicolaus*, Kein Asylrecht trotz Verfolgung? Eine Studie zum Problem der inländischen Fluchtalternative [1984], 2 ff; siehe dazu auch BGH RzW 1965, 238; BGH RzW 1966, 367; BGH RzW 1967, 325; aA wohl *Hausammann*, Frauenverfolgung und Flüchtlingsbegriff – Studie zur Auslegung des Flüchtlingsbegriffs in der Flüchtlingskonvention und im Asylgesetz [1992], 20.

<sup>57)</sup> *Hathaway*, The Law of Refugee Status [1991], 124 f.

<sup>58)</sup> ZB *Köfner/Nicolaus*, Grundlagen des Asylrechts in der Bundesrepublik Deutschland II [1986], 433 ff.

<sup>59)</sup> Siehe dazu UNHCR-Stellungnahme zur Anhörung „Nichtstaatliche Verfolgung“ des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages am 29. November 1999, Rz 19; *Vermeulen/Spijkerboer/Zwaan/Fernhout*, Persecution by Third Parties [1998], 11 ff; *Marx*, Nichtstaatliche Verfolgung und deutsches Ausländerrecht, ZAR 2001, 12 ff; *Brandl*, Der Flüchtlingsbegriff des Art 1 A Z 2 der Genfer Flüchtlingskonvention und Bürgerkriegsflüchtlinge: Elemente des Flüchtlingsbegriffs im Lichte von (Bürger)Kriegssituationen im völkerrechtlichen Schrifttum (im Druck); UK Court of Appeal 23. 7.1999, R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Adan, Subaskaran and Aitseguer; vgl dazu rezent UK House of Lords 19. 12. 2000, Regina v. Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Adan. Regina v. Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Aitseguer.

<sup>60)</sup> Siehe dazu *Rohrböck*, Das Asylgesetz 1991. Völkerrechtliche, verfassungs- und verfahrensrechtliche Probleme [1994], 45 f; *ders*, Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl [1999], Rz 383.

<sup>61)</sup> Siehe dazu schon *Kälin*, Grundriss des Asylverfahrens [1990], 66 ff, der diese Ansicht auf historische und teleologische Argumente stützt. Zur Frage der „Staatlichkeit“ der Verfolgungsgefahr im Lichte der Entstehungsgeschichte der GFK siehe UNHCR-Stellungnahme zur Anhörung „Nichtstaatliche Verfolgung“ des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages am 29. November 1999, Rz 6; aA *Lambert*, Seeking Asylum [1995], 74, die – ohne weitere Begründung – davon ausgeht, dass eine exakte Interpretation des Flüchtlingsbegriffs impliziere, dass die Verfolgung von staatlichen Stellen ausgehen müsse; kritisch dazu wiederum *Brandl*, Der Flüchtlingsbegriff des Art 1 A Z 2 der Genfer Flüchtlingskonvention und Bürgerkriegsflüchtlinge: Elemente des Flüchtlingsbegriffs im Lichte von (Bürger)Kriegssituationen im völkerrechtlichen Schrifttum (im Druck).

Herkunftsstaates für die Verfolgungsgefahr gesprochen wurde, war damit nicht die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Herkunftsstaates für völkerrechtliche Delikte oder Vertragsverletzungen gemeint.<sup>62)</sup>

Auf Ebene des Völkerrechts wird der Ansatz der „Schutztheorie“ vereinzelt insofern kritisiert, als sich der Ausdruck „und nicht in der Lage oder im Hinblick auf diese Furcht nicht gewillt ist, sich des Schutzes dieses Landes zu bedienen“ („and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country“) aus historischer Sicht nicht auf den sog „internen Schutz“ im Herkunftsland, sondern ausschließlich auf den sog „externen Schutz“ außerhalb des Herkunftslandes (di diplomatischer oder konsularischer Schutz) beziehe, wobei man sich im Wesentlichen darauf stützt, dass die genannte Wortfolge dem Annex A des IRO-Statuts entnommen worden und in diesem Rahmen ausschließlich „externer Schutz“ angesprochen gewesen sei.<sup>63)</sup> Obgleich die ältere Literatur damit übereinstimmend teilweise davon ausgeht, dass sich die zit Wortfolge auf „externen Schutz“ beziehe<sup>64)</sup>, ist die Kritik an der Schutztheorie in diesem Punkt wenig überzeugend.<sup>65)</sup> Dem Wortlaut des Art 1 Abschnitt A Z 2 GFK folgend muss davon ausgegangen werden, dass zwischen der Furcht vor Verfolgung und der Rechtsbedingung des Aufenthaltes außerhalb des Heimatlandes ein Kausalzusammenhang besteht<sup>66)</sup>, was im Ergebnis dahin deutet, dass die Verfolgungsgefahr im Heimatland bestehen muss.<sup>67)</sup> Die Wortfolge „und nicht in der Lage oder im Hinblick auf diese Furcht nicht gewillt ist, sich des Schutzes dieses Landes zu bedienen“ wiederum steht in einer „und-Verknüpfung“ zur Rechtsbedingung des sich „außerhalb des Heimatlandes Befindens“, sodass nicht zu bestreiten ist, dass auch die zit Wortfolge in einem Kausalzusammenhang mit der „Furcht vor Verfolgung“ steht<sup>68)</sup>, wobei die Verfolgungsgefahr – wie soeben ausgeführt – im Heimatland bestehen muss. Wenn sich nun aber die „Furcht vor Verfolgung“ auf im Herkunftsland drohende Gefahren (in diesem Sinne auf „interne Gefahren“) bezieht und zwischen der „Furcht vor Verfolgung“ und der in der angesprochenen Wortfolge verkörperten Inanspruchnahme des Schutzes des Heimatlandes ein systematischer Zusammenhang besteht, ist die Argumentation, die oben zit Wortfolge beziehe sich auf „externen Schutz“, nur schwerlich aufrecht zu erhalten und auch mit Sinn und Zweck der GFK kaum in Einklang zu bringen. Auch der Umstand, dass im Hinblick auf Staatenlose von einer Rückkehr in das Land des gewöhnlichen Aufenthaltes die Rede ist,

---

<sup>62)</sup> Vgl auch *Goodwin-Gill*, *The Refugee in International Law*<sup>2</sup> [1996], 73.

<sup>63)</sup> Siehe dazu jüngst *Kälin*, *Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect* (im Druck), der aber im Ergebnis der Schutztheorie nahe steht.

Seit Unterzeichnung der GFK hat der diplomatische bzw konsularische Schutz durch den Heimatstaat umso mehr an Bedeutung verloren, als die Menschenrechte und deren Durchsetzbarkeit eine Stärkung erfahren haben (siehe dazu ausführliche *Kälin aaO*).

<sup>64)</sup> Vgl zB *Weis*, *Le concept de Réfugié en droit international*, *Journal du Droit International* [1960], 975; *Grahl-Madsen*, *The Status of Refugees in International Law I* [1966], 254 ff.

<sup>65)</sup> Siehe dazu schon *Köfner/Nicolaus*, *Grundlagen des Asylrechts in der Bundesrepublik Deutschland I* [1986], 154. Vor dem Hintergrund der Lehre von der „Staatlichkeit der Verfolgung“ ist bemerkenswert, dass auch „quasistaatliche Herrschaftsgebilde“ in aller Regel keinen diplomatischen oder konsularischen Schutz außerhalb ihres Herrschaftsgebietes gewähren können.

<sup>66)</sup> Arg „sich im Hinblick auf diese Furcht (...) verfolgt zu werden, außerhalb des Heimatlandes befindet“ in Art 1 Abschnitt A Z 2 GFK.

<sup>67)</sup> Dies entspricht ständiger Judikatur; siehe insb VwGH 11. 4. 1984, 83/01/0257; 8. 11 1989, 98/01/0338; 16. 1. 1991, 90/01/0180, 90/01/0183; 17. 6. 1993, 92/01/1081; 24. 6. 1999, 98/20/0426; 8. 9. 1999, 99/01/0126; 22. 12. 1999, 99/01/0289; 19. 1. 2000, 99/01/0353; 4. 5. 2000, 99/20/0561; 7. 9. 2000, 2000/01/0122; 19. 10. 2000, 98/20/0430; siehe dazu auch *Wiederin*, *Das Asylgesetz 1997 im Spiegel der Rechtsprechung*, ZUV 2000/1, 15. Soweit ersichtlich gehen auch die Vertragsstaaten der GFK nicht davon aus, dass die Verfolgungsgefahr iSd Art 1 Z 2 GFK außerhalb des Heimatlandes bzw des Landes des vorherigen gewöhnlichen Aufenthaltes drohen muss. Aber auch die Vertreter der Zurechnungstheorie gehen im Allgemeinen vom Erfordernis einer Verfolgungsgefahr im Herkunftsland aus.

<sup>68)</sup> Beachte auch die Wortfolge „im Hinblick auf diese Furcht“ („owing to such fear“) in Art 1 Abschnitt A Z 2 GFK.

muss als Indiz dafür gesehen werden, dass die GFK den Schutz vor Gefahren im Herkunftsland vor Augen hat, auch wenn die ältere Literatur sich auf historische Materialien beziehend eben in der Unterscheidung zwischen der „Inanspruchnahme des Schutzes des Herkunftsstaates“ betreffend Staatsangehörige eines Staates und der „Rückkehr in das Land des gewöhnlichen Aufenthaltes“ für Staatenlose einen Hinweis auf eine Beschränkung auf den sog. „externen Schutz“ sehen will.<sup>69)</sup> Ein besonderer Ausdruck, der den Schutz durch die GFK auf „externen Schutz“ beschränken würde, ist der Konvention nicht zu entnehmen, sodass der Ansatz, die GFK sei auf „externen Schutz“ beschränkt, besonderer Begründung bedürfte. Im gegebenen Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass „vorbereitende Arbeiten“ und „Umstände des Vertragsabschlusses“ nach Art 32 WVK<sup>70)</sup> gegenüber den allgemeinen Auslegungsregeln nach Art 31 WVK nur als „ergänzende Auslegungsmittel“ heranzuziehen sind. Einer Auslegung der GFK nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und der Auslegung im Lichte des Sinnes und Zweckes der GFK kommt sohin Vorrang zu.<sup>71)</sup>

Die GFK zeigt insgesamt ein deutliches Bild in Richtung „Schutztheorie“. Obgleich einer Präambel zu einem völkerrechtlichen Vertrag idR keine zwingenden Vorschriften zu entnehmen sind, so können dennoch wichtige Interpretationsmaximen und Hinweise auf Sinn und Zweck des betreffenden Vertrages in einer Präambel enthalten sein.<sup>72)</sup> Wie sich aus der Präambel zur GFK schlüssig ergibt, verfolgt die Konvention grundsätzlich das Ziel, die Einhaltung der Menschenrechte ganz allgemein zu fördern<sup>73)</sup>, insb unabhängig davon, ob die Einhaltung der Menschenrechte durch Verfolgung mit oder ohne Staatlichkeitscharakter gefährdet ist.<sup>74)</sup> Wie man der GFK im Ergebnis wohl nicht unterstellen kann, Staaten zur

---

<sup>69)</sup> Vgl. *Grahl-Madsen*, *The Status of Refugees in International Law* I [1966], 261. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang auch die unterschiedlichen Formulierungen in Art 1 Abschnitt C Z 5 und 6 jeweils erster Absatz GFK.

<sup>70)</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge BGBl 1980/40 (WVK); zwar ist die WVK, die in zeitlicher Hinsicht nach der GFK abgeschlossen wurde, auf letztere nicht unmittelbar anwendbar, doch entsprechen die darin enthaltenen Interpretationsregeln althergebrachtem Völkergewohnheitsrecht.

<sup>71)</sup> Vgl. dazu *Brandl*, *Der Flüchtlingsbegriff des Art 1 A Z 2 der Genfer Flüchtlingskonvention und Bürgerkriegsflüchtlinge: Elemente des Flüchtlingsbegriffs im Lichte von (Bürger)Kriegssituationen im völkerrechtlichen Schrifttum* (im Druck); *Carlier*, *General Report*, in *Carlier/Vanheule/Hullmann/Galiano*, *Who is a Refugee, A Comparative Case Law Study* [1997], 701.

<sup>72)</sup> Vgl. *Carlier*, *General Report*, in *Carlier/Vanheule/Hullmann/Galiano*, *Who is a Refugee. A Comparative Case Law Study* [1997], 701; *Brandl*, *Der Flüchtlingsbegriff des Art 1 A Z 2 der Genfer Flüchtlingskonvention und Bürgerkriegsflüchtlinge: Elemente des Flüchtlingsbegriffs im Lichte von (Bürger)Kriegssituationen im völkerrechtlichen Schrifttum* (im Druck); *Kälin*, *Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation?* *IJRL* 1991, 445 ff; beachte dazu auch Art 31 ff Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge BGBl 1980/40.

<sup>73)</sup> Siehe dazu *Marx*, *Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung* (Loseblattausgabe, Stand 1997) I, § 33, Rz 17; UNHCR-Stellungnahme zur Anhörung „Nichtstaatliche Verfolgung“ des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages am 29. November 1999, Rz 13.

<sup>74)</sup> Auf den engen Zusammenhang zwischen der GFK und anderen Menschenrechtsverträgen wurde bereits wiederholt hingewiesen; vgl. zB *Amann*, *Die Rechte des Flüchtlings. Die materiellen Rechte im Lichte der travaux préparatoires zur Genfer Flüchtlingskonvention und die Asylgewährung* [1993], 66; *Howland*, *A Comparative Analysis of the Changing Definition of a Refugee*, in *New York Law School Journal of Human Rights* [1987], 40 f; *Kälin*, *Grundriss des Asylverfahrens* [1990], 40; *Kaul*, *Bemerkungen zum Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention*, in *Geistlinger/Pöckl/Skuhra* (Hrsg), *Flucht – Asyl – Migration* [1991], 34; *Pollern*, *Asylrecht im deutschen Recht*, in *Beitz/Wollenschläger*, *Handbuch des Asylrechts I* [1980], 200; *Rohrböck*; *Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl* [1999], Rz 385; *Rosenmayr*, *Asylrecht und Asylverfahren in Österreich*, in *Konrad* (Hrsg), *Grundrechtsschutz und Verwaltungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Asylrechts – Internationaler Menschenrechtsschutz* [1985], 116 ff; *Schaeffer*, *Asylberechtigung – Politische Verfolgung nach Art 16 GG* [1980], 97 f; *Subramanya*, *Rights and Status of the Individual in International Law* [1984], 97; *Zimmer*, *Abschiebungsschutz durch Art. 3 EMRK im Fall nichtstaatlicher Verfolgung*, *ZAR* 1998, 121; beachte dazu auch den Hinweis in der Präambel der GFK auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. 12. 1948.

Schutzgewährung zu verpflichten, wenn einer Person – wenn auch nicht von staatlichen (quasistaatlichen) Organen, sondern seitens Privater – entsprechender Schutz gewährt wird<sup>75)</sup>, kann man ihr andererseits auch schwerlich nachsagen, schutzbedürftigen Personen Schutz deswegen zu versagen, weil die Verfolgungsgefahr von „Privaten“ ausgeht und der Herkunftsstaat nicht in der Lage ist, der Verfolgungsgefahr entsprechend wirksam entgegen zu treten; in der Schutzbedürftigkeit sind verfolgungsgefährdete Personen in Fällen einer maßgebenden Verfolgungsgefahr mit oder ohne „Staatlichkeitscharakter“ grundsätzlich gleich<sup>76)</sup>. Bei gleicher Schutzbedürftigkeit sind vor dem Hintergrund von sachlich ungerechtfertigten Differenzierungen nach der „Staatlichkeit“ der Verfolgungsgefahr Bedenken hinsichtlich einer möglichen Diskriminierung jener Personen, die von „nichtstaatlicher“ Verfolgungsgefahr bedroht sind, relativ naheliegend.<sup>77)</sup>

Vor Inkrafttreten des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge<sup>78)</sup> enthielt die GFK die Worte „infolge von vor dem 1. Jänner 1951 eingetretenen Ereignissen“ und die Worte „infolge obiger Umstände“ in Art 1 Abschnitt A Z 2 leg cit. Damit enthielt die GFK insofern eine zeitliche Schranke, als die wohlbegründete Furcht vor Verfolgung iSd GFK auf „vor dem 1. Jänner 1951 eingetretene Ereignisse“ beruhen musste. Im Lichte der gegenständlichen Problematik sticht dazu aus historischer Sicht ins Auge, dass dem Wort „Ereignisse“ im Hinblick auf daraus resultierende Verfolgungsgefahren jedes „Staatlichkeitsmoment“ fremd ist. Ereignisse sind ganz allgemein Geschehnisse aus dem Tatsachenbereich, unabhängig davon, ob dafür ein Staat in irgendeiner Weise verantwortlich ist oder nicht. In diesem Sinn ist der Begriff „Ereignis“ in jeder Hinsicht „staatsneutral“. Darin liegt wiederum ein Indiz dafür, dass die GFK in ihrer „Urfassung“ eine Einschränkung auf Verfolgungsgefahren mit „Staatlichkeitscharakter“ im oben beschriebenen Sinn nicht kannte. Verwegen wäre die These, dass mit dem Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge der sachliche Anwendungsbereich der GFK auf „staatliche“ Verfolgungsgefahren eingeschränkt werden sollte; aus der Präambel des Protokolls ist deutlich ersichtlich, dass mit dem Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge der Konvention im Wesentlichen nur die zeitliche Schranke genommen werden sollte.

Flüchtling iSd Art 1 Abschnitt A Z 2 GFK ist ua, wer sich aus wohlbegründeter Furcht, aus näher bezeichneten Gründen verfolgt zu werden, *außerhalb seines Heimatlandes befindet* und nicht in der Lage oder im Hinblick auf diese Furcht nicht gewillt ist, sich des *Schutzes dieses Landes zu bedienen*.<sup>79)</sup> Vor dem Hintergrund dieser Formulierung ist deutlich

---

<sup>75)</sup> Vgl dazu *Grahl-Madsen*, The Status of Refugees in International Law I [1965], 99, der von „quasi-protection“ spricht.

<sup>76)</sup> Siehe dazu *Köfner/Nicolaus*, Grundlagen des Asylrechts in der Bundesrepublik Deutschland II [1986], 439.

<sup>77)</sup> Vgl dazu etwa Art 14 EMRK. Zu beachten ist weiters Art 1 Abs 1 des BVG betreffend das Verbot rassistischer Diskriminierung (BGBl 1973/390), das in Durchführung des internationalen Übereinkommens zur Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung (BGBl 1972/377) erging; durch das erwähnte BVG wurde der Gleichheitssatz, der nach Art 2 StGG, Art 7 Abs 1 B-VG, Art 66 Abs 1, 2 und Art 67 StV v St. Germain nur auf österreichische Staatsbürger anwendbar wäre, auch auf das Verhältnis der Ausländer untereinander ausgedehnt (siehe dazu *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>9</sup> [2000], Rz 1343; *Stolzlechner*, Die politischen Rechte der Ausländer in Österreich [1980], 93 f; *Thienel*, Österreichische Staatsbürgerschaft II [1990], 74; *Muzak*, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht [1995], 9; *Mayer*, Verfassungsrecht und Verfassungsrechtswissenschaft, in *Noll* (Hrsg), Die Verfassung der Republik [1997], 74; *Mayer*, B-VG<sup>2</sup> [1997], 462; *ders*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Fremdenrechts in Österreich, in *Rechtsstaat – Solidarität und Sicherheit*, Schriftenreihe der Österr Juristenkommission [1997]; VfGH 29. 6. 1995, B 2318/94; 13. 12. 1995, B 434/94; 27. 2. 1996, B 1738/94 und nachfolgende ständige Judikatur).

<sup>78)</sup> BGBl 1974/78.

<sup>79)</sup> Hervorhebungen nicht im Original. Eine vergleichbare Regel besteht für den Fall der Staatenlosigkeit einer Person, wobei auf die „Rückkehr in das Land des gewöhnlichen Aufenthaltes“ Bezug genommen wird (Art 1 Abschnitt A Z 2 letzter Satz GFK).

erkennbar, dass es hier nicht um eine *staatliche Verfolgung* geht;<sup>80)</sup> vielmehr geht es um die Frage, ob ein entsprechender *staatlicher Schutz* besteht bzw fehlt<sup>81)</sup> und daraus eine unter näheren Voraussetzungen maßgebende Verfolgungsgefahr resultiert. Ausschließlich darin liegt der eigentliche Kern des Staatlichkeitsmoments im Hinblick auf den Herkunftsstaat, der mit dem derzeitigen Verständnis von der zwingenden „Staatlichkeit einer Verfolgungsgefahr“ nicht in Einklang zu bringen ist.<sup>82)</sup> Der gewöhnlichen Bedeutung des Wortlautes des Art 1 Abschnitt A Z 2 GFK kann eine Einschränkung auf eine Verfolgungsgefahr mit „Staatlichkeitscharakter“ nicht entnommen werden.<sup>83)</sup> Der Ansatz der GFK unterscheidet sich von der Judikatur betreffend die „Staatlichkeit der Verfolgung“ grundlegend: während die Judikatur auf die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Herkunftsstaates abzielt, zielt die GFK auf die Verantwortlichkeit des Zufluchtsstaates<sup>84)</sup>, wobei die Schutzbedürftigkeit im Zusammenhang mit dem Fehlen eines staatlichen Schutzes im Herkunftsgebiet im Vordergrund steht. Dies ist ua darin ersichtlich, dass Flüchtlingen unter näheren Voraussetzungen deren Rechte nach der GFK auch dann zustehen, wenn der Herkunftsstaat nicht Vertragsstaat der GFK ist.<sup>85)</sup> In diese Richtung weist auch jene Wortfolge aus Art 1 Abschnitt A Z 2 letzter Absatz GFK, nach der jemand, der ohne triftige (...) Ursache sich des *Schutzes eines der Staaten*, dessen Staatsangehöriger er ist, nicht bedient, nicht als eine Person angesehen werden soll, der der *Schutz des Heimatlandes* versagt worden ist. Auch hier geht es wiederum deutlich erkennbar nicht um die Staatlichkeit der Verfolgungsgefahr, sondern um das *Fehlen eines staatlichen Schutzes*.<sup>86)</sup> Staatlicher Schutz setzt neben der Schutzbereitschaft notwendigerweise auch die Schutzfähigkeit des Herkunftsstaates voraus.<sup>87)</sup>

Nach Art 1 Abschnitt C Z 1 GFK wird dieses Abkommen ua auf eine Person (...) nicht mehr angewendet, wenn sie sich freiwillig wieder unter den *Schutz ihres Heimatlandes*

---

<sup>80)</sup> Vgl UNHCR-Stellungnahme zur Anhörung „Nichtstaatliche Verfolgung“ des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages am 29. November 1999, Rz 8 f.

<sup>81)</sup> Vgl *Grahl-Madsen*, The Status of Refugees in International Law I [1966], 189; *Hathaway*, The Law of Refugee Status [1991], 104, 125 ff; *Brandl*, Der Flüchtlingsbegriff des Art 1 A Z 2 der Genfer Flüchtlingskonvention und Bürgerkriegsflüchtlinge: Elemente des Flüchtlingsbegriffs im Lichte von (Bürger)Kriegssituationen im völkerrechtlichen Schrifttum (im Druck). Wenn hier von „staatlichem Schutz“ die Rede ist, ist damit nicht zwangsläufig „Schutz durch staatliche (quasistaatliche) Organe“ gemeint. Wie sich insb Art 1 Abschnitt D bzw E aber auch dem grundlegenden Sinn und Zweck der GFK entnehmen lässt, ist damit jeder Schutz angesprochen, der hinsichtlich seiner qualitativen Ausgestaltung einen „staatlichen Schutz“ effektiv zu ersetzen vermag. Eben unter Hinweis auf die genannten Bestimmungen der GFK geht auch der VwGH im eingangs zit Judikat (VwGH 3. 5. 200, 99/01/0359) davon aus, dass die GFK den „effektiven Schutz vor Verfolgung in näher umschriebenen Fällen (Art. 1 Abschnitt A Z. 2 GFK)“ bezwecke.

<sup>82)</sup> Vgl dazu auch *Goodwin-Gill*, The Refugee in International Law<sup>2</sup> [1996], 71 f;

<sup>83)</sup> Siehe UNHCR-Stellungnahme zur Anhörung „Nichtstaatliche Verfolgung“ des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages am 29. November 1999, Rz 9; *Goodwin-Gill*, The Refugee in International Law<sup>2</sup> [1996], 73 f, 367; vgl auch *Kaul*, Bemerkungen zum Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention, in *Geistlinger/Pöckl/Skühr*a (Hrsg), Flucht – Asyl – Migration [1991], 38. *Kälin*, Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect (im Druck); *Vermeulen/Spijkerboer/Zwaan/Fernhout*, Persecution by Third Parties [1998]; 12 f.

<sup>84)</sup> Siehe dazu ausführlich *Marx*, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung (Loseblattausgabe, Stand 1997) I, § 33, Rz 16.

<sup>85)</sup> UNHCR-Stellungnahme zur Anhörung „Nichtstaatliche Verfolgung“ des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages am 29. November 1999, Rz 15.

<sup>86)</sup> Siehe dazu *Gusy*, Grenzen des Asylrechts, in *Beitz/Wollenschläger*, Handbuch des Asylrechts I [1980], 255; *Grahl-Madsen*, The Status of Refugees in International Law I [1965], 189.

<sup>87)</sup> Dazu hält *Kälin*, Grundriss des Asylverfahrens [1990], 66 f weiter fest: „Nur in diesem Fall ist der Verfolgte nicht auf den Schutz des internationalen Flüchtlingsrechts angewiesen, weshalb er auf die Schutzgewalt seines Heimatlandes verwiesen werden kann.“ Vgl auch, *Nicolaus*, Kein Asylrecht trotz Verfolgung? Eine Studie zum Problem der inländischen Fluchtalternative [1984], 2 ff; *Achermann/Hausammann*, Handbuch des Asylrechts<sup>2</sup> [1991], 86 f; *Brandl*, Der Flüchtlingsbegriff des Art 1 A Z 2 der Genfer Flüchtlingskonvention und Bürgerkriegsflüchtlinge: Elemente des Flüchtlingsbegriffs im Lichte von (Bürger)Kriegssituationen im völkerrechtlichen Schrifttum (im Druck).

gestellt hat<sup>88)</sup>. Die GFK wird gem Art 1 Abschnitt C Z 5 GFK ua auf eine Person nicht mehr angewendet, wenn die Umstände, auf Grund deren sie als Flüchtling anerkannt worden ist, nicht mehr bestehen und sie es daher nicht weiterhin ablehnen kann, sich unter den *Schutz ihres Heimatlandes* zu stellen.<sup>89)</sup> Vor dem Hintergrund der abschließend formulierten Endigungstatbestände des Art 1 Abschnitt C GFK zeigt sich, dass die GFK auch in diesem Zusammenhang – mit Art 1 Abschnitt A Z 2 leg cit eine inhaltlich-systematische Einheit bildend – nicht auf das Enden einer staatlichen Verfolgung, sondern auf einen nunmehr bestehenden staatlichen Schutz abstellt, dessen Inanspruchnahme – zumindest im Falle des Art 1 Abschnitt C Z 5 GFK<sup>90)</sup> – nicht weiterhin abgelehnt werden kann. Im Falle der Endigungstatbestände geht es um den *Entfall der Schutzbedürftigkeit einer Person* und nicht um den Entfall der Verantwortung des Herkunftsstaates, die die GFK schon von Grund auf nicht im Auge hat. In ähnliche Richtung deutet Art 1 Abschnitt E GFK. Der dieser Bestimmung zu Grunde liegende Endigungstatbestand sieht vor, dass die GFK auf Personen keine Anwendung findet, die von den zuständigen Behörden des Landes, in dem sie Aufenthalt genommen haben, als im Besitze aller Rechte und Pflichten angesehen werden, die mit dem Besitze der Staatsangehörigkeit dieses Landes verbunden sind. Auch hier geht es nicht um Verfolgungsgefahren mit „Staatlichkeitscharakter“ sondern um *staatlichen Schutz* und dem damit zu prognostizierenden *Entfall der Schutzbedürftigkeit*.

Auch Art 33 Z 1 GFK betreffend das sog refolement-Verbot<sup>91)</sup> enthält keinen einigermaßen gesicherten Hinweis auf das Erfordernis der Staatlichkeit einer Verfolgungsgefahr, wenn bestimmt wird, dass kein vertragschließender Staat einen Flüchtling in irgendeiner Form in ein Gebiet<sup>92)</sup> ausweisen oder zurückweisen darf, wo sein Leben oder seine Freiheit aus Gründen seiner Rasse, seiner Religion, seiner Nationalität, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Ansichten bedroht wäre. Auch hier geht es um den Schutz einer Person vor spezifischen Gefahren, wobei sich diese Bestimmung nicht nur auf den Herkunftsstaat bzw die Vertragsstaaten der GFK, sondern auf sämtliche Staaten der Erde bezieht.<sup>93)</sup> Deutlich erkennbar ist auch in diesem

---

<sup>88)</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>89)</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>90)</sup> Vergleichbar Art 1 Abschnitt C Z 6 GFK.

<sup>91)</sup> Beachte dazu Art 3 EMRK; Art 7 CCPR; Art 3 UN-Folterkonvention; zum refolement-Verbot siehe zB *Rohrböck* Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl [1999], Rz 320; *Kälin*, Das Prinzip des non-refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht [1982]; *ders*, Menschenrechtsverletzungen im Heimatstaat als Schranke der Rückschiebung gemäß Art. 3 EMRK, ZAR 1986, 172 ff; *Lieber*, Die neuere Entwicklung des Asylrechts im Völkerrecht und Staatsrecht unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Asylpraxis [1973], 21 ff; *Gornig*, Das „non-refoulement“-Prinzip, ein Menschenrecht „in statu nascendi“. Auch ein Beitrag zu Art. 3 Folterkonvention, EuGRZ 1986, 521 ff; *ders*, Das Refoulement-Verbot im Völkerrecht [1987]; *Hailbronner*, Asylrecht und Völkerrecht, in *Beitz/Wollenschläger* (Hrsg), Handbuch des Asylrechts, I [1980], 69 ff; *ders*, AuslR I (Loseblattausgabe, Stand Dezember 2000), Abschnitt A1, Kommentar zu § 1 Ausländergesetz, Rz 21 und Kommentar zu § 53; *Rosenmayr*, Art 3 EMRK, in *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte [1983], 177 ff; *ders*, Aufenthaltsverbot, Schubhaft und Abschiebung, ZfV 1988, 1 ff; *ders*, Asylrecht, in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich III [1997], 540 ff; *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis<sup>3</sup> [1984], 799 ff; *Davy U.*, Die Neuordnung des österreichischen Asylrechts, ZAR 1993, 70 ff; *dieselbe*, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht II. Innerstaatliche Ausgestaltung [1996], 174 ff; *Alleweldt*, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe [1996]; *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> [1996], 40 ff; *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht [1993], 27 ff, 141 ff.

<sup>92)</sup> UNHCR weist darauf hin, dass hier nicht von „Staaten“, sondern von „Gebiet“ (bzw. „Land“) die Rede ist (UNHCR-Stellungnahme zur Anhörung „Nichtstaatliche Verfolgung“ des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages am 29. November 1999, Rz 10).

<sup>93)</sup> Vgl *Gusy*, Zur Bedeutung von Art. 3 EMRK im Ausländerrecht, ZAR 1993, 65; *Lieber*, Die neuere Entwicklung des Asylrechts im Staats- und Völkerrecht [1973], 55.

Zusammenhang wiederum die völkerrechtliche *Verantwortlichkeit des Zufluchtsstaates* eine verbotene Ausweisung<sup>94)</sup> betreffend.

Im Lichte einer systematischen Interpretation kommt dem Verwandtschaftsverhältnis zwischen der GFK und der EMRK besondere Bedeutung zu, nicht zuletzt deswegen, weil die EMRK in einem engen zeitlichen Naheverhältnis zur GFK entstanden ist.<sup>95)</sup> Wie die GFK bezweckt auch die EMRK im Grunde nicht nur den Schutz der Bürger von Vertragsstaaten, sondern den Schutz aller Menschen innerhalb der Jurisdiktionsgewalt des betreffenden Vertragsstaates.<sup>96)</sup> Verletzungen der EMRK sind nicht nur durch staatliche Organe, sondern auch durch Private möglich;<sup>97)</sup> der Staat kann seiner Verantwortlichkeit nicht durch Delegation auf private Organisationen oder Individuen entgehen<sup>98)</sup>. Wie eine Handlung kann auch eine Unterlassung eine Verletzung der EMRK herbeiführen.<sup>99)</sup> Ein besonders enger systematischer Zusammenhang zwischen der EMRK und der GFK besteht vor dem Hintergrund des Art 3 EMRK im sachlichen Anwendungsbereich des refoulement-Schutzes;<sup>100)</sup> auch im Bereich der Zulässigkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen nach Art 3 EMRK steht die Verantwortung des „Zufluchtsstaates“ („Aufenthaltsstaates“) im

---

<sup>94)</sup> Der Begriff „Ausweisung“ ist hier nicht technisch iSd §§ 33, 34 Bundesgesetz über die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden (Fremdengesetz 1997 - FrG) BGBl I 1997/75 idFdlN BGBl I 2000/134 zu verstehen, sondern erfasst jede aufenthaltsbeendende Maßnahme (in einem weiten Sinn).

<sup>95)</sup> Vgl dazu *Gattiker*, Der Beitrag des Europarates zur Entwicklung des Asylrechts, ASYL 1998, 90.

<sup>96)</sup> Vgl EGMR 7. 7. 1989 Soering, 161 Serie A = EuGRZ 1989, 314; vgl auch EGMR 17. 12. 1996 Ahmed, 71/1995/577/663 = ÖJZ 1997, 231; EGMR 7. 3. 2000 T.I., 43844/98; *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> [1996], 18 ff; *Marx*, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung III (Loseblattausgabe, Stand 1997), § 79, Rz 12.2; *Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht [1982], 168 ff.

<sup>97)</sup> Vgl UNHCR-Stellungnahme zur Anhörung „Nichtstaatliche Verfolgung“ des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages am 29. November 1999, Rz 15; *Alleweldt*, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe [1996], 26; *Achermann/Hausammann*, Handbuch des Asylrechts<sup>2</sup> [1991], 184; *Duffy*, Article 3 of The European Convention on Human Rights, ICLQ (International and Comparative Law Quarterly) 1983, 339; *Einarsen*, The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum, IJRL 1990, 369; *Frowein/Zimmermann*, Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz erstattet vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [1993], 31; *Gattiker*, Der Beitrag des Europarates zur Entwicklung des Asylrechts, ASYL 1998, 90; *Gusy*, Zur Bedeutung von Art. 3 EMRK im Ausländerrecht, ZAR 1993, 66; *Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht [1982], 184 f; *ders*, Grundriss des Asylverfahrens [1990], 236; *Pellonpää*, Expulsion in International Law. A Study in International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland [1984], 145; *Raess*, Folter [1989], 105; *Steenbergen*, The Relevance of the European Convention on Human Rights for Asylum Seekers, [1991], 63; *Weberndörfer*, Schutz vor Abschiebung nach dem neuen Ausländergesetz [1992], 139; vgl auch *Maaßen*, Abschiebungsschutz aus Art. 3 EMRK auch bei nicht vom Staat ausgehenden Menschenrechtsverletzungen und allgemeinen dem Ausländer im Herkunftsstaat drohenden Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit?, ZAR 1998, 107.

<sup>98)</sup> Vgl EGMR 25. 3. 1993 Costello-Roberts, 89/1991/341/414 = ÖJZ 1993, 707.

<sup>99)</sup> Vgl zB EGMR 13. 5. 1980 Artico, 37 Serie A = EuGRZ 1980, 662; EGMR 9. 10. 1979 Airey, 32 Serie A = EuGRZ 1979, 626; EGMR 7. 7. 1989 Gaskin, 2/1988/146/200, 160 Serie A; *Zimmer*, Abschiebungsschutz durch Art. 3 EMRK im Fall nichtstaatlicher Verfolgung, ZAR 1998, 121.

<sup>100)</sup> Auf den systematischen Zusammenhang zwischen der EMRK und der GFK hinweisend *Zimmer*, Abschiebungsschutz durch Art. 3 EMRK im Fall nichtstaatlicher Verfolgung, ZAR 1998, 121. Hier ist zu beachten, dass sich nicht nur aus Art 3 EMRK, sondern auch aus anderen Vorschriften der EMRK refoulement-Verbote ableiten können (vgl *Marx*, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung III (Loseblattausgabe, Stand 1997), § 79, Rz 12; *Maaßen*, Abschiebungsschutz aus Art. 3 EMRK auch bei nicht vom Staat ausgehenden Menschenrechtsverletzungen und allgemeinen dem Ausländer im Herkunftsstaat drohenden Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit?, ZAR 1998, 107; im Lichte des Art 8 EMRK *Davy U.*, „Familienleben“ und Familiennachzug, JRP 1996, 250 ff mwN; *Lambert*, The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion, IJRL 1999, 437).

Blickfeld,<sup>101)</sup> sodass es hier auf eine Verantwortung des Herkunftsstaates (Zielstaat der aufenthaltsbeendenden Maßnahme) gar nicht ankommt und demnach die Frage der „Staatlichkeit“ einer Gefahr im Herkunftsstaat (Zielstaat der aufenthaltsbeendenden Maßnahme) im gegebenen Zusammenhang keine Rolle spielen kann.<sup>102)</sup> Dies ist ua schon

---

<sup>101)</sup> Vgl insb EKMR 3. 5. 1983 Altun, 10308/83 = DR 36, 209 (232); EKMR 19. 1. 1984 Bulus, 9330/81 = DR 35, 57 (66); EKMR 3. 12. 1984 Taspinar, 11026/84; EKMR 10. 12. 1986 Y. H., 12461/86 = DR 51, 258; EKMR 10. 4. 1992 S. N., 19184/91; EGMR 7. 7. 1989 Soering, 161 Serie A = EuGRZ 1989, 314; EGMR 20. 3. 1991 Cruz Varas ua, 201 Serie A = EuGRZ 1991, 203; EGMR 27. 8. 1992 Vilvarajah ua, 215 Serie A = ÖJZ 1992 = NVwZ 1992, 869, 309; EGMR 15. 11. 1996 Chahal, 70/1995/576/662 = ÖJZ 1997, 632 = NVwZ 1997, 1093; EGMR 17. 12. 1996 Ahmed, 71/1995/577/663 = ÖJZ 1997, 231; EGMR 7. 3. 2000 T.I., 43844/98; siehe auch *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> [1996], 52; *Frowein/Zimmermann*, Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz erstattet vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [1993], 31; *Marx*, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung III (Loseblattausgabe, Stand 1997), § 79, Rz 125 ff; *ders.*, Refoulementschutz für Bürgerkriegsflüchtlinge, ZAR 1995, 153 ff; *Frowein*, Rechtsgutachten im Verfahren der Verfassungsbeschwerde 2 BvR 502/86 [1986], 17; *Kälin*, Drohende Menschenrechtsverletzungen im Heimatstaat als Schranke der Rückschiebung gemäß Art. 3 EMRK, ZAR 1986, 176; *Gusy*, Zur Bedeutung von Art. 3 EMRK im Ausländerrecht, ZAR 1993, 66; *Einarsen*, The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum, IJRL 1990, 370; *Alleweldt*, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe [1996], 25; *ders.*, Neues zum „kleinen Asyl“ nach der EMRK. Das falsche Spiel mit fremdem Risiko, Juridicum, 1997/1, 40; *Weberndörfer*, Schutz vor Abschiebung nach dem neuen Ausländergesetz [1992], 139 f; *Heinold*, Abschiebungshindernisse nach § 53 Ausländergesetz in der Praxis des Bundesamtes und der Gerichte, InfAuslR 1994, 416 f; *Trechsel*, Art. 3 EMRK als Schranke der Ausweisung, in *Barwig* ua (Hrsg), Ausweisung im demokratischen Rechtsstaat [1996], 234; *Rosenmayr*, Artikel 3 EMRK, in *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte [1983], 139; *Zimmer*, Abschiebungsschutz durch Art. 3 EMRK im Fall nichtstaatlicher Verfolgung, ZAR 1998, 117, 199; *Noll*, Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection [2000], 407 ff; aa *Maaßen*, Abschiebungsschutz aus Art. 3 EMRK auch bei nicht vom Staat ausgehenden Menschenrechtsverletzungen und allgemeinen dem Ausländer im Herkunftsstaat drohenden Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit?, ZAR 1998, 107 ff; *Hailbronner*, Der Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention und die Rechtsstellung von De-facto-Flüchtlingen, ZAR 1993, 8; *ders.*, AuslR I (Loseblattausgabe, Stand Dezember 2000), Abschnitt A 1, Kommentar zu § 53 Ausländergesetz, Rz 56a ff.

<sup>102)</sup> Siehe dazu *Klos*, Deutschlands Verhältnis zur Genfer Flüchtlingskonvention und zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZAR 2000, 204; *Zimmer*, Abschiebungsschutz durch Art. 3 EMRK im Fall nichtstaatlicher Verfolgung, ZAR 1998, 119. Vor dem Hintergrund des Konzepts der „Staatlichkeit der politischen Verfolgung“ ist wenig verwunderlich, dass in diesem Zusammenhang insb in der deutsche Lehre auch im Lichte des Art 3 EMRK Uneinigkeit besteht (das Staatlichkeitsprinzip ablehnend *Alleweldt*, Schutz vor Folter, Terrorismusverdacht, Zusicherung menschenwürdiger Behandlung: das Chahal-Urteil des EGMR, NVwZ 1997, 26; *Chauvin*, Revue Universelle des Droits de l'homme 1997, 348; *Duffy*, Article 3 of The European Convention on Human Rights, ICLQ (International and Comparative Law Quarterly) 1983, 339; *Einarsen*, The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum, IJRL 1990, 370; *Frowein*, DÖV 1998, 806; *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> [1996], 55; *Gusy*, Zur Bedeutung von Art. 3 EMRK im Ausländerrecht, ZAR 1993, 66; *Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht [1982], 184 f; *ders.*, Drohende Menschenrechtsverletzungen im Heimatstaat als Schranke der Rückschiebung, ZAR 1986, 176 mwN; *Marx*, Doktrin der »Friedensordnung« gegen eine unfriedliche Welt: Die Realitätsflucht des Revisionsgerichts in eine Fiktion, ZAR 1999, 59; *ders.*, Abschiebungsschutz bei fehlendem staatlichen Schutz: Die neuere Rechtsprechung des EGMR, NVwZ 1998, 153; *Masuch*, Entscheidet die Täter- oder die Opferperspektive über den Abschiebungsschutz aus Art. 3 EMRK?, ZAR 2000, 115; *Renner*, Von der Rettung des deutschen Asylrechts, ZAR 1999, 206; *Simmler*, DRiZ 1998, 255; *Zimmer*, Abschiebungsschutz durch Art. 3 EMRK im Fall nichtstaatlicher Verfolgung, ZAR 1998, 115; das Staatlichkeitsprinzip bejahend *Buß*, Grenzen der dynamischen Vertragsauslegung im Rahmen der EMRK, DÖV 1998, 323; *Hailbronner*, AuslR I (Loseblattausgabe, Stand Dezember 2000), Abschnitt A 1, Kommentar zu § 53 AuslG, Rz 56c ff; *ders.*, DÖV 1999, 617; *Maaßen*, Abschiebungsschutz aus Art. 3 EMRK auch bei nicht vom Staat ausgehenden Menschenrechtsverletzungen und allgemeinen dem Ausländer im Herkunftsstaat drohenden Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit?, ZAR 1998, 107 ff; *Klos* aaO, 205, 210). Zu beachten ist im gegebenen Zusammenhang auch der Umstand, dass vor dem Hintergrund des Art 7 Z 1 GFK Flüchtlinge grundsätzlich gegenüber Ausländer nicht diskriminiert werden dürfen (zum Diskriminierungsverbot

daran erkennbar, dass sich – wie auch vor dem Hintergrund des Art 33 GFK – der sachliche Schutzbereich des Art 3 EMRK im refoulement-Bereich auf sämtliche Gebiete der Welt bezieht, mag nun ein Zielstaat (einer der Zielstaaten) Vertragsstaat der EMRK sein oder nicht;<sup>103</sup>) Art 3 EMRK verbietet auch Abschiebungen in ein Land, in dem die betroffene Person zwar nicht unmittelbar Gefahr läuft, dort einer unmenschlichen Behandlung zu unterliegen, aber Gefahr läuft, in ein Land weiterbefördert zu werden, wo ihm eine entsprechende Grundrechtsverletzung droht („Kettenabschiebung“).<sup>104</sup> Der Anwendbarkeit des Art 3 EMRK steht das Fehlen jeder staatlichen Gewalt im Herkunftsstaat nicht entgegen<sup>105</sup>); von wem die Gefahr im Zielstaat droht, ist gleichgültig<sup>106</sup>). Die aufenthaltsbeendende Maßnahme als solche stellt gegebenenfalls einen Völkerrechtsbruch dar.<sup>107</sup>) Ähnliches ist im Ergebnis vor dem Hintergrund des Art 7 IPBPR festzuhalten.<sup>108</sup>) Im

---

betreffend Flüchtlinge untereinander siehe Art 3 GFK); ist dem „Staatlichkeitsprinzip“ im Zusammenhang mit Art 3 EMRK nicht zu folgen, spricht Art 7 GFK (beachte dazu auch das Günstigkeitsprinzip nach Art 5 GFK) dafür, dass im selben Anwendungsbereich für Vertragsstaaten der EMRK und der GFK auch vor dem Hintergrund der GFK das „Staatlichkeitsprinzip“ abzulehnen ist. Allgemein zum Verhältnis zwischen Art 3 EMRK und Art 33 GFK siehe *Rohrböck*, Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl [1999], Rz 112 ff.

<sup>103</sup>) Vgl *Marx*, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung III (Loseblattausgabe, Stand 1997), § 79, Rz 126.

<sup>104</sup>) Vgl dazu *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht [1993], 25; *Rohrböck*, Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl [1999], Rz 327; *Muzak*, Fremdenrecht, in *Muzak/Taucher/Aigner/Lobner*, Fremdenrecht [1999], 167; *Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht [1982], 279; *Marx*, Non-Refoulement. Access to Procedures and Responsibility for Determining Refugee Claims, IJRL 1995, 394; *Brandl*, Drittlandsicherheitskonzepte im Spannungsfeld zwischen verfahrensrechtlicher Effizienz und menschenrechtlichen Verpflichtungen, in *Hailbronner/Klein* (Hrsg), Flüchtlinge – Menschenrechte – Staatsangehörigkeit als Herausforderung des 21. Jahrhunderts (im Druck); vgl dazu auch § 4 Abs 5 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1997 – AsylG) BGBl I 1997/76 idFdl BGBl I 1999/4.

<sup>105</sup>) Vgl EGMR 17. 12. 1996 Ahmed, 71/1995/577/663 = ÖJZ 1997, 231; EGMR 29. 4. 1997 H.L.R., 11/1996/630/813 = ÖJZ 1998, 309.

<sup>106</sup>) EGMR 7. 3. 2000 T.I., 43844/98; vgl auch EGMR 29. 4. 1997 H.L.R., 11/1996/630/813 = ÖJZ 1998, 309; EGMR 2. 5. 1997 D., 146/1996/767/964 = NL 97/3/12; *Alleweldt*, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe [1996], 26; *ders*, Die Menschenrechtsbeschwerde gegen Asylentscheidungen im Flughafen- oder Schnellverfahren, NVwZ 1996, 1074; *Bethäuser*, Zum Verhältnis zwischen § 54 und § 53 Abs. 4 und 6 Satz 1 AuslG sowie zur Klage auf einen generellen Abschiebungsstop, ZAR 1996, 12; *Christ*, InfAuslR 1996, 377; *Duffy*, Article 3 of The European Convention on Human Rights, ICLQ (International and Comparative Law Quarterly) 1983, 316, 339; *Einarsen*, The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum, IJRL 1990, 361, 369; *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> [1996], 55; *Frowein/Zimmermann*, Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz erstattet vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [1993], 31; *Hartl*, Das völkerrechtliche Refoulementverbot abseits der Genfer Flüchtlingskonvention [1999], 118; *Heinold*, Anmerkung zu BVerwG InfAuslR 1996, 252, InfAuslR 1996, 255; *Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht [1982], 183 f; *ders*, Drohende Menschenrechtsverletzungen im Heimatstaat als Schranke der Rückschiebung, ZAR 1986, 172; *Marx*, Refoulementschutz für Bürgerkriegsflüchtlinge, ZAR 1995, 151; *ders*, NVwZ 1998, 153; *Trechsel*, in Barwig ua, Ausweisung im demokratischen Rechtsstaat [1996], 238 ff; *Treiber* in GK-AuslR, § 53 Rn 80 ff, 176; *Zimmermann*, Das neue Grundrecht auf Asyl [1994], 87 f; aA *Hailbronner*, FS Bernhardt [1995], 379; *Maaßen*, Abschiebungsschutz aus Art. 3 EMRK auch bei nicht vom Staat ausgehenden Menschenrechtsverletzungen und allgemeinen dem Ausländer im Herkunftsstaat drohenden Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit?, ZAR 1998, 107 ff; *ders*, Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht [1997], 117 ff.

<sup>107</sup>) Vgl EGMR 17. 12. 1996 Ahmed, 71/1995/577/663 = ÖJZ 1997, 231; EGMR 7. 3. 2000 T.I., 43844/98; EGMR 2. 5. 1997 D., 146/1996/767/964 = NL 97/3/12; *Marx*, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung III (Loseblattausgabe, Stand 1997), § 79, Rz 129.16; *Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht [1982], 162; *Rogge K.*, Der Schutz des Asylrechts im Europarat und der Europäischen Menschenrechtskonvention, AWR-Bulletin 1979, 162;

Lichte dessen problematisch ist die Judikatur des VwGH, die eine von staatliche Stellen zumindest gebilligte Gefährdung bzw. Bedrohung voraussetzt.<sup>109)</sup> Andererseits hat der VwGH aber auch festgehalten, dass bei Beurteilung des Vorliegens von Gefahren im Sinne des § 57 FrG nicht nur unmittelbar staatliche oder von staatlichen Stellen gebilligte Bedrohung maßgeblich sei, sondern auch eine solche, die von den staatlichen Stellen infolge nicht ausreichenden Funktionierens der Staatsgewalt nicht abgewendet werden könne.<sup>110)</sup>

Da vor dem Hintergrund der GFK (wie auch insb im Lichte des refolement-Schutzes nach Art 3 EMRK) die völkerrechtliche Verantwortung des *Aufenthaltsstaates* (nicht aber die Verantwortung des Herkunftsstaates bzw des Zielstaates) zu beurteilen ist, sind aber auch nur in diesem Zusammenhang die allgemeinen Regeln betreffend die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für Völkerrechtsverletzungen maßgebend.<sup>111)</sup> Auslösendes Moment einer völkerrechtlichen Verantwortung ist eine (vollendete) Völkerrechtsverletzung, dh die auf Handeln oder Unterlassen beruhende Verletzung einer völkerrechtlichen Norm. Die Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht muss iS einer Kausalität einem Völkerrechtssubjekt zuzurechnen sein; dies erfordert die Feststellung, welches Völkerrechtssubjekt (welche Völkerrechtssubjekte) Ausgangspunkt (Ursache) einer Völkerrechtsverletzung (Wirkung) ist (sind). Die Verantwortung eines Staates betrifft grundsätzlich sog Staatsakte („act of a State“). Auch das Verhalten von Privaten kann einem Staat zuzurechnen sein. Dies steht aber nicht im Gegensatz zum Grundsatz, nach dem nur Staatsorgane die völkerrechtliche Verantwortung eines Staates begründen können. Die Zurechnung erfolgt vielmehr auch wegen einer Verletzung von Verhinderungspflichten durch Unterlassen der den Staatsorganen<sup>112)</sup> obliegenden Pflicht, ein bestimmtes Ereignis nicht eintreten zu lassen.<sup>113)</sup> Die Verantwortlichkeit entsteht hier auch durch das Verhalten (Unterlassen) der Organe,

---

*Kloettchen*, Die Rechtsstellung des politisch verfolgten Fremden im deutschen Recht [1965], 74; aA *Maaßen*, Abschiebungsschutz aus Art. 3 EMRK auch bei nicht vom Staat ausgehenden Menschenrechtsverletzungen und allgemeinen dem Ausländer im Herkunftsstaat drohenden Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit?, ZAR 1998, 112 ff; *Vogler*, in Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer [1990], 487.

<sup>108)</sup> Vgl *Hartl*, Das völkerrechtliche Refoulementverbot abseits der Genfer Flüchtlingskonvention [1999], 140 ff; *Alleweldt*, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe [1996], 100; vgl auch UNAMR 30. 7. 1993 Kindler, HRLJ 14 (1993), 307; UNAMR 5. 11. 1993 Ng., HRLJ 15 (1994), 149 (156); UNAMR 31. 10. 1994 Cox, HRLJ 15 (1994) 410 (416). Beachte insb auch Art 33 GFK, Art 10 der Vereinbarung über Flüchtlingsseeleute vom 23. 11. 1957, Art 3 Abs 3 OAU-Flüchtlingskonvention (OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problem in Africa vom 10. 9. 1969), Art 22 Z 8 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention vom 22. 11. 1969, Art 3 des Europäischen Auslieferungübereinkommens vom 13. 12. 1975, Art 5 des Europäischen Übereinkommens zur Bekämpfung des Terrorismus vom 27. 1. 1977. Art 3 der UN-Folterkonvention (Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe BGBl 1987/492) schützt nach dem Vertragswortlaut nicht vor „nichtstaatlicher“ Folter (Art 1 Abs 1 iVm Art 3 Abs 1 leg cit; vgl *Alleweldt*, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe [1996], 95; *Hartl*, Das völkerrechtliche Refoulementverbot abseits der Genfer Flüchtlingskonvention [1999], 171 f); Art 3 UN-Folterkonvention derogiert der EMRK und dem IPBPR hier allerdings nicht (beachte dazu das „Günstigkeitsprinzip“ nach Art 1 Abs 2 der UN-Folterkonvention).

<sup>109)</sup> Vgl VwGH 14. 10. 1998, 98/01/0122 unter Hinweis auf VwGH 23. 5. 1996, 95/18/0027; 18. 12. 1997, 97/18/0588; vgl auch VwGH 11. 3. 1993, 93/18/0083; 8. 7. 1993, 93/18/0283, 0384; 30. 9. 1993, 93/18/0256; 24. 3. 1994, 94/18/0082; 8. 9. 1994, 94/18/0473; 1. 2. 1995, 94/18/0731; 18. 5. 1995, 95/18/0849; 28. 6. 1995, 95/21/212; 11. 10. 2000, 2000/01/0172.

<sup>110)</sup> VwGH 6. 10. 1999, 98/01/0311; vgl auch VwGH 11. 3. 1993, 93/18/0083; 1. 6. 1994, 94/18/0263; 8. 9. 1994, 94/18/0474; 26. 6. 1997, 95/18/0083; 26. 6. 1997, 95/21/0294; 5. 8. 1998, 98/21/0198; 1. 7. 1999, 97/21/0804; 7. 6. 2000, 2000/01/0162.

<sup>111)</sup> Siehe dazu *Zemanek*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit und die Sanktionen des Völkerrechts in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch des Völkerrechts I<sup>3</sup> [1996], Rz 2414 ff.

<sup>112)</sup> Auch Privatpersonen können als „Staatsorgane“ tätig sein, wenn sie staatliche Aufgaben erfüllen.

<sup>113)</sup> Siehe *Zemanek*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit und die Sanktionen des Völkerrechts in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch des Völkerrechts I<sup>3</sup> [1996], Rz 2459; *Marx*, Nichtstaatliche Verfolgung und deutsches Ausländerrecht, ZAR 2001, 12 f; *Epiney*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Privater [1992], 223, 227, 234.

wengleich das Verhalten anderer den Eintritt des Ereignisses bewirkt hat. Die Rechtswidrigkeit von Völkerrechtsverletzungen kann nur im Falle des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen ausgeschlossen sein.<sup>114)</sup> Rechtfertigungsgründe können grundsätzlich nicht geltend gemacht werden, wenn die Umstände, auf denen sie beruhen, vom verletzenden Staat wenigstens teilweise selbst herbeigeführt wurden. Insb ist eine einer völkerrechtlichen Norm entgegenstehende innerstaatliche Norm kein Rechtfertigungsgrund für die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrages.

#### IV. Zusammenfassung

Die GFK orientiert sich ausschließlich am – gegebenenfalls fehlenden – *Schutz durch den Heimatstaat* bzw an einem diesem qualitativ gleichwertigen Schutz, nicht aber an einer *Verfolgung durch den Heimatstaat*; darin liegt das eigentliche „Staatlichkeitsmoment“ der GFK. Wesentlich ist, dass vom fehlenden staatlichen Schutz verbunden mit einer maßgebenden Verfolgungsgefahr ausgegangen wird; von wem daraus resultierende Gefahren herrühren, ist im Lichte der GFK ohne Bedeutung. Wichtig ist jedoch, dass die Verfolgungsgefahr im Lichte des Art 1 Abschnitt A Z 2 GFK auf die dort genannten Gründe zurückzuführen ist<sup>115)</sup> und dass auf Grund dieser Verfolgungsgefahr der Flüchtling aus objektiver Sicht (gleichwohl aber in der individuellen Situation des betroffenen Flüchtlings) nicht in den Schutz des Heimatlandes in Anspruch nehmen bzw in das Land des vorherigen gewöhnlichen Aufenthaltes zurückkehren will oder kann. Dass die Verfolgungsgefahr – was in der überwiegenden Zahl der Fälle durchaus zutreffen mag – eine „staatliche“ sein muss, ist damit nicht gesagt.<sup>116)</sup> Der Kern des Problems ist vielmehr die Schutzbedürftigkeit eines Flüchtlings, wobei die in der GFK vorgesehenen „Schutzpflichten“ den Zufluchtsstaat treffen; schutzbedürftig ist eine Person bei maßgebender Verfolgungsgefahr unabhängig davon, ob die Verfolgungsgefahr im Herkunftsstaat eine „staatliche“ ist oder nicht. Die GFK stellt im Ergebnis auf das Fehlen eines staatlichen (oder eines einem solchen gleichwertigen) Schutzes in einem gewissen Mindestausmaß („lack of protection“)<sup>117)</sup> und nicht auf darauf ab, ob im Herkunftsland eine (quasi)staatliche Herrschaftsmacht mit effektiver Gebietsgewalt im Sinne hoheitlicher Überlegenheit – wenn auch nur in einem bestimmten Gebiet – besteht oder nicht. Der Text der GFK steht klar auf dem Boden der Schutztheorie.<sup>118)</sup>

---

<sup>114)</sup> Zu den Rechtfertigungsgründen siehe *Zemanek*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit und die Sanktionen des Völkerrechts in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch des Völkerrechts I [1996], Rz 2462 ff. Dies gilt grundsätzlich nicht, wenn sog „notstandsfeste“ Rechtsgüter betroffen sind.

<sup>115)</sup> Hier ist ein „Kausalzusammenhang“ gefordert; siehe dazu *Rohrböck*, Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl [1999], Rz 398.

<sup>116)</sup> Vgl *Kälin*, Grundriss des Asylverfahrens [1990], 66 ff; siehe dazu auch *Kimminich*, Die Entwicklung de internationalen Flüchtlingsrechts – faktischer und rechtsdogmatischer Rahmen, Archiv des Völkerrechts 1982/20, 374 ff.

<sup>117)</sup> Vgl *Robinson*, Convention Relating to the Status of Refugees [1953], 12; *Goodwin-Gill*, The Refugee in International Law<sup>2</sup> [1996], 77; *Grahl-Madsen*, The Status of Refugees in International Law I [1965], 7, 95 ff, 189, 254; *Aga Khan*, Hague Recueil I [1965], 341; *Kälin*, Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect (im Druck); siehe dazu auch *Marx*, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung (Loseblattausgabe, Stand 1997) I, § 33, Rz 8 ff, 19; UNHCR, Die Flüchtlings-eigenschaft im Sinne von Art. 1 GFK im Zusammenhang mit den deutschen Entschädigungsgesetzen, RzW 1968, 153; siehe auch EXCOM Nr. 65 [XLII] lit q; beachte dazu auch die Flüchtlingsdefinition der OAU-Flüchtlingskonvention (OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problem in Africa vom 10. 9. 1969), zu dieser wiederum *Köfner/Nicolaus*, Grundlagen des Asylrechts in der Bundesrepublik Deutschland [1986], 178; Cartagena Declaration on Refugees, Colombia vom 19-22 November 1984, Text: OAS/Serv.L./V/II.66, doc. 10, rev. 1, pp. 190-3.

<sup>118)</sup> Im Lichte dessen ist es aus dogmatischer Sicht nicht vertretbar, inhaltliche Kompromisse zwischen der „Schutztheorie“ und der „Zurechnungstheorie“ anzustrengen (so aber die an sich problematischen Versuche bei *Kälin*, Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect (im Druck); *Marx*,

Vor dem Hintergrund des Ansatzes der GFK kommt dem Kriterium der „Staatlichkeit“ einer Verfolgungsgefahr keine Berechtigung zu. Liegen die Rechtsbedingungen der GFK vor, hängt die Flüchtlingseigenschaft einer Person nicht davon ab, ob die Verfolgungsgefahr von staatlichem Charakter ist oder nicht. Mit anderen Worten: die Staatlichkeit der Verfolgungsgefahr ist keine Rechtsbedingung für die Flüchtlingseigenschaft; vielmehr genügt unter den näheren Voraussetzungen der GFK<sup>119)</sup>, dass sich eine Person aus wohlbegründeter Furcht, aus näher bezeichneten Gründen verfolgt zu werden, außerhalb ihres Heimatlandes befindet und nicht in der Lage oder im Hinblick auf diese Furcht nicht gewillt ist, sich des Schutzes dieses Landes zu bedienen, bzw dass sich eine staatenlose Person außerhalb des Landes ihres gewöhnlichen Aufenthaltes befindet und nicht in der Lage oder im Hinblick auf diese Furcht nicht gewillt ist, in dieses Land zurückzukehren. Eine Rechtsbedingung vergleichbar der „Staatlichkeit einer Verfolgungsgefahr“ verlangt die GFK (zusätzlich) nicht.

Der VwGH hat mit seinem „Blick über die Grenze nach Deutschland“ dem Asylrecht und all jenen, die die GFK schützen soll, keinen guten Dienst erwiesen, indem er mit dem Rückgriff auf das Element der „Staatlichkeit der Verfolgung“ den sachlichen Anwendungsbereich der GFK unzutreffend eingeschränkt hat.<sup>120)</sup> Da das Prinzip von der „Staatlichkeit der Verfolgungsgefahr“ auch im sachlichen Anwendungsbereich des Art 3 EMRK zur Anwendung gelangen kann<sup>121)</sup>, sind – verfassungswidrige<sup>122)</sup> – Schutzlücken im Flüchtlings- und Menschenrechtsbereich nicht auszuschließen. Wurde Österreich bis vor kurzem noch zu jenen Staaten gezählt, die konform zur GFK die Staatlichkeit einer Verfolgungsgefahr nicht als Voraussetzung für den Flüchtlingsbegriff iSd GFK ansehen, hat sich Österreich durch die jüngere Judikatur mit wenigen Staaten wie der Bundesrepublik Deutschland, mit Einschränkungen auch Frankreich, Italien und der Schweiz gegenüber der Mehrheit der Vertragsstaaten der GFK isoliert.<sup>123)</sup> Im Lichte der gegenständlichen Problematik hätte man sich vom VwGH wohl eine stärkere Beachtung der GFK erwarten dürfen, auch wenn dies der deutschen Judikatur widerspricht. Dass der VwGH dazu nicht in bereit war, sondern sich in kleinen Schritten der deutschen Judikatur annäherte, die selbst in Deutschland aber auch im übrigen Europa umstritten ist, und zudem – gegenüber der österreichischen Rechtslage – auf divergierenden verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen aufbaut, ist schlichtweg bedauerlich.

---

Nichtstaatliche Verfolgung und deutsches Ausländerrecht, ZAR 2001, 12 ff); dies müsste zwangsläufig in einer (rechtswidrigen) Besneidung des sachlichen Anwendungsbereiches der GFK münden.

<sup>119)</sup> Besondere Fallgruppen wie die sog „Statutarflüchtlinge“ (siehe Art 1 Abschnitt A Z 1 GFK) seien hier außer Acht gelassen.

<sup>120)</sup> Vgl *Kälin*, Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect (im Druck); vgl auch *Marx*, Nichtstaatliche Verfolgung und deutsches Ausländerrecht, ZAR 2001, 12.

<sup>121)</sup> Siehe dazu die oben unter FN 109 zit Judikatur.

<sup>122)</sup> Die EMRK steht im Verfassungsrang.

<sup>123)</sup> Siehe dazu UNHCR-Stellungnahme zur Anhörung „Nichtstaatliche Verfolgung“ des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages am 29. November 1999, Rz 41; *Marx*, Nichtstaatliche Verfolgung und deutsches Ausländerrecht, ZAR 2001, 13 ff.