

5 Maritime Migration – Zur Normativität einer Völkerrechtspraxis

Diese interdisziplinäre Studie führt exemplarische Entwicklungen der letzten Jahre, völkerrechtliche Bestimmungen und die politische Theorie zusammen, um eine Aussage zum normativen Status des Völkerrechts, insbesondere mit Blick auf maritime Migration zu erreichen. Die Zielsetzung ist dabei zweigeteilt. Auf der einen Seite soll die Betrachtung einer spezifischen Völkerrechtspraxis durch die konzeptionelle Brille des entworfenen Legitimitätsverständnisses dazu dienen, vorliegende Defizite systematisch zu benennen und einzuordnen sowie die Forderung einer politischen Realisierung der individuellen Völkerrechtssubjektivität empirisch zu stützen. Auf der anderen Seite soll gleichzeitig die Stärke der entworfenen Legitimitätskonzeption für die praktische Anwendung demonstriert werden.

Das Objekt der vorliegenden Untersuchung ist die völkerrechtliche Ordnung. Der Fokus der Fallstudie dieser Arbeit liegt also nicht auf einer spezifischen völkerrechtlichen bzw. globalen Governance-Institution, sondern auf einem ausgewählten Rechts-, bzw. Politikgebiet. Die Eingrenzung geschieht somit auf Basis eines thematischen und keines institutionellen Auswahlkriteriums. Im Gegensatz zu etlichen Studien der Global Governance-Forschung, die spezifische Institutionen in den Blick nehmen (vgl. Hayashi/Bailliet/Nicholson 2017, Eisentraut 2013, Christiano 2010, Pettit 2010, Hurd 2007), wird das Völkerrechts hier anhand eines Rechtsgebiets analysiert; erstens da hierdurch der Vielschichtigkeit völkerrechtlicher Regelungen Rechnung getragen wird, indem diese dezidiert in die Analyse einbezogen bleibt. Die Bandbreite möglicher Formen und Mechanismen der Regelung wird nicht durch die Engführung auf eine Institution begrenzt. Zweitens fragt diese Arbeit nach Legitimitätsdefiziten der völkerrechtlichen Ordnung bzw. völkerrechtlicher Strukturen und somit explizit nicht nach der Rechtfertigung einer spezifischen Institution, auch da sich aus der Legitimität einer einzelnen Institution noch nicht zwangsläufig die Legitimität der völkerrechtlichen Ordnung erschließt, die zwar auch aus verschiedenen institutionellen Akteuren besteht, summativ aber mehr ist als diese. So ist denkbar, dass eine Instanz globalen Regierens als legitim eingestuft werden kann, ihre Legitimität aber durch andere Institutionen des gleichen Regelungsfeldes bzw. unbeabsichtigte Wechselwirkungen zwischen diesen, aufgehoben wird. Zuletzt beeinflusst die Wirkkraft eines spe-

zifischen völkerrechtlichen Regelungskomplexes auch die Legitimität des gesamten internationalen Rechtssystems. Wenn bspw. die NATO ohne Autorisierung des UN-Sicherheitsrats im Kosovo interveniert oder die USA die Zuständigkeit des IStGH ablehnen, können diese Phänomene als regressive Signale gedeutet werden (vgl. Szazi 2012: 51).

Grundsätzlich ist der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung die völkerrechtliche Ordnung, hier mit dem Fokus auf ein ausgewähltes Rechtsgebiet: maritime Migration. Die Studie ist damit in ihrer Anlage zunächst möglichst breit gefasst. Nichtsdestotrotz wird jeder Rechtsbereich von einzelnen rechtlichen Codes bzw. Vertragstexten maßgeblich bestimmt. Im hier ausgewählten Feld sind das u.a. die Genfer Flüchtlingskonvention und das Prinzip des Non-Refoulement, wie ich unten demonstriere. Ich argumentiere jedoch, dass die isolierte Betrachtung einzig dieses völkerrechtlichen Vertrags nicht ausreichen würde, um die Ergebnisse zu erklären bzw. die Defizite systematisch einzuordnen, sodass der Stellenwert der im spezifischen Fall prägenden völkerrechtlichen Norm zwar respektiert und analytisch einbezogen, jedoch notwendig um weitere Elemente der völkerrechtlichen Ordnung ergänzt werden muss.

Das Problem der Legitimität entsteht dort, wo die Akzeptabilität völkerrechtlicher Zwangsausübung oder -androhung in Frage steht. Dies lässt sich in einem empirischen Sinne verstehen, dann ist der Status der Legitimität von der faktischen Anerkennung der legitimen Ordnung durch die Betroffenen abhängig – oder in einem normativen Sinne, dann wird die Legitimität mit der Anerkennungswürdigkeit gleichgesetzt. In beiden Fällen setzen Legitimitätsüberlegungen eine gewisse Effektivität voraus; nur eine Ordnung die notfalls zwanghaft erhalten wird (und insofern effektiv ist), muss dem Anspruch der Legitimität genügen. Obwohl die angesprochenen regressiven Tendenzen zunächst eher die Effektivität der Ordnung in Frage zu stellen scheinen – wenn Staaten aus dem Römischen Statut des IStGH austreten, büßt dieser einen gewissen Grad an Effektivität ein, insofern der Gerichtshof nur noch bedingt über Verbrechen auf dem bestimmten staatlichen Territorium oder zugehöriger Staatsbürger verhandeln kann –, kann gleichzeitig die Legitimität gefährdet sein. Dies könnte die Legitimität der spezifischen Institution betreffen (die zu untersuchen aber nicht im Interesse dieser Arbeit ist), oder aber die der umfassenderen völkerrechtlichen Struktur bzw. Ordnung und gründet vorrangig darauf, dass im Gegensatz zur staatlichen Ordnung, die Zwangsgewalt auch bei Austritt oder Verstoß eines einzelnen, weiterhin für die anderen Akteure bestehen bleibt und sich aus dem Völkerrecht nicht nur Pflichten, sondern

auch Rechte für den Einzelnen ergeben, welche bei Ineffizienz der Rechtsvollstreckung akut bedroht sein können.

5.1 Methodik

Da sich diese Arbeit inhaltlich an einer Schnittstelle zwischen internationaler politischer Theorie (IPT) und Völkerrechtswissenschaft verortet, soll dieser Kombination auch methodisch Rechnung getragen werden. Diesem interdisziplinären Anspruch gerecht zu werden, scheint allerdings nicht allzu einfach. Während die IPT als Kombination aus analytischer Philosophie und normativer Theorie verstanden werden soll und damit bereits eine erste Problematik entsteht – wurde der politischen Theorie lange nachgesagt ‚methodenfrei‘ zu arbeiten –, lässt sich eine klare Methode der Rechtstheorie und der Völkerrechtswissenschaft ebenfalls nur schwer finden. Grundsätzlich wird die Jurisprudenz in Deutschland stärker als eine verstehende Geisteswissenschaft konzipiert, die hermeneutisch Sinnermittlungsprozesse beschreibt und weniger als normative Sozialwissenschaft. Im Gegensatz dazu, wird hier dem zweiten Verständnis Rechnung getragen und Petros Gemtos gefolgt, der fordert, dass sich die Jurisprudenz als normative Sozialwissenschaft verstehen, d.h. konkret zwei Aufgaben erfüllen soll, nämlich „rationale Entscheidungskriterien zur Konfliktregelung zu erarbeiten und Mittel zur richtigen Ausnutzung unseres Wirklichkeitswissens zu finden“ (Gemtos 2003: 53).

5.1.1 Untergliederung der Völkerrechtspraxis

Der Interdisziplinarität wird methodisch Rechnung getragen, indem zunächst auf abstrakter Ebene die Völkerrechtspraxis in drei Ebenen unterteilt und dadurch der Versuch unternommen wird, die politikwissenschaftliche und die rechtswissenschaftliche Perspektive miteinander ins Gespräch zu bringen. Während die Rechtswissenschaft vorrangig die Rechtsnorm bzw. den konkreten Vertragstext in den Blick nimmt und nach dem „Eigenwert einer rechtlichen Norm“ (Hobe 2014: 5) fragt bzw. analysiert, inwiefern die Norm textuellen Ansprüchen genügt (wie präzise ist die Regulation? wie kohärent?), fokussiert die politikwissenschaftliche Analyse stärker auf Input und Output rechtlicher Prozesse, d.h. blickt bspw. auf den Verhandlungsprozess als solchen bzw. die Wirkung und Durchführung eines rechtlichen Abkommens. In der politikwissenschaftli-

chen Analyse des völkerrechtlichen Produkts stehen meist die „Kräfte- bzw. Machtkonstellationen“ (Hobe 2014: 5) der handelnden Akteure im Vordergrund. Da diese Arbeit den Anspruch erhebt, sowohl die politik- als auch die rechtswissenschaftliche Perspektive einzubeziehen, soll die Völkerrechtspraxis holistisch verstanden, aber in drei essentielle Bestandteile zerlegt werden, namentlich völkerrechtliche Verhandlungs- bzw. Entstehungsprozesse (1), die völkerrechtliche Norm bzw. ihren Text (2) und die Durchführung bzw. Umsetzung des Normengefüges (3). Das Völkerrecht, wie oben bereits ausgeführt, umfasst bei weitem nicht nur staatlich ausgehandelte Vertragstexte, weshalb hier neben bi- und multilateralen Abkommen insbesondere gewohnheitsrechtliche Normen eingeschlossen bleiben sollen, sodass die dreigliedrige Aufteilung der Völkerrechtspraxis entsprechend adaptiert werden muss. Vorgeschlagen wird folgendes Untersuchungsra-ster:

	Menschenrechte → <i>Zugehörigkeit zur Menschheit</i> (Potential)	Int. Verantwortung → <i>Konsens/Dissens</i> (Kritisch-Kontestatorisches Element)	Kosmopolitismus → <i>Gesehen/Gehört werden</i> (Kommunikativ-Partizipatives Element)
Verhandlungsprozess/Entstehung der rechtlichen Norm	Bekenntnis zur Gleichheit durch Rechtsfähigkeit	Möglichkeit zur wirkungsvollen Kontestation/Negation/Dissens	Mindestens potenzielle Beteiligung i.S. eines Gehört- & Gesehenwerdens
Völkerrechtliche/r Code/Text/ Norm	Kodifizierte Gleichheit; Gleich-Ausstattung an Rechten	Kodifizierte Rechtsträgerschaft des Rechts zum Widerspruch	Kodifizierte Rechtsträgerschaft auch kommunikativer und partizipativer Rechte
Durchführung/Umsetzung/ Beachtung	Diskriminierungsfreiheit	Kontestierendes Rechtssubjekt	Kommunikatives Rechtssubjekt

Tab.4: Untersuchungsra-ster zu völkerrechtlicher Legitimität

An dieser Stelle eignet sich der Blick zurück ins erste Kapitel. Dort wurde der Versuch unternommen, den Legitimitätsbegriff historisch einzuordnen bzw. die ideengeschichtliche Entwicklung des Konzepts nachzuvollziehen. Gleichzeitig diente das Kapitel dazu, erste fruchtbare Ansätze zur

völkerrechtlichen Legitimitätskonzeption zu extrahieren. Wenn wir die nun vorliegende Tabelle *Tab.4* hypothetisch über die am Ende des ersten Kapitels aufgestellte Tabelle *Tab.1* legen, können einige Parallelen erkannt werden. Grundsätzlich basiert die in dieser Arbeit entworfene Konzeption auf dem Kernmoment des Einbezugs nichtstaatlicher Entitäten, vor allem dem Individuum. Damit wird der neueren Global Governance-Forschung zumindest der Gedanke entnommen, dass Legitimität sich nicht einzig aus staatlichen Zentralinstanzen speisen kann, es vielmehr horizontaler Netzwerke bedarf, die verschiedene Akteure zusammenführen und handeln lassen. Ferner folgt sie der Luhmannschen Idee, dass wir abstrahiert von den inhaltlichen Aussagen getroffener Entscheidungen, über bestimmte ‚Verfahren‘ in einem weiten Sinne, Legitimität generieren können. Das heißt hier konkret, dass die Legitimität der völkerrechtlichen Ordnung nicht notwendig von spezifischen politischen Entscheidungen bzw. Inhalten abhängt, sondern vielmehr, dass überhaupt politisches Handeln im vorgestellten Sinn stattfinden kann, d.h. Menschen als politische Rechtssubjekte inkludiert sind. In der konkreten Betrachtung der einzelnen Elemente der Matrix sehen wir eine Parallele zu Habermas kommunikativem Legitimitätsverständnis in der dritten Spalte dieser Tabelle, insofern auf den kommunikativen Einschluss aller verwiesen wird, wenn auch hier abweichend stärker im Arendtschen, denn im Habermasschen Sinne. Die Hobbeseischen Prämissen (isoliert von seinem absolutistischen Ideal) werden in der ersten Spalte reflektiert, insbesondere im ersten Feld, welches die Gleichheit der Individuen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses betont. Dass Fritz Scharpfs Kategorien der Input-, Throughput- und Output-Kategorie sich hier wiederfinden lassen, muss kaum erwähnt werden. Für die Input- und Throughput-Kategorie steht hier sinnbildlich die erste Zeile, für die Output- (und Outcome-) Kategorie stehen die Zeilen 2 und 3.

Die systematische Aufteilung in drei völkerrechtliche ‚Ebenen‘ dient der Veranschaulichung der Komplexität des Gegenstands. Die klare Abgrenzung der drei Bestandteile ist im analytischen Teil allerdings nicht absolut bestimmend, da sich die Ebenen gegenseitig bedingen. Im Sinne eines methodischen Holismus ist jedoch die These zentral, dass ein System als Ganzes zu betrachten ist, da seine Eigenschaften nicht gänzlich allein aus dem Zusammenwirken seiner verschiedenen Teile zu verstehen sind und umgekehrt die singulären Teilaspekte erst im Kontext des Ganzen verständlich werden. Insofern bedarf es eines holistischen Ansatzes, der die Völkerrechtspraxis umfassend beschreibt und sich im Gegensatz zu anderen Ansätzen und Untersuchungen nicht nur auf eine der drei benannten Ebenen beruft. Gleichzeitig geht damit die These einher, dass eine legitime völker-

rechtliche Ordnung das Individuum umfassend als Rechtssubjekt einschließen muss und das bedeutet mehr als die mediatisierte Teilnahme an Verhandlungsprozessen oder die Festlegung passiver Menschenrechte. Vielmehr bedarf es einer *aktiven Realisierung des Völkerrechtssubjekts Individuum* im Sinne eines politischen Einschlusses in die völkerrechtliche Rechtserzeugung, -norm und -anwendung. Mit der Rede von einer *umfassenden* Realisierung des Völkerrechtssubjekts Individuum geht somit der Anspruch einher, das dargestellte Spektrum der individuellen Teilhabe auf allen Ebenen des Völkerrechts wiederzufinden. Die Teilhabe an der öffentlichen Entscheidung über die politischen Bedingungen des globalgesellschaftlichen Lebens wird in drei Dimensionen abgebildet: In einem rechtlich-institutionalisierten Bekenntnis zur Zugehörigkeit zur Menschheit (1), in Prozessen der politischen Kontestation (2) und in der öffentlichen Artikulation kommunikativ-partizipativer Kompetenzen (3). Alle drei Elemente werden als notwendig erachtet, sind jedoch erst zusammen als hinreichend zu verstehen. Das legitimitätsstiftende Potenzial und damit die umfassende Aktivierung des Völkerrechtssubjekts Individuum realisiert sich erst im Zusammenwirken der drei Elemente. Menschenrechte artikulieren Ansprüche gegen andere auf ein bestimmtes Tun oder Unterlassen. Gleichzeitig fungieren sie in einem Arendtschen Sinne als institutionalisierter Ausdruck einer globalen lebendigen Macht. Das internationale Menschenrechtsregime eröffnet als Machtpotenzial die Möglichkeit einer globalen Öffentlichkeit, die jedoch nur im faktischen Miteinander-Handeln als Gleiche unter Gleichen realisiert wird – wodurch wiederum die inhaltlichen Ansprüche (auf ein bestimmtes Tun oder Unterlassen) aktualisiert werden. Die Menschenrechte müssen somit im Sinne unserer Legitimitätskonzeption als Potential gelesen werden, als Ausgangsbasis, auf welcher sich die kontestatorischen und kommunikativ-partizipativen Kompetenzen erst entfalten, in deren Ausübung wiederum die Menschenrechte selbst sich erst realisieren. Nur durch den gleichzeitigen Einbezug der kontestatorischen und kommunikativen Kompetenzen kann folglich das Potenzial der Menschenrechte aktiviert werden und der „Dialektik der Verrechtlichung [...], die ihr Gegenteil, die Entrechtlichung hervorbringt“ (Kreide 2008: 13), begegnet werden. Zwar seien die internationalen Beziehungen verrechtlicht, gleichzeitig aber stets der Gefahr der Entrechtlichung, des Regelbruchs, ausgesetzt: „Es mangelt an einer glaubwürdigen Umsetzung der Menschenrechte hinter einer Fassade der Verrechtlichung“ (Kreide 2008: 14, vgl. Ghajati 2009: 19). Ähnliches lässt sich mit Blick auf das Individuum als Völkerrechtssubjekt sagen: Zwar wird es völkerrechtlich durch die Menschenrechte eingeschlossen, kann den Anspruch und das inhärente

Potential der Grundausrüstung jedoch erst durch partizipative und kontextualisierende Artikulation realisieren:

„Without other political equals, there is no possibility for genuine action and speech. In other words, we need to guarantee human rights in order to have equals with whom we can speak, act, and disclose our identities. Our status as political being hangs on our ability to guarantee human rights through our commitment in speech and action.“
(Parekh 2008: 36)

5.1.2 Thematische Eingrenzung

In einem zweiten Schritt wird die Fallstudie, die sich in allgemeiner Hinsicht innerhalb des Politikfelds Migration bewegt, durch Einführung zweier analytischer Foki, auf einen konkreteren Teil des Politikfelds beschränkt.

5.1.2.1 Undokumentierte, irreguläre Migration

Wenn in dieser Arbeit das Politik- und Rechtsfeld Migration¹⁰¹ verhandelt wird, dann wird die Materie dahingehend eingegrenzt, als dass der Blick auf die undokumentierte bzw. irreguläre Migration fallen soll, worunter sowohl Flucht und Asyl als auch ‚freiwillige‘ Migration (im Sinne einer Suche nach besseren Lebensumständen) verstanden wird.¹⁰² Als undokumentierte bzw. irreguläre Migranten sollen diejenigen Menschen bezeichnet werden, die nicht auf „geordnete[n], geregelte[n] Wege[n]“ Grenzen passieren, die ohne gültige Visa oder andere Transferdokumente einreisen bzw. „die sich jenseits der Einwanderungsregeln aus den unterschiedlichsten Gründen aufmachen, um auf das Territorium demokratischer Rechtsstaaten zu gelangen“ (Schulze Wessel 2012: 155). Die Beweggründe für die Migration werden von der Forschung kaum mehr in die binären Cluster

101 Als Migration wird die Bewegung von Menschen verstanden, die ihr Heimatland verlassen und versuchen, in ein Land einzureisen, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen. In diesem Sinne ist Migration als Völkerrechtsgebiet par excellence zu verstehen, insofern die rechtliche Regulation faktisch nur zwischenstaatlich möglich ist.

102 Zur Konstruktion rechtlicher Kategorien von Immigranten und der staatlichen Dominanz im Prozess dieser Konstruktion, vergleiche: Menjivar 2013.

freiwillige und unfreiwillige Migration geteilt, stattdessen wird von einem Kontinuum zwischen den zwei Polen ausgegangen (vgl. Veronis et al. 2018: 63, Gold/Nawyn 2013: 2, King 2010: 112 f., Oucho 2009: 11, O’Connell Davidson 2005: 64 f.).¹⁰³ Begrifflich wird diese ‚gemischte Migration‘ als „asylum-migration nexus“ umschrieben, womit anerkannt wird, dass die meisten Migranten mehrere Beweggründe für ihre Mobilität angeben und es unmöglich erscheint, wirtschaftliche und menschenrechtliche Begründungen vollständig zu trennen (vgl. Castles 2003: 17). Entsprechend soll auch hier auf die binäre Benennung verzichtet werden und – wie beschrieben – die undokumentierte bzw. irreguläre Migration als Gegenstand gelten.¹⁰⁴

Aktuell lässt sich eine Vielzahl bilateraler, regionaler und multilateraler Abkommen und Verträge aufzählen, die auf die rechtliche Regulierung der Migration zielen, wobei letztere einen etablierten Faktor des sozialen und ökonomischen Lebens im Status Quo darstellt. Die Gründe, die Menschen veranlassen, Grenzen zu überqueren – sei es in dokumentierter oder undokumentierter Form – sind entsprechend vielfältig: Manche verlassen ihre Heimat um anderswo zu arbeiten, andere besuchen Familie und Freunde, fliehen vor Gewalt oder Naturkatastrophen, studieren oder nehmen medizinische Hilfe in Anspruch. Andere wiederum verlassen ein Land, um in ihre Heimat zurückzukehren.¹⁰⁵ Dabei unterliegen diese Beweggründe einem steten Wandel, sind sie schließlich nicht erst im 21.

103 Auf politischer Ebene wird dagegen weiterhin strikt zwischen Migration und Flucht unterschieden, exemplarisch zuletzt verdeutlicht in der Verabschiedung zweier ‚Globaler Pakte‘ durch die VN-Generalversammlung, den ‚Global Compact for Migration (A/RES/73/195)‘, angenommen am 19.12.2018 und den ‚Global Compact on Refugees‘ (A/RES/73/151), angenommen am 17.12.2018.

104 Ich verwende die Begriffe der undokumentierten und irregulären Migration synonym. Ferner wird in dieser Fallstudie der englische Begriff der *Boat People* verwendet, der sich im Hinblick auf die weiter unten besprochene zweite thematische Begrenzung ergibt und ebenfalls die Dichotomie zwischen freiwilliger und unfreiwilliger Migration aufzuheben versteht. Der Begriff der Boat People setzte sich mit Beginn der Fluchtbewegung aus Indochina in den 1970ern in der Debatte durch, als eine massive Anzahl an Menschen Indochina per Boot zu verlassen suchte und nahegelegene südostasiatische Länder ansteuerte (vgl. Glynn 2016: 18).

105 Die Vereinten Nationen stuften im Jahr 2017 258 Millionen Menschen als internationale Migranten ein, d.h. 258 Millionen Menschen lebten außerhalb ihres Geburtslandes. Die Entwicklung der letzten Jahrzehnte zeigt eine stete Zunahme an internationaler Migration: 220 Millionen in 2010, 191 Millionen in 2005 und 173 Millionen in 2000, vgl. Vereinte Nationen, Department of Economic and Social Affairs, Population Division 2017: o.S.

Jahrhundert entstanden. Seit der westfälische Friede territoriale Grenzen völkerrechtlich bestätigt hat,¹⁰⁶ werden diese von Menschen überquert und bereits seit Beginn der Menschheit gibt es Wanderungsbewegungen: „Mobility is an essential part of the *conditio humana* and has played a key role throughout history“ (Türk 2013: xi) bzw.: „Interaktionen zwischen menschlichen Gemeinschaften sind in der Geschichte die Regel, nicht die Ausnahme. Eine Ausnahme bildet vielmehr das System klar voneinander abgegrenzter souveräner Territorien, das erst in der Moderne entstand“ (Benhabib 2008 b: 77). Thomas Straubhaar spricht gar von dem „Homo migrans“ (Straubhaar 2002: 9), der gleichzeitig mit dem Homo Sapiens in die Welt getreten sei. Mit der Festlegung territorial begrenzter Staaten und der gleichzeitigen Zuschreibung der Souveränität über Staat, Territorium und Staatsvolk wurde die Grenzkontrolle zu einem wichtigen Element und Ausdruck der äußeren und inneren Souveränität.¹⁰⁷ Folglich stellt auch die rechtliche Regulierung des Ein- und Austritts aus dem begrenzten Gebiet kein neues Phänomen dar. Die internationale Ausgestaltung des Grenzregimes bzw. die multilaterale Koordination des Rechtsgebiets Migration folgte dabei auf die unilateralen Bestrebungen einzelner Staaten, die Kontrolle über ihr Gebiet zu verrechtlichen.

Die überstaatliche Koordination des Migrationsrechts lässt sich u.a. auf Artikel 1 Absatz 3 der UN Charta zurückführen, wonach sich die Mitgliedsstaaten verpflichten,

„eine internationale Zusammenarbeit herbeizuführen, um internationale Probleme wirtschaftlicher, sozialer, kultureller und humanitärer Art zu lösen und die Achtung vor den Menschenrechten und Grund-

106 Die beiden Dokumente des Westfälischen Friedens von Münster und Osnabrück gelten als die ersten völkerrechtlichen Texte, die die Souveränität der territorialen Mächte in Europa völkerrechtlich bestätigten. Damit wurde der Anspruch der „Unabhängigkeit nach außen und nach innen“ und damit auch die Kontrolle über die territorialen Grenzen völkerrechtlich festgeschrieben (Hobe 2014: 39 f; vgl. auch: Kokott/Doehring/Buergenthal 2003: 13, 39).

107 Insbesondere in Anschluss an Georg Jellinek hat sich die Dreielementenlehre durchgesetzt (vgl. Jellinek 1960: 394ff.). Danach wird ein Staat durch die drei Elemente des Staatsvolks, der Staatsgewalt und des Staatsgebiets ausgezeichnet bzw. eine Entität erst dann als Staat anerkannt, wenn sie über alle Bestandteile verfügt. Seit 1933 ist die Dreielementenlehre auch völkerrechtlich verankert, siehe: Montevideo Konvention über die Rechte und Pflichten der Staaten, Artikel 1: „The State as a person of international law should possess the following qualifications: a) a permanent population; b) a defined territory; c) government, and d) capacity to enter into relations with other states“.

freiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion zu fördern und zu festigen.“

Auf dieser Basis hat sich seit Ende des Zweiten Weltkriegs die moderne völkerrechtliche Regulation der Migration entfaltet.¹⁰⁸ Dabei ist das Migrationsrecht ein dynamisches und fragmentiertes Rechtsfeld, das sich konstant in der Entwicklung befindet (vgl. Juss 2013: xv). Einige Normen des migrationsrelevanten Völkerrechts sind in zwischenstaatlichen Verträgen erfasst, andere lassen sich dem Gewohnheitsrecht zuordnen. Hier soll keine vollständige Auflistung aller völkerrechtlich kodierten Normen und keine umfassende Darstellung der rechtlichen Architektur angeführt werden, vielmehr sollen ausgewählte Codes zur Einleitung dargestellt werden. Nach Artikel 14 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) hat jeder Mensch das Recht „in anderen Ländern vor Verfolgung Asyl zu suchen und zu genießen“. Mit Inkrafttreten des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention, GFK) am 22. April 1954 wurde diese Norm in einen Kanon international verbindlicher Regelungen zum Schutz von Flüchtlingen eingebettet. Die Konvention gilt seitdem als „Magna Carta des Flüchtlingsvölkerrechts“ (Brabandt 2011: 50), als primäre „Grundlage des internationalen Schutzes für Flüchtlinge“ (Hailbronner 2008: 18) und als erstes völkerrechtliches Instrument, das Einzelpersonen Schutz gewährt, „der dem Schutz souveräner Staaten ähnlich ist“ (Münch 1992: 16). Mit dem Protokoll zur GFK wurde 1967 die ursprünglich zeitliche und räumliche Beschränkung der Konvention aufgehoben. Die Genfer Flüchtlingskonvention bestimmt, wer als Flüchtling gilt, welcher rechtliche Schutz und welche sozialen Rechte ihm zu kommen sollen und an welche Pflichten er selbst gebunden ist (vgl. Hailbronner 2008: 18). Nach Balogh umfasst der Vertrag damit die drei relevanten Säulen des Flüchtlingssschutzes: „[F]irstly, the explicit definition of refugees, strictly connected to the subject of recognizing refugees as those in need of protection; secondly, the principle of non-refoulement; and finally the treatment of accepted refugees by states“ (Balogh 2015: 4).

Nach Artikel 1 a der Konvention gilt als Flüchtling¹⁰⁹, jede Person, die

108 Bereits zuvor gab es – vor allem im Rahmen des Völkerbunds – Bestrebungen, das Flüchtlingsrecht völkerrechtlich zu regulieren. 1921 wurde der erste Hochkommissar für Flüchtlinge ernannt und in den 1930er Jahren entstanden erste internationale Abkommen. Da sie allerdings nur von wenigen Staaten ratifiziert wurden, blieben die Abkommen beinahe wirkungslos.

109 Vgl. zur Flüchtlingsdefinition bspw. Markard 2015, Storey 2016, Worster 2012. Die definitorische Engführung und Bindung der Anerkennung der Flüchtlings-

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

Der individuelle Schutzanspruch des Einzelnen – unabhängig ob dieser bereits als Flüchtling anerkannt oder noch Asylsuchender ist – kommt in Artikel 33 Absatz 1 der Konvention zum Ausdruck. Im Wortlaut besagt das Non-Refoulement Gebot, dass

„[k]einer der vertragschließenden Staaten [...] einen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten ausweisen oder zurückweisen [wird], in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.“

Damit inbegriffen sind Ab- bzw. Rückschiebungen in Länder, von welchen die Person letztlich im Sinne einer Kettenabschiebung in das Ursprungsland zurückgebracht würde.

Gleichzeitig gilt nach Artikel 12 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, dass es jedermann freisteht, „jedes Land einschließlich seines eigenen zu verlassen“.

eigenschaft an den Nachweis der Verfolgung wird sowohl aus rechts- wie aus politikwissenschaftlicher Sicht kritisiert. Insbesondere die Abgrenzung des Flüchtlings zu Menschen, die aufgrund von Naturkatastrophen oder kriegერიschen Konflikten ihre Heimat verlassen müssen, wird zunehmend als problematisch eingestuft. Roger Zetter schreibt, dass „[i]n complex emergencies many people are caught up in conflict and flee, though they are not persecuted“ (Zetter 2007: 176). Ähnlich kritisiert Guy Goodwin-Gill die Betonung des Aspekts der Verfolgung, welche „limit and confuse, not only at the international operations level, but also in national asylum procedures“ (Goodwin-Gill 2008: 21).

5.1.2.2 Migration via Seewege

Migration ereignet sich in verschiedenen Formen. Den analytischen Gegenstand stellt hier eine spezifische Form dar, nämlich die Migration über den Seeweg.¹¹⁰ Die ausgewählte Praktik dient als Prototyp und bietet sich als Gegenstand an, zunächst aufgrund der hohen aktuellen Relevanz für den öffentlichen und wissenschaftlichen Migrationsdiskurs und des für viele Migrationsprozesse elementaren Status, in dem Sinne, dass eine Flucht bzw. Migration einen Transferprozess vom Ursprungsland zum Zielstaat benötigt und für den undokumentierten Migranten in vielen Fällen nur der Seeweg als Fluchtweg besteht. Zudem ist der Gegenstand insofern als Prototyp geeignet, als sich die hohe See keiner staatlichen Jurisdiktion zurechnen lässt, vielmehr (ebenso wie die Antarktis und der Weltraum) zu den Staatengemeinschaftsräumen gehört. Die Freiheit der Meere besagt, dass die Hohe See von allen Staaten gleichberechtigt benutzt werden darf (vgl. Hobe 2014: 39 f., Kokott/Doehring/Buergenthal 2003: 13, 458). Die hohe See ist somit ein Gebiet, das zu keinem souveränen Staat ‚gehört‘; die Verrechtlichung dieses Gebiets ist damit per se nur zwischen- oder überstaatlich möglich und entsprechend für einen völkerrechtlichen Diskurs ein eingängiges Feld.

Beispiele für Menschen, die über Seewege versuchen, sichere oder wohlhabende Gebiete zu erreichen und damit einhergehende Herausforderungen, sind nicht neu. Seit der großen Fluchtbewegung aus Indochina in den späten 1970er Jahren¹¹¹ und der Verabschiedung des Comprehensive Plan of Action for Indochinese Refugees, blieb die Thematik auf der internationalen Agenda. Heute findet irreguläre maritime Migration in den meisten Regionen der Welt statt (vgl. Klug 2014: 49). Im Hinblick auf Europa zeigt sich, dass als Konsequenz aus abnehmenden offenen Migrationswegen in letzter Zeit, die Mittelmeerpassage wieder stärker als potenzieller Weg genutzt wird, um die Außengrenzen der EU zu erreichen. Auch deshalb lassen sich mittlerweile die europäischen Außengrenzen als die tödlichsten

110 In der vorliegenden Arbeit auch als ‚maritime Migration‘ bezeichnet.

111 Anfang 1975 flohen etwa 130.000 Menschen aus dem Süden Vietnams aufgrund der bevorstehenden Invasion durch die Nordkräfte und des anschließenden Sturzes der Südregierung. Ende der 1970er Jahre stieg die Zahl der beteiligten Menschen aufgrund zunehmender Spannungen und des anschließenden Krieges zwischen Vietnam und China weiter deutlich an. Chinesisch-vietnamesische Boat People machten einen wesentlichen Teil dieses späteren Exodus aus. Insgesamt flohen fast 800.000 Menschen nach 1975 über den Seeweg aus Vietnam, viele Tausende starben dabei (vgl. Glynn 2016: 18 f.).

Außengrenzen der Welt benennen. Von den Menschen, die 2015 weltweit auf der Flucht starben, sind fast 80 % im Mittelmeer ertrunken (vgl. Schulze Wessel 2017: 12). Laut UNHCR kamen allein im Jahr 2018 mindestens 2275 Menschen im Mittelmeer ums Leben (vgl. UNHCR 2019 b: o.S.). In Folge zunehmender Verhinderung der Seenotrettung durch Regierungen europäischer Mitgliedstaaten ist die Zahl der Todesfälle im Mittelmeer weiter gestiegen. Nach Angaben des UNHCR stirbt derzeit ca. jeder siebte Fliehende im Mittelmeer, zuvor ertrank etwa einer von 19 Flüchtenden. Angezeigt wird hiermit eine bestehende Tragödie, die auf eine normative Problematik verweist und die in den Diskursen für und wider der Seenotrettung bzw. offener Grenzen sowie der grundsätzlichen Frage zu Pflichten gegenüber Menschen in Not gespiegelt wird (vgl. Strachle 2018, Risse 2008, Miller 2005, Kukathas 2005). Hier liegt der Fokus allerdings anders. Gefragt wird, ob das bestehende Völkerrecht angesichts der beschriebenen Umstände als legitim gelten kann. Die Seenotrettung soll folglich nicht als unabhängiges Thema besprochen werden, sondern als Teil der völkerrechtlichen Regulation undokumentierter Migration via Seewege verhandelt werden.

Die Hilfe für Menschen in Seenot, unabhängig u.a. von ihrer Nationalität, beruht auf einer langen Tradition, die sich zunächst gewohnheitsrechtlich manifestierte und heute durch verschiedene maritime Rechtsverträge gestützt wird. Erstmals festgehalten wurde die Pflicht, Menschen in Seenot zu retten, 1910 im Brüsseler Abkommen zur einheitlichen Feststellung von Regeln über Hilfeleistung und Bergung in Seenot (Convention for the Unification of Certain Rules with Respect to Assistance and Salvage at Sea). Seither findet sich die Vorschrift zur Seenotrettung in beinahe allen Abkommen über die Sicherheit auf See, so bspw. im Internationalen Übereinkommen über Seenotrettung von 1979 (Convention on Maritime Search and Rescue) und im VN-Seerechtsübereinkommen (United Nations Convention on the Law of the Sea) von 1982. Das Seerechtsübereinkommen von 1982 gilt als „Verfassung der Meere“, es stellt einen Rahmen für die staatlichen Rechte und Pflichten im Hinblick auf den Rechtsraum Meer dar (vgl. Rah 2009: 15). Gemäß des Internationalen Übereinkommens über Seenotrettung soll laut Artikel 5.9.1 und Artikel 5.13.1,

„[a]ny unit receiving information of a distress incident [...] take whatever immediate action to assist as is within its capability or shall alert other units which might be able to assist and shall notify the rescue co-ordination centre or rescue sub-centre in whose area the incident has occurred. (5.9.1) [...] The search should only be terminated when there is no longer any reasonable hope of rescuing survivors. (5.13.1)“

Das VN-Seerechtsübereinkommen legt in Artikel 98 Absatz 1 die Pflicht zur Hilfeleistung fest:

„Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:

- a. To render assistance to any person found at sea in danger of being lost
- b. To proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him
- c. After a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call.”

Neben den Pflichten zur Hilfeleistung, die sich explizit an die Kapitäne auf See richten und die lokal ungebunden in allen maritimen Zonen gelten, werden völkerrechtlich auch staatliche Pflichten, insbesondere an Küstenstaaten und die Staaten, unter deren Flagge die Schiffe fahren, gerichtet, sowie an alle Vertragsparteien der Abkommen.

Nach Artikel 98 Absatz 2 soll jeder Küstenstaat

„[...] promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements cooperate with neighbouring States for this purpose.”

Die Flaggenstaaten sind nach Artikel 94 verpflichtet, eine wirksame Kontrolle über die Schiffe unter eigener Flagge auszuüben und Maßnahmen im Einklang mit internationalen Regulationen zu befehligen. Zudem dürfen nur Schiffe, die allgemein anerkannten Standards genügen, eingesetzt werden. Die Vertragsparteien zu SOLAS/SAR sind ferner angehalten, koordiniert zusammenzuarbeiten, um Schiffskapitäne zeitnah von ihren Verpflichtungen zu entbinden, sodass diese mit minimaler Abweichung die geplante Reise fortsetzen können. Eine für die Such- und Rettungszone, in der die Überlebenden geborgen wurden, verantwortliche SOLAS/SAR-Vertragspartei ist in erster Linie dafür verantwortlich, dass eine solche Koordination und Zusammenarbeit stattfindet, so dass die unterstützten Überlebenden vom unterstützenden Schiff an Land gehen und unter Berücksich-

tigung der besonderen Umstände des Falles und der von der IMO entwickelten Leitlinien an einen sicheren Ort gebracht werden können.

5.1.3 Geographischer Kontext der Fallstudie

Wie oben beschrieben, kommt trotz der aufgeführten völkerrechtlichen Regelungen eine aktuell wieder zunehmende, aber grundsätzlich stetig hohe Anzahl an Menschen, bei ihren Versuchen über den Seeweg zu fliehen bzw. zu migrieren, ums Leben. Das lässt sich als Ausdruck einer Problematik begreifen, die nicht nur die Effizienz völkerrechtlicher Regulierungen betrifft, sondern ebenso intuitiv die Normativität der Ordnung in Frage zu stellen scheint. Um diese These zu begründen, wird die Frage im Fokus stehen, ob die völkerrechtliche Regulierung bzw. Koordinierung der undokumentierten Migration über Seewege den hier vorgestellten notwendigen Legitimitätskriterien genügt. In holistischer Absicht wird das Völkerrecht in seiner Gänze betrachtet, d.h. es bleiben alle drei benannten völkerrechtlichen Ebenen bzw. Bausteine eingeschlossen. Im Folgenden sollen die drei völkerrechtlichen Bestandteile (Verhandlung, Text, Durchführung) zunächst künstlich voneinander abgegrenzt und getrennt voneinander betrachtet werden. Dies geschieht anhand ausgewählter Fallbeispiele, die sich jeweils eignen, eine der drei Ebenen bestmöglich abzubilden. Dabei wird der Versuch unternommen, den globalen Kontext des hier verhandelten Politikfelds bestmöglich einzubeziehen, indem die Fallbeispiele eine höchstmögliche geographische Abdeckung vollziehen. Entsprechend dienen jeweils die Regionen Australien/Pazifik, USA/Karibik und Europa/Mittelmeer als Fallgebiete.



Abb.2: Geographische Verortung der Studie

5.1.4 Ziel der Fallstudie

Die Fallstudie wird einen ausgewählten Ausschnitt des gegenwärtigen Völkerrechts bzw. genauer der Völkerrechtspraxis holistisch und durch die konzeptionelle Brille des entworfenen Legitimitätsverständnisses betrachten, um

- vorliegende Defizite systematisch zu benennen und einzuordnen,¹¹²
- die Forderung einer politischen Realisierung der individuellen Völkerrechtssubjektivität empirisch zu stützen,
- die Stärke der entworfenen Legitimitätskonzeption zu demonstrieren und
- im folgenden Kapitel, das produktive Potenzial der systematisierten Defizite in konkrete Reformvorschläge zu überführen.

Migration über Seewege eignet sich dafür als Völkerrechtspraxis, weil sowohl Migration als auch die hohe See sich im eigentlichen Sinne nur völkerrechtlich, d.h. zwischen- bzw. überstaatlich regulieren lassen, zudem je-

112 In der folgenden Analyse geht es dabei nicht vorrangig darum, in einem rechtswissenschaftlichen Sinne zu prüfen, inwiefern Völkerrecht beachtet oder gebrochen wurde, sondern anhand der gestellten Fragen zu erörtern, inwiefern die spezifische Völkerrechtspraxis im Sinne des erarbeiteten notwendigen Legitimitätskriteriums als legitim eingestuft werden kann.

ne Völkerrechtspraxis das Individuum unmittelbar betrifft. Die sogenannten Boat People können im Ernstfall nicht von ihrer eigenen nationalen Rechtsordnung bzw. Regierung geschützt werden, und sind gerade deshalb auf völkerrechtliche Bestimmungen sowie deren Durchsetzung durch weitere Akteure angewiesen und können sich letztlich auch nur an die ‚Weltbürgerschaft‘ wenden. Gleichzeitig tritt die Völkerrechtsordnung dem maritimen Migranten als Ordnung öffentlicher Gewalt gegenüber.

Obwohl Seenotrettung primär auf den Schutz bzw. die Sicherung des menschlichen Lebens zu zielen scheint, argumentiere ich, dass sich maritime Migration als dezidiert politisches Phänomen verstehen lässt. Diese Klarstellung dient als Antwort auf den potenziellen Einwand, dass sich eine Arbeit, welche sich im Kern auf Arendts Denken bezieht, unmöglich mit dem Gegenstand der Seenotrettung befassen könne, insofern als dabei die Rettung des physischen Lebens (*zoe*) und weniger des politischen Lebens (*bios politikos*) vorrangig scheint. Insbesondere in ihrer *Vita Activa* betont Arendt, dass der Begriff des Lebens zwei Sphären umfasst, das physische Leben, d.h. die Befriedigung natürlicher Bedürfnisse zum Erhalt des Seins, und das politische Leben, welches das In-Erscheinung-Treten des Individuums in der Öffentlichkeit meint. Meine These ist, dass sich maritime Migration nichtsdestotrotz und insbesondere aus drei Gründen als exemplarisches Rechtsgebiet für die vorliegende Arbeit anbietet. Erstens folge ich der Kritik, wonach die Unterscheidung zwischen *zoe* und *bios* nicht als ontologische Differenz verstanden werden könne; vielmehr dient die Politik immer auch, um die Grenze zwischen den Bereichen zu testen und neu zu justieren (vgl. Schaap 2011: 22). Migration stellt in diesem Sinne einen paradigmatischen Test dar, insofern als die Zu- und Abwanderung von Mitgliedern das Fundament der politischen Gemeinschaft in Frage stellt und entsprechend die Konfrontation mit politischen Grundfragen bedingt. Ferner wird das Phänomen der Migration über Seewege verkannt, wenn es auf die situativen Momente der Seenot reduziert wird.¹¹³ Maritime Migration ist oft als Folge einer Entscheidung politischer Subjekte zu verstehen, anderswo selbstbestimmt mit-anderen zu leben, d.h. sich initiativ einer politischen Gemeinschaft anzubieten. Insofern ist der Gegenstand nicht ausschließlich von Notwendigkeiten bestimmt. Letztlich lässt sich der oben benannte Einwand im eigentlichen Sinne nur formulieren, wenn die Kernthese dieser Arbeit ausgeblendet bleibt. Ich argumentiere, dass explizit die Reduktion auf die physische Privatperson und den Schutz ihrer

113 Auch Arendt selbst hat die Shoah primär als politisches Verbrechen verurteilt, obwohl auch hier das nackte Überleben vorrangig scheint.

humanitären Interessen zu einem prekären Rechtsstatus in der völkerrechtlichen Konstellation führt. Die Passivierung des Individuums korreliert mit signifikanten Menschenrechtsverletzungen. Die Aktivierung des Völkerrechtssubjekts Mensch, das heißt die Politisierung der völkerrechtlichen Ordnung in ihrer Gesamtheit – und das heißt auch in den Momenten, welche scheinbar nur das physische Leben betreffen – ist die Forderung dieser Arbeit. Wenn maritime Migration aber, im Sinne dieser Arbeit, als (vor-)politisches Handeln verstanden wird, dann bildet die Völkerrechtsordnung den rechtlichen Rahmen dieses Handelns, welche dem Bekenntnis der Gleichheit der Rechtssubjekte verpflichtet ist: Insofern wir die Völkerrechtsordnung als auf institutionalisierter Zwangsandrohung beruhende Ordnung anerkennen und uns auf juridisch einklagbare Rechte und Pflichten berufen, erkennen wir das Machtpotenzial und die Existenz einer politischen Gemeinschaft der Menschheit an. Daraus folgt wiederum für jeden Einzelnen, dass er jeden Anderen als Gleichen anerkennt, insofern er sich als Handelnder realisiert.¹¹⁴ An diese These wiederum schließen sich die vorab entwickelten Legitimitätskriterien an, welche immer dann Beachtung finden müssen, wenn sich situativ oder institutionalisiert völkerrechtliche Bestimmungen manifestieren, d.h. ein lokalisiertes Phänomen determinieren.

Die mit dieser Zielsetzung korrelierenden Thesen sind die folgenden: Zunächst stelle ich fest, dass der Diskurs zu Compliance bzw. die Rede von Völkerrechtsbrüchen oder der Ineffizienz völkerrechtlicher Regulierung dem Kern der Problematik nicht gerecht wird; vielmehr müssen beobachtete Defizite legitimationstheoretisch eingeholt werden. Erst durch die evaluative Brille der Dimension der Legitimität wird die Problematik systematisch und produktiv erfasst. Zweitens argumentiere ich, dass sich die beobachteten Defizite auf den ‚ungesättigten Rechtsstatus‘ des Individuums zurückführen lassen. Theoretisch ist das Individuum durch die oben skizzierten Rechtsnormen geschützt, es bleibt politisch jedoch stumm. Völkerrechtlich wird zwar direkt Einfluss auf den Einzelnen genommen, jedoch ohne dass dieser selbstbestimmt teilhaben kann. So bleibt er der Willkür der verschiedenen Akteure, die an der transnationa-

114 Daraus folgt, dass die Legitimität einer Ordnung nicht als unabhängiges Charaktermerkmal bestimmt werden kann. Vielmehr ist der normative Gehalt einer Ordnung nur an dem faktischen Handeln der politischen Subjekte zu messen.

len Steuerung der Migration ihren Anteil haben, ausgesetzt.¹¹⁵ Weiter behaupte ich, dass durch eine derartige Betrachtung produktives Potenzial aus der Analyse gewonnen werden kann, um mögliche Reformvorschläge zu erörtern, wodurch die Macht des Migranten in der Gestaltung des Völkerrechts zurückzugewinnen ist. Letztlich zeigt die folgende Analyse, dass die vorgestellte Legitimitätskonzeption fruchtbar ist. Im Gegensatz zu klassischen Konzeptionen erfasst sie bestehende Defizite als solche.

5.2 Maritime Migration: Analyse und Normativität

5.2.1 ‚Hinter dem Horizont‘ – Rechtssubjektivität im Verborgenen?

Die HMAS Adelaide lag ca. 10 nautische Meilen von dem Flüchtlingsboot Olong, das später als SIEV (Suspected Illegal Entry Vessel) 4 bekannt werden sollte, entfernt.¹¹⁶ Ein Patrouille-Flug hatte das 25 Meter lange Boot und die Menschen mit Rettungswesten am 6. Oktober 2001 gegen 4 Uhr entdeckt (vgl. McLachlan 2003: 89). Seitdem hielt Kommandeur Norman Banks die Adelaide auf Position; so nah wie möglich am Zielobjekt, ohne von den Menschen an Bord des Flüchtlingsbootes gesehen zu werden; es befand sich exakt hinter dem Horizont, die Kugelform der Erde ließ es verschwinden (vgl. Mann 2016: 134, McLachlan 2003: 89). Der Kapitän folgte damit dem Standardverfahren der australischen Marine, deren Taktik be-

115 „Many affluent states, in Europe and around the world, make public legal commitments to protecting the world’s most vulnerable populations. At the same time they seek to prevent such protections from stimulating demand for access and employ various measures designed to ‘deter’ unauthorized migration. [...] The international legal environment of ‘migration management’ is thus fragmented and confusing” (Mann 2016: 4 f).

116 Das Boot Olong ging als SIEV 4 in die Berichte ein, da es das vierte ankommende Boot seit Beginn der Operation Relex der australischen Marine war. Es wurde insbesondere aufgrund des sogenannten ‚Children Overboard‘-Vorfalls bekannt. Kommandeur Banks berichtete von Eltern, die drohten, ihre Kinder über Bord des SIEV4 zu werfen, sollte ihren Forderungen nicht nachgekommen werden. Aufgrund fehlerhafter Kommunikation innerhalb der zuständigen Behörden wurde medial über die Boat People, die mutmaßlich ihre Kinder über Bord warfen berichtet; die öffentliche Berichterstattung löste eine breite Diskussion aus, der damalige Premierminister ließ verlauten: „[...] I don’t want in this country people who are prepared [...] to throw their children overboard.” (Zit. nach: Commonwealth of Australia 2002: 473). Die ausführliche Aufarbeitung des Falls bewies letztlich, dass zu keinem Zeitpunkt Kinder über Bord geworfen worden waren (vgl. Commonwealth of Australia 2002: xxiii).

sagte „to keep their large frigates ‚over the horizon‘ and out of sight“ (Commonwealth of Australia 2002: 25). Damit sollte verhindert werden, dass die Migranten – in Sichtweite des australischen Schiffes – von Bord und ins Wasser sprangen. Nach internationalem Seerecht würde dies die australische Küstenwache zwingen, Rettungsmaßnahmen einzuleiten, womit Folgeverpflichtungen gegenüber der geretteten Partei generiert würden (vgl. Mann 2016: 134 f.). Überdies war die Küstenwache angehalten „to deter the SIEV and its passengers from entering Australian waters“ (Commonwealth of Australia 2002: 32), „[a]t no stage [...] were unauthorized arrivals to have access to the Australian migration zone“ (Commonwealth of Australia 2002: 32). Entsprechend agierte auch Kapitän Banks, indem er zunächst Warnungen des Ministeriums für Einwanderung und multikulturelle Angelegenheiten an SIEV 4 übermittelte. Die Botschaften wiesen darauf hin, dass es eine Straftat sei, „to bring to Australia non-citizens who do not have authority to come to Australia“ (Commonwealth of Australia 2002: 32). Diejenigen an Bord der SIEV 4 ignorierten diese Warnungen und fuhren weiter auf die Australischen Hoheitsgewässer zu. Am frühen Morgen des 7. Oktober reagierte die Adelaide und gab Warnschüsse ab:

„The SIEV was, at this stage, well inside the Australian contiguous zone, approximately two to three miles from the Australian territorial waters of Christmas Island, and proceeding directly towards Christmas island at about seven knots. I need to emphasize that only aimed shots were fired directly into the water, [in] an area 50 to 75 feet ahead of the vessel. A searchlight was used to illuminate both the weapon firer and the area in the water ahead of the vessel where the rounds were to land. This ad hoc process was introduced by me to clearly show my intent.“ (Norman Banks, zit. nach Commonwealth of Australia 2002: 33)

Schließlich manövrierte die Adelaide „more aggressively close to the vessel to slow it down“ (Commonwealth of Australia 2002: 33). Um 4.45 Uhr des 7. Oktobers 2001 übernahm die Besatzung der Adelaide die Kontrolle über die SIEV 4 und änderte ihren Kurs in Richtung Indonesien.

Dieses Verfahren ist Teil einer grundlegenden Kursänderung der australischen Regierung in Folge der Seenotrettung von 433 afghanischen Asylbewerbern durch das norwegische Frachtschiff *Tampa* vor der Australischen Küste im August 2001. Der *Tampa* Vorfall wurde von der Regierung als Metapher für die Bedrohung dargestellt, die von irregulären Bootsankünften für das Recht auf Grenzkontrolle ausgehe. Die australische Regierung reagierte, indem sie darauf hinwies, dass die Geretteten nicht auf aus-

tralisches Territorium gebracht werden dürften. Die daraus resultierende Sackgasse katalysierte die Entwicklung der *Pacific Solution* und der *Operation Relex*, welche im Folgenden im Fokus stehen.

Am 26. August 2001 entdeckte die Australische Küstenwache bei einem routinemäßigen Überwachungsflug, dass 140 Kilometer nördlich der Weihnachtsinseln ein indonesisches, 20 Meter langes Fischerboot in Seenot geraten war. Die Küstenwache rief die Schiffe in nächster Umgebung dazu auf, Hilfe zu leisten (vgl. White 2002: 7, Maley 2002: 19). Das norwegische Containerschiff MV Tampa, mit einer Besatzung von 27 Personen und einer Lizenz zur Beförderung von maximal 50 Personen kam dem Fischerboot zur Hilfe und nahm die Passagiere auf – mehr als 430 Menschen. Nach Absprache mit dem für das Gebiet zuständigen Indonesian Rescue Control Center und der Australischen Küstenwache nahm die MV Tampa Kurs auf Indonesien (vgl. White 2002: 7). Die Flüchtlinge an Bord weigerten sich jedoch, wieder nach Indonesien zurückgebracht zu werden und drohten, Suizid zu begehen, sollte der Kapitän seinen Kurs nicht ändern. Kapitän Rinnan reagierte und steuerte stattdessen die australischen Weihnachtsinseln an. Als sich jedoch die MV Tampa am 27. August dem Zielort näherte, wiesen die australischen Autoritäten den Kapitän an, nicht in die australischen Hoheitsgewässer einzulaufen. Der damalige Premierminister ließ verlauten, „[...] it is in Australia's national interest that we draw a line on what is increasingly becoming an uncontrollable number of illegal arrivals in this country“ (Commonwealth of Australia 2002: 1). Was daraufhin folgt, wurde bekannt als die „Tampa Krise“ (Commonwealth of Australia 2002: 1), eine fünftägige Blockade und permanente Uneinigkeit zwischen der Australischen Regierung und Kapitän Rinnan, wo die Flüchtlinge hinzubringen seien – eine Krise, die maßgeblich zur Entwicklung eines neuen Grenzschutzregimes in Australien beitrug. Den Titel ‚Krise‘ trägt diese kurze zeitliche Periode nicht vorrangig wegen der beschriebenen Uneinigkeiten und Unklarheiten, sondern aufgrund der Situation an Bord der MV Tampa. Bereits am 27. August hatte Kapitän Rinnan auf die kritische gesundheitliche Situation einiger Flüchtlinge an Bord hingewiesen. Am 28. August wurde der AusSAR's Rescue Coordination Centre darüber informiert, dass von den 438 Personen an Bord 15 bewusstlos, ein Kind krank, eine Person mit einem gebrochenen Bein und eine Vielzahl an Menschen mit Hautinfektionen seien. Die erwachsenen Personen begannen einen Hungerstreik, viele litten an Diarrhoea (vgl. Commonwealth of Australia 2002: 2, White 2002: 8). Der Royal Flying Doctor Service attestierte eine „mass situation medical crisis“ und urteilte, dass „medical attention was urgently required“ (Commonwealth of Australia

2002: 2). Bis in die frühen Stunden des 29. Augusts forderte Kapitän Rinn an mehrmals medizinische Hilfe an, erhielt jedoch keine. Um 11.39 Uhr entschied er, in die Australischen Hoheitsgewässer einzufahren; um 12.35 Uhr wurde die MV Tampa von 45 Australischen SAS Beamten geentert (vgl. Commonwealth of Australia 2002: 2). Fraglich blieb weiterhin, wohin die Flüchtlinge nun gebracht werden sollten.

Mit dem Tampa-Vorfall verschärfte die Australische Regierung ihre Politik; die neue Richtlinie „was that it would not allow ‚unauthorized arrivals‘ to land on Australian territory, in a manner uncontrolled by the Australian government, for the purpose of claiming refugee status. Individuals seeking asylum must be processed ‘off-shore’ [...]“ (Commonwealth of Australia 2002: 3). Da die Regierung allerdings durch die Genfer Flüchtlingskonvention gebunden war, mussten zwei konkurrierende Ziele miteinander verbunden werden: die Schutzverantwortung der Konvention sollte im Interesse der Regierung nicht länger dazu führen, dass irreguläre Migranten die australische Küste erreichten, sie durfte allerdings auch nicht zu offensichtlich missachtet werden.¹¹⁷ Zur Lösung verhandelte die Australische Regierung zwischenstaatliche Abkommen und begrenzte die sogenannte ‚Migrationszone‘.

Den ersten Schritt, den die australischen Behörden einleiteten, um die Anzahl derjenigen, die australisches Territorium erreichen und damit rechtliche Ansprüche geltend machen könnten, zu verringern, war, die sogenannte ‚Migrations-Zone‘ unilateral zu begrenzen. Als Migrations-Zone wird dasjenige Gebiet bezeichnet, auf welchem bei Ankunft Aufenthaltsansprüche geltend gemacht werden können. In Folge des Tampa-Vorfalles beschloss die australische Regierung, gewisse Gebiete aus dieser Zone auszuschließen, unter anderem die Weihnachtsinseln, Ashmore und Cartier Islands und die Cocos Islands, d.h. eben die Territorien, an welchen die Flüchtlingsboote bis dato vorrangig anlegten. „This means that unauthorized arrivals to these territories cannot apply for a visa, except by ministerial discretion“ (Commonwealth of Australia 2002: 5). Anders ausgedrückt: Die Migranten, die hier ankommen, können von den australischen Behörden so behandelt werden, als hätten sie Australien nie erreicht:

117 Neben der Genfer Flüchtlingskonvention und dem ergänzenden Protokoll hat Australien auch folgende Menschenrechtsabkommen unterzeichnet, die asylrechtliche Normen verankern: Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, die Anti-Folter-Konvention und das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung.

„[T]hose who reach the excision zone cannot make a valid asylum claim in Australia, because they never entered it in a legally cognizable way – the territory they reached is no longer ‚Australia‘ for immigration law purposes” (Shachar 2020: 42). Die Migranten werden zwar an Land gelassen – d.h. zeitnah aus der etwaigen Seenot gerettet – ihre Ansprüche auf Asyl o.ä. verhallen jedoch ungehört. Violetta Moreno-Lax hat für den aktuellen europäischen Kontext den Begriff des „Rescue-Without-Proteccion“-Paradigmas geprägt, mit welchem sie die vermeintlich die Menschenrechte respektierende, europäische Praxis bezeichnet, wonach Flüchtlinge im Mittelmeer zwar aus Seenot gerettet („Rescue“), danach jedoch ohne Prüfung ihrer asylrechtlichen Ansprüche nach Libyen zurückgeschoben werden („without protection“) (vgl. Moreno-Lax 2018). Ähnliches ließe sich auch über die beschriebene australische Praxis sagen.

Hannah Arendt hat die existenziellen Notwendigkeiten des menschlichen Lebens als „präpolitisches Phänomen“ deklariert; „die Beherrschung der Lebensnotwendigkeiten innerhalb eines Haushaltes [stellt] die Bedingungen für die Freiheit in der Polis [bereit]“ (VA 41). Die Befreiung (im Sinne der Befriedigung menschlicher Grundbedürfnisse) sei immer Voraussetzung für die Freiheit (im politischen Sinne), jedoch auch phänomenologisch strikt von ihr unterschieden. Insofern als Migranten zwar aus Seenot gerettet werden, anschließend ihnen aber das miteinander Handeln im politischen Sinne verwehrt wird, können wir von einer Befreiung ohne Freiheit sprechen. Das deklarierte Machtpotenzial des menschenrechtlichen Anspruchs wird nicht verwirklicht. Im verhandelten Fall wird dem Migranten als Protagonist der öffentliche Raum insofern entzogen, als er bei Ankunft auf den benannten Inseln sich nicht länger als kontestierendes und kommunikatives Subjekt verwirklichen kann. „Die Gegenwart anderer, die sehen, was wir sehen, und hören, was wir hören, [welche] uns der Realität der Welt und unserer selbst [versichert] [...]“ (VA 63), ist auf den, aus der Migrationszone ausgeschlossenen Inseln, nicht mehr vorhanden. Der öffentliche Adressat hat sich aus der Lokalität zurückgezogen, sodass die „Bühne“ ohne Publikum erscheint. Der Dialog scheitert bereits am Mangel eines zweiten Dialogpartners, jegliche Form des Widerspruchs wird wirkungslos. Mit dieser Politik wird nicht die Ankunft des sprechenden Kommunikationssubjekts unterbunden, vielmehr zieht sich der notwendige Dialogpartner freiwillig zurück, politisches Miteinander-Handeln wird unmöglich, die Forderungen des Flüchtlings verhallen entsprechend ungehört. Ein Rechtskontext, der das Bekenntnis zu einem gleichberechtigten Status der Betroffenen institutionalisieren würde, wird nicht herge-

stellt. Philip Ruddock, damaliger Minister für Immigration und Multikulturelle und Indigene Belange, fasste die Zielsetzung der Politik zusammen:

„What it means is there will be no basis upon which [people] will be able to land on Christmas Island and see it as a taxi rank to brought automatically to Australia, engage our protection obligations, have the opportunity to have their claims considered first by the department, second by the refugee review tribunal and then to enter the judicial review process which they are doing right now.“ (Commonwealth of Australia 2002: 316)

Australien verband die politische Entscheidung zur Begrenzung der Migrationszone mit bilateralen Abkommen. Im Rahmen der sogenannten Pacific Solution wurden Abkommen v.a. mit Nauru und Papua-Neuguinea geschlossen, die sich bereit erklärten, australische „offshore processing centers“ auf eigenem Territorium zu beherbergen – und im Gegenzug finanzielle Unterstützung erhielten (vgl. Commonwealth of Australia 2002: 6, Laccertosa 2014: 322). Grundlage für die bilateralen Abkommen waren Gespräche mit unterschiedlichen pazifischen Kleinstaaten, die von der Australischen Regierung kontaktiert wurden:

„We are currently exploring a number of offshore sites. An assessment team has gone to Kiribati today but will be unlikely to report in under a week given transit times. We have had some interest from Palau who have sought further information but again this will be unlikely to generate any options in the short term. Fiji also remains an option [...]“ (Commonwealth of Australia 2002: 291)

Für die Menschen an Bord der Tampa wurde am 1. September 2001 eine Lösung implementiert. Der Premierminister verkündete, dass alle geretteten Personen in Drittstaaten Asylanträge stellen würden – Neuseeland hatte sich bereit erklärt, 150 Menschen, vorrangig Frauen, Kinder und Familien zu übernehmen; sollten sich deren Asylanträge als begründet erweisen, dürften die Menschen im Land bleiben (vgl. Commonwealth of Australia 2002: 292). Weder in diesem noch in den folgenden Fällen wurden die Migranten vorab zu ihren Meinungen befragt, das Potential, das sich in Artikel 6 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte als universeller Anspruch „auf Anerkennung als Rechtsperson“ ausdrückt, wird nicht realisiert. Die Migranten wurden nicht als Dialogpartner einbezogen, über ihr weiteres Verfahren wurde ohne Beteiligung der Betroffenen entschieden. Ein wechselseitig garantiertes Bekenntnis zu Gleichheit und einer rechtlichen Basis, um miteinander-in-Kontakt zu kommen, lässt sich nicht fin-

den; selbst die öffentliche Diskussion war geprägt von einer klaren Abgrenzung zu den ‚Anderen‘. Ruud Lubbers, Vorsitzender des UNHCR zu jener Zeit, schrieb in einem Artikel in der Zeitschrift *Australian* im Juni 2001:

„Statistics are frequently manipulated, facts are taken out of context, *and the character of asylum seekers as a group is often distorted in order to present them as a terrible threat* – a threat their detractors can then pledge to crush. Politicians taking this line used to belong to small extremist parties. But nowadays the issue is able to steer the agenda of bigger parties. Their opponents – finding their party presented as weak in the face of the foreign hordes clamouring at the gates – respond by seeking tighter laws, making it more difficult for foreigners of any sort to cross into their territory. It becomes a number game: reduce arrivals at all costs.” (Lubbers 2001, zit. nach Glynn 2016: 125, herv. KH)

Die Rede von der Bedrohung durch ankommende Migranten gewann in Folge der Terroranschläge in New York und Washington am 11. September 2001 an Virulenz; Peter Reith, damaliger Verteidigungsminister verknüpfte die Asylpolitik mit der Terrorabwehr:

„I have no doubt whatsoever that the horror of the last 36 hours, 48 hours, is only going to reinforce the whole security issue in terms of dealing with terrorism. And that means you have got to be able to control your borders, otherwise if you have got people moving in and out willy nilly, then this can be a conduit for extremist terrorist groups.” (Reith 2001, zit. nach Glynn 2016: 128)

Das Abkommen mit Nauru wich von der Regelung, die mit Neuseeland getroffen wurde, ab. Hier würde Australien eigenständig ein Verarbeitungszentrum auf der Insel errichten und betreiben und zusätzliche Ressourcen bereitstellen. Im Gegenzug erhielt Nauru Entwicklungshilfe als Teil der Vereinbarung. Diejenigen, welchen der Flüchtlingsstatus zuerkannt werden würde, würden nach Australien oder in andere Staaten umgesiedelt werden – vorausgesetzt es sei entsprechende räumliche Kapazität vorhanden. Am 10. Oktober 2001 wurde ein ähnliches Abkommen mit Papua-Neuguinea geschlossen, deren Regierung sich ebenfalls dazu bereit erklärte, ein australisches Verfahrenszentrum auf eigenem Territorium zu etablieren (vgl. Commonwealth of Australia 2002: 292). Die Abkommen wurden international sehr kritisch kommentiert, bspw. Fiji – ebenfalls von der australischen Regierung kontaktiert – in Person von Mahendra Chaudry, Vorsitzender der Arbeiterpartei, kritisierte das finanzielle Ange-

bot als Gegenleistung für die Unterbringung eines Asylzentrums als „Scheckbuchdiplomatie“ und als „gleichbedeutend mit einer Bestechung“ (Commonwealth of Australia 2002: 294, vgl. McMay 2013: 25). Ähnlich äußerten sich auch andere Akteure in der Region; es sei fragwürdig, wie Australien seine Wirtschaftskraft nutze, um die eigene politische Agenda zu verfolgen und Probleme in die ärmeren Nachbarstaaten auszulagern. Nach Noel Levi, Generalsekretär des Pacific Islands Forum Secretary:

„The emerging refugees market in the region where Forum Island Countries lease out their territories for quarantine and processing services carries unknown risks. Yet it is evolving rapidly without the necessary legal and policy framework to ensure its proper and equitable regulation. Such a substantial population influx places extreme pressure on our already very limited resources, exposing our small and vulnerable economies to further social and economic problems which we can ill afford.“ (Levi, zit. nach Commonwealth of Australia 2002: 295)

Nauru, mit einer Fläche von 21 Quadratkilometern und einer Bevölkerung von 12.000 Einwohnern war zu diesem Zeitpunkt mit einer desolaten Wirtschaftslage, ernsthaften Cashflow-Problemen und einer wirtschaftlichen Abhängigkeit von sinkenden Phosphatreserven konfrontiert. Im Rahmen des Ersten Verwaltungsabkommens (First Administrative Arrangement), das Nauru und Australien am 10. September 2001 schlossen, wurden Nauru u.a. Hilfsleistungen für Brennstoffe in Höhe von \$ 9,5 Millionen, für Strom und Entsalzungsanlagen (\$ 4,7 Millionen), Krankenhausbehandlungen (\$ 1,06 Millionen), Luftfahrt (\$ 150.000), Fertighäuser (\$ 110.000), Bildungsstipendien (\$ 100.000) und weiteres versprochen (vgl. Commonwealth of Australia 2002: 297). Im Rahmen der Vereinbarung finanzierte Australien zudem alle Verfahren zur Asylentscheidung und erklärte sich bereit, Nauru für die Hilfe und etwaige Verluste zu entschädigen (vgl. Commonwealth of Australia 2002: 297). Trotz erheblicher Kritik auch von Seiten des Naurischen Parlaments, wurde das Abkommen beschlossen und umgesetzt. Anthony Audoa, MP, hatte zuvor seine Bedenken zum Ausdruck gebracht:

„I don't know what is behind the mentality of the Australian leaders but I don't think it is right. A country that is desperate with its economy, and you try to dangle a carrot in front of them, of course, just like a prostitute... if you dangle money in front of her, you think she will not accept it. Of course she will, because she's desperate.“ (Commonwealth of Australia 2002: 299)

Auch in diese zwischenstaatlichen – und damit völkerrechtlichen – Verhandlungen blieben die Flüchtlinge nur als passive Objekte eingeschlossen. Aktiv als Verhandlungssubjekte, die eigenständig zum weiteren Verfahren Stellung nehmen können, traten sie nie auf. Als stumme Objekte wurde über sie entschieden, ein „assessment team“ (Commonwealth of Australia 2002: 291) koordinierte die Verlegung.

Nachdem die Verhandlungen zwischen der australischen Regierung und den Regierungen Naurus und Papua-Neuguineas in Abkommen mündeten, wurden die Verfahren auf den pazifischen Inseln implementiert. Die Feststellung von Asylansprüchen der Bootsflüchtlinge auf Nauru wird von australischen Beamten und Mitarbeitern des Hohen Kommissars für Flüchtlinge der Vereinten Nationen (UNHCR) durchgeführt; auf Manus ausschließlich von australischen Beamten. Weder Nauru noch Papua-Neuguinea verfügen über eigene Instanzen und Verfahren zur Bestimmung des Flüchtlingsstatus, Nauru ist zudem kein Vertragsstaat der Genfer Flüchtlingskonvention. Wie später bekannt wurde, hatte die Gruppe Australian Lawyers for Human Rights versucht, ein Team von Anwälten nach Nauru zu schicken, um den Flüchtlingen unabhängige Beratung für die Verfahren anzubieten. Es blieb bei einem Versuch – bis zum 10. Juli 2002 hatte es die naurische Regierung abgelehnt, den Anwälten die notwendigen Visa auszustellen (vgl. Commonwealth of Australia 2002: 318). Der Schriftsteller Behrouz Boochani, der selbst in den offshore processing centers festgehalten wurde, übt nach seinem Aufenthalt scharfe Kritik:

„Australien nennt es ein ‚offshore processing center‘, also eine ausgelagerte Abwicklungsstation. Ich nenne es ein Gefängnis, aber auch das trifft es nicht ganz. Denn auch im Gefängnis hat man Rechte. Man kommt durch einen juristischen Prozess dort hin, den wir nie hatten. Dann gibt es ein Strafmaß und man weiß, wann man aus der Haft entlassen wird. Auch das hatten wir nicht. Es gab keine Anlaufstelle für Beschwerden. Wir waren Opfer der Justiz, aber hatten keinen Zugang zu ihr.“ (Boochani 2019: 2)

In die Kritik geriet auch die Unterbringung der Flüchtlinge während des Verfahrens und die Umsiedlung nach Abschluss der Verfahren. Die Unterbringung der Flüchtlinge auf Nauru wurde als mangelbehaftet dargestellt, es gebe Probleme mit der Frischwasserzufuhr, die Entsalzungsanlage und die Stromversorgung brechen regelmäßig zusammen, zudem sei die Temperatur in den Anlagen sehr hoch. Nach Oxfam Community Aid Abroad, war

„[t]he Topside site [...] originally a bleak environment lacking water, sanitation or electricity. The asylum seekers are now housed in ‘blocks’ with a corrugated iron roof, sides of plastic sheeting and green nylon mesh. An independent visitor to the camp has noted: ‘Conditions are harsh, with the heat and humidity consistently in the upper thirties and health facilities are basic.’ (Commonwealth of Australia 2002: 309)

Die Worte, die Behrouz Boochani findet, klingen erheblich drastischer:

„Das System, in dem ich mich befand, sollte uns zwar nicht töten, aber wir spürten den Tod jeden Moment um uns herum. Acht Leute sind auf Manus umgekommen, fünf auf Nauru. [...] Ich habe so viel Schikane erlebt, schreckliches Leid. Ich bin bis auf 58 Kilo abgemagert, drei Zähne fielen mir aus, das Essen war ohne Nährstoffe. [...] Die völlig unzureichende Krankenversorgung auf Manus war ebenfalls eine Form der Folter. Wir wurden nicht geheilt, sondern von Schmerzmitteln abhängig gemacht.“ (Boochani 2019: 1)

Für unseren Fall ist auch hier interessant, inwiefern die Flüchtlinge selbst die Möglichkeit hatten, öffentlich zu den Belangen Stellung zu nehmen. Aufschlussreich ist eine Bemerkung des Sonderausschusses des australischen Senats zur sogenannten ‚Children Overboard Affair‘ im abschließenden Bericht. Der Ausschuss bemühte sich demnach um die Möglichkeit, die Konditionen der Unterbringung unabhängig zu bewerten. Dafür wandte er sich u.a. an die Flüchtlinge eines zuvor auf See abgefangenen und nach Nauru transferierten Bootes und bat diese, zu den Unterbringungen auszusagen. Die Flüchtlinge jedoch verweigerten ihre Mitarbeit, aus Angst, das Ergebnis ihrer Anträge auf Anerkennung des Flüchtlingsstatus negativ zu beeinflussen. Der Ausschuss beantragte daraufhin beim Ministerium für Immigration und Multikulturelle sowie Indigene Belange eine Garantie, dass die Aussagen der Asylbewerber vor dem Ausschuss nicht bei der Beurteilung ihres Flüchtlingsstatus berücksichtigt werden. Das Ministerium wies diesen Antrag zurück und erklärte, „that no such guarantees could be given because third parties might bring to DIMIA’s [Department of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs] attention matters aired by people before the Committee, and that officials determining the outcomes of applications would be obliged to take these reports into account“ (Commonwealth of Australia 2002: 310). Die Haltung des Ministeriums wurde vom Ausschuss ausführlich in Frage gestellt, der Ausschuss bedauerte sehr, dass DIMIA auf seiner Auffassung beharre und mit seiner Weigerung eine entsprechende Garantie zu gewähren, die Untersuchung

des Ausschusses behindere (vgl. Commonwealth of Australia 2002: 310). Aus den Verhandlungsprozessen blieben die Flüchtlinge so bewusst und systematisch ausgeschlossen, selbst dann, wenn es um ihre unmittelbare Lebenssituation ging.

Abschließend wurde auch die Inhaftierungspraxis nach Abschluss der Asylverfahren stark kritisiert, der UNHCR führt entsprechend aus:

„Of concern to UNHCR in the cases of Nauru and Manus Island, is that refugees who have been recognized and therefore have had their status regularized remain detained until a durable solution is found. This detention is without time limits or periodic review. The ongoing detention of persons recognized as refugees is a restriction of freedom of movement in breach of Article 26 of the 1951 Convention. Furthermore, such detention is not consistent with Article 31(2) of the Refugee Convention, which provides that restrictions of freedom of movement shall only be applied until the status of refugees in the country is regularized. Even though these recognized refugees are no longer on Australia's territory, Australia's obligations under the Refugee Convention continue to be engaged until a durable solution is found.“ (Commonwealth of Australia 2002: 323, vgl. Cox/Glenn 1994: 302)

Festzuhalten bleibt also zunächst, dass in einem Arendtschen Sinne nicht davon gesprochen werden kann, dass die Meinungen des Einzelnen „Gewicht haben und seine Handlungen von Belang sind“ (ETH 613). In die aufgeführten Verhandlungs- und Entwicklungsprozesse der multilateralen Abkommen bzw. Verfahren wurden die Migranten nicht unmittelbar eingebunden; entweder wurde der Dialog als solcher unterbunden, indem bspw. Australien die Migrationszone neu definierte oder aber die strukturelle Ungleichberechtigung wurde durch verfahrenstechnische Regelungen aufrechterhalten, die Aussagen der Migranten zur Unterbringung wurden durch die latente Drohung, dass diese im Asylverfahren gegen sie verwendet würden, unterbunden. An keiner Stelle ergab sich für die Migranten als gleichberechtigte Dialogpartner die Möglichkeit, zu den Verfahren unterstützend oder widersprechend Stellung zu beziehen.

Mit dem Kurswechsel der australischen Regierung und der offensiveren Abwehrhaltung, sowohl gegenüber Menschenschmugglern als auch den Flüchtlingen selbst, kam dem australischen Verteidigungsministerium und den Streitkräften eine neue Rolle zu. Bereits seit 1988 unterstützte die Verteidigung die Küstenwache und das Ministerium für Immigration bei deren Maßnahmen. Seit September 2001 übernahm die ADF (Australian De-

fense Force) jedoch die Leitungsfunktion bezüglich der Maßnahmen gegen irreguläre Bootsankünfte, die korrespondierende operative Einheit ist die Operation Relex. Relex zielte als „forward deterrence strategy“ (Commonwealth of Australia 2002: 14) vorrangig darauf, „to prevent, [...] the incursion of unauthorized vessels into Australian waters such that, ultimately, people smugglers and asylum seekers would be deterred from attempting to use Australia as a destination“ (Commonwealth of Australia 2002: 13 f.). Das bedeutete eine signifikante Veränderung der grundsätzlichen Grenzschutzpolitik, die bis dato auf Reaktionsschnelligkeit setzte und die Schiffe anwies, irreguläre Boote aufzuspüren und zu australischen Häfen zu eskortieren. Dagegen war die Handlungsanweisung an die Kapitäne nun, „to effectively intercept, warn and, if necessary, board in an attempt to turn away the SIEVs [Suspected Illegal Entry Vessel] to a position just outside the Australian contiguous zone“ (Commonwealth of Australia 2002: 19). Teil der Operation Relex waren eine mehrschichtige Überwachung und nachrichtendienstliche Aktivitäten. Dazu gehörten Kontrollflüge mit Flugzeugen der Küstenwache und Marinehubschraubern, sowohl in der Nähe Indonesiens und damit unmittelbar über den vermuteten Startgebieten (ohne jedoch in den indonesischen Luftraum einzudringen), als auch vor den Weihnachtsinseln und weiteren möglichen Zieldestinationen – dort wo, nach Aussage eines leitenden Beamten, „we felt them best positioned to maximise our chances of interception“ (Commonwealth of Australia 2002: 20).¹¹⁸ Nachrichtendienstlich wurden darüber hinaus breite Informationsströme zur Sammlung, Analyse und Distribution relevanter Informationen generiert. Die Berichterstattung über mögliche Vorfälle auf See wurde eng von den politischen Zentralen, insbesondere dem Ministerium für Immigration, koordiniert. Aufmerksamkeit erfordern vor allem die klaren und strengen Anforderungen, die den beteiligten Personen bezüglich Film- und Fotoaufnahmen der Operation Relex, gestellt wurden. Nach Brian Humphreys, Generaldirektor für Verteidigungskommunikation und Strategie, habe der Verteidigungsminister unmittelbar post-Tampa gefordert, die Flüchtlinge nicht zu „humanisieren“, d.h. am besten überhaupt keine Fotos von Asylbewerbern auf hoher See zu machen. Der Ausschuss zur ‚Children Overboard‘-Affäre, äußerte entsprechend, dass er zwei klare Ziele des Ministeriums erkenne. Das erste bestehe darin, absolute Kontrolle über die Veröffentlichung von Informatio-

118 Der Begriff der ‘interception’ wird generell für Maßnahmen eines Küstenstaates verwendet, die auf die Verhinderung der Einreise von Migranten zielen. Synonym wird der Terminus ‚interdiction‘ verwendet (vgl. Rah 2009: 19).

nen, welche Relex betreffen, zu behalten. Zweitens solle sichergestellt werden, dass keine Bilder, die möglicherweise Sympathien gegenüber den „personalisierten und humanisierten“ Flüchtlingen oder Bedenken über das aggressive neue Grenzschutzregime hervorrufen könnten, in die Öffentlichkeit gelangen (vgl. Commonwealth of Australia 2002:24 f.). Der Ausschuss kritisiert dieses Verfahren vehement, „[s]uch preparedness to manipulate the factual record would be abhorrent and inimical to good governance at any time. That it occurred during the caretaker period of an election campaign [...] is inexcusable“ (Commonwealth of Australia 2002: 25). Die Kritik des Ausschusses zielt vorrangig auf die klare Anweisung, Bildmaterial und Informationen dem Publikum vorzuenthalten bzw. in manipulierter Weise zur Verfügung zu stellen. Im Rahmen einer Legitimitätsanalyse, deren zugrundeliegende Konzeption des Legitimitätsbegriffs an die Pluralität der Menschheit und die individuelle Subjektivierung anknüpft, ergibt sich aus den geschilderten Elementen eine weitere Kritik: Offensichtlich wird die Kommunikationsbeziehung nicht nur aktiv vermieden bzw. bekämpft – Schiffe sollen frühzeitig entdeckt und an der Einfahrt in die territorialen Gewässer gehindert werden –, sondern in dem Moment, in welchem sich die Flüchtlinge als Subjekte kommunikativ und öffentlich (via medialer Berichterstattung) an einen breiten Adressatenkreis wenden und auf ihre Meinungen und Belange hinweisen könnten, wird ihnen dieses Kommunikationsnetz entwendet. Als „personalisierte“, d.h. identifizierbare und „humanisierte“, d.h. ebenfalls schlicht menschliche Wesen soll ihnen keine Möglichkeit gegeben werden, in die Öffentlichkeit zu treten. Diese Strategie deckt sich mit der eingangs beschriebenen Anweisung an die Kapitäne, ihre Schiffe „hinter dem Horizont“ zu „verstecken“, sodass keine Migranten über Bord ihrer Boote springen und damit Seenotsituationen konstituieren können. Auch hier wird der Kommunikations- und Verantwortungszusammenhang explizit negiert, dem Potential eines Rechtsstatus als Gleiche unter Gleichen nicht entsprochen. Der bereits mehrfach erwähnte Ausschuss befragte die involvierten Parteien, wie sie mit Menschen umgingen, die Asylansprüche geltend machten, d.h. ob der Status der Menschen an Bord Auswirkungen auf die operativen Maßnahmen hatte. Nach Rear Admiral Smith, „[i]t had no relevance for us. Our mission was clear – that is, to intercept and then to carry out whatever direction we were given subsequent to that. The status of these people was irrelevant to us“ (Commonwealth of Australia 2002: 26). Die Standardmaßnahme war demnach,

„to reinforce the warning and then turn the vessel around and either steam it out of our contiguous zone ourselves under its own power or

– as had happened on a number of occasions – if the engine had been sabotaged in our process or boarding, we would then tow the vessel outside our contiguous zone into international waters. At that point, our boarding party withdrew as we had no jurisdiction in international waters. Our initial policy was to do that up to three times, [...]” (Commonwealth of Australia 2002: 26)

Auch hier ist der Ausschluss der Bootsflüchtlinge aus jeglichen Verantwortungs- und Kommunikationszusammenhängen offensichtlich. Dass die beschriebenen Maßnahmen in letzter Instanz nicht nur eine Gefahr für die Teilnahmemöglichkeit an einer kommunikativen Öffentlichkeit, sondern elementar eine Gefahr für die Kernmensenrechte, bspw. das Recht auf Leben und Sicherheit darstellen, wurde am 19. Oktober 2001 bewiesen – der Tag, an dem ein Boot mit 421 Menschen an Bord auf hoher See kenterte und 352 Menschen ihr Leben verloren – trotz des oben beschriebenen hohen Aufkommens an nachrichtendienstlicher und systematischer Überwachung und Kontrolle (vgl. Commonwealth of Australia 2002: 195).

Der migrationspolitische Kurswechsel der australischen Regierung, der mit dem MV Tampa Vorfall eingeleitet wurde, hat für die völkerrechtliche Legitimität sowohl in kurzfristiger als auch in langfristiger Perspektive Konsequenzen. Der Fokus im vorangegangenen Abschnitt lag insbesondere auf den völkerrechtlichen Verhandlungs- bzw. Entstehungsprozessen und auf der Frage inwiefern diese den herausgestellten notwendigen Legitimitätskriterien genügen. Dabei wurde gezeigt, dass es keine (bzw. kaum) individuelle, allgemeine Beteiligung an kommunikativen Zusammenhängen gibt, dass vielmehr unterschiedliche Strategien zum Einsatz kommen, die Beteiligung aller Beteiligten zu verhindern. Der Ausschluss gewisser Territorien aus der sogenannten Migrationszone entfernt den Adressaten aus einem möglichen Dialog; das Verweilen ‚hinter dem Horizont‘ torpediert die Bestrebungen, gesehen und gehört zu werden. Durch die Zusammenarbeit mit den pazifischen Staaten und die Operation Relex wird jegliche Möglichkeit, Konsens bzw. Dissens zum Ausdruck zu bringen, gehemmt. Den undokumentierten Migranten wird dabei nicht nur die Beteiligung verwehrt, sondern auch ihr grundsätzlicher Status als gleichberechtigtes Rechtssubjekt. Ohne Anerkennung als aktives Subjekt bleibt ihr Konsens bedeutungslos, selbst die Möglichkeit zum Dissens bleibt negiert, wie bspw. am Fall der Anfrage des Ausschusses zur Befragung der Migranten zu ihrer Unterbringungssituation gezeigt wurde.

Der Tampa-Vorfall und die daraufhin eingeleiteten Maßnahmen im Rahmen der Pacific Solution liegen mittlerweile beinahe 20 Jahre zurück. Nichtsdestotrotz sind die Ergebnisse der Fallstudie relevant und aktuell.

Zwar wurde die Pacific-Solution 2008 eingestellt, jedoch nur um 2012 in verschärfter Form wieder eingesetzt zu werden (vgl. Roam 2018: 372). Amnesty International berichtet entsprechend, dass niemand, der heute mit dem Boot in Australien ankomme, um Asylansprüche geltend zu machen, jemals in Australien sesshaft würde, vielmehr werde er dagegen gewaltsam zu den ‚Offshore Refugee Processing Centres‘ transferiert (vgl. Amnesty International 2016: 4). Amnesty International führt aus:

„In furtherance of a policy to deter people arriving in Australia by boat, the Government of Australia has made a calculation in which intolerable cruelty and the destruction of the physical and mental integrity of hundreds of children, men and women, have been chosen as a tool of government policy. In so doing the Government of Australia is in breach of international human rights law and international refugee law.” (Amnesty International 2016: 7)

Auch die Möglichkeit, öffentlich gesehen und gehört zu werden, wurde spätestens mit dem Border Force Act aus dem Jahr 2015 weiter beschränkt. Schon zuvor wurden die Asylzentren auf Nauru und Papua-Neuguinea von der Öffentlichkeit abgeschirmt und Journalisten wurde grundsätzlich der Zugang verwehrt (vgl. Amnesty International 2016: 4). Mit dem Border Force Act wurde zusätzlich jede öffentliche Stellungnahme bzw. Veröffentlichung von migrations- und grenzschutzrelevanten Informationen durch Mitarbeiter in den Asylzentren unter Strafe gestellt; gegen jede Person, die Informationen über Einwanderung und Grenzschutz offenlegt, kann seitdem eine zweijährige Freiheitsstrafe verhängt werden (vgl. Commonwealth of Australia 2015. Australian Border Force Act, Artikel 42 Abs. 1).

Der vergangene Abschnitt sollte zweierlei gezeigt haben. Zum einen ergibt die Legitimitätsanalyse des vorliegenden Rechtsfelds, dass das Völkerrechtssubjekt Individuum

- nicht über einen rechtlich institutionalisierten, wechselseitig garantierten egalitären Status verfügt und
- weder eine kommunikativ-partizipative noch eine kritisch-kontestatorische Kompetenz in völkerrechtlichen Vertragsverfahren ausüben kann, um das Machtpotential des Rechtsstatus zu realisieren.

Demnach ist die Legitimität zumindest in Frage zu stellen. Weiterhin zeigte sich, dass aus der Verletzung völkerrechtlicher Bestimmung – und der damit einhergehenden Ineffektivität eben dieser – nicht gleichzeitig jegliche Legitimitätsüberlegungen obsolet werden.

Im Folgenden soll insbesondere der völkerrechtliche Text bzw. die völkerrechtliche Norm als solche zum Gegenstand der Analyse werden.

5.2.2 Non-Non-Refolement – Die hohe See als rechtsfreier Raum?

Am 30. September 1991 wurde die junge Demokratie Haitis gewaltsam abgesetzt. Für den ersten demokratisch gewählten Präsidenten des Landes, Jean-Bertrand Aristide, bedeutete der Staatsstreich des Militärs die Flucht ins Exil nach Venezuela und in die USA. Georges Izmary, Geschäftsmann und Bruder von Antoine Izmary – einer der bekanntesten Unterstützer Aristides – wurde ein gutes halbes Jahr nach dem Staatsstreich umgebracht; die Trauerfeier von der Polizei angegriffen und Trauernde niedergeschlagen (vgl. Human Rights Watch 1993: o.S.). Ähnlich erging es Hunderten, wenn nicht Tausenden anderen:

„In 1992, the military junta that overthrew freely elected President Jean-Bertrand Aristide on September 30, 1991 continued to rule Haiti through violent repression. Well over 1000 people are estimated to have been killed by the army since the coup, and all forms of popular organization have been ruthlessly suppressed. Haitians today are living under the most acute terror since the darkest days of the Duvalier dictatorship.” (Human Rights Watch 1993: o.S.)

Dieser “most acute terror” hatte viele Gesichter: Menschen wurden umgebracht, gefoltert, ohne rechtliches Verfahren oder Begründung inhaftiert. Viele wurden Opfer von Gewaltverbrechen, waren gezwungen, sich zu verstecken, um eben solchen Angriffen zu entgehen; ihre Besitztümer wurden dennoch zerstört (vgl. SCOTUS 1993: 162). 67 Prozent der Wähler hatten nur neun Monate zuvor ihre Unterstützung für Aristide kundgetan, entsprechend galt die Mehrheit der Bevölkerung als Opposition und Gefahr für die Militärelite, die im September 1991 die Macht an sich gerissen hatte. Das Militär reagierte mit Gewalt und Unterdrückung auf diese potentielle Gegnerschaft:

„The military junta has banned meetings throughout Haiti’s nine departments. All signs of public protest are swiftly and violently repressed. Widespread, short-term detention serves successfully to intimidate and subdue. During detention, beatings are the rule rather than the exception. Almost all arrests are warrantless. [...] At military checkpoints, soldiers can shake down virtually anyone who dares trav-

el the roads. All of this occurs with absolute impunity.” (Human Rights Watch 1993: o.S.)

Während das Militär seine Herrschaft konsolidierte, floh eine zunehmende Anzahl an Menschen aus dem Land und versuchte unter anderem über den Seeweg in die USA zu gelangen.

Die Vereinten Staaten unter der Regierung Reagan hatten bereits 1981 mit dem damaligen haitianischen Diktator Jean-Claude Duvalier ein Abkommen geschlossen, wonach die Küstenwache ermächtigt wurde, Schiffe unter der Flagge fremder Nationen, mit welchen Abkommen bestanden [d.h. u.a. Haiti]¹¹⁹, anzuhalten und zu betreten und „to return the vessel and its passengers to the country from which it came, when there is reason to believe that an offense is being committed against the United States immigration laws [...] provided that no person who is a refugee will be returned without his consent“ (POTUS 1981: Sec. 2 c, (3)). Im November 1991 erließ ein Bundesgericht in Miami eine einstweilige Verfügung, die die Rückführung haitianischer Flüchtlinge untersagte, da aufgrund unzureichender Entscheidungsverfahren dato nur drei Prozent der Befragten als potenzielle politische Flüchtlinge eingestuft wurden. Im Folgenden wurden die ankommenden Menschen auf die US-Marinebasis in Guantánamo, Kuba, umgelenkt und dort einem Screening-Verfahren unterstellt.¹²⁰ Bereits am 3. Februar 1992 wurden die Boote aus Haiti jedoch wieder zurückgeführt, der Oberste Gerichtshof hatte eine konkurrierende Entscheidung aufgehoben. Fast 8000 Menschen wurden in den anschließenden sechs Wochen nach Haiti zurückgebracht (vgl. Human Rights Watch 1993: o.S.).

119 Mittlerweile sind ähnliche Abkommen, die dem US-Militär gewähren, Boote festzusetzen, die des Schmuggels von Migranten in den Hoheitsgewässern des anderen Staates verdächtigt werden oder die unter der Flagge des anderen Staates fahren und des Schmuggels von Migranten auf hoher See verdächtigt werden, mit verschiedenen weiteren Staaten in Kraft. Dies sind bspw. das ‘Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the Commonwealth of the Bahamas Concerning Cooperation in Maritime Law Enforcement’ (29 June 2004) TIAS 04–629 sowie das ‘Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the Dominican Republic Concerning Cooperation in Maritime Law Enforcement’ (20 May 2003) TIAS 03–520.

120 Die Ähnlichkeit zu den Methoden der oben beschriebenen Pacific Solution muss hier kaum erwähnt werden. Auch hier werden Migrantinnen auf extraterritoriale Räume gebracht, um Asylansprüche zu prüfen.

Dennoch stieg die Anzahl ankommender Flüchtlinge im Frühjahr 1992 rasant an. Am 22. Mai 1992 erreichte das provisorische Auffanglager in Guantánamo die von der Regierung festgesetzte Obergrenze von 12.500 Personen; die US Navy entschied, dass keine zusätzlichen Migranten sicher in Guantánamo untergebracht werden könnten (vgl. SCOTUS 1993: 163). In direkter Konsequenz erließ US-Präsident Bush am 24. Mai 1992 die Executive Order 12807, wodurch die Asylverfahren für alle haitianischen Bootsflüchtlinge ausgesetzt wurden und alle auf See abgefangenen Boote direkt nach Haiti zurückgeführt wurden.¹²¹

Artikel 33 der Genfer Flüchtlingskonvention legt fest, dass

„[k]einer der vertragsschließenden Staaten [...] einen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten ausweisen oder zurückweisen [wird], in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.“

Das Refoulement-Verbot gilt heute als Völkergewohnheitsrecht und damit auch für Staaten, die nicht Vertragspartei der Flüchtlingskonvention sind (vgl. Kälén/Caroni/Heim 2011: 1395). Auch das internationale Seerecht schreibt vor, dass die aus Seenot geretteten Personen „are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety“ (International Convention for the Safety of Life at Sea, Kapitel V, Regulation 33), wobei als sicherer Ort eine Lokalität zählt, „where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors’ safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met [...]“ (IMO 2004: o.S.).¹²² Auf den ers-

121 Bis heute patrouilliert die Küstenwache mit ähnlicher Frequenz wie damals, um Boat People aus Kuba, Haiti o.ä. abzufangen und zurückzuführen. Die dafür mit den jeweiligen Staaten geschlossenen Abkommen bestehen fort, auch die Offshore-Einheit auf Guantánamo ist weiterhin in Betrieb (vgl. Frenzen 2017: 285ff). Insbesondere in Folge der starken Erdbeben auf Haiti im Januar 2010, wurde die Präsenz der US-Küstenwache vor der Haitianischen Küste verstärkt, vorrangig um Hilfe zu leisten, aber gleichzeitig auch als Abschreckungsmaßnahme zur Verhinderung von Abfahrten mit Booten (vgl. Frenzen 2017: 286). Menschen, deren Anträge auf Asyl in Guantánamo abgelehnt werden, haben keine Möglichkeit das Ergebnis anzufechten und werden unmittelbar in ihre Herkunftsorte zurücktransferiert (vgl. Frenzen 2017: 288).

122 So die *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea* (Res. MSC. 167 (78)). Die völkerrechtlich nicht bindenden Richtlinien wurden durch das Maritime Safety Committee der IMO am 20.05.2004 angenommen.

ten Blick scheint die US-amerikanische Politik in den Jahren 1992 und folgende eklatant gegen den individuellen Prüfgrundsatz und die Schutznorm des Artikels 33 zu verstoßen. Durch die Executive Order 12807 wurde den Menschen weder die Tür zu einem Rechtsverfahren eröffnet noch – im Sinne dieser Arbeit – ihnen eine anderweitige Möglichkeit gegeben, öffentlich für die eigenen Belange Position zu beziehen. Das scheint zunächst ein Problem der dritten oben benannten ‚Ebene‘ des Völkerrechts, der Durchführung und Implementation vertraglicher oder gewohnheitsrechtlicher Völkerrechtsnormen. Allerdings – so soll im Folgenden argumentiert werden – gründet das beschriebene Problem, das Legitimitätsdefizite erzeugt, auf der textlichen Grundlage der Norm und damit auf der zweiten Ebene des Völkerrechts.

In der Entscheidung *Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, Et Al. v. Haitian Centers Council, Inc, Et Al.* (im Folgenden *Sale*) hat sich der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten mit dem Befehl 12807 auseinandergesetzt und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass weder § 243(h) des Immigration and Nationality Acts noch Artikel 33 der Flüchtlingskonvention der Vereinten Nationen für Maßnahmen der Küstenwache auf hoher See gelten (vgl. SCOTUS 1993: 159). Die Argumentation bezieht Richter Stevens in seiner Stellungnahme des Gerichts direkt aus der textlichen Vorlage. Der vollständige Wortlaut des Artikels 33 in seinem englischen Original lautet:

- „1. No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his [or her] life or freedom would be threatened on account of his [or her] race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.
2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particular serious crime constituted a danger to the community of that country.”

Nach Meinung des Gerichts ergibt sich aus dem Zusammenhang der beiden Abschnitte, dass die Anwendung des Artikels 33 im Falle haitianischer Flüchtlinge auf hoher See ausgeschlossen ist. Das Gericht stellt fest, dass ein Ausländer den Vorteil des ersten Absatzes nicht in Anspruch nehmen kann, wenn er eine Gefahr für das Land darstellt, in dem er sich befindet. Wenn jedoch der erste Absatz für die hohe See gelte, könne sich kein Land, das Menschen aus Seenot rette, auf die Ausnahme des zweiten Ab-

satzes berufen, da sich ein auf hoher See aufgegriffener Ausländer schließlich in keinem Land befinde. Wenn Artikel 33 Absatz 1 extraterritorial angewendet würde – so das Gericht – würde Artikel 33 Absatz 2 eine absurde Anomalie schaffen: Gefährliche Ausländer auf hoher See hätten Anspruch auf die Vorteile von Artikel 33 Absatz 1, während diejenigen, die in dem Land lebten, das sie ausweisen wollte, dies nicht täten. Das Gericht kommt daher zu dem Urteil, dass es vernünftigerweise anzunehmen sei, dass sich Artikel 33 Absatz 2 auf diejenigen beschränkt, die bereits im Land sind, weil Artikel 33 Absatz 1 die Unterzeichnerstaaten ebenfalls nur in Bezug auf die Ausländer in seinem Hoheitsgebiet verpflichte (vgl. SCOTUS 1993: 179 f.).

Richter Blackmun verfasste eine überzeugende, abweichende Stellungnahme. Nach Blackmun ist die Schlussfolgerung der Mehrheit des urteilenden Plenums fehlerhaft. Artikel 33 Absatz 1 sei nicht nur klar, indem, was er sagt, sondern auch in dem, was er nicht sagt: Er beinhalte keinerlei geographische Einschränkung: „It limits only where a refugee may be sent to, not where he may be sent from.“ (Blackmun in SCOTUS 1993: 193). Dies sei letztlich auf das Ziel der Bestimmung zurückzuführen, wonach Flüchtlinge vor Verfolgung zu schützen sind. Artikel 33 Absatz 2 hingegen enthält einen geographischen Bezug, den die Mehrheit als Beweis dafür anführe, dass der gesamte Artikel nur innerhalb der Grenzen des Unterzeichners gelte (vgl. Blackmun in SCOTUS 1993: 193). Dies jedoch, so Blackmun, erkenne die eigentliche Aussage des Artikels. Die verständliche Entscheidung der Unterzeichnerstaaten, den Nationen die Abschiebung von kriminellen Ausländern auf ihrem Territorium zu gestatten, enthalte kaum die Absicht, die Festnahme und Rückschiebung von nicht kriminellen Ausländern zu ermöglichen, die das Territorium noch gar nicht betreten haben und es eventuell niemals betreten wollen. Blackmun illustriert seine Einwände mit einem Beispiel. Er fragt, was die Mehrheit aus einer Ausnahme ableiten würde, die alle Flüchtlinge, die „eine Gefahr für ihre Familien darstellen“, aus dem Schutz des Artikels 33 Absatz 1 herausnimmt. Nach der Logik der Mehrheit – so Blackmun – würde die Aufnahme einer solchen Ausnahme vermutlich dazu führen, dass Artikel 33 Absatz 1 nur für Flüchtlinge mit Familien gelte. Schlussendlich, beweise „[t]he tautological observation that only a refugee already in a country can pose a danger to the country, in which he is“ nichts, so Blackmun (Blackmun in SCOTUS 1993: 194).

Richter Stevens verweist als zweites Argument zur Begründung des Urteils des Gerichts auf die gleichzeitige Verwendung der Begriffe „expel or return“ in Artikel 33. Die Worte „expel or return“ seien offensichtlich pa-

rallel zu den Worten „deport or return“ – wie sie in § 243(h)(1) des Immigration and Nationality Acts von 1952 verwendet werden – zu lesen. Es bestehe kein Zweifel, dass „expel“ und „deport“ die gleiche Bedeutung haben, nämlich die Abschiebung bzw. Ausweisung eines Ausländers, der sich bereits im Aufnahmeland befinde. „Return“ dagegen beziehe sich auf Ausländer, die sich „on the threshold of initial entry“ (SCOTUS 1993: 180) befinden. Damit verwendet das Gericht eine deutlich engere Auslegung des Begriffs „return“ als die übliche Bedeutung impliziert; eine Auslegung, welche Stevens mit Bezug auf die Zugabe des französischen Begriffs „refouler“ im ursprünglichen Vertragstext erläutert. Der Begriff „refouler“ werde in englisch-französischen Wörterbüchern nicht mit „return“ übersetzt, sondern vielmehr mit Begriffen wie „repulse“, „repel“, „drive back“ und „expel“. Diese Übersetzungen implizieren – so Stevens – dass „return“ auf einen defensiven Akt des Widerstands oder Ausweisung an einer Grenze und nicht einen Akt des Transports zu einem Bestimmungsort verweise. Artikel 33 beziehe sich somit auf bereits in ein Land aufgenommene Flüchtlinge („expel“) bzw. auf im Gebiet bereits befindliche, aber noch nicht dort ansässige Flüchtlinge („return“), und sei nicht dazu bestimmt, das Verhalten der Parteien außerhalb der Landesgrenzen zu regeln (vgl. SCOTUS 1993: 180ff.).

„The drafters of the Convention and the parties to the Protocol [...] may not have contemplated that any nation would gather fleeing refugees and return them to the one country they had desperately sought to escape; such actions may even violate the spirit of Article 33; but a treaty cannot impose un contemplated extraterritorial obligations on those who ratify it through no more than its general humanitarian intent. Because the text of Article 33 cannot reasonably be read to say anything at all about a nation's actions toward aliens outside its own territory, it does not prohibit such actions.” (SCOTUS 1993: 183)

Im Angesicht dieser Begründungsformel, ist Blackmuns abweichende Stellungnahme klar und deutlich:

„When, in 1968, the United States acceded to the United Nations Protocol Relating to the Status of Refugees [...] it pledged not to ‘return (refouler) a refugee in any manner whatsoever’ to a place where he would face political persecution. In 1980, Congress amended our immigration law to reflect the Protocol's directives. [...] Today's majority nevertheless decides that the forced repatriation of the Haitian refugees is perfectly legal, because the word ‘return’ does not mean return [...], because the opposite of ‘within the United States’ is not out-

side the United States, and because the official charged with controlling immigration has no role in enforcing an order to control immigration. [...] What is extraordinary in this case is that the Executive, in disregard of the law, would take to the seas to intercept fleeing refugees and force them back to their persecutors – and that the Court would strain to sanction that conduct.” (Blackmun in SCOTUS 1993: 188 f.)

Nach Richter Blackmun sind die Begriffe des Artikels 33.1 eindeutig, die Sprache klar und der Befehl einfach: Gefährdete Flüchtlinge dürfen nicht zurückgeführt werden. Tatsächlich habe auch die Regierung und das hohe Gericht bis zum vorliegenden Fall anerkannt, dass die Konvention auf hoher See gelte (vgl. Blackmun in SCOTUS 1993: 190). Die Mehrheit des Gerichts behaupte nun jedoch, dass „return“ nicht „return“ bedeute, sondern eine spezifische rechtliche Bedeutung habe. Ohne eine Erklärung für diese Interpretation zu liefern, sei das Wort „return“ – wie es im Vertrag verwendet wird – nur mit Bezug zu Ausländern, die sich an der Schwelle zur Ersteinreise befinden, zu lesen. Nach Blackmun sei nicht vorrangig der Fakt, dass die hier Betroffenen sehr wohl „an der Schwelle zur Ersteinreise“ stünden – die Regierung hat sie schließlich wegen des „Versuchs, ohne notwendige Dokumente auf dem Seeweg in die Vereinigten Staaten zu kommen“ festgenommen – ausschlaggebend für die Fehlerhaftigkeit der Auslegung. Vielmehr verbiete der Text der Konvention eine solch unnötige und unklare Interpretation. Der Text des Abkommens verbiete – so Blackmun – nicht den Ausschluss von Ausländern, die eine bestimmte Schwelle erreicht haben, sondern er verbiete ihre Rückkehr. Nach Artikel 31 Absatz 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, müsse ein Vertrag zunächst nach seiner gewöhnlichen Bedeutung ausgelegt werden. Die gewöhnliche Bedeutung des Begriffs „return“ sei nun jedoch das schlichte „Bringen, Senden oder Setzen (einer Person oder Sache) zurück in eine frühere Position“ – und „[t]hat describes precisely what petitioners are doing to the Haitians“ (Blackmun in SCOTUS 1993: 191). Zwar erkenne die Mehrheit durchaus, dass die gewöhnliche Bedeutung von „refouler“ mit „repulse“, „repel“ oder „drive back“ übersetzt werden könne, jedoch folge für sie daraus unmittelbar, dass die Begriffe auf einen „defensiven Akt des Widerstands oder der Ausgrenzung an einer Grenze“ verweisen. Angesichts dieser schnellen Argumentationssprünge schreibt Blackmun: „I am at loss to find the narrow notion of ‚exclusion at a border‘ in broad terms like ‚repulse‘, ‚repel‘, and ‚drive back‘“ (Blackmun in SCOTUS 1993: 192).

Sichtbar wird, dass der völkerrechtliche Text selbst, hier die Genfer Flüchtlingskonvention, insbesondere Artikel 33, Schwachstellen enthält, die zu Defiziten der völkerrechtlichen Regulation beitragen. Letztlich sind zwei Elemente für diese Diagnose ausschlaggebend:

- 1) Textlich bleibt unklar, wer die Adressaten der Norm sind (d.h. die Problematik der Rechtlosigkeit, die Arendt bereits vor Jahrzehnten diagnostizierte, ist weiterhin virulent)
- 2) Textlich verbleiben die Adressaten passive, schutzbedürftige Objekte, ohne Ansprüche auf Gehör („we should not close our ears“)

Wer ist Adressat?

„No Contracting State shall expel or return („refouler“) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his [or her] life or freedom would be threatened on account of his [or her] race, religion, nationality, membership or a particular social group or political opinion.“ (Artikel 33 GFK) – „[t]hat, of course, is exactly what the Government is doing“, konkludiert Blackmun (Blackmun in SCOTUS 1993: 192). Der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten sah das jedoch, abweichend von Blackmun, nicht so. Im Gegensatz stellte Stevens fest, dass in den Schutzbereich der Norm nur die Flüchtlinge fallen, die bereits US-Territorium betreten haben bzw. an der Schwelle zum Eintritt stünden. Das Gericht beschloss diese Interpretation auf Basis verschiedener Argumente, die so jedoch überhaupt nur relevant werden konnten, da der reine Text des Artikels 33 Absatz 1 die Adressaten der Norm nicht eindeutig bestimmt. Wäre der Artikel bspw. mit dem Zusatz – „No Contracting State shall expel or return („refouler“) a refugee, *wherever he may be found/sent from*, [...]“ ausgestattet worden, wäre die Lesart des Obersten Gerichtshofs bei weiten schwieriger zu halten gewesen. Blackmun widerlegt überzeugend den vom Gerichtshof angeführten Verweis auf die Entstehungsgeschichte des Artikels, wodurch klar wird, dass genau dieser hier vorgeschlagene Zusatz („*wherever he may be found*“) im Interesse der Mehrheit der Vertragsstaaten lag. Richter Stevens stützt die Auslegung des Gerichts auf mündliche Aussagen von Repräsentanten der Schweizer bzw. der Niederländischen Delegation während der Vertragsverhandlungen, die sich gegen eine Ausdehnung der Schutznorm auf Menschen außerhalb des Territorium des Vertragsstaats ausgesprochen hatten. Richter Blackmun nimmt diese Argumentation in seiner abweichenden Stellungnahme auf, um sie gleichfalls überzeugend zu dekonstruieren. Zunächst stellt Blackmun fest, dass die

Bezugnahme auf die Verhandlungsgeschichte eines Vertrags als letzte Alternative nur dann angemessen ist, wenn die Bedingungen des Dokuments eindeutig unklar sind oder zu ‚offensichtlich absurden oder unvernünftigen‘ Ergebnissen führen (vgl. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, Artikel 32). Jedoch gelte selbst im Falle eines solchen Verweises die allgemeine Regel, die nur einen begrenzten Rückgriff auf die travaux préparatoires erlaube, nämlich, dass mündliche Erklärungen, die an der Aushandlung des Vertrags beteiligten Personen, die nicht schriftlich festgehalten wurden bzw. nicht an die Regierung des Verhandlungsführers oder sein Ratifizierungsorgan übermittelt wurden, nicht für Interpretationszwecke heranziehbar sind. Die Stellungnahmen der Schweizer bzw. Niederländischen Delegierten seien nie an die US-Regierung oder den Senat übermittelt worden. Darüber hinaus verweist Blackmun auf die Stellungnahme des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge, wonach die Bemerkungen von Baron van Boetelaer, dem niederländischen Repräsentanten, mit ziemlicher Sicherheit eine bloße parlamentarische Geste eines Delegierten darstelle, dessen Ansichten sich auf der gesamten Verhandlungskonferenz nicht durchsetzen konnten (vgl. Blackmun in SCOTUS 1993: 194 f.). Demnach war sich die Mehrheit der beteiligten Vertragsstaaten einig, dass Artikel 33 Absatz 1 grundsätzlich für alle Menschen gleichermaßen gelte, unabhängig davon, wo sie herkämen bzw. wo sie aufgefunden wurden, solange ihr Leben oder ihre Freiheit im Falle einer Rückführung bedroht wäre. Die extraterritoriale Anwendung von Artikel 33 wird von den meisten zeitgenössischen Autoren bestätigt; das entscheidende Kriterium sei, ob das betreffende Verhalten einem Staat zugeschrieben werden könne und nicht, ob es außerhalb oder innerhalb des staatlichen Territoriums stattfinde (vgl. Kälén/Caroni/Heim 2011: 1362). „An interpretation that allowed measures whereby a State, acting outside its territory, returns or otherwise transfers refugees to a country where they risk persecution would be fundamentally inconsistent with the purpose of the 1951 Convention and 1967 Protocol” (Kälén/Caroni/Heim 2011: 1362).

Ayelet Shachar verdichtet diese Lesart zu einem stringenten Argument unter der These der ‚Shifting Border‘. Sie beginnt ihren Essay mit einer empirischen Beobachtung: Um derzeitige Migrationsströme besser kontrollieren und regulieren zu können, lösen sich Staaten freiwillig vom Prinzip der klar bestimmten Territorialität und dehnen ihre Zuständigkeit

flexibel nach innen und außen aus.¹²³ Die Grenze sei keine eindeutige Demarkationslinie; bestimmt werde sie dialektisch durch „restrictive closure and selective openness“ (Shachar 2020: 9). Gleichzeitig greifen dieselben Staaten, wann immer es um die Gewährung von Rechten oder Schutzmaßnahmen geht, auf eine enge Interpretation der Räumlichkeit zurück und schränken ihre Verantwortung auf den statischen Begriff der Territorialität ein (vgl. Shachar 2020: 8) – siehe den vorliegenden Fall – „[t]his spatial and operational aggrandizement of the exercise of such regulatory power has not yet been matched by a corresponding expansion of responsibilities beyond borders [...]“ (Shachar 2020: 19). Shachar fordert – im Sinne der extraterritorialen Anwendung gewisser Schutznormen – eine normative Neubestimmung staatlicher Verantwortlichkeit, die aus der Diagnose der fließenden Grenze resultiere:

„Where a country intentionally de-links migration control activities from its geographical borders, a correlated expansion of rights and protections for the individual must follow.“ (Shachar 2020: 74)

„Accordingly, if we adopt more flexible interpretations of jurisdiction, effective control, and the exercise of authority which follow the actual geography of power of moveable legal walls that are freed from the confines of a fixed territory, then instances of protection will begin to match the spatial and temporal acrobatics of the shifting border, becoming operative not only upon arrival on the territory but also upon contact with state officials or their delegates exerting binding migration-regulation authority, *whenever* and *wherever* such authority is implemented under color of law.“ (Shachar 2020: 76)

Die Technik der fließenden Grenze müsse so nicht ausschließlich als Methode zur extraterritorialen Kontrolle der Migrantinnen verstanden werden, sondern könne – richtig eingesetzt – auch dazu dienen, schutzbedürftigen Personen zur Hilfe zu kommen, bevor sich diese auf gefährliche Mi-

123 Shachar diskutiert eine ganze Reihe empirischer Beispiele, die ihre These belegen. U.a. wurde durch eine umfassende Reform der US-Einwanderungsgesetzgebung das Verfahren der ‚expedited removal‘ eingeführt. Diese neue Rechtslage erlaubt es Grenzbeamten, sowohl undokumentierte Migranten ohne Überprüfung an der Grenze abzuweisen, als auch den Rechtsstatus von Personen zu klären, die bis zu 100 Meilen von einer US-amerikanischen Land- oder Küstengrenze entfernt, aufgefunden wurden. Die staatliche Bewegungsüberwachung, die traditionell auf den Grenzübergang beschränkt war, sickert nun in das Innere, in diesem Fall in einen Raum, in welchem zwei Drittel der US-Bevölkerung leben (vgl. Shachar 2020: 20ff.).

grationsrouten begeben; die fließende Grenze könne „in theory also become rights-enhancing, just as [it is] presently rights-restricting“ (Shachar 2020: 82). Dafür müssen sich die staatlichen Autoritäten, die sich heute flexibel und jenseits der territorialen Grenzlinie manifestieren, nicht ausschließlich als kontrollierende Instanzen begreifen, sondern ebenso als Akteure des Schutzes und der Verantwortlichkeit. Sarah Fine bezeichnet Shachars Ansatz als Domestikationsstrategie; Shachar entscheide sich, das Monster zu zähmen; die Herausforderung sei „to try to keep up with its twists and turns“ (Fine 2020: 110). Fine stellt dem eine andere Lösungsstrategie entgegen; die fließende Grenze in ihrer monströsen Form sei beängstigend, aber es gebe eine effektive Methode, um auf Monster zu reagieren: Die Macht von Monstern sei davon abhängig, dass wir an sie glauben; die Macht der *shifting border* beruhe also vor allem auf dem Glauben, dass die Migrationskontrolle ein souveränes Grundrecht der Staaten sei. „This is the belief that feeds the beast, gives it strength, and keeps us all in awe. On the back of this apparently unshakeable belief, states construct their prison-like detention centers at home and ‘offshore’“ (Fine 2020: 112). Diesen Glauben versucht Fine zu dekonstruieren. Ich argumentiere dagegen, dass Shachars Ansatz an anderer Stelle lahmst bzw. sie eine andere Prämisse ihres Ansatzes zu diskutieren vergisst. Shachars Ansatz beruht nicht nur auf dem Glauben, dass Migrationskontrolle ein staatliches Recht sei, sondern auch auf der Idee der asymmetrischen Beziehung zwischen Staat und Migrant; auf der einen Seite stehe der Staat, der sich auch extraterritorial als Helfender verstehen soll, auf der anderen Seite der Migrant, der passives Schutzobjekt bleibt. Um das Monster zu zähmen – um Fines Terminologie zu borgen – bedarf es, so meine These, stattdessen einer Neubestimmung des Verhältnisses zwischen staatlichen Akteuren und Migranten.

Objekt vs. Subjekt der Schutznorm?

Es wurde gezeigt, dass textliche Unklarheiten bzgl. des Adressaten verbleiben.¹²⁴ Wäre eindeutig benannt, wer der Adressat sei, hätten Teile des Adressatenkreises nicht per Gerichtsentscheid ausgeschlossen werden kön-

124 Die Debatte zur Unmöglichkeit, letztlich nie abschließend die konkrete Bedeutung einer Norm festlegen zu können, und die Vor- und Nachteile, die daraus erwachsen, dass jede Norm letztlich in der Rechtsanwendung und -sprechung interpretiert werden muss, ist eine alte. Sie soll an dieser Stelle nicht vertiefend betrachtet werden, vgl. dazu aber bspw. Easterbrook 1984.

nen. Weiterhin, so wird hier argumentiert, besteht auch in der Art, wie der Adressat benannt wird, eine Problematik. Textlich verbleiben die Adressaten passive, schutzbedürftige Objekte – ein Flüchtling in Gefahr, demgegenüber sich die Vertragsstaaten verpflichten, ihn vor der Gefahr zu schützen, indem sie ihn nicht ausliefern. In Artikel 33 Absatz 1 wird die Handlung der Vertragsstaaten bestimmt – „No Contracting State shall expel or return [...]“; der Flüchtling als schutzbedürftiges Objekt empfängt passiv die Handlung des Staates. Die haitianischen Flüchtlinge im vorliegenden Fall konnten sich den amerikanischen Beamten nur beugen – entweder sie kamen nach Guantánamo, um dort ihren Asylanspruch zu klären, oder sie wurden ohne jegliche Anhörung ihres Falls zurück nach Haiti gebracht und blieben stumm und ungehört. Genau auf diese Problematik verweist auch Richter Blackmun in seinen abschließenden Worten, mit welchen er an die Grundlage der Entstehung der verhandelten Schutznorm erinnert:

„The Convention that the Refugee Act embodies was enacted largely in response to the experience of Jewish refugees in Europe during the period of World War II. The tragic consequences of the world’s indifference at that time are well known. The resulting ban of refoulement, as broad as the humanitarian purpose that inspired it, is easily applicable here, the Court’s protestations of impotence and regret notwithstanding. The refugees attempting to escape from Haiti do not claim a right of admission to this country. They do not even argue that the Government has no right to intercept their boats. They demand only that the United States, land of refugees and guardian of freedom, cease forcibly driving them back to detention, abuse and death. This is a modest plea, vindicated by the treaty and the statute. *We should not close our ears to it.*” (SCOTUS 1993: 207 f., herv. KH)

„We should not close our ears to it“, fordert Blackmun. Doch das ist exakt, was im vorliegenden Fall passierte. Legal kodifiziert waren und sind passive Schutzrechte, kommunikative Rechte sucht man vergeblich. Diese Diagnose gilt nicht nur für das hier verhandelte völkerrechtliche Teilgebiet, auch die einschlägigen Menschenrechtsabkommen benennen weder ein Recht auf „politische Partizipation außerhalb des Rahmens nationaler Staatsbürgerschaft noch Mitbestimmung jenseits des Nationalstaats“ (Martinsen 2019: 13). Meine Forderung nach kodifizierter Gleichheit im Sinne der Rechtsträgerschaft auch kommunikativer Rechte und des Rechts auf Widerspruch wird in der neueren Forschungsliteratur explizit erwähnt. Fabienne Peter argumentiert, dass „human rights will fail to secure political legitimacy if the right to political participation is excluded from the set

of basic rights“ (Peter 2013: 1) und fordert, das Recht auf politische Partizipation in die völkerrechtlichen Menschenrechtskataloge aufzunehmen. Ihre Argumentation für ein Recht auf politische Partizipation impliziere „that the right should be expanded to include participation in the global political debate as well“ (Peter 2013: 2). Auch Franziska Martinsen wendet sich gegen die noch immer dominierende Auffassung, wonach internationale Menschenrechte vorrangig als moralische Mindeststandards verstanden werden und entwirft eine Lesart der Menschenrechte als politische Rechte:

„Politische Rechte sind Menschenrechte [...] in zwei Hinsichten: Erstens sind sie insofern als politische Rechte zu verstehen, als sie Menschen zum politischen Handeln ermächtigen – und zwar unabhängig von der national definierten Zugehörigkeit zu einem bestimmten Staat. Zweitens sind sie als politische Rechte zu begreifen, insofern sie im politischen Aushandlungsprozess selbst inhaltlich bestimmt werden.“ (Martinsen 2019: 16)

Ähnlich wie auf der ersten abgegrenzten völkerrechtlichen Ebene, der Verhandlungsebene, kann auch für den zweiten Bestandteil, den völkerrechtlichen Text, ein Legitimitätsdefizit diagnostiziert werden. Entweder wird der undokumentierte Migrant durch die kritische Interpretation der textlichen Grundlage aus dem Adressatenkreis ganzheitlich ausgeschlossen, oder er bleibt zwar textlich inbegriffen, wird allerdings nur als passiver Rechtsunterworfener konstruiert und nicht als aktiver Rechtsträger auch kommunikativer Rechte implementiert. Von einer rechtlich fixierten und wechselseitig anerkannten Gleichheit der Rechtssubjekte kann im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden.

5.2.3 Rechtspraxis als Täuschung – Rechtssubjektivität und politisches Handeln?

Soweit die Völkerrechtspraxis in einem holistischen Sinn untersucht wird, ist die Betrachtung der Völkerrechtsanwendung bzw. -durchsetzung unerlässlich. Hier stellt sich die Frage, ob die gegenwärtige Umsetzung der völkerrechtlichen Regelungen nicht nur effektiv, sondern vor dem Hintergrund der Forderung einer politischen Realisierung der individuellen Völkerrechtssubjektivität auch gerechtfertigt ist.

Am 6. Mai 2009, ungefähr 10 Stunden nachdem Hirsi Sadik Jamaa, Mohamed Sheikh Ali und Mohamed Abukar Mohamed gemeinsam mit unge-

fähr 200 weiteren Männern, Frauen und Kindern von Tripoli abgelegt waren, wurden ihre Boote von der italienischen Küstenwache und der *Guardia di finanza* geentert. Die Menschen aus Somalia und Eritrea, die von Libyen aus den europäischen Kontinent ansteuerten, wurden 35 nautische Meilen vor der italienischen Insel Lampedusa auf Militärschiffe transferiert und einige Stunden später wieder am Ort ihrer Abreise an Land gebracht. Während der Fahrt wurden die Menschen weder über den Zielort noch ihre Rechte aufgeklärt; ebenso nahm niemand ihre Daten auf (vgl. Munjanu 2016: 165, Giuffré 2012: 728). In Tripoli verweigerten einige der Betroffenen die freiwillige Rückkehr auf das libysche Territorium, letztlich wurden sie dazu gezwungen (vgl. EGMR 2012: 109). Aufzeichnungen legen nahe, dass mindestens 834 Personen zwischen dem 6. Mai und dem 6. November 2009 diesen Verfahren zum Opfer fielen und ohne Identifikationsverfahren zur Feststellung etwaiger Schutzansprüche im Mittelmeer abgefangen und nach Libyen zurückgebracht wurden (vgl. Giuffré 2012: 728). Grundlage dieses Verfahrens war ein bilaterales Abkommen, das Italien mit Libyen im März 2009 schloss. Der Vertrag über Freundschaft, Partnerschaft und Zusammenarbeit zwischen Italien und Libyen forderte „joint naval patrols of the waters by both countries as a means of reducing illegal immigration“ (Blake 2010: 152). Der Vertrag sah die extraterritoriale Ausübung der Einwanderungskontrolle vor der libyschen Küste vor und erlaubte Italien „[to] deport African immigrants back to Libya without first screening them for asylum claims“ (Blake 2010: 152), unbeachtet dessen, dass Libyen weder die Genfer Flüchtlingskonvention ratifiziert hat, noch ein Programm zur Bearbeitung von Asylanträgen vorweisen konnte (vgl. Holberg 2012: 469).

Knappe drei Jahre später wurde der Fall von Hirsi Jamaa et al. vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte verhandelt. Die Frage, die sich nach Richter Pinto De Albuquerque für das Gericht insbesondere stellte, „[...] is how Europe should recognise that refugees have ‚the right to have rights‘, to quote Hannah Arendt“ (EGMR 2012: 59).

Hirsi Sadik Jamaa und die anderen Kläger warfen Italien vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vor, gegen die Europäische Menschenrechtskonvention zu verstoßen, indem sie sie willkürlich abgeschoben haben. Sie erklärten, dass ihnen nicht die Möglichkeit gegeben worden sei, ihre Rückkehr nach Libyen anzufechten und von den italienischen Behörden internationalen Schutz zu verlangen (vgl. EGMR 2012: 134). Tatsächlich seien sie während der gesamten Zeit an Bord der italienischen Schiffe nicht über ihren Bestimmungsort und das Ziel der Fahrt aufgeklärt worden, sie behaupteten, „victims of a real ‚deception““ (EGMR

2012: 134) gewesen zu sein, da sie weiterhin im Glauben gelassen wurden, gen Italien zu fahren. Bei Annäherung an die libysche Küste hatten die Menschen das italienische Militärpersonal gebeten, sie nicht im Hafen von Tripolis – von wo sie ursprünglich geflohen waren – abzusetzen, sondern nach Italien zu bringen. Die Legitimität des Völkerrechts bzw. dessen Umsetzung, so wurde oben argumentiert, hängt davon ab, dass der Mensch seine individuelle Völkerrechtssubjektivität politisch realisieren kann, dass also das Machtpotenzial der Menschenrechte durch kommunikative und kontestatorische Kompetenzen aktualisiert wird. Vor diesem theoretischen Hintergrund sind im vorliegenden Fall drei Elemente für unsere Analyse ausschlaggebend: (1) Hirsi Sadik Jamaa et al. blieben kommunikativ ausgegrenzt. Sie erhielten keinerlei Informationen, wurden nicht aufgeklärt, ein Dialog wurde nicht eingeleitet. (2) An Bord der Schiffe wurde kein Verfahren zur Bestimmung der Identitäten bzw. zur Feststellung etwaiger Schutzansprüche durchgeführt. (3) Auf die Bitte der Flüchtlinge, an Bord bleiben zu dürfen und nicht in Libyen abgesetzt zu werden, d.h. die eindeutige Mitteilung eines Dissens, wurde nicht angemessen reagiert.

Das Gericht hat festgestellt, dass die Überstellung der Flüchtlinge nach Libyen ohne jede Form der Prüfung der individuellen Situation jedes einzelnen erfolgt ist. Die italienischen Behörden beschränkten sich darauf, alle aufgenommenen Migranten auf Militärschiffe zu bringen und zurück nach Libyen zu führen. An Bord der Militärschiffe befand sich weder Personal, das für Einzelinterviews ausgebildet war, noch ein Dolmetscher oder Rechtsberater. Formelle Asylanträge konnten an Bord daher nicht gestellt werden; „[t]hat is sufficient for the Court to rule out the existence of sufficient guarantees ensuring that the individual circumstances of each of those concerned were actually the subject of a detailed examination“ (EGMR 2012: 157). So schreibt Artikel 4 des vierten Protokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention zwar vor, dass „Kollektivausweisungen ausländischer Personen [...] nicht zulässig“ seien; in der Umsetzung wird jedoch genau diese Regelung gebrochen. Die Menschen werden kollektiv zurückgeschoben, keinerlei Kommunikationsbeziehung wird vorab zu ihnen aufgebaut, die einzelnen Schutzansprüche werden nicht geprüft. Verschiedene Zeugen gaben sogar an, dass sie während der Fahrt mit Handschellen gefesselt und physischer Gewalt ausgesetzt waren; von einer gleichberechtigten Teilnahme an kommunikativem Austausch kann nicht die Rede sein. Statt als aktive Kommunikationspartner wahrgenommen zu werden, wurden die Flüchtlinge zu schutzlosen ‚Illegalen‘ degradiert. Interessant ist, dass die italienische Regierung im vorliegenden Fall eben jenen Kommunikationszusammenhang, der hier nachträglich durch

die judikative Instanz, den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, hergestellt wurde, zu unterbinden versuchte. Die erste Frage, die der Gerichtshof zu klären hatte, war die Frage nach der Vertretungsberechtigung der Anwälte. Die italienische Regierung hatte die Gültigkeit der Vertretungsmacht der juristischen Vertreter der Antragsteller in verschiedener Hinsicht angefochten. Unter anderem behauptete sie, dass die Mehrheit der Vollmachten formelle Mängel enthalte, bspw. seien die Identitäten der Antragsteller nicht eindeutig geklärt, da sie nur durch Nachname, Vorname, Nationalität und unleserliche Unterschrift oder einen teilweise schwer erkennbaren Fingerabdruck bestimmt worden und keine Angaben zu Geburtsdaten der Antragsteller enthalten seien (vgl. EGMR 2012: 126). Aufgrund der Identifikationsprobleme und da die „applicants were not ‚participating in the case in person‘“, forderte die Regierung, dass das Gericht die Prüfung des Falls einstellen solle (EGMR 2012: 126). Die Vertreter der Antragsteller argumentierten, dass die Vollmachten gültig seien und wiesen den Einwand der italienischen Regierung damit zurück, dass die Probleme bei der Identifizierung der betroffenen Parteien direkt auf den Gegenstand der Klage zurückzuführen seien, nämlich auf die kollektive Rückführung, bei der zuvor keinerlei Schritte zur Identifizierung der Migranten unternommen worden seien (vgl. EGMR 2012: 127). Das Gericht folgte der Anklage und wies den Einwand der italienischen Regierung zurück, sodass die Verantwortungs- und Kommunikationsbeziehung nachträglich installiert wurde.¹²⁵

Ganz ausschlaggebend ist der Umgang der Militärbeamten mit den Flüchtlingen, nachdem diese – aus eigener Initiative – den kommunikativen Austausch mit den Beamten suchten, und forderten, nicht in Libyen abgesetzt und stattdessen nach Italien gebracht zu werden. Klaus Günther hat im Sinne Arendts formuliert, dass die

„elementare Form der Stellungnahme [...] die Bejahung oder Verneinung [ist]. Indem ein Sprecher über die Alternative verfügt, sich bejahend oder verneinend zu einer Äußerung zu verhalten und dies in

125 Christiane Croom wies mich treffend darauf hin, dass sich das öffentliche Handeln hier vermittelt über juristisches Personal vollzog, d.h. dass die Betroffenen selbst tatsächlich nicht gesehen und gehört wurden. Ohne tiefer in die Frage einzusteigen, würde ich argumentieren, dass sich die Rechtsanwälte im vorliegenden Fall ebenso wie auch mediale Kanäle als ‚Sprachrohr‘ verstehen lassen, die tatsächlich nicht selbst ‚handeln‘, sondern das ‚Handeln der Anderen‘ vermitteln. Zu einer ähnlichen Problematik, nämlich der, inwiefern das Individuum durch NGOs repräsentiert werden kann, nehme ich weiter unten Stellung.

einer Ja/Nein-Stellungnahme auszudrücken, ist er imstande, sich von der Äußerung zu distanzieren. In der Möglichkeit, zwischen einer dieser beiden Alternativen zu wählen, liegt die Freiheit der Stellungnahme. [...] Die bloße Stellungnahme zu einer Äußerung wäre indes sinnlos, wenn die Verneinung oder Bejahung einer Behauptung oder Aufforderung kommunikativ folgenlos bliebe.“ (Günther 1992: 60)

Die Kläger bestätigten, dass sie ihren Wunsch, nicht an die libyschen Behörden übergeben zu werden, ganz klar zum Ausdruck gebracht, d.h. verneinend Stellung bezogen haben. Sie wiesen die Behauptung der Regierung zurück, dass ein solcher Antrag nicht als Antrag auf internationalen Schutz angesehen werden könne. Nach Artikel 33 Absatz 1 der Genfer Flüchtlingskonvention, sind die Vertragsstaaten verpflichtet,

„[k]einen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten aus[zu]weisen oder zurück[zu]weisen, in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.“

Die Grundrechtecharta der Europäischen Union stellt in Artikel 19 Absatz 2 fest, dass „[n]iemand [...] in einen Staat abgeschoben oder ausgewiesen oder an einen Staat ausgeliefert werden [darf], in dem für sie oder ihn das ernsthafte Risiko der Todesstrafe, der Folter oder einer anderen unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung besteht.“ Nach Artikel 8 der Resolution 1821 (2011) der Parlamentarischen Versammlung des Europarats,

„[f]inally and above all, the Assembly reminds member States that they have both a moral and legal obligation to save persons in distress at sea without the slightest delay, and unequivocally reiterates the interpretation given by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, which states that the principle of non-refoulement is equally applicable on the high seas. The high seas are not an area where States are exempt from their legal obligations, including those emerging from international human rights law and international refugee law.”

Die Antragsteller argumentierten, dass sie in ein Land zurückgeschickt worden seien, in dem es hinreichende Gründe für die Annahme gebe, dass sie einer Behandlung gegen das Übereinkommen unterzogen würden. Die Ängste und Bedenken der Antragsteller blieben zum Zeitpunkt der Äußerung kommunikativ folgenlos, obwohl sie sich später als begründet erwiesen haben. Human Rights Watch hat die Situation in Libyen mehrfach an-

geprangert, insbesondere in ihren Berichten von 2006 und 2009. Die Organisation wies darauf hin, dass es in Libyen kein nationales Asylsystem gebe und dass irreguläre Migranten deshalb systematisch verhaftet werden und oftmals Folter und körperlicher Gewalt, einschließlich Vergewaltigung, ausgesetzt seien. Entgegen der *United Nations guidelines on detention*, werden Migranten auf unbestimmte Zeit und ohne Gerichtsentscheid festgehalten. Darüber hinaus seien die Haftbedingungen unmenschlich. Migranten werden gefoltert, medizinische Hilfe komme ihnen nicht zu. Zudem könnten sie jederzeit in ihre Herkunftsländer zurückgeführt oder in der Wüste ausgesetzt werden, was einem sicheren Tod gleichkomme (vgl. EGMR 2012: 137).

Die italienische Regierung verwies darauf, dass die Flüchtlinge an Bord des Schiffes zu keiner Zeit einen Asylanspruch geltend gemacht haben, dass sie nicht nachweisen könnten, Opfer unmenschlicher Behandlung gewesen zu sein, dass die Beamten weiterhin in Einklang mit bilateralen Abkommen zwischen Italien und Libyen gehandelt hätten und dass Libyen überdies als sicherer Drittstaat gelte (vgl. EGMR 2012: 136). Der Gerichtshof wies die Einwände der italienischen Regierung allesamt zurück. Die Berichte und Aussagen zeigen, so das Gericht, dass die Situation in Libyen unter die benannten Artikel fällt und führt aus:

„The Court observes, firstly, that that fact was disputed by the applicants, who stated that they had informed the Italian military personnel of their intention to request international protection. Furthermore, the applicants’ version is corroborated by the numerous witness statements gathered by UNHCR and Human Rights Watch. In any event, the Court considers that it was for the national authorities, faced with a situation in which human rights were being systematically violated, [...] to find out about the treatment to which the applicants would be exposed after their return. [...] Having regard to the circumstances of the case, the fact that the parties concerned had failed expressly to request asylum did not exempt Italy from fulfilling its obligations under Article 3.” (EGMR 2012: 144)

Richter Pinto de Albuquerque formuliert in seiner ergänzenden Stellungnahme entsprechend klar, dass „[a] person does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he or she is a refugee.” (EGMR 2012: 170) Weiter führt er aus, dass

„[a]s the determination of refugee status is merely declaratory, the principle of non-refoulement applies to those who have not yet had their status declared (asylum-seekers) and even to those who have not

expressed their wish to be protected. Consequently, neither the absence of an explicit request for asylum nor the lack of substantiation of the asylum application with sufficient evidence may absolve the State concerned of the non-refoulement obligation in regard to any alien in need of international protection.” (EGMR 2012: 170 f.)

Grundsätzlich blieb den Menschen an Bord der Flüchtlingsboote jegliche Möglichkeit, für ihre Belange ein offenes Ohr zu finden, verwehrt. Die Menschen hatten ihren „Standort in der Welt“ verloren, sie befanden sich außerhalb jeglichen „Beziehungssystem[s]“, innerhalb welches ihre „Meinungen Gewicht haben und seine Handlungen von Belang sind“ (ETH 461 f.). In diesem Sinne verweist auch der Gerichtshof auf das elementare Recht, als Kommunikationssubjekt wahrgenommen zu werden:

„The Court has previously found that the lack of access to information is a major obstacle in accessing asylum procedures. It reiterates here the importance of guaranteeing anyone subject to removal measure, the consequences of which are potentially irreversible, the right to obtain sufficient information to enable them to gain effective access to the relevant procedures and to substantiate their complaints.” (EGMR 2012: 161)

Ähnlich dem oben geschilderten Fall ist für unsere Ziele relevant, dass nicht nur der Versuch der Flüchtlinge selbst, mit den Beamten zu kommunizieren, scheiterte, sondern dass auch das Bestreben anderer Akteure, einen öffentlichen Kommunikationskanal zu den Flüchtlingen herzustellen, be- bzw. verhindert wurde. So kritisierte bspw. Human Rights Watch, dass die Libysche Regierung ihnen keinen Zugang zu den verschiedenen Inhaftierungsanstalten für Migranten gewähre, trotz wiederholter Anfragen, und ihnen außerdem nicht erlaube, Migranten privat und unabhängig zu befragen (vgl. EGMR 2012: 123).

Dieser Fall zeigt einmal mehr, dass nicht nur die Rechtmäßigkeit des Umgangs mit Migrationsbewegungen via Seewege, sondern auch die Legitimität des bestehenden rechtlichen Kontextes in Frage gestellt werden muss. Selbst wenn die rechtliche Ausgangssituation eindeutig scheint – Richter Pinto de Albuquerque hat im vorliegenden Fall die klare Rechtsfolge des Non-Refoulement-Gebots betont:

„[...] when the risk of a violation of any European Convention right [...] in the receiving State is ‚flagrant‘ and the very essence of that right is at stake, the State is unavoidably bound by the obligation of non-refoulement. With this extension and content, the prohibition of re-

foulement is a principle of customary international law, binding on all States, even those not parties to the United Nations Convention relating to the Status of Refugees or any other treaty for the protection of refugees. In addition, it is a rule of jus cogens, on account of the fact that no derogation is permitted and of its peremptory nature, since no reservations to it are admitted” (EGMR 2012: 172) –,

werden die Ansprüche der Flüchtlinge verletzt, sie werden trotz der klaren Regelung des Artikels 33 Absatz 1 GFK zurückgebracht in ein Land, das die Voraussetzungen des Artikels erfüllt. Da der Status der Migranten auf keiner der drei benannten Ebenen des Völkerrechts – weder in den Verhandlungsprozessen oder im Text selbst, noch in der Durchführung – als aktives Kommunikationssubjekt gestaltet wird, sondern vielmehr stets als passives Schutzobjekt konzipiert bleibt, ist der einzelne Migrant letztlich auf die Nächstenliebe seines Gegenübers angewiesen. Das Verantwortungsbewusstsein des Einzelnen für sich und die anderen kann nicht zum Ausdruck gebracht werden, in das völkerrechtliche Kommunikationsnetz wird er nicht eingebunden, von einer gleichberechtigten Beteiligung am Dialog sind wir weit entfernt. Entsprechend bleibt Hirsi Sadik Jamaa im vorliegenden Fall letztlich keine andere Option, als sich den Militärbeamten zu beugen. Zwar stellt der Europäische Gerichtshof mit einiger Verspätung fest, dass die Rechte von Jamaa und den anderen verletzt wurden und verurteilt Italien zu Zahlungen an die Antragsteller (vgl. EGMR 2012: 165), für einige der betroffenen Personen kommt diese nachträgliche Feststellung ihrer Ansprüche und der Einbezug in die völkerrechtliche Kommunikation jedoch zu spät. Zwei der 24 Antragsteller (von insgesamt über 200 Menschen an Bord der besagten Schiffe) starben durch unbekannte Umstände nach dem verhandelten Vorfall; von 16 weiteren ist seit Ausbruch der Revolution in Libyen im Februar 2011 der Aufenthaltsort unbekannt; ausschließlich mit sechs Personen hatten die Anwälte während des Gerichtsprozesses noch Kontakt, mindestens eine der Personen befand sich zu der Zeit noch in einer Inhaftierungsanstalt in Tunesien (vgl. EGMR 2012: 110).

5.3 Jenseits des Anwendungsfalls und Zusammenfassung

Die völkerrechtlichen Bestimmungen zur Seenotrettung finden sich – wie oben dargestellt – nicht in den einschlägigen Vertragstexten zu Flucht und Migration, bspw. der Genfer Flüchtlingskonvention, sondern in den Abkommen des Seerechts. Das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Na-

tionen (United Nations Convention on the Law of the Sea, UNCLOS) ist – wie der Titel bereits verrät – ein internationales Abkommen, das im Rahmen der dritten Seerechtskonferenz der Vereinten Nationen ausgearbeitet wurde und grundsätzliche Rechte und Pflichten im Umgang mit den Gewässern dieser Welt festlegt. Die Verhandlungen im Rahmen der Konferenz fanden in den Jahren 1973 bis 1982 statt, 1982 wurde das Abkommen verabschiedet, 1994 trat es in Kraft. Das Internationale Übereinkommen zur Seenotrettung von 1979 wurde auf einer Konferenz in Hamburg verabschiedet und forciert die Rettung von Menschen in Seenot unabhängig vom Unfallort; es trat 1985 in Kraft. Das derzeitige Gerüst überstaatlicher Regulierung zur Seenotrettung stützt sich seither auf diese Verträge.

Diplomatische Konferenzen, die ad-hoc zu einem spezifischen Thema tagen, bleiben ein wichtiger Bestandteil der zeitgenössischen internationalen Rechtsetzung. Dabei versammeln derartige Konferenzen bevollmächtigte Staatenvertreter, um einen Vertragstext zu einem Thema von internationaler Relevanz auszuhandeln (vgl. Schmalenbach 2016: 97). Auch die dritte Seerechtskonferenz (UNCLOS III) wurde als solche anberaumt. Grundsätzlich wird die diplomatische Gesetzgebung durch ihren politischen Charakter ausgezeichnet; sie funktioniert entsprechend parlamentarischer Verfahren, innerhalb welcher ausschließlich Staaten oder quasi-staatliche Entitäten stimmberechtigt sind. Dennoch können Rechts- und Fachexperten ad-hoc oder ständig involviert werden, bspw. in Form der ILC (International Law Commission) (vgl. Boyle/Chinkin 2007: 371). Nach Alan Boyle und Christine Chinkin ist die zeitgenössische internationale Rechtsetzung generell transparenter und inklusiver als in früheren Zeiten. Dies liege zum einen daran, dass Deliberation ein wesentliches Schmiermittel für jeden Gesetzgebungsprozess darstelle, d.h. die Diskussion von beratender Einflussnahme durch Externe profitiere und zum anderen daran, dass Regierungen und internationale Organisationen ihre Rollen im internationalen Gesetzgebungsprozess heute anders verstehen (vgl. Boyle/Chinkin 2007: 372). Damit sei das System der klassischen Beschreibung Woodrow Wilsons „open covenants openly arrived at“ ein wesentliches Stück nähergekommen. Im Hinblick auf die in dieser Arbeit entwickelte Legitimitätskonzeption lässt sich mit Blick auf die Verhandlungen zu UNCLOS III zunächst festhalten, dass grundsätzlich alle Staaten der Vereinten Nationen Zutritt zu den Verhandlungen hatten; ebenso wurden Nicht-Mitglieder nicht prinzipiell ausgeschlossen, die Schweiz bspw. nahm an UNCLOS III teil, obwohl sie damals kein Mitglied der VN war. Insbesondere mit Blick auf die Entwicklungsländer, lässt sich UNCLOS III als Fortschritt werten: Während viele Staaten zu Zeiten von UNCLOS I

und II noch keine Unabhängigkeit erlangt hatten, bot ihnen UNCLOS III die Möglichkeit zur Teilnahme und zur souveränen Einflussnahme auf die Gestaltung des Seerechts; eine Möglichkeit, die zuvor noch nicht bestand (vgl. Joyner/Martell 1996: 76). Zudem waren relevante IGOs und NGOs als Beobachter zugelassen (vgl. Boyle/Chinkin 2007: 374, Schmalenbach 2016: 102). Wie John Edward Lacey in seiner Dissertationsschrift (1982) zeigt, erhielten jedoch nur Internationale NGOs (INGOs) eine Akkreditierung, d.h. Organisationen, die Niederlassungen in mindestens zwei Ländern hatten (vgl. Lacey 1982, zit. nach Levering/Levering 1999: xx).¹²⁶

Die relative Verhandlungsmacht der Akteure und ihr Einfluss auf Agenda-Setting sowie die finale Entscheidung ist neben der reinen Teilnahme zu betrachten. Nach Robert L. Friedheim und Robert E. Bowen wird die Auswahl der behandelten Themen stark von der relativen Verhandlungsmacht der beteiligten Akteure bestimmt. Mit einem großen Verhandlungsspielraum seien im Falle der UNCLOS III-Konferenz insbesondere die Staaten ausgestattet gewesen, die der Gruppe der 77 angehören,¹²⁷ insbesondere die, für welche Ozeanfragen eine hohe Relevanz haben und die Staaten, die den Ozean stark nutzen, und auf deren Zusammenarbeit jedes neue Ozeanbewirtschaftungssystem angewiesen sei. Dagegen seien geographisch und wirtschaftlich Benachteiligte, ebenso wie Fernwasserstaaten mit weniger Verhandlungsmacht ausgezeichnet gewesen. Das bedeute zwar nicht, dass letztere mit dem Ergebnis unzufrieden seien, aber eben doch, dass sie grundsätzlich weniger Kontrolle über den Input und die Agenda der Verhandlungen hatten (vgl. Friedheim/Bowen 1979: 312).

Im Gegensatz zu den Verhandlungen der ersten beiden UN-Seerechtskonferenzen, wurde UNCLOS III nicht durch das ILC vorbereitet, d.h. das ILC legte keinen Vorentwurf für die Artikel des dritten Abkommens vor. Statt von Rechtsexperten kodifiziert zu werden, ging der politische Prozess von Anfang an von der Generalversammlung aus. Ziel war es, einen Vertrag durch Konsensus zu erreichen, der allgemeine Unterstützung finden würde. Der Vertragstext entwickelte sich so im Rahmen der Konferenz; Vorschläge wurden von Staaten oder Staatengruppen unterbreitet und breit diskutiert. NGOs waren entweder als Teil staatlicher Delegationen

126 Dieses Merkmal hat sich seitdem gewandelt; auch nationale und kleinere NGOs bekommen heute Akkreditierungen.

127 Die Gruppe der 77 wurde 1964 gegründet und ist ein schwach formalisierter Zusammenschluss von mittlerweile 134 Staaten (Stand Juli 2019), die überwiegend den Dritte-Welt-Ländern zugerechnet werden. Zielsetzung der Gruppe ist v.a. ein Ausbau der Süd-Süd-Kooperation und damit eine Stärkung der Position der Länder auf dem Weltmarkt.

oder als externe Beobachter zugelassen und leisteten den Staaten technische und fachliche Unterstützung. Gamble und Ku zeigen, dass „[i]n the case of the Law of the Sea Convention, the duration of the conference, the complexity of the issues, including the need for technical expertise, created a rare opportunity for NGO influence because states needed information often available only from NGOs“ (Gamble/Ku 2000: 258). Hinsichtlich der finalen Abstimmung über den erarbeiteten Vertragstext lässt sich ebenfalls eine interessante Beobachtung festhalten: Entgegen der bereits damals zunehmend zum Einsatz kommenden Entscheidung per Mehrheitsentscheid, wurde UNCLOS III als Package-Deal erarbeitet und nach dem Einstimmigkeitsprinzip entschieden. Nach Artikel 9 Abs. 2 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge wird „[a]uf einer internationalen Konferenz [...] der Text eines Vertrags mit den Stimmen von zwei Dritteln der anwesenden und abstimmenden Staaten angenommen, sofern sie nicht mit der gleichen Mehrheit die Anwendung einer anderen Regel beschließen.“ Im Falle der UNCLOS Verhandlungen einigten sich die Parteien dagegen auf die Entscheidung per Konsensus. Nach Artikel 161 Abs. 8 lit e ist damit „the absence of any formal objection“ gemeint, d.h. dass alle UNCLOS III-Beschlüsse ohne eigentliche Zustimmung durch die staatlichen Vertreter, sondern durch „Schweigen“ zustande kamen. Eine absolute Zustimmung durch alle Staaten war so nicht notwendig (vgl. Schmalenbach 2016: 107), keine anwesende und stimmberechtigte Delegation durfte allerdings dem Vorschlag widersprechen. Gleichzeitig bedeutete dies, dass das UNCLOS Abkommen nur in seiner Gesamtheit und ohne Einschränkungen ratifiziert werden konnte – oder gar nicht. Nach Boyle und Chinkin sei dadurch zwangsläufig ein stärkeres Bedürfnis nach Diplomatie und Konsens erzeugt worden, als es bei Entscheidungen per Mehrheit der Fall ist: „The negotiation of the 1982 LOS Convention [...] show how a consensus process tends to democratise decision-making by diminishing disparities in power among States“ (Boyle/Chinkin 2007: 386). Kein Teilnehmerstaat könne ignoriert werden, jeder Staat müsse Kompromisse eingehen (vgl. Boyle/Chinkin 2007: 387). Die letzte Entscheidung hing somit vom Konsens aller ab. Ob die von Boyle und Chinkin diagnostizierte „Demokratisierung“ des Entscheidungsverfahrens durch den Gebrauch des Konsensus-Modells tatsächlich eintritt, ist umstritten. Zwar lassen sich als Vorteile anführen, dass die Anliegen aller teilnehmenden Staaten, unabhängig von ihrer Größe und Macht, berücksichtigt werden müssen und dass es Staaten eventuell einfacher fällt, einem Vertragsentwurf nicht zu widersprechen, als ihm trotz gewisser Vorbehalte ausdrücklich zuzustimmen, andererseits kann die Konsensschwelle zu einer dauerhaften Blocka-

de der Entscheidungen führen (vgl. Schmalenbach 2016: 109). Die Kritik am Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, insbesondere an der Veto-Macht seiner fünf ständigen Mitglieder, lässt sich dafür exemplarisch anführen. Auch die Entscheidungspraxis im Rat der Europäischen Union, die sich in vielen Themengebieten nur langsam (und in einigen gar nicht, siehe GASP) von der Einstimmigkeit zur Mehrheitsregelung wandelt, wurde dafür wiederholt kritisiert. Da diese Arbeit jedoch auf der Idee basiert, dass es für Legitimitätsüberlegungen relevant ist, dass für die kleinste mögliche Einheit die Möglichkeit zur Beteiligung besteht und die Konsensus-Regel insofern dieser Idee eher entspricht, da sie verhindert, dass einzelne Einheiten vollständig „überhört“ und „überstimmt“ werden können, ist die Seite der aufgezählten Vorteile überwiegend.

Fraglich bleibt jedoch, inwiefern die tatsächlich kleinste mögliche Einheit, d.h. der Mensch als solcher als aktives Rechtssubjekt in die völkerrechtlichen Verhandlungen einbezogen wird. Wie im vierten Kapitel herausgearbeitet wurde, geht es dem Inhalt der Frage nach nicht darum, ob der Vertragstext im Sinne der institutionellen kosmopolitischen Demokratie durch jeden einzelnen Weltbürger abgesegnet wurde, sondern vielmehr darum, inwiefern der Prozess öffentlich ist und die individuelle Person die reale Möglichkeit zur Negation und Teilhabe hat bzw. als Dialogpartner eingebunden bleibt.

Die Auseinandersetzung mit Fragen der individuellen kommunikativen Teilhabe an internationalen Vertragskonferenzen wird jedoch in der Literatur kaum forciert und wenn dann weitestgehend auf die Partizipation von Nichtregierungsorganisationen beschränkt. Die Beteiligung der NGOs war bereits zu UNCLOS III – wie oben dargestellt – keine Innovation; heute kann man gar von einer institutionalisierten Beteiligung sprechen. NGOs übernehmen sowohl für das internationale System als auch für einzelne Staaten essentielle Aufgaben (vgl. Volger 2005: 12, Dany 2014: 421, Finke 2005). Seit Gründung der Vereinten Nationen ist die Zahl der am System beteiligten NGOs beinahe exponentiell gestiegen; ihre Beteiligung wird zunehmend institutionalisiert, mittlerweile besteht bspw. eine zivilgesellschaftliche Abteilung des Exekutivsekretariats und ein Büro der Zivilgesellschaft im Kontext der Vereinten Nationen (vgl. Dany 2014: 424). Auf der anderen Seite gibt es immer wieder Kritik an „wenig verbindlich geregelten Mitwirkungsmöglichkeiten“ und an der Willkür des Systems, bspw. im Hinblick auf den Zugang zu Tagungsräumen, Dokumenten oder Rede-rechten in den verschiedenen Gremien und an Strukturen der Abhängigkeit von staatlichen Akteuren (vgl. Volger 2005: 12). Zwar ist nach den 1999 UNGA Negotiation Principles die souveräne Gleichheit aller Staaten

auch für die internationalen Verhandlungsprozesse festgelegt, jedoch fehlt jegliche formale Festlegung der Position und Rolle internationaler Organisationen. Selbst das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen von 1986 verweist in seiner Präambel auf die souveräne Gleichheit der Staaten, geht aber nicht auf die Gleichheit aller Verhandlungsparteien unabhängig von ihrer Rechtsnatur ein (vgl. Schmalenbach 2016: 92). Damals war sich die Mehrheit der Staaten einig, dass Staaten und internationale Organisationen nicht auf die gleiche Stufe gestellt werden können und bis heute ist das Verhältnis zwischen den Entitäten ungeklärt (vgl. Schmalenbach 2016: 92). Zusätzlich wird kritisch angemerkt, dass auch zwischen den verschiedenen NGOs wesentliche Unterschiede hinsichtlich ihren Einflussmöglichkeiten bestehen, so werden teils weniger erfahrene NGOs aus dem globalen Süden gegenüber ihren professionelleren und größeren NGOs des globalen Norden benachteiligt (vgl. Dany 2014: 430). Während neben den NGOs zunehmend auch Unternehmen (bspw. in Form von privat-public partnerships) in den Prozess einbezogen werden, bleiben singuläre Individuen weitestgehend außen vor. Gespiegelt wird diese Problematik durch eine Forschungslücke, zur Frage nach individueller Informationsrezeption, Kommunikation und Beteiligung findet sich wenig empirisches Material.

Nun könnte dagegen eingewandt werden, dass sich individuelle Partizipation eben grundsätzlich und ausreichend mediatisiert ereigne, dass also andere Akteure als Informations- und Kommunikationskanäle für die individuelle Person fungieren. Gestützt wird dieser Ansatz von der grundsätzlichen Kritik an partizipatorischen Legitimitätsformeln, wonach der Gedanke, dass sich Legitimität über individuelle Beteiligung begründen lasse, von einem zu optimistischen Bild des kompetenten, guten (Welt)-Bürgers ausgehe und von einer falschen Einschätzung zur individuellen Verteilung der Ressourcen Zeit und Interesse, die benötigt werden, um sich tatsächlich einzubringen. Die mediatisierte Weitergabe von Information und Kommunikation wäre dieser Ansicht nach ausreichend. Nicht zu bezweifeln ist, dass NGOs als Informationsträger beschrieben werden können, indem sie ihre Kenntnisse über lokale/regionale/überregionale Probleme an die regulierenden Instanzen weitergeben, sowie als Experten, die Interessen spezifischer Gruppen vertreten und zudem die Entscheidungen, Ergebnisse und Informationen an die betroffenen Gruppen vermitteln, sowie grundsätzlich als Informationsplattform zur Verfügung stehen. Wie oben gezeigt ist ihre Position jedoch eine beschränkte. Obwohl ihre Teilhabe am System der Vereinten Nationen nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist,

sondern verstärkt auch rechtlich festgelegt wird (vgl. Szazi 2012: 51), bleibt sie limitiert. Gegenüber den staatlichen Akteuren bekleiden sie höchstens eine sekundäre Position und insbesondere weniger-professionalisierte NGOs bleiben marginalisiert. Von einem voll durchlässigen Informationskanal kann somit nicht gesprochen werden. Nun könnte darauf entgegnet werden, dass der Filter des NGO-Kanals, der manche Informationspartikel zurückhält, ein staatlicher ist, der allerdings ebenfalls Informationsträger ist und somit die zensierten Informationen auf anderen Wegen öffentlich machen kann. Das ist sicher nicht zu bezweifeln. Die Betonung liegt hier allerdings auf dem ‚Können‘. Diplomatische Ad-Hoc Konferenzen, wie UNCLOS III, tagen grundsätzlich außerhalb der Öffentlichkeit, Teilnehmer (meist im Sinne des Beobachters, d.h. des reinen Informations- und nicht Kommunikationsträgers) müssen aufwendig akkreditiert werden, Individuen bleibt der Zugang grundsätzlich verwehrt. Staaten können die Informationen an die Öffentlichkeit weitergeben, die sie für richtig bzw. relevant halten, ein Gesetz der vollständigen Offenlegung existiert jedoch nicht. Dass dies für die Diplomatie sicherlich vorteilhaft sein kann, steht außer Frage. Dennoch bleibt im Sinne dieser Arbeit die Erkenntnis, dass beide Kanäle – sowohl via NGOs als auch via Staaten – nicht als vollständig frei und durchlässig eingestuft werden können. Im Hinblick auf Staaten (in geringerem Maße wahrscheinlich auch im Hinblick auf NGOs) kommt hinzu, dass es große Unterschiede zwischen den einzelnen Entitäten gibt; demokratische Systeme erfordern grundsätzlich ein Mehr an Transparenz und Information, in autoritären Systemen bleibt der individuellen Person der Zugang zu Information und kommunikativer Teilhabe eventuell ganz versperrt (wobei hier wiederum auch die NGOs betroffen sind, die eventuell selbst der Zensur zum Opfer fallen). Es bleibt also zuletzt nur das völkerrechtliche System selbst, dass eine direkte Informations-, Öffentlichkeits-, und Kommunikationsinstanz darstellen kann und sollte, um die „kommunikative Freiheit zur Teilnahme an Rechtfertigungsdiskursen“ (Benhabib 2008 b: 165) zu gewährleisten. Im Gegensatz zu Benhabibs ambivalenten Implikationen – so soll hier argumentiert werden – können jene „kontextübergreifende[n], kosmopolitischen Rechte“ zur „Teilnahme an Rechtfertigungsdiskursen“ auf der Ebene eines globalen Kommunikationszusammenhangs erfüllt werden. Brunée und Toopes interaktionale Rechtstheorie für das Völkerrecht zielt in diese Richtung. Die Autoren argumentieren, dass einflussreiche Normen nur entstehen, wenn Prozesse der aktiven Beteiligung relevanter sozialer Akteure existieren, d.h. wenn Recht innerhalb eines interaktionalen Rahmens hervorgebracht werden kann. Eine begrenzte Beteiligung an der Normenbildung

führe zu einem Legitimationsdefizit, denn Bürger in nationalen Systemen, Staaten und andere Akteure auf internationaler Ebene sind keine reinen Konsumenten des Rechts: Sie sind aktive Akteure in der weiteren Rechtsetzung, sei es durch Vertrag, Gewohnheit oder Soft law (vgl. Brunnée/Toope 2010: 52ff.). Da dies jedoch keine etablierte Forderung ist und wenig empirisches Material vorliegt, soll hier zum einen festgehalten werden, dass zum Zeitpunkt der UNCLOS III-Konferenz die performative Individualbeteiligung auf der Bühne der internationalen Politik nur sehr gering war. Mittlerweile finden sich vereinzelte Beispiele, die den partizipativen Einschluss ermöglichen, bspw. die Initiative The People's Seat, eine UN-Kampagne, die es Menschen aus der ganzen Welt ermöglichte, während des Klimagipfels COP24, der vom 2. bis 14. Dezember 2018 in Polen stattfand, zuzusehen und ihre Stimme zu erheben. Die Kampagne wurde über Social-Media begleitet, alle Menschen waren aufgerufen, sich mit dem Hashtag #TakeYourSeat in die Diskussion einzumischen. Die Initiative The People's Seat kombinierte digitale Technologie, Meinungsforschung und die Beteiligung von Verfechtern des Kampfes gegen den Klimawandel, bspw. des renommierten Naturforschers Sir David Attenborough, um die Botschaft der Dringlichkeit des Klimawandels zu vermitteln und auch die singulären Bürger in die Bewegung für Klimaschutzmaßnahmen einzubeziehen (vgl. Vereinte Nationen 2018: o.S.).

„We all know climate change is a global problem – and for that it requires a global solution. This is an opportunity for people from across the globe, regardless of their nationality or circumstances, to be part of the most important discussion of this century; the unprecedented action needed to reach the Paris Agreement targets. I encourage everyone to take their seats and to add their voice so that the People's Address truly represents a mix of voices from across the world.” (Sir David Attenborough, zit. nach: Vereinte Nationen 2018: o.S.)

Doch derartige Initiativen sind selten, grundsätzlich lässt sich festhalten, dass die in den konkreten Anwendungsfällen diagnostizierten Defizite auch in den allgemeinen Strukturen der gegenwärtigen Völkerrechtspraxis reflektiert werden. Nur selten erscheinen diese als politische Zwischenräume, die die Vielen durch performative Praxen konstituieren, erschließen und bespielen. Die in dieser Arbeit vertretene Konzeption völkerrechtlicher Legitimität stützt sich auf die Idee einer umfassenden Realisierung des Individuums als völkerrechtliches Rechtssubjekt im Sinne eines globalen Rechts auf Rechte. Konkret wurde die umfassende Realisierung aufgelöst in ein grundlegendes Bekenntnis zur Gleichheit der globalen Rechts-

subjekte als Machtpotential, das sich in kontestatorischem und kommunikativ-partizipativem Handeln realisiert. Die konzeptionelle Basis wurde im vorliegenden Kapitel als Maßstab angewandt, um ein ausgewähltes Rechtsgebiet auf etwaige Legitimitätsdefizite zu untersuchen. Die völkerrechtliche Regulierung und Koordinierung der Migration über Seewege wurde in einem holistischen Sinne betrachtet, d.h. alle drei völkerrechtlichen Ebenen – Verhandlung/Entstehung, Text/Norm, Durchführung – wurden analytisch durchdacht. Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass das Individuum im vorliegenden Rechtsfeld nicht als politisches Rechtssubjekt verstanden werden kann; das Machtpotential eines globalen Rechts, Rechte zu haben, wird nicht eingelöst.

„Es gibt eine internationale Bürgerschaft, die ihre Rechte hat, die ihre Pflichten hat und die dazu verpflichtet, sich gegen jeden Machtmissbrauch zu erheben, wer auch immer dessen Urheber ist und wer auch immer dessen Opfer sind. Schließlich sind wir alle Regierte und insofern miteinander solidarisch verbunden. [...] Es ist die Pflicht dieser internationalen Gemeinschaft von Bürgern, vor Augen und Ohren der Regierungen das Elend der Menschheit einzuklagen. Es stimmt nicht, dass sie dafür keine Verantwortung tragen. Menschliches Unglück darf niemals ein stummes Überbleibsel der Politik sein. Im Gegenteil begründet es ein absolutes Recht, sich aufzulehnen und sich an diejenigen zu wenden, die Macht ausüben.“ (Foucault 2005: 874)

Die internationale Bürgerschaft – in den Worten Foucaults – d.h. die globale Gemeinschaft der Menschheit wird in der gegenwärtigen Völkerrechtspraxis nicht politisch realisiert.