

Rechtsanwalt
Dr. Reinhard Marx
- Fachanwalt für Migrationsrecht -

RA Dr. Reinhard Marx - Niddastraße 98-102 – 60329 Frankfurt am Main

Niddastraße 98-102
1. Stock, linke Seite
60329 Frankfurt am Main

Mo.-Fr.: 9.00 - 12.00 Uhr

Mo., Di., Do.: 14.00 - 16.30 Uhr

Telefon: 0049 / 69 / 24 27 17 34

Telefax: 0049 / 69 / 24 27 17 35

E-Mail: sekretariat@ramarx.de

Internet: <http://www.ramarx.de>

12. April 2018

Offene Schlüsselfragen der Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems

**– Eine konstruktive Kritik aus Sicht des Flüchtlingsvölkerrechts –
Erstellt im Auftrag von PRO ASYL e.V.**

Völkerrechtlich maßgebliche Prüfkriterien hinsichtlich der Sicherheit in Drittstaaten

A. Wirkt der Schutz nach Art. 3 EMRK innerhalb Europas stärker als außerhalb?

Bei allen offenen Fragen der Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems ist u.a. stets der **aus Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention¹ folgende Schutzstandard** zu beachten. Hierüber bestand von Anfang an Übereinstimmung. Eine Änderung des Wortlautes von Art. 3 EMRK ist wegen der absoluten Schutzwirkung nicht zulässig. Gleichwohl scheint das Bundesinnenministerium eine restriktive und mit der Rechtsprechung des EGMR unvereinbare Interpretation von Art. 3 EMRK in die Verhandlungen einbringen zu wollen. Aus dem für die Bestimmung des Drittstaates u.a. maßgebenden **Abschiebungs- und Zurückweisungsverbot** bei drohender **Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung** folgt jedoch

1 Im Folgenden „EMRK“.

ein aus Art. 3 EMRK abgeleiteter Schutzstandard nach folgenden Grundsätzen:

1. Auch wenn der Drittstaat kein Vertragsstaat der EMRK ist, ist für die Mitgliedstaaten bei der Beurteilung, ob dieser den Flüchtling nicht diesem Verbot zuwider behandeln oder Schutz gegen hiermit nicht vereinbare Maßnahmen Dritter gewähren wird, die **Rechtsprechung des EGMR** maßgebend.
2. Der Drittstaat muss dieses Verbot bei der Behandlung des Flüchtlings beachten und darf ihn auch nicht in einen anderen Staat abschieben oder zurückweisen, in dem dieses Verbot nicht eingehalten wird (**Verbot der Kettenabschiebung**).
3. Bei der Prüfung ist ein **einheitlicher Maßstab** anzuwenden. Das heißt, aus der Rechtsprechung des EGMR folgt **kein zweispuriger Maßstab**, der im Blick auf Mitgliedstaaten bei der Prüfung der Überstellung im Rahmen des Dubliner Systems weniger strenge Maßstäbe nach Art. 3 EMRK anwendet als bei der Beurteilung des Abschiebung oder Zurückweisung in Drittstaaten.
4. Erwartet der Flüchtling im sicheren Drittstaat aufgrund der dort für Flüchtlinge herrschenden Situation **ernsthafte Armut und Bedürftigkeit** stellt dies eine mit Art. 3 EMRK nicht vereinbare Behandlung dar. Nach der Rechtsprechung des EGMR besteht eine **Gefahr des indirekten Refoulements**, wenn der Flüchtling aufgrund dieser humanitären Bedingungen in eine **ausweglose Lage** gerät und deshalb in sein Herkunftsland zurückkehrt.
5. Demgegenüber wendet der Gerichtshof bei bestehenden **Erkrankungen des Flüchtlings** einen strengeren Maßstab an. In diesem Fall ist die Abschiebung oder Zurückweisung des Flüchtlings in den Drittstaat unvereinbar mit Art. 3 EMRK, wenn dort wegen fehlender oder nur unzulänglicher Versorgung **tatsächlich eine Gefahr** besteht, dass sich sein Gesundheitszustand „**schwerwiegend, schnell und irreversibel** verschlechtert mit der Folge **intensiven Leids** oder einer **erheblichen Herabsetzung der Lebenserwartung**“.

B. Kann effektiver Schutz im Drittstaat außerhalb der Genfer Flüchtlingskonvention akzeptiert werden?

Grundlegende Voraussetzung für die Anwendung des Konzepts des sicheren Drittstaates ist, dass dieser dem Flüchtling nach der Abschiebung oder Zurückweisung durch den Mitgliedstaat „**wirksamen Schutz**“ gewährt. Zwischen der Kommission einerseits und der Ratspräsidentschaft und wohl auch den Bundesinnenministerium andererseits besteht insoweit Streit darüber, ob der

Drittstaat Vertragsstaat der Genfer Flüchtlingskonvention² sein und Zugang zu einem Asylverfahren gewähren muss.

Für den effektiven Schutz insgesamt sind folgende Grundsätze maßgebend:

1. Ein Flüchtling darf dann an einen Drittstaat verwiesen werden, wenn er dort Schutz nach Maßgabe der GFK erhält. Andernfalls ist und bleibt er schutzbedürftig und hat einen Anspruch auf Aufnahme durch die Europäische Union (Art. 78 Abs. 1 AEUV).
2. Der Drittstaat muss **Zugang zu einem Verfahren** nach Maßgabe der GFK, also einem Asylverfahren, gewähren. Dementsprechend schlägt die Kommission vor, dass im Drittstaat ein **rechtmäßiger Aufenthalt**, Zugang zum **Arbeitsmarkt**, **Unterbringung**, **Gesundheitsfürsorge**, Recht auf **Bildung** sowie auf **Familienzusammenführung** gewährt werden muss. Demgegenüber will die Ratspräsidentschaft den Hinweis auf die GFK aufheben und das Erfordernis des rechtmäßigen Aufenthalts sowie das Schutzniveau bei den sozialen Rechten erheblich absenken.
3. Nach Art. 33 GFK sind die Vertragsstaaten miteinander durch den **Verantwortungszusammenhang der GFK** verbunden, sodass der die Abschiebung durchführende Staat mit der Abschiebung oder Zurückweisung des Flüchtlings seiner aus Art. 33 GFK folgenden Verpflichtung erst ledig wird, **bis feststeht**, dass dem Flüchtling im Drittstaat ein **Zugang zu einem Asylverfahren** gewährt wird.
4. Daraus folgt, dass als Drittstaaten **nur Vertragsstaaten der GFK** in Betracht kommen, da nur diese in diesen Verantwortungszusammenhang eingebunden werden können. Ebenso folgt daraus, dass der **Europavorbehalt** nicht erklärt worden sein darf, da andernfalls alle Flüchtlinge aus nicht-europäischen Staaten und damit die überwiegende Mehrzahl der Flüchtlinge ausgeschlossen würden.

C. Können Drittstaaten verpflichtet werden, ohne dass eine Beziehung zu den Flüchtlingen besteht?

Die Kommission schlägt in Übereinstimmung mit der Staatenpraxis und der völkerrechtlichen Literatur vor, dass zwischen dem Flüchtling und dem sicheren Drittstaat eine **konkrete Verbindung** bestehen muss. Dagegen wird von deutscher Seite in die Verhandlungen die Position eingebracht,

² Im Folgenden „GFK“.

dass eine derartige hinreichende Verbindung keine völkerrechtliche Notwendigkeit sei.

1. Dagegen ist einzuwenden, dass jedenfalls als Mindestvoraussetzung der Flüchtling durch den sicheren Drittstaat durchgereist sein muss, dies allein aber nicht ausreicht.
2. Die Bestimmung eines Staates zum sicheren Drittstaat, der **geografisch in der Nähe des Herkunftslandes des Flüchtlings** liegt, stellt eine politische Wunschvorstellung der Kommission dar, beruht jedoch **nicht auf einer allgemein anerkannten völkerrechtlichen Auslegung** der GFK.
3. **Aus dem Verantwortungszusammenhang aller Vertragsstaaten** der GFK folgt, dass der die Abschiebung oder Zurückweisung planende Vertragsstaat **nur dann davon ausgehen kann, dass der Flüchtling in einen anderen Vertragsstaat Zugang zu einem Asylverfahren mit der Option der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft erhalten wird**, wenn zwischen diesem und dem Flüchtling eine konkrete Verbindung besteht. Andernfalls ist das Risiko der Weiterschlebung nicht vorhersehbar und verletzt dieser das Verbot des Refoulements.
4. Eine konkrete Verbindung zwischen dem Flüchtling und dem anderen Vertragsstaat kann daher nur angenommen werden, wenn dieser **während seiner Durchreise** durch den anderen Vertragsstaat eine **wirksame Möglichkeit** gehabt hat, die **Gewährung des Flüchtlingsstatus** und die damit verbundenen Rechte im vollen Umfang zu erlangen.

D. Kann ein Drittstaat sicher sein, der sein Gebiet nicht beherrscht?

In Diskussion steht ebenso der am Konzept des **internen Schutzes** ausgerichteter Vorschlag, einen Staat auch dann als sicher anzusehen ist, wenn er **nur in Teilbereichen sicher** ist.

1. Dagegen ist einzuwenden, dass diesen Staat anders als den Herkunftsstaat **weder die Verpflichtung** gegenüber der Gemeinschaft der Vertragsstaaten der GFK noch gegenüber der internationalen Gemeinschaft trifft, einen für ihn fremden Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen **nationalen Schutz zu gewähren**.
2. Ein nur in Teilbereichen sicherer Drittstaat kann nicht die **wirksame Anwendung der GFK** sicherstellen. Deshalb kann nicht verlässlich vorhergesehen werden, ob das **Verbot der Kettenabschiebung** eingehalten wird.

E. Können Flüchtlinge ohne Gewährung richterlichen Schutzes in Drittstaaten abgeschoben werden?

Nach dem Vorschlag der Kommission zur Verfahrensverordnung soll gegen die Abschiebung oder Zurückweisung in einen sicheren Drittstaat **kein Eilrechtsschutz** gewährt werden.

1. Dagegen ist einzuwenden, dass nach der gefestigten Rechtsprechung des EuGH aus dem Unionsrecht und nach der des EGMR aus Art. 13 EMRK folgt, dass gegen Zwangsmaßnahmen Eilrechtsschutz zuzulassen ist.
2. Für den Antrag auf Eilrechtsschutz ist nicht die Darlegung eines „*arguable claim*“ (vertretbarer Antrag) maßgebend, sondern die **Zulässigkeitsvoraussetzungen des nationalen Prozessrechts**.

F. Können in Haftlagern ohne anwaltliche Vertretung faire Asylverfahren stattfinden?

Gegen die **Inhaftierung** oder die **Unterbringung** von Flüchtlingen an der Grenze oder in **Transitzonen** folgen ernsthafte Bedenken aus dem Unionsrecht:

1. Nach Art. 22 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2013/32/EU und der geplanten Neufassung der Verfahrensverordnung haben Antragsteller „*in allen Phasen* des Verfahrens“, also auch während der persönlichen Anhörung, **Anspruch auf Rechtsberatung und -Vertretung**.
2. Die Behörden müssen dem Betroffenen deshalb die Möglichkeit einräumen, einen Rechtsanwalt zu beauftragen. Es kann aber grundsätzlich und insbesondere außerhalb städtischer Siedlungsgebiete nicht vorausgesetzt werden, dass dieser binnen weniger Stunden oder Tagen erscheinen kann.
3. Unvereinbar mit Art. 13 EMRK ist der Vorschlag, auf **Hoher See Asylverfahren durchzuführen**, da der Betroffene einen Anspruch auf Vertretung durch einen Rechtsanwalt und im Falle der Antragsablehnung ein Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) und Prüfung durch ein unabhängiges Gericht hat und diese Voraussetzungen auf Hoher See nicht erfüllt werden können.

G. Darf die Europäische Union Asylverfahren außerhalb ihres Hoheitsgebietes durchführen oder durchführen lassen?

Das geltende Sekundärrecht enthält keine Rechtsgrundlage für die Einrichtung von **Aufnahmezentren für Asylsuchende und Flüchtlinge außerhalb der Europäischen Union**, in denen die Asylverfahren durchgeführt werden.

1. Die Union darf diese Zentren nur mit Zustimmung des Staates, auf dessen Gebiet sie errichtet und verwaltet werden sollen, betreiben. Allerdings kann die Union als solche hierbei nicht als völkerrechtlich anerkannter Akteur handeln, sondern jeweils nur die einzelnen beteiligten Mitgliedstaaten.
2. Würden einzelne oder mehrere Mitgliedstaaten für die Union derartige Zentren einrichten und betreiben, liefe dies deren politischem Ziel, eine gemeinsame Politik im Bereich von Asyl und Einwanderung durchsetzen, zuwider.
3. Da das nationale Recht des Staates, auf dessen Gebiet derartige Zentren betrieben würden, anwendbar ist, kann nicht gleichzeitig ein weiteres Rechtssystem, angewendet werden – sei es das Recht der jeweils handelnden Mitgliedstaaten oder supranationales Recht. Andererseits erlaubt Unionsrecht wohl nicht, Asylverfahren durch Beamte der Union unabhängig von den Vorgaben der Verfahrensrichtlinie bzw. der geplanten Verfahrensverordnung zur Gänze oder nur unterstützend durchzuführen.

Gliederung

I.	Vorbemerkung	8
II.	Schutzniveau des Refoulementverbotes bei drohender Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung	9
III.	Konzept des „wirksamen Schutzes“ (effective protection)	17
IV.	Erfordernis von Verbindungen des Flüchtlings zum sicheren Drittstaat	29
V.	Nur in Teilgebieten sichere Drittstaaten	32
VI.	Eilrechtsschutz	34
VII.	Asylverfahren an der Grenze, in Transitzonen oder an Bord von Schiffen	38
VIII.	Aufnahmezentren außerhalb der Europäischen Union	44

I. Vorbemerkung

Ich bin von PRO ASYL gebeten worden die umstrittenen Schlüsselfragen der 2016 durch die Kommission der Europäischen Union³ eingeleiteten Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems⁴ vorzustellen und mich mit dem Diskurs und den hierzu vertretenen inhaltlichen Positionen der Bundesregierung kritisch auseinandersetzen. Das Bundesinnenministerium hatte 2016 eine gutachterliche Stellungnahme⁵ hierzu in Auftrag gegeben, die zwar noch nicht zwischen den Ressorts abgestimmt wurde, aber offensichtlich bereits bei den Verhandlungen über die GEAS-Reform als deutsche Position eingebracht wurde. Auffallend ist bereits die im Titel der Stellungnahme zum Ausdruck kommende Intention von Auftraggeber und Gutachter, wonach *Ziel der Anwendung der Drittstaatenregelung die Ablehnung von Asylanträgen* ist. Das heißt, nicht der Schutz von Flüchtlingen steht im Zentrum der Politik, sondern ihre Abwehr. Im Blick auf den Vorschlag, Drittstaaten auch dann als sicher anzusehen, wenn diese *nur in Teilgebieten* sicher sind, der bereits im Titel der gutachterlichen Stellungnahme prominent hervorgehoben wird, scheint das Bundesinnenministerium bereits erfolgreich gewesen zu sein. Denn genau dieser Vorschlag ist in den Vorschlägen der Präsidentschaft von September und Oktober 2017⁶ wie vom 19. Februar 2018⁷ enthalten. Daneben ist ein weiterer sehr umstrittener Schwerpunkt der Diskussion die Reform des Dubliner Systems. Der Drittstaatenregelung soll jedoch bereits vor der Einleitung des Zuständigkeitsbestimmungsverfahrens des Dubliner Systems vorrangig angewendet werden,⁸ d.h. der Streit um die *interne Binnenaufteilung der Flüchtlinge in der Union* soll durch eine möglichst weit greifende Anwendung der Drittstaatenregelung vermieden oder jedenfalls minimiert werden.⁹ Daher kommt dieser Konzeption eine Schlüsselfunktion für die Reformdiskussion zu und ist es deshalb gerechtfertigt bei der Erörterung der offenen Schlüsselfragen der Reform des GEAS sich auf die Reform der Drittstaatenregelung zu konzentrieren. Diese enthält den Schlüssel zu dieser Reform. Wird sie wie vorgeschlagen durchgesetzt, wird dies wahrscheinlich zu einem Asylsystem

3 Im Folgenden „Kommission“.

4 Im Folgenden „GEAS“.

5 *Thym*, Mindestanforderungen des EU-Primärrechts und des Flüchtlingsvölkerrechts an sekundärrechtlichen Regelungen, die vorsehen, Asylanträge mit Blick auf Schutz- und Unterkunftsmöglichkeiten in dritten Staaten (Transitstaaten, sonstige Staaten) oder einzelnen Teilgebieten solcher Staaten ohne Sachprüfung abzulehnen. Gutachterliche Stellungnahme für das Bundesinnenministerium des Inneren vom 19. Januar 2017.

6 Presidency compromise proposals, Nr. 14098/17, Art. 45, 10, S. 6.

7 Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and replacing Directive 2013/32/EU (first reading) 6238/18, 19 February 2018, Art. 45, S. 11.

8 *Europäische Kommission, Art. 3 Abs. 3 Buchst. a) des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung)*, Brüssel, 4. Mai 2017, COM(2016)0270 final, 2016/0133 (COD).

9 *Marx*, ZAR 2018, 98.

führen, das Flüchtlingen kein Asyl in der Europäischen Union versprochen wird.

Wegen der fortgeschrittenen Diskussion in den zuständigen Gremien der Europäischen Union zum Reformpaket der Kommission zum GEAS sind mir nur zwei Wochen eingeräumt worden, sodass ich mich im Wesentlichen auf die Drittstaatenkonzeption konzentriere, zu der ich bereits ein Rechtsgutachten vorgelegt habe.¹⁰

II. Schutzniveau des Refoulementverbotes bei drohender Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung

1. Geltendes Sekundärrecht und Reformdiskussion

Bereits in der ursprünglichen Verfahrensrichtlinie 2005/85/EG war eines der Prüfkriterien des sicheren Drittstaates die Einhaltung des Verbots der Rückführung, wenn diese einen Verstoß gegen das im Völkerrecht festgelegte Verbot der Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung darstellt (Art. 27 Abs. 1 Buchst. c)). Wortgleich hiermit sind Art. 38 Abs. 1 Buchst. d) der Änderungsrichtlinie 2013/32/EU und Art. 45 Abs. 1 Buchst. d) des Vorschlags der VerfahrensVO der Kommission. Da die ganz überwiegende Mehrzahl der in Betracht kommenden sicheren Drittstaaten keine Vertragsstaaten der EMRK sind, fehlt zwar ein Hinweis auf Art. 3 EMRK, der Wortlaut der sekundärrechtlichen Norm ist jedoch nahezu wortgleich hiermit. Dementsprechend ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte¹¹ auch für die Interpretation dieses Kriteriums maßgebend. Dazu ist jedoch eine Vorbemerkung angebracht. Der Schutz des Folterverbotes wirkt bereits beim Vorgang der Abschiebung. Da es bei der Drittstaatenregelung aber um die Abschiebung oder Zurückweisung in Drittstaaten geht, gewinnt hierbei die zielstaatsbezogene Funktion dieses Verbotes Bedeutung. Auch wenn in der sekundärrechtlichen Norm ein Hinweis auf Art. 3 EMRK fehlt, bleiben aber die Mitgliedstaaten an Art. 3 EMRK gebunden. Denn diese leiten die Abschiebung in den Zielstaat ein und haben diese zu unterlassen, wenn im Zielstaat Folter oder unmenschliche Behandlung droht. Die Verpflichtung der sicheren Drittstaaten, das Folterverbot zu beachten, folgt zwar nicht aus Art. 3 EMRK, aber die Mitgliedstaaten, die dorthin abschieben, sind dabei an Art. 3 EMRK gebunden.

10 Marx, Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der von der Kommission der Europäischen Union vorgeschlagenen Konzeption des ersten Asylstaates sowie der Konzeption des sicheren Drittstaates mit Völker- und Unionsrecht vom 1. Februar 2018, abrufbar unter www.ramarx.de/Interessantes/Dokumente.

11 Im Folgenden „EGMR“.

In der die Position des Bundesinnenministeriums leitenden gutachterlichen Stellungnahme wird der Abhandlung über das nach Art. 3 EMRK geforderte Schutzniveau die These vorangestellt, dass die GFK kein Recht auf Asyl gewähre, sondern nur Rechte im Asyl (S. 12, 34). Daher sei für das Konzept des „anderweitigen Schutzes“ eine ausdrückliche Rechtsgrundlage in der GFK nicht erforderlich. Schwerpunkt des Flüchtlingsrechts sei der Schutz vor Refoulement (Art. 33 GFK). Ob das Flüchtlingsrecht weitergehende Anforderungen stelle, die über das diesem Schutzgebot immanente Verbot der Kettenabschiebung hinausgingen, werde zwar diskutiert, die Konturen des in diesem Zusammenhang diskutierten Konzepts des „*effective protection*“ blieben jedoch unscharf (S. 19 bis 23). Hiervon ausgehend wird die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK untersucht.

Die gutachterliche Stellungnahme führt aus, Abstufungen seien nach Art. 3 EMRK zulässig, etwa bei der „Auslieferung von Straftätern“ (S. 23). Ganz konkret sei die Rückführung wegen unzureichender Lebensbedingungen im Zielstaat „nur in einem *außergewöhnlichen Fall*“¹² unzulässig. Zur Begründung dieser Interpretation der Rechtsprechung wird aber lediglich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Abschiebungsverbot nach Art. 3 EMRK zugunsten schwerkranker Personen hingewiesen (S. 24). Die gutachterliche Stellungnahme erweckt also den Eindruck, als würden nach der Rechtsprechung des EGMR für den Schutz nach Art. 3 EMRK, soweit die allgemeinen Lebensbedingungen im Zielstaat der Abschiebung betroffen sind, die anfangs besonders hohen Maßstäbe, die im Falle erkrankter Personen von Bedeutung sind, auch für die Beurteilung der allgemeinen Lebensbedingungen maßgebend sein. Jedenfalls wird in diesem Zusammenhang ausschließlich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Abschiebungsverbot im Falle der Erkrankung des Betroffenen hingewiesen.

Abschließend liest der Gutachter in die Rechtsprechung des Gerichtshofes eine auf Überstellungen im Rahmen des Dubliner Systems gemünzte Rechtsprechungslinie hinein, welche die ständige Rechtsprechung zum notwendigen Mindestschutzniveau bei Rückführungen „*überlagere*“. Unklar sei in der Rechtsprechung des Gerichtshofes, ob die Anwendung von Art. 3 EMRK bei Überstellungen an die höhere Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten anknüpfe, die insoweit für eine staatliche (In-)Aktivität gegenüber Asylbewerbern hafteten (S. 26). Innerhalb Europas würden hiernach wegen der größeren Leistungsfähigkeit ein im Ergebnis höheres Schutzniveau greifen, ohne dass Art. 3 EMRK bei einer Überstellung in (arme) Drittstaaten seiner Bedeutung beraubt würde, weil als Mindestschwelle weiterhin ein Rückführungsverbot für *außergewöhnliche*

12 Fettgedruckt im Original.

humanitäre Notlagen zu beachten wäre (S. 27).

Der Vorschlag der Kommission ist nicht geändert worden, weil das Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung absoluten und universellen Charakter hat. Der Versuch, eine möglichst restriktiven Interpretation durch Deutschland abzuwehren, kann durch eine Textveränderung nicht erreicht werden. Dies setzt gegebenenfalls im konkreten Einzelfall eine Klärung durch den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV voraus, sollte diese in Deutschland bei der Umsetzung von Sekundärrecht die Praxis bestimmen.

2. Kritik

Der gutachterlichen Stellungnahme ist zuzustimmen, dass aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK sicherlich kein Schutzstandard abgeleitet werden kann, der die Gewährung sozialer und wirtschaftlicher Lebensbedingungen vollumfänglich einschließt. Damit hat es jedoch nicht sein Bewenden. Der Gerichtshof misst nämlich die allgemeinen Lebensbedingungen am Maßstab des Art. 3 EMRK und wendet hierbei - entgegen den Ausführungen in der Stellungnahme - keine unterschiedlichen Maßstäbe hinsichtlich einer Überstellung in Mitgliedstaaten einerseits und Abschiebungen oder Zurückweisungen in Drittstaaten andererseits an. Im Gegenteil, die Untersuchung der allgemeinen Lebensbedingungen am Maßstab des Art. 3 EMRK hat der Gerichtshof erstmals am Beispiel einer drohenden Abschiebung durch die Behörden des Vereinigten Königreichs in den Drittstaat Somalia unternommen.¹³

Im Blick auf die Abschiebung in einen Drittstaat hat der Gerichtshof festgestellt, dass das „Maß allgemeiner Gewalt in Mogadischu ausreichend groß ist, um annehmen zu müssen, dass jeder Rückkehrer reale Gewalt laufen würde, zuwider Art. 3 EMRK fehlbehandelt zu werden *allein aufgrund seiner Anwesenheit* dort, außer es könnte gezeigt werden, dass er ausreichend gut vernetzt ist mit mächtigen handelnden Personen in der City, die ihm ausreichenden Schutz sichern können.“ Im Süden und in Zentralsomalia könnte es zwar Gegenden geben, wo ein Rückkehrer nicht allein aufgrund der Situation allgemeiner Gewalt unbedingt ein reales Risiko einer Verletzung in seinen Rechten nach Art. 3 EMRK laufen würde. Dies könne aber nur zutreffen, wenn der Rückkehrer enge familiäre Verbindungen im betroffenen Gebiet nutzbar machen könne, wo er effektiven Schutz suche. Falls er keine solchen Verbindungen habe, oder wo diese Verbindungen in einem Gebiet

13 EGMR, InfAuslR 2012, 121 (124 f.) Rn 293 ff. - *Sufi und Elmi*.

wären, dass er nicht sicher erreichen könne, sei es wahrscheinlich, dass er in ein Auffanglager für intern vertriebene Personen (IDP) oder in ein Flüchtlingslager gehen müsste. Im Hinblick auf die „dort herrschenden humanitären Bedingungen“ bestehe jedoch ein reales Risiko, einer Behandlung im Widerspruch zu Art. 3 EMRK ausgesetzt zu werden.¹⁴

Zum ersten Mal in seiner Rechtsprechung fordert der EGMR für die Anwendung von Art. 3 EMRK nicht persönliche Unterscheidungsmerkmale, sondern bezieht sich auf die Situation allgemeiner Gewalt. Zwar ist für ihn ausschlaggebend, in welchem Umfang eine vorherrschende Situation allgemeiner Gewalt die allgemeinen Lebensbedingungen bestimmt. Im Blick auf die Auffanglager für interne Vertriebene sieht er jedoch ein reales Risiko einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung allein wegen der dort herrschenden Lebensbedingungen. D.h. für Art. 3 EMRK ist nicht nur die allgemeine Gewalt, sondern auch maßgebend, ob und unter welchen Bedingungen ein wirtschaftliches Überleben gesichert ist. Im Gegensatz hierzu war die Rechtsprechung des EGMR zu krankheitsbedingten Abschiebungsverboten zu Beginn äußerst streng. Schutz nach Art. 3 EMRK gegen eine Abschiebung könne nur gewährt werden, wenn diese den Betroffenen einem Risiko aussetzt, dass er unter den „denkbarsten schmerzhaftesten Umständen sterben“ würde.¹⁵ Inzwischen hat der Gerichtshof aber den Maßstab gelockert. In Auseinandersetzung mit seiner früheren Rechtsprechung stellt er nunmehr darauf ab, ob „ernsthafte Gründe“ für die Annahme bestehen, dass der Betroffene, wenngleich keine unmittelbare Gefahr für sein Leben besteht, wegen des „Fehlens angemessener Behandlung im Aufnahmeland oder weil sie dazu keinen Zugang hat, tatsächlich der Gefahr ausgesetzt wird, dass sich ihr Gesundheitszustand schwerwiegend, schnell und irreversibel verschlechtert mit der Folge intensiven Leids oder einer erheblichen Herabsetzung der Lebenserwartung“. Maßgebend sei, dass die gesundheitliche Versorgung im Zielstaat der Abschiebung ausreichend und angemessen sei, um Gefahren nach Art. 3 EMRK auszuschließen. Dafür sei aber nicht der Standard im Vertragsstaat maßgebend.¹⁶ Für Überstellungen zwischen den Mitgliedstaaten schließt sich der Gerichtshof der Europäischen Union¹⁷ mit Verweis auf diese Entscheidung ausdrücklich dem EGMR an.¹⁸

Bei der Beurteilung der Lebensbedingungen in Mitgliedstaaten der Europäischen Union stellt der

14 EGMR, InfAuslR 2012, 121 (124 f.) Rn 293 - 296 - *Sufi und Elmi*.

15 EGMR, EZAR 933 Nr. 6 = NVwZ 1998, 163 = InfAuslR 1997, 381 Rn 52 f. - *D.v. UK*, bestätigt durch die Große Kammer in EGMR, NVwZ 2008, 1334 Rn 42 - *N. v. UK*; grundlegende Kritik gegen diese Rechtsprechung *Greenman*, IJRL 2015, 264.

16 EGMR, NVwZ 2017, 1187 (1189 f.) Rn 183, 190 – *Paposhvili*.

17 Im Folgenden EuGH.

18 EuGH, NVwZ 2017, 691 (693) Rn 68 – *C. K., H.F. und A.S.*, mit Anmerkung *Hruschka*.

EGMR im Ausgangspunkt zunächst fest, aus Art. 3 EMRK folge keine allgemeine Verpflichtung, Flüchtlingen finanzielle Unterstützung zu gewähren, damit sie einen gewissen Lebensstandard hätten. Darum gehe es aber im zu entscheidenden Fall nicht. Der Gerichtshof weist vielmehr auf die Lage des Betroffenen hin, die er mit allen Asylbewerbern in Griechenland teilte. Diese sei besonders schlimm. Er habe monatelang in extremer Armut gelebt und habe seine elementaren Bedürfnisse nicht befriedigen, sich nicht ernähren, und nicht waschen können. Ferner sei er obdachlos gewesen und habe in der ständigen Furcht leben müssen, angegriffen oder bestohlen zu werden. Hinzu komme das Fehlen jeder Aussicht auf Verbesserung.¹⁹ Wie hinsichtlich Somalia untersucht der Gerichtshof auch im Falle des Mitgliedstaates Griechenland die allgemeinen humanitären Lebensbedingungen für Rückkehrer am Maßstab des Art. 3 EMRK.

Zwar bezieht er sich anfangs auf das positive Recht in Griechenland und das Unionsrecht, Asylbewerbern Unterkunft und angemessene materielle Bedingungen zu gewähren. Anschließend verweist er jedoch auf seine entsprechende Rechtsprechung am Beispiel der Russischen Föderation und darauf hin, dass der Rückkehrer vollständig von staatlicher Unterstützung abhängig sei und behördlicher Gleichgültigkeit gegenüberstehe, obwohl er sich „in so ernsthafter Armut und Bedürftigkeit“ befinde, dass dies mit der Menschenwürde unvereinbar sei.²⁰ Der Gerichtshof berücksichtigt zwar die Verpflichtungen Griechenlands nach der Aufnahmerichtlinie.²¹ Seine folgenden Ausführungen zu Art. 3 EMRK enthalten aber Maßstäbe für alle Zielstaaten der Abschiebung unabhängig davon, ob es sich um Mitgliedstaaten oder Drittstaaten handelt. Entgegen der Behauptung in der gutachterlichen Stellungnahme (S. 26) sind diese nicht zwingend an die unionsrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten gebunden. Maßgebend ist für die Bewertung vielmehr hinsichtlich aller Zielstaaten einer Abschiebung, ob behördliche Gleichgültigkeit und damit eine Verletzung der Verpflichtungen aus dem staatlichen Schutzmonopol für den Rückkehrer eine Art. 3 EMRK zuwiderlaufende Situation zur Folge hat. Der EGMR nimmt als Ausgangspunkt für seine Rechtsprechung die Verpflichtungen des Zielstaates aus seinem völkerrechtlich anerkannten Schutzmonopol. Bei funktionsfähigen Staaten wie den Mitgliedstaaten stellt er stärkere Anforderungen an die Schutzgewährung als bei zerfallenen oder im Zerfallsprozess begriffenen Drittstaaten, wie z.B. Somalia. Dies bedeutet aber nicht, dass es für die Frage, in welchem Umfang der Einzelne durch die Inaktivität des Staates betroffen ist, unterschiedliche Maßstäbe angelegt werden.

19 EGMR, NVwZ 2011, 413 (415 f.) Rn 250 ff. - *M.S.S.*

20 EGMR, NVwZ 2011, 413 (415) Rn 253 - *M.S.S.*, mit Verweis auf EGMR, Slg. 2009 -*Budina*.

21 EGMR, NVwZ 2011, 413 (416) Rn 263 - *M.S.S.*

Aus dieser Analyse der Rechtsprechung des EGMR folgt,

1. dass das Schutzniveau nach Art. 3 EMRK hinsichtlich der allgemeinen Lebensbedingungen unterhalb des für krankheitsbedingte Abschiebungsverbote maßgebenden Maßstab liegt und
2. hinsichtlich der allgemeinen Lebensbedingungen im Zielstaat der Abschiebung in Bezug auf Mitgliedstaaten einerseits und Drittstaaten andererseits keine unterschiedlichen Maßstäbe angewandt werden, es also keine doppelspurige Rechtsprechung gibt.

Von Bedeutung ist darüber hinaus, dass der EGMR im Blick auf den internen Schutz bei der Anwendung von Art. 3 EMRK einen *präventiven Schutzansatz* entwickelt. Danach muss eine interne Ansiedlungsalternative geeignet sein, die Schwelle von Art. 3 EMRK überschreitende Gefahren auszuschließen. Die Gewährleistung *angemessener Lebensbedingungen* soll verhindern, dass der Betroffene die Herkunftsregion aufsucht und sich damit derartigen Gefährdungen aussetzt.²² Dies kann nicht wirksam ausgeschlossen werden, wenn er am Ausweichort Schwierigkeiten bei der Arbeitsplatz- und Wohnungssuche hat. Sind für ihn jedoch Arbeitsplätze verfügbar, die Gesundheitsversorgung gewährleistet und werden ihm von den lokalen Behörden finanzielle und andere Leistungen gewährt, steht Art. 3 EMRK der Niederlassung am Ausweichort nicht entgegen.²³ Der Gerichtshof verfolgt damit einen *präventiven Schutzansatz*, mit dem *indirekte Refoulementgefahren* ausgeschlossen werden: Im Ausgangspunkt schließt Art. 3 EMRK den Verweis des Einzelnen auf interne Ausweichgebiete nicht aus, wenn ihm dort bestimmte Schutzgarantien gewährt werden. Ihm muss Zugang zu diesem möglich, er muss dort vor dem Zugriff der Verfolger sicher sein und Aufnahme finden und sich niederlassen können. Fehlen diese Voraussetzungen, nimmt das Risiko zu, dass er in dem Teil des Herkunftslandes zurückkehren muss, in dem ihm eine tatsächliche Gefahr unmenschlicher Behandlung droht.²⁴

22 EGMR, Urteil vom 27. Juni 2013 – Nr. 68335/10 Rdn. 37 – *N.M.B.*; EGMR, Urteil vom 27. Juni 2013 – Nr. 28379/11 Rdn. 54 – *D.M.M.*; EGMR, Urteil vom 3. April 2014 – Nr. 68519/10 Rdn. 43 – *A.A.M.*; s. hierzu im Einzelnen *Marx*, ZAR 2017, ???

23 EGMR, Urteil vom 27. Juni 2013 – Nr. 68335/10 Rdn. 41 – *N.M.B.*; EGMR, Urteil vom 3. April 2014 – Nr. 68519/10 Rdn. 73 – *A.A.M.*

24 EGMR, Urteil vom 28. Juni 2011 – Nr. 8319/07 und 11449/07 Rdn. 266 – *Sufi* und *Elmi*, in: InfAuslR 20012, 126 nicht abgedruckt; EGMR, Urteil vom 27. Juni 2013 – Nr. 68335/10 Rdn. 37 – *N.M.B.*; EGMR, Urteil vom 3. April 2014 – Nr. 68519/10 Rdn. 68 – *A.A.M.*; EGMR, Urteil vom 3. April 2014 – Nr. 68519/10 Rdn. 73 – *A.A.M.*; EGMR, Urteil vom 27. Juli 2013 – Nr. 72686/10 Rdn. 34 – *A.A.M.*

Der Ansatz des EGMR ist also so zu verstehen, dass vom Einzelnen eine Niederlassung am internen Schutzort nicht erst dann nicht erwartet werden kann, wenn *dort* für ihn ein tatsächliches Risiko besteht, unmenschlich behandelt zu werden. Vielmehr darf der Verweis auf diesen nicht dazu führen, dass er dort aufgrund fehlender Schutzvorkehrungen und unangemessener Lebensbedingungen in eine ausweglose Lage gerät, die ihn dazu veranlasst, sich in die Herkunftsregion zu begeben und dort Gefahr zu laufen, unmenschlich behandelt zu werden. Da diese Anforderungen an den internen Schutz am Maßstab des Art. 3 EMRK ausgerichtet sind und die Situation im Blick auf die allgemeinen Lebensbedingungen im Drittstaat vergleichbar ist, gelten diese Grundsätze auch für diesen.

Soweit in der gutachterlichen Stellungnahme behauptet wird, Art. 3 EMRK lasse „Abstufungen“ im Schutzstandard zu und nur eine gravierende Verweigerung elementarer Konventionsrechte verhindere die Auslieferung (S. 23), ist dies mit der gefestigten Rechtsprechung des EGMR unvereinbar. Der EGMR hebt zwar die „immensen Schwierigkeiten“ hervor, mit denen „sich Staaten in modernen Zeiten beim Schutz ihrer Gemeinschaften vor *terroristischer Gewalt* konfrontiert sehen“. Allerdings verbiete selbst unter diesen Umständen die „Konvention in absoluten Begriffen Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, unabhängig vom Verhalten des Opfers“.²⁵ Der Schutz nach Art. 3 EMRK geht sogar über den Schutz nach Art. 33 GFK hinaus, weil dieser Einschränkungen unterliegt (Art. 33 Abs. 2 GFK). Finden diese Anwendung, wird das absolute Verbot nach Art. 3 EMRK relevant. Denn nach der Rechtsprechung des EGMR geht der Schutz von Art. 3 EMRK über Art. 33 GFK hinaus.²⁶

Die Große Kammer des EGMR hat darüber hinaus mit deutlichen Worten den Versuch der britischen Regierung zurückgewiesen, den Schutz von Art. 3 EMRK gegen die staatlichen Sicherheitsinteressen abzuwägen. Der Schutz gegen Folter und unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung sei absolut. Art. 3 EMRK begründe deshalb einen absoluten, durch keine Ausnahme durchbrochenen Schutz gegen Auslieferung und Abschiebung.²⁷ Auch hat der Gerichtshof den zweiten Einwand der britischen Regierung *nicht* akzeptiert, dass die Prüfung des konkreten Risikos, nach der Abschiebung einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung ausgesetzt zu werden, deshalb *weniger streng* ausfallen könnte, weil die Allgemeinheit durch den Betroffenen gefährdet werde. Eine derartige Verfahrensweise sei unvereinbar mit der absoluten

25 EGMR, InfAuslR 1997, 97 (98) – *Chahal*; EGMR, InfAuslR 1997, 279 (281) – *Ahmed*.

26 EGMR, NVwZ 1997, 1093 = InfAuslR 1997, 97 = EZAR 933 Nr. 4 – *Chahal*; EGMR, NVwZ 1997, 1100 = InfAuslR 1997, 297 = EZAR 933 Nr. 5 – *Ahmad*.

27 EGMR, NVwZ 2008, 1330 (1332) Rn 139 – *Saadi*.

Schutzwirkung von Art. 3 EMRK. Deshalb erklärte die große Kammer des Gerichtshofes ausdrücklich, dass sie keinen Grund dafür sehe, den maßgeblichen Beweisstandard zu ändern.²⁸

3. *Schlussfolgerungen*

Aus dem für die Bestimmung des Drittstaates u.a. maßgebenden **Abschiebungs- und Zurückweisungsverbot** bei drohender **Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung** folgt ein aus Art. 3 EMRK abgeleiteter Schutzstandard:

- Auch wenn der Drittstaat kein Vertragsstaat der EMRK ist, ist für die Mitgliedstaaten bei der Beurteilung, ob dieser den Flüchtling nicht diesem Verbot zuwider behandeln oder Schutz gegen hiermit nicht vereinbare Maßnahmen Dritter gewähren wird, die **Rechtsprechung des EGMR** maßgebend.
- Zu prüfen ist nicht nur, ob der Drittstaat dieses Verbot beachtet, sondern auch, ob der Drittstaat den Flüchtling nicht in einen anderen Staat abschieben oder zurückweisen wird, in dem dieses Verbot nicht eingehalten wird (**Verbot der Kettenabschiebung**).
- Bei der Prüfung ist ein **einheitlicher Maßstab** anzuwenden, das heißt, aus der Rechtsprechung des EGMR folgt **kein zweispuriger Maßstab**, der im Blick Mitgliedstaaten bei der Prüfung der Überstellung im Rahmen des Dubliner Systems weniger strengere Maßstäbe nach Art.3 EMRK anwendet als bei der Beurteilung der Abschiebung oder Zurückweisung in Drittstaaten.
- Erwartet der Flüchtling im sicheren Drittstaat aufgrund der dort für Flüchtlinge herrschenden Situation **ernsthafte Armut und Bedürftigkeit** stellt dies eine mit Art. 3 EMRK nicht vereinbare Behandlung dar; nach der Rechtsprechung des EGMR besteht eine **Gefahr des indirekten Refoulements**, wenn der Flüchtling aufgrund dieser humanitären Bedingungen in eine ausweglose Lage gerät und deshalb in sein Herkunftsland zurückkehrt.
- Demgegenüber wendet der Gerichtshof bei bestehenden **Erkrankungen des Flüchtlings** einen strengeren Maßstab an. In diesem Fall ist die Abschiebung oder

28 EGMR, NVwZ 2008, 1330 (1332) Rn 138 bis 140 – *Saadi*.

Zurückweisung des Flüchtlings in den Drittstaat unvereinbar mit Art. 3 EMRK, wenn dort wegen fehlender oder nur unzulänglicher Versorgung **tatsächlich eine Gefahr** besteht, dass sich sein Gesundheitszustand **„schwerwiegend, schnell und irreversibel** mit der Folge **intensiven Leids** oder einer **erheblichen Herabsetzung der Lebenserwartung**.“

III. Konzept des „wirksamen Schutzes“ (effective protection)

1. *Geltendes Sekundärrecht und Reformvorstellungen*

Bereits in der ursprünglichen Verfahrensrichtlinie 2005/85/EG wurde für das Konzept des *ersten Asylstaates* vorausgesetzt, dass der Betroffene dort als Flüchtling anerkannt sein oder ihm „*anderweitiger Schutz*“ gewährt worden sein musste (Art. 26). Die Änderungsrichtlinie übernimmt diese Begriffe (Art. 35 Abs. 1 RL 2013/32/EU) ebenso wie der Vorschlag zur VerfahrensVO (Art. 44 Abs. 1). Das Konzept des *sicheren Drittstaates* enthält dieses Prüfkriterium des „*anderweitigen Schutzes*“ hingegen nicht (Art. 27 RL 2005/85/EG, Art. 38 und 39 RL 2013/32/EU, Art. 39 Art. 45 VerfahrensVO), ebenso wenig das Konzept des sicheren europäischen Drittstaates. Dieses wurde 2013 zum ersten Mal eingeführt (Art. 39 RL 2013/32/EU), soll aber nach dem Vorschlag zur VerfahrensVO wieder aufgegeben werden. Gleichwohl wird in der gutachterlichen Stellungnahme der Begriff des *anderweitigen Schutzes* auch im Blick auf die *sicheren Drittstaaten* verwendet. Da sich dieser Begriff im Rahmen des Konzepts des *ersten Asylstaates* aber auf die Anerkennung als Flüchtling bezieht, hätte ein derartiger Sprachgebrauch zur Folge, dass die Prüfkriterien für die Sicherheit des Drittstaates sich am Maßstab der Flüchtlingsanerkennung („*anderweitig*“) ausrichten müssten. Das spricht dafür, den Begriff des „*anderweitigen*“ Schutzes zwar weiterhin für das Konzept des *ersten Asylstaates*, für das Konzept des *sicheren Drittstaates* aber den des „*wirksamen*“ (*sufficient*) Schutzes zu verwenden.

Bei der Erörterung des Konzeptes des *anderweitigen Schutzes* wird in der gutachterlichen Stellungnahme zunächst festgestellt, dieses sei heute ein fester Bestandteil des Flüchtlingsvölkerrechts (S. 11). Schwerpunkt dieses Rechts sei jedoch der *Refoulements*schutz (S. 18). Es wird davor gewarnt, aus vereinzelt Positionen insbesondere die des UNHCR „*vorschnell eine klare rechtliche Vorgabe abzuleiten*“. Vielmehr handele es sich beim Konzept des *wirksamen Schutzes* um ein „*Beispiel für völkerrechtliche Auslegungsspielräume*“ (S. 19). In der

internationalen Praxis habe sich ein Standard entwickelt, der ursprünglich als „*basic subsistence needs*“ bezeichnet und 2003 durch das Erfordernis des „*access to means of subsistence sufficient to maintain an adequate standard of living*“ ersetzt worden sei (S. 20). Abweichend hiervon seien bei Überstellungen an Mitgliedsstaaten im Rahmen des Dubliner Systems stärkere Erfordernisse zu beachten (S. 20). Bei Rückführungen in Drittstaaten müssten hingegen selbst bei einer Statusgewährung „keine vollen Statusrechte“²⁹ gewährt werden. Die Reformdiskussion über das GEAS gehe deshalb über die GFK hinaus, soweit gefordert werde, dass im sicheren Drittstaat Zugang zu einem Asylverfahren bestehen müsse und Schutz im Einklang mit den inhaltlichen Vorgaben der GFK gewährt werden muss (S. 22). Bei genauerer Lektüre erwäge hingegen auch die Kommission eine „partielle Absenkung“ des Schutzniveaus, wenn für sichere Drittstaaten auf die (neuen) Kriterien für einen angemessenen Schutz im ersten Asylstaat verwiesen werde, wo neben dem Refoulementverbot bestimmte soziale Rechte gefordert würden (S. 22).

Nach dem Vorschlag der Kommission zur VerfahrensVO (Art. 45 Abs. 1 Buchst. e) in Verb. mit Art. 44 Abs. 2) muss hingegen im Drittstaat die Möglichkeit bestehen, Schutz nach Maßgabe der GFK zu erlangen einschließlich des Rechts auf einen rechtmäßigen Aufenthalt, Zugang zum Arbeitsmarkt, Unterbringung, Gesundheitsfürsorge und Bildung sowie des Rechts auf Familienzusammenführung. Damit bezieht der Vorschlag auch jene Vorschriften der GFK mit ein, die einen rechtmäßigen Aufenthalt zur Voraussetzung haben (Art. 17 und 18, 21, 22, 23) und geht sogar mit dem Recht auf Familienzusammenführung über diesen hinaus. Dagegen soll nach dem Vorschlag des Ratspräsidenten beim Konzept des ersten Asylstaates wie auch dem des sicheren Drittstaates der Hinweis auf die GFK vollständig entfallen. Prüfkriterien des wirksamen Schutzes seien das Recht auf einen rechtmäßigen Aufenthalt, Zugang zu Mitteln zum Lebensunterhalt, die ausreichend für die Aufrechterhaltung eines angemessenen Lebensstandards sind, Zugang zu medizinischer Versorgung in Notfällen und zu medizinischer Versorgung, die sich auf das Wesentliche bei Erkrankungen beschränkt, sowie Zugang zu grundlegenden Bildungsmaßnahmen unter den selben Bedingungen wie bei Staatsangehörigen des Drittstaates.³⁰ Der Vorschlag des Ratspräsidenten bedeutet also im Vergleich zum Kommissionsvorschlag eine erhebliche Absenkung des Schutzniveaus, durch Verengung auf besondere Notlagen oder Behandlung wesentlicher Krankheit. Das Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt im Drittstaat wie auch das Recht auf Zusammenführung vom Familienangehörigen im Drittstaat wird völlig gestrichen. Die vom

29 Diese umfassen die in Art. 2 bis 34 GFK geregelten Rechte.

30 Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and replacing Directive 2013/32/EU (first reading) 6238/18, 19 February 2018, S. 3, 4, 10.

Bundesinnenministerium in Auftrag gegebene gutachterliche Stellungnahme schlägt im Vergleich zum Kommissionsvorschlag eine deutliche Absenkung des Schutzniveaus vor und streicht auch den Zugang zum Arbeitsmarkt und das Recht auf Familienzusammenführung (S. 38 f.). Auffallend ist in beiden Vorschlägen die unklare Begrifflichkeit: Ob die Möglichkeit der Erlangung von Zugang (access to) zu den aufgeführten Leistungen lediglich auf die Eigeninitiative setzt und den Drittstaat selbst nicht in die Pflicht nimmt, bleibt offen. Sollte dies nicht beabsichtigt sein, müsste anstelle des Begriffs „access“ der Begriff „a right to“ gewählt werden.

2. *Kritik*

a) *Vorbemerkung*

Maßgebend für die Auslegung von Sekundärrecht ist das Primärrecht, also das Unionsverfassungsrecht. Nach Art. 78 Abs. 1 S. 1 AEUV gewährleistet die Europäische Union jedem schutzbedürftigen Drittstaatler einen „angemessenen Statuts“ innerhalb der Union. Für den Schutzbegriff ist nach Art. 78 Abs. 1 S. 2 AEUV die GFK maßgebend. Dies wird auch durch Art. 18 GRCh bekräftigt. Daraus folgt, dass sich die Frage, ob ein Asylsuchender schutzbedürftig ist, nach der GFK richtet, d.h. nur wenn er im Drittstaat Schutz nach der GFK erlangt, darf er in den sicheren Drittstaat zurückgewiesen oder abgeschoben werden.

Zutreffend wird im Ausgangspunkt in der gutachterlichen Stellungnahme darauf hingewiesen, dass das Konzept des „wirksamen Schutzes“ (effective protection) Raum lasse für völkerrechtliche Auslegungsspielräume (S. 19). Eine ganz andere Frage wird aber durch die Empfehlung an den unionalen Gesetzgeber, den völkerrechtlichen Schutzstandard auf „Minimalklauseln“ zu reduzieren (S. 37), aufgeworfen. Dagegen spricht eine Analyse des bisherigen Sekundärrechts, beginnend mit der Verfahrensrichtlinie 2005/85/EG und fortgesetzt durch die Änderungsrichtlinie 2013/32/EU. Insoweit kann durchaus die Frage gestellt werden, ob aus dieser Entwicklungsgeschichte des Sekundärrechts für den Fall der geplanten Absenkung des Schutzniveaus nicht eine besondere Begründungspflicht folgt, d.h. ob man nicht für den Kreis der Mitgliedstaaten aufgrund der bezeichneten Richtlinien im Blick auf die Regelungen der Verfahrensrichtlinie von einer regionalen gewohnheitsrechtlichen Übung ausgehen kann, die den Inhalt und den Umfang des Begriffs des anderweitigen Schutzes vorgeben, und die daher durch neues Sekundärrecht nicht mehr abgesenkt werden kann.

Der Begriff des wirksamen Schutzes wird in aller Regel, so auch in der gutachterlichen Stellungnahme (S. 18 f.), isoliert vom Refoulementschutz nach Art. 33 GFK diskutiert, das heißt, der Diskurs über beide Konzepte verläuft in streng voneinander getrennten, nicht miteinander kommunizierenden Röhren. Der die Abschiebung durchführende Staat und der Zielstaat der Abschiebung sind jedoch durch das Flüchtlingsvölkerrecht miteinander verbunden, sodass Begriff und Umfang des Konzeptes des wirksamen Schutzes aus dieser vom Völkerrecht vorgegebenen Beziehungsstruktur bestimmt werden müssen und nicht durch die ausschließlich auf den Drittstaat fixierte Betrachtung. Die Behauptung in der gutachterlichen Stellungnahme, eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für das Konzept des anderweitigen Schutzes in der GFK sei nicht erforderlich, weil dessen Zulässigkeit und Grenzen nicht explizit geregelt seien (S.12), beruht also auf einer bloßen Wortlautauslegung und nicht auf einer an der Funktion und der Ratio von völkerrechtlichen Normen ausgerichteten Betrachtungsweise.³¹ Daher ist zunächst die Funktion und die Ratio des Refoulementverbotes nach Art. 33 GFK in den Blick zu nehmen. Denn diesem Verbot immanent ist das *Verbot der Kettenabschiebung*. Dadurch lassen sich auch Kriterien für das Konzept des wirksamen Schutzes gewinnen, da dessen Funktion ja darin besteht, eine Weiterschlebung in den Herkunftsstaat zu unterbinden. Hieraus folgt, dass im Drittstaat Zugang zu einem Verfahren gewährleistet werden muss nur die Vertragsstaaten der GFK als sichere Drittstaaten in Betracht kommen und diese die GFK ohne den nach Art. 1 B GFK zulässigen Europavorbehalt ratifiziert haben müssen.

b) *Schutzniveau des Art. 33 GFK*

Da ein Vertragsstaat der GFK und damit auch die Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Drittstaatenregelung das Verbot der Kettenabschiebung zu beachten haben, stellt sich die Frage nach dem *völkerrechtlichen Verantwortungszusammenhang*, in dem der Mitgliedstaat und der Drittstaat gestellt sind: Von Anfang an bis heute beruhte und beruht die GFK auf dem *Prinzip der einzelstaatlichen Verantwortlichkeit*, das heißt, der Vertragsstaat, bei dem ein Flüchtling einen Antrag auf Schutzgewährung stellt, ist zunächst für die Behandlung dieses Antrags verantwortlich. Er kann diesen Antrag inhaltlich prüfen. Will er dies nicht, darf er den Flüchtling aber nicht in den Herkunftsstaat abschieben oder zurückweisen (Art. 33 Abs. 1 GFK). Auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen er ihn in andere Vertragsstaaten abschieben oder zurückweisen darf

31 Im Übrigen ist es ein logischer Fehlschluss, aus dem Fehlen einer Rechtsgrundlage darauf zu schließen, dass diese nicht erforderlich sei. Denn aus dem Fehlen kann sich ja gerade die Erforderlichkeit ergeben, sofern man bereit ist, den Gründen für das vorgebliche Fehlen der Rechtsgrundlage zu untersuchen.

(*Drittstaatenregelung*), gibt der Text der Konvention keine Antwort. Dass bedeutet jedoch nicht, dass der Vertragsstaat bei dieser Entscheidung und deren Vollziehung rechtlich völlig frei wäre. Vielmehr handelt er im Rahmen eines multilateralen Vertrages und ist an das *Ziel und den Zweck der GFK* (Art. 31 Abs. 1 WVRK), wirksamen Flüchtlingsschutz zu gewähren, gebunden und darf dabei die Interessen anderer Vertragsstaaten nicht verletzen.³² Dieser Vertragsstaat handelt im Kontext eines Vertragssystems und auf dem aus diesem folgenden Grundsatz, dass *alle* Vertragsstaaten in ihrer Gesamtheit eine *Schutzfunktion* für den einzelnen Flüchtling als Ersatz für den weggefallenen nationalen Schutz übernommen haben. Der Wegfall des nationalen Schutzes ist das alles bestimmende Moment der Konvention.

Aus der Ratio dieser Funktion der GFK folgt, dass der Vertragsstaat mit der Abschiebung oder Zurückweisung seiner Verantwortung für den Flüchtling nicht ledig wird. Vielmehr bleibt er für den Flüchtling solange verantwortlich, bis im konkreten Einzelfall feststeht, dass diesem ein Zugang zum Asylverfahren, in dem inhaltlich sein Asylantrag geprüft wird, gewährt wird. Aus dem durch Zweck und Ziel der Konvention hergeleiteten *Verantwortungszusammenhang aller Vertragsstaaten* folgt also die Verpflichtung, bei der Anwendung von Drittstaatenregelungen im konkreten Einzelfall kooperativ mit dem Drittstaat zusammen zu arbeiten. Insoweit geht der Schutz nach Art. 33 GFK also über den Schutz nach Art. 3 EMRK hinaus. Da es auf den durch die GFK begründeten Verantwortungszusammenhang ankommt, sind alle Vertragsstaaten der GFK in diesen einbezogen. Hieraus sind also Inhalt und Umfang des Konzepts des wirksamen Schutzes zu gewinnen. Auch der EMRK liegt ein Verantwortungszusammenhang zugrunde. Die überwiegende Mehrzahl der in Asylverfahren in Betracht kommenden Drittstaaten sind jedoch keine Vertragsstaaten der EMRK.

c) *Erfordernis der Ratifikation der GFK ohne geografischen Vorbehalt*

Die Verfahrensrichtlinie 2005/85/EG wie auch die Änderungsrichtlinie 2013/32/EU setzen beim Konzept des ersten Asylstaates zwar voraus, dass der Flüchtling in diesem Staat als Flüchtling anerkannt sein muss, verweisen dabei aber nicht auf die GFK (Art 26 Buchst.a) RL 2005/85/EG, Art. 35 Abs. 1 Buchst. a) RL 2013/32/EU). Hingegen verweisen beide Richtlinien beim Prüfkriterium des Refoulementverbotes auf die GFK (Art 27 Abs. 1 Buchst.b) RL 2005/85/EG, Art. 35 Abs. 1 Buchst. c) RL 2013/32/EU) und die Änderungsrichtlinie auch beim Erfordernis des

³² Marx, Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der von der Kommission der Europäischen Union vorgeschlagenen Konzeption des ersten Asylstaates sowie der Konzeption des sicheren Drittstaates mit Völker- und Unionsrecht vom 1. Februar 2018, S. 5 ff. abrufbar unter www.ramarx.de/Interessantes/Dokumente.

Zugangs zum Verfahren (Art. 35 Abs. 1 Buchst. c) RL 2013/32/EU). Der Vorschlag der Kommission zur VerfahrensVO bezieht sich nunmehr auch beim Konzept des ersten Asylstaates im Blick auf beide Alternativen (Flüchtlingsanerkennung, anderweitiger Schutz) auf die GFK (Art. 44 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. c)). Beim Konzept des sicheren Drittstaates bleibt es bei der Bezugnahme auf die GFK (Art. 45 Abs. 1 Buchst. c) und e)).

Dagegen empfiehlt der vom Bundesinnenministerium beauftragte Gutachter beim Konzept des sicheren Drittstaates zwar beim Refoulementverbot keine Streichung des Hinweises auf die GFK, schlägt dies jedoch hinsichtlich des Zugangs zum Verfahren wie auch der Beschreibung des Inhalts und Umfangs des wirksamen Schutzes vor (S. 37 ff.). Vermutlich hat das Bundesinnenministerium für die Verhandlungen über die VerfahrensVO diese Position übernommen. Nach dem Vorschlag des Ratspräsidenten soll beim Konzept des ersten Asylstaates wie auch dem des sicheren Drittstaates der Hinweis auf die GFK vollständig entfallen. Dies läuft Nr. 65 der *New Yorker Deklaration für Flüchtlinge und Migranten* (2016)³³ zuwider, wonach die Präsidenten oder Regierungschefs der GFK-Staaten die Staaten, die noch nicht die GFK ratifiziert, auffordern, dieser beizutreten. Auffallend ist, dass alle Regelungen, die im Vorschlag der Kommission einen Hinweis auf die GFK enthalten, durchgestrichen sind. Auf die GFK soll hinsichtlich beider Konzepte nur noch in einem Erwägungsgrund hingewiesen werden.³⁴

Hiergegen ist zunächst festzuhalten, dass aufgrund des dem Refoulementverbot immanenten Verbotes der Kettenabschiebung die Abschiebung in einen Drittstaat, der keinen Refoulementschutz gewährt, unzulässig ist. Darüber hinaus folgt aus dem Verantwortungszusammenhang aller Vertragsstaaten der GFK, dass als erster Asylstaat oder sicherer Drittstaat nur ein Vertragsstaat der GFK in Betracht kommen kann.³⁵ Denn ein Nicht-Vertragsstaat kann nicht in diesen Verantwortungszusammenhang eingebunden werden. Diese werden auch nicht durch Art. 33 GFK gebunden. Allerdings hat das Refoulementverbot *gewöhnheitsrechtlichen Rang*³⁶ oder stellt sogar

33 Abgedruckt in IJRL 2016704.

34 Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and replacing Directive 2013/32/EU (first reading) 6238/18, 19 February 2018, S. 3 - 14.

35 Marx, Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der von der Kommission der Europäischen Union vorgeschlagenen Konzeption des ersten Asylstaates sowie der Konzeption des sicheren Drittstaates mit Völker- und Unionsrecht vom 1. Februar 2018, S. 21 ff., abrufbar unter www.ramarx.de/Interessantes/Dokumente.

36 Kimminich, AVR 1982, 369; Hyndman, The Australian LJ 1986, 153 f.; Goodwin-Gill/McAdam, The Refugee in international Law, 3. Aufl., S. 206 ff.; Weis, AYIL 1954, 199; Sexton, Vanderbilt JTL 1985, 731,737; Sinha, Asylum and International Law, 1971, S. 160; Grahl-Madsen, AAPSS 1983, 14; Stenberg, Non-Expulsion and Non-Refoulement, 1989, S. 275 f.; zurückhaltender Kälin, Das Prinzip des Non-Refoulement, 1982, S. 72.

eine zwingende Regel des Völkerrecht (ius cogens) dar.³⁷ Das Prinzip des Non-Refoulement bindet damit zwar auch Nicht-Vertragsstaaten. Ob diese allerdings das Refoulementverbot auch unabhängig von völkervertraglichen Verpflichtungen anerkennen und wirksam anwenden, kann von dem Vertragsstaat, den der Flüchtling um Schutzgewährung ersucht hat, nicht mit der erforderlichen Gewissheit prognostiziert werden. Nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Nicht-Vertragsstaat einwenden kann, durch das Refoulementverbot nicht gebunden zu sein.³⁸ Darüber hinaus kann der Drittstaat eine andere als die in Art. 1 A Nr. 2 GFK geregelte Flüchtlingsdefinition anwenden.³⁹ Verletzt hingegen ein Vertragsstaat in der Rolle als Drittstaat das Refoulementverbot, kann sich der Flüchtling auf Art. 33 Abs. 1 GFK berufen, sofern diese völkerrechtliche Norm wie innerstaatliches Recht eine subjektive Rechtswirkung entfaltet oder der Vertragsstaat diese Norm im nationalen Recht ausdrücklich umgesetzt hat. Schließlich spricht gegen die Einbeziehung von Nicht-Vertragsstaaten in die Drittstaatenregelung, dass der Vertragsstaat solange für den Flüchtling verantwortlich bleibt, bis die Gewährung des Flüchtlingsschutzes zu dessen Gunsten durch einen anderen Vertragsstaat feststeht. Aus dem dem Zweck und Ziel der Konvention hergeleiteten Verantwortungszusammenhang aller Vertragsstaaten folgt also die Verpflichtung, bei der Anwendung von Drittstaatenregelungen im konkreten Einzelfall kooperativ mit dem Drittstaat zusammen zu arbeiten. In diese im Interesse der Sicherheit des Flüchtlings und zur wirksamen Einhaltung des Verbots der Kettenabschiebung unerlässliche Zusammenarbeit kann ein Nicht-Vertragsstaat nicht einbezogen werden, jedenfalls kann seine Verantwortung anders als bei einem Vertragsstaat nicht durch ihn bindende Regeln nach der GFK eingefordert werden.

Diese Grundsätze sind auch bei der Frage zu beachten, ob Vertragsstaaten, welche die Anwendung der GFK auf Ereignisse, die vor dem 1. Januar 1951 in Europa eingetreten sind (Art. 1 Nr. 1 Buchst. a) GFK), in die Drittstaatenregelung einbezogen werden. Der Europavorbehalt schließt alle Flüchtlinge, die aus nichteuropäischen Staaten einreisen, also nahezu alle Flüchtlinge, aus dem Schutzbereich der GFK aus. Für den Vorschlag des Ratspräsidenten ist der *geografische Vorbehalt* ohne Bedeutung, da er ja ohnehin auch Nicht-Vertragsstaaten einbezieht. Das gilt aber auch für den Vorschlag der Kommission zur VerfahrensVO, weil dieser zwar die GFK einbezieht, aber nicht die vorbehaltlose Ratifikation durch den Drittstaat verlangt. Damit weicht der Vorschlag vom geltenden Sekundärrecht ab. Dieses fordert zwar für den ersten Asylstaat und den sicheren Drittstaat

37 *UNHCR*, Report, UN Doc. E/1985/62, 1985, Rn 22 f.; *UNHCR*, Report, UN Doc. E/18989/64, 1989, Rn 24; so auch *Allain*, IJRL 2001, 533, 534

38 *Hofmann/Löhr*, in: Zimmermann, The 1951 Convention relating to the Status of Refugee and its 1967 Protocol, 2011, S. 1112.

39 *Hofmann/Löhr*, in: Zimmermann, The 1951 Convention relating to the Status of Refugee and its 1967 Protocol, 2011, S. 1112.

keine vorbehaltlose Ratifikation der GFK, wohl aber für das Konzept des sicheren europäischen Drittstaates (Art. 39 Abs. 2 Buchst. a) RL 2013/32/EU), das nach dem Vorschlag der Kommission und unwidersprochen durch den Ratspräsidenten aufgegeben werden soll. Da gegen diese Norm im Falle des Abkommen der Europäischen Union mit der Türkei vom 18. März 2016 verletzt wurde,⁴⁰ dürfte die Streichung dieses Konzeptes wohl darauf gerichtet sein, in Zukunft bei der Aushandlung von derartigen Abkommen mit anderen Drittstaaten nicht mehr wie bisher durch sekundärrechtliche Verpflichtungen gebunden zu werden. Der Mangel einer vorbehaltlosen Ratifizierung hat zur Folge, dass jene Drittstaaten, die den Europavorbehalt erklärt haben, nicht in den Verantwortungszusammenhang der GFK einbezogen werden und damit der Schutz der Flüchtlinge bei der Anwendung der Drittstaatenregelung erheblich geschwächt wird.

d) *Zugang zum Verfahren im sicheren Drittstaat*

Das Verbot der Kettenabschiebung setzt voraus, dass der Drittstaat prüft, ob die Voraussetzungen dieses Verbotes im Fall des von einem anderen Staat abgeschobenen oder zurückgewiesenen Flüchtlings Anwendung findet. Hierzu hat der EGMR gefordert, dass im Zielstaat der Abschiebung Zugang zu einem Verfahren zur Prüfung des Asylantrags vorhanden sein muss und Mängel bei der Prüfung Art. 3 in Verb. mit Art. 13 EMRK wegen der Gefahr verletzen, dass der Flüchtling direkt oder indirekt in sein Herkunftsland zurückgeschoben wird, ohne dass ernsthaft geprüft worden ist, ob sein Asylantrag begründet ist.⁴¹ Anschließend kommt er nach einer Untersuchung der Asylverfahren in Griechenland zu dem Schluss, dass diese „erhebliche strukturelle Mängel“ aufweisen, weshalb Asylbewerber sehr geringe Chancen hätten, dass ihr Antrag und ihre Beschwerde nach der EMRK von griechischen Behörden ernsthaft geprüft werde. Aus diesen Gründen stellt der Gerichtshof fest, dass Art. 13 in Verb. mit Art. 3 EMRK wegen der Mängel bei der Prüfung des Asylantrags durch die griechischen Behörden verletzt wird.⁴² Diese Grundsätze gelten entsprechend dem Verbot der Kettenabschiebung auch für den Mitgliedstaat, der den Asylbewerber in einen anderen Mitgliedstaat abschieben will. Sie sind aber nicht nur im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander, sondern auch im Verhältnis der einzelnen Mitgliedstaaten zu einem Drittstaat maßgebend. Schließlich folgt aus den Ausführungen des Gerichtshofes, dass nicht unbedingt der Zugang zu einem Asylverfahren, aber zu einem Verfahren sichergestellt sein muss, in

40 Marx, Rechtsgutachten zur unionsrechtlichen Zulässigkeit des Plans der Staats- und Regierungschefs der Europäischen Union, die Türkei als „sicheren Drittstaat“ zu behandeln vom 14. März 2016, S. 8 f.

41 EGMR, NVwZ 2011, 413 (417) Rn 21 – M.S.S.

42 EGMR, NVwZ 2011, 413 (417) Rn 300 - 321 – M.S.S. Anmerkung: In diesem Verfahren war die Relevanz von Art. 3 EMRK im griechischen Asylverfahren zu prüfen und deshalb auch für den EGMR maßgeblich.

dem geprüft werden muss, ob Art. 3 EMRK im konkreten Einzelfall Anwendung findet. Ausgangspunkt ist also das aus Art. 3 EMRK folgende Schutzniveau, der Gerichtshof sieht aber in diesem Zusammenhang die Notwendigkeit, einen Asylantrag fair und nach rechtsstaatlichen Grundsätzen zu prüfen. Nicht nur wegen der insoweit bestehenden strukturellen Gleichheit zwischen Art. 3 EMRK und Art. 33 Abs. 1 GFK gelten diese Grundsätze auch für das beim sicheren Drittstaat zu prüfende Kriterium des flüchtlingsvölkerrechtlichen Refoulementschutzes (Art. 27 Abs. 1 Buchst. c) RL 2005/85/EG, Art. 38 Abs. 1 Buchst. c) RL 2013/32/EU, Art. 45 Abs. 1 Buchst. c) Vorschlag einer VerfahrensVO), das auch das Verbot der Kettenabschiebung einschließt. Zwar betrifft diese Rechtsprechung den bilateralen Rechtsverkehr zwischen Mitgliedstaaten im Rahmen des Dubliner Systems. Art. 3 EMRK gilt jedoch *absolut*. Der Vertragsstaat der EMRK ist daher an diese Norm unabhängig davon gebunden, ob er eine Abschiebung in einen Vertragsstaat der EMRK oder in einen anderen Staat durchführen will.

Diese rechtlichen Vorgaben werden in der gutachterlichen Stellungnahme nicht zur Kenntnis genommen (S. 35 f.). In dieser wird festgestellt, UNHCR habe früher ein Recht auf eine Asylantragstellung im Drittstaat gefordert, heute würde jedoch nur noch eine faire und wirksame Statusdetermination verlangt. Darüber hinaus seien neben individuellen Verfahren auch generalisierte Formen eines temporären Schutzes möglich (S. 35). Wenn eine faire und wirksame Statusdetermination eingefordert wird, setzt dies implizit voraus, dass ein Zugang zu einem Asylverfahren im Drittstaat ermöglicht werden muss. Dies wird in der Stellungnahme mit dem Hinweis auf verfahrensrechtliche Mindeststandards, die vom UNHCR und anderen Akteuren gefordert würden, im Ergebnis auch nicht in Abrede gestellt. Demgegenüber hat UNHCR in Zusammenhang mit dem Abkommen der Europäischen Union und der Türkei erneut betont, dass Flüchtlingen im Drittstaat Zugang zum Verfahren gewährt und das Recht auf Anhörung sowie auf eine wirksame Beschwerde gegen die Ablehnung des Asylantrags gewährt werden muss.⁴³ Soweit aber generalisierte Formen temporärer Schutzgewährungen für ausreichend erachtet werden, wird der *deklaratorische Rechtscharakter* der Statusgewährung⁴⁴ verkannt. Der Drittstaat hat danach den abgeschobenen oder zurückgewiesenen Asylsuchenden *als Flüchtling zu behandeln*. Erst durch eine Statusentscheidung kann er für seinen rechtlichen Geltungsbereich Klarheit darüber herstellen, ob

43 UNHCR, Legal Considerations on the Return of Asylum Seekers and Refugees from Greece to Turkey als Part of the EU-Turkey Cooperation on Tackling the Migration Crisis under the Safe Third Country and First Country of Asylum Concept, Nr. 2.1, in: IJRL 2016, 498 (500).

44 Goodwin-Gill/McAdam, The Refugee in International Law, 3. Aufl., 2007, S. 244; Hathaway, The Rights of Refugees in International Law, 2005; S. 159; Hathaway/Foster, The Law of Refugee Status, 2. Aufl., 2014, S. 244, S. 25; Zimmermann/Mahler, in: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 2011, Artikel 1 A para. 2 Rn 4; UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, para 28.

der Asylsuchende die Voraussetzungen des Flüchtlingsbegriffs erfüllt. Bejaht er dies, wirkt die Entscheidung nicht konstitutiv, vielmehr deklaratorisch. Sie bestätigt also eine bereits bestehende rechtliche Eigenschaft des Asylsuchenden. Verneint er diese Voraussetzungen, braucht er den Asylsuchenden für seinen rechtlichen Geltungsbereich nicht mehr als Flüchtling behandeln. Er kann ihm dann aber in Form einer politischen Gestaltungsmöglichkeit temporären Schutz gewähren. Wenn der Drittstaat Asylsuchenden statt eines Statusverfahrens eine temporäre Schutzmöglichkeit anbietet, können diese dem zustimmen. Bestehen sie jedoch auf eine flüchtlingsrechtliche Statusentscheidung, hat der Drittstaat den Zugang zum Verfahren zu eröffnen. Denn Asylsuchende sind bis zu einer gegenteiligen Statusentscheidung Flüchtlinge und haben deshalb ein Recht auf Zugang zu einem Statusverfahren.

Nach alledem folgt aus den konventions- wie flüchtlingsrechtlichen Verpflichtungen, dass der Vertragsstaat, der einen Flüchtling in einen Drittstaat abschieben oder zurückweisen will, prüfen muss, ob in diesem ein Verfahren zur Prüfung der Voraussetzungen des Refoulementverbotes nach Art. 3 EMRK und Art. 33 GFK besteht. Da Art. 33 Abs. 1 GFK auf den Begriff des Flüchtlings nach Art. 1 A Nr. 2 GFK verweist, hat er einen Zugang zum Asylverfahren sicherzustellen, da nur in diesem die Voraussetzungen von Art. 33 GFK verlässlich geprüft werden können.

e) *Inhalt und Umfang des anderweitigen Schutzes*

Wie eingangs erwähnt ist zwischen der Kommission und der Ratspräsidentschaft der Umfang des wirksamen Schutzes beim ersten Asylstaat und sicheren Drittstaat strittig. Während die Kommission auf den für Flüchtlinge nach der GFK maßgebenden Standard – also auf die Rechte nach Art. 2 bis 34 – verweist, soll nach dem Vorschlag der Ratspräsidentschaft beim ersten Asylstaat nicht mehr die Flüchtlingsanerkennung vorausgesetzt werden, vielmehr hinsichtlich der erforderlichen Lebensbedingungen beim ersten Asylstaat und beim sicheren Drittstaat die Prüfung nach einheitlichen und im Vergleich zum Kommissionsvorschlag deutlich herabgestuften Voraussetzungen durchgeführt werden.⁴⁵

Die Lösung dieser Streitfrage kann aus dem eingangs erwähnten Grundsatz der *deklaratorischen Natur* der Statuszuerkennung in Verbindung mit dem anerkannten Grundsatz des

⁴⁵ Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and replacing Directive 2013/32/EU (first reading) 6238/18, 19 February 2018, S. 3, 14.

Verantwortungszusammenhangs aller Vertragsstaaten abgeleitet werden. Danach sind Asylsuchende solange als „Flüchtlinge“ zu behandeln, bis ihre Berufung auf die Flüchtlingseigenschaft inhaltlich geprüft und verneint worden ist. Sie fallen damit bis zu dieser Entscheidung in den Schutzbereich der GFK. Der die Abschiebung durchführende Vertragsstaat der GFK muss sich wegen des Verantwortungszusammenhangs aller Vertragsstaaten Gewissheit verschaffen, dass der Drittstaat die ihm von der Konvention auferlegten Verpflichtungen auch einhält. Während des dortigen Verfahrens bleibt der in den Drittstaat abgeschobene oder zurückgewiesene Asylsuchende Flüchtling und bleibt der Vertragsstaat neben dem Drittstaat weiterhin für diesen verantwortlich. Daher müssen ihm grundsätzlich auch bereits in dieser Phase im Drittstaat die Rechte der GFK gewährt und muss ihm ein Verfahren eröffnet werden. Der Vertragsstaat, der die Abschiebung oder Zurückweisung in den Drittstaat durchführen will, muss sich vor dem Vollzug vergewissern, ob dort dieser Schutzstandard wirksam gewährt werden wird.⁴⁶

Auch wenn dieser Ansicht nicht gefolgt wird, sind jedenfalls die in Art. 2 bis 34 GFK enthaltenen Rechte zu gewähren, die keinen rechtmäßigen Aufenthalt als Folge der Statusgewährung voraussetzen. Dies sind *Religionsfreiheit* (Art. 4), *Zugang zu den Gerichten* (Art. 16), *öffentliche Erziehung* nach dem Inländergleichbehandlungsprinzip (Art. 22), *Ausstellung eines Personalausweises* (Art. 27), *Strafbefreiung wegen irregulärer Einreise* (Art. 31) und *Ausweisungs- sowie Refoulementschutz* (Art. 32 und 33). Grundlegend ist darüber hinaus, dass Flüchtlinge im Drittstaat in Übereinstimmung mit anerkannten internationalen Standards behandelt werden. Dies bedeutet auch, dass er *dort grundlegende Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen kann*.⁴⁷ Es muss also ein angemessener und menschenwürdiger Schutz garantiert und die Familie als Einheit behandelt werden. Die GFK stellt auf einen *bestimmten Standard des Schutzes* ab, der gewahrt werden muss.⁴⁸ Bei der Konzeption des sicheren Drittstaates nähert sich der Vorschlag der Kommission dem völkerrechtlichen Standard grundlegender Menschenrechte und Grundfreiheiten an. Über diesen besteht zwar in der Literatur keine übereinstimmende Auffassung, die von der Ratspräsidentschaft vorgeschlagene Verengung des Schutzstandards ist aber nicht mehr an diesem Maßstab ausgerichtet. Hingegen kann der Kommissionsvorschlag durchaus auch als weitere Stimme bei der Hervorbringung einer an der GFK orientierten Verbesserung völkerrechtlichen Standards verstanden werden.

46 Marx, Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der von der Kommission der Europäischen Union vorgeschlagenen Konzeption des ersten Asylstaates sowie der Konzeption des sicheren Drittstaates mit Völker- und Unionsrecht vom 1. Februar 2018, S. 49 ff., abrufbar unter www.ramarx.de/Interessantes/Dokumente.

47 Australian Tribunal, 14. August 2014 – Nr. 1404235; Australian Tribunal, 8. Oktober 2013 – Nr. 1216622; Council of Europe, Rec. No. R (97) 22.

48 Goodwin-Gill/McAdams, *The Refugee in International Law*, 3. Auflage, 2007, S. 393 ff.

3. Schlussfolgerung

Grundlegende Voraussetzung für die Anwendung des Konzepts des sicheren Drittstaates ist, dass dieser dem Flüchtling nach der Abschiebung oder Zurückweisung durch den Mitgliedstaat „**wirksamen Schutz**“ gewährt. Zwischen der Kommission einerseits und der Ratspräsidentschaft und wohl auch den Bundesinnenministerium andererseits besteht insoweit Streit darüber, ob der Drittstaat Vertragsstaat der GFK sein und Zugang zu einem Asylverfahren gewähren muss. Dieser Streit kann durch eine an der Funktion von Art. 3 EMRK und Art. 33 GFK ausgerichtete Auslegung gelöst werden:

- Der Drittstaat muss **Zugang zu einem Verfahren** nach Maßgabe der GFK, also einem Asylverfahren, gewähren. Dementsprechend schlägt die Kommission vor, dass im Drittstaat ein **rechtmäßiger Aufenthalt**, Zugang zum **Arbeitsmarkt**, **Unterbringung**, **Gesundheitsfürsorge**, Recht auf **Bildung** sowie auf **Familienzusammenführung** gewährt werden muss. Demgegenüber will die Ratspräsidentschaft den Hinweis auf die GFK aufheben und das Erfordernis des rechtmäßigen Aufenthalts sowie das Schutzniveau bei den sozialen Rechten erheblich absenken.
- Nach Art. 33 GFK sind die Vertragsstaaten miteinander durch den **Verantwortungszusammenhang der GFK** verbunden, sodass der die Abschiebung durchführende Staat mit der Abschiebung oder Zurückweisung des Flüchtlings seiner aus Art. 33 GFK folgenden Verpflichtung erst ledig wird, **bis feststeht**, dass dem Flüchtling im Drittstaat ein **Zugang zu einem Asylverfahren** gewährt wird.
- Daraus folgt, dass als Drittstaaten **nur Vertragsstaaten der GFK** in Betracht kommen, da nur diese in diese in den Verantwortungszusammenhang eingebunden werden können. Ebenso folgt daraus, dass der **Europavorbehalt** nicht erklärt worden sein darf, da andernfalls alle Flüchtlinge aus nicht-europäischen Staaten und damit die überwiegende Mehrzahl der Flüchtlinge ausgeschlossen würden.

IV. Erfordernis der Verbindungen des Flüchtlings zum sicheren Drittstaat

1. *Geltendes Sekundärrecht und Reformvorstellungen*

Die derzeitige Konzeption des ersten Asylstaates hat bei der ersten Alternative zur Voraussetzung, dass der Flüchtling dort als Flüchtling anerkannt *wurde*. Hingegen ist die zweite Alternative („anderweitiger Schutz“) nicht auf den Reiseweg zum Mitgliedstaat ausgerichtet, setzt also begrifflich keinen vorhergehenden Aufenthalt oder eine Durchreise durch diesen voraus. Allerdings wird für beide Alternativen gefordert, dass der Flüchtling vom ersten Asylstaat „*wieder*“ aufgenommen wird (Art. 35 Abs. 1 UAbs. 1 letzter Halbsatz RL 2013/32/EU). Daraus wird deutlich, dass dieser bereits vor seiner Einreise in den Mitgliedstaat in diesem aufgenommen worden sein und dort durch Schutzgewährung besondere Bindungen aufgebaut haben muss. Ferner wird vorausgesetzt, dass der Flüchtling nach nationalen Regelungen behandelt wird, die eine Verbindung zwischen ihm und dem betreffenden Drittstaat erfordern, sodass es aufgrund dieser Verbindungen vernünftig erscheint, dass er sich in diesen Staat begibt (Art. 38 Abs. 2 Buchst. a) RL 2013/32/EU).

Im Blick auf die Konzeption des sicheren Drittstaates übernimmt der Vorschlag einer VerfahrensVO der Kommission diese Formulierung (Art. 45 Abs. 3 Buchst. a)). Daran schließt sich der Hinweis an, eine Verbindung zwischen dem Flüchtling und dem betreffenden Drittstaat sei anzunehmen, wenn er aus dem Staat eingereist ist, der *geografisch in der Nähe des Herkunftsstaates* liege (Art. 45 Abs. 3 Buchst. a)). Es bleibt aber unklar, ob es sich hierbei um eine bloße Feststellung oder um eine normativ verbindliche Zielvorstellung handelt. Der Vorschlag des Ratspräsidenten schließt sich dieser Konzeption der Kommission an, unterlässt aber den Hinweis auf die geografische Nähe zum Herkunftsland.⁴⁹ In der vom Bundesinnenministerium in Auftrag gegebenen gutachterlichen Stellungnahme wird hingegen auf Empfehlungen des Exekutivausschusses des Programms von UNHCR hingewiesen, aus denen sich ergebe, dass eine „hinreichende Verbindung des Flüchtlings zum Schutzort“ keine völkerrechtliche Notwendigkeit sei. Hieraus wird gefolgert, dass aus dem Flüchtlingsvölkerrecht keine Verpflichtung folge, Flüchtlinge nur dann auf eine anderweitige Schutzoption zu verweisen, wenn sie eine persönliche Verbindung zum Drittstaat hätten (S. 30 ff.)

⁴⁹ Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and replacing Directive 2013/32/EU (first reading) 6238/18, 19 February 2018, zu Art. 45, S. 11.

2. Kritik

In der Staatenpraxis wie in der Literatur wird jedenfalls als Mindestvoraussetzung gefordert, dass der Flüchtling überhaupt eine Verbindung zu irgendeinen der Transitstaaten, durch die er vor seiner Schutzsuche in einem Vertragsstaat durchgereist war, gehabt hatte und im aktuellen Entscheidungszeitpunkt immer noch hat. Die Möglichkeit, dass ein Staat, durch den der Flüchtling nicht durchgereist war oder zu dem er sonst keinerlei auf persönlichen oder familiären Umständen beruhende konkrete Verbindungen hat, als erster Asylstaat oder sicherer Drittstaat in Betracht kommen könnte, wird weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung der Vertragsstaaten erwogen. Vielmehr muss vor der Einreise notwendigerweise eine konkrete Verbindung des Flüchtlings zu dem Drittstaat bestanden haben und noch andauern.⁵⁰ Auch UNHCR hat erneut seine Position bekräftigt, dass ein Staat nur dann für den Flüchtling im konkreten Einzelfall als sicher behandelt werden darf, wenn dieser eine konkrete Verbindung zum Drittstaat hat.⁵¹ Für die Annahme, dass ein Drittstaat einen Flüchtling, der nicht durch diesen durchgereist war, von einem Vertragsstaat übernommen würde, bei dem dieser keinen Asylantrag gestellt hat und dem dieser keinen Schutz gewähren will, sind keine überzeugungskräftigen Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Vielmehr folgt aus dem Verantwortungszusammenhang aller Vertragsstaaten der GFK, dass der die Abschiebung oder Zurückweisung planende Vertragsstaat nur dann davon ausgehen kann, dass der Flüchtling in einem anderen Vertragsstaat Zugang zu einem Asylverfahren mit der Option der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft erhalten wird, wenn zwischen diesem und den Flüchtling eine konkrete Verbindung besteht. Andernfalls kann das Risiko der Weiterschlebung nicht beurteilt werden und verletzt er das Verbot des Refoulements. Eine bloße Durchreise durch den anderen Vertragsstaat begründet keinen diesen verpflichtenden die Übernahme des Flüchtlings begründenden Tatbestand. Vielmehr muss ein Flüchtling während seiner Durchreise durch den anderen Vertragsstaat eine wirksame Möglichkeit gehabt haben, die Gewährung des Flüchtlingsstatus und die damit verbundenen Rechte im vollen Umfang zu erlangen.⁵² Lediglich die faktische Möglichkeit der Wiedereinreise genügt nicht. Vielmehr muss es für den Flüchtling möglich sein, rechtmäßig in den Drittstaat einreisen zu können.⁵³ Insoweit sind eindeutige

50 Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), (2019) UKUT 422 Rn 11(IAC) – RR.; *Goodwin-Gill/McAdams*, *The Refugee in International Law*, 3. Auflage, 2007, S. 392.

51 UNHCR, *Legal considerations regarding access to protection and a connection between the refugee and the third country in the context of return or transfer to safe third countries*, April 2018, abrufbar unter <http://www.refworld.org/docid/5acb33ad.html>.

52 *Goodwin-Gill/McAdams*, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl., 2007, S. 392; Committee of Ministers, Rec. No. R (97) 22

53 *Hofmann/Löhr*; in: Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the Status of Refugee and its 1967 Protocol*, 2011, S. 1111; Federal Court of Australia (2001) FCA 1141 – *Al-Rahal.*, bezogen auf das Konzept des ersten

Feststellungen zur Ermöglichung der Rückübernahme gefordert.⁵⁴

3. *Schlussfolgerungen*

Die Kommission schlägt in Übereinstimmung mit der Staatenpraxis und der völkerrechtlichen Literatur vor, dass zwischen dem Flüchtling und dem sicheren Drittstaat eine **konkrete Verbindung** bestehen muss. Dagegen wird von deutscher Seite in die Verhandlungen die Position eingebracht, dass eine derartige hinreichende Verbindung keine völkerrechtliche Notwendigkeit sei. Aus flüchtlingsvölkerrechtlicher Sicht ist zu diesen konträren Auffassungen festzustellen:

- Jedenfalls als Mindestvoraussetzung muss der Flüchtling durch den sicheren Drittstaat durchgereist sein, dies allein reicht aber nicht aus.
- Die Bestimmung eines Staates zum sicheren Drittstaat, der **geografisch in der Nähe des Herkunftslandes des Flüchtlings** liegt, stellt eine politische Wunschvorstellung der Kommission dar, beruht jedoch **nicht auf einer allgemein anerkannten völkerrechtlichen Auslegung** der GFK.
- **Aus dem Verantwortungszusammenhang aller Vertragsstaaten** der GFK folgt, dass der die Abschiebung oder Zurückweisung planende Vertragsstaat **nur dann davon ausgehen kann, dass der Flüchtling in einen anderen Vertragsstaat Zugang zu einem Asylverfahren mit der Option der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft erhalten wird**, wenn zwischen diesem und dem Flüchtling eine konkrete Verbindung besteht. Andernfalls ist das Risiko der Weiterschickung nicht vorhersehbar und verletzt dieser das Verbot des Refoulements.
- Eine konkrete Verbindung zwischen dem Flüchtling und dem anderen Vertragsstaat kann daher nur angenommen werden, wenn dieser **während seiner Durchreise** durch den anderen Vertragsstaat eine **wirksame Möglichkeit** gehabt haben, die **Gewährung des Flüchtlingsstatus** zu erlangen.

Asylstaates.

54 Committee of Ministers, Rec. No. R (97) 22.

V. Nur in Teilgebieten sichere Drittstaaten

1. Geltendes Sekundärrecht

Die Verfahrensrichtlinie 2005/85/EG wie auch die Änderungsrichtlinie 2013/32/EU enthalten keinen Hinweis darauf, dass ein Staat, der in seiner Gesamtheit nicht sicher ist, wohl aber in einem oder mehreren Teilgebieten, als sicherer Drittstaat in Betracht gezogen werden darf (Art. 27 RL 2005/85/EG, Art. 38 RL 2013/32/EU). Nunmehr wird in beiden Vorschlägen der Ratspräsidentschaft angeregt, dass die Konzeption des sicheren Drittstaates auch dann angewandt werden *soll*, wenn das Refoulementverbot nur in einem Teilgebiet des Drittstaates beachtet wird und die Möglichkeit besteht, ausreichenden Schutz zu erlangen (Art. 45 Abs. 1, Abs. 2a Buchst. c)).⁵⁵ In der vom Bundesinnenministerium in Auftrag gegebenen gutachterlichen Stellungnahme wird bereits im Titel die Möglichkeit genannt, den Flüchtling in den Drittstaat abzuschicken oder zurückzuweisen, wenn dieser in „einzelnen Teilgebieten“ sicher ist. Begründet wird dies damit, dass es sich hierbei nicht um eine „revolutionäre Änderung“ handle, weil entsprechende Vorgaben bereits früher vorgebracht worden seien (S. 8). Eine nähere Auseinandersetzung mit der völkerrechtlichen Zulässigkeit eines derartigen Vorschlags unterbleibt jedoch. Da mit der Stellungnahme ein derartiger Vorschlag zum ersten Mal im völkerrechtlichen Diskurs gemacht wurde und wenig später die Präsidentschaft diesen aufgegriffen hat, kann wohl davon ausgegangen werden, dass diese die Stellungnahme aufgreift.

2. Kritik

Der Vorschlag, einen Drittstaat auch dann als sicher anzusehen, wenn nur Teilgebiete sicher sind, hat sein Vorbild im Konzept des *internen Schutzes* wie es in der Praxis der Vertragsstaaten wie auch in der Union anerkannt ist (Art. 8 RL 2011/95/EU). Dieses bezieht sich jedoch auf den Herkunftsstaat. Anders als den Herkunftsstaat trifft einen Drittstaat aber weder die Verpflichtung gegenüber der Gemeinschaft der Vertragsstaaten der GFK noch gegenüber der internationalen Gemeinschaft einem für ihn fremden Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen nationalen Schutz zu

⁵⁵ Presidency compromise proposals in relations to Articles 1 – 43 during three Meetings (26 – 27 September, 5 – 6 October and 24 – 25 October (2017)), No 14098/17 – 2016/0224(COD) - common procedure for international protection, Art. 45 Buchst. 1a), S. 11; Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and replacing Directive 2013/32/EU (first reading) 6238/18, 19 February 2018, zu Art. 45 Buchst. 2b) (c), S. 11.

gewähren.⁵⁶ Darüber hinaus scheidet die Entwicklung einer drittstaatsbezogenen internen Schutzkonzeption an dem Erfordernis, dass der Flüchtling die Möglichkeit haben muss, die Staatsgrenze des Drittstaates zu überqueren. Dies setzt nicht lediglich einen faktischen Zugang zu dem Drittstaat voraus, sondern die Möglichkeit, in diesen rechtmäßig einzureisen. Die zuständigen Organe des Drittstaates müssen ausdrücklich erklärt haben, dass sie den Flüchtling zurücknehmen.

Nach der Ankunft im sicheren Drittstaat muss der Flüchtling darüber hinaus Zugang zu einem rechtsstaatlichen und fairen Verfahren haben. Derartige Voraussetzungen können in Teilgebieten eines Drittstaates nicht vorausgesetzt werden. Denn diese kann nur ein Staat, der in seinem Gesamtgebiet ein funktionierendes Rechts- und Verwaltungssystem eingerichtet hat, erfüllen. Ohne einen derartigen verfahrensrechtlichen Schutz ist der Flüchtling aber nicht vor der Gefahr des Refoulements unter Berücksichtigung seiner individuellen Umstände geschützt.⁵⁷ Hinzu kommt – wie eingangs erwähnt – dass als Drittstaat nur ein Vertragsstaat der GFK in Betracht kommen kann. Ist der Drittstaat aber nur in einem Teilgebiet oder in mehreren Teilgebieten sicher, fehlt es an der Voraussetzung, dass er die Anwendung der GFK wirksam durchsetzen kann. Aus all diesen Gründen dürfte die GFK wohl so zu interpretieren und anzuwenden sein, dass ein sicherer Drittstaat imstande sein muss, innerhalb des *gesamten Staatsgebietes* ein Gewalt- und Schutzmonopol auszuüben. Zerfallende, im Zerfallsprozess begriffene oder nur in Teilgebieten sichere Drittstaaten kommen aus diesen Gründen von vornherein nicht als sichere Drittstaaten in Betracht. Diese für die Anwendung des Konzepts des sicheren Drittstaats unabdingbaren Voraussetzungen machen deutlich, dass ein Drittstaat, der nicht insgesamt sicher ist, nicht als sicherer Drittstaat behandelt werden darf.

3. *Schlussfolgerungen*

Gegen den am Konzept des **internen Schutzes** ausgerichteten Vorschlag, einen Staat auch dann als sicher anzusehen ist, wenn er **nur in Teilbereichen sicher** ist, ist einzuwenden:

- Diesen Staat trifft anders als den Herkunftsstaat **nicht die Verpflichtung** – weder gegenüber der Gemeinschaft der Vertragsstaaten der GFK noch gegenüber der

⁵⁶ S. hierzu im Einzelnen *Marx*, Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der von der Kommission der Europäischen Union vorgeschlagenen Konzeption des ersten Asylstaates sowie der Konzeption des sicheren Drittstaates mit Völker- und Unionsrecht vom 1. Februar 2018, S. 26 ff., abrufbar unter www.ramarx.de/Interessantes/Dokumente.

⁵⁷ *Hofmann/Löhr*, in: Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the Status of Refugee and its 1967 Protocol*, 2011, S. 1111; Legomsky, *IJRL* 2003, 567 (573).

internationalen Gemeinschaft –, einen für ihn fremden Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen **nationalen Schutz zu gewähren**.

- Ein nur in Teilbereichen sicherer Drittstaat kann nicht die **wirksame Anwendung der GFK** sicherstellen und deshalb kann nicht verlässlich vorhergesehen werden, ob das **Verbot der Kettenabschiebung** eingehalten wird.

VI. Eilrechtsschutz

1. *Geltendes Sekundärrecht und Reformvorstellungen*

Der Rechtsbehelf ist nach dem Vorschlag der Kommission zur VerfahrensVO innerhalb von zwei Wochen einzulegen (Art. 53 Abs. 6 Buchst. b)). Die Frist beginnt mit der persönlichen Zustellung der Entscheidung an den Flüchtling oder von dem Zeitpunkt an, an dem sein Bevollmächtigter die Vertretung angezeigt und gegebenenfalls einen Antrag auf freie rechtliche Vertretung („*free legal assistance*“, Prozesskostenhilfe) gestellt hat (Art. 53 Abs. 6 UAbs. 3). Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten in diesem Fall eine Überprüfung der Entscheidung von Amts wegen vorsehen (Art. 53 Abs. 6 UAbs. 2).

Nach Art. 54 des Vorschlags kann gegen die behördliche Entscheidung ein gerichtlicher Antrag auf Anordnung der *aufschiebenden Wirkung* gestellt werden, sodass während des Eilrechtsschutzverfahrens der weitere Aufenthalt gestattet wird. Art. 54 Abs. 2 sieht auch vor, dass über den Eilrechtsschutz von Amts wegen entschieden werden kann. Allerdings fehlt ein Hinweis auf den sicheren Drittstaat in den drei bezeichneten Fallgruppen. Dort wird neben zwei anderen hier nicht relevanten Kategorien nur der erste Asylstaat genannt. Nach einer informellen Klarstellung durch die Union werde das Verbleibsrecht während des gerichtlichen Verfahrens aber bereits mit der Einlegung des Rechtsbehelfs selbst begründet, sodass beim sicheren Drittstaat eine Gewährung des Eilrechtsschutzes nicht erforderlich sei. Dazu wird auf die Begründung des Vorschlags hingewiesen, in der bei der Erläuterung des unzulässigen Antrags neben dem ersten Asylstaat auch der sichere Drittstaat erwähnt wird.⁵⁸ Allerdings wird dort nicht auf den Eilrechtsschutz hingewiesen.⁵⁹ Denn

58 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rats zur

Art. 54 Abs. 2 Buchst. b) verweist zwar auf Art. 36 Abs. 1 Buchst. a) - erster Asylstaat -, nicht jedoch auf Art. 36 Abs. 1 Buchst. b) - sicherer Drittstaat -. Der Vorschlag des Ratspräsidenten vom 19. Februar 2018 schlägt keine andere Regelung vor.⁶⁰ Es ist kaum vorstellbar, dass die Konzeption des sicheren Drittstaates bei der Regelung des Rechtsschutzes gegenüber der Konzeption des ersten Asylstaates privilegiert werden sollte.

Während die Zulässigkeitsprüfung innerhalb von zehn Tagen abgeschlossen sein muss (Art. 34 Abs. 1 UAbs. 2), enthält der Vorschlag keine Regelung zur Rechtsbehelfsfrist beim Eilrechtsschutz. Geregelt wird lediglich, dass die Mitgliedstaaten dem Antragsteller das Aufenthaltsrecht während des Überprüfungsverfahrens für die Dauer von einem Monat gewähren (Art. 54 Abs. 4). Dies dürfte Auswirkungen auf die richterliche Entscheidungsfrist haben, enthält aber keine sichere und unzweideutige Aussage zur Rechtsbehelfsfrist. Es dürfte aufgrund dieses Mangels wohl davon auszugehen sein, dass auch der Eilrechtsschutzantrag wie der Rechtsbehelf selbst innerhalb der Frist von zwei Wochen (Art. 53 Abs. 6 Buchst. b)) zu stellen ist. Dem Antragsteller ist Gelegenheit zu geben, gegen eine behördliche Entscheidung, mit der der Asylantrag als unzulässig zurückgewiesen wird, einen wirksamen Rechtsbehelf gegen die Zurückweisung einzulegen (Art. 53 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a) i).

Die im Auftrag des Bundesinnenministeriums erstellte gutachterliche Stellungnahme bestreitet, jedenfalls im Blick auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 13 EMRK, dass Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung hätten. Ein automatischer Suspensiveffekt trete nur dann ein, wenn im Einzelfall grundlegende Konventionsrechte verletzt werden könnten. Der EuGH habe sich dieser Rechtsprechung angeschlossen.⁶¹

Einführung eines gemeinsamen Verfahrens für internationalen Schutz in der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 2013/32/EU, Brüssel, 13. Juli 2017, COM(2016)0224 final, 2016/0224 (COD), S.16.

59 Zum Ganzen s. *Marx*, Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der von der Kommission der Europäischen Union vorgeschlagenen Konzeption des ersten Asylstaates sowie der Konzeption des sicheren Drittstaates mit Völker- und Unionsrecht vom 1. Februar 2018, S. 55, abrufbar unter www.ramarx.de/Interessantes/Dokumente.

60 Presidency compromise proposals in relations to Articles 1 – 43 during three Meetings (26 – 27 September, 5 – 6 October and 24 – 25 October (2017)), No 14098/17 – 2016/0224(COD) - common procedure for international protection, Art. 45 Buchst. 1a), S. 11; Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and replacing Directive 2013/32/EU (first reading) 6238/18, 19 February 2018, zu Art. 45 Buchst. 2b) (c), S.36.

61 *Thym*, Mindestanforderungen des EU-Primärrechts und des Flüchtlingsvölkerrechts an sekundärrechtlichen Regelungen, die vorsehen, Asylanträge mit Blick auf Schutz- und Unterkunftsmöglichkeiten in dritten Staaten (Transitstaaten, sonstige Staaten) oder einzelnen Teilgebieten solcher Staaten ohne Sachprüfung abzulehnen, 19. Januar 2017, S. 49 f., mit Bezugnahme auf EGMR, NVwZ 2011, 413 (416) Rn 289- 293 – *M.S.S.* und EuGH, U. v. 18. 12. 2014 - Rs. C-562/13 Rn 44 53-*Abdida*.

2. Kritik

In der Stellungnahme wie auch in der zitierten Rechtsprechung wird nicht ausgeschlossen, dass ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gestellt werden kann.⁶² Der EuGH weist zunächst ausdrücklich auf die Entscheidung des EGMR hin, wonach ein Staat, der einen Ausländer in ein Land abschieben wolle bei dem ernsthafte Gründe befürchten lassen, dass tatsächlich die Gefahr einer Art. 3 EMRK widersprechenden Behandlung besteht, es die Wirksamkeit des Rechtsbehelfs nach Art. 13 EMRK erfordert, dass die Betroffenen über einen Rechtsbehelf mit *kraft Gesetzes* aufschiebender Wirkung gegen den Vollzug der Maßnahme verfügen, die ihre Abschiebung ermöglicht. Art. 3 und 13 RL 2008/115/EG in Verb. mit Art. 19 Abs.2 und Art. 47 GRCh seien vielmehr dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die keinen Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung gegen eine Rückkehrentscheidung *vorsehen*, deren Vollzug den betroffenen Drittstaatsangehörigen einer ernsthaften Gefahr einer schweren und irreversiblen Verschlechterung seines Gesundheitszustands aussetzt.⁶³

Diese Rechtsprechung des EuGH beruht auf einer gefestigten Spruchpraxis.⁶⁴ Danach folgt aus dem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, dass alle Entscheidungen einer nationalen Behörde gerichtlich überprüfbar sein müssen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Aussetzung des Vollzugs der Entscheidung einer nationalen Behörde, dass ein mit einem nach Unionsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasstes nationales Gericht in der Lage sein muss, *einstweilige Anordnungen* zu erlassen, um die *volle Wirksamkeit* der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Unionsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen.⁶⁵ Der Gerichtshof begründet seine Auffassung damit, dass jede Bestimmung einer nationalen Rechtsordnung mit den in der Natur des Unionsrechts liegenden Erfordernissen unvereinbar wäre, die dadurch zu einer Abschwächung der Wirksamkeit des Unionsrechts führen würde, dass dem für die Anwendung dieses Rechts zuständigen Gericht die Befugnis abgesprochen werde, bereits zum Zeitpunkt dieser Anwendung alles Erforderliche zu tun, um diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften auszuschalten, die unter Umständen ein wenn auch nur vorübergehendes Hindernis für die volle

62 EGMR, NVwZ 2011, 413 (416) Rn 293 und EuGH, U. v. 18. 12. 2014 - Rs. C-562/13 Rn 44 - 53-*Abdida*.

63 EuGH, U. v. 18. 12. 2014 - Rs. C-562/13 Rn 53 – *Abdida*, mit Bezugnahme auf EGMR, U. v. 26. 4. 2007, Rn 67 *Gebremedhin*, EGMR, NVwZ 2012, 809 (811) Rn 200 - *Hirsi*.

64 S. hierzu *wie* auch zur Rechtsprechung des EGMR zu Art. 13 EMRK *Marx*, Rechtsgutachten zu den verfassungs- und europarechtlichen Fragen im Hinblick auf Überstellungen an Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin-II-Verordnung) v. 4. 3. 2010, S. 115 ff., 133 ff.

65 EuGH, Urt. vom 19. Juni 1990, Rs. C-213/89, Rdn. 19 ff., Slg. 1990, I-02433 – *Factortame u.a.*; EuGH, Urt. vom 11. Januar 2001, Rs. C-1/99 Rdn. 46 - 48 – *Kofisa Italia Srl*.

Wirksamkeit der Gemeinschaftsnormen bildeten.⁶⁶ Die volle Wirksamkeit des Unionsrechts würde daher auch dann abgeschwächt, wenn ein Gericht, das mit einem nach Unionsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasst sei, durch eine Norm des nationalen Rechts daran gehindert werden könnte, einstweilige Anordnungen zu erlassen, um die *volle Wirksamkeit* der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Unionsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen. Ein Gericht, das unter diesen Umständen einstweilige Anordnungen erlassen würde, wenn dem nicht eine Vorschrift des nationalen Rechts entgegenstünde, dürfe diese (nationale) Vorschrift nicht anwenden.⁶⁷ Aus dem aus allgemeinen Grundsätzen wie auch aus Art. 47 GRCh abgeleiteten Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz folgt damit als immanenter Bestandteil dieses Grundrechts ein grundrechtlicher Anspruch auf Eilrechtsschutz zur Sicherstellung der vollen Wirksamkeit unionsrechtlich begründeter Rechtspositionen.⁶⁸

Auch der EGMR hat in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass das Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK ein „*subjektives* Recht“ ist, das als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips eines der grundlegenden Prinzipien bezeichnet, die allen Bestimmungen der Konvention immanent sind.⁶⁹ Dabei erfordert der Begriff der „wirksamen Beschwerde“ eine „*unabhängige und genaue Prüfung*“ der Behauptung, es gebe ernsthafte Gründe für die Besorgnis, dass tatsächlich die Gefahr einer der Konvention widersprechenden Verletzung von Rechten bestehe.⁷⁰ Gerichtliche Überprüfungsverfahren im Kontext von Abschiebung und Auslieferung begründen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes grundsätzlich einen wirksamen Rechtsbehelf im Sinne von Art. 13 EMRK, sofern das Gericht die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsmaßnahme in inhaltlicher und verfahrensrechtlicher Hinsicht wirksam überprüfen und diese Maßnahme aufheben kann.⁷¹ Um sich auf Art. 13 EMRK zu berufen, muss die Behauptung der Rechtsverletzung „vertretbar“ („*arguable*“) sein.⁷² Das betrifft aber nur die Anforderungen an die endgültige Entscheidung über eine Verletzung von Art. 13 EMRK, nicht jedoch die über den vorgelagerten Eilrechtsschutz. Insoweit zielen die Vorgaben des EGMR auf das nationale Prozessrecht der Vertragsstaaten, Betroffenen die Möglichkeit zu eröffnen, Eilrechtsschutz zu erlangen.

66 EuGH, Urt. vom 19. Juni 1990, Rs. C-213/89, Rdn. 20, Slg. 1990, I-02433 – *Factortame u.a.*, mit Hinweis auf EuGH, Urt. vom 9. März 1978, Rs. 106/77, Rdn. 21 bis 23, Slg. 1978, 629 – *Simmenthal*.

67 EuGH, Urt. vom 19. Juni 1990, Rs. C-213/89, Rdn. 21, Slg. 1990, I-02433 – *Factortame u.a.*

68 EuGH, Urt. vom 15. Oktober 2005 – Rs. C-379/04, Rdn. 14 – *Dahms*, mit weiteren Hinweisen; EuGH, Urt. vom 17. September 2002, Rs. C-253/00, Rdn. 28 – *Munoz und Superior Fruiticola*; EuGH, Urt. vom 19. Juni 1990, Rs. C-213/89, Rdn. 28 Slg. 1990, I-02433 – *Factortame u.a.*; s. auch *Weinzierl*, *Der Asylkompromiss 1993 auf dem Prüfstand*, *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Hrsg.), 2009, S. 20.

69 EGMR, Urt. v. 5. Februar. 2002 – Nr. 51564/99, Rdn. 83, – *Conka*.

70 EGMR, Urt. v. 2. Dezember 2008 – Nr. 32733/08, Rdn. 48, NVwZ 2009, 965 (966) – *K.R.S.*

71 EGMR, Urt. v. 11. Dezember 2000 – Nr. 42502/06, Rdn. 102 – *Muminov*.

72 EGMR, Urt. v. 11. Dezember 2000 – Nr. 42502/06, Rdn. 99 – *Muminov*.

Eilrechtsschutz durch den EGMR selbst ist nach Art. 39 seiner Geschäftsordnung zulässig, wird aber zumeist nur bei drohender Verletzungen von Art. 3 EMRK gewährt. Soweit in der gutachterlichen Stellungnahme behauptet wird, dass die Behauptung der Verletzung von Art. 13 EMRK die Darlegung eines „arguable claim“ verlange (S. 49), ist das zwar mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbar. Verschwiegen wird aber, dass diese Voraussetzungen nicht für den Eilrechtsschutz gilt.

Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass der durch die Ratspräsidentschaft bekräftigte Vorschlag der Kommission, dass bei Rechtsbehelfen gegen die Abschiebung oder Zurückweisung in einen sicheren Drittstaat das nationale Gericht nicht ermächtigt ist („*shall (not) have the power*“), die aufschiebende Wirkung anzuordnen, mit Konventions- und Unionsrecht nicht vereinbar ist.

3. *Schlussfolgerungen*

Nach dem Vorschlag der Kommission zur VerfahrensVO soll gegen die Abschiebung oder Zurückweisung in einen sicheren Drittstaat **kein Eilrechtsschutz** gewährt werden. Dagegen ist einzuwenden:

- Nach der gefestigten Rechtsprechung des EuGH aus dem Unionsrecht und nach der des EGMR aus Art. 13 EMRK folgt, dass gegen Zwangsmaßnahmen Eilrechtsschutz zuzulassen ist.
- Für den Antrag auf Eilrechtsschutz nicht die Darlegung eines „*arguable claim*“ (vertretbarer Antrag) maßgebend ist, sondern die **Zulässigkeitsvoraussetzungen des nationalen Prozessrechts**.

VII. **Asylverfahren an der Grenze, in Transitzonen oder an Bord von Schiffen**

1. *Geltendes Sekundärrecht und Reformvorstellungen*

Nach Art. 35 Abs. 5 RL 2005/85/EG wie nach Art. 43 Abs. 3 RL 2013/32/EU können Verfahren an der Grenze oder in Transitzonen durchgeführt werden, wenn aufgrund einer besonderen Art der Ankunft oder einer Ankunft, bei der eine erhebliche Anzahl von Asylsuchenden und Flüchtlingen an der Grenze oder in Transitzonen Anträge stellt. Anknüpfend hieran können nach dem Vorschlag der

Kommission zur VerfahrensVO für den Fall der Ankunft einer *unverhältnismäßig großen Anzahl von Flüchtlingen an der Grenze oder in Transitzonen* und der dadurch bedingten Schwierigkeit, das normale Grenzverfahren durchzuführen, das Verfahren in Einrichtungen (*locations*) nahe der Grenze oder in Transitzonen durchgeführt werden (Art. 41 Abs. 4). Im Vorgriff hierauf hat die Große Koalition beschlossen, bereits jetzt und unverzüglich „Ankerzentren“ nahe der Grenze einzurichten. Der Vorschlag des Ratspräsidenten vom 19. Februar 2018 verhält sich hierzu nicht, sieht also wohl keine Bedenken.

Einen erheblichen Schritt weiter geht die vom Bundesinnenministerium in Auftrag gegebene gutachterliche Stellungnahme, in der vorgeschlagen wird, Prüfverfahren an Bord von Schiffen vorzunehmen und die betroffenen Personen von dort direkt an sichere Orte in Drittstaaten auszuschießen. Damit verbundene Risiken könnte dadurch umgangen werden, dass man auf Hoher See aufgegriffene Asylsuchende auf das europäische Festland verbringt und dort nach dem Modell des Abkommens der EU mit der Türkei vom 18. März 2016 beschleunigte Asylverfahren durchführt. Hintergrund dieses Vorschlags ist die Einschätzung, dass vor allem die **zentrale Mittelmeerroute** bei den Verhandlungen über die Reform des GEAS ein Thema sein dürfte.⁷³

2. Kritik

Nach geltendem Sekundärrecht wie auch nach dem Kommissionsvorschlag ist eine Durchführung des Asylverfahrens an der Grenze oder in Transitzonen unter bestimmten Bedingungen zulässig. Ob dies in Form der Unterbringung in Transiteinrichtungen, die keine freiheitsentziehenden Charakter hätte, oder als Inhaftierung zulässig bzw. geplant ist, kann weder dem geltenden Recht noch dem Kommissionsvorschlag entnommen werden. Sollte nach diesem Vorschlag eine haftähnliche Unterbringung gemeint sein, würde dies bei einer länger andauernden Inhaftierung mit dem internationalen Standard unvereinbar sein. So sollen nach der Empfehlung Nr. 44 (XXXVII) des Exekutivkomitees des Programms von UNHCR zur „Inhaftierung von Flüchtlingen und Asylsuchenden“ (1986) Inhaftierungen von Asylsuchenden „normalerweise vermieden werden.“⁷⁴ Soweit „überhaupt notwendig, sollten Inhaftierungen u.a. nur zur Klärung der Identität, zur Feststellung der den Asylantrag zugrundeliegenden Tatsachen oder zur Handhabung von Fällen, in

73 Thym, Mindestanforderungen des EU-Primärrechts und des Flüchtlingsvölkerrechts an sekundärrechtlichen Regelungen, die vorsehen, Asylanträge mit Blick auf Schutz- und Unterkunftsmöglichkeiten in dritten Staaten (Transitstaaten, sonstige Staaten) oder einzelnen Teilgebieten solcher Staaten ohne Sachprüfung abzulehnen, 19. Januar 2017, S. 6, , 47 f. Hervorhebung im Original.

74 So erneut UNHCR, Note on International Protection (2015) Nr.44, in: IJRL 2016, 116 (126).

denen Flüchtlinge oder Asylsuchende ihre Reise- oder Identitätsdokumente vernichtet bzw. gefälschte Dokumente benutzt haben oder aber zum Schutz der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung durchgeführt werden. Anknüpfend hieran wird in der Empfehlung Nr. 85 (XLIX) (1998) „*beklagt*“, dass viele Länder Asylsuchende „nach wie vor routinemäßig, willkürlich, für unangemessene Zeiträume und ohne ihnen Zugang zu UNHCR und zu fairen Verfahren zwecks einer zügigen Haftprüfung zu geben, in Gewahrsam nehmen“ und *stellt fest*, „dass derartige Inhaftierungspraktiken in Widerspruch zu den geltenden Menschenrechtsstandards stehen, und fordert die Staaten *eindringlich auf*, aktiver alle geeigneten Alternativen zur Inhaftierung zu prüfen.“⁷⁵ Der EGMR betont, dass auch in Transitzone das nationale Recht des betreffenden Staates Anwendung findet und Unterbringungen dort von unbegrenzter Dauer Art. 5 EMRK verletzen.⁷⁶

Hieraus folgt, dass Asylsuchende zwar unter bestimmten Voraussetzungen inhaftiert werden dürfen, insbesondere auch zur inhaltlichen Prüfung von Asylgründen, dies jedoch normalerweise vermieden werden sollte. Kann die Prüfung des Asylantrags nicht zügig erfolgen, soll die Inhaftierung aufgehoben werden. Der Haftgrund der Vernichtung von Pässen oder anderen Identitätsdokumenten darf nicht bei sämtlichen ohne Reisedokumente einreisenden Asylsuchenden der Inhaftierung zugrunde gelegt werden, sondern bedarf der Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte, dass die Vernichtung absichtlich und zur Identitätstäuschung vorgenommen wurde. Dies folgt bereits daraus, dass dieser Haftgrund in Zusammenhang mit der Vorlage gefälschter Dokumente genannt wird, also von vergleichbarem Gewicht wie dieser sein muss. Würde allein die Einreise ohne erforderliche Reise- oder Identitätsdokumente die Haftanordnung rechtfertigen, könnten nahezu sämtliche Asylsuchenden inhaftiert werden. Denn eine derartige Einreise ist die Regel. Dass das Exekutivkomitee sich nach dreizehn Jahren erneut mit dieser Thematik befassen musste und eine routinemäßige, willkürliche und für unangemessene Zeiträume übliche Inhaftierung Asylsuchender beklagte, hat wohl nicht nur in der völkerrechtswidrigen Inhaftierungspraxis seinen Grund, sondern in der begrifflich unklaren Empfehlung von 1986. Inhaftierungen zwecks Durchführung von Asylverfahren sind daher regelmäßig völkerrechtswidrig. Werden diese binnen kurzer Frist durchgeführt, ergeben sich rechtliche Bedenken aus anderen Gründen. Dies betrifft sowohl die Inhaftierung wie auch eine Unterbringung in Transitzentren, die keinen haftähnlichen Charakter hat. Im Übrigen sollen nach Nr. 73 der *New Yorker Deklaration für Flüchtlinge und Migranten* (2016)

75 So erneut *Executive Committee of the UNHCR's Programme*, Alternatives to Detention (2015), in: IRLJ 2016, 148.

76 EGMR, InfAuslR 1997, 49 (58) Rn 53 – *Amuur*.

Flüchtlinge nur ausnahmsweise in Aufnahmezentren untergebracht werden. Sollten sie dennoch in diesen untergebracht werden, soll dies nur als Reaktion auf einen inneren Notstand („*emergency*“) und nur vorübergehend praktiziert werden.

Diese Bedenken folgen daraus, dass die Unterbringung an der Grenze oder in Haftzentren zwecks Prüfung der Asylgründe deshalb gegen die unabdingbar zu beachtenden Grundsätze eines *fairen Verfahrens* verstößt, weil der Zugang zu Rechtsanwälten dadurch verhindert oder wesentlich erschwert würde. Bemerkenswerterweise nennt die Empfehlung von 1998 anders als die von 1986 als Haftgrund nicht mehr die Prüfung von Asylgründen. Nach Art. 22 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2013/32/EU haben Antragsteller „*in allen Phasen des Verfahrens*“ Anspruch auf Rechtsberatung und -Vertretung. Das betrifft also nicht nur die Phase nach der Ablehnung eines Asylantrags, sondern auch insbesondere die persönliche Anhörung zu den Asylgründen. Art. 22 Abs. 2 RL 2013/32/EU ordnet ausdrücklich an, dass Asylsuchende Anspruch darauf haben, während der Anhörung durch einen Rechtsanwalt vertreten zu werden. Angesichts der Komplexität der Asylgründe sowie auch zumeist der rechtlichen Fragen kann die Vertretung nicht durch nicht rechtlich geschulte Berater, wie etwa Betreuern, sondern nur durch Rechtsanwälte oder Rechtsanwältinnen erfolgen. Die Gewährleistung dieser Rechte wird insbesondere durch die Verpflichtung der Behörden unterstrichen, sicherzustellen, dass Rechtsanwälte Zugang zu „abgeschlossenen Bereichen, wie Gewahrsamseinrichtungen oder Transitzonen“, erhalten (Art. 23 Abs. 2 RL 2013/32/EU). Da Transitzonen in aller Regel weit entfernt von städtischen Besiedlungen liegen, kann das Recht des Antragstellers auf Vertretung durch einen Anwalt nicht gewährleistet werden. Denn es ist für einen weiter entfernt praktizierenden Anwalt unzumutbar, derartige Entfernung zwecks Vertretung während der Anhörung zurückzulegen, zumal die Unterbringung in Transitzonen bei einer „unverhältnismäßig großen Anzahl von Flüchtlingen“ (Art. 41 Abs. 4 Vorschlag einer VerfahrensVO) vorgesehen ist, er also eine Vielzahl von Mandanten vertreten müsste und deshalb in der Kanzlei vor Ort zulasten anderer Mandanten kaum noch einen verantwortungsvollen Betrieb aufrecht erhalten könnte. Auch der EGMR verlangt bei der Prüfung der Asylgründe eine juristische und darüber hinaus humanitäre oder soziale Begleitung.⁷⁷

Schließlich folgt aus den Vorschriften der Verfahrensrichtlinie zur Rechtsvertretung, dass die Behörden dem Betroffenen die Möglichkeit einräumen müssen, einen Rechtsanwalt zu beauftragen. Es kann daher nicht vorausgesetzt werden, dass dieser binnen weniger Stunden oder Tagen

77 EGMR, InfAuslR 1997, 49 (58) Rn 53 – *Amuur*.

erscheinen kann. Ohne eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt darf aber die Anhörung nicht durchgeführt werden. Bei Einhaltung der unionsrechtlich geforderten Verpflichtung würde die Inhaftierung oder Unterbringung damit ungebührlich verzögert, sodass sie bereits aus diesen Gründen nicht zulässig wäre. Schließlich wären die Behörden verpflichtet, den Antragstellern geeignete Rechtsanwälte zu benennen, da diese zumeist nicht in der Lage sind, unmittelbar nach der Einreise und von einem Transitcenter aus, einen Anwalt zu finden und mit der Vertretung in ihrem Asylverfahren einschließlich der Vertretung während der persönlichen Anhörung zu beauftragen.

Soweit in der vom Bundesinnenministerium in Auftrag gegebene gutachterlichen Stellungnahme vorgeschlagen wird, Prüfverfahren an Bord von Schiffen vorzunehmen und die betroffenen Personen von dort direkt an sichere Orte in Drittstaaten auszuschiefen, verstößt dies gegen Art. 3 in Verb. mit Art. 13 EMRK. Zwar übt ein Mitgliedstaat auf einem Boot seiner Sicherheitskräfte auf Hoher See über Asylsuchende und Flüchtlinge, die aus Seenot gerettet wurden, Herrschaftsgewalt aus, sodass die EMRK auch auf Hoher See Anwendung findet. Eine Rückführung in den Staat der Ausreise darf aber nur erfolgen, wenn eine Prüfung der individuellen Lage jedes einzelnen Flüchtlings durchgeführt einschließlich der Überprüfung durch eine Beschwerdeinstanz.⁷⁸ Der EGMR hat wiederholt entschieden, dass Art. 13 EMRK die Verfügbarkeit einer Beschwerdemöglichkeit auf nationaler Ebene zur Durchsetzung der Konventionsrechte garantiert. Angesichts der „Unwiderruflichkeit des Leids, das sich im Falle der Verwirklichung der Gefahr von Folter und Misshandlung“ einstelle und dem „Gewicht, das Art. 3 EMRK beizumessen“ sei, müsse eine „*unabhängige und gründliche Prüfung des Vorbringens*, dass stichhaltige Gründe für die Furcht vor einem tatsächlichen Risiko“ einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung bestehen,⁷⁹ sichergestellt werden.

Derartige Verfahren müssen aber nach rechtsstaatlichen Grundsätzen und fair durchgeführt werden. Auch muss eine unabhängige gerichtliche Kontrollinstanz eine ablehnende Behördenentscheidung prüfen. Insbesondere aber muss – wie vorstehend ausgeführt – das Recht des Antragstellers durch einen Rechtsanwalt auch während der Anhörung vertreten zu werden, gewährleistet werden. Ein wirksamer Zugang zum Verfahren wie auch eine rechtsstaatliche Prüfung von Asylbegehren können nicht auf Hoher See gewährleistet werden.⁸⁰ Die Mitgliedstaaten bleiben in der Verantwortung. Sie müssen wirksame Verfahren und Überprüfungsmechanismen einrichten. Vor diesem Hintergrund

78 EGMR, NVwZ 2011, 413 (417) Rn 321 – *M.S.S.*

79 Z.B. EGMR, InfAuslR 2001, 57 = NVwZ-Beil. 2001, 97 – *Jabari*.

80 *Fischer-Lescano/Löhr*, Rechtsgutachten Menschen- und flüchtlingsrechtliche Anforderungen an Maßnahmen der Grenzkontrolle auf hoher See, 2007, S. 23, *Löhr/Pelzer*, KJ 2008, 303 (307 ff.).

zwingt der völkerrechtliche Auslegungsgrundsatz des *effet utile* zur Einrichtung von Verfahren innerhalb der Union, wenn Flüchtlinge auf Hoher See aufgegriffen werden.⁸¹ Sowohl die in Seenot geratenen und darüber hinaus auch alle auf Hoher See aufgenommenen Asylsuchenden sind daher an einen sicheren Ort in der Union zu verbringen.⁸² Bei der bloßen Verbringung an den nächstgelegenen Hafen kann die effektive Gewährleistung von Verfahrensgarantien nicht sichergestellt werden. Denn es ist offensichtlich, dass bei einem Asylverfahren an Bord eines Schiffes die aufgezeigten zwingenden unionsrechtlichen Verpflichtungen nicht eingehalten werden können. Eine Ausschiffung in den Staat der Ausreise – wie in der gutachterlichen Stellungnahme vorgeschlagen (S. 48) – ist nicht zulässig, weil die Union dort keine Hoheitsgewalt ausüben und damit auch ihre Rechtsvorschriften nicht anwenden kann.

3. Schlussfolgerungen

Gegen die **Inhaftierung** oder die **Unterbringung** von Flüchtlingen an der Grenze oder in **Transitzonen** folgen ernsthafte Bedenken aus Unionsrecht:

- Nach Art. 22 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2013/32/EU haben Antragsteller „in allen Phasen des Verfahrens“ **Anspruch auf Rechtsberatung und -Vertretung**. Das betrifft also nicht nur die Phase nach der Ablehnung eines Asylantrags, sondern auch insbesondere die **persönliche Anhörung** zu den Asylgründen.
- Die Behörden müssen dem Betroffenen deshalb die Möglichkeit einräumen, einen Rechtsanwalt zu beauftragen. Es kann insbesondere außerhalb städtischer Siedlungsgebiete nicht vorausgesetzt werden, dass dieser binnen weniger Stunden oder Tagen erscheinen kann.
- Gegen den Vorschlag auf **Hoher See Asylverfahren durchzuführen**, spricht Art.13 EMRK, da der Betroffene einen Anspruch auf Vertretung durch einen Rechtsanwalt und im Falle der Antragsablehnung ein Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) und Prüfung durch ein unabhängiges Gericht hat.

81 EGMR, NVwZ 2012, 809 (810) Rn 185 ff. – *Hirsi*; zum Umdrehen der Boote von Flüchtlingen („*interdiction at sea*“ s. *Schloenhasrdt/Craig*, 'Turning Back the Boats': Australian's Interdiction of Irregular Migrants at Sea, in: IJRL 2015, 536.

82 *Fischer-Lescano/Löhr*, Rechtsgutachten Menschen- und flüchtlingsrechtliche Anforderungen an Maßnahmen der Grenzkontrolle auf hoher See, 2007, S. 28.

VIII. Aufnahmezentren außerhalb der Europäischen Union

1. *Geltendes Sekundärrecht und Reformvorstellungen*

Das geltende Sekundärrecht enthält keine Rechtsgrundlage für die Einrichtung von Aufnahmezentren für Asylsuchende und Flüchtlinge außerhalb der Europäischen Union, in denen die Asylverfahren durchgeführt werden. Allerdings wird es gelegentlich Thema im politischen Diskurs als Alternative zum Flüchtlingsschutz. In der vom Bundesinnenministerium in Auftrag gegebenen gutachterlichen Stellungnahme wird erneut der Versuch unternommen, dieses Thema wiederzubeleben. Zu diesem Zweck wird vorgeschlagen, dass die Europäische Union derartige Aufnahmezentren (*regional processing centres*) nach dem Vorbild der australischen Regierung, die außerhalb Australiens in Manus und Naura derartige Zentren betreibt, einrichten könnte. Bei einem Aufnahmezentrum, das umfassend von Beamten der Union oder den Mitgliedstaaten sowie privaten Firmen oder internationalen Organisationen betrieben würde, die vollumfänglich von der Union finanziert würden, könnte eine Jurisdiktion bejaht werden. Soweit die Union hingegen nur zur Finanzierung beitrüge, die Einrichtungen ansonsten jedoch von Drittstaaten oder internationalen Organisationen betrieben würden, ohne dass die Union die Verwaltung kontrolliere, dürfte auch dann keine effektive Kontrolle gegeben sein, wenn Beamte der Union oder der Mitgliedstaaten einzelne Aufgaben übernehmen würden. In derartigen Fällen fände die EMRK in den Aufnahmezentren keine Anwendung.⁸³

2. *Kritik*

Zutreffend wird festgestellt, dass die EMRK keine Anwendung findet, wenn Beamte der Europäischen Union begrenzte Aufgaben in Aufnahmezentren übernehmen würden. Offen bleibt dabei, ob dies der Fall wäre, wenn Beamte der Union derartige Zentren umfassend betreiben und diese vollumfänglich von dieser finanziert würden. Hierzu hat der EGMR festgestellt, dass das Völkerrecht die Ausübung von *Hoheitsgewalt außerhalb des Staatsgebietes* nicht ausschließe. Allerdings dürften die Staaten auf dem Gebiet eines anderen Staates nur *mit Zustimmung des betroffenen Staates* ausüben. Voraussetzung hierfür sei ferner, dass die *extraterritoriale Hoheitsgewalt* von Beamten eines Staates ausgeübt werde. Im Blick auf militärische Aktionen auf

83 Thym, Mindestanforderungen des EU-Primärrechts und des Flüchtlingsvölkerrechts an sekundärrechtlichen Regelungen, die vorsehen, Asylanträge mit Blick auf Schutz- und Unterkunftsmöglichkeiten in dritten Staaten (Transitstaaten, sonstige Staaten) oder einzelnen Teilgebieten solcher Staaten ohne Sachprüfung abzulehnen, 19. Januar 2017, S. 52, 55.

dem Gebiet eines anderen Staates erfordere die Anwendung der EMRK, dass Maßnahmen direkt oder indirekt durch die Streitkräfte oder einer untergeordneten Verwaltung des Staates ausgeübt würden, der außerhalb seines Staatsgebietes tätig werde.⁸⁴ Bei der Betreibung von Aufnahmezentren handelt es sich nicht um die Anwendung militärischer Gewalt. Da die Union diese Zentren wohl nur mit Zustimmung des Staates, auf dessen Gebiet diese errichtet und verwaltet würden, steht das Völkerrecht dem nicht entgegen. Allerdings kann die Union als solche nicht als völkerrechtlich anerkannter Akteur handeln, sondern jeweils nur die einzelnen beteiligten Mitgliedstaaten. Der EGMR hat festgestellt, dass es unvereinbar mit Ziel und Zweck der EMRK wäre, wenn die Vertragsstaaten sich dadurch in einem bestimmten, von solchen Vereinbarungen umfassten Tätigkeitsbereich von den Verpflichtungen aus der EMRK befreien könnten.⁸⁵ Die Vertragsstaaten seien nach Art. 1 EMRK für alle Handlungen und Unterlassungen ihrer Organe unabhängig davon verantwortlich, ob diese auf innerstaatlichem Recht oder auf der Notwendigkeit beruhten, internationale Verpflichtungen zu erfüllen.⁸⁶

Offen bleibt aber auch in diesem Fall, ob sich diese Frage überhaupt stellen würde, wenn ein Vertragsstaat im Rahmen eines multilateralen Vertrages oder supranationalen Rechts außerhalb des Staatsgebietes handelt. Als weiteres Problem bleibt die Frage, ob die EMRK bei administrativen Maßnahmen nicht nur vorübergehender Art außerhalb eines militärischen Konfliktes anwendbar ist. Soweit ersichtlich, hat der EGMR in seiner Rechtsprechung diese Frage bislang nicht behandelt. Gegen die Anwendung der EMRK auf Handlungen einzelner Vertragsstaaten in derartigen Fällen spricht, dass sie extraterritorialer Hoheitsgewalt militärischer Natur nur in außerordentlichen Sondersituationen ausüben dürfen. Dies wäre bei einem auf Dauer oder jedenfalls auf längere Dauer ausgerichteten Betrieb von Aufnahmezentren nicht der Fall. Im Blick auf die nichtmilitärische Ausübung seiner Hoheitsgewalt außerhalb seines Staatsgebietes hat der EGMR dies auf Handlungen bezogen, die die eigenen Staatsangehörigen des extraterritorial handelnden Staates betreffen, und offen gelassen, ob die Ausübung von Hoheitsgewalt („*exercise jurisdiction*“) auch die Anwendung des eigenen nationalen Rechts einschließt.⁸⁷

Die Einrichtung und der Betrieb von Aufnahmezentren durch die Europäische Union außerhalb des

84 EGMR, HRLJ 2001, 453 (458 f.) Rn 59 f., 69 ff. = NJW 2003, 877 = NVwZ 2003, 1101 (LS) – *Bankovic*.

85 EGMR, EZAR 933 Nr. 8 = InfAuslR 2000, 321 (323) = NVwZ 2001, 301 (302) - *TI* ; EGMR, NVwZ 2009, 965 (966) - *K.R.S.*; s. hierzu auch *Costello*, The European asylum procedures directive in legal context, UNHCR, Research Paper No.134, November 2006, S. 5..

86 EGMR, Urteil vom 30. Juni 2005 – Nr. 45036/98, Rdn. 18 ff., 22 – *Boshporus Hava Yollari Turizm*; zum Ganzen s. *Marx*, Rechtsgutachten zu den verfassungs- und europarechtlichen Fragen im Hinblick auf Überstellungen an Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin-II-Verordnung) v. 4. 3. 2010, S. 80 ff.

87 EGMR, HRLJ 2001, 453 (458) Rn 60 = NJW 2003, 877 = NVwZ 2003, 1101 (LS) – *Bankovic*.

Unionsgebietes ist also mit hohen völkerrechtlichen Risiken verbunden. Dies dürfte auch wohl der Grund dafür sein, dass zwar gelegentlich entsprechende Diskussionen geführt, aber hierauf zielende Projekte nicht tatsächlich umgesetzt werden. Darüber hinaus stellt sich die Frage nach der *Ratio* einer derartigen Politik und deren politischer Durchsetzbarkeit. Denn es ist kaum anzunehmen, dass Mitgliedstaaten für die Union derartige Zentren einrichten und betreiben würden. Darüber hinaus will die Union ja keine nationalen Alleingänge fördern, sondern eine gemeinsame Politik im Bereich von Asyl und Einwanderung durchsetzen. Ein kooperatives Zusammenwirken mehrerer Mitgliedstaaten bei der Einrichtung und Verwaltung eines Aufnahmezentrums außerhalb der Union kann diesen Anforderungen nicht gerecht werden. Im Übrigen würde das nationale Recht des Staates, auf dessen Gebiet derartige Zentren betrieben würden, anwendbar sein. Daneben kann nicht ein weiteres Rechtssystem anwendbar sein, sei es das nationale der jeweils handelnden Vertragsstaaten oder supranationales Recht, das sie dabei umsetzen. Andererseits dürfte es wohl nach Unionsrecht nicht zulässig sein, Asylverfahren durch Beamte der Union unter Außerachtlassung der Vorgaben der Verfahrensrichtlinie bzw. der geplanten Verfahrensverordnung durchzuführen.

Aus alledem folgt, dass bei Einrichtung von Aufnahmezentren außerhalb der Europäischen Union und deren Beaufsichtigung durch Organe oder Beamte der Union oder der Mitgliedstaaten die EMRK nicht anwendbar ist. Die Union mag mit Drittstaaten wie der Türkei Abkommen zur Aufnahme von Flüchtlingen treffen. In diesem Fall kann im Rahmen der Drittstaatenregelung geprüft werden, ob dieser Drittstaat die Prüfkriterien einhält und der Antragsteller Verbindungen zu diesem aufweist. Ausübung von Hoheitsgewalt durch einzelne Mitgliedstaaten im Auftrag der Europäischen Union ist hiermit jedoch nicht verbunden. Die Unterbindung von Wanderungsbewegungen von Flüchtlingen mittels Abkommen z.B. mit Libyen wird zwar von der Union derzeit nicht ernsthaft erwogen. Sie trifft jedoch mit Warlords, Kriegsverbrechern und anderen lokalen Machthabern mit zweifelhaftem Ruf und einem hohen Rekord menschenrechtlicher Verbrechen in Libyen gemeinsame Absprachen zur Bewachung der Grenzen und Verhinderung der Weiterreise über das Mittelmeer und zu ihrer Rückübernahme. Die Bundesregierung teilt hierzu auf eine kleine Anfrage der Fraktion Bündnis90/Die Grünen mit, dass zivile und militärische Missionen und Operationen in Libyen im Rahmen der politischen und strategischen Steuerung durch die Union zu bewerten seien. Seit dem 16. Juli 2016 werde aufgrund des Beschlusses (GASP) 2016/993 des Rats der Europäischen Union der „Aufbau von Kapazitäten der libyschen Küstenwache und Marine bei Strafverfolgungsaufgaben auf See, insbesondere zur Verhinderung von Menschenhandel und -handel“ unterstützt. Die Bundesregierung thematisiere regelmäßig in hochrangigen

Gesprächen, dass die libysche Regierung einen effektiven Schutz von Flüchtlingen und Migranten im Land gewährleisten müsse.⁸⁸ Verschwiegen wird, dass es derzeit eine effektive Zentralregierung, die diesen Schutz im gesamten Land durchsetzen könnte, überhaupt nicht gibt. Andererseits schimmert hier die Konzeption eines Drittstaates durch, der nur in Teilen sicher ist, was bei Libyen aber für kein Teilgebiet angenommen werden kann. Darüber hinaus wird verschwiegen, dass die Union, sei es als solche oder durch einzelne Mitgliedstaaten, mit Warlords Absprachen trifft, damit diese die Flüchtlinge am Verlassen des Lands hindern bzw. auf dem Mittelmeer abfangen und nach Libyen zurückbringen.

3. *Schlussfolgerungen*

Das geltende Sekundärrecht enthält keine Rechtsgrundlage für die Einrichtung von Aufnahmezentren für Asylsuchende und Flüchtlinge außerhalb der Europäischen Union, in denen die Asylverfahren durchgeführt werden. Von deutscher Seite wird jedoch vorgeschlagen, dass die Europäische Union derartige Aufnahmezentren (*regional processing centres*) einrichten könnte. Dabei sind jedoch folgende völkerrechtliche Grundsätze zu beachten:

- Die Union darf diese Zentren nur mit Zustimmung des Staates, auf dessen Gebiet sie errichtet und verwaltet werden sollen, betreiben. Allerdings kann die Union als solche nicht als völkerrechtlich anerkannter Akteur handeln, sondern jeweils nur die einzelnen beteiligten Mitgliedstaaten.
- Die Einrichtung und der Betrieb von Aufnahmezentren durch die Europäische Union außerhalb des Unionsgebietes ist mit hohen völkerrechtlichen Risiken verbunden.
- Es ist kaum anzunehmen, dass Mitgliedstaaten für die Union derartige Zentren einrichten und betreiben werden. Dies würde auch gegen das politische Ziel der Europäischen Union, eine gemeinsame Politik im Bereich von Asyl und Einwanderung durchsetzen.
- Im Übrigen ist das nationale Recht des Staates, auf dessen Gebiet derartige Zentren betrieben würden, anwendbar. Daneben kann nicht gleichzeitig ein weiteres Rechtssystem

88 BT-Drs. 19/1345 v. 21. 3. 2018, S. 6 f.

anwendbar sein, sei es das nationale des jeweils handelnden Vertragsstaates oder supranationales, das sie dabei umsetzen. Andererseits erlaubt Unionsrecht wohl nicht, Asylverfahren durch Beamte der Union unabhängig von den Vorgaben der Verfahrensrichtlinie bzw. der geplanten Verfahrensverordnung zur Gänze oder nur unterstützend durchzuführen.