

RECHTSGUTACHTEN

zu den verfassungs- und europarechtlichen Fragen im Hinblick auf Überstellungen an Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin-II-Verordnung)

Dr. Reinhard Marx

März 2010

im Auftrag von

*Amnesty International, Sektion der Bundesrepublik Deutschland e.V.
Arbeiterwohlfahrt, Bundesverband, e.V.
Deutscher Caritasverband e.V.
Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband
Deutsches Rotes Kreuz
Neue Richtervereinigung (NRV)
Diakonisches Werk der EKD e.V.
Forum Menschenrechte
Förderverein PRO ASYL e.V.*



DR. REINHARD MARX

- Rechtsanwalt -

RA Dr. Reinhard Marx - Mainzer Landstr. 127a – D- 60327 Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 127a
(Eingang Rudolfstraße)
D-60327 Frankfurt am
Main

Telefon: 0049 / 69 / 24 27 17 34

Telefax: 0049 / 69 / 24 27 17 35

E-Mail: info@ramarx.de

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

Bei Antwort und Zahlung bitte angeben.

4. März 2010

**Rechtsgutachten
zu den
verfassungs- und europarechtlichen Fragen
im Hinblick auf Überstellungen an
Mitgliedstaaten im Rahmen der
Verordnung (EG) Nr. 343/2003
(Dublin-II-Verordnung)**

im Auftrag von

*Amnesty International, Sektion der Bundesrepublik Deutschland e.V.,
Arbeiterwohlfahrt, Bundesverband, e.V.,
Deutscher Caritasverband e.V.,
Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband,
Deutsches Rotes Kreuz,
Neue Richtervereinigung,
Diakonisches Werk der EKD,
Forum Menschenrechte und
Pro Asyl, Bundesweite Arbeitsgemeinschaft für Flüchtlinge.*

Vorwort

Das vorgelegte „Rechtsgutachten zu den verfassungs- und europarechtlichen Fragen im Hinblick auf Überstellungen an Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin-II-Verordnung)“ wurde im Auftrag der Organisationen Amnesty International, Arbeiterwohlfahrt, Deutscher Caritasverband, Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband, Deutsches Rotes Kreuz, Neue Richtervereinigung, Diakonisches Werk der EKD, Forum Menschenrechte und Pro Asyl erstellt. Anlass für den Auftrag ist der Beschluss der ersten Kammer des zweiten Senates des Bundesverfassungsgerichtes vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, mit dem im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG die Vollziehung der Abschiebung eines Asylsuchenden nach Griechenland vorläufig untersagt wurde. In der Folgezeit hat das Bundesverfassungsgericht durch sieben weiter gleichlautende Beschlüsse¹ in weiteren Fällen die Abschiebung von Asylsuchenden aus Deutschland nach Griechenland im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig untersagt.

Die bezeichneten Organisationen verstehen sich als zivilgesellschaftliche Teilnehmer am verfassungsrechtlichen Diskurs in einer sie aufgrund ihres Auftrags besonders stark bewegenden Frage und möchten Anregungen für die anstehende verfassungsgerichtliche Prüfung geben. Die nachfolgenden verfassungs- und europarechtlichen Untersuchungen kommen zu dem Ergebnis, dass das deutsche Asyl- und Flüchtlingsrecht integrativer Bestandteil des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems ist und deshalb eine Lösung für die Frage der Überstellung an Mitgliedstaaten nicht im Rahmen des nationalen Asylgrundrechts (Art. 16a GG), sondern kraft Art. 23 GG im Europarecht zu suchen ist. Die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung und damit das Konzept normativer Vergewisserung kann deshalb nicht Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Überstellung an Mitgliedstaaten sein. Maßgebend hierfür sind die Rechtsakte der Gemeinschaft zur Regelung des Asyl- und Flüchtlingsrechts (Gemeinsames Europäisches Asylsystem). Diese enthalten zureichende Rechtsgarantien zum Schutze des Einzelnen und

¹ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer); Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 5. November 2009 – 2 BvQ 77/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer),

schließen es im Interesse der Asylsuchenden wie des betroffenen Mitgliedstaates aus, dass bei einer nicht lediglich nur vorübergehenden ernsthaften Unterschreitung des sekundärrechtlich verbindlichen Schutzstandards für Asylbewerber eine Überstellung vollzogen wird. Darüber hinaus gewährleisten Unionsrecht (Art. 47 CRCh) und Verfassungsrecht (vgl. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) effektiven Eilrechtsschutz gegen Überstellungen. Aus diesen Gründen sind die Regelungen in § 34a Abs. 1 und 2 AsylVfG, soweit sie Überstellungen an Mitgliedstaaten in ihren Regelungsbereich einbeziehen, weder mit Verfassungs- noch mit Europarecht vereinbar. Da der Gesetzgeber insoweit auch an Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gebunden ist, ist das Bundesverfassungsgericht nicht deshalb an einer verfassungsrechtlichen Klärung dieser Frage gehindert, weil der Eilrechtsschutz auch nach Maßgabe unionsrechtlicher Grundrechte gewährleistet wird.

Die deutsche Verfassungsentwicklung war von Anfang an in einen internationalen und europäischen Bezugsrahmen eingebettet. Den Grundstein hierfür hatten bereits die Mitglieder des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee gelegt, indem sie in der Verfassung die Möglichkeit zur Übertragung von Hoheitsrechten an internationale Organisationen vorsahen. Die nachfolgende Entwicklung konnte hieran anknüpfen und einen verfassungskräftigen Auftrag zur Mitwirkung an der europäischen Integration hervorbringen.² Das Asylgrundrecht der Verfassung nimmt Teil an dieser fortschreitenden Entwicklung der europäischen Rechtsentwicklung.

Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

² Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, in: NVwZ 2010, 1 (2).

Zusammenfassung

Mitgliedstaaten im Konzept normativer Vergewisserung

1. Das auf Art. 16a Abs. 2 Satz 1 erste Alt. GG beruhende verfassungsrechtliche Konzept normativer Vergewisserung lässt offen, nach Maßgabe welcher Kriterien Mitgliedstaaten als sicher gelten.
2. Die Ausnahmekategorien des Konzepts normativer Vergewisserung verdeutlichen, dass die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung strukturell auf Mitgliedstaaten nicht zugeschnitten ist.
3. Den Zugang zum Verfahren für Asylsuchende, die über andere sichere Drittstaaten Schutz im Bundesgebiet suchen, regelt Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG, den Zugang, den Asylsuchende im Gemeinschaftsgebiet zum Asylverfahren erstreben, regelt nicht innerstaatliches Recht, sondern die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin II) und die Richtlinie 2005/85/EG (Verfahrensrichtlinie).

Verfassungsrechtliche Grundlage für ein europäisches Schutzsystem für Flüchtlinge

- Zur völkerrechtlichen Öffnungsklausel des Art. 16a Abs. 5 GG

4. Die *Drittstaatenregelung* des Art 16a Abs. 2 GG steht unter *Vorbehalt der völkerrechtlichen Vorbehaltsklausel des Art. 16a Abs. 5 GG*: Ist der sichere Drittstaat Vertragsstaat einer völkerrechtlichen Vereinbarung, verdrängt die Vereinbarung nach Art. 16a Abs. 5 GG die Drittstaatenregelung.
5. Bereits nach seinem Wortlaut kann Art. 16a Abs. 5 GG, der auf *völkerrechtliche Verträge* verweist, nicht auf *supranationales Recht* angewandt werden. Auf der Grundlage dieser bereichsspezifisch beschränkten Verfassungsnorm konnten keine weitergehenden Schritte zur Harmonisierung der materiellen und verfahrensmäßigen Standards des Asylrechts in Europa durchgeführt werden.

- Zur gemeinschaftsrechtlichen Öffnungsklausel des Art. 23 GG

6. Allgemein wird heute davon ausgegangen, dass die Übertragung asylrechtlicher Kompetenzen auf die Gemeinschaft in Art. 23 GG ihre verfassungsrechtliche Grundlage findet, weil diese Norm eine Übertragung von Hoheitsrechten an die Gemeinschaft erlaubt, ohne die übertragbaren Hoheitsrechte thematisch einzuschränken.
7. Verfassungsrechtliche Grundlage der gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung ist damit nicht der ausdrücklich auf völkervertragliche Regelungen bezogene und darüber hinaus gegenständlich beschränkte Art. 16a Abs. 5 GG, sondern die allgemeine *gemeinschaftsrechtliche Öffnungsklausel* des Art. 23 GG.
8. Ist verfassungsrechtlicher Ort der gemeinschaftsrechtlichen Asylrechtsharmonisierung Art. 23 GG, verdrängt der europarechtliche Anwendungsvorrang die verfassungsrechtliche Asylrechtsnorm in ihrer Gesamtheit und damit auch die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG.
9. Der materielle Grundrechtsschutz aufgrund von Sekundärrecht im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts ist zwar nicht deckungsgleich mit dem verfassungsrechtlichen Asylschutz, hat jedoch im Wesentlichen die gleiche Funktion und die gleichen Rechtsfolgen, das heißt, die

europäische Rechtsentwicklung in diesem Bereich ist nicht unter den erforderlichen Grundrechtsstandard *abgesunken* (vgl. Art. 23 Satz 1 letzter Halbsatz GG).

10. Eine Kollision zwischen Verfassungsrecht und Europarecht kann im Hinblick auf den Schutz des Zugangs zum Verfahren bei Überstellungen von Asylsuchenden an Mitgliedstaaten unter dem Gesichtspunkt des vergleichbaren Grundrechtsschutzes nicht auftreten.

Europarechtliche Lastenverteilung im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts

11. Das vom Bundesverfassungsgericht seiner Rechtsprechung zur Drittstaatenregelung zugrunde gelegte Konzept einer „europäischen Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge mit dem Ziel einer *Lastenteilung*“ hat keine Entsprechung im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem gefunden, weil das Dubliner System kein *Lastenteilungsinstrument* ist, vielmehr ein *Gleichgewicht der Zuständigkeitskriterien* auf der Grundlage von „objektiven und für die Mitgliedstaaten und die Betroffenen gerechten Kriterien“ herstellen soll.

12. Das Ziel des Dubliner Systems, für die Betroffenen nachvollziehbare und gerechte Kriterien für die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates zu schaffen, wird dauerhaft dadurch unterlaufen, dass dessen Grundvoraussetzung, Asylsuchenden auf Grund vereinheitlichter gesetzlicher Grundlagen und Praxis in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich ein gleichwertiges Schutzniveau in verfahrens- wie materiellrechtlicher Hinsicht zu gewährleisten, nicht erfüllt ist (*Dysfunktionalität des Dubliner Systems*).

Funktion des sekundärrechtlich geregelten Selbsteintrittsrechts der Mitgliedstaaten

13. Die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 lässt die Abschiebung eines Asylsuchenden an Drittstaaten zwar zu (vgl. Art. 3 Abs. 3), für die Überstellung eines Asylsuchenden an einen anderen Mitgliedstaat gelten aber die Regelungen nach Art. 4 bis 14, 17 bis 19. Bereits das Dubliner Übereinkommen regelte, dass im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander die Regelungen des Übereinkommens den nationalen Drittstaatenregelungen vorgehen.

14. Die Ausübung des Selbsteintrittsrechts befreit die Mitgliedstaaten nicht von der Beachtung europarechtlicher Vorschriften zum Schutze der Asylbewerber. Vielmehr bleibt der Asylsuchende im Gemeinschaftsgebiet und wird nach den vereinbarten Regeln des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems behandelt.

15. Die Mitgliedstaaten haben die Souveränitätsklausel nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 unter Einhaltung ihrer internationalen Verpflichtungen anzuwenden (Erwägungsgrund Nr. 12 Verordnung (EG) Nr. 343/2003), wenn im zuständigen Mitgliedstaat die Verletzung von Rechten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, insbesondere von Art. 3, drohen.

16. Die Konvention hat in diesem Fall höheren Rang als gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen. Um einen Konflikt zwischen der Konvention und Sekundärrecht (vgl. auch Art. 6 Abs. 2 EUV) zu vermeiden, ist deshalb die Souveränitätsklausel in Übereinstimmung mit den Verpflichtungen aus der Konvention auszulegen.

17. Wird der verbindliche Schutzstandard in einem oder mehreren Mitgliedstaaten nicht lediglich nur vorübergehend und derart unterschritten, dass z.B. der *wirksame Zugang zum Asylverfahren* und eine *objektive, unparteiische und sorgfältige Prüfung der Asylgründe*

ebenso wenig gewährleistet wird wie eine *menschenwürdige Unterbringung* der Asylsuchenden, sind die Mitgliedstaaten nach dem europarechtlichen Grundsatz der Solidarität (Art. 80 AEUV) gefordert, ihre Souveränitätsklausel anzuwenden.

Individueller Rechtsschutz im Dubliner System

- Zum gemeinschaftsrechtlichen Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz

18. Der Europäische Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung zur Stärkung des Individualrechtsschutzes ein *Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz* gegen Maßnahmen, die sich auf Richtlinien und Verordnungen stützen, anerkannt. Dieses Grundrecht ist Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt, in Art. 6 und 13 EMRK verankert ist und durch Art. 47 der Charta der Grundrechte bekräftigt wird.

19. Im Hinblick auf die *Aussetzung des Vollzugs* der Entscheidung einer nationalen Behörde folgt hieraus, dass ein nationales Gericht, das mit einem nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasst ist, in der Lage sein muss, *einstweilige Anordnungen* zu erlassen, um die *volle Wirksamkeit* der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen.

- Zur unmittelbaren Wirkung der Verordnung (EG) Nr. 343/2003

20. Unabhängig davon, ob der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 primär der Zweck der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Mitgliedstaaten oder primär der Zweck zugeschrieben wird, jedem Asylsuchenden nach Maßgabe des Rechtsstaatsprinzips und der internationalen Abkommen zum Schutze der Menschenrechte und Flüchtlinge den Zugang sowie die Durchführung eines Asylverfahrens zu sichern, wird in jedem Einzelfall der Asylsuchende durch eine an ihn gerichtete Überstellungsentscheidung stets unmittelbar persönlich betroffen und hat deshalb einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf die rechtmäßige Anwendung der Verordnung.

21. Die Zuständigkeitsbestimmungen der Art. 4 Abs. 3, 6, 7, 8, 14 und 15 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 dienen dem Schutz des Familienlebens des Asylsuchenden und haben damit unmittelbare Wirkung zu seinen Gunsten (vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV in Verb. mit Art. 7 GRCh).

22. Die Handhabung der Souveränitätsklausel (Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003) hat unmittelbare Auswirkungen auf den dadurch betroffenen Asylsuchenden und begründet daher ein subjektives Recht des Betroffenen.

- Zum Eilrechtsschutz nach der Verordnung (EG) Nr. 343/2003

23. Die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 ist so auszulegen, dass sie im Einklang mit dem primärrechtlich gewährleisteten *Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz* (Art. 6 Abs. 1 EUV in Verb. mit Art. 47 GRCh) steht (vgl. Erwägungsgrund Nr. 15 Verordnung (EG) Nr. 343/2003).

24. Daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten bei der Auslegung und Anwendung ihrer innerstaatlichen Eilrechtsschutzregelungen nicht unter Berufung auf eine mehrdeutige Norm des Sekundärrechts gegen das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz verstoßen dürfen.

25. Die Stillhaltekláuseln des Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 räumen den Mitgliedstaaten nicht die Befugnis ein, nachträglich den Eilrechtsschutz auszuschließen. Bereits deshalb ist § 34a Abs. 2 AsylVfG, soweit § 27a AsylVfG einbezogen wird, gemeinschaftsrechtswidrig.

26. Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 sehen bei grundrechtskonformer Auslegung (Art. 47 GRCh) den Eilrechtsschutz vor. Wenn die Mitgliedstaaten ungeachtet dessen den Einrechtsschutz ausschließen, verletzen sie Primärrecht.

- **Zur Funktion von Art. 13 EMRK im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem**

27. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte spricht nur dann eine Vermutung für die Übereinstimmung von Gemeinschaftsrecht mit der Konvention, wenn und soweit Gemeinschaftsrecht einen mit der Konvention vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet.

28. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte leitet aus dem Begriff der wirksamen Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK nicht nur ein *Recht auf individuelle Prüfung in jedem Einzelfall*, sondern darüber hinaus auch ein *Recht auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs* ab.

29. Sofern Verletzungen von Art. 3 EMRK im Herkunftsland oder im Zielstaat der Überstellung behauptet werden, muss von Amts wegen ohne Antrag automatisch Suspensiveffekt angeordnet werden. Die Verfahren können zwar beschleunigt durchgeführt werden. Es muss jedoch gewährleistet werden, dass den vorgebrachten Behauptungen sorgfältig nachgegangen wird. Eine lediglich summarische Überprüfung reicht insoweit nicht aus. Vielmehr muss die nationale gerichtliche Prüfung notwendigerweise streng sein.

30. Die Gesetzgebung und Praxis in der Bundesrepublik Deutschland ist mit diesen konventionsrechtlichen Vorgaben – jedenfalls soweit drohende Verletzungen von Art. 3 EMRK behauptet werden - unvereinbar, da nicht nur der Suspensiveffekt, sondern auch die verfahrensrechtliche Möglichkeit ausgeschlossen wird, in einem gesonderten Eilrechtsschutzverfahren die Anordnung des Suspensiveffekts durchzusetzen.

Übersicht

I.	Verfassungsrechtliche Ausgangslage	Seite 12
II.	Inhalt und Umfang des Gutachtauftrags	18
III.	Das Konzept normativer Vergewisserung im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten	19
1.	<i>Zweck der normativen Vergewisserung im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten</i>	19
2.	<i>Inhalt des Konzeptes normativer Vergewisserung im Blick auf Mitgliedstaaten</i>	22
a)	<i>Prinzip der dynamischen Einbeziehung der Rechtsentwicklungen im europäischen Angleichungsprozess des Asyl- und Flüchtlingsrechts in das Konzept normativer Vergewisserung</i>	22
b)	<i>Differenzierender Charakter des Konzeptes normativer Vergewisserung</i>	25
aa)	<i>Vorbemerkung</i>	25
bb)	<i>Unterwerfung unter internationale Kontrollverfahren</i>	26
cc)	<i>Erfordernis der systematischen Nichtbeachtung der Konventionen</i>	28
dd)	<i>Erfordernis des Zugangs zum Verfahren auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft</i>	31
3.	<i>Grenzen des Konzeptes normativer Vergewisserung im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten</i>	34
a)	<i>Vorbemerkung</i>	34
b)	<i>Inhaltliche Bestimmung der Grenzen des Konzeptes normativer Vergewisserung</i>	35
aa)	<i>Systemfremder Charakter der Ausnahmetatbestände</i>	35
bb)	<i>Drohung der Todesstrafe im sicheren Drittstaat</i>	36
cc)	<i>Bestehen einer erheblichen konkreten Gefahr im sicheren Drittstaat</i>	36
dd)	<i>Schlagartige Änderung der allgemeinen Verhältnisse im sicheren Drittstaat</i>	38
ee)	<i>Verfolgungen durch den sicheren Drittstaat</i>	39
ff)	<i>Schutzversagung durch den sicheren Drittstaat</i>	39
4.	<i>Ergebnis der vergleichenden Analyse</i>	40
IV.	Verfassungsrechtliche Grundlage für eine europäische Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge	42
1.	<i>Erfordernis völkerrechtlicher Vereinbarungen für die Überstellung von Flüchtlingen an sichere Drittstaaten (Art. 16a Abs. 5 GG)</i>	42
2.	<i>Funktion von Art. 16a Abs. 5 GG</i>	44
3.	<i>Verfassungsrechtliche Sonderstellung des Art. 16a Abs. 5 GG</i>	47
a)	<i>Schaffung eines europatauglichen verfassungsrechtlichen Asylrechts</i>	47
b)	<i>Verdrängung der Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG durch den Völkerrechtsvorbehalt des Art. 16a Abs. 5 GG</i>	48
c)	<i>Keine Wahlfreiheit zwischen dem Völkerrechtsvorbehalt und der Drittstaatenregelung</i>	49

4.	<i>Verfassungsrechtliche Grundlage für die gemeinschaftsrechtliche Lastenverteilung</i>	52
a)	<i>Ablösung des Art. 16a Abs. 5 GG durch Europarecht</i>	52
b)	<i>Funktion des Art. 23 GG im europarechtlichen Prozess der Harmonisierung des Asyl- und Flüchtlingsrechts</i>	53
c)	<i>Anwendungsvorrang des Europarechts</i>	55
d)	<i>Vergleichbarer Grundrechtsschutz im Asyl- und Flüchtlingsrecht in der Gemeinschaft</i>	58
aa)	<i>Vorbemerkung</i>	58
bb)	<i>Vergleichbarer Grundrechtsschutz im Rahmen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems</i>	58
cc)	<i>Weitergehender europarechtlicher Schutz des Zugangs zum Verfahren</i>	62
V.	Die europarechtliche Lastenverteilung im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts	64
1.	<i>Geschichte der europäischen Asylrechtsharmonisierung</i>	64
2.	<i>Funktion des Dubliner Systems</i>	66
3.	<i>Fehlendes Lastenteilungsinstrument in der Europäischen Union</i>	68
VI.	Lösungsoptionen im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem	71
1.	<i>Vorbemerkung</i>	71
2.	<i>Unzulässigkeit der Anwendung der Drittstaatenklausel (Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003) auf Überstellungen an Mitgliedstaaten</i>	73
3.	<i>Humanitäre Klausel (Art. 15 Verordnung (EG) Nr. 343/2003)</i>	76
a)	<i>Derzeitige Rechtslage</i>	76
b)	<i>Geplante Neuregelung der humanitären Klausel</i>	79
4.	<i>Souveränitätsklausel (Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003)</i>	80
a)	<i>Funktion der Souveränitätsklausel</i>	80
b)	<i>Geplante Neuregelung der Souveränitätsklausel</i>	83
c)	<i>Kriterien für die Ausübung der Souveränitätsklausel des Art. 2 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003</i>	84
aa)	<i>Vorbemerkung</i>	84
bb)	<i>Refoulementschutz nach Art. 3 EMRK</i>	85
cc)	<i>Unterschreitung des materiellen und Verfahrensschutzes</i>	90
(1)	<i>Vorbemerkung</i>	90
(2)	<i>Europarechtlicher Bezugsrahmen der Souveränitätsklausel (Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003)</i>	93
(3)	<i>Folgen der Unterschreitung des Gemeinschaftsrechtlichen Schutzniveaus im zuständigen Mitgliedstaat</i>	95
(4)	<i>Politische oder rechtliche Lösungen?</i>	97
(5)	<i>Materiellrechtliche Voraussetzungen für die Anwendung der Souveränitätsklausel des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003</i>	102
(6)	<i>Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Ausübung der Souveränitätsklausel</i>	105
5.	<i>Ergebnis</i>	106

VII. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Eilrechtsschutz gegen Überstellungen an Mitgliedstaaten	107
1. <i>Fragestellung des Gutachtens</i>	107
2. <i>Funktion der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG</i>	110
3. <i>Funktion der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgewährleistungen im Europarecht</i>	111
4. <i>Primärrechtliche Begründung des Rechtsschutzes</i>	113
a) <i>Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz</i>	113
b) <i>Unmittelbare Wirkung des Unionsrechts</i>	114
c) <i>Europarechtliche Reichweite der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG</i>	117
d) <i>Unmittelbare Wirkung der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 in den Mitgliedstaaten</i>	118
aa) <i>Funktion der Verordnung (EG) Nr. 343/2003</i>	118
bb) <i>Unmittelbare Wirkung der Zuständigkeitsbestimmungen</i>	119
cc) <i>Unmittelbare Wirkung der Souveränitätsklausel nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003</i>	123
dd) <i>Ergebnis</i>	124
5. <i>Primärrechtlicher Eilrechtsschutz zur Durchsetzung europarechtlicher Normen</i>	124
a) <i>Primärrechtliche Vorgaben zum Eilrechtsschutz</i>	124
b) <i>Eilrechtsschutz im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003</i>	126
aa) <i>Vorbemerkung</i>	126
bb) <i>Entstehungsgeschichte von Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art 20 Abs. 1 Buchst. 4) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003</i>	128
cc) <i>Auslegung des Wortlautes von Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003</i>	130
dd) <i>Gemeinschaftsrechtlicher Charakter der Eilrechtsschutzregelungen in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003</i>	132
ee) <i>Grundrechtskonforme Auslegung der Stillhalteklauseln in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003</i>	135
ff) <i>Gemeinschaftsrechtliche Rechtsfolgen für § 34a Abs. 2 AsylVfG</i>	140
6. <i>Koventionsrechtliche Begründung des Eilrechtsschutzes</i>	142
a) <i>Vorbemerkung</i>	142
b) <i>Reichweite von Art. 13 EMRK</i>	143
c) <i>Recht auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs</i>	145
d) <i>Funktion von Art. 13 EMRK im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem</i>	146
7. <i>Anregungen für die verfassungsgerichtliche Prüfung des Eilrechtsschutzes gegen Überstellungen an Mitgliedstaaten</i>	148
a) <i>Vorbemerkung</i>	148

b)	<i>Unzulässigkeit der Anwendung der verfassungsrechtlichen Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG</i>	149
c)	<i>Eilrechtsschutz gegen Überstellungen</i>	152
	aa) <i>Unzulässigkeit des Ausschlusses von Eilrechtsschutz</i>	152
	bb) <i>Folgerungen für die fachgerichtliche Behandlung von § 34a Abs. 2 AsylVfG</i>	153
	(1) <i>Im Blick auf Unionsrecht</i>	153
	(2) <i>Im Blick auf Verfassungsrecht</i>	156
e)	<i>Gebot der effektiven Gewährleistung von Eilrechtsschutz gegen Überstellungen</i>	158

I. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Das Bundesverfassungsgericht begründet seinen zuerst ergangenen Beschluss damit, dass die eingereichten Verfassungsbeschwerden Anlass zur Untersuchung geben, „ob und gegebenenfalls welche Vorgaben das Grundgesetz in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und Art. 16a Abs. 2 Sätze 1 und 3 GG für die *fachgerichtliche Prüfung der Grenzen des Konzepts der normativen Vergewisserung* (vgl. BVerfGE 94, 49 (99 f.)) bei der Anwendung von § 34a Abs. 2 AsylVfG trifft, wenn Gegenstand des Eilrechtsschutzantrags eine beabsichtigte Abschiebung in einen nach der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 zuständigen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften ist.“³ In den Folgebeschlüssen hat das Bundesverfassungsgericht zunächst mit identischen Worten den selbst gesetzten Prüfungsauftrag beschrieben⁴ und später die Begründung mit europarechtlichen Argumenten erweitert.⁵ Während es allerdings im zuerst ergangenen Beschluss feststellte, dass die Verfassungsbeschwerde Anlass zu der beschriebenen Prüfung *gibt*, hat es in den nachfolgenden Beschlüssen den selbst gesetzten Prüfungsauftrag abgeschwächt und festgestellt, dass die Verfassungsbeschwerde Anlass zu entsprechenden Prüfung geben *kann*.

In der Presseerklärung vom 9. September 2009, die das Bundesverfassungsgericht aus Anlass des Beschlusses vom selben Tag veröffentlicht hatte, hatte es darauf hingewiesen, dass im Rahmen der erforderlichen Prüfung auch die Frage erheblich werden könnte, „welche Auswirkungen der *europarechtliche Grundsatz der Solidarität*, der im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch für eine gemeinsame Asylpolitik Geltung beansprucht, bei einer erheblichen Überlastung des Asylsystems eines Mitgliedstaates auf die Rechte des

³ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09; BA, S. 3, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248.

⁴ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09, BA, S. 3; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

⁵ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

einzelnen Asylantragstellers und auf die Auslegung des Grundgesetzes hat.“⁶ In der erweiterten Begründung der letzten Folgebefehle hat das Gericht die Begründung der Presseerklärung aufgegriffen und festgestellt, es könnte „auch zu klären sein, ob und welche Vorgaben das Grundgesetz zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes für den Zeitraum trifft, den die Organe der Europäischen Union benötigen, Erkenntnisse über für Asylsuchende bedrohliche tatsächliche oder rechtliche Defizite des Asylsystems eines Mitgliedstaates auszuwerten und erforderliche Maßnahmen durchzusetzen. Bei der Würdigung von Art. 16a Abs. 2 und 5 GG sowie Art. 19 Abs. 4 GG könnten in diesem Zusammenhang auch die *Anforderungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften zur Erhaltung und Weiterentwicklung der Europäischen Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* (vgl. Art. 2 4. Spiegelstrich EUV)“ eine Rolle spielen, „da der verfassungsändernde Gesetzgeber mit der Einführung von Art. 16a GG die *Grundlage für eine europäische Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge mit dem Ziel einer Lastenverteilung* zwischen den an einem solchen System beteiligten Staaten geschaffen hat (vgl. BVerfGE 94, 49 (85)).“⁷

Offensichtlich knüpft das Bundesverfassungsgericht mit diesen Formulierungen insbesondere auch an den bei uns umstrittenen Änderungsvorschlag der Kommission der Europäischen Union zur Verordnung (EG) Nr. 343/2003 an.⁸ Die Kommission hat in diesem den Vorschlag unterbreitet, die Verordnung dahin zu ändern, dass für den Fall, in dem ein Mitgliedstaat mit einem unerwartet hohen Aufkommen von Asylbewerbern konfrontiert wird *oder* in dem nach Auffassung der Kommission die in einem Mitgliedstaat vorherrschende Situation unvereinbar mit dem Standard nach den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakten ist, das Dublinsystem vorübergehend ausgesetzt werden kann (Art. 31).

Im grundlegenden Urteil des zweiten Senates des Bundesverfassungsgerichtes vom 14. Mai 1996 zur Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG, auf das sich die bezeichneten

⁶ Pressemitteilung Nr. 103/2009, 9. September 2009.

⁷ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010. 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

⁸ Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country-national or a stateless person, COM(2008)820.

Kammerbeschlüsse beziehen, hat das Gericht festgestellt, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber mit der Reform des Asylrechts im Jahre 1993 eine Grundlage geschaffen habe, um durch völkerrechtliche Vereinbarungen für die Zuständigkeit für die Prüfung von Asylbegehren und die gegenseitige Anerkennung von Asylentscheidungen eine *europäische Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge* mit dem Ziel der Lastenverteilung zwischen den an einem solchen System beteiligten Staaten zu erreichen (Art. 16a Abs. 5 GG).⁹ Offensichtlich bezieht sich das Bundesverfassungsgericht auch auf diese Vorgaben aus dem Jahre 1996. Darüber hinaus hatte das Bundesverfassungsgericht in diesem Urteil festgestellt, dass die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG gegebenenfalls hinter völkerrechtliche Vereinbarungen im Sinne von Art. 16a Abs. 2 GG zurücktrete.¹⁰ Begründet wurde dies damit, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber mit Art. 16a Abs. 5 GG eine verfassungsrechtliche „Grundlage für die europäische Regelung des Flüchtlingsschutzes im Wege völkerrechtlicher Vereinbarungen“ geschaffen habe.¹¹

In den Begründungen der zuletzt bezeichneten Beschlüsse hat das Bundesverfassungsgericht angedeutet, dass sich durch die Weiterentwicklung des Gemeinschaftsrechts seit der Änderung des Asylgrundrechts im Jahre 1993 möglicherweise auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen verändert haben. Dies kann als Hinweis verstanden werden, dass sich für die nach 1993 erfolgte Teilnahme der Bundesrepublik Deutschland am bezeichneten europäischen Schutzsystem für Flüchtlinge auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen verändert haben könnten.

Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich in den erwähnten, die Überstellung nach Griechenland einstweilen aussetzenden Beschlüssen auf das Konzept der „normativen Vergewisserung“, das die verfassungsrechtliche Grundlage für die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG darstellt. Anders als in dem auf Art. 16a Abs. 5 GG beruhenden System der Lastenverteilung, das auf zwischenstaatlichen Vereinbarungen beruht, setzt jedoch die Abschiebung in einen sicheren Drittstaat im System der Drittstaatenregelung nach Art. 16a Abs. 2 GG kein zwischenstaatliches Abkommen zwischen den beteiligten Staaten voraus. Damit können Abschiebungen im Rahmen der Drittstaatenregelung kaum als Ausdruck des

⁹ BVerfGE 94, 49 (85) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (706).

¹⁰ BVerfGE 94, 49 (86) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (706).

¹¹ BVerfGE 94, 49 (89) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (706).

europarechtlichen Grundsatzes der Solidarität verstanden werden. Denn Art. 16a Abs. 2 GG erfordert nicht die Zustimmung des sicheren Drittstaates zur Abschiebung, sondern sichert ausschließlich Interessen der Bundesrepublik Deutschland.

Andererseits ist der Mitgliedstaat Griechenland Teilnehmer an einem sekundärrechtlich verankerten System der Lastenverteilung, nämlich der Verordnung (EG) Nr. 343/2003, welches die Nachfolge der völkerrechtlichen Vereinbarungen, auf die Art. 16a Abs. 5 GG ursprünglich gemünzt war, angetreten hat. Es herrscht daher Unsicherheit, ob der *europarechtliche Grundsatz der Solidarität* verfassungsrechtlich überhaupt durch die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG, auf die sich die jüngsten Kammerbeschlüsse beziehen, umgesetzt werden kann. Das Bundesverfassungsgericht hatte in diesem Zusammenhang festgestellt, dass unbeschadet von Regelungen auf der Ebene des Völkerrechts der verfassungsändernde Gesetzgeber in Art. 16a Abs. 2 GG die aus den weltweiten Flucht- und Wanderungsbewegungen entstehende Lage berücksichtigt und sich deshalb von dem bisherigen Konzept abgewandt habe, die Probleme, die mit der Aufnahme von politischen Flüchtlingen verbunden seien, allein durch Regelungen des innerstaatlichen Rechts zu lösen.¹² Das Konzept der normativen Vergewisserung solle deshalb die „Grundlage dafür bieten, den schutzbegehrenden Ausländer im Interesse einer effektiven Lastenverteilung alsbald in den Drittstaat zurückzuführen.“¹³

Art. 16a Abs. 2 GG ist ein Fremdkörper im System einer gerechten europäischen Lastenverteilung (Art. 16a Abs. 5 GG), dessen Errichtung als Handlungsziel im Leitsatz Nr. 1a der verfassungsgerichtlichen Grundsatzentscheidung formuliert wurde, da er einseitig die Interessen der Bundesrepublik in das Zentrum rückt, die Interessen der nicht der Gemeinschaft angehörenden Vertragsstaaten des Europarates demgegenüber vollständig unberücksichtigt lässt.¹⁴ Aus entstehungsgeschichtlicher Sicht ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass sich die Bundesrepublik im Zeitpunkt der Asylrechtsreform 1993 innerhalb der Gemeinschaft in östlicher Randlage befand. Für die über die östlichen Nachbarstaaten einreisenden Asylsuchenden und Flüchtlinge wurde die einseitige Lastenabwälzungsnorm des Art. 16a Abs. 2 GG konzipiert, welche nicht auf einem

¹² BVerfGE 94, 49 (85) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

¹³ BVerfGE 94, 49 (96) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

¹⁴ Marx, Kommentar zum AsylVfG, 2008, 7. Auflage, § 26a Rdn. 35.

zwischenstaatlichen System der Lastenverteilung und Kooperation beruhte, sondern einseitig die Interessen der Bundesrepublik Deutschland, schutzbegehrende Ausländer im Interesse einer effektiven Lastenverteilung alsbald in den Drittstaat zurückzuführen,¹⁵ verfolgte. Demgegenüber wurde für die im Westen, Norden und Südwesten angrenzenden Mitgliedstaaten und mit der Gemeinschaft verbundene Staaten in Art. 16a Abs. 5 GG ein Vorbehalt geschaffen, wonach die Steuerung des Zugangs von Asylsuchenden und Flüchtlingen, die über diese Staaten in das Bundesgebiet einreisen, auf der Grundlage zwischenstaatlicher Abkommen vollzogen werden sollte.

Die für die Verfassungsreform im Jahre 1993 maßgebende internationale Lage hat sich seitdem vollständig verändert. Die Bundesrepublik befindet sich nicht mehr in randständiger Lage, sondern im territorialen Zentrum der Gemeinschaft. Die ursprünglich angedachten zwischenstaatlichen Abkommen – wie z. B. das Schengener Durchführungsübereinkommen und das Dubliner Übereinkommen – wurden durch sekundärrechtliche Regelungen ersetzt. Eine derartige Entwicklung des Europarechts hatte der verfassungsändernde Gesetzgeber 1993 nicht vorausgesehen. Für das sekundärrechtlich verankerte System der Lastenverteilung bietet Art. 16a Abs. 5 GG keine verfassungsrechtliche Grundlage, weil diese Norm nicht auf Europarecht, sondern auf völkerrechtliche Verträge verweist. Andererseits ist die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung inzwischen historisch überholt, weil die Mehrzahl der 1993 zu sicheren Drittstaaten bestimmten Staaten inzwischen Mitgliedstaaten und damit Teilnehmer am sekundärrechtlich verankerten System der Lastenverteilung geworden sind und die zwei verbliebenen „sicheren Drittstaaten“, Norwegen und die Schweiz (vgl. Anlage I zu § 26a AsylVfG), vertraglich in dieses sekundärrechtliche System eingebunden wurden.

Es herrschte von Anfang an Unsicherheit, ob die für „sichere Drittstaaten“ konzipierten Instrumente der Drittstaatenregelung auf Mitgliedstaaten angewendet werden können. Vieles spricht dafür, dass das Bundesverfassungsgericht mit seiner Feststellung, dass die auf Art. 16a Abs. 2 GG beruhende „Drittstaatenregelung hinter völkerrechtliche Vereinbarungen nach Art. 16a Abs. 2 GG“ zurücktrete,¹⁶ eine parallele Anwendung beider Systeme verhindern wollte. Der einfache Gesetzgeber hat die bestehende verfassungsrechtliche Unbestimmtheit ausgenutzt und bereits 1993 in § 29 Abs. 3 Satz 2 AsylVfG a.F. bestimmt, dass die

¹⁵ BVerfGE 94, 49 (96) = EZAR 208 Nr. 7 =NVwZ 1996, 700 (702).

einfachgesetzliche Drittstaatenregelung des § 26a AsylVfG unberührt bleibt. § 29 Abs. 3 AsylVfG a.F. beruhte aber auf Art. 16a Abs. 5 GG und brachte mit der Verweisungsnorm des § 29 Abs. 3 Satz 2 AsylVfG die Drittstaatenregelung zur Anwendung (Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG, § 26a in Verb. mit § 34a Abs. 2 AsylVfG). Inzwischen hat der Gesetzgeber das Versteckspiel vollends aufgegeben, vielmehr mit dem am 28. August 2007 in Kraft getretenen Richtlinienumsetzungsgesetz bestimmt, dass das sekundärrechtlich verankerte System der Lastenverteilung als Gegenstand der Drittstaatenregelung zu behandeln ist (§ 27a, § 34a Abs. 1 AsylVfG n.F.).

Das Bundesverfassungsgericht wie auch die fachgerichtliche Rechtsprechung, welche Überstellungen in den Mitgliedstaat Griechenland vorläufig ausgesetzt haben, verweisen in ihren Begründungen auf die Grenzen des Konzepts der normativen Vergewisserung und stützen ihre Entscheidungen damit auf die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG, obwohl es um den zwischenstaatlichen Verkehr zwischen zwei Mitgliedstaaten und damit um eine Anwendung des Systems der gerechten Lastenverteilung geht. Demgegenüber geht die Kommentarliteratur davon aus, dass für den Rechtsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten die Drittstaatenregelung keine Anwendung findet.¹⁷ Es herrscht danach verfassungsrechtliche Unklarheit in dieser Frage. Folgerichtig kann den Kammerbeschlüssen auch nichts dafür entnommen werden, in welche inhaltliche Richtung eine Lösung entwickelt werden wird. Lediglich in der begleitenden Presseerklärung beruft das Gericht sich auf den „europarechtlichen Grundsatz der Solidarität“. Offensichtlich herrschen auch beim Bundesverfassungsgericht noch keine klaren Vorstellungen, ob dieser Grundsatz irgendwelche Hinweise für die Bestimmung der Grenzen der normativen Vergewisserung gibt und hat es deshalb in den Beschlussbegründungen selbst diesen Grundsatz nicht aufgegriffen. Es kann aber wohl davon ausgegangen werden, dass es eine europarechtsfreundliche Lösung entwickeln wird.

Bleibt es auch im Hinblick auf den zwischenstaatlichen Rechtsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten bei der Berufung auf die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung des Art.

¹⁶ BVerfGE 94, 49 (86) = EZAR 208 Nr. 7 =NVwZ 1996, 700 (702).

¹⁷ *Schaefer*, in: *Hailbronner*, AuslR. Kommentar, B 2 § 34a Rdn. 18, 22 f.; *Funke-Kaiser*, in: *GK-AsylVfG II - § 27a Rdn. 140 ff.*; *Marx*, Kommentar zum AsylVfG, 7. Aufl., 2008, § 26a Rdn. 37 ff., § 27a Rdn. 2.

16a Abs. 2 GG, werden sich schwierige, europarechtlich wohl kaum lösbare Fragen stellen. Wird hingegen das nach 1993 entwickelte Europarecht im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts in die angestrebte Lösung einbezogen, stellt sich wegen der Auflösung sicherer Drittstaaten, die nicht Mitgliedstaaten oder mit der Gemeinschaft vertraglich verbunden sind, andererseits die Frage, ob und in welchem Umfang die Drittstaatenregelung noch eine eigenständige Bedeutung entfalten kann.

II. Inhalt und Umfang des Gutachtauftrags

Im Lichte dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage ist der Gutachtauftrag zu präzisieren. Anlass für den Auftrag sind der Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 8. September 2009 sowie die weiteren Folgebeschlüsse. Die Begründungen verdeutlichen lediglich, dass die im Mitgliedstaat Griechenland vorherrschende Situation dem Bundesverfassungsgericht Anlass gibt, zu prüfen, ob die von ihm 1996 gesteckten Grenzen der normativen Vergewisserung aus aktuellem Anlass konkretisiert oder gelockert und durch weitere Ausnahmefälle erweitert werden sollen. Eine derartige Aufgabe kann nicht ohne Prüfung der zugrunde liegenden verfassungsrechtlichen Ausgangslage, wie sie zuvor beschrieben wurde, vorgenommen werden. Im Gutachten sind deshalb insbesondere folgende Fragestellungen zu untersuchen:

1. Das Bundesverfassungsgericht verweist auf die *Rechtsschutzgarantie* des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, die im Rahmen des *Eilrechtsschutzes* durch Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG eingeschränkt worden ist. Damit scheint das Bundesverfassungsgericht den selbst gesetzten Prüfauftrag auf die *Folgen der Drittstaatenregelung für den Eilrechtsschutz* beschränken zu wollen.
2. Satz 3 von Art. 16a Abs. 2 GG bezieht sich auf Satz 1 dieser Verfassungsnorm. Der Eilrechtsschutz kann daher nicht isoliert, sondern muss im Zusammenhang mit der materiellen Bezugsnorm des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG bewertet werden. Das Gutachten muss deshalb auch die *materielle Basis der Drittstaatenregelung* - Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG – in die Untersuchungen einbeziehen.
3. Die materielle Bezugsnorm des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG schließt in das Konzept der normativen Vergewisserung Mitgliedstaaten und die durch Gesetz zu sicheren Drittstaaten erklärten Staaten (Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG in Verb. mit Anlage I zu § 26a AsylVfG) ein. Die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 betrifft aber nur Mitgliedstaaten und die Staaten, die sich durch ein entsprechendes Abkommen dem Zuständigkeitssystem dieser Verordnung angeschlossen haben (Norwegen, Schweiz).
4. Bezugsland in den konkreten Verfahren ist zwar ausschließlich Griechenland. Die materielle Bezugsnorm des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG bezieht sich jedoch auf alle Mitgliedstaaten. Daraus folgt, dass das Gutachten einerseits die „Grenzen des

Konzepts der normativen Vergewisserung“ nicht lediglich am Beispiel Griechenland, sondern im Blick auf alle Mitgliedstaaten untersuchen muss, andererseits wegen der Bezugnahme auf die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 nur die Mitgliedstaaten (Art. 16a Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GG), die diese Verordnung anwenden, nicht aber die anderen sicheren Drittstaaten (Art. 16a Abs. 2 Satz 1 2. Alt., Satz 2 GG) einbeziehen kann.

5. Das verfassungsrechtlich verankerte Konzept der „*normativen Vergewisserung*“ wurde zu einem Zeitpunkt entwickelt, in dem das Asyl- und Flüchtlingsrecht noch nicht wie heute vergemeinschaftet war (vgl. Art. 63 EGV). Das Rechtsgutachten wird daher der Frage nachgehen müssen, welche Folgen der durch Art. 63 EGV, jetzt Art. 78 AEUV, angestoßene Prozess der Vergemeinschaftung des Asyl- und Flüchtlingsrechts für die nationalen verfassungsrechtlichen Instrumente zur Steuerung des Zugangs von Asylsuchenden und Flüchtlingen hat.
6. Damit stellt sich die Frage, ob Art. 16a Abs. 2 GG überhaupt noch als maßgebende Rechtsgrundlage für den gegenseitigen Verkehr der Mitgliedstaaten untereinander im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts eine geeignete und wirksame Funktion entfalten oder nach Maßgabe welcher Verfassungsnormen die Bundesrepublik Deutschland am gegenseitigen Verkehr der Mitgliedstaaten im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts teilnehmen kann.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass im Gutachten zunächst die Ratio der normativen Vergewisserung im Blick auf Mitgliedstaaten zu untersuchen ist. Im Anschluss daran wird der Frage nachgegangen, ob die im Zusammenhang mit der normativen Vergewisserung entwickelten Ausnahmetatbestände auf die zwischen den Mitgliedstaaten bestehenden Verkehrsbeziehungen überhaupt anwendbar sind oder diese nach anderen Rechtsgrundsätzen gestaltet werden. In diesem Zusammenhang wird das System der europarechtlichen Lastenverteilung untersucht und der Frage nachgegangen werden, ob eine Lösung der vom Bundesverfassungsgericht aufgeworfenen Fragen aus den Funktionsbedingungen dieses Systems heraus zu entwickeln und wie insbesondere der Eilrechtsschutz in diesem System geregelt ist und welche Auswirkungen dies auf das Recht der Bundesrepublik Deutschland hat.

III. Das Konzept normativer Vergewisserung im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten

1. Zweck der normativen Vergewisserung im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten

Der verfassungsunmittelbaren Erklärung der Mitgliedstaaten zu sicheren Drittstaaten liegt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes die Vorstellung zugrunde, dass ein Ausländer in allen Mitgliedstaaten Schutz vor politischer Verfolgung und vor Weiterschiebung finden kann. Der verfassungsändernde Gesetzgeber habe sich bei der

Regelung des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG davon leiten lassen, dass in allen Mitgliedstaaten die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) gelten und beide Konventionen auf der Grundlage gemeinsamer Rechtsüberzeugungen im Rahmen der Flüchtlingspolitik auch prinzipiell angewendet würden. Nur für andere Staaten sei diese Annahme noch von der vorgängigen Prüfung abhängig, ob dort ein Schutz entsprechend der GFK und der EMRK gewährt werde.¹⁸ Die nachträgliche Entwicklung hat diese These des Bundesverfassungsgerichtes bekräftigt. So können sich Angehörige aus den Mitgliedstaaten nicht auf die auf der Grundlage von Art. 63 EGV beruhenden Rechtsakte zur Regelung des Asyl- und Flüchtlingsrechts berufen.

Der Unterschied zwischen Mitgliedstaaten und anderen sicheren Drittstaaten liegt aus Sicht des Verfassungsrechts in der Aufteilung der politischen *Verantwortung* in der Bundesrepublik Deutschland für das *Konzept normativer Vergewisserung*: Während es nach Art. 16a Abs. 2 Satz 1 2. Alt., Satz 2 GG für die Bestimmung von Staaten außerhalb der Gemeinschaft zu sicheren Drittstaaten eines Parlamentsgesetzes (Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG) und damit einer vorgängigen Prüfung der dort bestehenden Sicherheit nach Maßgabe der GFK und EMRK durch das Parlament bedarf, hat der verfassungsändernde Gesetzgeber durch Schaffung der Norm des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GG im Jahre 1993 ein für allemal entschieden, dass in Zukunft alle Mitgliedstaaten sichere Drittstaaten sind, ohne dass es vor oder nach dem Beitritt neuer Staaten jeweils eines Parlamentsgesetzes für diese Qualifizierung bedarf. Trägt damit für die Einbeziehung der Mitgliedstaaten in das Konzept normativer Vergewisserung der verfassungsändernde Gesetzgeber die politische Verantwortung, wird diese für die anderen sicheren Drittstaaten dem einfachen Gesetzgeber zugewiesen.

Der verfassungsändernde Gesetzgeber begibt sich damit in die Hände der zuständigen Organe der Europäischen Union und vertraut darauf, dass diese im Verhandlungsprozess mit beitrittswilligen Staaten die erforderliche Prüfung, die an sich dem einfachen Gesetzgeber obliegt, verantwortlich wahrnehmen. Im Schrifttum wurde zustimmend auf den „besonders engen Verbund gleichartiger politischer Wertvorstellungen“ in den Mitgliedstaaten hingewiesen, der es rechtfertige, von Verfassungs wegen ein „blindes“, d.h. von keinerlei

¹⁸ BVerfGE 94, 49 (88) = EZAR 208 Nr. 7 =NVwZ 1996, 700 (702).

zusätzlichen Vorbedingungen abhängiges Vertrauen zu setzen,¹⁹ ein Vertrauen freilich, das spätestens mit Aufnahme von Bulgarien und Rumänien in die Gemeinschaft und nunmehr durch die Entwicklung in Griechenland und in weiteren südeuropäischen Mitgliedstaaten erheblich erschüttert wird. Auch das Bundesverfassungsgericht hat im Urteil zum Lissaboner Vertrag einschränkend eingewandt, dass „das Vertrauen in die konstruktive Kraft des Integrationsmechanismus“ von „Verfassungen wegen nicht unbegrenzt sein“ könne.²⁰

Zweck der normativen Vergewisserung ist es, auszuschließen, dass ein Asylsuchender, der in einen sicheren Drittstaat zurückgewiesen oder zurückverbracht werden soll, den Schutz der Bundesrepublik Deutschland vor Verfolgung oder sonstigen schwerwiegenden Beeinträchtigungen in seinem Herkunftsland nicht mit der Begründung einfordern kann, für ihn bestehe in dem betreffenden Drittstaat keine Sicherheit, weil dort in seinem Einzelfall – trotz normativer Vergewisserung - die Verpflichtungen aus der GFK und der EMRK nicht erfüllt würden. Vielmehr entfällt das Bedürfnis, ihm Schutz in der Bundesrepublik zu bieten. Insoweit ist die Sicherheit des Flüchtlings im Drittstaat *generell* festgestellt. Art. 16a Abs. 2 GG sieht nicht vor, dass dies im Einzelfall überprüft werden kann. Die Bundesrepublik hat allerdings Schutz zu bieten, wenn Abschiebungshindernisse nach § 60 Abs. 1 bis 5 und 7 AufenthG durch Umstände begründet werden, die *ihrer Eigenart nach* nicht vorweg im Rahmen des Konzepts normativer Vergewisserung von Verfassung oder Gesetz berücksichtigt werden können und damit von vornherein außerhalb der Grenzen liegen, die der Durchführung eines solchen Konzepts aus sich selbst heraus gesetzt sind.²¹

Damit hat das Bundesverfassungsgericht den Zweck des Konzepts normativer Vergewisserung für alle Drittstaaten gleichermaßen beschrieben. Der Unterschied zwischen Mitgliedstaaten und anderen sicheren Drittstaaten liegt zunächst im Entstehungsprozess der Qualifikation als sichere Drittstaaten. Mitgliedstaaten erwerben kraft Beitritt zur Gemeinschaft nach Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG unmittelbar die Qualifikation „sicherer Drittstaat“, die anderen sicheren Drittstaaten erwerben diesen Status durch ein Parlamentsgesetz nach vorgängiger Prüfung anhand der in der Verfassung verankerten

¹⁹ Tomuschat, EuGRZ 1996, 381.

²⁰ BVerfGE 123, 267, 372 ff. – *Lissabon*.

²¹ BVerfGE 94, 49 (96 - 99) = EZAR 208 Nr. 7 =NVwZ 1996, 700 (702), unter Hinweis auf die Vorläufernormen § 51 Abs. 1, § 53 AuslG 1990.

Kriterien. Der für das Konzept der normativen Vergewisserung entscheidende Unterschied besteht freilich darin, dass die Verfassung offen lässt, nach Maßgabe welcher Kriterien Mitgliedstaaten als sicher gelten. Demgegenüber verweist Art. 16a Abs. 2 Satz 1 2. Hs. GG für diese Frage auf die normativ begründete Vergewisserung, dass die Anwendung von GFK und EMRK gewährleistet ist.

2. *Inhalt des Konzeptes normativer Vergewisserung im Blick auf Mitgliedstaaten*

a) *Prinzip der dynamischen Einbeziehung der Rechtsentwicklungen im europäischen Angleichungsprozess des Asyl- und Flüchtlingsrechts in das Konzept normativer Vergewisserung*

Ausgehend vom Wortlaut von Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG unterscheidet das Bundesverfassungsgericht zwischen Mitgliedstaaten und anderen sicheren Drittstaaten: Aus der Entstehungsgeschichte der Norm wie auch aus der *Zielsetzung*, die der verfassungsändernde Gesetzgeber mit der Drittstaatenregelung verfolge, ergebe sich, dass die Mitgliedstaaten unmittelbar kraft Verfassung sichere Drittstaaten seien. Der zweite Halbsatz in Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG („...in dem die Anwendung ... sichergestellt ist“) beziehe sich ausschließlich auf die „anderen Drittstaaten“, mithin auf Staaten außerhalb der Gemeinschaft. Dem liege die Vorstellung zugrunde, dass ein Asylsuchender in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft generell Schutz vor Verfolgung und vor Weiterschlebung in einen Staat finden könne, in dem ihm Verfolgung oder sonstige menschenrechtswidrige Behandlung oder Bestrafung drohe.²² Die gesetzliche Begründung zu Art. 16a Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GG stellt in diesem Zusammenhang lapidar fest, dass „die Möglichkeit, Sicherheit im Drittstaat zu erlangen“, bei „Mitgliedstaaten unterstellt“ werde.²³ Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes hat sich der verfassungsändernde Gesetzgeber bei dieser Regelung davon leiten lassen, dass in allen Mitgliedstaaten beide Konventionen, die GFK wie die EMRK, gelten.

Im damaligen Zeitpunkt war das Asylrecht noch nicht vergemeinschaftet wie heute, sondern Teil der dritten Säule der Gemeinschaft. Art. K 2 Abs. 1 EUV a.F. legten fest, dass die

²² BVerfGE 94, 49 (88) = EZAR 208 Nr. 7 =NVwZ 1996, 700 (702).

Asylpolitik unter Beachtung der EMRK und GFK sowie unter Berücksichtigung des Schutzes zu behandeln ist, den die Mitgliedstaaten Verfolgten gewähren. Die konsequente Anwendung beider Konventionen ist eine Grundlage für die gemeinschaftliche Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten. Dies rechtfertigt es, in Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG zwischen den Mitgliedstaaten und anderen sicheren Drittstaaten zu unterscheiden. Bei letzteren fehlt der gemeinschaftliche Rahmen, der eine menschenrechtliche Grundlage setzt. Mit der Bestimmung der Mitgliedstaaten zu sicheren Drittstaaten hat der verfassungsändernde Gesetzgeber die Entwicklung der Gemeinschaft zu einer Wertegemeinschaft aufgegriffen und zum Ausdruck gebracht, dass er den Flüchtlingsschutz in den anderen Mitgliedstaaten gegenüber dem in Deutschland als gleichwertig ansieht.²⁴

Der *Entwicklungsprozess* der Gemeinschaft wird damit in das Konzept normativer Vergewisserung, soweit es Mitgliedstaaten betrifft, einbezogen. Durch diesen gewinnt es erst inhaltlich Gestalt. Das Bundesverfassungsgericht ersetzt die fehlende Inhaltsbestimmung des verfassungsrechtlichen Konzeptes normativer Vergewisserung im Blick auf die Mitgliedstaaten durch die Einbeziehung der Rechtsentwicklungen im europäischen Angleichungsprozess. Dieser soll Anknüpfungspunkt für die Inhaltsbestimmung des verfassungsrechtlichen Konzeptes normativer Vergewisserung im Hinblick auf Mitgliedstaaten werden. Während bei den anderen sicheren Drittstaaten die Anwendung der GFK und EMRK sichergestellt sein muss, wird mehr als lediglich dies bei den Mitgliedstaaten verlangt.

Die verfassungsunmittelbare, unwiderlegliche Sicherheit der Mitgliedstaaten, die seinerzeit als „Zementierung kontrafaktischer verfassungsrechtlicher Sicherheitsfiktionen“ kritisiert wurde,²⁵ kann damit auch als verfassungsrechtliche Öffnung für die dynamische Entwicklung des Asyl- und Flüchtlingsrechts in Europa in das Konzept normativer Vergewisserung, soweit es auf Mitgliedstaaten zielt, verstanden werden. Hierin könnte sogar ihre eigentliche Funktion bestehen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat mit der Entscheidung, die Mitgliedstaaten nicht durch einfaches Gesetz, sondern durch die Verfassung zu sicheren Drittstaaten zu bestimmen, klargestellt, dass er den *fortschreitenden Prozess der europäischen Einigung*“ im Asyl- und Flüchtlingsrecht zum Inhalt des Konzeptes normativer Vergewisserung machen

²³ BT-Drs. 12/4152, S. 4.

²⁴ Lehgut/Maassen, ZfSH/SGB 1995, 281 (283).

²⁵ Lübke-Wolff, DVBl. 1996, 825 (829); zustimmend Funke-Kaiser, in: GK-AsylVfG, vor II – 2 Rdn. 100.

wollte.²⁶ Das Bundesverfassungsgericht hatte damals darauf hingewiesen, dass eine Harmonisierung des Ausländer- und Flüchtlingsrechts zwischen den Staaten der Europäischen Gemeinschaften zwar „noch in den Anfängen“ stecke. Der verfassungsändernde Gesetzgeber habe aber mit der Regelung des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG auf eine im Wesentlichen einheitliche Rechtsüberzeugung der Europäischen Gemeinschaften auf diesem Gebiet gebaut.²⁷ Bereits damals erschien ihm sichergestellt, dass jedenfalls die beiden Konventionen – GFK und EMRK – in allen Mitgliedstaaten wirksam angewendet werden.

Die ursprüngliche Konzeption der normativen Vergewisserung in Ansehung von Mitgliedstaaten schloss danach den *nachträglichen Entwicklungsprozess in Europa* im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts, also den jeweiligen aktuellen Bestand, ein. Diese sollte jeweils unmittelbar *normativer Bestandteil* der Drittstaatenregelung im Blick auf Mitgliedstaaten werden. Mit der dynamischen Einbeziehung dieser Rechtsentwicklungen in den Inhalt des Konzepts normativer Vergewisserung sollten nicht nur die Mindestgarantien der Drittstaatenregelung, nämlich die wirksame Anwendung der GFK und EMRK, Bestandteil des Konzeptes der normativen Vergewisserung im Blick auf Mitgliedstaaten werden, sondern alle nachfolgenden Rechtsentwicklungen, welche auf eine Harmonisierung des europäischen Asyl- und Flüchtlingsrechts zielten.

Ob die ursprünglich vorgestellte Einbeziehung der dynamischen Rechtsentwicklungen in das Konzept normativer Vergewisserung auch die dynamische Entwicklung des Gemeinschaftsrechts erfasst, bleibt zunächst offen. Bevor diese Frage beantwortet werden kann, muss zunächst untersucht werden, ob das Konzept normativer Vergewisserung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, soweit es um Mitgliedstaaten geht. Jedenfalls verdeutlicht die Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Konzept normativer Vergewisserung, dass der Inhalt dieses Konzeptes in Ansehung der Mitgliedstaaten ein anderer ist als im Blick auf die anderen sicheren Drittstaaten. Reicht für letztere die Vergewisserung aus, dass die Beachtung von GFK und EMRK sichergestellt ist, geht es in Ansehung der Mitgliedstaaten über diese rein negatorische Begriffsbestimmung weit hinaus.

²⁶ Lehgut/Maassen, ZfSH/SGB 1995, 281 (284).

b) *Differenzierender Charakter des Konzeptes normativer Vergewisserung*

aa) *Vorbemerkung*

Wesentlich anders als bei den Mitgliedstaaten ist die verfassungsrechtliche Ausgangslage bei den anderen sicheren Drittstaaten. Hier reicht die Gewährleistung, dass beide Konventionen wirksam angewendet werden, für die Qualifizierung als sicherer Drittstaat aus. Dementsprechend prüft das Bundesverfassungsgericht insoweit auch nur, ob diese nach Maßgabe der von ihm für wesentlich erachteten Kriterien wirksam angewendet werden. Ob diese nach Maßgabe „wesentlich einheitlicher Rechtsüberzeugungen“, wie dies in Ansehung der Mitgliedstaaten vorausgesetzt wird,²⁸ angewandt werden oder nicht, ist dabei ohne Bedeutung.

Die Begrenzung auf die Staaten des Europarates durch den Hinweis auf die EMRK in Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG erscheint damit als zureichende Garantie, dass insoweit die Ausgestaltung wirksamer Schutzmechanismen zur wirksamen Anwendung der EMRK und GFK innerhalb der anderen sicheren Drittstaaten nicht zu weit auseinander gehen. Die Regelungs- und Kontrolldichte im Rahmen des Europarates ist jedoch wesentlich schwächer als in der Europäischen Union, ganz abgesehen davon, dass die GFK zwar historisch in Europa ihren Ursprung, jedoch seit Inkrafttreten des New Yorker Protokolls universelle Geltung hat.

Das Konzept normativer Vergewisserung differenziert zwischen Mitgliedstaaten und anderen sicheren Drittstaaten. Während die Verfassung im Hinblick auf die Mitgliedstaaten insoweit überhaupt keine inhaltlichen Vorgaben enthält, sondern die nachträglichen Rechtsentwicklungen in Europa bei der Angleichung des Asyl- und Flüchtlingsrechts zum immanenten Bestandteil des verfassungsrechtlichen Konzepts normativer Vergewisserung macht, reicht nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes für die anderen sicheren

²⁷ BVerfGE 94, 49 (89) = EZAR 208 Nr. 7 =NVwZ 1996, 700 (702).

²⁸ BVerfGE 94, 49 (89) = EZAR 208 Nr. 7 =NVwZ 1996, 700 (702).

²⁸ BVerfGE 94, 49 (89) = EZAR 208 Nr. 7 =NVwZ 1996, 700 (702).

Drittstaaten ein Mindestbestand an Vorkehrungen aus, um die Frage zu beantworten, ob dort die Anwendung beider Konventionen sichergestellt ist.

Deutlich wird diese Differenzierung im Rahmen des Konzepts normativer Vergewisserung dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht in Ansehung der Mitgliedstaaten lediglich auf die gemeinschaftsrechtliche „*Harmonisierung des Ausländer- und Flüchtlingsrechts*“, welche auf „wesentlichen einheitlichen Rechtsüberzeugungen der Mitgliedstaaten“ beruht, verweist, im Übrigen aber als nationales Verfassungsgericht keine weiteren Vorgaben macht. Nach unten ist der geforderte Schutzstandard wie bei den anderen sicheren Drittstaaten durch die Tatsache gewährleistet, dass die GFK und EMRK in den Mitgliedstaaten in wirksamer Weise Anwendung finden. Nach oben herrschte die Vorstellung einer dynamischen Einbeziehung der weiteren Entwicklung der europäischen Asylrechtsharmonisierung vor.

Anders ist die verfassungsrechtliche Ausgangslage bei den anderen sicheren Drittstaaten. Hier gibt das Bundesverfassungsgericht im Einzelnen die Schlüsselemente vor, die seiner Ansicht nach gewährleisten, dass die Anwendung der GFK und EMRK sichergestellt ist: Um den Blick auf die Unterscheidung zwischen den Mitgliedstaaten einerseits sowie den anderen sicheren Drittstaaten andererseits im Rahmen des Konzeptes normativer Vergewisserung zu schärfen, erscheint eine Identifizierung dieser Schlüsselemente und deren Bewertung angezeigt.

bb) Unterwerfung unter internationale Kontrollverfahren

Art. 16a Abs. 2 Satz 1 2. Hs. GG setzt voraus, dass im anderen Drittstaat die Anwendung der GFK und EMRK sichergestellt ist. Davon kann nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes nur die Rede sein, wenn der Staat den beiden Konventionen sowie dem Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1967 beigetreten ist.²⁹ Das Bundesverfassungsgericht scheint allerdings nicht die Zusatzprotokolle zur EMRK berücksichtigen zu wollen.³⁰ Weiterhin verlangt das Gericht, dass der Staat sich den Kontrollverfahren unterworfen haben

²⁹ BVerfGE 94, 49 (90) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

³⁰ So bereits *Huber*, NVwZ 1993, 736 (738); zustimmend *Maaßen/de Wyl*, ZAR 1996, 158 (159); kritisch hierzu auch *Frowein/Zimmermann*, JZ 1996, 753 (756).

muss, welche beide Konventionen vorsehen und die dazu bestimmt sind, die Einhaltung der mit ihrer Ratifizierung übernommenen Verpflichtungen zu gewährleisten.³¹

Im Blick auf Art. 34 EMRK ist die Verwendung des Begriffs „Kontrollverfahren“ sicherlich zutreffend. Der Hinweis des Gerichts auf ein Kontrollverfahren im Zusammenhang mit der GFK und der in diesem Zusammenhang gegebene Hinweis auf die Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit UNHCR verkennt jedoch, dass die Verpflichtung zur Zusammenarbeit nach Art. 35 GFK rechtlich etwas völlig anderes als ein Kontrollverfahren ist. Eines der wesentlichen Defizite der GFK ist ja gerade ihr fehlender Durchsetzungsmechanismus.

Damit rückt der erste entscheidungserhebliche Unterschied zwischen Mitgliedstaaten und anderen sicheren Drittstaaten in das Blickfeld. Reicht es für die anderen Drittstaaten aus, dass sie die EMRK ratifiziert und das Individualbeschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK anerkannt haben sowie ihrer Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit UNHCR gerecht werden, hatten sich die Mitgliedstaaten bereits in der Phase der bloßen Regierungszusammenarbeit getreu ihren „gemeinsamen humanitären Traditionen“ darauf verpflichtet, Flüchtlingen, „die dessen bedürfen, einen angemessenen Schutz“ gemäß der GFK zu garantieren, und zu diesem Zweck einheitliche Verfahrenstandards verabredet, um „über Asylanträge in allen Mitgliedstaaten aufgrund gleichwertiger Verfahren zu entscheiden.“³²

Zum damaligen Zeitpunkt waren aber noch keine gemeinschaftlichen Kontrollverfahren eingerichtet worden. In der Phase der Regierungszusammenarbeit nachfolgenden Entwicklung in Richtung der Vergemeinschaftung des Asylrechts haben die Mitgliedstaaten sich dem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV, jetzt Art. 267 AEUV, unterworfen. Damit wacht der Europäische Gerichtshof darüber, dass das Sekundärrecht im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts von den Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtskonform angewandt wird. Die Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass Asylbewerber das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht oder Tribunal haben (Art. 39 RL 2005/85/EG). Das Zusammenspiel zwischen der wirksamen nationalen Kontrolle durch unabhängige Gerichte einerseits und der Überwachung der Anwendung und Fortentwicklung

³¹ BVerfGE 94, 49 (90) = EZAR 208 Nr. 7 =NVwZ 1996, 700 (702).

³² Erwägungsgründe Nr. 2 und 6 der Entschließung des Rates vom 20. Juni 1995 über Mindestgarantien für Asylverfahren (ABl. Nr. C 274/13)

des Sekundärrechts durch den Gerichtshof andererseits ist verfahrensrechtlich etwas völlig anderes als das Individualbeschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK und die Zusammenarbeitspflicht der Vertragsstaaten nach Art. 35 GFK.

cc) *Erfordernis der systematischen Nichtbeachtung der Konventionen*

Allein die Nichtanwendung der beiden Konventionen in konkreten Einzelfällen steht nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes der Qualifizierung eines bestimmten Staates als sicherer Drittstaat nicht entgegen. Gefordert wird allgemein, dass der Staat nach seiner Rechtsordnung einen Ausländer nicht in den behaupteten Verfolgerstaat abschieben darf, ohne vorher geprüft zu haben, ob ihm dort Verfolgung im Sinne von Art. 33 GFK oder eine Behandlung droht, vor welcher Art. 3 EMRK Schutz gewährt.³³ Bei den für die Frage der Sicherstellung der Anwendung der beiden Konventionen notwendigen tatsächlichen Feststellungen dürfe der Gesetzgeber bei einem Staat, der nach seiner Rechtsordnung und generellen Praxis die Gesetzmäßigkeit seiner Verwaltung grundsätzlich gewährleiste, regelmäßig davon ausgehen, dass die Organe dieser Staaten sich an geltendes Recht, mithin an die beiden Konvention hielten.³⁴

Die Befürworter der verfassungsgerichtlichen Entscheidung heben hervor, dass sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle damit auf eine „*bloße Missbrauchskontrolle*“ reduziere.³⁵ Die Feststellungen des Bundesverfassungsgerichtes seien insbesondere deshalb von Bedeutung, weil vorher in verschiedenen Verfahren durch die Behauptung von Einzelfällen einer konventionswidrigen Behördenpraxis in Drittstaaten das Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung der gesetzgeberischen Entscheidung angerufen worden sei.³⁶ Nunmehr sei klargestellt, dass die Anwendung der Vorgaben der Prüfkriterien des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG im Wesentlichen außerhalb der verfassungsgerichtlichen Kontrolle stehe.³⁷

³³ BVerfGE 94, 49 (87) = EZAR 208 Nr. 7 =NVwZ 1996, 700 (702).

³⁴ BVerfGE 94, 49 (93) = EZAR 208 Nr. 7 =NVwZ 1996, 700 (702).

³⁵ *Maaßen/de Wyl*, ZAR 1996, 158 (162).

³⁶ *Scheltema/Maaßen*, ZRP 1996, 408 (410)).

³⁷ *Maaßen/de Wyl*, ZAR 1996, 158 (162); *Scheltema/Maaßen*, ZRP 1996, 408 (411); *Hailbronner*, NVwZ 1996, 625 (626).

Erst dann ist die für Art. 16a Abs. 2 Satz 1 2. Hs. GG erforderliche Anwendung der Konventionen nicht gewährleistet, wenn deren „regelmäßige“ Nichtbeachtung festgestellt werden kann.³⁸ Die in den konkreten Verfahren vorgetragenen Einzelfälle, in denen die Konventionen verletzt worden waren, vermögen mithin nach dieser Rechtsansicht die generelle Bestimmung eines Staates als sicherer Drittstaat nicht zu erschüttern. Danach wird dem Asylsuchenden, der aus einem anderen sicheren Drittstaat in das Bundesgebiet einreist und auf konkrete Einzelfälle der Verletzung der GFK wie der EMRK verweist, entgegen gehalten, dass der Gesetzgeber sich im normativen Sinne vergewissert habe, dass beide Konventionen grundsätzlich angewandt werden. Erst die „schlagartige Änderung“ der für die Qualifizierung als sicherer Drittstaat maßgebenden Verhältnisse erschüttert die normativ erzielte Vergewisserung des einfachen Gesetzgebers mit der Möglichkeit der Korrektur nach § 26a Abs. 3 AsylVfG und im Rahmen der Ausnahmefälle im konkreten Einzelfall.³⁹

Gefordert wird vom Bundesverfassungsgericht die vorbehaltlose Ratifizierung von Art. 1 GFK, sodass Staaten wie die Türkei und früher Italien, welche den Europavorbehalt nach Art. 1 B GFK erklärt hatten bzw. ihn beibehalten haben und deshalb nichteuropäische Flüchtlinge aus dem Anwendungsbereich der GFK ausschließen, nicht zu sicheren Drittstaaten erklärt werden können.⁴⁰ Die in Anlage I zu § 26 a AsylVfG aufgenommenen Staaten haben keinen geografischen Vorbehalt nach Art. 1 GFK erklärt. Unklar ist jedoch, wie dieser Grundsatz im Blick auf die Drittstaaten, die vom sicheren Drittstaat als sicher erklärt worden sind („Viertstaat“⁴¹), zu handhaben ist.

Damit rückt ein weiterer entscheidungserheblicher Unterschied zwischen Mitgliedstaaten und anderen sicheren Drittstaaten in das Blickfeld. Die Mitgliedstaaten trifft eine Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue. Diese Verpflichtung wird nicht erst ausgelöst, wenn eine systematische Verletzung der asylrechtlichen Vorschriften festgestellt wird, sondern geht auf optimale Gewährleistung dieser Vorschriften. Ziel in der damaligen Phase der Regierungszusammenarbeit war „eine Harmonisierung der Asylpolitiken der

³⁸ BVerfGE 94, 49 (93) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

³⁹ BVerfGE 94, 49 (99) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

⁴⁰ BVerfGE 94, 49 (90) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

⁴¹ Kritisch zu dieser Rechtsfiktion *Marx/Lumpp*, The German Constitutional Court's Decision of 14 May 1996 on the Concept of „Safe Third Countries“ – A Basis for Burden-Sharing in Europe?, in: International Journal of Refugee Law 1996, 419; *Marx*, Kommentar zum AsylVfG, 7. Aufl., 2008, § 26a Rdn. 91 – 100.

Mitgliedstaaten.“⁴² Diesem gemeinsam verabredeten Ziel zuwider laufen nicht erst systematische Verletzungen der asylrechtlichen Vorschriften. In der nachfolgenden Phase der Vergemeinschaftung der nationalen Asylpolitiken ist Ziel eine „gemeinsame Asylpolitik einschließlich eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems“ als wesentlicher Bestandteil des Ziels der Gemeinschaft, „schrittweise einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts aufzubauen, der allen offen steht, die wegen besonderer Umstände rechtmäßig in der Gemeinschaft um Schutz ersuchen“ (Erwägungsgrund Nr. 1 RL 2004/84/EG; Erwägungsgrund Nr. 1 RL 2005/85/EG). Dieser die Hervorbringung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems bewegend Grund beherrschte auch bereits den vorangegangenen Entwicklungsprozess im Rahmen der dritten Säule des Unionsvertrags.

Daraus folgt, dass für die Inhaltsbestimmung des Konzepts normativer Vergewisserung bei den anderen Drittstaaten eine negative, hingegen im Blick auf die Mitgliedstaaten eine positive Bewertung gefordert wird. Ist ein anderer Staat erst dann nicht mehr sicher, wenn es dort regelmäßig zu Konventionsverletzungen kommt, werden die Mitgliedstaaten deshalb in das Konzept normativer Vergewisserung aufgenommen, weil ihre Rechtsvorschriften entsprechend dem Prinzip der Gemeinschaftstreue auf optimale Verwirklichung der Schutzvorschriften zugunsten von Flüchtlingen gehen. Eine „schlagartige Änderung“ der Verhältnisse in einem Mitgliedstaat hat der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht für denkbar erachtet. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in den Beschlüssen zu Griechenland zunächst auch darauf hingewiesen, dass eine Rückgängigmachung der Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers über § 26a Abs. 3 AsylVfG nicht zulässig ist.⁴³ In den zuletzt genannten Beschlüssen fehlt dieser Hinweis vollständig.⁴⁴ Dies könnte als Hinweis zu verstehen sein, dass aufgrund der Fortentwicklung des Europarechts im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts grundsätzliche Bedenken bestehen, die Grundsätze zum Konzept normativer Vergewisserung auf Mitgliedstaaten anzuwenden.

⁴² Erwägungsgrund Nr. 3 des Gemeinsamen Standpunktes des Rates betreffend die harmonisierte Anwendung der Definition des Begriffs „Flüchtling“ in Artikel 1 des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 4. März 1996 (ABl. L 63/2).

⁴³ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, BA; S. 3, NVwZ 2009, 1281 = InfAusIR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 5. November 2009 – 2 BvQ 77/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09.

⁴⁴ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAusIR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

Während der Gesetzgeber damit im Blick auf andere sichere Drittstaaten eine Änderung der die normative Vergewisserung begründenden Verhältnisse für denkbar erachtet, wird dies für Mitgliedstaaten kraft unmittelbar geltenden Verfassungsrechts ausgeschlossen. Kommen diese dennoch vor, steht die Rechtsfiktion des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GG im Wege. Bei einer Gleichbehandlung von Mitgliedstaaten und anderen sicheren Drittstaaten im Rahmen des Konzepts normativer Vergewisserung wären deshalb aus verfassungsrechtlicher Sicht systematische und gravierende Rechtsverletzungen in einem Mitgliedstaat hinzunehmen. Bereits diese Konsequenz einer rechtlichen Gleichbehandlung aller sicheren Drittstaaten im Rahmen des Konzepts normativer Vergewisserung schärft den Blick dafür, dass die Verfassung für derartige Situationen im Hinblick auf Mitgliedstaaten Lösungen bereithalten muss, die sich nicht im Rahmen der Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG entwickeln lassen.

dd) Erfordernis des Zugangs zum Verfahren auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft

Auch ein Staat, der seinerseits eine Drittstaatenregelung vorsieht, kann gemäß Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG zum sicheren Drittstaat bestimmt werden. Allerdings darf der Staat nach seiner Rechtsordnung nicht befugt sein, den Asylsuchenden in einen solchen Staat abzuschieben, in dem diesem die Weiterschickung in den Verfolgerstaat droht, ohne dass dort (d.h. im „Viertstaat“) in einem förmlichen Verfahren geprüft worden ist, ob die Voraussetzungen der Art. 33 GFK, Art. 3 EMRK vorliegen oder ein dementsprechender Schutz tatsächlich gewährleistet ist. Hält sich ein Staat (Drittstaat) zur Weiterschickung von Flüchtlingen in einen anderen Staat für befugt, obwohl dort diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, ist die Anwendung der GFK im Drittstaat nicht sichergestellt.⁴⁵

Deshalb kann auch ein Drittstaat, der seinerseits eine Drittstaatenregelung vorsieht, nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes gemäß Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG zum sicheren Drittstaat bestimmt werden. Im Blick auf die anderen sicheren Drittstaaten entsteht also anders als im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander aufgrund der für zulässig erachteten Technik bilateraler Verweisungsmechanismen ein erhebliches

Rechtsschutzdefizit.⁴⁶ So fordert das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang lediglich, dass der Gesetzgeber nach Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG zwar prüfen müsse, ob der Drittstaat Abschiebungen in einen weiteren Drittstaat praktiziere. Sicher sei der „Viertstaat“ aber bereits dann, wenn dort in einem förmlichen Verfahren geprüft werde, ob die Voraussetzungen von Art. 33 GFK und Art. 3 EMRK vorliegen würden. Schiebe der Drittstaat in einen weiteren Drittstaat ab, obwohl dort diese Voraussetzungen nicht erfüllt seien, sei die Anwendung der GFK im Drittstaat nicht sichergestellt. Die Voraussetzungen von Art. 33 GFK seien im weiteren Drittstaat („Viertstaat“) jedoch erfüllt, wenn er eine Weiterschickung oder Zurückweisung in solche Staaten unterlasse, in denen eine Weiterschickung in den Verfolgerstaat drohe.⁴⁷ Zutreffend wird dem Gericht deshalb vorgehalten, mit dem bloßen Erfordernis, dass überhaupt irgendein Prüfungsverfahren stattgefunden haben müsse, wende es einen „unvertretbar laxen Maßstab“ an.⁴⁸

Dogmatischer Ausgangspunkt für die Frage des Zugangs zum Verfahren für die anderen sicheren Drittstaaten ist damit die bilaterale Beziehung zwischen der Bundesrepublik und dem Drittstaat. Die Anwendung der GFK im Drittstaat ist nicht mehr sichergestellt, wenn von dort eine endlose Kette weiterer Verweisungen in Gang gesetzt wird. Denn in diesem Fall können Bundesrepublik und Drittstaat nicht mehr gemeinsam gewährleisten, dass die GFK beachtet wird. Allerdings können die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes auch dahin interpretiert werden, dass die normative Vergewisserungspflicht nicht weiter als bis zu den Grenzen des „Viertstaates“ reichen soll. Ist gewährleistet, dass der „Viertstaat“ vor einer Abschiebung prüft, dass der Asylsuchende nicht in den behaupteten Verfolgerstaat oder in einen Staat abgeschoben wird, der möglicherweise in den behaupteten Verfolgerstaat abschiebt, ist der Drittstaat sicher. Was jenseits der Grenzen des „Viertstaates“ mit dem Asylsuchenden geschieht, wäre bei einer derartigen Interpretation nicht mehr Inhalt der normativen Vergewisserungspflicht. Folge einer derart eingeschränkten Prüfungspflicht ist, dass jedenfalls nach Weiterschickung des Asylsuchenden aus dem „Viertstaat“ die Abschiebung des Flüchtlings in das Herkunftsland nicht wirksam ausgeschlossen werden

⁴⁵ BVerfGE 94, 49 (92) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

⁴⁶ Marx, Kommentar zum AsylVfG, 7. Auflage, 2008, § 26a Rdn. 92 ff.

⁴⁷ BVerfGE 94, 49 (92 f) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

⁴⁸ Wolff-Lübbe, DVBl. 1996, 825 (830).

kann. Das Prinzip normativer Vergewisserung hat damit jenseits der Grenzen des „Viertstaates“ einen völkerrechtlich bedenklichen Kontrollverlust zur Folge..

Diese Interpretation stünde in Übereinstimmung mit der Auffassung, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber mit Art. 16a Abs. 2 GG das Konzept der Regionalisierung der Flüchtlingsaufnahme durchsetzen und die Flüchtlinge daher zwingen wolle, möglichst ortsnah zum Herkunftsstaat Schutz zu suchen.⁴⁹ Dementsprechend würde auch nichts dagegen sprechen, Flüchtlinge durch ineinandergreifende zwischenstaatliche Regelungstechniken wieder in die Heimatregion zurückschaffen zu lassen. Jedenfalls schließt das Bundesverfassungsgericht eine derartige Folge der Anwendung der Drittstaatenregelung nicht wirksam aus.

Eine völlig andere Ausgangslage stellt sich in diesem Gesichtspunkt in Ansehung der Mitgliedstaaten. Bereits der Hinweis des Bundesverfassungsgerichtes lediglich auf Art. 33 GFK im Blick auf andere sichere Drittstaaten verdeutlicht diesen qualitativen Unterschied. Nur der Kernbereich des Flüchtlingsschutzes, das Refoulementverbot, muss bei den anderen sicheren Drittstaaten gewährleistet sein. Vergleichsmaßstab des Flüchtlingsschutzes im Blick auf andere sichere Drittstaaten sind danach nicht die deutschen Rechtsvorschriften. Demgegenüber war Vergleichsmaßstab im Hinblick auf Mitgliedstaaten bereits im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung der völkerrechtliche Flüchtlingsschutz in seiner Gesamtheit. Betont das Bundesverfassungsgericht, dass der GFK weder die Verpflichtung zur Sicherstellung eines bestimmten Verfahrens entnommen werden könne noch sich insoweit eine über Art. 31 Abs. 3 Buchst. b) WVK verbindliche Staatenpraxis herausgebildet habe, waren die GFK in ihrer Gesamtheit sowie weitere völkerrechtliche Verpflichtungen bereits der Bezugsrahmen für eine materiellrechtliche europäischen Asylrechtsharmonisierung von Anfang an.

So betonte z.B. Nr. II 1 der Ratsentschließung über Mindestgarantien,⁵⁰ dass Asylverfahren in den Mitgliedstaaten unter „voller Einhaltung“ der GFK und des Protokolls sowie der sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen betreffend Flüchtlinge und Menschenrechte

⁴⁹ Lehguth/Maassen, ZfSH/SGB 1995, 281 (282).

⁵⁰ Entschließung des Rates vom 20. Juni 1995 über Mindestgarantien für Asylverfahren (ABl. Nr. C 274/13).

durchgeführt werden. Insbesondere wurde der Flüchtlingsbegriff nach Art. 1 GFK zur Grundlage der nationalen Asylverfahren der Mitgliedstaaten gemacht und zu diesem Zweck Empfehlungen des Rates für die Anwendung der Kriterien für die Anerkennung und Zulassung als Flüchtlinge erlassen.⁵¹ Will das Bundesverfassungsgericht die sicheren Drittstaaten außerhalb der Gemeinschaft nur nach Maßgabe eines an Art. 33 GFK ausgerichteten Verfahrens messen, d.h. reicht ein in irgendeiner Weise formalisiertes Verfahren, durch das festgestellt werden kann, ob eine Abschiebung das Refoulementverbot berührt,⁵² war damit die europäische Asylrechtsharmonisierung von Anfang an auf eine an Art. 1 A Nr. 2 GFK ausgerichtete Angleichung der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten ausgerichtet.⁵³

3. *Grenzen des Konzepts normativer Vergewisserung im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten*

a) *Vorbemerkung*

Der Inhalt eines Konzepts kann ohne seine Grenzen nicht zureichend erfasst werden. Dementsprechend gehören zum Konzept normativer Vergewisserung auch seine Grenzen. Die Frage, ob dieses Konzept für die Mitgliedstaaten andere Grenzen als für andere sichere Drittstaaten oder ob es im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten möglicherweise eine andere Funktion als im Verhältnis zu den anderen sicheren Drittstaaten hat, ist bislang nicht gestellt worden. Vielmehr wird – wie ausgeführt – die Frage der Zulässigkeit der Rückführung in den Mitgliedstaat Griechenland anhand von Kriterien behandelt, welche nicht für Mitgliedstaaten, sondern für andere sichere Drittstaaten entwickelt wurden. Fördert die vergleichende Analyse des Konzepts normativer Vergewisserung bereits im Blick auf die Ausgestaltung seines Inhalts gravierende Unterschiede zwischen Mitgliedstaaten und anderen sicheren Drittstaaten zutage, ist nachfolgend zu untersuchen, ob der Blick auf die Grenzen dieses Konzeptes die Schlussfolgerung nahe legt, dass die *verfahrensrechtliche Funktion der Drittstaatenregelung,*

⁵¹ Erwägungsgrund Nr. 6 3. Spiegelstrich des Gemeinsamen Standpunktes des Rates betreffend die harmonisierte Anwendung der Definition des Begriffs „Flüchtling“ in Artikel 1 des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 4. März 1996 (ABl. L 63/2).

⁵² BVerfGE 94, 49 (91 f.) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

unverzüglich eine Abschiebung in sichere Drittstaaten zu ermöglichen, nicht auf Mitgliedstaaten zugeschnitten ist.

b) *Inhaltliche Bestimmung der Grenzen des Konzepts normativer Vergewisserung*

aa) *Systemfremder Charakter der Ausnahmetatbestände*

Das Bundesverfassungsgericht verweist zur Bestimmung der *Grenzen* des Konzepts normativer Vergewisserung auf die im Urteil vom 14. Mai 1996 entwickelten fünf Ausnahmekategorien.⁵⁴ Damit fallen Fallgestaltungen aus dem Anwendungsbereich dieses Konzeptes heraus, in denen Abschiebungshindernisse durch Umstände begründet werden, die ihrer Eigenart nach nicht vorweg im Rahmen des Konzepts normativer Vergewisserung von Verfassung oder Gesetz berücksichtigt werden können. Diese liegen von vornherein außerhalb der Grenzen, die der Durchführung eines derartigen Konzeptes aus sich selbst heraus gesetzt sind. In derartigen Fällen hat die Bundesrepublik Schutz zu gewähren.

Der Hinweis, dass im Konzept normativer Vergewisserung kraft Verfassung Umstände von vornherein nicht berücksichtigt sein könnten, ist unvereinbar mit dem Charakter dieses Konzeptes in Ansehung von Mitgliedstaaten. Da die Verfassung keine inhaltlichen Vorgaben enthält, kann auch nicht bestimmt werden, was vorweg von diesen Vorgaben nicht erfasst wird. Darüber hinaus widerstreitet die Vorstellung, es gebe von vornherein Regelungsgegenstände, die im Blick auf Mitgliedstaaten nicht umfasst werden, dem *fortschreitenden Prozess der europäischen Einigung*.⁵⁵ Da die *nachträgliche Entwicklung des europäischen Asyl- und Flüchtlingsrechts*, also der jeweilige, aktuelle Bestand der Asylrechtsharmonisierung, *normativer Bestandteil* der Drittstaatenregelung im Blick auf Mitgliedstaaten ist, kann es keine Regelungsbereiche geben, die strukturell nicht von

⁵³ Vgl. Gemeinsamer Standpunkt des Rates betreffend die harmonisierte Anwendung der Definition des Begriffs „Flüchtling“ in Artikel 1 des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 4. März 1996 (ABl. L 63/2).

⁵⁴ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, BA, S. 3, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 5. November 2009 – 2 BvQ 77/09, BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09; alle mit Hinweis auf BVerfGE 94, 49 (99 f.) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700.

vornherein dem Konzept normativer Vergewisserung, soweit es Mitgliedstaaten betrifft, immanent sind.

bb) Drohung der Todesstrafe im sicheren Drittstaat

In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass sich ein Asylsuchender gegenüber einer Zurückweisung oder Rückverbringung in den Drittstaat auf das Abschiebungshindernis des § 53 Abs. 2 AuslG 1990, jetzt § 60 Abs. 3 AufenthG, berufen kann, wenn ihm dort die Todesstrafe drohen sollte. Nach dem 6. Zusatzprotokoll zur EMRK ist in allen Vertragsstaaten die Todesstrafe abgeschafft. Zwar bezieht das Bundesverfassungsgericht in das Konzept normativer Vergewisserung nur die EMRK, nicht aber die Zusatzprotokolle ein.⁵⁶ Dies mag Auswirkungen auf die anderen sicheren Drittstaaten haben, nicht jedoch auf die Mitgliedstaaten.

Alle damaligen Mitgliedstaaten hatten bereits im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung das 6. Zusatzprotokoll ratifiziert. Nach dessen Art. 1 ist die Todesstrafe abgeschafft und können die Vertragsstaaten nach ihrem innerstaatlichen Recht diese Strafe nur für Taten vorsehen, die in Kriegszeiten oder bei unmittelbarer Kriegsgefahr begangen werden (Art. 2 EMRK Protokoll Nr. 6). Darüber hinaus begründet die drohende Todesstrafe subsidiären Schutz (Art. 15 Buchst. a) RL 2004/83EG). Dies betrifft zwar die Anerkennungspraxis der Mitgliedstaaten. Wenn Sekundärrecht im Falle einer drohenden Todesstrafe im Blick auf deren Abschaffung in den Mitgliedstaaten die Gewährleistung des subsidiären Schutzstatus verbindlich vorschreibt, ist es aus rechtlicher Sicht undenkbar, dass die Abschiebung des Asylsuchenden in einen Mitgliedstaat wegen dort drohender Todesstrafe auszusetzen wäre. Auch deshalb kann im Rechtsverkehr der Mitgliedstaaten untereinander diese Ausnahmekategorie gar nicht relevant werden und werden Zweifel aufgeworfen, ob das Konzept normativer Vergewisserung auf diesen gemünzt ist.

cc) Bestehen einer erheblichen konkreten Gefahr im sicheren Drittstaat

⁵⁵ Vgl. *Lehngut/Maassen*, ZfSH/SGB 1995, 281 (284).

⁵⁶ Kritisch hierzu *Huber*, NVwZ 1993, 736 (738); *Frowein/Zimmermann*, JZ 1996, 753 (756); zustimmend *Maßen/de Wyl*, ZAR 1996, 158 (159).

Die zweite Ausnahmekategorie betrifft Sachverhalte, denen zufolge der Flüchtling seiner Abschiebung in den Drittstaat die Vorschrift des § 60 Abs. 7 Satz 1 AufenthG etwa deshalb entgegenhalten kann, weil er eine erhebliche konkrete Gefahr dafür aufzeigt, dass er in unmittelbarem Zusammenhang mit der Zurückweisung oder Rückverbringung in den Drittstaat dort Opfer eines Verbrechens wird, welches zu verhindern nicht in der Macht des Drittstaates steht. Hier dürfte an Fallgestaltungen gedacht sein, in denen der Betreffende im Drittstaat aktuell von kriminellen Organisationen bedroht wird und deshalb Einreise in das Bundesgebiet begehrt, weil die Bundesrepublik, nicht aber der Drittstaat in der Lage ist, drohende Verbrechen zu verhindern.⁵⁷

Abschiebungsschutz ist in diesem Fall demnach nicht nur dann zu bejahen, wenn der Drittstaat schutzunwillig ist, sondern auch bereits dann, wenn er gegenüber nicht politisch motivierten Straftaten dritter Personen schutzunfähig ist, da auch dieser Fall im Rahmen der normativen Vergewisserung nicht prüfungsrelevant ist.⁵⁸ Erst recht dürfte diese Ausnahmekategorie Anwendung finden, wenn die Organe des Drittstaates in Komplizenschaft mit kriminellen Organisationen handeln.

Auch diese Ausnahmekategorie passt nicht auf den Rechtsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten. Von Anfang an beherrschte den europäischen Harmonisierungsprozess der Grundsatz, dass jedenfalls bei der Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates für die Behandlung des Asylbegehrens dort bestehende Gefahren nicht geprüft werden. Dieser Grundsatz leitete bereits die Anwendung des SDÜ und des nachfolgenden Dubliner Übereinkommens. Mit diesem Inhalt ist der europäische Asylrechtsbestand in das Konzept normativer Vergewisserung aufgegangen. Da die Verfassung diesen Rechtsbestand unmittelbar in das Konzept normativer Vergewisserung aufgenommen hat, kann dieser Ausnahmefall im Rahmen der auf Mitgliedstaaten bezogenen Drittstaatenregelung nicht berücksichtigt werden. Sofern dennoch in einem Mitgliedstaat derartige Verfolgungen festgestellt werden sollten, gegen die dort kein wirksamer Schutz verfügbar wäre, ist dies keine Frage der nationalen Drittstaatenregelungen der Mitgliedstaaten, sondern eine Aufgabe, die innerhalb der Gemeinschaft mit Hilfe der von dieser entwickelten Instrumente zu lösen ist.

⁵⁷ Schelker/Maaßen, ZRP 1996, 408 (411).

dd) Schlagartige Änderung der allgemeinen Verhältnisse im sicheren Drittstaat

Ferner kommt als dritte Ausnahmekategorie die Fallgestaltung in Betracht, dass sich die für die Qualifizierung als sicher maßgeblichen Verhältnisse im Drittstaat schlagartig geändert haben und die gebotene Reaktion der Bundesregierung nach § 26a Abs. 3 AsylVfG hierauf noch aussteht. Seine Rechtfertigung findet diese Ausnahmekategorie wohl darin, dass nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes das Konzept normativer Vergewisserung auf die Frage zielt, ob im Drittstaat „regelmäßig“ die GFK und EMRK eingehalten werden.⁵⁹ Bei einer schlagartigen Veränderung der Verhältnisse kann diese bislang geltende Annahme aber für die absehbare Zukunft nicht mehr unterstellt werden. Jedoch sind nicht nur faktische, sondern auch rechtliche Veränderungen im Drittstaat in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen.

Auch dieser Ausnahmetatbestand wäre im Konzept normativer Vergewisserung, sollte es auch die Mitgliedstaaten erfassen, eine systemfremde Kategorie. Art. 16a Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GG geht unwiderleglich von der bestehenden Sicherheit in den Mitgliedstaaten aus. Sofern dennoch in einem Mitgliedstaat eine schlagartige Änderung der für die normative Vergewisserung maßgebenden Verhältnisse eintreten sollte, berührt dies nicht die nationale Drittstaatenregelung, sondern die Gemeinschaft als solche. Auch dieses Beispiel wie auch die anderen Beispiele verdeutlichen, dass von der Funktion des Konzepts normativer Vergewisserung her nicht die Drittstaatenregelung das Instrument sein kann, welches auf derartige Konflikte reagiert, ganz abgesehen davon, dass eine verfahrensrechtliche Korrekturmöglichkeit wie im Blick auf Drittstaaten (vgl. § 26a Abs. 3 AsylVfG) bei Mitgliedstaaten gar nicht besteht.⁶⁰

⁵⁸ Frowein/Zimmermann, JZ 1996, 753 (758).

⁵⁹ BVerfGE 94, 49 (93) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (704).

⁶⁰ So ausdrücklich BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, BA; S. 3, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer),

ee) Verfolgungen durch den sicheren Drittstaat

Nicht umfasst vom Konzept normativer Vergewisserung sind nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes als vierte Ausnahmekategorie Situationen, in denen der Drittstaat selbst gegen den Schutzsuchenden zu Maßnahmen politischer Verfolgung oder unmenschlicher Behandlung (Art. 3 EMRK) greift und dadurch zum Verfolgerstaat wird. Sofern in einem Mitgliedstaat derartige Verfolgungen festgestellt werden, gegen die dort kein wirksamer Schutz verfügbar wäre, ist dies jedoch keine Frage der nationalen Drittstaatenregelung, sondern eine Aufgabe, die innerhalb der Gemeinschaft mit Hilfe der von dieser entwickelten Instrumente zu lösen ist. Wiederum zeigt sich, dass von der Funktion des Konzepts normativer Vergewisserung her nicht die Drittstaatenregelung das Instrument sein kann, welches auf derartige Konflikte reagiert.

ff) Schutzversagung durch den sicheren Drittstaat

Die vierte Fallgruppe zielt auf den nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes seltenen Ausnahmefall, in dem sich aus allgemein bekannten oder im Einzelfall offen zutage tretenden Umständen ergeben könne, dass der Drittstaat sich - etwa aus Gründen besonderer politischer Rücksichtnahme gegenüber dem Herkunftsstaat - von seinen mit dem Beitritt zu beiden Konventionen eingegangenen und von ihm generell auch eingehaltenen Verpflichtungen löse und einem bestimmten Ausländer Schutz dadurch verweigere, dass er sich seiner ohne jede Prüfung seines Schutzgesuchs entledigen wolle. Ein solcher Ausnahmefall liege jedoch nicht vor, wenn sich die ihn begründenden Umstände schon im Kontakt zwischen den Behörden der Bundesrepublik und des Drittstaates ausräumen ließen.⁶¹ In der Rechtsprechung wurde dieser Ausnahmetatbestand etwa auf einen Fall angewandt, in dem der Asylsuchende während seines Aufenthaltes in Griechenland sowohl dem Druck des israelischen Geheimdienstes, ihm weiterhin Informationen zu beschaffen, wie auch der Gefahr der Tötung durch

Beschluss vom 5. November 2009 – 2 BvQ 77/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09.

⁶¹ BVerfGE 94, 49 (100) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (705).

palästinensische Organisationen, von diesen als Verräter umgebracht zu werden, ausgesetzt war.⁶²

Dieser Ausnahmetatbestand wird als wichtigste Fallgruppe bezeichnet. Hier mutiere der Drittstaat seinerseits zum Verfolgerstaat. Das Bundesverfassungsgericht habe hiermit stillschweigend die Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus Art. 33 GFK und Art. 3 EMRK berücksichtigt und eine Einzelfallprüfung für den Fall als notwendig anerkannt, in dem die Sicherheit im Drittstaat aufgrund besonderer - einzelfallbezogener - Umstände nicht als gewährleistet angesehen werden könne. Diese Ausnahme sei zudem unter Berücksichtigung von Art. 13 EMRK dahin zu verstehen, dass in allen Fällen, in denen der Einzelne einen „*arguable claim*“ einer Verletzung von Art. 3 EMRK im Drittstaat geltend machen könne, auch eine Art. 13 EMRK entsprechende Einzelfallprüfung erfolgen müsse, da andernfalls eine Verletzung von Art. 13 EMRK durch die Bundesrepublik programmiert sei.⁶³

Aber auch für diese Ausnahmekategorie kann im Rahmen des Konzepts normativer Vergewisserung, sollte es auch auf Mitgliedstaaten gemünzt sein, keine Lösung gefunden werden. Sofern ein Mitgliedstaat zum Verfolgerstaat mutiert, ist dies ebenso wie in den vorangegangenen Fällen keine Frage der nationalen Drittstaatenregelung, sondern eine Aufgabe, die innerhalb der Gemeinschaft mit Hilfe der von dieser entwickelten Instrumente zu lösen ist.

4. *Ergebnis der vergleichenden Analyse*

Dieser Überblick verdeutlicht zunächst, dass das Konzept der normativen Vergewisserung in Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG nicht für alle sichere Drittstaaten den selben *Inhalt* hat. Vielmehr sind die Unterschiede in der inhaltlichen Ausgestaltung zwischen den auf Mitgliedstaaten einerseits und den auf andere sichere Drittstaaten andererseits bezogenem Konzept normativer Vergewisserung derart gravierend, dass kraft Verfassungsrecht keine verfahrensrechtliche Gleichbehandlung der unterschiedlichen Gruppen von Drittstaaten zulässig sein kann. Geht

⁶² VG Braunschweig, U. v. 4. 11. 1996 - 9 A 9079/96.

⁶³ Frowein/Zimmermann, JZ 1996, 753 (758); a.A. wohl Hailbronner, Reform des Asylrechts, S. 64; s. hierzu auch EGMR, InfAuslR 2000, 321 (323) = NVwZ 2001, 301 = EZAR 933 Nr. 8 - *T.I.*; EGMR, Urteil vom 2. Dezember 2008 – Nr. 32733/08, - *K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich*, NVwZ 2009, 965 (966).

die Richtung dieses Konzeptes in Ansehung anderer sicherer Drittstaaten lediglich auf einen Mindestbestand von Rechten (Art. 33 GFK, Art. 3 EMRK), zielte es bereits im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes im Blick auf die Mitgliedstaaten auf die positive Hervorbringung einer verfahrens- und materiellrechtlichen Harmonisierung des Asyl- und Flüchtlingsrechts in den Mitgliedstaaten, in der Flüchtlinge wirksam gegen Abschiebung und Weiterschickung in mögliche andere Drittstaaten geschützt sind. Dies verdeutlichen etwa Nr. 12 und 29 der Entschließung des Rates über Mindestgarantien für Asylverfahren vom 20. Juni 1995 (ABl. C 274/13), wonach Asylsuchenden während der Dauer des Asylverfahrens ein Verbleibsrecht im Mitgliedstaat und nach Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ein Aufenthaltsrecht gewährleistet wurde.

Hinsichtlich der *Grenzen* des Konzepts normativer Vergewisserung hat dessen Analyse ergeben, dass die Drittstaatenregelung von ihrer Funktion her nicht auf die Mitgliedstaaten zugeschnitten ist. Das Bundesverfassungsgericht will am Beispiel des Mitgliedstaates Griechenland die „Grenzen des Konzepts normativer Vergewisserung“ überprüfen.⁶⁴ Die Ausnahmekategorien verdeutlichen jedoch, dass die Anwendung der Drittstaatenregelung auf Mitgliedstaaten aus strukturellen Gründen nicht möglich ist. Ist der Inhalt eines Konzepts nicht verfassungsrechtlich, sondern europarechtlich vorgegeben, muss auch die Lösung für die Grenzen aus dem Gemeinschaftsrecht folgen. Die Verfassung lässt den Inhalt des Konzepts normativer Vergewisserung in Ansehung der Mitgliedstaaten offen. Dies legt die Schlussfolgerung nahe, dass sie nicht nur für den Inhalt, sondern auch für die Grenzen dieses Konzeptes auf das Europarecht verweist. Insoweit stellt sich die weiter zu untersuchende Frage, ob sich überhaupt Grenzfragen stellen oder die Lösungen bereits im geltenden Europarecht vorhanden sind oder sich im fortschreitenden Prozess dieses sich entwickelnden Rechtssystems herausbilden?

Die nationale Drittstaatenregelung steht am Beginn des Asylverfahrens im konkreten Einzelfall, während die gemeinschaftsrechtliche Aufnahmezusage nach Aufnahme während

⁶⁴ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, BA; S. 3, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 5. November 2009 – 2 BvQ 77/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8.

des Asylverfahrens und nach positiver Prüfung der den Antrag qualifizierenden Umstände steht.⁶⁵ Den Zugang zum Verfahren für Asylsuchende, die über andere sichere Drittstaaten Schutz im Bundesgebiet suchen, regelt Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG. Den Zugang, den Asylsuchende im Gemeinschaftsgebiet zum Asylverfahren erstreben, regelt nicht innerstaatliches Recht, sondern die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin II) und die Richtlinie 2005/85/EG (Verfahrensrichtlinie). Fraglich ist jedoch, ob das gemeinschaftsrechtlich hervorgebrachte System zur Steuerung des Zugangs zum Gemeinschaftsgebiet und des Zugangs zum Verfahren nicht inzwischen einen Entwicklungsstand erreicht hat, der der Beibehaltung nationaler Steuerungsinstrumente entgegensteht.

IV. Verfassungsrechtliche Grundlage für eine europäische Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge

1. Erfordernis völkerrechtlicher Vereinbarungen für die Überstellung von Flüchtlingen an sichere Drittstaaten (Art. 16a Abs. 5 GG)

Nur der Staat der Staatsangehörigkeit ist nach allgemeinem Völkerrecht gegenüber dem Aufenthaltsstaat verpflichtet, eigene Staatsangehörige zurück zu übernehmen. Drittstaaten sind demgegenüber völkerrechtlich nicht verpflichtet, fremde Staatsangehörige aufzunehmen. Vor diesem Hintergrund ist Art. 16a Abs. 5 GG zu sehen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte damit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Rechnung tragen. Die Verweisung eines Asylsuchenden vom Aufenthaltsstaat an einen sicheren Drittstaat ist völkerrechtlich nur zulässig, wenn zwischen beiden Staaten entsprechende Vereinbarungen bestehen. In Ansehung von Flüchtlingen reicht darüber hinaus die bloße zwischenstaatliche Absprache über deren Übernahme nicht aus. Vielmehr erfordert das Gebot der wirksamen Beachtung des Refoulementverbotes nach Art. 33 GFK, dass über die weitere Behandlung des Flüchtlings nach Verweisung an den Drittstaat Klarheit besteht.

Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

⁶⁵ Nr. 12 und 29 der Entschließung des Rates über Mindestgarantien für Asylverfahren vom 20. Juni 1995 (ABl. C 274/13); Art. 7 RL 2005/85/EG, Art. 24 RL 2004/83/EG.

Generelle Abkommen zur Rückführung von Ausländern müssen damit besondere Regelungen zum Schutze von Flüchtlingen enthalten, da andernfalls die Vertragsstaaten ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht erfüllen können.⁶⁶ Demgegenüber werden in der Literatur selbst in dem Fall gegen die Anwendung der Drittstaatenregelung keine Bedenken erhoben, in dem zwischen dem „Viertstaat“ und dem Herkunftsstaat ein Rückübernahmeabkommen besteht,⁶⁷ eine Weiterschlebung in den Herkunftsstaat mangels asylrechtlicher Schutzbestimmungen im Rückübernahmeabkommen also programmiert ist.

Art. 16a Abs. 2 GG ist in einem auf dem Völkerrecht beruhenden System der gerechten Lastenverteilung ein Fremdkörper, da er einseitig die Interessen der Bundesrepublik verfolgt, die Interessen der nicht dem System der Lastenverteilung angehörenden Vertragsstaaten des Europarates demgegenüber vollständig unberücksichtigt lässt. Die Zuständigkeitsabkommen waren nicht das Vorbild für die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG.⁶⁸ Aus dem Zusammenspiel der Regelungen in Art. 16a Abs. 2 und Art. 16a Abs. 5 GG wird vielmehr die Entstehung eines „hinkenden“ europäischen Systems der Lastenverteilung erkennbar. Im Westen wurde unter den Bedingungen von 1993 ein multilaterales System des Lastenausgleichs, nach Osten hin eine Politik der Abdrängung der Flüchtlingslast praktiziert. Das Bundesverfassungsgericht hatte es versäumt, dem Gesetzgeber aufzuerlegen, die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG in völkerrechtlich tragfähiger Weise umzusetzen. Die verfassungsrechtliche Interpretation des Art. 16a Abs. 2 GG ist ausschließlich nationalstaatlich orientiert. Für die praktische Umsetzung dieser Verfassungsnorm sind nicht einmal bilaterale Abkommen erforderlich. Die einzige Voraussetzung ist, dass der Gesetzgeber die Anforderungen des Konzeptes der normativen Vergewisserung beachtet.

Das Bundesverfassungsgericht verkennt mit seiner Interpretation von Art. 16a Abs. 2 GG die völkerrechtliche Ausgangslage, wonach die GFK auf dem Prinzip der einzelstaatlichen Verantwortlichkeit beruht. Die Vertragsstaaten haben es von Anfang an versäumt, ein zwischenstaatliches System der Lastenverteilung im Flüchtlingsrecht zu entwickeln, sodass seit Beginn der siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts in Westeuropa jeder Staat versuchte, Asylsuchende in das Nachbarland oder das letzte Aufenthaltsland abzuschleppen. Nach dem

⁶⁶ Marx, *International Journal of Refugee Law* 1995, 383 (396).

⁶⁷ Maassen/de Wyl, *ZAR* 1996, 158 (164).

⁶⁸ So aber Häußler, *VerwArch* 1996, 241 (254f.).

Völkerrecht entscheidet jeder Vertragsstaat selbstständig nach seinem Recht über die Zulassung zum Staatsgebiet und die Verfahrenseröffnung, ohne gezwungen zu sein, internationale Interessen besonders zu berücksichtigen.⁶⁹ Das Refoulementverbot nach Art. 33 GFK richtet sich andererseits an den Staat, der im konkreten Einzelfall vom Flüchtling um Schutz ersucht wird, unabhängig von dem zuvor zurückgelegten Reiseweg. Dieser Staat muss effektiv ausschließen, dass der Flüchtling in den behaupteten Verfolgerstaat abgeschoben wird. Will er ihn in einen anderen Staat abschieben, muss er ebenso effektiv ausschließen, dass er von dort in den Verfolgerstaat weiter geschoben wird (*Verbot der Kettenabschiebung*).

Auch das Bundesverfassungsgericht verweist auf diesen allgemein anerkannten Inhalt des Refoulementverbotes.⁷⁰ Ob es diesem indes mit dem Konzept der normativen Vergewisserung gerecht werden kann, erscheint fraglich. In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht wie auch während der Anhörung im Bundestag wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass zur effektiven Umsetzung des Refoulementverbotes die Einzelfallprüfung nicht ausgeschlossen werden darf. Der Zugang zu einer derartigen Einzelfallprüfung wird indes durch Art. 16a Abs. 2 GG grundsätzlich versperrt. Völkerrechtlich wäre dies allenfalls zulässig, wenn bi- oder multilaterale Vereinbarungen die Verantwortlichkeit eines Staates festlegen, der für die Behandlung des Asylbegehrens zuständig ist. Dies wird aber bei der Auslegung und Anwendung von Art. 16a Abs. 2 GG anders als im Rahmen von Art. 16a Abs. 5 GG gerade nicht vorausgesetzt. Vielmehr bietet Art. 16a Abs. 2 GG nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes in der Bundesrepublik die innerstaatliche Grundlage dafür, den schutzbegehrenden Ausländer im Interesse einer effektiven Lastenverteilung alsbald in den Drittstaat zurückzuführen, um so die Lasten, die mit der großen Zahl von Asylanträgen in der Bundesrepublik verbunden sind, in sofort wirksamer werdender Weise allein nach Maßgabe der nationalen Interessen der Bundesrepublik zu verteilen.

2. Funktion von Art. 16a Abs. 5 GG

Demgegenüber sieht das Bundesverfassungsgericht in Art. 16a Abs. 5 GG die verfassungsrechtliche Grundlage, um durch *völkerrechtliche Vereinbarungen* der

⁶⁹ Hathaway, Harvard International Law Journal 1990, 131 (178).

Zuständigkeit für die Prüfung von Asylbegehren eine „europäische Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge mit dem Ziel einer Lastenverteilung zwischen den an einem solchen System beteiligten Staaten zu erreichen.“ „Unbeschadet derartiger Regelungen auf der Ebene des Völkerrechts“ wende sich hingegen die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG von dem bis dahin verfolgten Konzept ab, die Schutzgewährung für Flüchtlinge „allein durch Regelungen des innerstaatlichen Rechts zu lösen.“⁷¹ Andererseits trete die Drittstaatenregelung gegebenenfalls hinter völkerrechtliche Vereinbarungen im Sinne des Art. 16a Abs. 5 GG zurück.⁷²

Aus diesen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes folgt, dass die Drittstaatenregelung keine Anwendung findet, wenn bezogen auf den in Betracht kommenden sicheren Drittstaat eine völkerrechtliche Vereinbarung Anwendung findet. In diesem Fall regelt sich der zwischenstaatliche Rechtsverkehr und damit auch die Frage der Rücküberstellung eines Asylsuchenden an den betreffenden Drittstaat nicht nach Art. 16a Abs. 2 GG, sondern nach Art. 16a Abs. 5 GG. Die *Drittstaatenregelung* des Art. 16a Abs. 2 GG steht damit unter dem *Vorbehalt des Art. 16a Abs. 5 GG*. Ist der sichere Drittstaat Vertragsstaat einer völkerrechtlichen Vereinbarung im Sinne von Art. 16a Abs. 5 GG, verdrängt die Vereinbarung nach Art. 16a Abs. 5 GG die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG. Die Funktion der Drittstaatenregelung besteht danach nicht darin, im Blick auf alle Drittstaaten unterschiedslos die Berufung auf das Asylrecht auszuschließen. Vielmehr muss zwischen der *einseitigen Lastenabwälzungsnorm* des Art. 16a Abs. 2 GG einerseits sowie der verfassungsrechtlichen Grundlage für die *gerechte Lastenverteilung im Flüchtlingsschutz in Europa* andererseits unterschieden werden.

Diese Unterscheidung verkennt die Kritik, die sich gegen diese Charakterisierung des Art. 16a Abs. 5 GG durch das Bundesverfassungsgericht richtet. Diese wirft dem Gericht vor, es missdeute die Motive des verfassungsändernden Gesetzgebers für die Regelung des Art. 16a Abs. 5 GG, wenn darin die Schaffung einer verfassungsrechtlichen Grundlage für ein gerechtes europäisches Lastenverteilungssystem gesehen werde. Dagegen spreche, dass nicht Weitblick auf eine Harmonisierung und Koordinierung der europäischen Flüchtlingspolitik,

⁷⁰ BVerfGE 94, 49 (92) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (704).

⁷¹ BVerfGE 94, 49 (85) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700.

⁷² BVerfGE 94, 49 (86) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700.

sondern der Wunsch nach Begrenzung des Zugangs von Asylbewerbern – zu wessen Lasten auch immer – maßgebend für die Schaffung von Art. 16a Abs. 5 GG gewesen sei.⁷³

Hiergegen ist einzuwenden, dass das Bundesverfassungsgericht von Anfang an zwischen Abs. 2 und Abs. 5 von Art. 16a GG differenziert hat. Bereits im Leitsatz Nr. 1a seiner Entscheidung zur Drittstaatenregelung hatte es das gesetzgeberische Ziel, eine europäische Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge mit dem Ziel einer Lastenverteilung zwischen den an einem solchen System beteiligten Staaten zu erreichen, verbunden. Damit enthält die Verfassung nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes einen klaren Auftrag an die Bundesregierung, völkerrechtliche Grundlagen zu schaffen, damit innerhalb eines geschlossenen Kreises von Staaten der Rechts- und Abschiebungsschutz für Flüchtlinge effektiv gewährleistet werden kann. Verfassungsrechtliche Grundlage hierfür ist Art. 16a Abs. 5 GG, der Vorrang vor der einseitigen Lastenabwälzungsnorm des Art. 16a Abs. 2 GG hat.⁷⁴

Der verfassungsrechtliche Auftrag des Art. 16 a Abs. 5 GG ging entstehungsgeschichtlich dahin, mit Hilfe multilateraler Abkommen den Rechts- und Abschiebungsschutz für Flüchtlinge in Europa schrittweise fortzuentwickeln, um so die allein nationalstaatlich orientierte Lösung des Art. 16a Abs. 2 GG überflüssig zu machen. Verfassungsrechtliches Ziel war mithin die Auflösung des „hinkenden“ Systems der Lastenverteilung durch Schaffung einer gesamteuropäischen multilateralen Lösung (Leitsatz Nr. 1a). Dass aufgrund der nachträglichen Entwicklung die in Art. 16a Abs. 5 GG angesprochenen völkerrechtlichen Vereinbarungen in ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem überführt worden sind, konnten weder der verfassungsändernde Gesetzgeber noch das Bundesverfassungsgericht im Zeitpunkt ihrer jeweiligen Entscheidungen voraussehen. Ungeachtet dessen beschreibt die aus der Abgrenzung zur Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG hervorgehende Funktion von Art. 16a Abs. 5 GG zielgenau die ursprüngliche verfassungsrechtliche Konzeption des Art. 16a GG, nämlich das gesamte nationale Asylrecht in ein europäisches Asylsystem zu überführen und dadurch auf einseitige, allein nationalstaatlich ansetzende operative Lösungsversuche im Asylrecht vollständig zu verzichten.

⁷³ *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG, vor II – 2 Rdn. 200.

3. *Verfassungsrechtliche Sonderstellung des Art. 16a Abs. 5 GG*

a) *Schaffung eines europatauglichen verfassungsrechtlichen Asylrechts*

Nach der gesetzlichen Begründung ermöglicht Art. 16a Abs. 5 GG eine Ratifikation des Schengener Durchführungsübereinkommens sowie des Dubliner Übereinkommens mit allen Rechten und Pflichten.⁷⁵ Das auf der Grundlage von völkerrechtlichen Verträgen zu errichtende System konnte nur ins Werk gesetzt werden, wenn es nicht mit Verfassungsrecht kollidierte. Die Literatur ging seinerzeit davon aus, dass die Bundesrepublik Deutschland die in diesen Übereinkommen geregelten Grundprinzipien nur unvollkommen hätte übernehmen können, wäre Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG 1949 in Kraft geblieben. Eine derartige verfassungsrechtliche Ausgangslage hätte Asylsuchenden nach Ablehnung ihres Asylbegehrens in einem anderen Mitgliedstaat die Möglichkeit belassen, weiterhin im Bundesgebiet Asyl beantragen zu können. Die erst in einer sehr späten Phase in das Gesetzgebungsverfahren eingeführte Verfassungsnorm des Art. 16a Abs. 5 GG habe der Bundesrepublik eine volle Teilhabe an beiden Übereinkommen ermöglichen wollen. Zugleich sei dadurch vermieden worden, dass sich die Bundesrepublik als einer der „Hauptschrittmacher der Asylrechtsharmonisierung in Europa auf Dauer isoliert“ hätte.⁷⁶

Art. 16a Abs. 5 GG vermeidet eine Kollision des nationalen Verfassungsrechts mit Völkerrecht, indem es den völkerrechtlichen Regeln Vorrang einräumt.⁷⁷ Die völkerrechtliche Öffnungsklausel des Art. 16a Abs. 5 GG soll völkerrechtliche Zuständigkeitsregelungen über die nach den Absätzen 1 bis 4 von Art. 16a GG verfassungsrechtlichen Grenzen hinaus ermöglichen und damit sicherstellen, dass die Bundesrepublik an den entlastenden Wirkungen entsprechender völkerrechtlicher Verträge im vollen Umfang partizipieren kann. Mit Art. 16a Abs. 5 GG wurde deshalb die verfassungsrechtliche Grundlage dafür geschaffen, um über Asylanträge von Asylsuchenden, die aus einem der Vertragsstaaten des Schengener Durchführungsübereinkommens oder des Dubliner Übereinkommens einreisen, nicht mehr nach Art. 16a Abs. 2 GG, sondern nach den Zuständigkeitsregelungen dieser Übereinkommen

⁷⁴ Marx, Kommentar zum AsylVfG, 7. Auflage, 2008, § 26a Rdn. 50 ff.

⁷⁵ BT-Drs. 12/4152, S. 5.

⁷⁶ Giesler/Wasser, Das neue Asylrecht, 1993, S. 20.

⁷⁷ Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Lfg. 35, 1999, Abs. 5 Art. 16 Rdn. 194.

zu entscheiden.⁷⁸ Durch die völkerrechtliche Öffnungsklausel wird die Bundesrepublik darüber hinaus ermächtigt, völkerrechtliche Verträge mit sicheren Drittstaaten abzuschließen, die Zuständigkeitsregelungen für die Prüfung von Asylbegehren und die gegenseitige Anerkennung von Asylentscheidungen enthalten können und die *über Art. 16a Abs. 1 bis 4 GG hinausgehende Schutzbereichsbegrenzungen und Eingriffsrechtfertigungen*, aber auch eine *von der Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG absehende Asylgewährung* nach Art. 16a Abs. 1 GG vorsehen.⁷⁹

Die ursprüngliche Funktion des Art. 16a Abs. 5 GG bestand damit darin, die Bundesrepublik im Bereich der europäischen Asylrechtsharmonisierung „europatauglich“ zu machen.⁸⁰ Verbunden mit dieser Funktion war die Möglichkeit, durch völkerrechtliche Verträge mit Mitgliedstaaten bzw. mit dritten Staaten von den Anforderungen der Regelungen in Abs. 1 bis 4 von Art. 16a GG abzuweichen, das heißt, sie zu unter- und/oder auch zu überschreiten.⁸¹ Damit wurde das verfassungsrechtliche Asylrecht unter einen *Völkerrechtsvorbehalt* gestellt. Aus grundrechtsdogmatischer Sicht stellt die völkerrechtliche Öffnungsklausel einen *qualifizierten Gesetzesvorbehalt* dar. Der Vorbehalt knüpft anders als sonstige Gesetzesvorbehalte an ein völkerrechtliches Handeln, den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages an.⁸² Da Art. 16a Abs. 5 GG Abweichungen nicht nur von Abs. 2, sondern von allen Regelungen in Abs. 1 bis 4 von Art. 16a GG zulässt, kommt nationales Verfassungsrecht nicht zur Anwendung, soweit in den von Art. 16a Abs. 5 GG gesetzten Grenzen völkerrechtlich verbindliche und innerstaatlich wirksame Verträge bestehen.⁸³

b) *Verdrängung der Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG durch den Völkerrechtsvorbehalt des Art. 16a Abs. 5 GG*

Wie aus der Entstehungsgeschichte der Verfassungsnorm des Art. 16a Abs. 5 GG folgt, war in erster Linie eine Einschränkung des subjektiven Rechts auf Schutzgewährung bezweckt, um der Bundesrepublik Deutschland die vollständige Teilhabe an der europäischen

⁷⁸ Lübbe-Wolff, DVBl. 1996, 825 (828).

⁷⁹ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 10. Aufl., 2009, Art. 16a Rdn. 36.

⁸⁰ Hailbronner, ZAR 1993, 107 (116).

⁸¹ Voßkuhle, DÖV 1994, 53 (57); Schoch, DVBl. 1993, 1161 (1166); Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Lfg. 35, 1999, Abs. 5 Art. 16 Rdn. 194.

⁸² Zimmermann, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 2009, C Art. 16a, Rdn. 234 f.

Asylrechtsharmonisierung zu ermöglichen. Verbunden mit der Abweichungsbefugnis des Art. 16a Abs. 5 GG war zugleich aber auch, dass aufgrund des völkerrechtlichen Vorbehaltes auch eine Abweichung von den in Art. 16a GG enthaltenen Einschränkungen zulässig war.⁸⁴ Daraus folgt auch, dass Abs. 5 Vorrang vor Abs. 2 von Art. 16a GG hatte,⁸⁵ das heißt, die Drittstaatenregelung keine Anwendung finden sollte, wenn ein Asylantrag nach Maßgabe des völkerrechtlichen Vorbehalts zu behandeln war. Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht anerkannt, indem es ausdrücklich hervorhebt, dass die Drittstaatenregelung hinter völkerrechtliche Vereinbarungen im Sinne des Art. 16a Abs. 5 GG zurücktritt.⁸⁶

Für das Verhältnis der Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG zur völkerrechtlichen Öffnungsklausel des Art. 16a Abs. 5 GG bedeutet die Vorrangstellung der letzteren, dass das Asylbegehren eines Asylsuchenden, das nach Maßgabe eines völkerrechtlichen Zuständigkeitsabkommens zu behandeln ist, nicht im Rahmen der Drittstaatenregelung bearbeitet werden darf. Vielmehr richtet sich die Behandlung dieses Asylgesuchs ausschließlich nach der völkerrechtlichen Vereinbarung.

c) *Keine Wahlfreiheit zwischen dem Völkerrechtsvorbehalt und der Drittstaatenregelung*

Die Vorrangstellung des Art. 16a Abs. 5 GG wurde in der Literatur so verstanden, dass zwischen dieser Norm und Art. 16a Abs. 2 GG ein Subsidiaritätsverhältnis bestehe.⁸⁷ Ob dies bedeutet, dass die Drittstaatenregelung wieder auflebt, wenn im Einzelfall eine Übernahme nach einem Abkommen im Sinne von Art. 16a Abs. 5 GG misslingt, bedarf deshalb der näheren Untersuchung. Vieles spricht dafür, das einmal eingeschlagene Verfahren aufgrund eines völkerrechtlichen Zuständigkeitsabkommens nach Art. 16a Abs. 5 GG beizubehalten und Konflikte nach Maßgabe dieses Abkommens zu lösen. Insbesondere der Rechtsgrundsatz, dass eine Berufung auf das Asylrecht auch dann unzulässig ist, wenn der Asylsuchende gar nicht aus einem sicheren Drittstaat einreist, für ihn aber nach Maßgabe eines Vertrages im

⁸³ Pagenkopf, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 16a Rdn. 111.

⁸⁴ Becker, in: v. Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 2005, Art. 16a Abs. 5 Rdn. 229.

⁸⁵ Lübbe-Wolff, DVBl. 1996, 825 (828); Funke-Kaiser, in: GK-AsylVfG vor II – 2 Rdn. 196; Pagenkopf, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 16a Rdn. 111; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 10. Aufl., 2009, Art. 16a Rdn. 36; Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Lfg. 35, 1999, Abs. 5 Art. 16 Rdn. 194.

⁸⁶ BVerfGE 94, 49 (86) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700.

⁸⁷ Lübbe-Wolff, DVBl. 1996, 825 (828).

Sinne von Art. 16a Abs. 5 GG ein anderer sicherer Drittstaat zuständig ist - etwa weil dieser ein Visum an den Asylsuchenden ausgestellt hat - spricht gegen die Annahme einer Wahlfreiheit. Denn bei fehlender Einreise des Asylsuchenden aus einem sicheren Drittstaat besteht eine derartige Wahlfreiheit nicht.

Völkerrechtliche Vereinbarungen nach Art. 16a Abs. 5 GG folgen anderen Gesetzmäßigkeiten als die Drittstaatenregelung. Während die Drittstaatenregelung nur Anwendung findet, wenn der Asylsuchende *aus* einem sicheren Drittstaat in das Bundesgebiet einreist, findet der Asylausschluss im Falle des Art. 16a Abs. 5 GG auch dann Anwendung, wenn der Asylsuchende vor seiner Einreise in das Bundesgebiet überhaupt keinen Kontakt mit dem sicheren Drittstaat, mit dem das Abkommen im Sinne von Art. 16a Abs. 5 GG abgeschlossen wurde, gehabt hat. Scheitert daher die Rückführung, weil der Drittstaat die Übernahme verweigert, kann nicht nach Art. 16a Abs. 2 GG vorgegangen werden, weil der Asylsuchende gar nicht aus einem sicheren Drittstaat eingereist ist. Findet danach die Drittstaatenregelung keine Anwendung, ist die Frage der Rücküberstellung des Asylsuchenden *ausschließlich* nach Maßgabe des Vertrages im Sinne von Art. 16a Abs. 5 GG zu lösen.

Dies hatte die Rechtsprechung teilweise von Anfang an missverstanden. § 29 Abs. 3 Satz 2 AsylVfG a.F., der in Fällen von Asylanträgen, die nach Maßgabe des Art. 16a Abs. 5 GG behandelt wurden (vgl. § 29 Abs. 3 Satz 1 AsylVfG a.F.), bestimmte, dass § 26a Abs. 1 AsylVfG unberührt bleibt, wurde dahin verstanden, dass auch im Rahmen des Völkerrechtsvorbehaltes die Drittstaatenregelung als „*alternative Handlungsmöglichkeit*“ verfügbar bleiben solle.⁸⁸ Diese Argumentation verkennt, dass das auf dem völkerrechtlichen Vorbehalt des Art. 16a Abs. 5 GG beruhende Lastenteilungssystem anderen Gesetzmäßigkeiten als die Drittstaatenregelung folgt und dementsprechend diese verdrängt. Folge dieser Interpretation war, dass der Ausschluss des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 34a Abs. 2 AsylVfG, der streng auf die Drittstaatenregelung bezogen ist (vgl. Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG), trotz der grundsätzlichen Möglichkeit, Eilrechtsschutz zu beantragen (vgl. § 35 Satz 2, § 36 Abs. 1 AsylVfG a.F.) entfiel. Inzwischen hat der Gesetzgeber durch Schaffung der Regelungen der § 27a, § 34a Abs. 1 und 2 AsylVfG diese Rechtsprechung übernommen,

⁸⁸ So OVG NW, NVwZ 1997, 1141 (1142 f.), OVG NW, InfAuslR 2001, 94 = NVwZ-Beil. 2000, 150; Löper, ZAR 2000, 16 (19); dagegen Marx, Kommentar zum AsylVfG, 6. Aufl., 2005, § 29 Rdn. 93.

obwohl Zweifel bestehen, ob § 27a AsylVfG seinen verfassungsrechtlichen Ort überhaupt in Art. 16a GG hat.

Wie gesagt, berücksichtigt die erwähnte Rechtsprechung und nunmehr auch die gesetzliche Entwicklung nicht das Vorrangverhältnis des Völkerrechtsvorbehaltes. Findet ein völkerrechtliches Abkommen nach Art. 16a Abs. 5 GG Anwendung, wird die Drittstaatenregelung verdrängt.⁸⁹ Ist der andere Vertragsstaat zuständig, kann sich wegen der Verdrängung des Art. 16a Abs. 1 GG durch Art. 16a Abs. 5 GG der betroffene Asylsuchende nicht auf das Asylrecht berufen. Hat der Asylsuchende im anderen Vertragsstaat Asyl beantragt und ist die Bundesrepublik nach dem Abkommen für die Behandlung des Asylantrags zuständig, etwa weil sie einen Aufenthaltstitel erteilt hat, findet die Drittstaatenregelung ebenfalls keine Anwendung.

Die Berufung auf das Asylrecht wird nicht versperrt (vgl. § 26a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 AsylVfG). Der einfache Gesetzgeber geht damit davon aus, dass ein Asylantrag, der im Rahmen von Art. 16a Abs. 5 GG von der Bundesrepublik Deutschland zu behandeln ist, die Berufung auf das Asylrecht des Art. 16a Abs. 1 GG nicht ausschließt. Obwohl Art. 16a Abs. 5 GG eine Abweichung von Art. 16a Abs. 1 bis 4 GG rechtfertigt,⁹⁰ wird die Möglichkeit, sich auf das Asylrecht des Art. 16a Abs. 1 GG zu berufen, nur für diejenigen Asylbewerber versperrt, für deren Asylbegehren ein anderer Vertragsstaat zuständig ist.

Hier kommt die ursprüngliche Funktion des Art. 16a Abs. 5 GG zum Tragen, nämlich sicherzustellen, dass die Bundesrepublik an den entlastenden Wirkungen entsprechender völkerrechtlicher Verträge im vollen Umfang partizipieren kann und dementsprechend auszuschließen, dass sich der Asylbewerber trotz Zuständigkeit eines anderen Vertragsstaates für die Behandlung seines Asylbegehrens auf das verfassungsrechtliche Asylgrundrecht berufen kann. Ist im Rahmen eines auf Art. 16a Abs. 5 GG beruhenden völkerrechtlichen Abkommens andererseits die Bundesrepublik Deutschland zuständig, so hat nach dem Willen des einfachen Gesetzgebers Art. 16a Abs. 5 GG nicht die Wirkung, dass die Berufung auf das Asylgrundrecht des Art. 16a Abs. 1 GG ausgeschlossen wird (vgl. § 18 Abs. 4 Nr. 1, 26a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AsylVfG).

⁸⁹ BVerfGE 94, 49 (86) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700.

Die Funktion des früheren § 29 Abs. 3 Satz 2 AsylVfG a.F. bestand damit nicht in einer Reservefunktion für fehlgeschlagene Überstellungen im System eines völkerrechtlichen Übereinkommens nach Art. 16a Abs. 5 GG. Vielmehr hatte diese Vorschrift die Funktion, Art. 3 Abs. 5 des Dubliner Übereinkommens umzusetzen. Diese Norm berechtigte die Bundesrepublik - ebenso wie nach geltendem Recht Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 - anstelle der Überstellung des Asylsuchenden an den zuständigen Vertragsstaat diesen in einen anderen sicheren Drittstaat abzuschieben,⁹¹ sofern die entsprechenden Voraussetzungen, also eine Einreise aus einem sicheren Drittstaat, vorlagen.

4. *Verfassungsrechtliche Grundlage für die gemeinschaftsrechtliche Lastenverteilung*

a) *Ablösung des Art. 16a Abs. 5 GG durch Europarecht*

Die nachträgliche Entwicklung des supranationalen Rechts ist über den Völkerrechtsvorbehalt des Art. 16a Abs. 5 GG hinweggegangen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verfassungsnorm war das Asyl- und Flüchtlingsrecht noch nicht vergemeinschaftet. Vielmehr wurde es durch völkerrechtliche Vereinbarungen wie die erwähnten Übereinkommen und durch weitere Abkommen, welche die Regierungszusammenarbeit der Mitgliedstaaten koordinierten, auf der Grundlage von Art. K EUV a.F. harmonisiert.⁹² Bereits nach seinem Wortlaut kann Art. 16a Abs. 5 GG, der auf *völkerrechtliche Verträge* verweist, nicht auf *supranationales Recht* angewandt werden. Darüber hinaus wurde schon im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verfassungsnorm kritisiert, dass auf der Grundlage dieser Norm keine weitergehenden Schritte zur Harmonisierung der materiellen und verfahrensmäßigen Standards des Asylrechts in Europa durchgeführt werden könnten,⁹³ weil durch deren gegenständliche Beschränkung auf „Zuständigkeitsregelungen für die Prüfung von Asylbegehren“ sowie die „gegenseitige Anerkennung von Asylentscheidungen“ die Fortentwicklung des europäischen Asyl- und Flüchtlingsrechts jeweils erneute Verfassungsänderungen erforderlich machten.⁹⁴

⁹⁰ *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz. Kommentar, 10. Aufl., 2009, Art. 16a Rdn. 36.

⁹¹ *Schaeffer*, in: *Hailbronner*, AuslR. Kommentar, B 2, § 34a Rdn. 23.

⁹² BVerfGE 94, 49 (88) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

⁹³ *Giesler/Wasser*, Das neue Asylrecht, 1993, S. 20

⁹⁴ *Hailbronner*, ZAR 1993, 107 (116).

Das Europarecht ist inzwischen weit über die in der Verfassungsnorm des Art. 16a Abs. 5 GG bezeichneten gegenständlich beschränkten Sachbereiche hinausgewachsen (vgl. Art. 63EGV, Art. 78 AEUV), so enthält es z.B. Rechtsakte zu den Anerkennungskriterien (RL 2004/83/EG), zum Asylverfahren (RL 2005/85/EG) sowie zu den Aufnahmebedingungen für Asylbewerber (RL 2003/9/EG). Zu klären ist deshalb, welchen verfassungsrechtlichen Ort die europarechtliche Entwicklung des Asyl- und Flüchtlingsrechts im Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland hat.

b) *Funktion des Art. 23 GG im europarechtlichen Prozess der Harmonisierung des Asyl- und Flüchtlingsrechts*

Allgemein wird davon ausgegangen, dass Art. 23 GG die verfassungsrechtliche Grundlage für die Übertragung asylrechtlicher Kompetenzen auf die EU ist, weil diese Norm eine Übertragung von Hoheitsrechten an die EU erlaubt, ohne die übertragbaren Hoheitsrechte thematisch einzuschränken. Daher ist die Bundesrepublik auch im asylrechtlichen Bereich nach Art. 23 GG berechtigt, Kompetenzen an die EU zu übertragen, soweit die EU vergleichbaren Schutz vor Verfolgung bietet.⁹⁵ Verfassungsrechtliche Grundlage der gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung ist damit nicht der ausdrücklich auf völkervertragliche Regelungen bezogene und darüber hinaus gegenständlich beschränkte Art. 16a Abs. 5 GG, sondern die allgemeine gemeinschaftsrechtliche Öffnungsklausel des Art. 23 GG. Art. 16a Abs. 5 GG enthält darüber hinaus gerade keine Ermächtigung zu einer Übertragung von Hoheitsrechten im asylrechtlichen Bereich auf die EU.

Allerdings wurden zunächst Bedenken geäußert, im Bereich des Asylrechts auf Art. 23 GG zurückzugreifen, weil Art. 16a Abs. 5 GG bereits einen Teilaspekt der Ausübung der auswärtigen Gewalt regelt und den Gesetzgeber im Bereich der Asylpolitik auf den Abschluss ganz bestimmter völkerrechtlicher Verträge beschränkt und so der Integrationsgewalt Grenzen setzt. Darüber hinaus sei Art. 16a Abs. 5 GG zeitlich nach Art.

⁹⁵ *Randelzhofer*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz. Kommentar, Lfg. 35, 1999, Abs. 5 Art. 16 Rdn. 196; *Zimmermann*, in: *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Band 2, 2009, C Art. 16a, Rdn. 237; noch anders *Zimmermann*, *NVwZ* 1998, 450 (455); so bereits *Hailbronner*, *Möglichkeiten und Grenzen einer europäischen Koordinierung des Einreise- und Asylrechts*, 1989, S. 204 ff.; s. hierzu auch *Menke*, *Bedingungen einer Asylgesetzgebung der Europäischen Gemeinschaft*, 1993, S. 139 f.

23 GG in Kraft getreten, sodass ihm nach dem Grundsatz *lex posterior* Vorrang gebühre. Nach alledem sei Art. 16a Abs. 5 GG gegenüber der Übertragung von Hoheitsrechten im Bereich des Asylrechts auf die Gemeinschaft *lex specialis* und entfalte insoweit eine Sperrwirkung.⁹⁶ Dem wird entgegengehalten, dass Art. 23 GG im Blick auf die Integration im Rahmen der Gemeinschaft *lex specialis* sei und nicht durch andere Vorschriften der Verfassung über die Ausübung der auswärtigen Gewalt beschränkt werde.⁹⁷

Inzwischen hat sich die Gegenmeinung der ganz herrschenden Meinung angeschlossen und dies damit begründet, dass anders als bei Einführung von Art. 16a Abs. 5 GG erwartet, die Asylrechtsharmonisierung sich nicht durch völkervertragliche, sondern durch gemeinschaftsrechtliche Regelungen vollziehe. Rechtsgrundlage der europarechtlichen Harmonisierung sei nicht Art. 16a Abs. 5 GG, sondern die allgemeine gemeinschaftsrechtliche Öffnungsklausel des Art. 23 GG. Bereits aufgrund dieser Regelung genieße primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht *Vorrang vor deutschem Verfassungsrecht*, ohne dass es insoweit des ausdrücklichen asylspezifischen Vorbehalts des Art. 16a Abs. 5 GG bedurft hätte. Der deutsche Gesetzgeber habe die Entwicklung gemeinschaftsrechtlicher Asylregelungen mitgetragen. Damit sei er stillschweigend jenen Stimmen in der Literatur entgegengetreten, die Art. 16a Abs. 5 GG als Sonderregelung gesehen hätten, durch welche die Integration auf bestimmten Feldern gerade sachbereichsspezifisch und damit nicht allein durch Art. 23 GG geregelt werden sollte. Diese verfassungsrechtliche Entwicklung habe die Öffnungsklausel des Art. 16a Abs. 5 GG ihrer praktischen Wirksamkeit weitgehend beraubt. Relevant bleibe sie nur noch für die Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten, die Regelungen auf der Basis von Titel IV des Vertrages keine gemeinschaftsrechtliche Wirkung zuerkennen würden, also im Blick auf das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark, sowie für die Zusammenarbeit mit dritten Staaten.⁹⁸

Art. 16a Abs. 5 GG ermögliche nur eine völkerrechtliche Zusammenarbeit und trage eine Harmonisierung des Asyl- und Flüchtlingsrechts auf Gemeinschaftsebene nicht. Als

⁹⁶ Zimmermann, NVwZ 1998, 450 (455).

⁹⁷ Randelzhofer, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz. Kommentar, Lfg. 35, 1999, Abs. 5 Art. 16 Rdn. 196, FN

4.

⁹⁸ Zimmermann, in: *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Band 2, 2009, C Art. 16a, Rdn. 237.

Öffnungsklausel sei deshalb die allgemeine Vorschrift des Art. 23 GG heranzuziehen. Art. 16a Abs. 5 GG sei lediglich Grundlage für den Vorrang völkerrechtlicher Abkommen der Mitgliedstaaten untereinander oder mit dritten Staaten im Asyl- und Flüchtlingsrecht, während Art. 23 GG der Übertragung von asylrechtlichen Kompetenzen auf die Gemeinschaft diene. Art. 16a Abs. 5 GG ergänze also insoweit die in Art. 23 GG enthaltene Ermächtigung, greife jedoch in dessen Anwendungsbereich nicht ein.⁹⁹ Soweit auch heute noch vereinzelt Art. 16a Abs. 5 GG als gemeinschaftsrechtliche Öffnungsklausel im Bereich des Asylrechts bezeichnet wird, wird hierfür zusätzlich auf Art. 23 GG verwiesen.¹⁰⁰ Näher begründet wird diese Ansicht nicht. Sie kann nicht überzeugen, weil sie ohnehin auf Art. 23 GG zurückgreifen muss und ohne Begründung über die bereichsspezifische Beschränkung in Art. 16a Abs. 5 GG sowie die Bezugnahme auf völkervertragliche Regelungen hinweggeht.

Nach der heute ganz überwiegend vertretenen Meinung enthält damit Art. 23 GG die verfassungsrechtliche Grundlage für die Teilnahme der Bundesrepublik Deutschland am europäischen System der Lastenverteilung. Nach einer am Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Normen des Art. 16a Abs. 5 und Art. 23 GG ausgerichteten Auslegung kann Art. 16a Abs. 5 GG nicht die Rechtsgrundlage für die Übertragung von asylrechtlichen Kompetenzen auf die Gemeinschaft darstellen. Art. 16a Abs. 5 GG hat nur Geltung im Bereich der völkerrechtlichen Zusammenarbeit und nur noch Bedeutung für die Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten, die Rechtsakten nach dem Titel IV EGV, jetzt Titel V Kapitel 2 AEUV, keine verbindliche Wirkung beimessen und darüber hinaus für die Zusammenarbeit mit anderen Staaten im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts. Daher kommt Art. 16a Abs. 5 GG nur noch eingeschränkte praktische Bedeutung zu.¹⁰¹

c) *Anwendungsvorrang des Europarechts*

Ist verfassungsrechtlicher Ort der gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts Art. 23 GG, verdrängt der europarechtliche Anwendungsvorrang

⁹⁹ *Schmahl*, ZAR 2001, 3 (11).

¹⁰⁰ *Pagenkopf*, in: *Sachs*, Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 16a Rdn. 106.

¹⁰¹ *Zimmermann*, in: *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Band 2, 2009, C Art. 16a, Rdn. 236 f; *Zimmermann*, NVwZ 1998, 450 (454); *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz. Kommentar, 10. Aufl., 2009, Art. 16a Rdn. 37; *Becker*, in: *v. Mangoldt/Klein*, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 2005, Art. 16a Abs. 5

die verfassungsrechtliche Asylrechtsnorm in ihrer Gesamtheit und damit auch die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG.

Die Bedeutung des Art. 23 GG besteht darin, durch die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaft die deutsche Rechtsordnung derart zu öffnen, dass der ausschließliche Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik im Geltungsbereich des Grundgesetzes zurückgenommen und der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit eines Rechts aus anderer Quelle innerhalb des staatlichen Herrschaftsbereichs Raum gelassen wird.¹⁰² Es handelt sich bei Art. 23 GG um eine Schlüsselnorm der Gesamtverfassung. Die Verfassung war von Anfang an offen für eine Entwicklung, im Zuge derer der ausschließliche Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik Deutschland zurückgenommen und der unmittelbaren Anwendbarkeit einschließlich des Vorrangs des Europarechts Raum gegeben wird.¹⁰³ Damit wird nicht nur die unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts im Bundesgebiet ermöglicht, sondern auch dessen *Vorrang* vor deutschem Recht.¹⁰⁴ Der Anwendungsvorrang des Europarechts wurde zunächst in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes entwickelt und mit der notwendigen einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts und mit der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft begründet. Die Herleitung des Anwendungsvorrangs durch den Gerichtshof aus dem Gemeinschaftsrecht selbst sowie auch sein absoluter Charakter¹⁰⁵ werden allerdings vom Bundesverfassungsgericht nicht anerkannt.

Seiner Ansicht nach folgt der Anwendungsvorrang erst aus dem in Übereinstimmung mit der verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG ergangenen – die ungeschriebene Vorrangregel rezipierenden – Zustimmungsgesetz zu den Gemeinschafts- und Unionsverträgen und dem in ihnen enthaltenen Anwendungsbefehl. Denn Art. 23 Abs. 1 GG ordne die unmittelbare und vorrangige Anwendbarkeit des von der Gemeinschaft gesetzten

Rdn. 229; *Schmahl*, ZAR 2001, 3 (11); a.A. *Pagenkopf*, in: *Sachs*, Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 16a Rdn. 106.

¹⁰² BVerfGE 37, 271 (280); 58, 1 (28); *Hobe*, in: *Friauf/Höfling*, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, C Art. 23 Rdn. 41; *Streinz*, in: *Sachs*, Grundgesetz. Kommentar, 2009, Art. 23 Rdn. 58.

¹⁰³ *Callies*, ZEuS 2009, 559 (562).

¹⁰⁴ BVerfGE 73, 339 (375).

¹⁰⁵ EuGH 1964, 1251 (1269 ff.) – *Costa/ENEL*.

Rechts nicht schon von selbst an.¹⁰⁶ Danach komme dem Gemeinschaftsrecht zwar grundsätzlich Vorrang vor dem innerstaatlichen Recht aufgrund des im Zustimmungsgesetz enthaltenen Rechtsanwendungsbefehls zu.¹⁰⁷ Dieser Vorrang könne aber nicht weiter gehen, als das mit diesem Gesetz akzeptierte „Integrationsprogramm“ mit seinen Kompetenznormen vorsehe, zulasse und zulassen dürfe.¹⁰⁸ Einerseits entfalle danach der Vorrang, wo die grundsätzlich zulässige Rechtsfortbildung bei der Auslegung von Befugnisnormen eine „Vertragserweiterung“ zur Folge hätte. Andererseits würden die grundgesetzlichen Gewährleistungen auch dann in Frage gestellt, wenn bei der Auslegung der übertragenen Hoheitsrechte der Wesensgehalt der Grundrechte durch Maßnahmen der Gemeinschaft berührt würde.¹⁰⁹

Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 letzter Hs. GG anerkannt. Danach gilt der Anwendungsvorrang, soweit das Europarecht einen mit dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Die Verfassung normiert verfassungsrechtlich damit die „*Solange II*“ – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. Dies hat zur Folge, dass für den Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 23 GG ein dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz unwiderleglich, dessen Fortbestand indes nur widerleglich zu vermuten ist.¹¹⁰ Dabei erfordert Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG nicht Identität, sondern Vergleichbarkeit des Grundrechtsschutzes. Folgerichtig hat das Bundesverfassungsgericht die Wiederaufnahme seiner Prüfungstätigkeit im Blick auf geltend gemachte Grundrechtsverletzungen durch sekundäres Gemeinschaftsrecht davon abhängig gemacht, dass dargelegt wird, die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof sei unter den erforderlichen Grundrechtsstandard *abgesunken*.¹¹¹

d) *Vergleichbarer Grundrechtsschutz im Asyl- und Flüchtlingsrecht in der Gemeinschaft*

¹⁰⁶ BVerfGE 73, 339 (374 f.); 89, 155 (190); grundlegend bekräftigt in BVerfGE 123, 267, 396 ff. – *Lissabon*; s. hierzu *Voßkuhle*, Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund, in: NVwZ 2010, 1 (5 f.).

¹⁰⁷ BVerfGE 73, 339 (374 f.); 75, 223 (240 f.).

¹⁰⁸ BVerfGE 73, 339 (374 f.); 75, 223 (240 ff.).

¹⁰⁹ Zum Ganzen *Pernice*, in: *Dreier*, Grundgesetz. Kommentar, Band II, 2008, Art. 23 Rdn. 2; s. auch *Möller*, Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof unter den Präsidenten *Papier* und *Skouris*, in: NVwZ 2010, 225 226 f.).

¹¹⁰ *Schmahl*, in: *Sodan*, Grundgesetz, Art. 23 Rdn. 9.

aa) Vorbemerkung

Die Bundesrepublik ist danach auch im asylrechtlichen Bereich nach Art. 23 GG berechtigt, Kompetenzen an die Gemeinschaft zu übertragen, soweit diese vergleichbaren Schutz vor Verfolgung bietet.¹¹² In diesem Zusammenhang wird eingewandt, dass die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 gegenständlich auf Schutzersuchen Anwendung finde, mit denen um „internationalen Schutz“ ersucht werde (Art. 1 in Verb. mit Art. 2 Buchst. c)), die Asylberechtigung im Sinne von Art. 16a Abs. 1 GG aber kein internationaler Schutz im Sinne der GFK sei, zumal auch die Schutzbereiche nicht deckungsgleich seien.¹¹³ Dieser Einwand gilt für alle Rechtsakte im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts nach Maßgabe von Art. 63 EGV, jetzt 78 AEUV (vgl. z.B. Art. 1 in Verb. mit Art. 2 Buchst. c) RL 2004/83/EG; Art. 1 in Verb. mit Art. 2 Buchst. a) RL 2005/85/EG; Art. 1 in Verb. mit Art. 2 Buchst. a) RL 2003/9/EG) und damit für das gesamte Gemeinsame Europäische Asylsystem. Da es für die Übertragung von Hoheitsrechten auf einen im Wesentlichen vergleichbaren, nicht aber rechtlich identischen Grundrechtsschutz ankommt, ist jedoch fraglich, ob dieser Einwand aus verfassungsrechtlicher Sicht tragfähig ist.

bb) Vergleichbarer Grundrechtsschutz im Rahmen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems

Der materielle Grundrechtsschutz aufgrund von Sekundärrecht ist zwar nicht deckungsgleich mit dem verfassungsrechtlichen Asylschutz, hat jedoch im Wesentlichen die gleiche Funktion und die gleichen Rechtsfolgen.¹¹⁴ Der europarechtliche, völkerrechtlich orientierte Flüchtlingsschutz vermittelt sogar überwiegend einen weitaus günstigeren Schutz als der verfassungsrechtliche Asylschutz, der in der Vergangenheit in vielen Fragen losgelöst vom

¹¹¹ BVerfGE 102, 147 (163 ff.); s. hierzu *Hillgruber*, in: *Schmidt-Bleibtrew/Klein*, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23 Rdn. 14; *Schmahl*, in: *Sodan*, Grundgesetz, Art. 23 Rdn. 9 ff.; *Hobe*, in: *Friauf/Höfling*, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23 Rdn. 16, 35 f.

¹¹² *Randelzhofer*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz. Kommentar, Lfg. 35, 1999, Abs. 5 Art. 16 Rdn. 196; *Zimmermann*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 2009, C Art. 16a, Rdn. 237; noch anders *Zimmermann*, NVwZ 1998, 450 (455); so bereits *Hailbronner*, Möglichkeiten und Grenzen einer europäischen Koordinierung des Einreise- und Asylrechts, 1989, S. 204 ff.; s. hierzu auch *Menke*, Bedingungen einer Asylgesetzgebung der Europäischen Gemeinschaft, 1993, S. 139 f.

¹¹³ *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG I - § 27a Rdn. 7.

¹¹⁴ BVerfGE 132, 79 (99) = AuAS 2009, 70 = NVwZ 2009, 403 (LS).

Völkerrecht eigenständige und engere Kriterien zur Auslegung und Anwendung des Begriffs der politischen Verfolgung entwickelt hat als sie der Staatenpraxis und dem Sekundärrecht zum Flüchtlingsbegriff geläufig sind. Sofern dennoch günstigere Bestimmungen als sekundärrechtliche bestehen sollten, lässt das Sekundärrecht deren Anwendung zu, soweit diese mit der Richtlinie vereinbar sind (Art. 3 RL 2004/83/EG).

Der gemeinschaftsrechtliche Vorbehalt in Art. 3 RL 2004/83/EG wirft nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes wegen der früheren Rechtsprechung zu Art. 1 F GFK im Rahmen des Asylrechts¹¹⁵ im Blick auf die zwingenden Regelungen des Art. 12 Abs. 2 RL 2004/83/EG Probleme auf.¹¹⁶ Es hat deshalb diese Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung vorgelegt. Das Bundesverwaltungsgericht übersieht jedoch, dass seine 1983 entwickelte Rechtsprechung durch die seit 1989 gefestigte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Terrorismusvorbehalt überholt ist. Nicht überzeugend ist der Hinweis des Bundesverwaltungsgerichtes auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, wonach ein Ausschluss vom Asylrecht nur in zwei Fällen anerkannt sei, nämlich einerseits, wenn für „terroristische Aktivitäten nur ein neuer Kampfplatz gesucht“ werde, um diese vom Aufnahmeland „fortzuführen oder zu unterstützen“ („*Terrorismusvorbehalt*“), und andererseits in den Fällen des Art. 33 Abs. 2 GFK.¹¹⁷

Anders als das Bundesverwaltungsgericht feststellt, hat das Bundesverfassungsgericht den Terrorismusvorbehalt nicht ausschließlich auf das Verhalten des Asylsuchenden *nach Einreise und Aufnahme* im Asylstaat, sondern auch auf das Verhalten *im Herkunftsland* vor der Ausreise bezogen und hat damit die *Asylverheißung* ihre *Grenze*, wenn der Asylsuchende seine politische Überzeugung unter Einsatz terroristischer Mittel betätigt hat, also insbesondere unter Einsatz gemeingefährlicher Waffen oder durch Angriffe auf das Leben

¹¹⁵ BVerwGE 67, 184 (192) = NVwZ 1983, 674 = InfAuslR 1983, 228 = DVBl. 1983, 1007; BVerwGE 68, 171 (173) = EZAR 200 Nr. 9 = NVwZ 1984, 182 = InfAuslR 1984, 85.

¹¹⁶ BVerwGE 132, 79 (98 ff.) = AuAS 2009, 70 = NVwZ 2009, 403 (LS); bekräftigt BVerwG, NVwZ 2009, 592 (595); so auch *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG I - § 27a Rdn. 7; *Hailbronner*, ZAR 2009, 369 (374 f.).

¹¹⁷ BVerwGE 132, 79 (99 f.) = AuAS 2009, 70 = NVwZ 2009, 403 (LS), unter Hinweis auf BVerfGE 81, 142 (152) = EZAR 200 Nr. 26 = NVwZ 1990, 453 = InfAuslR 1990, 167; BVerwGE 109, 12 (16 ff.) = EZAR 200 Nr. 34 = NVwZ 1999, 1349 = InfAuslR 1999, 184 – zur Frage des Terrorismusvorbehaltes - und auf BVerwGE 109, 1 (3 ff.) = EZAR 200 Nr. 35 = NVwZ 1999, 1346 = InfAuslR 1999, 470 – zur Frage des Art. 33 Abs. 2 GFK (s. auch Art. 14 Abs. 4 RL 2004/83/EG).

Unbeteiligter. Asylbegründend ist die Verfolgung des politischen Feindes, nicht hingegen die Abwehr des Terrors.¹¹⁸

Das Bundesverwaltungsgericht übersieht damit, dass das Bundesverfassungsgericht terroristische Unterstützungshandlungen im Herkunftsland aus dem Schutzbereich des Asylrechts ausschließt. Auch beim schwerwiegenden nichtpolitischen Verbrechen im Sinne von Art. 12 Abs. 2 Buchst. b) RL 2004/83/EG wird danach differenziert, ob der Asylsuchende *vor der Aufnahme*¹¹⁹ ein politisches oder ein kriminelles Delikt begangen hat. Auf der Bevollmächtigtenkonferenz bezog sich der Delegierte des Vereinigten Königreichs auf Art. 14 Abs. 2 AEMR, wonach das Asylrecht nicht im Falle einer Verfolgung wegen nichtpolitischer Verbrechen gewährt werden kann. Falls schwerwiegende Gründe für die Annahme sprechen würden, dass eine Person eines derartigen Deliktes beschuldigt würde, würde er nicht durch die Konvention geschützt.¹²⁰ Der Delegierte der Schweiz betonte ebenfalls, dass „schwerwiegende Verbrechen“ der Gewährung des Flüchtlingsstatus entgegenstünden¹²¹ und wurde hierbei durch den französischen Delegierten unterstützt, der ausdrücklich auf die Einfügung des Wortes „schwerwiegend“ vor dem Begriff „Verbrechen“ beharrte.¹²²

Dies verdeutlicht, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes - ohne ausdrücklich Art. 1 F Buchst. b) GFK einzubeziehen - der Zweck des Terrorismusvorbehaltes mit der Ratio jedenfalls des Ausschlussgrundes nach Art. 1 F Buchst. b) GFK identisch ist, nämlich gemeine Straftäter vom Asyl- und Flüchtlingsschutz auszuschließen. Man mag die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes kritisieren, weil sie den Unterstützungsbegriff sehr weit zieht und damit über die engen Grenzen des Ausschlussgrundes des Art. 1 F Buchst. b) GFK hinausgeht. Sie bezieht aber in den ausschließenden Begriff des Terrorismusvorbehaltes terroristische Handlungen des Asylsuchenden vor seiner Aufnahme ein. Der Hinweis des Bundesverwaltungsgerichtes, das Bundesverfassungsgericht habe die Ausschlussklauseln des Art. 1 F GFK bislang nicht auf

¹¹⁸ BVerfGE 80, 315 (336 f.) = EZAR 201 Nr. 30 = NVwZ 1990, 151 = InfAuslR 1990, 21.

¹¹⁹ Vgl. Art. 1 F Buchst. b) GFK; s. aber Art. 12 Abs. 2 Buchst. b) RL 2004/83/EG: *vor Ausstellung des Aufenthaltstitels*.

¹²⁰ UN Doc. A/CONF.2/SR.29, S. 11; s. im Einzelnen hierzu *Marx*, Handbuch zur Qualifikationsrichtlinie, 2009, S. 539 ff.

¹²¹ UN Doc. A/CONF.2/SR.29, S. 17.

das Asylgrundrecht angewandt,¹²³ ist deshalb wenig überzeugend. Der von Art. 16a GG bereit gehaltene Asylschutz ist nämlich nicht weitergehend als der europarechtliche Flüchtlingsschutz, insbesondere ist wegen des weiten Unterstützungsbegriffs die Ansicht nicht überzeugend, dass der verfassungsrechtliche Asylschutz ungeachtet der zwingenden Ausschlussklauseln des Europarechts Anwendung finde.

Ein wegen des europarechtlichen Vorbehaltes in Art. 3 RL 2004/83/EG zu lösender Konflikt zwischen Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht kann damit nicht erkannt werden. Soweit im Blick auf selbst geschaffene Nachfluchtgründe ein Problem für die Übertragung von Hoheitsrechten gesehen wird,¹²⁴ wird verkannt, dass der europarechtliche Schutz (Art. 5 Abs. 1 und 2 RL 2004/83/EG) weitergeht als die entsprechende deutsche Rechtsprechung,¹²⁵ weil dem Europarecht der Ausschluss provozierte Nachfluchtgründe fremd ist. Lediglich für Folgeantragsteller werden Einschränkungen zugelassen, die jedoch anders als § 28 Abs. 2 AsylVfG ausdrücklich unter Konventionsvorbehalt stehen (vgl. Art. 5 Abs. 3 RL 2004/83/EG), sodass auch insoweit ein weitergehenderer Schutz als in der Bundesrepublik gewährt wird.¹²⁶ Der Nachfluchtbestand der Gruppenverfolgung vermittelt im Europarecht wegen der Nichtanwendbarkeit der Figur der örtlich begrenzten Gruppenverfolgung ebenfalls einen stärkeren Schutz als das Verfassungsrecht.¹²⁷

Im Bereich des materiellen Rechts ist damit der mit dem europarechtlichen Begriff des internationalen Schutzes bereitgehaltene Schutzstandard überwiegend weitergehend als der verfassungsrechtliche Asylschutz. Soweit nach Europarecht unter Bezugnahme auf die Ausschlussgründe nach Art. 1 F GFK Einschränkungen des internationalen Schutzes zulässig sind,¹²⁸ ist die Ratio der deutschen Asylrechtsprechung zum Terrorismusvorbehalt identisch mit dem Zweck der Ausschlussgründe. Ein Konflikt zwischen Verfassungsrecht und Europarecht kann danach nicht erkannt werden. Jedenfalls für den Regelungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 wäre ein derartiger Konflikt ohne Bedeutung, da dieser nicht

¹²² UN Doc. A/CONF.2/SR.29, S. 20.

¹²³ BVerwGE 132, 79 (99) = AuAS 2009, 70 = NVwZ 2009, 403 (LS).

¹²⁴ *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG II - § 27a Rdn. 7.

¹²⁵ BVerfGE 74, 51 (66) = EZAR 200 Nr. 18 = NVwZ 1987, 311 = InfAuslR 1987, 56.

¹²⁶ A.A. BVerwGE 133, 31 (38 ff.) = InfAuslR 2009, 260.

¹²⁷ BVerwGE 133, 55 (64) = NVwZ 2009, 982 = AuAS 2009, 115.

¹²⁸ Vgl. Art. 12 Abs. 2 RL 2004/83/EG für den Flüchtlingsschutz und Art. 17 RL 2004/83/EG für den subsidiären Schutz.

den materiellen Schutzstandard, sondern den Zugang zu diesem Schutzsystem regelt.

cc) *Weitergehender europarechtlicher Schutz des Zugangs zum Verfahren*

Die Vergleichbarkeit des Grundrechtsschutzes gilt für alle Aspekte des Grundrechtsschutzes, also für die Reichweite der Schutzbereiche in personeller und sachlicher Hinsicht, für den Inhalt des Schutzes sowie für die rechtliche Wirkkraft.¹²⁹ Eine Kollision zwischen Verfassungsrecht und Europarecht kann jedoch im Hinblick auf den Schutz des Zugangs zum Verfahren unter dem Gesichtspunkt des vergleichbaren Grundrechtsschutzes nicht auftreten, soweit es um die Überstellung von Asylsuchenden innerhalb der Gemeinschaft an den zuständigen Mitgliedstaat geht. Für die Frage des Zugangs zum Bundesgebiet und zum Asylverfahren gelten in diesem Rahmen die Regelungen des Sekundärrechts. Hat die Bundesrepublik Deutschland nach den Regelungen des Europarechts die Zuständigkeit für die Behandlung eines Asylbegehrens übernommen, behandelt sie auch den Antrag nach Maßgabe des Europarechts. Für die Frage des Verfahrens- und gerichtlichen Schutzes hat sie die Bestimmungen der Verfahrensrichtlinie (2005/85/EG) anzuwenden, welche die Anwendung günstigerer nationaler Bestimmungen zulassen, soweit diese mit der Verfahrensrichtlinie vereinbar sind (vgl. Art. 5 RL 2005/85/EG).

Nach Übernahme der Zuständigkeit wenden die Behörden des zuständigen Mitgliedstaates die Verfahrensrichtlinie an. Die Bestimmungen der nationalen Verfahrensbestimmungen sind richtlinienkonform anzuwenden. Für die Bundesrepublik können jedoch zwischen der Verfahrensrichtlinie und dem AsylVfG keine wesentlichen Unterschiede, jedenfalls keine nationalen Verfahrensbestimmungen erkannt werden, die über die Regelungen der Verfahrensrichtlinie hinausgehen und unvereinbar mit dieser sind. Für den Verfahrensschutz günstigere Bestimmungen des nationalen Rechts können weiterhin Anwendung finden (Art. 5 RL 2005/85/EG). Es sind indes keine über Sekundärrecht hinaus gehende nationale Verfahrensregelungen ersichtlich. Der Asylsuchende muss ebenso wie nach Art. 9 RL 2005/85/EG einen *förmliche Feststellungsakt* erwirken und notfalls erstreiten (vgl. Art. 39 RL 2005/85/EG), um seinen Schutzanspruch geltend zu machen.¹³⁰ Eine für die Feststellung des Asylrechts geeignete Verfahrensregelung ist deshalb auch verfassungsrechtlich von

¹²⁹ Scholz, in: *Maunz/Dürig*, Kommentar zum Grundgesetz, Lfg. 35, 1999, Art. 23 Abs. 1 Rdn. 48.

Bedeutung.¹³¹ Art. 16a GG verheißt politisch Verfolgten Asyl und bestimmt Voraussetzungen und Verfahrensweisen, unter denen das Grundrecht in Anspruch genommen werden kann. Verfahren, die mit gleichsam konstitutiver Wirkung die Geltendmachung einer grundrechtlichen Gewährleistung regeln, müssen von Verfassungen wegen sachgerecht, geeignet und zumutbar sein. Dies kann auch besondere, vom allgemeinen Verwaltungsverfahren abweichende Ausgestaltungen erfordern.¹³²

Dem Gesetzgeber kommt dabei im Blick auf Organisation und Verfahren ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Aus den materiellen Grundrechten lassen sich hierfür nur elementare, rechtsstaatlich unverzichtbare Verfahrensanforderungen ableiten.¹³³ Damit knüpft das Bundesverfassungsgericht auch für die Auslegung und Anwendung von Art. 16a GG an den Grundsatz der *verfahrensorientierten Grundrechtsinterpretation* an. Nach wie vor findet auch unter der Geltung des Art. 16a GG die Rechtsprechung Anwendung, wonach das Asylrecht geeigneter Organisationsformen und Verfahrensregelungen sowie einer grundrechtskonformen Anwendung des Verfahrensrechts bedarf, soweit dies für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist.¹³⁴ Ähnliche Bestimmungen enthält die Verfahrensrichtlinie (vgl. Art. 6, 9 ff.).

Konflikte zwischen Verfassungsrecht und Sekundärrecht können allerdings im Blick auf die Drittstaatenregelung auftreten, weil die Bestimmung sicherer Drittstaaten nach Verfassungsrecht unter Parlamentsvorbehalt steht (vgl. Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG), hingegen nach Art 36 Abs. 2 Buchst. d) und Abs. 3 RL 2005/85/EG hierfür lediglich ein Ratsbeschluss erforderlich ist. Ob die abstrakte Festlegung sicherer Drittstaaten unter Ausschluss der Einzelfallprüfung mit Art. 33 Abs. 1 GFK vereinbar ist, wird der Europäische Gerichtshof zu entscheiden haben.¹³⁵ Inwieweit daneben dem Bundesverfassungsgericht im Blick auf den verfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt und weiterer verfassungsrechtlicher Fragen eine

¹³⁰ BVerfGE 94, 166 (199) = EZAR 632 Nr. 25 = NVwZ 1996, 678.

¹³¹ BVerfGE 94, 166 (199f.) = EZAR 632 Nr. 25 = NVwZ 1996, 678.

¹³² S. hierzu im Einzelnen Marx, Kommentar zum AsylVfG, 7. Aufl., 2008, § 36 Rdn. 104 ff.

¹³³ BVerfGE 94, 166 (200) = EZAR 632 Nr. 25 = NVwZ 1996, 678, mit Hinweis auf BVerfGE 56, 216 (236) = EZAR 221 Nr. 4 = InfAuslR 1981, 152; BVerfGE 60, 253 (295f.) = EZAR 610 Nr. 14 = NJW 1982, 2425.

¹³⁴ BVerfGE 56, 216 (235f.) = EZAR 221 Nr. 4 = InfAuslR 1981, 152.

¹³⁵ Hailbronner, ZAR 2009, 369 (372).

Reservekompetenz zukommen könnte,¹³⁶ braucht hier wegen der Beschränkung des Untersuchungsauftrags auf Überstellungen an Mitgliedstaaten nicht geklärt werden.

V. Die europarechtliche Lastenverteilung im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts

1. Geschichte der europäischen Asylrechtsharmonisierung

Der Asylrechtsharmonisierung der Gemeinschaft voraus gingen entsprechende Bestrebungen in einem kleineren Kreis von Mitgliedstaaten, die für ihren Bereich die strukturellen Grundlagen für das noch heute geltende System der europäischen Asylrechtsharmonisierung legten.¹³⁷ *Belgien, Deutschland, Frankreich, Luxemburg* und die *Niederlande* verabredeten am 14. Juni 1985 mit dem *Schengener Übereinkommen* die Schaffung eines gemeinsamen Territoriums ohne Binnengrenzen. Das hierauf aufbauende Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 19. Juni 1990 (*SDÜ*) trat am 26. März 1996 in Kraft. Später kamen *Portugal* und *Spanien* hinzu. Im gemeinsamen Territorium der Vertragsstaaten wurden die Binnengrenzen abgeschafft und zugleich eine gemeinsame Außengrenze geschaffen, an der Einreisekontrollen in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des *SDÜ* durchgeführt wurden. Um die Freizügigkeit von Personen innerhalb des Vertragsgebietes sicherzustellen, sah das Übereinkommen flankierende Maßnahmen im Blick auf Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung vor.

Die im Schengenkontext entwickelten Instrumente wurden anschließend im Rahmen der Gemeinschaft übernommen. Die Übernahme erfolgte zunächst nicht durch Gemeinschaftsrecht, sondern durch einen völkerrechtlichen Vertrag. Am 15. Juni 1990 unterzeichneten die damaligen zwölf Mitgliedstaaten das *Dubliner Übereinkommen*, das im Hinblick auf die Bestimmung des zuständigen Staates für die Behandlung von Asylsuchenden weitgehend identisch mit dem *SDÜ* war. Das Übereinkommen trat für die zwölf Mitgliedstaaten am 1. September 1997 in Kraft (BGBl. II S. 1462). Aufgrund von Art. 1 des

¹³⁶ So wohl *Kluth*, ZAR 2009, 329 (332), mit Hinweis auf BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09; BA, S. 3, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; offen gelassen *Weinzierl/Hruschka*, NVwZ 2009, 1540 (1543).

¹³⁷ S. hierzu *Weinzierl*, Flüchtlinge: Schutz und Abwehr in der erweiterten EU, 2005, S. 29 ff.

Bonner Protokolls vom 26. April 1994 fanden die Bestimmungen des Kapitels 7 SDÜ über die Zuständigkeit des Vertragsstaates zur Behandlung von Asylbegehren keine Anwendung mehr (BGBl. II S. 739). An deren Stelle traten die Bestimmungen von Art. 3 bis 9 des Dubliner Übereinkommens.¹³⁸ Seit dem 1. Oktober 1997 nahmen *Österreich* und *Schweden* und seit dem 1. Januar 1998 *Finnland* als weitere Vertragsstaaten am Dubliner System teil.

Zwei Jahre später trat der Amsterdamer Vertrag in Kraft, der das Dubliner System in Gemeinschaftsrecht überführte (vgl. Art. 63 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) EGV). In den Schlussfolgerungen seines Treffens im finnischen Tampere im Oktober 1999 bekräftigte der Europäische Rat die Verpflichtungen aus dem Amsterdamer Vertrag und beschloss, auf „*ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem hinzuwirken*, das sich auf die uneingeschränkte und allumfassende Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention stützt, und „auf kurze Sicht“ eine „*klare und praktikable Formel* für die Bestimmung des für die Prüfung eines Asylbegehrens zuständigen Staates“ finden sollte.¹³⁹

Die Kommission legte am 21. März 2000 ein Arbeitsdokument vor, in dem sie sich kritisch mit den Prinzipien des Dubliner Systems auseinandersetzte und vorschlug die Bestimmung der Zuständigkeit des für die Behandlung zuständigen Mitgliedstaates vom *ersten Ort der Asylantragstellung* abhängig zu machen.¹⁴⁰ Dieser Vorschlag stieß auf Ablehnung bei den Mitgliedstaaten. Die Kommission legt daraufhin einen Entwurf für eine Verordnung zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates (Dublin II – Verordnung)¹⁴¹ vor, der im Wesentlichen die grundlegenden Prinzipien des bisher dahin entwickelten Dubliner Systems beibehält. Auf der Grundlage des Kommissionsvorschlags beschloss der Rat am 18. Februar 2003 die Verordnung (EG) Nr. 343/2003. Diese trat am 17. März 2003 in Kraft und ist mit

¹³⁸ S. hierzu im Einzelnen *Marx*, Kommentar zum AsylVfG, 5. Aufl., 2003, § 29 Rdn. 44 ff.; s. auch *Huber*, Das Dubliner Übereinkommen, in: NVwZ 1998, 150; *Löper*, Das Dubliner Übereinkommen über die Zuständigkeit für Asylverfahren, in: ZAR 2000, 16; *Hailbronner/Thiery*, Schengen II und Dublin – Der zuständige Asylstaat in Europa, in: ZAR 1997, 55.

¹³⁹ Ratsdokument SN 200/99, 16. Oktober 1999.

¹⁴⁰ *Commission of the EC*, Commission staff working paper. Revisiting the Dublin Convention, SEC(2000)522, 21 March 2000, Conclusion No. 55; s. auch *Marx*, Adjusting the Dublin Convention: New Approaches to Member States Responsibility for Asylum Applications, in: European Journal of Migration and Law 2001, 7.

¹⁴¹ *Commission der EG*, Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines Asylantrages zuständig ist, den ein Staatsangehöriger eines dritten Landes in einem Mitgliedstaat stellt, KOM(2001) 447 endgültig 2001/0182/CNS), 26. Juli 2001.

Wirkung zum 1. September 2003 für alle gestellten Asylanträge unabhängig vom Datum der Antragstellung anwendbar (vgl. Art. 29 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003).¹⁴²

Die Verordnung ersetzt das Dubliner Übereinkommen (vgl. Art. 24 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 343/2003) und ist in ihrer Gesamtheit in allen Mitgliedstaaten bindend und unmittelbar anwendbar. Ursprünglich war Dänemark nicht beteiligt und auch nicht durch sie gebunden (Erwägungsgrund Nr. 18 Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Aufgrund eines Übereinkommens zwischen Dänemark und der Europäischen Union findet die Verordnung seit dem 1. April 2006 auch in Dänemark Anwendung. Auf der Grundlage eines Ratsbeschlusses vom 15. März 2001 ist die Verordnung auch auf Island und Norwegen anwendbar. Inzwischen ist auch die Schweiz dem Übereinkommen beigetreten.

2. *Funktion des Dubliner Systems*

Die Verordnung erstrebt die schrittweise Einführung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems, das auf längere Sicht zu einem gemeinsamen Asylverfahren und einem unionsweit geltenden einheitlichen Status führen soll (Erwägungsgrund Nr. 5 Verordnung (EG) Nr. 343/2004). Dieses Gemeinsame Europäische Asylsystem will im Rahmen der „schrittweisen Schaffung eines Raums ohne Binnengrenzen, in dem der freie Personenverkehr“ gewährleistet wird, ein „Gleichgewicht der Zuständigkeitskriterien im Geiste der Solidarität“ erreichen (Erwägungsgrund Nr. 8 Verordnung (EG) Nr. 343/2004). Für die erste Phase werden die Grundsätze des Dubliner Systems beibehalten (Erwägungsgrund Nr. 5 Verordnung (EG) Nr. 343/2004). Aber auch langfristig wird eine „Kontinuität“ der Dubliner Zuständigkeitskriterien angestrebt (Erwägungsgrund Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 343/2004).

Grundlegendes Ziel des Dubliner Systems und damit auch das der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 ist, dass innerhalb der Gemeinschaft nur ein Mitgliedstaat für die Behandlung eines Asylbegehrens zuständig ist und die anderen Mitgliedstaaten im Hinblick auf diese Zuständigkeitsbestimmung den Asylbewerber an diesen Staat verweisen können. Zu diesem Zweck legt die Verordnung in Art. 4 bis 14 Zuständigkeitskriterien fest, die auf dem

¹⁴² S. hierzu Schröder, Die EU-Verordnung zur Bestimmung des zuständigen Asylstaates, in: ZAR 2003,

Verursacherprinzip beruhen.¹⁴³ Derjenige Mitgliedstaat, der durch seine Maßnahmen, z.B. durch Ausstellung eines Visums, die Einreise des Asylsuchenden zugelassen oder über dessen Territorium der Asylsuchende erstmals das Gemeinschaftsgebiet betreten hat, ist zuständig für die Behandlung des Asylantrags. Unabhängig davon bleibt jedem Mitgliedstaat unter Bezugnahme auf die *Souveränitätsklausel* (Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003) das Recht vorbehalten, den Asylantrag zu prüfen, auch wenn er nach der Verordnung nicht zuständig für die Prüfung des Asylbegehrens ist. Darüber hinaus kann ein Mitgliedstaat auf der Grundlage der *humanitären Klausel* (Art. 15 Verordnung (EG) Nr. 343/2003) aus humanitären Gründen, die sich insbesondere aus dem familiären oder kulturellen Kontext ergeben, Familienmitglieder zusammenführen. Schließlich kann ein Mitgliedstaat, nach Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 anstelle der Verweisung eines Asylbewerbers an den zuständigen Mitgliedstaat diesen nach seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften (nationale Drittstaatenregelung) unter Wahrung der Bestimmungen der GFK in einen Drittstaat zurück- oder ausweisen.

In rechtlicher Hinsicht ist jedes Asylverfahren ein „Dublin-Verfahren“, da nach Europarecht vor der eigentlichen Antragsprüfung die Zuständigkeit des Mitgliedstaates geprüft wird (vgl. Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Grundsätzlich ist das Dubliner System als reines Zuständigkeitsbestimmungsverfahren konzipiert worden, mit dem im Rahmen des geplanten Gemeinsamen Europäischen Asylsystems *ausschließlich* die Frage der Zuständigkeit des Mitgliedstaates für die Prüfung eines Asylbegehrens festgelegt wurde. Endziel war ein einheitliches europäisches Asylverfahren (Erwägungsgrund Nr. 5 Verordnung (EG) Nr. 343/2004), das in einem ersten Schritt die gegenseitige Anerkennung von Asylentscheidungen und auf längere Sicht die Einrichtung eines gemeinsamen Verfahrens beinhalten sollte. Von diesem Ziel ist die Gemeinschaft zunächst wieder abgerückt und hat sich für den ersten Schritt zum Ziel gesetzt, die Standards zur Behandlung von Asylbegehren und Asylbewerbern zu harmonisieren.

Gegenüber den vorhergehenden völkervertraglichen Regelungen hat die Vergemeinschaftung des Dubliner Systems gleichwohl einige qualitative Änderungen bewirkt. Das SDÜ wie auch

126.

¹⁴³ Schröder, ZAR 2003, 126 (127); so bereits für das Dubliner Übereinkommen, Löper, ZAR 2000, 16 (17).

das Dubliner Übereinkommen beruhen grundsätzlich nicht auf einer materiellen Harmonisierung des Asylrechts in den Vertragsstaaten. Vielmehr setzten diese Übereinkommen voraus, dass die Vertragsstaaten als sichere Drittstaaten bewertet wurden, also die GFK und EMRK wirksam anwandten. Durch die Verpflichtung des Vertragsstaates, den Antrag gemäß seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften und seinen internationalen Verpflichtungen zu prüfen (vgl. Art. 3 Dubliner Übereinkommen), war zwar die Schaffung gemeinsamer Grundprinzipien angestrebt worden, sodass das Dubliner System auch bereits in seiner Anfangsphase über die bloß negatorisch wirkende Verpflichtung auf Einhaltung des Refoulementschutzes hinausging. Die weit darüber hinausgehende materielle Harmonisierung des Asylrechts der Mitgliedstaaten nach einheitlichen Grundsätzen war damals indes nicht beabsichtigt. Erst mit dem Amsterdamer Vertrag vom 2. Oktober 1997 und mit Art. 63 EGV wurde die Zielrichtung verändert und die Grundlage gelegt, auf ein gemeinsames Asylsystem hinzuwirken.¹⁴⁴

3. *Fehlendes Lastenteilungsinstrument in der Europäischen Union*

Das vom Bundesverfassungsgericht seiner Rechtsprechung zur Drittstaatenregelung zugrunde gelegte Konzept einer „europäischen Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge mit dem Ziel einer *Lastenteilung*“¹⁴⁵ hat keine Entsprechung im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem gefunden. Das Dubliner System ist kein *Lastenteilungsinstrument*.¹⁴⁶ Vielmehr soll ein *Gleichgewicht der Zuständigkeitskriterien* (Erwägungsgrund Nr. 8 Verordnung (EG) Nr. 343/2004) auf der Grundlage von „objektiven und für die Mitgliedstaaten und die Betroffenen gerechten Kriterien“ (Erwägungsgrund Nr. 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2004) hergestellt werden. Allerdings hat die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 wie auch die Praxis im Rahmen der Vorläufersysteme Anlass zu vehementer Kritik an deren Rigidität wie auch wegen deren politischer Auswirkungen gegeben. Grund für diese Kritik ist, dass das Dubliner System die Mitgliedstaaten an den Außengrenzen der Gemeinschaft, derzeit

¹⁴⁴ S. hierzu im Einzelnen *Hruschka*, Die Dublin II-Verordnung, in: Das Dublin-Verfahren, Beilage zum Asylmagazin 1-2/2008, S. 1 ff.

¹⁴⁵ BVerfGE 94, 49 (85), Ls Nr. 1a = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

¹⁴⁶ *Hruschka*, Die Dublin II-Verordnung, in: Das Dublin-Verfahren, Beilage zum Asylmagazin 1-2/2008, S. 1 (4).

insbesondere die südeuropäischen Staaten Griechenland, Malta, Italien und Spanien, unverhältnismäßig belastet.¹⁴⁷

Zunächst wird das angestrebte Ziel, für die Betroffenen nachvollziehbare und gerechte Kriterien für die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates zu schaffen, dadurch unterlaufen, dass eine Grundvoraussetzung des Dubliner Systems nicht erfüllt ist, nämlich die Voraussetzung, dass Asylsuchende auf Grund vereinheitlichter gesetzlicher Grundlagen und Praxis in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich in der Lage sind, ein gleichwertiges Schutzniveau in verfahrens- wie materiellrechtlicher Hinsicht zu finden.¹⁴⁸ Die Kommission kritisiert vielmehr, dass die Unterschiede in der Behandlung von Asylbegehren zwischen den Mitgliedstaaten fortbestehen. Grund hierfür seien teilweise die mangelhafte Umsetzung des Sekundärrechts sowie teilweise unterschiedliche Ansätze bei der praktischen Durchführung.¹⁴⁹ Die Kritik stützt sich auf einen Überprüfungsbericht, in dem die Kommission eine Reihe von Mängeln identifiziert hatte, der sich auf die wirksame Durchsetzung des Dubliner Systems und auf den gewährten Schutzstandard bezog.¹⁵⁰ Deshalb legte die Kommission 2008 einen Entwurf zur Änderung der Verordnung vor, um das Dubliner System zu verbessern sowie insbesondere sicherzustellen, dass die individuellen Bedürfnisse der Asylsuchenden vollständig berücksichtigt werden.¹⁵¹

Von Anfang an zielte die Kritik gegen das Dubliner System auf dessen strukturellen Fehler, dass durch die Anknüpfung der Zuständigkeitsbestimmung an die illegale Einreise des Asylsuchenden in das Gemeinschaftsgebiet die Randstaaten unverhältnismäßig belastet werden. Denn in der Praxis führt insbesondere das auf die illegale Einreise bezogene Zuständigkeitskriterium zu einer signifikanten Ungleichgewichtigkeit innerhalb der

¹⁴⁷ *European Council on Refugees and Exiles*, Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered, March 2008, S. 12 f.

¹⁴⁸ *UNHCR*, Analyse der vorgeschlagenen Neufassung für die Dublin-II-Verordnung und die Eurodac-Verordnung, März 2009, S. 3.

¹⁴⁹ *Kommission der EG*, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Künftige Asylstrategie – Ein integriertes Konzept für EU-weiten Schutz, KOM(2008) 360, 17. Juni 2008, S. 3.

¹⁵⁰ Report of the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin System, COM (2007)299 final, SEC (2007)742.

¹⁵¹ Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country-national or a stateless person, COM(2008)820.

Gemeinschaft zu Lasten der grenznahen Mitgliedstaaten. Deren einseitige Belastung hatte insbesondere Auswirkungen auf die langwierigen Verhandlungen über die Verordnung (EG) Nr. 343/2003. Griechenland und Italien hatten zunächst einen allgemeinen Vorbehalt gegen die Rangfolge der Zuständigkeitskriterien eingelegt und gefordert, die Zuständigkeit im Blick auf die illegale Einreise auf sechs Monate zu begrenzen. Beide Mitgliedstaaten konnten sich jedoch nicht durchsetzen.¹⁵² Das Dubliner System ist danach strukturell so konzipiert, dass die Mehrzahl der Mitgliedstaaten mit Verweis auf die irreguläre Einreise der Flüchtlinge diese von innen an die Außengrenzen abdrängen. Dies wiederum birgt die Gefahr in sich, dass die betroffenen Grenzstaaten Maßnahmen anwenden, die darauf abzielen, den Zugang zu ihrem Territorium oder zum Asylverfahren zu verhindern.¹⁵³ Das grundlegende, nunmehr in Art. 80 AEUV verankerte „Prinzip der Solidarität“, durch Zuständigkeitskriterien ein „Gleichgewicht im Geiste der Solidarität“ (Erwägungsgrund Nr. 8 Verordnung (EG) 343/2003) zu erreichen, kann damit aufgrund der immanenten strukturellen Funktionslogik des Dubliner Systems keine praktische Wirksamkeit erlangen. Die grundlegende Annahme, die für das Bundesverfassungsgericht Voraussetzung für die Ersetzung des verfassungsrechtlichen Asylrechts durch eine „europäische Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge mit dem Ziel einer Lastenverteilung“ war,¹⁵⁴ ist damit nicht gegeben, und es ist derzeit auch nicht absehbar, ob und wann die Gemeinschaft dieses Ziel erreichen wird.

UNHCR hat in diesem Zusammenhang in manchen Fällen eine derart offenkundige Missachtung der Rechte von Rückkehrern innerhalb des Dubliner Systems beobachtet, dass sich die Organisation „zu der Empfehlung gezwungen sah, Asylsuchende nicht in bestimmte Teilnehmerstaaten zu überstellen.“ Diese Empfehlung erfolgte auf der Grundlage einer eingehenden Analyse des Zugangs zum Asylverfahren und dessen Qualität, der Aufnahmebedingungen und anderer Aspekte des Systems der betreffenden Staaten.¹⁵⁵ Nichtstaatliche Organisationen kritisieren, dass das Dubliner System das Phänomen des

¹⁵² Weinzierl, Flüchtlinge: Schutz und Abwehr in der erweiterten EU, 2005, S. 152.

¹⁵³ European Council on Refugees and Exiles, Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered, March 2008, S. 16; Weinzierl, Flüchtlinge: Schutz und Abwehr in der erweiterten EU, 2005, S. 160; s. auch Blake, The Dublin Convention and Rights of Asylum Seekers in the European Union, in: Implementing Amsterdam (Guild/Harlow), 2001, S. 94 (108 ff.); Marx, European Journal of Migration and Law 2001, 7 (18 f.); Schröder, ZAR 2003, 126 (130).

¹⁵⁴ BVerfGE 94, 49 (85) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700.

¹⁵⁵ UNHCR, Analyse der vorgeschlagenen Neufassung für die Dublin-II-Verordnung und die Eurodac-Verordnung, März 2009, S. 3; UNHCR, Positionspapier zur Überstellung von Asylsuchenden nach Griechenland nach der Dublin-II-Verordnung, April 2008.

„refugees in orbit“ nicht beseitigt habe. Mehrere Mitgliedstaaten würden über das Asylbegehren von Asylsuchenden in Abwesenheit entscheiden oder es als erledigt behandeln, wenn der Asylsuchende in einen anderen Mitgliedstaat weiter gereist sei. Dieses Defizit und andere verfahrensrechtliche Beschränkungen beraubten eine Vielzahl von Rückkehrern im Dubliner System der Möglichkeit, dass ihre Asylgründe geprüft würden und darüber hinaus auch der Beschwerdemöglichkeit. Der fehlende Verfahrensschutz könne das Risiko eines Refoulements hervorrufen.¹⁵⁶

Aufgrund der erheblichen Umsetzungs- und Anwendungsprobleme im Rahmen des Dubliner Systems hat UNHCR deshalb in Anknüpfung an den ursprünglichen Vorschlag der Kommission vorgeschlagen, dass die Zuständigkeit vorrangig bei dem Staat liegen sollte, in dem der Asylantrag gestellt wurde, es sei denn der Asylsuchende habe bereits Verbindungen oder eine enge Beziehung zu einem anderen Mitgliedstaat.¹⁵⁷ Sinnvoller wäre es ohnehin gewesen, den Asylbewerbern in Übereinstimmung mit dem internationalen Standard¹⁵⁸ die Wahl des Mitgliedstaates für die Asylantragstellung selbst zu überlassen und lediglich das mehrfache Stellen von Asylanträgen zu unterbinden.¹⁵⁹

VI. Lösungsoptionen im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem

1. Vorbemerkung

Das Dubliner System ist ein wesentlicher Baustein im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem, aber kein Lastenteilungsinstrument. Vielmehr bewirkt insbesondere das Verursacherprinzip eine unverhältnismäßige Belastung der Randstaaten in der Gemeinschaft, insbesondere der südöstlichen Mitgliedstaaten. Dieser Strukturfehler wird wohl auf absehbare Zeit nicht behoben werden. Denn er belastet nicht die einflussreichen, sondern die politisch eher schwachen Mitgliedstaaten. Daher wird es weiterhin zu erheblichen Schutzdefiziten zu

¹⁵⁶ *European Council on Refugees and Exiles*, Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered, March 2008, S. 14 ff.

¹⁵⁷ *UNHCR*, „The Dublin II Regulation – A UNHCR Discussion Paper (auszugsweise Übersetzung der UNHCR-Studie) April 2006, S. 5.

¹⁵⁸ Empfehlung des Exekutivkomitees für das Programm von UNHCR 15 (XXX) „Flüchtlinge ohne Asylland (1979), Nr. h (iii): „Die Vorstellungen des Asylsuchenden hinsichtlich des Landes, in welchem er um Asyl nachsuchen möchte, sollten soweit wie möglich berücksichtigt werden.“

¹⁵⁹ *Schröder*, ZAR 2003, 126 (130).

Lasten der in der Union Schutz suchenden Personen und damit auch zu kaum lösbaren Spannungen zwischen den Mitgliedstaaten kommen. Versuche, die Bestimmung der Zuständigkeit an den Mitgliedstaat zu knüpfen, in dem zum ersten Mal der Asylantrag gestellt wird, können aus den bezeichneten Gründen auf absehbare Zeit als nicht durchsetzbar gewertet werden.

Das Rechtsgutachten soll für die verfassungsgerichtliche Entscheidung der Frage der Überstellung von Asylsuchenden an Mitgliedstaaten Lösungsvorschläge erarbeiten. Aufgrund der bisherigen Untersuchungen können derartige Vorschläge nicht im nationalstaatlichen Rahmen von Art. 16a GG, sondern aus verfassungsrechtlicher Sicht (vgl. Art. 23 GG) nur innerhalb des Europarechts entwickelt werden. Da dem Europarecht das Konzept normativer Vergewisserung fremd ist, kann dieses Konzept für die Entwicklung von Lösungen weder den Ausgangspunkt darstellen noch sonst in irgendeiner Weise erkenntnisfördernd herangezogen werden. Die Lösung der verfassungsrechtlichen Grenzen im Hinblick auf Überstellungen innerhalb des Dubliner Systems ist danach aus dem Europarecht abzuleiten. Ungeachtet ihrer strukturellen Defizite kann die Grundlage für eine Lösung nur die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 darstellen. Diese enthält ungeachtet der aufgezeigten Defizite entsprechende Ansätze, die im Folgenden näher untersucht werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen die Überstellung nach Griechenland aussetzenden Beschlüssen den Erlass einer einstweiligen Anordnung damit begründet, dass die Beschwerden Anlass geben, die Frage, ob und gegebenenfalls welche Vorgaben das Grundgesetz in Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG für die fachgerichtliche Prüfung der Grenzen des Konzepts normativer Vergewisserung trifft, zu untersuchen.¹⁶⁰ Wie gesagt, ist dieses Konzept dem Europarecht fremd. Die vom Gericht aufgeworfene Frage kann aber auch dahin verstanden werden, dass sie auf die nationalen Handlungsoptionen der Mitgliedstaaten im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem zielt. Für die Bundesrepublik beurteilt sich die Teilnahme an diesem System nach Maßgabe von Art. 23 GG. Diese Verfassungsnorm ersetzt

¹⁶⁰ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/09; BVerfG (Kammer); BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 5. November 2009 – 2 BvQ 77/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09; BVerfG (Kammer), Beschluss

im Umfang europarechtlicher Regelungen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems Art. 16a GG. Bereits Art. 16a Abs. 5 GG hatte der Bundesrepublik für die Teilnahme an dem vorangegangenen völkervertraglichen System die Teilnahme abweichend von Art. 16a Abs. 1 bis 4 GG ermöglicht.

2. *Unzulässigkeit der Anwendung der Drittstaatenklausel (Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003) auf Überstellungen an Mitgliedstaaten*

Nach Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 behält jeder Mitgliedstaat das Recht, einen Asylbewerber nach seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften unter Wahrung der Bestimmungen der GFK in einen Drittstaat zurück- oder auszuweisen. Er ist dabei sekundärrechtlich durch Art. 27 und 36 RL 2005/85/EG (*Verfahrensrichtlinie*) gebunden. Diese europarechtlichen Normen stehen im sachlichen Zusammenhang mit der Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG, d.h. der Bundesrepublik Deutschland wird ebenso wie anderen Mitgliedstaaten im Rahmen des europarechtlich normierten Dubliner Systems das Recht eingeräumt, *anstelle* der Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat den Asylsuchenden in einen Drittstaat abzuschicken.

Die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 legt nach Art. 1 die Kriterien fest, die bei der Bestimmung des *Mitgliedstaats*, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem *Mitgliedstaat* gestellten Asylantrags zuständig ist, zu beachten sind. Der nach der Verordnung zuständige Mitgliedstaat ist gehalten, einen Asylbewerber, der in einem anderen Mitgliedstaat einen Asylantrag gestellt hat, aufzunehmen (Art. 16 Abs. 1 Buchst. a) Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Der um Schutz ersuchte Mitgliedstaat kann jedoch auch anstelle der Überstellung des Asylsuchenden an den zuständigen Mitgliedstaat den Asylsuchenden nach Maßgabe seines innerstaatlichen Rechts, d.h. für die Bundesrepublik Deutschland nach Maßgabe von Art. 16a Abs. 2 GG in Verb. mit § 26a, § 34a AsylVfG, und unter Beachtung von Art. 27 und 36 RL 2005/85/EG in einen sicheren Drittstaat abschieben.

Da das Rechtsgutachten die verfassungsrechtlichen Grenzen der Überstellung eines Asylsuchenden an einen anderen Mitgliedstaat untersuchen soll, kann Art. 3 Abs. 3

Verordnung (EG) Nr. 343/2003 nicht als Lösungsoption in Betracht gezogen werden. Denn die Verordnung lässt die Abschiebung eines Asylsuchenden an Drittstaaten zwar zu, für die Überstellung eines Asylsuchenden an einen anderen Mitgliedstaat gelten aber die Regelungen nach Art. 4 bis 14, 17 bis 19 Verordnung (EG) Nr. 343/2003. Bereits das Dubliner Übereinkommen regelte, dass im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander die Regelungen des Übereinkommens den nationalen Drittstaatenregelungen vorgehen.¹⁶¹ Das Konzept normativer Vergewisserung mag für die Bundesrepublik im Rahmen der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 nach wie vor Bedeutung erlangen, wenn ein Asylsuchender in einen sicheren Drittstaat abgeschoben werden soll. Auf die Frage der Überstellung an Mitgliedstaaten findet es jedoch keine Anwendung. Insoweit hatte das Bundesverfassungsgericht bereits in der Entscheidung zur Drittstaatenregelung festgestellt, dass der Völkerrechtsvorbehalt des Art. 16a Abs. 5 GG diese Regelung verdrängt.¹⁶² An die Stelle dieses Vorbehalts ist nach geltendem Recht der Europarechtsvorbehalt des Art. 23 GG getreten.

Die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung (vgl. Art. 16a Abs. 2 GG) und damit das Konzept normativer Vergewisserung findet damit aus europarechtlicher Sicht (vgl. Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003) in den Fällen Anwendung, in denen zwar ein anderer Mitgliedstaat etwa wegen der Ausstellung eines Visum zuständig ist (vgl. Art. 9 Verordnung (EG) Nr. 343/2003), der Asylsuchende aber zugleich aus einem sicheren Drittstaat einreist und die Bundesrepublik ihn in diesen Drittstaat abschieben will. Derartige Fallgestaltungen sind jedoch rechtlich nicht denkbar, weil die verbliebenen sicheren Drittstaaten Norwegen und die Schweiz (vgl. Anlage I zu § 26a AsylVfG) inzwischen Teilnehmer im Dubliner System sind und deshalb der Asylsuchende, der aus einem dieser Staaten einreist, nach Maßgabe des Dubliner Systems an diesen überstellt wird.

Die fachgerichtliche Rechtsprechung wendet demgegenüber bei der Bewertung der Zulässigkeit von Überstellungen von Asylsuchenden im aktuellen Beispielfall des Mitgliedstaates Griechenland überwiegend die Drittstaatenregelung nach Art. 16a Abs. 2 GG an und sucht mit Blick auf die dortige tatsächliche und rechtliche Situation im Rahmen des

2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

¹⁶¹ Löper, ZAR 2000, 16 (19).

¹⁶² BVerfGE 94, 49 (86) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

Konzepts normativer Vergewisserung unter Bezugnahme auf die zugelassenen Ausnahmetatbestände nach einer Lösung.¹⁶³ Teilweise weicht die Rechtsprechung einer Auseinandersetzung mit dieser Frage aus und gewährt unter Bezugnahme auf die entsprechende Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes Eilrechtsschutz.¹⁶⁴ Die fachgerichtliche Rechtsprechung wendet sich in diesem Zusammenhang andererseits aber auch ausdrücklich gegen die Anwendung der verfassungsrechtlichen Drittstaatenregelung und weist darauf hin, dass bei Überstellungen an Mitgliedstaaten das Konzept normativer Vergewisserung nicht berührt sei. Der unzureichenden Umsetzung materieller gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben durch den zuständigen Mitgliedstaat könne nur durch Ausübung des Selbsteintrittsrechts nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 Rechnung getragen werden.¹⁶⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang ergänzend darauf hingewiesen, es könnte auch zu klären sein, ob und welche Vorgaben das Grundgesetz zur Gewährung vorläufigen Schutzes für den Zeitraum trifft, den die Organe der Gemeinschaft benötigen, Erkenntnisse über für Asylsuchende bedrohliche tatsächliche oder rechtliche Defizite des Asylsystems eines Mitgliedstaates auszuwerten und erforderliche Maßnahmen

¹⁶³ VG Freiburg, Beschluss vom 26. Juni 2009 – A 2 K 710/09, AuAS 2009, 178 (179); VG Ansbach, Beschluss vom 7. September 2009 – AN 14 E 09.301.42; BA, S. 6; VG Schleswig, Beschluss vom 7. September 2009 – 6 B 32/09, BA, S. 3; VG Saarlouis, Beschluss vom 15. September 2009 – 2 L 876/09, BA, S. 3; VG Minden, Beschluss vom 2. Oktober 2009 – 1 L 533/09.A, BA, S. 5 f.; VG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 2009 – 18 L 1542/09.A, BA, S. 3 f.; VG Gießen, Beschluss vom 26. Oktober 2009 – 3 L 3281/09.A, BA, S. 3 f.; VG Oldenburg, Beschluss vom 9. November 2009 – 3 B 2837/09, BA, S. 5; Nieders.OVG, Beschluss vom 19. November 2009 – 13 MC 166/09, BA, S. 3 f., InfAusR 2010, 83 (84); VG Berlin, Beschluss vom 24. November 2009 – VG 33 L 227.09.A, BA, S. 4 f.; VG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 13 L 1840/09.A, BA, S. 3, InfAusR 2010, 85 (86); VG Oldenburg, Beschluss vom 11. Dezember 2009 – 3 B 3190/09, BA, S. 3 f.; VG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Dezember 2009 – 2 L 1779/09.A, BA, S. 3 f.; VG Arnberg, Beschluss vom 14. Dezember 2009 – 8 L 699/09.Aab, BA, S. 4 VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 6. Januar 2010 – VG 7 L 319/09.A, BA, S. 3 f.; VG Braunschweig, Beschluss vom 8. Januar 2010 – 2 B 292/09, BA, S. 3 f.; VG München, Beschluss vom 28. Januar 2010 – M 23 E 09.60088, BA, S. 5; VG Augsburg, Beschluss vom 1. Februar 2010 – Au 5 S 10.30014, BA, S. 8 f.; VG Meiningen, Beschluss vom 8. Februar 2010 – 8 E 20009/10 Me, BA, S. 6 f.; VG Leipzig, Beschluss vom 10. Februar 2010 – A1 L 18/10, BA, S. 4 f.; VG Potsdam, Beschluss vom 10. Februar 2010 – VG 7 L 30/10.A, BA, S. 4 f.; VG Braunschweig, Beschluss vom 16. Februar 2010 – 2 B 32/10, BA, S. 3 f.; VG Minden, Beschluss vom 17. Februar 2010 – 12 L 76/10.A, BA, S. 2 f.

¹⁶⁴ VG Hannover, Beschluss vom 7. November 2010 – 7 B 6258/09.A, S. 4 f.; VG Hannover, Beschluss vom 20. November 2009 – 7 B 5716/09, S. 3; VG Wiesbaden, Beschluss vom 16. Dezember 2009 – 7 L 1390/09.WLA, S. 5 f.; s. auch VG Minden, Beschluss vom 9. November 2009 – 1 L 623/09.A; VG Kassel, Beschluss vom 18. Februar 2010 – 1 L 1596/09.KS.A, BA, S. 2 f.; VG Saarlouis, Beschluss vom 25. Februar 2010 – 5 L 132/10, BA, S. 2 f.

¹⁶⁵ OVG NW, Beschluss vom 7. Oktober 2009 – 8 B 1433/09.A, NVwZ 2009, 1571 (1573) = AuAS 2009, 273; OVG Saarland, Beschluss vom 20. August 2009 – b3 A 253/09, NVwZ-RR 2010, 31.

durchzusetzen.¹⁶⁶ Nachfolgend sind deshalb die Ansatzpunkte im Dubliner System zu beleuchten, die eine europarechtlich begründete Lösung für die verfassungsrechtliche Rechtsschutzfrage aufzeigen. Dabei sind vor der Rechtsschutzfrage zunächst die materiellrechtlichen Fragen zu untersuchen, da Rechtsschutzfragen stets an materiell verbürgte Schutzpositionen anknüpfen. Mit dem Hinweis auf die Souveränitätsklausel des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 in der Rechtsprechung wird hierfür ein wichtiges Kriterium bezeichnet, das möglicherweise für eine angemessene Lösung der aufgezeigten Rechtsfragen in Betracht gezogen werden kann. Zunächst sind jedoch alle insoweit in Betracht kommenden materiellen Lösungsoptionen im Einzelnen zu erörtern.

3. *Humanitäre Klausel (Art. 15 Verordnung (EG) Nr. 343/2003)*

a) *Derzeitige Rechtslage*

Im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander kann die humanitäre Klausel nach Art. 15 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 Bedeutung erlangen und für entsprechende Einzelfälle Lösungsoptionen aufzeigen. Danach kann jeder Mitgliedstaat aus *humanitären Gründen*, die sich insbesondere aus dem *familiären oder kulturellen Kontext* ergeben, Familienmitglieder und andere abhängige Familienangehörige zusammenführen, auch wenn er dafür nicht zuständig ist. Es handelt sich um ein *gemeinschaftsrechtlich gewährtes Recht* des Mitgliedstaates. Der Mitgliedstaat kann nach eigenem Ermessen oder aufgrund der Bitte eines anderen Mitgliedstaates die humanitäre Klausel anwenden. Für die Anwendung der humanitären Klausel ist stets ein Ersuchen eines anderen Mitgliedstaates erforderlich (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Die betroffenen Personen müssen der Anwendung der humanitären Klausel zustimmen (Art. 15 Abs. 1 Satz 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003).

Die Ausübung des Selbsteintrittsrechts bewirkt einen *gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeitswechsel*. Der bislang zuständige Mitgliedstaat wird durch die Ausübung dieses Rechts von seiner Verpflichtung befreit (vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr.

¹⁶⁶ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

3434/2003). Hat daher das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge einen Asylantrag, für dessen Behandlung ursprünglich ein anderer Mitgliedstaat zuständig war, in der Sache entschieden, so ist damit die Zuständigkeit auf die Bundesrepublik übergegangen.¹⁶⁷ Das gilt nicht, wenn die Anhörung lediglich den Zweck verfolgt, die für die Feststellung der Zuständigkeit des Mitgliedstaates notwendigen Tatsachen aufzuklären und deshalb auch keine Entscheidung in der Sache erfolgt.¹⁶⁸

Die Kommission begründete ihren Vorschlag einer humanitären Klausel damit, eine Trennung von Familienangehörigen, die sich aus einer buchstabengetreuen Anwendung der Zuständigkeitskriterien ergeben könne, zu verhindern oder rückgängig zu machen. Auch wenn die Verordnung mehrere verbindliche Bestimmungen vorsehe, um eine größere räumliche Nähe der Familienangehörigen bzw. die Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft zu ermöglichen (vgl. Art. 7, 14 Verordnung (EG) Nr. 343/2003), seien derart unterschiedliche Situationen denkbar, dass nicht für jede eine spezifische Bestimmung vorgesehen werden könne. Deshalb sei auch künftig im Interesse der Mitgliedstaaten wie der Asylsuchenden eine humanitäre Klausel erforderlich, die nach *Ermessen* angewandt werde.¹⁶⁹

In ihrem Bericht zur Bewertung des Dubliner Systems vom 6. Juni 2007 weist die Kommission darauf hin, dass die humanitäre Klausel von den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich angewandt werde. Einige Mitgliedstaaten hätten niemals einen anderen Mitgliedstaat ersucht, die Zuständigkeit nach dieser Klausel zu übernehmen, andere, wie z.B. Polen, behandelten fünfzig Prozent ihrer Übernahmeansuchen nach dieser Klausel. Darüber hinaus gingen einige Mitgliedstaaten, wie z.B. Österreich, davon aus, dass die Verweigerung der Familienzusammenführung ungeachtet des Ermessenscharakters der Klausel unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Verletzung von Art. 8 EMRK führen könne.¹⁷⁰

¹⁶⁷ OVG NW, NVwZ 1997, 1141 (1143); wohl auch VG Schwerin, AuAS 1996, 227 (228).

¹⁶⁸ VG Schwerin, AuAS 1996, 227 (228).

¹⁶⁹ *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines Asylantrages zuständig ist, den ein Staatsangehöriger eines dritten Landes in einem Mitgliedstaat stellt, KOM(2001) 447 endgültig 2001/0182/CNS, 26. Juli 2001, S. 16.

In der Literatur wird vertreten, dass ein Asylsuchender zumindest einen Anspruch *auf ermessensfehlerfreie* Anwendung der humanitären Klausel hat.¹⁷¹ Für die Praxis in der Bundesrepublik wird berichtet, dass Familienangehörige im weiteren Sinne in der Regel dann nicht getrennt würden, wenn die betreffende Person wegen Schwangerschaft, eines neu geborenen Kindes, einer schweren Krankheit, einer ernsthaften Behinderung oder infolge hohen Alters auf die Unterstützung des anderen Familienangehörigen angewiesen ist. Darüber hinaus müssten die weiteren Voraussetzungen, z.B. das Bestehen familiärer Bindungen bereits im Herkunftsland, Familienzusammenführung im Interesse des Minderjährigen (Art. 15 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003), erfüllt sein.¹⁷² Bereits unter der Geltung von Art. 9 des Dubliner Übereinkommens war die Anwendungspraxis in der Bundesrepublik sehr restriktiv und beschränkte sich die Ausübung des Selbsteintrittsrechts auf diese Kriterien.¹⁷³

Die Angehörigen müssen im Herkunftsland nicht in häuslicher Gemeinschaft zusammen gelebt haben. Glaubhaft zu machen ist lediglich eine familiäre Bindung. Hiervon ist angesichts der Bedeutung, welche den familiären Bindungen in den Herkunftsländern der Asylbewerber zukommt, bei glaubhaft gemachter familiärer Beziehung auszugehen. Es gilt nicht der enge Angehörigenbegriff nach Art. 2 Buchst. i) Verordnung (EG) Nr. 343/2003, sondern der weite in Art. 15 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 beschriebene Begriff des „*anderen abhängigen Familienangehörigen*.“ Angesichts der in vielen Herkunftsländern bedeutend früher als in westlichen Industriegesellschaften einsetzenden Alterungsprozesse dürfen an den Begriff des „hohen Alters“ keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Maßgebend ist letztlich, dass die Angehörigen aufeinander angewiesen sind.

Art. 15 Abs. 2 Verordnung (EG) 343/2003 bezeichnet nur Regelbeispiele. Damit können auch andere Erwägungen die Ausübung des Selbsteintrittsrechtes nach Maßgabe der humanitären Klausel rechtfertigen. Im Hinblick auf die mit der Durchführung eines Asylverfahrens häufig verbundene jahrelange Trennung der Familienangehörigen ist die Verweigerung der Familienzusammenführung für die Dauer des Verfahrens *unverhältnismäßig* und wird deshalb

¹⁷⁰ *Commission of the European Communities*, Commission Staff Working Document. Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC (2007) 742, 6. Juni 2007, S. 22.

¹⁷¹ *Dolk*, Das Dublin-Verfahren in Deutschland, in: Beilage zum Asylmagazin 1-2/2008, S. 16 (18); *Schröder*, ZAR 2003, 124 (131).

¹⁷² *Lang*, Dublin II in der Praxis, in: Beilage zum Asylmagazin 1-2/2008, S. 22 (23).

dem humanitären Gedanken von Art 15 Abs. 1 Verordnung (EG) 343/2003 kaum gerecht. Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist dahin zu verstehen, dass jedenfalls bei absehbarer jahrelanger Trennung der Familienangehörigen außergewöhnliche Umstände vorliegen, es sei denn, die „zeitlich gestaffelte Ausreise der Familienangehörigen in unterschiedliche Zielländer“ ist den Asylsuchenden zuzurechnen.¹⁷⁴

b) *Geplante Neuregelung der humanitären Klausel*

Die Kommission empfiehlt in ihrem Änderungsvorschlag,¹⁷⁵ dass in den Fällen, in denen einer der Familienangehörigen wegen Schwangerschaft, eines neugeborenen Kindes, ernsthafter Erkrankung oder Behinderung oder wegen seines Alters auf die Hilfe des anderen angewiesen ist, der Mitgliedstaat auf Antrag der Familienmitglieder zuständig ist, der als am besten für die Zusammenführung geeignet anzusehen ist. Dabei wird vorausgesetzt, dass die familiären Beziehungen bereits im Herkunftsland bestanden hatten und die betroffenen Angehörigen mit der Zusammenführung einverstanden sind (Art. 11). In diesem Zusammenhang bezieht sich ein neuer Erwägungsgrund Nr. 11 auf das Recht auf Familienleben nach Art. 8 EMRK und betont, dass die Achtung der Einheit der Familie eine „vorrangige Erwägung“ sei. Im neu vorgeschlagenen Erwägungsgrund Nr. 12 wird die Verpflichtung hervorgehoben, die Asylbegehren von Familienmitgliedern gemeinsam zu bearbeiten, um sicherzustellen, dass die Mitglieder der Familie nicht voneinander getrennt werden.

Damit soll die bisherige, auf den familiären oder kulturellen Kontext bezogene humanitäre Klausel grundlegend strukturell verändert werden. Das allein auf Familienangehörige bezogene Selbsteintrittsrecht soll nicht mehr wie bisher als humanitäre Klausel behandelt, vielmehr soll der bisherige Sollanspruch (vgl. Art. 15 Abs. 2 Verordnung (EG) 343/2003) in einen Rechtsanspruch auf Zusammenführung von Familienangehörigen unter den bezeichneten Voraussetzungen umgewandelt werden. Die bisherige Ermessensnorm des Art.

¹⁷³ Löper, ZAR 2000, 16 (22).

¹⁷⁴ BVerfG (Kammer), B. v. 24. 7. 1998 - 2 BvR 99/97; ebenso VGH BW, AuAS 2002, 236 (237).

¹⁷⁵ Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country-national or a stateless person, COM (2008)820; S. 35.

15 Abs. 3 VO (EG) 343/2003, die zugunsten unbegleiteter Minderjähriger eine Zusammenführung zu Verwandten in anderen Mitgliedstaaten ermöglicht, soll ebenfalls in einen Rechtsanspruch umgewandelt werden (Art. 8 Abs. 2). Demgegenüber soll die geltende Souveränitätsklausel des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) 343/2003 materiell durch humanitäre Erwägungen konkretisiert werden (vgl. Art. 17). Die humanitäre Klausel soll damit vom familiären oder kulturellen Kontext vollständig gelöst werden, behält aber ihren Ermessenscharakter. Demgegenüber soll die im geltenden Recht zwingend an einen familiären oder kulturellen Kontext gebundene humanitäre Klausel in eine Familienzusammenführungsklausel mit Rechtscharakter umgewandelt werden.

Die geltende humanitäre Klausel des Art. 15 Verordnung (EG) 343/2003 bezeichnet eine der Grenzen der zulässigen Überstellung eines Asylsuchenden an den an sich zuständigen Mitgliedstaat. Sie kann zwar nach geltendem Recht nicht allgemein angewandt werden, ihr liegt aber ein weiter Familienbegriff zugrunde. Nach Inkrafttreten des Kommissionsvorschlags würde die bisherige Ermessensnorm in einen Rechtsanspruch umgewandelt. Darüber hinaus würde die geltende in Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 geregelte Souveränitätsklausel in Art. 17 inhaltlich durch humanitäre Erwägungen konkretisiert.

4 Souveränitätsklausel (Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003)

a) Funktion der Souveränitätsklausel

Nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 *kann* jeder Mitgliedstaat abweichend von den in der Verordnung aufgestellten Zuständigkeitskriterien einen Asylantrag prüfen. Der betreffende Mitgliedstaat wird durch Inanspruchnahme der Souveränitätsklausel zum zuständigen Mitgliedstaat und übernimmt die mit dieser Zuständigkeit einhergehenden Verpflichtungen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Gegebenenfalls unterrichtet er den zuvor zuständigen Mitgliedstaat, den Mitgliedstaat, der bereits ein Verfahren zur Durchführung der Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates durchführt, oder den Mitgliedstaat, an den ein Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuch gerichtet wurde. Zwingend ist diese Konsultation nicht. Anders als im Falle der Inanspruchnahme der humanitären Klausel bedarf es auch keines Ersuchens des anderen Mitgliedstaates (vgl. Art.

15 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Darüber hinaus wird anders als im Dubliner Übereinkommen das Einverständnis des Asylbewerbers nicht vorausgesetzt, da dieser mit seinem Asylantrag in diesem Mitgliedstaat sein Einverständnis mit der Übernahme der Zuständigkeit erklärt. Um zu verhindern, dass parallel durch zwei Mitgliedstaaten ein Verfahren durchgeführt werde, bestehe gegebenenfalls eine Konsultationspflicht gegenüber anderen Mitgliedstaaten.¹⁷⁶

Die Kommission begründete in dem Entwurf der Verordnung die Einführung einer Souveränitätsklausel mit „politischen, humanitären oder praktischen Erwägungen“, die einem Mitgliedstaat das Recht einräumten, abweichend von den Zuständigkeitskriterien die Zuständigkeit für einen bestimmten Asylbewerber zu übernehmen. Die Übernahme nach dieser Klausel stehe im Ermessen des Mitgliedstaates. Die Souveränitätsklausel soll den Mitgliedstaaten im Rahmen der Prüfung der Zuständigkeitskriterien der Verordnung eine gewisse Flexibilität ermöglichen. Damit handelt es sich bei Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 nicht um eine bloß verfahrensrechtliche Vorschrift, sondern um eine Zuständigkeitsnorm mit materiellem Gehalt.¹⁷⁷

Zur Bezeichnung dieses Selbsteintrittsrechts hat sich allgemein der Begriff „Souveränitätsklausel“ durchgesetzt. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Mitgliedstaaten rechtlich ungebunden, kraft eigener Souveränität das Asylbegehren behandeln könnten. Der Begriff der Souveränität ist insbesondere nicht gegen die Gemeinschaft gerichtet.¹⁷⁸ Vielmehr vollzieht sich die Wahrnehmung der Kompetenzen nach der Souveränitätsklausel als ein an die Regeln und Vorgaben des Gemeinschaftsrechts gebundener mitgliedschaftlicher Akt, der insbesondere im Interesse und zur Förderung des Gemeinschaftsrechts auszuüben ist. Die Verfassung enthält ihrerseits durch die Leitidee der *Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*,¹⁷⁹ welche die Bundesrepublik Deutschland zur Mitwirkung an der

¹⁷⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines Asylantrages zuständig ist, den ein Staatsangehöriger eines dritten Landes in einem Mitgliedstaat stellt, KOM(2001) 447 endgültig 2001/0182/CNS, 26. Juli 2001, S. 11.

¹⁷⁷ VG Düsseldorf, Urteil vom 10. Dezember 2009 – 18 K 718/09.A.

¹⁷⁸ S hierzu *Terhechte*, EuZW 2009, 724 (728, 731).

¹⁷⁹ BVerfGE 123, 267, 396 ff. – *Lissabon.*; kritisch hierzu *Terhechte*, EuZW 2009, 724 (728); *Dingemann*, ZEuS 2009, 491 (527); *Bergmann/Karpenstein*, ZEuS 2009, 529 (531 ff.)

europäischen Integration verpflichtet,¹⁸⁰ den Auftrag, die Souveränitätsklausel im Interesse der Förderung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems anzuwenden.

Nach dem Überprüfungsbericht der Kommission haben die Mitgliedstaaten die Souveränitätsklausel aus unterschiedlichen Gründen in Anspruch genommen. Einige Mitgliedstaaten, etwa Finnland, Irland und Österreich, wendeten diese an, wenn eine Gefahr der Verletzung von Art. 3 EMRK bestehe, d.h. sofern die Abschiebung in den anderen Mitgliedstaat als solche zu einer unmenschlichen Behandlung führen könnte. Mitgliedstaaten könnten darüber hinaus auch für den Fall die Zuständigkeit übernehmen, in dem die strenge Anwendung der Zuständigkeitsregelungen zu einem Auseinanderreißen der Familienangehörigen führen würde. Schließlich werde die Souveränitätsklausel manchmal auch in dem Fall angewandt, in dem die Überstellung unter Verletzung des Refoulementverbotes zu einer Kettenabschiebung führen würde. Andere Mitgliedstaaten, wie z.B. Deutschland und Italien, übten ihr Souveränitätsrecht aus mehr praktischen Erwägungen aus, z.B. in Fällen, in denen die beschleunigte Durchführung eines Asylverfahrens weniger Ressourcen erfordere als die Durchführung eines Verfahrens im Dubliner System.¹⁸¹

Obwohl nach der Verordnung die Zustimmung des Asylbewerbers nicht vorausgesetzt wird, erachtet es die Kommission nicht in jedem Fall für sachgerecht, allein in der Tatsache der Asylantragstellung einen Wunsch des Asylsuchenden zu erblicken, dass er damit zugleich auch um Übernahme der Zuständigkeit des angesprochenen Mitgliedstaates ersuche. Dies könne etwa der Fall sein, wenn es Hinweise gebe, dass er mit seinen in einem anderen Mitgliedstaat lebenden Familienangehörigen zusammenleben möchte.¹⁸² Andererseits wird vertreten, dass dem Asylbewerber nach Gemeinschaftsrecht ein subjektives Recht, d.h. zumindest ein gerichtlich überprüfbarer Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Selbsteintritt nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 zustehe.¹⁸³ Bereits Art. 3 Abs. 4 des Dubliner Übereinkommens enthielt eine Souveränitätsklausel, die insbesondere

¹⁸⁰ Voßkuhle, NVwZ 2010, 1 (5); Selmayr, ZEuS 2009637 (644 ff.).

¹⁸¹ *Commission of the European Communities*, Commission Staff Working Document. Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC (2007) 742, 6. Juni 2007, S. 21.

¹⁸² *Commission of the European Communities*, Commission Staff Working Document. Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC (2007) 742, 6. Juni 2007, S. 21.

angewandt wurde, wenn die Anwendungspraxis in dem an sich zuständigen Mitgliedstaat für unvereinbar mit völkerrechtlichen Verträgen erachtet wurde.¹⁸⁴

b) *Geplante Neuregelung der Souveränitätsklausel*

In ihrem Vorschlag für eine Ergänzung der Verordnung hält die Kommission zwar am bloßen Ermessenscharakter der Souveränitätsklausel fest, die Klausel soll jedoch um *Härtegründe* („*compassionate reasons*“) erweitert werden (vgl. Art. 17 Abs. 1).¹⁸⁵ Die Härtegründe werden allerdings nicht definiert, sie gehen aber über die bisherigen humanitären Gründe in Art. 15 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 343/2003, die sich insbesondere aus dem familiären oder kulturellen Kontext ergeben, weit hinaus und erfassen alle Härtegründe unabhängig von einem zugrunde liegenden familiären oder kulturellen Kontext. Der Vorschlag versucht damit, die Anwendungskriterien und Voraussetzungen zu klären, nach deren Maßgabe die Souveränitätsklausel angewandt werden soll.

UNHCR begrüßt die Konkretisierung der Souveränitätsklausel. Die Neufassung gewähre den Mitgliedstaaten mehr Handlungsspielraum, da sie damit verschiedene Möglichkeiten hätten, sich für zuständig zu erklären oder andere Mitgliedstaaten um Übernahme der Zuständigkeit zu ersuchen, wenn die Sachlage des Falles dies erfordere. Die Staaten sollten von der Souveränitätsklausel nicht aus rein verwaltungstechnischen oder aus Gründen der Zeit- und Kostenersparnis Gebrauch machen, insbesondere dann, wenn diese den Geboten der Humanität oder der Vermeidung von Härtefällen entgegenstehe. Das Erfordernis der Zustimmung des Asylsuchenden könne dazu beitragen, sicherzustellen, dass die Klausel nicht lediglich deshalb in Anspruch genommen werde, um eine möglichst schnelle Ablehnung von Asylanträgen ohne Rücksicht auf humanitäre Umstände zu erleichtern. Eine Anwendung der

¹⁸³ Dolk, Das Dublin-Verfahren in Deutschland, in: Beilage zum Asylmagazin 1-2/2008, S. 16 (19); s. hierzu weiter unten.

¹⁸⁴ Löper, ZAR 2000, 16 (17).

¹⁸⁵ Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country-national or a stateless person, COM(2008)820; S. 35.

Klausel gegen den Willen des Asylsuchenden würde dem erklärten Ziel der Neuregelung, der Humanität und Vermeidung von Härtefällen, zuwiderlaufen.¹⁸⁶

c) *Kriterien für die Ausübung der Souveränitätsklausel des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003*

aa) *Vorbemerkung*

Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 gewährleistet die asylverfahrensrechtliche Unabhängigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten.¹⁸⁷ Mit anderen Worten ist bereits im Gemeinschaftsrecht die Grundlage dafür angelegt, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Teilnahme am verabredeten System der Zuständigkeitsregelungen die Zuständigkeit für die Behandlung eines Asylbegehrens übernehmen. Anders als Art. 3 Abs. 3 verweist 3 Abs. 2 Verordnung (EG) 343/2003 für die Ausübung des Selbsteintrittsrechtes nicht auf die *innerstaatlichen Rechtsvorschriften*. Dem ist zu entnehmen, dass die Ausübung des Selbsteintrittsrechtes die Mitgliedstaaten nicht von der Beachtung europarechtlicher Vorschriften zum Schutze der Asylbewerber befreit.

Während die Anwendung der Drittstaatenklausel den Mitgliedstaaten unter der Voraussetzung der Beachtung der Verpflichtungen aus der GFK erlaubt, von den vereinbarten europarechtlichen Standards abzuweichen, wird ihnen diese Möglichkeit im Rahmen des Selbsteintrittsrechtes versperrt. Vielmehr bleibt der Flüchtling im Gemeinschaftsgebiet und wird nach den vereinbarten Regeln des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems behandelt. Für die Ausübung des Selbsteintrittsrechtes wie für die nachträgliche Behandlung des Asylbewerbers gelten damit die europarechtlichen Schutzstandards. Zu untersuchen ist im nachfolgenden, ob und in welchem Umfang die Mitgliedstaaten europarechtliche Standards bei der Anwendung der Souveränitätsklausel zu beachten haben.

¹⁸⁶ UNHCR, Analyse der vorgeschlagenen Neufassung für die Dublin-II-Verordnung und die Eurodac-Verordnung, März 2009, S. 12 f.

¹⁸⁷ Hruschka, Die Dublin II-Verordnung, in: Das Dublin-Verfahren, Beilage zum Asylmagazin 1-2/2008, S. 1 (9).

bb) Refoulementschutz nach Art. 3 EMRK

Die Mitgliedstaaten sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte verpflichtet, anstelle der Möglichkeit, sich auf die Zuständigkeitsregelungen der Verordnung zu berufen, das Selbsteintrittsrecht nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 auszuüben, wenn Hinweise auf eine Art. 3 EMRK zuwiderlaufende Behandlung nach der Überstellung im zuständigen Mitgliedstaat vorliegen. Ob dem das Konzept normativer Vergewisserung entgegensteht, kann auf sich beruhen. Denn – wie ausgeführt – richtet sich die Frage der Überstellung von Asylbewerbern an andere Mitgliedstaaten nicht nach Art. 16a Abs. 2 GG, sondern nach Europarecht (vgl. Art. 23 GG).

Auch das Bundesverfassungsgericht will vom Konzept normativer Vergewisserung die Fälle ausschließen, in denen der Drittstaat selbst gegen den Asylsuchenden zu Maßnahmen politischer Verfolgung oder unmenschlicher Behandlungen greift und dadurch zum Verfolger wird.¹⁸⁸ Allerdings ist die Reichweite des Schutzkonzepts nach Art. 3 EMRK nicht auf gezielte, vorsätzliche Handlungen des Drittstaates beschränkt. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist im Grundsatz entsprechend dem internationalen Konzept der Regierungsverantwortlichkeit der Vertragsstaat für unrechtmäßige Akte seiner Behörden verantwortlich, unabhängig davon, ob diese durch seine Sicherheitsbehörden oder durch die untergeordnete lokale Verwaltung ausgeübt werden.¹⁸⁹ Dabei ist die persönliche Identifikation der handelnden Beamten nicht Voraussetzung für die Anwendung des Konzeptes der Regierungsverantwortlichkeit.¹⁹⁰ Darüber hinaus ist der Vertragsstaat verantwortlich für unrechtmäßige Akte seiner Behörden in den einzelnen Regionen des Staatsgebietes und hat er sicherzustellen, dass seine Verwaltung die Ausübung der Konventionsrechte sicherstellt.¹⁹¹

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes enthält Art. 3 EMRK einen der fundamentalsten Werte demokratischer Gesellschaften und verpflichtet deshalb die Vertragsstaaten in Verbindung mit Art. 1 EMRK, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um

¹⁸⁸ BVerfGE 94, 49 (99) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700; s. hierzu im Einzelnen *Marx*, Handbuch zur Qualifikationsrichtlinie, 2009, § 39 Rdn. 270 ff.

¹⁸⁹ EGMR, Series A 310, § 52 (1995) – *Loizidou v. Turkey*.

¹⁹⁰ EGMR, HRLJ 1999, 213 (233) – *Özgür v. Turkey*.

¹⁹¹ EGMR, RJD 2001-II, § 67 = InfAuslR 2001, 417 – *Hilal*.

sicherzustellen, dass ihrer Obhut unterliegende Personen nicht Folterungen oder unmenschlichen oder erniedrigenden Maßnahmen ausgesetzt werden, einschließlich Misshandlungen durch *private Personen*.¹⁹² Neben derartigen Situationen und unter Berücksichtigung der fundamentalen Bedeutung von Art. 3 EMRK im System der Konvention räumt der Gerichtshof sich jedoch ausreichend Flexibilität ein, um Art. 3 EMRK auch in anderen Zusammenhängen anzuwenden.¹⁹³ Er sei daher nicht daran gehindert, ein Ersuchen nach Art. 3 EMRK in den Fällen zu behandeln, in denen die Quelle der Gefahr der verbotenen Behandlung im Zielstaat auf Umständen beruhe, die weder unmittelbar noch mittelbar die Verantwortlichkeit der Behörden des Zielstaates begründeten, oder die für sich genommen nicht die Schwelle von Art. 3 EMRK erreichten. Den Schutzbereich dieser Norm in dieser Weise zu reduzieren, würde ihre absolute Schutzwirkung aushöhlen. In all diesen Situationen müsse der Gerichtshof daher sämtliche den Einzelfall betreffenden Umstände einer strengen Prüfung unterziehen. Dies gelte insbesondere in Ansehung der persönlichen Situation des Beschwerdeführers.¹⁹⁴

Es ist allerdings fraglich, ob das Bundesverfassungsgericht angesichts der verfassungsrechtlichen unwiderlegbaren Sicherheitsvermutung im Blick auf Mitgliedstaaten¹⁹⁵ die Anwendung der Ausnahmefälle auch auf die Mitgliedstaaten zulassen will. Dagegen spricht, dass eine unwiderlegbare Vermutung nicht durch Ausnahmefälle durchbrochen werden kann. Andererseits bezieht sich das Konzept normativer Vergewisserung auf die Bestimmung eines Drittstaates als sicher. Insoweit erklärt die Verfassung die Mitgliedstaaten bereits zu sicheren Drittstaaten, während es bei den anderen sicheren Drittstaaten hierzu einer vorgängigen entsprechenden Prüfung bedarf. Dem Aufbau der Entscheidungsbegründung kann nicht entnommen werden, ob sich die Ausnahmefälle nur auf die anderen sicheren Drittstaaten beziehen, sodass im Blick auf die Mitgliedstaaten im konkreten Einzelfall eine Berufung auf Art. 3 EMRK versperrt wäre.

¹⁹² EGMR, Entscheidung v. 10. 10. 2002 – Nr. 38719/97, § 109 – *D. P. and J. C. v. UK*; EGMR, Reports 1998-VI, § 22 – *A. v. UK*; EGMR, Entscheidung v. 10. 5. 2001, § 73 – *Z. et al v. UK*.

¹⁹³ EGMR, § 49, EZAR 933 Nr. 6 = NVwZ 1998, 163 = InfAuslR 1997, 381 (383) = NVwZ 1997, 1127 – *D. v. U. K.*

¹⁹⁴ EGMR, § 49, EZAR 933 Nr. 6 = NVwZ 1998, 163 = InfAuslR 1997, 381 (383) = NVwZ 1997, 1127 – *D. v. U. K.*

¹⁹⁵ BVerfGE 94, 49 (88) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700.

Ob Art. 16a Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GG mit Art. 3 EMRK unvereinbar ist,¹⁹⁶ kann jedoch auf sich beruhen. Denn im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander findet nicht Art. 16a Abs. 2 GG, sondern wegen Art. 23 GG die Vorschrift des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) 343/2003 Anwendung. Bereits unter der Geltung des völkervertraglich verabredeten Zuständigkeitssystems der Mitgliedstaaten hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in diesem Zusammenhang festgestellt, dass die „indirekte Rückführung über einen Durchreisestaat, der ebenfalls ein Vertragsstaat ist,“ nicht die Verantwortung des die Abschiebung durchführenden Vertragsstaates im Hinblick auf Art. 3 EMRK aufhebt. Auch könne sich der Vertragsstaat in diesem Zusammenhang

„nicht automatisch auf die Regelungen des Dubliner Übereinkommens hinsichtlich der Verantwortung zwischen den europäischen Staaten bezüglich der Entscheidung von Asylbegehren berufen. Sofern Staaten internationale Organisationen oder mutatis mutandis internationale Übereinkommen errichten, um eine Kooperation in bestimmten Tätigkeitsbereichen zu erreichen, können sich hieraus Auswirkungen für den Schutz der Grundfreiheiten ergeben. Es wäre unvereinbar mit Ziel und Zweck der EMRK, wenn die Vertragsstaaten sich dadurch in einem bestimmten, von solchen Vereinbarungen umfassten Tätigkeitsbereich, von den Verpflichtungen aus der EMRK befreien könnten.“¹⁹⁷

Acht Jahre später bekräftigte der Gerichtshof unter ausdrücklicher Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung, dass diese Grundsätze auch bei der Anwendung sekundärrechtlicher Zuständigkeitsregelungen zu beachten sind. Der Gerichtshof hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass seine Entscheidung vom 7. März 2000 im selben Umfang auf die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 Anwendung findet. Die Überstellung eines Asylsuchenden an einen anderen Mitgliedstaat nach Maßgabe der sekundärrechtlichen Kriterien erfolge in Umsetzung rechtlicher Verpflichtungen, welche den Vertragsstaat aus seiner Teilnahme an einem sekundärrechtlich begründeten Asylsystem treffen. Obwohl dieses System errichtet worden sei, um fundamentale Rechte zu schützen, sei es unvereinbar mit Ziel und Zweck der EMRK, wenn die Vertragsstaaten sich dadurch in einem bestimmten, von solchen Vereinbarungen umfassten Tätigkeitsbereich, von den Verpflichtungen aus der EMRK befreien könnten.“¹⁹⁸

¹⁹⁶ So Weinzierl, Der Asylkompromiss 1993 auf dem Prüfstand, Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), 2009, S. 16.

¹⁹⁷ EGMR, Urteil vom 7. März 2000 – Nr. 43844/88 - *T.I gegen Vereinigtes Königreich*, EZAR 933 Nr. 8 = InfAuslR 2000, 321 (323) = NVwZ 2001, 301 (302).

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hält in diesem Zusammenhang für die Frage der Übertragung von Hoheitsrechten an die Gemeinschaft an der individuellen Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für die Gewährleistung der Konventionsrechte fest. Diese 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. Solange die Gemeinschaft die fundamentalen Rechte der Konvention beachte, spreche eine Vermutung dafür, dass der Mitgliedstaat in Übereinstimmung mit der Konvention handle, wenn er nichts anderes tue, als sich entsprechend seinen Verpflichtungen zu verhalten, welche er durch seine Mitgliedschaft in internationalen Organisationen eingegangen sei. Eine derartige Vermutung könne jedoch widerlegt werden, wenn die Umstände im konkreten Einzelfall belegten, dass der Schutz der Konventionsrechte unzureichend sei. In derartigen Fällen überwäge die Bedeutung der Konvention als „*verfassungsmäßiges Instrument einer europäischen öffentlichen Ordnung*“ im Bereich der Menschenrechte die Interessen internationaler Zusammenarbeit.¹⁹⁹ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entwickelt mit seiner *Bosphorus*-Entscheidung ganz offensichtlich eine am deutschen Vorbild orientierte spezifische „Solange“ – Rechtsprechung für das Verhältnis zwischen den Konventionsrechten und Gemeinschaftsrecht.²⁰⁰

Im konkreten Verfahren hatte der Gerichtshof die Überstellung eines Asylsuchenden an Griechenland zu überprüfen und kam im Ergebnis zu dem Schluss, dass dort keine Verletzung des Refoulementverbots mangels einer drohenden Abschiebung durch griechische Behörden in das Herkunftsland Iran des Beschwerdeführers drohte. Sei dies der Fall, würde Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 dem Vertragsstaat erlauben, die Überstellung zu unterlassen. Es drohe in Griechenland auch keine Gefahr der mittelbaren Rückführung in Drittstaaten, in denen die Gefahr unmenschlicher Behandlung des Asylsuchenden zu besorgen sei, ohne dass diesem in Griechenland die Möglichkeit eingeräumt werde, vorher beim Gerichtshof eine einstweilige Maßnahme nach Art. 39 seiner Geschäftsordnung zu

¹⁹⁸ EGMR, Urteil vom 2. Dezember 2008 – Nr. 32733/08, - *K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich*, NVwZ 2009, 965 (966); s. hierzu auch *Costello*, The European asylum procedures directive in legal context, UNHCR, Research Paper No.134, November 2006, S. 5.

¹⁹⁹ EGMR, Urteil vom 30. Juni 2005 – Nr. 45036/98, Rdn. 18 ff., 22 – *Bosphorus Hava Yollari Turizm*.

²⁰⁰ *Hahn*, Mehr Demokratie wagen: „Lissabon“-Entscheidung und Volkssouveränität, in: ZEuS 2009, 583 (595), FN 37.

beantragen.²⁰¹ Die Tatsache, dass der Gerichtshof im Zeitraum zwischen Mai und September 2009 durch einstweilige Maßnahmen in über 80 Fällen die Überstellung an Griechenland ausgesetzt hat,²⁰² ist jedoch offenkundiges Indiz dafür, dass er im Blick auf diesen Mitgliedstaat noch zu keiner abschließenden Entscheidung gekommen ist.

Festzuhalten ist damit, dass die Mitgliedstaaten die Souveränitätsklausel nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 anzuwenden haben, wenn im zuständigen Mitgliedstaat die Verletzung von Konventionsrechten droht. Die Konvention hat in diesem Fall ein stärkeres Gewicht als gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen. Die Konventionsrechte sind darüber hinaus über Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts. Die aufgrund der Beitrittsermächtigung in Art. 6 Abs. 2 EUV primärrechtlich festgelegte Verpflichtung der Union zur EMRK wird ohnehin dazu führen, dass sich die Konvention von der bisherigen Rechtserkenntnisquelle zur unmittelbar rechtsverbindlichen Rechtsquelle unionaler Grundrechte wandeln wird.²⁰³ Sie wird dann zwar nicht rechtlich den gleichen Rang wie die Verträge, jedoch Vorrang vor Sekundärrecht haben.²⁰⁴ Um einen Konflikt zwischen der Konvention und Sekundärrecht zu vermeiden, ist deshalb die Souveränitätsklausel in Übereinstimmung mit den Verpflichtungen aus der Konvention auszulegen. Dementsprechend hat in Österreich der Verwaltungsgerichtshof bereits unter der Geltung des Dubliner Übereinkommens die zuständige Behörde verpflichtet, vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen, wenn eine Verletzung von Art. 3 oder 8 EMRK im zuständigen Mitgliedstaat drohte und hält er an dieser Rechtsprechung für Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 unverändert fest.²⁰⁵ Auch andere Mitgliedstaaten, etwa Finnland und Irland, wenden diese Klausel ebenfalls an, wenn eine Gefahr der Verletzung von Art. 3 EMRK besteht, d.h. sofern die Abschiebung in den anderen Mitgliedstaat als solche zu einer unmenschlichen Behandlung führen könnte.²⁰⁶

²⁰¹ EGMR, Urteil vom 2. Dezember 2008 – Nr. 32733/08, - *K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich*, NVwZ 2009, 965 (966).

²⁰² *Weinzierl*, Der Asylkompromiss 1993 auf dem Prüfstand, Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), 2009, S. 16.

²⁰³ *Pache/Rösch*, Die neue Grundrechtsordnung der EU, in: EuR 2009, 769 (77).

²⁰⁴ *Pache/Rösch*, Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon – die Rolle der EMRK und der Grundrechtscharta in der EU, in: EuZW 2008, 519 (521).

²⁰⁵ *Brandl*, Die Dublin II Verordnung in Österreich, in: Das Dublin-Verfahren, Beilage zum Asylmagazin 1-2/2008, S. 25 (27).

²⁰⁶ *Commission of the European Communities*, Commission Staff Working Document. Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC (2007) 742, 6. Juni 2007, S. 21.

cc) *Unterschreitung des materiellen und Verfahrensschutzes*

(1) *Vorbemerkung*

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte im Fall Griechenland ausschließlich Refoulementgefahren im Blick auf Abschiebungen in das Herkunftsland wie in Drittstaaten geprüft. Ob die Art und Weise der Behandlung von Asylsuchenden im Mitgliedstaat Griechenland selbst Fragen im Blick auf Art. 3 EMRK aufwerfen, hat der Gerichtshof nicht entschieden. Es ist jedoch fraglich, ob im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander lediglich der durch Art. 3 EMRK sowie Art. 33 GFK vorgegebene Schutzstandard maßgebend sein kann. Darüber hinaus ist der Frage nach den rechtlichen Folgen nachzugehen, wenn der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Schutzstandard in bestimmten Mitgliedstaaten nicht eingehalten wird und ob Europarecht in diesem Zusammenhang den einzelnen Mitgliedstaaten nationale Handlungsoptionen eröffnet und nach welchen rechtlichen Vorgaben diese Optionen auszuüben sind.

Auch in der fachgerichtlichen Rechtsprechung wird diese Frage gestellt, freilich im Rahmen der auf sichere Drittstaaten gemünzten Ausnahmekategorien vom Konzept normativer Vergewisserung. Überwiegend wird in diesem Zusammenhang festgestellt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Überstellungen an Griechenland die vom Verfassungsgesetzgeber getroffene Drittstaatenregelung unter dem Gesichtspunkt der Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und Art. 16a Abs. 2 GG insoweit der Einschränkung bedürfe, als Asylbewerber in der Bundesrepublik Deutschland derzeit nicht auf die Durchführung eines Asylverfahrens in Griechenland verwiesen werden dürften, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich Griechenland entweder von den aus der EMRK und GFK folgenden Verpflichtungen nachträglich wieder gelöst oder diese von vornherein nie eingehalten habe, Asylsuchenden deshalb dort ein menschenrechtswidriges und Europarecht verletzendes Verfahren drohe und ihnen dort kein asylrechtliches Prüfungsverfahren offen stehe, welches den

Mindestanforderungen der Richtlinien 2005/85/EG (Verfahrensrichtlinie) und 2003/9/EG (Aufnahmerichtlinie) entspreche.²⁰⁷

Das Konzept normativer Vergewisserung ist auf sichere Drittstaaten (Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003), nicht jedoch auf Überstellungen an Mitgliedstaaten gemünzt. Daher bedarf es weder einer Prüfung der Frage, ob eine „in erheblicher Weise“ zum Nachteil der Asylsuchenden in einem Mitgliedstaat veränderte Situation nach Abschluss „der Prüfung durch den Verfassungsgesetzgeber“ die Anwendung der Ausnahmekategorien rechtfertigt,²⁰⁸ noch einer Untersuchung der Frage, ob diese „aufgrund der gebotenen Wertungsgleichheit“ entsprechend auch für die Mitgliedstaaten gelten.²⁰⁹ Angesichts der verfassungsunmittelbaren Sicherheitsvermutung des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GG kommt eine nachträgliche Korrektur der Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers durch die Rechtsanwendung ohnehin nicht in Betracht. Da Überstellungen an Mitgliedstaaten weder nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen noch im Wege der sekundärrechtlichen Drittstaatenregelung vollzogen werden dürfen, ist vielmehr auf der Grundlage der europarechtlichen Öffnungsklausel des Art. 23 GG eine Lösung innerhalb des Systems des Europarechts zu suchen. In diesem Zusammenhang bietet der Hinweis auf die Souveränitätsklausel des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 in der fachgerichtlichen Rechtsprechung²¹⁰ einen Ansatzpunkt für eine europarechtliche Lösung, dem nachfolgend nachgegangen wird.

²⁰⁷ VG Freiburg, Beschluss vom 26. Juni 2009 – A 2 K 710/09, AuAS 2009, 178 (179); VG Ansbach, Beschluss vom 7. September 2009 – AN 14 E 09.301.42; BA, S. 8; VG Gießen, Beschluss vom 26. Oktober 2009 – 3 L 3281/09.A, BA, S. 5 f.; VG Oldenburg, Beschluss vom 9. November 2009 – 3 B 2837/09, BA, S. 6 f.; VGH BW, Beschluss vom 17. November 2009 – A 2 S 2867/08, NVwZ 2009, 792 (793); VG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 13 L 1840/09.A, BA, S. 5; VG Oldenburg, Beschluss vom 11. Dezember 2009 – 3 B 3190/09, BA, S. 7; VG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Dezember 2009 – 2 L 1770/09.A, BA, S. 4; VG Wiesbaden, Beschluss vom 16. Dezember 2009 – 7 L 1390/09.WI.A, BA, S. 6 f.; VG Frankfurt am Main, Beschluss vom 18. Dezember 2009 – 12 L 4093/09.F.A, BA, S. 3 f.; VG Schwerin, Beschluss vom 25. Januar 2010 – 5 B 1281/09.As.; VG Kassel, Beschluss vom 18. Februar 2010 – 1 L 1596/09.KS.A, BA, S. 3; VG Meinigen, Beschluss vom 19. Februar 2010 – 5 E 20022/10 Me, BA, S. 3 f.

²⁰⁸ So VG Gießen, Beschluss vom 26. Oktober 2009 – 3 L 3281/09.A, BA, S. 5 f.

²⁰⁹ So VG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Dezember 2009 – 2 L 1770/09.A, BA, S. 4.

²¹⁰ OVG NW, Beschluss vom 7. Oktober 2009 – 8 B 1433/09.A, NVwZ 2009, 1571 (1573) = AuAS 2009, 273; VG Sigmaringen, Urteil vom 26. Oktober 2009 – A 1 K 1757/09; OVG Saarland, Beschluss vom 20. August 2009 – b3 A 253/09, NVwZ-RR 2010, 31; VG Leipzig, Beschluss vom 10. Februar 2010 – A 1 L 18/10, BA, S. 4, wendet auf der Grundlage der Ausnahmekategorien der verfassungsrechtlichen Drittstaatenregelung die Souveränitätsklausel des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 3434/2003 an.

Auch wenn der verfassungsrechtliche Ausgangspunkt der überwiegenden fachgerichtlichen Rechtsprechung Zweifeln begegnet, hat sie den für die weiteren Untersuchungen maßgebenden materiellrechtlichen Gesichtspunkt im Zusammenhang mit Überstellungen an Mitgliedstaaten zutreffend herausgearbeitet, nämlich eine Situation im zuständigen Mitgliedstaat Griechenland, in welcher der sekundärrechtlich vorgeschriebene Schutzstandard für Asylsuchende unterschritten wird. Auch im Blick auf andere Mitgliedstaaten hat die fachgerichtliche Rechtsprechung festgestellt, dass die Verweigerung des Zugangs zum Asylverfahren in einem Mitgliedstaat, etwa im Blick auf homosexuelle Asylantragsteller wegen deren sexueller Orientierung wie in der Tschechischen Republik, der Überstellung an diesen Mitgliedstaat entgegensteht.²¹¹

Grundlegende Voraussetzung für das Gemeinsame Europäische Asylsystem ist, dass Asylsuchende aufgrund *vereinheitlichter gesetzlicher Grundlagen und Praxis* in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich in der Lage sind, ein *gleichwertiges Schutzniveau* in verfahrens- wie materiellrechtlicher Hinsicht zu finden.²¹² Von diesem Ziel ist die Gemeinschaft weit entfernt. Unterschiede in der Behandlung von Asylbegehren zwischen den Mitgliedstaaten bestehen fort und können als solche allein kaum zum Ausgangspunkt für die Anwendung der Souveränitätsklausel genommen werden. Vielmehr muss mehr hinzukommen als lediglich eine unterschiedliche Anwendung des Sekundärrechts. Grund für dessen uneinheitliche Handhabung sind teilweise die mangelhafte Umsetzung des Sekundärrechts sowie teilweise unterschiedliche Ansätze bei der praktischen Durchführung.²¹³ Das grundlegende Prinzip, durch Zuständigkeitskriterien ein „*Gleichgewicht im Geiste der Solidarität*“ (Erwägungsgrund Nr. 8 VO (EG) Nr. 343/2003) zu schaffen, kann aufgrund der immanenten Funktionslogik des Dubliner Systems kaum praktische Wirksamkeit gewinnen. Die grundlegende Annahme, die für das Bundesverfassungsgericht Voraussetzung für die Ersetzung des verfassungsrechtlichen Asylrechts durch eine „europäische Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge mit dem Ziel einer Lastenverteilung zwischen den an einem

²¹¹ VG Schleswig, Beschluss vom 7. September 2009 – 6 B 32/09, BA, S. 4 f.

²¹² UNHCR, Analyse der vorgeschlagenen Neufassung für die Dublin-II-Verordnung und die Eurodac-Verordnung, März 2009, S. 3.

²¹³ Kommission der EG, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Künftige Asylstrategie – Ein integriertes Konzept für EU-weiten Schutz, KOM(2008) 360, 17. Juni 2008, S. 3.

solchen System beteiligten Staaten“ war,²¹⁴ ist damit nicht gegeben und es ist derzeit auch nicht absehbar, ob und wann die Gemeinschaft dieses Ziel erreichen wird.

Andererseits knüpft das Bundesverfassungsgericht in der Presseerklärung vom 9. September 2009 aus Anlass seines ersten Eilrechtsbeschlusses zur Frage der Überstellung an Griechenland an den europarechtlichen *Grundsatz der Solidarität* an und stellt in diesem Zusammenhang die Frage, welche Auswirkungen dieser Grundsatz, „der im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch für eine gemeinsame Asylpolitik Geltung beansprucht, bei einer erheblichen Überlastung des Asylsystems eines Mitgliedstaates auf die *Rechte des einzelnen Asylantragstellers* und auf die *Auslegung des Grundgesetzes* hat.“ Damit stellen sich für die weiteren Untersuchungen folgende Fragen:

1. *Welcher Schutzstandard ist für den gegenseitigen Rechtsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten untereinander maßgebend?*
2. *Welche europarechtlichen Folgen treten ein, wenn der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Schutzstandard in bestimmten Mitgliedstaaten nicht eingehalten wird?*
3. *Unter welchen Voraussetzungen eröffnet Europarecht den einzelnen Mitgliedstaaten nationale Handlungsoptionen? Nicht lediglich eine uneinheitliche Verfahrensweise, sondern eine aufgrund einer erheblichen Überlastung des Asylsystems eines Mitgliedstaates bestehende gravierende Unterschreitung des sekundärrechtlich verbindlichen Schutzniveaus dürfte insoweit der Ausgangspunkt für die weiteren Untersuchungen darstellen.*
4. *Welche verfassungsrechtlichen Vorgaben leiten die Inanspruchnahme der Souveränitätsklausel?*

(2) *Europarechtlicher Bezugsrahmen der Souveränitätsklausel (Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) 343/2003)*

Die erste Fragestellung zielt auf den für die Ausübung der Souveränitätsklausel maßgebenden europarechtlichen Bezugsrahmen. Rechtspflichten für die Mitgliedstaaten bei der Inanspruchnahme der Souveränitätsklausel des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 werden nicht lediglich durch die Refoulementverbote der Art. 3 EMRK und Art. 33 GFK begründet. Vielmehr müssen die Gründe für deren Anwendung aus dem Gemeinsamen Europäischen Asylsystem insgesamt hergeleitet werden. Dessen Ziel und Zweck besteht darin, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Asylsuchende aufgrund vereinheitlichter gesetzlicher Grundlagen und Praxis in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich in der Lage sind,

²¹⁴ BVerfGE 94, 49 (85) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700.

ein gleichwertiges Schutzniveau in verfahrens- wie materiellrechtlicher Hinsicht zu finden,²¹⁵ Diesem Zweck dienen die auf der Grundlage von Art. 63 EGV verabschiedeten Rechtsakte. Dementsprechend wird das maßgebende *Schutzniveau* für die Ausübung der Souveränitätsklausel durch diese Rechtsakte im Sinne einer dynamischen Entwicklung vorgezeichnet.

Bereits die Systematik der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 legt eine derartige Betrachtung nahe. Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 verweist anders als die Drittstaatenregelung des Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 nicht auf das Refoulementverbot der GFK. Bei einer Abschiebung des Asylsuchenden in einen Drittstaat - also bei einer Ortsverschiebung aus der Gemeinschaft an einen Ort *außerhalb* der Gemeinschaft – stellt sich die Notwendigkeit, ein bestimmtes, unteres Schutzniveau anzugeben, nämlich den Asylsuchenden keinen Refoulementrisiken auszusetzen. Hingegen stellt sich für die Souveränitätsklausel ebenso wenig wie für die anderen Bestimmungen der Verordnung das Erfordernis, ein bestimmtes Schutzniveau anzugeben. Denn in diesem Fall verbleibt der Asylsuchende *innerhalb* der Gemeinschaft. Das für diese maßgebende Schutzniveau enthält das Gemeinsame Europäische Asylsystem. Die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 ist Teil dieses Asylsystems und bringt zusammen mit den anderen Rechtsakten zum Asyl- und Flüchtlingsrecht das gemeinsame Schutzniveau hervor. Es bedarf aufgrund dieser Funktion der Verordnung weder für den Fall der Überstellung an einen anderen Mitgliedstaat noch für den Fall der Ausübung der Souveränitätsklausel einer spezifischen Bezeichnung des Schutzniveaus.

Die erste Fragestellung kann hiernach dahin beantwortet werden, dass aus der Systematik der Verordnung sowie aus der Funktion des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems folgt, für den Rechtsverkehr der Mitgliedstaaten untereinander an das durch dieses System hervorgebrachte gemeinsame Schutzniveau anzuknüpfen. Das gilt für die Anwendung aller Bestimmungen der Verordnung (EG) 343/2003 und damit auch für die Ausübung der Souveränitätsklausel. Die Mitgliedstaaten erstreben unter Bezugnahme auf Art. 1 A Nr. 2 GFK eine Angleichung ihrer Rechtssysteme zum Asyl- und Flüchtlingsrecht. Die Angleichung der Rechtsvorschriften über die Anerkennung und den Inhalt der

²¹⁵ UNHCR, Analyse der vorgeschlagenen Neufassung für die Dublin-II-Verordnung und die Eurodac-

Flüchtlingseigenschaft und des subsidiären Schutzes soll dazu beitragen, die Sekundärmigration von Asylsuchenden zwischen Mitgliedstaaten, soweit sie ausschließlich auf unterschiedlichen Rechtsvorschriften beruht, einzudämmen (Erwägungsgrund Nr. 7 RL 2004/83/EG).

Das gemeinschaftsrechtliche Ziel ist also nicht, lediglich Verletzungen des Refoulementverbotes einzudämmen, sondern einen *einheitlichen Schutzstandard für Flüchtlinge* auf der Grundlage des Flüchtlingsbegriffs nach Art. 1 A Nr. 2 GFK zu schaffen. Ziel des Sekundärrechts ist es damit, dass Flüchtlinge *innerhalb der Gemeinschaft* im zuständigen Mitgliedstaat *Zugang zum Verfahren* (Art. 6 RL 2005/85/EG), während des Verfahrens ein Verbleibsrecht (Art. 7 RL 2005/85/EG) unter für sie menschenwürdigen Bedingungen entsprechend den Bestimmungen der Aufnahmerichtlinie (2003/9/EG) und nach Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ein Aufenthaltsrecht (Art. 24 Abs. 1 RL 2004/83/EG), also insgesamt ein *Recht auf Aufnahme*, erhalten.

(3) *Folgen der Unterschreitung des gemeinschaftsrechtlichen Schutzniveaus im zuständigen Mitgliedstaat*

Die zweite Fragestellung zielt auf die Frage, welche Folgen nach Europarecht eintreten, wenn der an sich zuständige Mitgliedstaat das verbindlich vorgegebene Schutzniveau nicht gewährleisten kann. Am Ausgangspunkt dieser Fragestellung steht das grundlegende Prinzip des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems, durch Zuständigkeitskriterien ein „*Gleichgewicht im Geiste der Solidarität*“ (Erwägungsgrund Nr. 8 Verordnung (EG) Nr. 343/2003) zu schaffen. Andererseits ist das Dubliner System kein *Lastenteilungsinstrument*.²¹⁶ Vielmehr soll ein Gleichgewicht der Zuständigkeitskriterien auf der Grundlage von „objektiven und für die Mitgliedstaaten und die Betroffenen gerechten Kriterien“ (Erwägungsgrund Nr. 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2004) hergestellt werden.

Hier wird ein sekundärrechtlich vorgegebener *Zielkonflikt* bereits in den Erwägungsgründen bezeichnet, nämlich einerseits ein *Gleichgewicht innerhalb der Gemeinschaft* im Asyl- und

Verordnung, März 2009, S. 3

²¹⁶ Hruschka, Die Dublin II-Verordnung, in: Das Dublin-Verfahren, Beilage zum Asylmagazin 1-2/2008, S. 1 (4).

Flüchtlingsrecht im *Geiste der Solidarität* hervorzubringen, sowie andererseits auf der Grundlage des *Verursacherprinzips* objektive und *für die Mitgliedstaaten und die Betroffenen gerechte* Zuständigkeitskriterien anzuwenden. Ursache dieses Zielkonfliktes ist der beschriebene strukturelle Fehler des Dubliner Systems. Die Konsequenz des Zielkonfliktes manifestiert sich in der unverhältnismäßigen Belastung der grenznahen, insbesondere der südeuropäischen Mitgliedstaaten im Vergleich zu den anderen Mitgliedstaaten. Das nach objektiven Kriterien funktionierende *Verursacherprinzip* läuft damit dem zugleich verfolgten Ziel der Schaffung eines Gleichgewichts im *Geiste der Solidarität* zuwider.

Die Gemeinschaft versteht sich als „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“. Darüber hinaus wurde durch den Lissaboner Vertrag der „*Grundsatz der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten*“ primärrechtlich verankert (vgl. Art. 80 AEUV; s. auch Art. 2 EUV). Für die im Kapitel 2 geregelte Politik im Bereich Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung gilt danach der Grundsatz der *Solidarität* und der *gerechten* Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten. Andererseits ist aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit der Praxis des Dubliner Systems eine Behebung seines Strukturfehlers auf absehbare Zeit nicht zu erwarten. Deshalb muss innerhalb des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems selbst dieser Zielkonflikt rechtlich gelöst oder doch zumindest gemildert werden. Das Bundesverfassungsgericht knüpft an diesen Zielkonflikt an, wenn es in der Presseerklärung vom 9. September 2009 die Frage für erheblich erachtet, welche Auswirkungen der europarechtliche Grundsatz der Solidarität (Erwägungsgrund Nr. 8 Verordnung (EG) Nr. 343/2004) bei einer „erheblichen Überlastung des Asylsystems eines Mitgliedstaates auf die Rechte des einzelnen Asylantragstellers und auf die Auslegung des Grundgesetzes hat,“ und in den zuletzt ergangenen Beschlüssen darauf hinweist, dass „auch die Anforderungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften zur Erhaltung und Weiterentwicklung der Europäischen Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Art. 3 Abs. 2 EUV n.F.; Art. 2 4. Spiegelstrich EUV a.F.) bei der Würdigung von Art. 16a Abs. 2 und Abs. 5 GG sowie Art. 19 Abs. 4 GG eine Rolle spielen könnten.²¹⁷ Mit anderen Worten, in dem vom *Grundsatz der Solidarität* beherrschten „*Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*“ darf eine Situation, die eintritt, wenn in

²¹⁷ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

Mitgliedstaaten das verbindlich geregelte Schutzniveau unterschritten wird, weil sie unverhältnismäßig gegenüber anderen Mitgliedstaaten aufgrund der Aufnahme von Asylsuchenden belastet werden, nicht rechtlich ungeregelt bleiben. Allerdings sind die Folgen der unverhältnismäßigen Belastung nicht im Rahmen von Art. 16a Abs. 2 und Abs. 5 GG, sondern – vermittelt über Art. 23 GG - im Rahmen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems, also europarechtlich, zu lösen.

Von den bislang europarechtlich entwickelten Instrumenten dieses Systems kommt allein die Souveränitätsklausel in Betracht, die im Geiste der Solidarität (Erwägungsgrund Nr. 8 Verordnung (EG) Nr. 343/2004) angewandt, geeignet erscheint, die Herstellung eines besseren Gleichgewichts innerhalb der Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Die zweite Frage kann damit dahin beantwortet werden, dass bei einer Unterschreitung des verbindlichen Schutzniveaus in einem oder mehreren Mitgliedstaaten die Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems in Frage steht und deshalb zum Schutze dieses Systems Maßnahmen innerhalb und nach den Regeln dieses Systems zu ergreifen sind.

(4) Politische oder rechtliche Lösungen?

Aus der Beantwortung der zweiten Frage, dass bei erheblichen Unterschreitungen des Schutzniveaus in einem oder mehreren Mitgliedstaaten die anderen Mitgliedstaaten nach dem europarechtlichen Grundsatz der Solidarität zum Handeln verpflichtet sind, geht der Ausgangspunkt für die dritte Fragestellung hervor:

Die Gemeinschaft hat einerseits durch eine Reihe von Rechtsakten ein verbindliches Schutzniveau für Asylbewerber und Flüchtlinge im Gemeinschaftsgebiet hervorgebracht. Jeder Asylsuchende, der nicht in einen Drittstaat abgeschoben wird (vgl. Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) 343/2003), hat danach Anspruch auf eine Prüfung seines Asylbegehrens in einem Mitgliedstaat nach Maßgabe vereinheitlichter verfahrens-, materieller und aufenthaltsrechtlicher Schutzvorschriften. Andererseits hat die Gemeinschaft kein gerechtes Lastenverteilungssystem, sondern ein auf dem Verursacherprinzip aufbauendes objektives Zuständigkeitssystem hervorgebracht, das im Hinblick auf die grenznahen Mitgliedstaaten wie auf die betroffenen Asylsuchenden das angestrebte Gleichgewicht (vgl. Erwägungsgrund Nr. 8 Verordnung (EG) Nr. 343/2004) aus strukturellen Gründen verfehlt.

Dieses System ist damit im Hinblick auf die verbindliche Gewährleistung des erforderlichen Schutzniveaus *dysfunktional*. Diese dem angestrebten Ziel der Erreichung des Gleichgewichts zuwiderlaufende Dysfunktionalität wird auf absehbare Zeit bestehen bleiben und muss deshalb aus dem System selbst heraus strukturell aufgelöst werden. Fraglich ist, ob in diesem Zusammenhang politische oder rechtliche Lösungen oder beide Lösungsansätze zugleich erforderlich sind. Besteht das Ziel darin, Schutzdefizite aus dem System selbst heraus strukturell aufzulösen, wären für die Anfangsphase rechtliche Lösungen gefragt. In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht die Frage aufgeworfen, es könnte „auch zu klären sein, ob und welche Vorgaben das Grundgesetz zur Gewährung vorläufigen Schutzes für den Zeitraum trifft, den die Organe der Europäischen Union benötigen, Erkenntnisse über für Asylsuchende bedrohliche tatsächliche oder rechtliche Defizite des Asylsystems eines Mitgliedstaates auszuwerten und erforderliche Maßnahmen durchzusetzen.“²¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht nimmt damit sowohl rechtliche wie politische Lösungen in den Blick. Einerseits verweist es auf die von den Organen der Gemeinschaft zu treffenden politischen Maßnahmen. Andererseits stellt es die Frage danach, welche rechtlichen – vorbereitenden oder begleitenden Maßnahmen – der einzelnen Mitgliedstaaten gefordert sind, bis aufgrund der politischen Maßnahmen der zuständigen Organe der Gemeinschaft die strukturellen Fehler im betroffenen Mitgliedstaat behoben worden sind.

Im Blick auf den spezifischen Zusammenhang zwischen rechtlichen und politischen Maßnahmen ist nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichtes die Gewährung *vorläufigen* Schutzes für Asylsuchende sicherzustellen. Diese Verpflichtung könnte, wie sie von einigen Verwaltungsgerichten verstanden wird, als strikt *einzelfallbezogen* oder aber eher als *einzelfallübergreifend* gehandhabt werden. Bei einer Einzelfallbetrachtung bliebe die Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat zunächst ausgesetzt und würde nach Behebung der dortigen Defizite nachgeholt. Dementsprechend haben eine Reihe von Verwaltungsgerichten die Überstellung nur „vorläufig“ oder für eine „Dauer von sechs Monaten“ ausgesetzt,²¹⁹ während die überwiegende fachgerichtliche Rechtsprechung die

²¹⁸ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

²¹⁹ VG Ansbach, Beschluss vom 7. September 2009 – AN 14 E 09.301.42; VG Frankfurt am Main, Beschluss vom 16. November 2009 – 7 L 3684/09.A.(V); VG Hannover, Beschluss vom 20. November 2009 – 7

Wirkung der prozessualen vorläufigen Einzelfallregelung an den rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens knüpft. Die einzelfallbezogene Lösung wirft deshalb Probleme auf, weil einerseits die Natur der Schutzdefizite im zuständigen Mitgliedstaat der Erwartung einer alsbaldigen Behebung entgegensteht sowie andererseits politische Lösungen der Gemeinschaft einen erheblichen Zeitraum in Anspruch nehmen und damit der sekundärrechtlich eröffnete wirksame Zugang zu einem Asylverfahren (im zuständigen Mitgliedstaat) auf nicht absehbare Zeit hinausgeschoben würde. In der Praxis läuft die vorläufige Aussetzung deshalb auch in aller Regel darauf hinaus, dass die Bundesrepublik im Wege des Selbsteintrittsrechts nach Maßgabe der Souveränitätsklausel des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 die Zuständigkeit im konkreten Verfahren übernimmt und sich dadurch die vorläufige Einzelfallregelung erledigt.

Der Hinweis des Bundesverfassungsgerichtes auf die „vorläufige“ Natur des Schutzes steht ganz offensichtlich im engen Sachzusammenhang mit den von den Organen der Gemeinschaft zu treffenden politischen Maßnahmen und kann deshalb dahin verstanden werden, dass bis zur wirksamen Durchsetzung derartiger Maßnahmen Überstellungen an den betreffenden Mitgliedstaat ausgesetzt werden. Der Begriff „vorläufig“ bezieht sich bei einer derartigen Betrachtungsweise nicht auf den konkreten Einzelfall, sondern auf den politischen Prozess. „Solange“ die politischen Maßnahmen nicht greifen und die zu behebbenden Defizite, welche eine Aussetzung der Überstellungen an den betreffenden Mitgliedstaat erforderlich machen, nicht aufgehoben sind, bleibt die Überstellungspraxis an diesen Mitgliedstaat ausgesetzt. „Vorläufig“ bezieht sich in diesem Fall auf die politische Durchsetzungsphase, nicht „vorläufig“, sondern „endgültig“ ist die Einzelfallmaßnahme jedoch für den einzelnen Asylsuchenden, da nach Ausübung des Selbsteintrittsrechtes die Zuständigkeit an den dieses Recht in Anspruch nehmenden Mitgliedstaat übergeht (vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003).

B 5716/09; VG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 2009 – 18 L 1542/09.A; VG Arnberg, Beschluss vom 30. November 2009 – 13 L 713/09; VG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 13 L 1840/09.A; VG Weimar, Beschluss vom 15. Dezember 2009 – 5 E 20200/09.We; VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 6. Januar 2010 – VG 7 L 319/09.A; VG Braunschweig, Beschluss vom 10. Januar 2010 – 2 B 292/09; VG München, Beschluss vom 28. Januar 2010 – M 23 E 09.60088; VG Meiningen, Beschluss vom 8. Februar 2010 – 8 E 20009/10 Me.; VG Potsdam, Beschluss vom 10. Februar 2010 – VG 7 L 30(10.A; VG Leipzig, Beschluss vom 10. Februar 2010 – A 1 L 18/10.

Das geltende Sekundärrecht steht damit einer nur vorläufigen Aussetzung der Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat entgegen. Dies ist auch sachgerecht und steht mit gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen in Übereinstimmung, da den Asylsuchenden ein wirksamer Zugang zum Asylverfahren zu eröffnen ist und es im Interesse der Mitgliedstaaten wie der Asylsuchenden liegt, dass „über Asylanträge so rasch wie möglich“ entschieden wird (Erwägungsgrund Nr. 11 RL 2005/85/EG).

Das Bundesverfassungsgericht fragt nach den Vorgaben, welche das Grundgesetz zur Gewährung vorläufigen Schutzes für den Zeitraum trifft, bis politische Maßnahmen wirksam werden.²²⁰ Diese Frage zielt wohl eher auf die im Einzelfall zu treffenden Maßnahmen. Denn die denkbaren politischen Maßnahmen der zuständigen Organe der Gemeinschaft werden im Gemeinschaftsrecht behandelt. Das Bundesverfassungsgericht verweist deshalb in diesem Zusammenhang auch auf die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 67, 77 bis 80 AEUV. Als wichtigstes politisches Instrument der Gemeinschaft zur Behebung struktureller Defizite in einem Mitgliedstaat im Blick auf die Gewährung des erforderlichen Schutzniveaus für Asylsuchende und Flüchtlinge kommt nach geltendem Recht das *Vertragsverletzungsverfahren* (Art. 258 AEUV) in Betracht. Dieses eröffnet der Kommission die Möglichkeit, gegen objektive Verletzungen des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten einzuschreiten und auf die Herstellung eines vertragskonformen Zustandes zu dringen. Insbesondere bei der unzureichenden Umsetzung von Richtlinien steht der Kommission dieses Instrument zur Verfügung.²²¹ Bevor die Kommission ein derartiges Verfahren anstrengt, muss sie jedoch die erforderlichen Erkenntnisse über für Asylsuchende bedrohliche tatsächliche oder rechtliche Defizite sammeln sowie auswerten und gegenüber dem betroffenen Mitgliedstaat eine mit Gründen versehene Stellungnahme abgeben. Kommt dieser der Aufforderung zur Stellungnahme nicht nach, kann die Kommission den Europäischen Gerichtshof anrufen (Art. 258 Abs. 2 AEUV). Kommt der Mitgliedstaat im Falle seiner Verurteilung seinen Verpflichtungen nicht nach, kann der Gerichtshof auf Antrag der Kommission Sanktionen gegen diesen verhängen (Art. 260 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV).

²²⁰ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

²²¹ Borchardt, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 24. ErgLfg., 2009, Rdn. 10 bis 13, 18.

Es liegt auf der Hand, dass ein derartiges Verfahren Jahre dauern kann und in der Zwischenzeit für die betroffenen Asylsuchenden innerhalb des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems eine rechtliche Lösung gefunden werden muss. In diesem Zusammenhang veranschaulicht das Beispiel des Mitgliedstaates Griechenland, dass ein Vertragsverletzungsverfahren nicht notwendigerweise zur wirksamen Behebung der strukturellen Defizite führen muss. Der Europäische Gerichtshof hatte am 19. April 2007 Griechenland wegen Verletzung von Art. 26 RL 2003/9/EG (Aufnahmerichtlinie) wegen nicht fristgemäßer Umsetzung der Richtlinie verurteilt.²²² Griechenland nahm daraufhin durch Präsidialerlass 220/2007 zumindest teilweise eine rechtliche Umsetzung vor. Eine tatsächliche Gewährleistung des verbindlichen Mindeststandards der Aufnahmerichtlinie ging damit jedoch nicht einher. 2007 leitete die Kommission erneut ein Vertragsverletzungsverfahren ein, weil die griechischen Behörden die Prüfung der Asylbegehren im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 überstellter Asylsuchender verweigert hatten. Im Juli 2008 stellte die Kommission das Verfahren ein, da mit den Präsidialerlassen 90/2008 und 96/2008 diese Praxis formal aufgehoben worden war. Dies führte jedoch nicht zu einer tatsächlichen Anpassung der griechischen Praxis an die sekundärrechtlichen Mindeststandards. Vielmehr stellte der Menschenrechtskommissar des Europarates nach einem Besuch in Griechenland im Dezember 2008 fest, dass keine positiven Entwicklungen der griechischen Praxis seit Inkrafttreten der Präsidialerlasse festgestellt werden konnte.

Vor diesem Hintergrund gewinnt der von der Kommission vorgeschlagene Mechanismus der *vorübergehenden Aussetzung des Dubliner Systems* Bedeutung. Danach kann die Überstellung von Asylsuchenden an einen Mitgliedstaat auf dessen Antrag oder auf Antrag eines anderen Mitgliedstaates ausgesetzt werden, wenn dieser mit einer außerordentlichen Belastung seines Aufnahmesystems konfrontiert wird (Art. 31 Abs. 1 und Abs. 3). Die Kommission kann aber auch von sich aus eine derartige Maßnahme anordnen (Art. 31 Abs. 1). Dabei ist sie gehalten, so schnell wie möglich, jedenfalls nicht später als einen Monat nach Antragseingang die vorübergehende Aussetzung von Überstellungen an den betreffenden Mitgliedstaat anzuordnen (Art. 31 Abs. 4). In diesem Fall ist der Mitgliedstaat für die Behandlung des Asylbegehrens zuständig, in dem sich der Asylsuchende aufhält (Art. 31 Abs.

²²² S. hierzu *Kopp/Pelzer*, Die Missachtung des europäischen Flüchtlingsrechts durch Griechenland, in: *Asylmagazin* 12/2009, S. 3; VG Gießen, Urteil vom 25. April 2008 – 2 L 201/08.GI.A, UA, S. 9, AuAS 2008, 132.

6).²²³ Dieses System wäre also unvergleichlich wirksamer als ein Vertragsverletzungsverfahren. Allerdings stellte sich auch hier die Notwendigkeit, bezogen auf die Verfahrensphase, in der für die Antragstellung oder Einleitung von Amts wegen zunächst Informationen im betreffenden Mitgliedstaat gesichtet und gesammelt werden müssen, rechtliche Lösungen in den anhängig werdenden konkreten Einzelfällen zu entwickeln. Nach geltendem Recht bleibt der Kommission nur das schwerfällige Vertragsverletzungsverfahren. Damit ist die Notwendigkeit, in konkreten anhängigen Einzelfällen eine angemessene Lösung zu finden, unabweisbar.

(5) *Materiellrechtliche Voraussetzungen für die Anwendung der Souveränitätsklausel nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003*

Ausgangspunkt für die dritte Fragestellung sind für Asylsuchende bedrohliche tatsächliche oder rechtliche Defizite im Asylsystem eines Mitgliedstaates, für die im Rahmen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems eine Lösung gefunden werden muss. Die Gemeinschaft hat durch eine Reihe von Rechtsakten ein verbindliches Schutzniveau für Asylbewerber und Flüchtlinge im Gemeinschaftsgebiet hervorgebracht. Da politische Maßnahmen allein die Wirksamkeit des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems nicht gewährleisten können, weil sie unterbleiben können und ihre Durchsetzung sehr schwerfällig und zeitaufwändig ist, bedarf es für den konkreten Einzelfall einer sachgerechten und nach Regeln dieses Systems zu gestaltenden Lösung. Diese ist aus gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien zu entwickeln.

Maßstab des verbindlich gewährleisteten Schutzniveaus ist nicht allein die Sicherheit im zuständigen Mitgliedstaat. Zwar gelten alle Mitgliedstaaten „als sichere Staaten für Drittstaatsangehörige“ (Erwägungsgrund Nr. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Das europarechtliche Konzept der sicheren Staaten ist jedoch nicht auf die Mitgliedstaaten, sondern auf Drittstaaten gemünzt (vgl. Art. 27 und Art. 36 RL 2005/85/EG). Überstellungen zwischen den Mitgliedstaaten werden deshalb im Europarecht nicht nach Maßgabe des

²²³ Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country-national or a stateless person, COM(2008)820, S. 51 ff.

deutschen Konzepts normativer Vergewisserung vollzogen, sondern nach den Regeln des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems. Der Hinweis auf die Mitgliedstaaten als „sichere Staaten“ bezieht sich auf die Asylsuchenden. Für diese *gilt* auch ein Mitgliedstaat, dessen Asylsystem für Asylsuchende bedrohliche tatsächliche oder rechtliche Defizite aufweist, als sicher. Unberührt von dieser Rechtsfiktion bleiben jedoch die Zuständigkeitsregelungen des Dubliner Systems (Erwägungsgrund Nr. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Diese werden durch den Hinweis auf den „sicheren“ Mitgliedstaat nicht aufgehoben. Der Hinweis steht damit der Anwendung der Souveränitätsklausel nicht entgegen. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen für deren Anwendung sind deshalb – wie ausgeführt - aus den maßgebenden gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien zu entwickeln:

Die Regelungen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems gewährleisten Asylsuchenden ein „Mindestmaß an Schutz in allen Mitgliedstaaten“, sofern sie tatsächlich Schutz benötigen (Erwägungsgrund Nr. 6 RL 2004/83/EG), *Aufnahmebedingungen*, die „im Normalfall ein menschenwürdiges Leben ermöglichen und vergleichbare Lebensbedingungen gewährleisten“ (Erwägungsgrund Nr. 7 RL 2003/9/EG), sowie *Verfahrensbedingungen*, die zwecks Ermittlung schutzbedürftiger Personen „einen wirksamen Zugang zum Asylverfahren und die Möglichkeit der Zusammenarbeit und echten Kommunikation mit den zuständigen Behörden“ sicherstellen, darüber hinaus „ausreichende Garantien“ vorsehen, um ein Verfahren über sämtliche Instanzen zu betreiben unter Einschluss eines hierauf bezogenen Verbleibsrechts (Erwägungsgrund Nr. 13 RL 2005/85/EG). Wird dieser verbindliche Maßstab nicht nur vorübergehend und derart unterschritten, dass z.B. der wirksame Zugang zum Asylverfahren und eine objektive, unparteiische und sorgfältige Prüfung der Asylgründe ebenso wenig gewährleistet wird wie eine menschenwürdige Unterbringung der Asylsuchenden, sind die Mitgliedstaaten nach dem europarechtlichen Grundsatz der Solidarität (Art. 80 AEUV) gefordert, ihre Souveränitätsklausel anzuwenden, um den Mitgliedstaat, in dem diese Störungen auftreten, zu entlasten und den Asylsuchenden, die bei ihnen Schutz suchen, das sekundärrechtlich zugesicherte Schutzniveau zu gewährleisten. In der fachgerichtlichen Rechtsprechung wird die Souveränitätsklausel in diesem Sinne angewandt.²²⁴

²²⁴ VG Sigmaringen, Urteil vom 26. Oktober 2009 – A 1 K 1757/09; UA, S. 5 ff.

Hieraus wird auch deutlich, dass die Verpflichtungen zur Solidarität und zur loyalen Zusammenarbeit auch dem Schutz des einzelnen Asylsuchenden dienen. In diesem Zusammenhang kommt dem Vorschlag einer Neufassung der Souveränitätsklausel der Kommission, wonach „insbesondere aus humanitären und Härtegründen“ das Selbsteintrittsrecht wahrgenommen werden kann,²²⁵ Bedeutung zu. Auf den ersten Blick verweist der Vorschlag auf in der Person des Asylsuchenden liegende Gründe. Es stellt jedoch andererseits eine unzumutbare Härte dar, einen Asylbewerber einer Situation auszusetzen, in der nicht einmal das verbindlich geregelte Mindestmaß zum Schutze von Flüchtlingen und Asylsuchenden aus welchen Gründen auch immer gewährleistet werden wird. Um Asylsuchenden das ihnen zustehende Schutzniveau zu gewährleisten, ist unter diesen Voraussetzungen die Souveränitätsklausel anzuwenden.

Der primärrechtliche *Grundsatz der Solidarität*, wie er auch im Erwägungsgrund Nr. 8 Verordnung (EG) Nr. 343/2004 zum Ausdruck kommt, erfordert deshalb, dass die anderen Mitgliedstaaten das Instrument der Souveränitätsklausel nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2004 anwenden, um die Dysfunktionalität des Dubliner Systems auszugleichen, wenn nicht nur vorübergehende und schwerwiegende Defizite bei der Gewährleistung der erforderlichen Schutzniveaus in einem Mitgliedstaat auftreten. Auf diesen Grundsatz verweist auch das Bundesverfassungsgericht in der Presseerklärung vom 9. September 2009. Er beherrscht nach Art. 80 AEUV die Politik der Gemeinschaft im Bereich von Asyl und Einwanderung, wonach für diese Politik und ihre *Umsetzung* der Grundsatz der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten gilt. Ergänzt und verstärkt wird dieser Grundsatz durch den *Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit*, wonach die Mitgliedstaaten sich gegenseitig bei der Erfüllung ihrer europarechtlichen Aufgaben unterstützen (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV).

Der primärrechtliche Grundsatz der Solidarität und die primärrechtliche Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit leiten die Ausübung der Souveränitätsklausel nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003. Auch wenn der Vorschlag der Kommission zur

²²⁵ Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country-national or a stateless person, COM(2008)820, S. 35 f.

vorübergehenden Aussetzung von Überstellungen an einen Mitgliedstaat nicht Inhalt des Sekundärrechts werden sollte, bleibt die Verpflichtung der Gemeinschaft, für den Fall einer außerordentlichen Belastung des Aufnahmesystems eines Mitgliedstaates im Geiste dieser Grundsätze Abhilfe zu schaffen. Für die einzelnen Mitgliedstaaten hat dies bereits nach geltendem Recht zur Folge, dass sie in diesem Sinne die Souveränitätsklausel nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 anzuwenden haben. Nicht jegliche und darüber hinaus nur lediglich vorübergehende Unterschreitung des verbindlich gewährleisteten Schutzniveaus in einem Mitgliedstaat fordert die Solidarität der anderen Mitgliedstaaten heraus, vielmehr außerordentliche und dauerhafte Störungen des Asylsystems eines Mitgliedstaates.

Solange die Unterschreitung des Schutzniveaus fort dauert und die Beseitigung der Störung nicht absehbar ist, erfordert der europarechtliche Grundsatz der Solidarität, dass die anderen Mitgliedstaaten das Instrument der Souveränitätsklausel einsetzen, damit den im Gemeinschaftsgebiet Asyl suchenden Personen von der Gemeinschaft das verbindlich vorgeschriebene Schutzniveau gewährleistet werden kann. Die Gemeinschaft verspricht schutzbedürftigen Personen mit der Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems Schutz nach Maßgabe verbindlicher Kriterien. Es sind die Mitgliedstaaten, welche die Rechte des einzelnen Asylsuchenden im Blick haben müssen, wenn bei einer strikt objektiven Anwendung der Zuständigkeitskriterien des Dubliner Systems diese Rechte wahrscheinlich verletzt werden.

(6) Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Ausübung der Souveränitätsklausel

Die europarechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Ausübung der Souveränitätsklausel im Falle ernsthafter und nicht lediglich vorübergehender Störungen im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem wird verfassungsrechtlich durch Art. 23 GG begründet. Der aus dieser Verfassungsnorm und der Präambel des Grundgesetzes folgende Verfassungsauftrag zur Verwirklichung eines vereinten Europas bedeutet insbesondere für die deutschen Verfassungsorgane, dass es nicht in ihrem Belieben steht, sich an der europäischen Integration zu beteiligen oder nicht. Das Grundgesetz will eine europäische Integration. Es

gilt deshalb der in der Verfassung verankerte *Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit*.²²⁶

Diese vorrangig die Verfassungsorgane bindenden Verpflichtungen durchdringen die gesamte deutsche Rechtsordnung und binden auch die zuständigen Behörden bei der Anwendung europarechtlicher Rechtsakte.

In diesem Zusammenhang gewinnt insbesondere die europarechtlich verankerte Souveränitätsklausel des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) 343/2003 Bedeutung. Das Bundesverfassungsgericht hat insbesondere in seiner europarechtlichen Rechtsprechung auf den Bedeutungswandel hingewiesen, welchen im Rahmen der *europäischen Integration* der traditionelle *Souveränitätsbegriff* erfahren habe. Danach *löst* sich das Grundgesetz von einer *selbstgenügsamen* sowie *selbstherrlichen Vorstellung souveräner Staatlichkeit* und kehrt zu einer Sicht auf die Einzelstaatlichkeit zurück, die *Souveränität* als „*völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit*“ auffasst. Souveräne Staatlichkeit steht danach für einen befriedeten Raum und die darin gewährleistete Ordnung auf der Grundlage individueller Freiheit und kollektiver Selbstbestimmung. „Der Staat ist weder Mythos noch Selbstzweck, sondern die historisch gewachsene, global anerkannte Organisationsform einer handlungsfähigen politischen Gemeinschaft.“²²⁷

5. Ergebnis

Damit kann die vom Bundesverfassungsgericht aufgeworfene Frage nach den Grenzen des Konzepts normativer Vergewisserung dahin beantwortet werden, dass dieses in Art. 16a GG verankerte verfassungsrechtlich begründete Konzept durch den verfassungsrechtlichen Integrationsauftrag des Art. 23 GG verdrängt wird. Durch Teilnahme an der europäischen Integration und in diesem Zusammenhang am Gemeinsamen Europäischen Asylsystem hat die Bundesrepublik ihr gesamtes Asylsystem den europarechtlichen Regelungen unterstellt. Die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung und damit auch das Konzept normativer Vergewisserung findet keine Anwendung. Die Drittstaatenregelung der Verfassung kann – aus sekundärrechtlicher Sicht – bereits deshalb keine Anwendung finden, weil auf Mitgliedstaaten, wie z.B. Griechenland, die Drittstaatenregelung des Art. 3 Abs. 3

²²⁶ BVerfGE 123, 267, 396 ff. – *Lissabon*; *Selmayr*, Endstation Lissabon?, in: ZEuS 2009637 (645).

²²⁷ BVerfGE 123, 267, 396 ff. – *Lissabon*.

Verordnung (EG) 343/2003 nicht anwendbar ist. Eine Berufung auf die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG wäre deshalb unvereinbar mit dem Rechtsanwendungsvorrang des Europarechts.

Zugleich zeigt das Europarecht im Sinne der Presseerklärung aus Anlass des ersten Eilrechtsbeschlusses des Bundesverfassungsgerichtes die maßgebende Lösung auf: Der europarechtliche Grundsatz der Solidarität (Erwägungsgrund Nr. 8 Verordnung (EG) Nr. 343/2003) verpflichtet die Mitgliedstaaten bei einer erheblichen Überlastung des Asylsystems eines Mitgliedstaates, zur Gewährleistung des Asylsuchenden im Gemeinschaftsgebiet zustehenden Schutzniveaus von der Souveränitätsklausel des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 Gebrauch zu machen und die Zuständigkeit für die Behandlung des Asylbegehrens zu übernehmen. Das Grundgesetz enthält eine entsprechende Verpflichtung in Art. 23 GG.

VII. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Eilrechtsschutz gegen Überstellungen an Mitgliedstaaten

1. Fragestellung des Gutachtens

Das Bundesverfassungsgericht will prüfen, ob und gegebenenfalls welche Vorgaben das Grundgesetz in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bei der Anwendung von § 34a Abs. 2 AsylVfG trifft, wenn Gegenstand des *Eilrechtsschutzantrags* eine beabsichtigte Abschiebung in einen nach der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 zuständigen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften ist.²²⁸ Einfachgesetzlicher Ausgangspunkt für diese verfassungsrechtliche Fragestellung ist, dass der Gesetzgeber des Richtlinienumsetzungsgesetzes mit Wirkung zum 28. August 2007 ein Asylbegehren, für dessen Behandlung ein anderer Mitgliedstaat zuständig ist, als „unzulässigen Asylantrag“ (vgl. § 27a AsylVfG) behandelt und für diesen Fall anordnet, dass eine Abschiebungsanordnung nach § 34a Abs. 1 AsylVfG mit der Folge

²²⁸ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; September 2009 – 2 BvQ 68/09, NVwZ 2009, 1281; BVerfG (Kammer); BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 5. November 2009 – 2 BvQ 77/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2

zu verfügen ist, dass der Eilrechtsschutz entfällt (vgl. § 34a Abs. 2 AsylVfG). Der in § 34a Abs. 2 AsylVfG geregelte Ausschluss des Eilrechtsschutzes beruht auf der verfassungsrechtlichen Norm des Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG. Der Gesetzgeber regelt damit die nach europarechtlichen Regelungen zu vollziehende Überstellung an einen anderen Mitgliedstaat nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen Drittstaatenregelung.

Bis zur Rechtsänderung wurden die Dublin-Verfahren innerstaatlich als unbeachtliche Asylanträge behandelt (§ 29 Abs. 3 AsylVfG a.F.). Sollte ein Asylsuchender an einen anderen Mitgliedstaat überstellt werden, war eine Abschiebungs*androhung* zu erlassen (vgl. § 35 Satz 2 AsylVfG a.F.), gegen die Eilrechtsschutz beantragt und auch gewährt werden konnte (vgl. § 36 Abs. 1 und 3 AsylVfG in Verb. mit § 80 Abs. 5 VwGO). Die Gesetzesänderung wurde damit begründet, dass Sachverhalte nach dem Dubliner System nach den Regelungen für sichere Drittstaaten behandelt werden sollen.²²⁹ Wie im Rahmen der materiellrechtlichen Untersuchungen festgestellt, können Überstellungen an andere Mitgliedstaaten aus europarechtlicher Sicht und damit wegen Art. 23 GG auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht nach Maßgabe der Drittstaatenregelung durchgeführt werden. Allerdings lässt Art. 19 Abs. 2 Satz 4, Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 zwar Eilrechtsschutz zu, jedoch unter dem Vorbehalt der Regelungen nach innerstaatlichem Recht (Art. 19 Abs. 2 Satz 4 3. Hs., Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 3. Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003).

Das Bundesverfassungsgericht stellt in den die Überstellung nach Griechenland betreffenden Beschlüssen das Eilrechtsschutzverfahren in das Zentrum des selbst gesetzten Prüfauftrags und bezieht sich in diesem Zusammenhang auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.²³⁰ Der Hinweis auf den sekundärrechtlich geregelten Eilrechtsschutz steht im Zusammenhang mit der Folgenabwägung, macht zugleich aber auch deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht sich

BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

²²⁹ BT-Drs. 16/5065, S. 416.

²³⁰ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 5. November 2009 – 2 BvQ 77/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

durch § 34a Abs. 2 AsylVfG nicht gehindert sieht, den Eilrechtsschutz im Rahmen von Rechtsbehelfen gegen die Überstellung eines Asylsuchenden an einen Mitgliedstaat zuzulassen. Eine nähere Vertiefung der Verbindung zwischen dem verfassungsrechtlichen und dem europarechtlichen Eilrechtsschutz kann der Entscheidungsbegründung entsprechend ihrem lediglich summarischen Charakter nicht entnommen werden. Für die Frage der Zulässigkeit des Eilrechtsschutzes wie auch für die Bestimmung des Umfangs der fachgerichtlichen Prüfung in derartigen Verfahren muss dieser Zusammenhang jedoch behandelt und für die Rechtsanwendung aufbereitet werden. In den nachfolgenden Untersuchungen wird deshalb zunächst die Funktion der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie für europarechtliche Sachverhalte in den Blick genommen. Die entsprechende Klärung des Schutzbereichs der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie wie auch eine Klärung der Frage, ob und in welchem Umfang nach Gemeinschaftsrecht Eilrechtsschutz zu gewähren ist, ist eine unerlässliche Voraussetzung, um die Frage entscheiden zu können, ob § 34a Abs. 2 AsylVfG mit der Verfassung und dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist und welche Folgen sich aus der Beantwortung dieser Frage für die Fachgerichtsbarkeit ergeben.

In diesem Zusammenhang wird auch untersucht, welche Funktion die sekundärrechtlichen Eilrechtsschutzregelungen in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 3. Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 3. Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 haben. Die Untersuchungen der materiellrechtlichen Fragen des Europarechts haben ergeben, dass die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung ihre europarechtliche Grundlage in Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 hat, die Überstellung an Mitgliedstaaten rechtlich jedoch nicht als Abschiebung in einen Drittstaat verstanden werden kann, vielmehr die Regelungen des Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 Anwendung finden. Andererseits ist umstritten, ob diese Regelungen den Mitgliedstaaten die Befugnis einräumen, den Eilrechtsschutz vollständig zu unterbinden. Diese Frage kann sachgerecht nur beantwortet werden, wenn zunächst die primärrechtlichen Vorgaben des Eilrechtsschutzes geklärt worden sind. Die Klärung der primärrechtlichen Grundlagen kann Aufschluss über die Funktion der sekundärrechtlichen Eilrechtsschutzregelungen liefern und in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG darüber hinaus auch die Frage einer Lösung zuführen, ob § 34a Abs. 2 AsylVfG Bestand haben kann, soweit er den Eilrechtsschutz gegen Überstellungen an Mitgliedstaaten ausschließt.

2. Funktion der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG

Die Vorschrift des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vermittelt dem Einzelnen ein subjektives Grundrecht auf Gewährleistung möglichst wirkungsvollen Rechtsschutzes. Als „Rechte“ im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, gegen deren behauptete Verletzung die Berufung auf das subjektive Grundrecht auf Rechtsschutzgewährleistung eröffnet wird, kommen nicht nur Grundrechte, sondern auch einfachgesetzlich gewährleistete Rechte in Betracht.²³¹ Denn Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG enthält eine Systementscheidung für den *Individualrechtsschutz*. Die Norm nimmt subjektive Rechte in ihren effektiven Schutzbereich auf und sichert sie grundrechtlich ab (*relativer Normbestandsschutz*).²³² Sie macht also die subjektiven Rechte zum Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens. Dem entspricht es, dass einerseits nicht nur Grundrechte, sondern alle subjektiven Rechte in den Schutzbereich einbezogen werden, da nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG der Weg zu den Gerichten nicht in „unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden“ darf.²³³ Zugang zu den Gerichten vermitteln auch einfachgesetzlich gewährleistete Rechte. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG sichert verfassungsrechtlich deren Durchsetzung durch gerichtlichen Rechtsschutz. Andererseits werden subjektive Rechte nicht durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG geschaffen, sondern vorausgesetzt.²³⁴

Funktion des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist nicht unmittelbar der Schutz der objektiven Rechtsordnung, sondern der Schutz subjektiver Rechte des Einzelnen (*Schutznormlehre*). Insoweit ist zwar nach wie vor die Reichweite dieser Lehre umstritten. Einigkeit besteht aber darin, dass die Norm das einfache Gesetz zum Anknüpfungspunkt für subjektive Rechte des Einzelnen macht und danach fragt, ob das Gesetz neben den mit ihm verfolgten allgemeinen

²³¹ BVerfGE 96, 110 (114 f.); Huber, in: von Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 369; Sachs, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 19 Rdn. 126; Ramsauer, in: Denninger u.a., AK-GG, 3. Aufl., 2001, Rdn. Art. 19 Abs. 4 Rdn. 59; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz. Kommentar, Band 1, 1996, Art. 19 IV Rdn. 43.

²³² Huber, in: von Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 369.

²³³ BVerfGE 44, 302 (305 f.); 49, 220 (256 f.).

²³⁴ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz. Kommentar, Band 1, 1996, Art. 19 IV Rdn. 43.

Interessen zumindest auch den Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist.²³⁵ Das Gesetz muss danach eine Person objektiv begünstigen, eine individuelle Begünstigung als solche bezwecken und die Durchsetzbarkeit der Rechtsfolge für die gezielt begünstigte Person intendieren.²³⁶

3. Funktion der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgewährleistung im Europarecht

Aus der verfassungsrechtlichen Funktion des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG folgt, dass dieser auch der Durchsetzung europarechtlich vermittelter Rechte dient.²³⁷ Das Verfassungsrecht wird also durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG mit dem Europarecht verschränkt. Der Europäische Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang in ständiger Rechtsprechung zur Stärkung des Individualrechtsschutzes ein *Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz* gegen Maßnahmen, die sich auf Richtlinien und Verordnungen stützen, anerkannt.²³⁸ Verbindungslinien zwischen dem Gemeinschaftsrecht und der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG folgen danach insbesondere daraus, dass Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, in ihren Verfahrens- und Prozessordnungen einen wirksamen Schutz der durch Gemeinschaftsrecht gewährten materiellen Schutzpositionen sicherzustellen.²³⁹

Nicht nur wegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, sondern auch aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen ist danach ein wirksamer Rechtsschutz zur Durchsetzung gemeinschaftsrechtlich vermittelter individueller Schutzpositionen sicherzustellen. Der dabei durch die nationalen Gerichte zu gewährende Schutz derartiger Rechtspositionen darf nicht schwächer ausfallen als der Schutz der durch das nationale Recht begründeten Rechte (*Äquivalenzprinzip*). Darüber hinaus darf die Inanspruchnahme der gemeinschaftsrechtlich begründeten Schutzpositionen nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden (*Effektivitätsprinzip*). Wegen des durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewährten hohen Rechtsschutzstandards wirken

²³⁵ Ausführlich zur Schutznormlehre *Huber*, in: *von Mangoldt/Klein*, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 389 – 409.

²³⁶ *Sachs*, in: *Sachs*, Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 19 Rdn. 129.

²³⁷ *Sachs*, in: *Sachs*, Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 19 Rdn. 126; *Huber*, in: *von Mangoldt/Klein*, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 410; *Ramsauer*, in: *Denninger u.a.*, AK-GG, 3. Aufl., 2001, Rdn. Art. 19 Abs. 4 Rdn. 68; *Schenke*, in: *Bonner Kommentar*, August 2009, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 74.

²³⁸ EuGH, Urt. vom 3. September 2008, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Rdn. 335 – *Kad und Al Barakat International Foundation*; so bereits EuGH, Urt. vom 11. Januar 2001, Rs. C-1/99 Rdn. 46 – *Kofisa Italia Srl*; EuGH, Urt. 27. 6. 2006 – Rs. C-540/03, Rdn. 35 f., NVwZ 2006, 1033 (1034) – *EP gegen Rat*.

sich diese verfassungsrechtlich begründeten Schutzprinzipien günstig auf den Schutz europarechtlich vermittelter Schutzpositionen in der Bundesrepublik aus.²⁴⁰ Während danach nach Europarecht der nationale Richter in der Lage sein muss, *einstweilige Anordnungen* zu erlassen, um die *volle Wirksamkeit* der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen, kommt der nationalen Rechtsschutzgewährleistung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG eine das europarechtliche Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz verstärkende und damit *dienende Funktion* zu.

Sofern aus Sekundärrecht individuelle Schutzpositionen des Einzelnen abgeleitet werden können, sichert danach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf nationaler Ebene die wirksame Durchsetzung dieser Rechte. Gewährt die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 individuelle Schutzpositionen, sind diese im nationalen Recht nach Maßgabe des Rechtsanwendungsvorrangs auch durchsetzbar und kann sich der Einzelne hierzu auch auf die nationale Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG berufen. § 34a Abs. 2 AsylVfG wäre mit diesen europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar, wenn Asylsuchende aus der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 individuelle Schutzpositionen ableiten können. Bevor diese Frage untersucht wird, ist jedoch ein europarechtliches Binnenproblem zu untersuchen. Dies zielt auf die Frage, wie die sekundärrechtlichen Eilrechtsschutzregelungen in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 3. Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 3. Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 auszulegen sind und ob sie den Mitgliedstaaten die Befugnis einräumen können, den Eilrechtsschutz vollständig auszuschließen. Die Untersuchung dieser spezifischen sekundärrechtlichen Rechtsschutzfrage setzt zunächst eine Vertiefung der Frage voraus, ob und gegebenenfalls welche Vorgaben das Primärrecht zur Regelung des Eilrechtsschutzes enthält.

²³⁹ Schenke, in: Bonner Kommentar, August 2009, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 74.

²⁴⁰ Schenke, in: Bonner Kommentar, August 2009, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 74, Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz. Kommentar, Band 1, 1996, Art. 19 IV Rdn. 22; Huber, in: von Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 410.

4. Primärrechtliche Begründung des Rechtsschutzes

a) Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz

Der Europäische Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung zur Stärkung des Individualrechtsschutzes ein *Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz* gegen Maßnahmen, die sich auf Richtlinien und Verordnungen stützen, anerkannt. Dieses Grundrecht sei Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergebe und in Art. 6 und 13 EMRK verankert sei. Er sei im Übrigen durch Art. 47 der Charta der Grundrechte bekräftigt worden.²⁴¹ Seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages gilt Art. 47 der Charta rechtlich gleichrangig neben den Verträgen als unmittelbar geltendes Primärrecht (Art. 6 Abs. 1 EUV). Statt unmittelbarer Integration der Charta in den Vertrag der Union wird damit ausdrücklich die Bindung der Union an die Rechte, Freiheiten und Grundsätze der Grundrechtscharta anerkannt und damit ein direkter Verweis auf die nunmehr unmittelbar rechtsverbindliche Grundrechtscharta verankert. Art. 6 Abs. 1 EUV wird damit zum „*Grundrechtsanerkennungstitel*.“²⁴²

Art. 47 Abs. 1 GRCh gewährt jeder Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Daneben tritt das vom Gerichtshof aus den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts mit Unionsverfassungsrang ausgestattete Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz. Dieses Grundrecht wurde bereits zuvor materiellrechtlich wie die anderen Grundrechte auch durch Art. 6 Abs. 2 EUV a.F. gesichert.²⁴³ Diese Norm knüpft an die zuvor bereits vom Europäischen Gerichtshof richterrechtlich entwickelten Grundrechte an. Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz hat damit eine zweifache Rechtsquelle. Die Gemeinschaftsgrundrechte binden zwar primär die von den Gemeinschaftsorganen ausgehende Hoheitsgewalt. Sie dienen darüber hinaus aber auch der rechtlichen Hegung der

²⁴¹ EuGH, Urt. vom 3. September 2008, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Rdn. 335 – *Kad und Al Barakat International Foundation*; so bereits EuGH, Urt. vom 11. Januar 2001, Rs. C-1/99 Rdn. 46 – *Kofisa Italia Srl*; EuGH, Urt. 27. 6. 2006 – Rs. C-540/03, Rdn. 35 f., NVwZ 2006, 1033 (1034) – *EP gegen Rat*.

²⁴² *Pache/Rösch*, Die neue Grundrechtsordnung der EU, in: EuR 2009, 769 (775, 785).

²⁴³ EuGH, Urt. 27. 6. 2006 – Rs. C-540/03, Rdn.36, NVwZ 2006, 1033 1034) – *EP gegen Rat*.

mitgliedschaftlichen Gewalt. Sofern sie Gemeinschaftsrecht unmittelbar durch zwingende Maßnahmen vollziehen, ist die Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich durch die Grundrechte gebunden, da sie in diesem Fall als „verlängerter Arm“ der Gemeinschaft anzusehen ist.

Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gewährleistet, dass die Normen des Gemeinschaftsrechts, die *unmittelbare Wirkung* haben, wirksam vor den nationalen Gerichten durchgesetzt werden können. Es obliegt den nationalen Gerichten, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben, entsprechend dem primärrechtlich verankerten Grundsatz der Mitwirkungspflicht die volle Wirkung seiner Bestimmungen zu gewährleisten, die sich für den Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergibt.²⁴⁴ Der nationale Richter trägt damit auch Verantwortung als europäischer Richter und hat als solcher die wirksame Durchsetzung der europäischen Grundrechte sicherzustellen.²⁴⁵ Zu diesem Zweck muss zunächst festgestellt werden, ob die im Einzelfall angewandte europarechtliche Norm unmittelbare Wirkung hat. Ist dies der Fall, hat der nationale Richter die volle Wirksamkeit der europarechtlich verbürgten Schutzpositionen sicherzustellen und kann sich der Betroffene zu diesem Zweck auf das primärrechtlich gewährleistete Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz berufen. Daraus folgt die zentrale Bedeutung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz. Denn angesichts der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten sind die nationalen Gerichte die einzigen und entscheidenden Instanzen, die in der Lage sind, wirksam die Durchsetzung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten zu sichern.

b) *Unmittelbare Wirkung des Unionsrechts*

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Frage, ob das Unionsrecht unmittelbare Wirkung zugunsten des Einzelnen entfaltet, ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Van Gend und Loos*. In dieser Entscheidung behandelte der Gerichtshof grundlegend die Wirkung primärrechtlicher Bestimmungen und stellte fest, dass der Vertrag

²⁴⁴ 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.

²⁴⁵ *Pache/Rösch*, *Die neue Grundrechtsordnung der EU*, in: *EuR* 2009, 769 (788).

mehr sei als ein Abkommen, das nur wechselseitige Verpflichtungen zwischen den vertragsschließenden Staaten begründe. Vielmehr stelle die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts dar. Es handele sich um eine Rechtsordnung, deren *Rechtssubjekte* nicht nur die Staaten, sondern auch die *Einzelnen* seien. Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht solle daher dem Einzelnen auch Rechte verleihen. Solche Rechte würden nicht nur begründet, wenn der Vertrag dies ausdrücklich bestimme, sondern auch aufgrund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten sowie den Organen der Gemeinschaft auferlege.²⁴⁶

Ob eine europarechtliche Norm unmittelbare Wirkung in diesem Sinne hat oder nicht, ist in erster Linie von ihrem Inhalt abhängig. Der Gerichtshof erkennt in diesem Zusammenhang den gemeinschaftsrechtlichen Normen unmittelbare Wirkung zu, die eindeutig, klar und unbedingte sind und keine weiteren Umsetzungsmaßnahmen erfordern.²⁴⁷ Der Einzelne kann sich danach vor den nationalen Gerichten nicht nur dann auf Normen des Gemeinschaftsrechts berufen, wenn diese ihm ausdrücklich subjektive Rechte verleihen. Es reicht vielmehr aus, dass eine hinreichend bestimmte und unmittelbar vollziehbare gemeinschaftsrechtliche Norm eine klare und eindeutige gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten enthält. Die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung von gemeinschaftsrechtlichen Normen geht also weit über die verwaltungsprozessuale Schutznormtheorie, welche die Klagebefugnis von der Geltendmachung der möglichen Verletzung eigener Rechte abhängig macht, hinaus. Eine gezielte Begünstigung des Einzelnen durch eine Norm wird daher nicht vorausgesetzt, vielmehr wird ein gerichtlich durchsetzbares subjektives Recht bereits begründet, wenn eine gemeinschaftsrechtliche Norm reflexartig Individualinteressen schützt.²⁴⁸

Sowohl Bestimmungen des primären wie des sekundären Gemeinschaftsrechts können unter der *Voraussetzung* unmittelbare Wirkung haben, dass sie eindeutig, genau und unbedingte sind. Die *Folge* der unmittelbaren Wirkung einer gemeinschaftsrechtlichen Norm ist die

²⁴⁶ EuGH, Urt. vom 5. Februar 1963, Rs. 26 – 62; Slg. 1963, 1 ff – *Van Gend und Loos*.

²⁴⁷ Vgl. nur EuGH, Urt. vom 10. Oktober 1973, Rs. C-34/73, Rdn. 8 – 10, Slg. 1973 S. 981 – *Variola*.

²⁴⁸ Weinzierl, Der Asylkompromiss 1993 auf dem Prüfstand, *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Hrsg.), 2009, S. 20; Dolk, Das Dublin-Verfahren in Deutschland, in: Beilage zum Asylmagazin 1-2/2008, 16 (18 f.).

Entstehung eines Rechts des Einzelnen, dass dieser vor den nationalen Gerichten durchsetzen kann. Diese Möglichkeit besteht selbst dann, wenn sie nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt sind.²⁴⁹ Die unmittelbare Wirkung hat also die Anerkennung der *Rechtssubjektivität* des Einzelnen im Gemeinschaftsrecht zur Folge. In Verbindung mit dem Anwendungsvorrang führt die unmittelbare Wirkung zu einer Verdrängung entgegenstehenden innerstaatlichen Rechts.²⁵⁰

Im Hinblick auf Verordnungen hat der Gerichtshof aus Art. 249 Abs. 2 EGV a.F. abgeleitet, dass Verordnungen allgemeine Geltung haben und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten. Schon nach ihrer Rechtsnatur und ihrer Funktion im Rechtsquellenystem des Gemeinschaftsrechts könnten sie also Rechte des Einzelnen begründen, welche die nationalen Gerichte schützen müssten.²⁵¹ Ob die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 unmittelbare Wirkung zugunsten von Asylsuchenden entfaltet, wird weiter unten untersucht. Ist dies der Fall können sich kraft des primärrechtlich gewährleisteten Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz Asylsuchende vor den nationalen Gerichten auf die unmittelbare Wirkung dieser Verordnung berufen.

Nach Maßgabe welcher Kriterien im Einzelnen gerichtlich durchsetzbare Ansprüche aus Gemeinschaftsrecht hergeleitet werden können, wenn nicht ausdrücklich subjektive Rechtsansprüche gewährt werden, ist bislang nicht abschließend geklärt. Verfolgt die in Frage stehende Rechtsnorm indes den Schutz typischer Individualschutzgüter und – interessen und ist derjenige, der sich auf diese Norm beruft, selbst betroffen, kann er seine Rechte und Interessen gerichtlich durchsetzen. Dies bedeutet, dass die Betroffenen in allen Fällen, in denen derart typische Individualschutzgüter in Frage stehen, in der Lage sein müssen, sich auf zwingende Vorschriften zu berufen, um ihre Rechte gegenüber Gerichten geltend machen zu können.²⁵²

Es muss also zunächst festgestellt werden, ob die im Einzelfall angewandte europarechtliche Norm unmittelbare Wirkung hat, da das europarechtliche Grundrecht auf effektiven

²⁴⁹ Schlussantrag des Generalanwalts Geelhoed, in der Rechtssache C-253/00, Rdn. 37 – *Munoz und Superior Fruiticola*.

²⁵⁰ *Callies/Ruffert*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., 2007, Art. 249 Rdn. 38.

²⁵¹ EuGH, Urt. vom 17. September 2002, Rs. C-253/00, Rdn. 27 – *Munoz und Superior Fruiticola*.

²⁵² EuGH, Urt. vom 30. Mai 1991, Rs. C-361/88, Rdn. 16 – *Kommission gegen Bundesrepublik*.

Rechtsschutz auf die Normen des Gemeinschaftsrechts zielt, die *unmittelbare Wirkung* haben. In aller Regel verleiht das Europarecht dem Einzelnen die Rechtsmacht, vom Mitgliedstaat und dessen Behörden seine Einhaltung im eigenen Interesse fordern und dies vor Gericht auch durchsetzen zu können. Nichts anderes aber ist das subjektive öffentliche Recht. Dass der Einzelne mit seiner Klage auch zur praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts beiträgt, schließt dies ebenso wenig aus wie der Umstand, dass jeder Individualrechtsschutz faktisch auch der objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwaltung dient.²⁵³

c) *Europarechtliche Reichweite der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG*

Sofern Gemeinschaftsrecht also Normen mit unmittelbarer Wirkung enthält, sichert Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf nationaler Ebene die wirksame Durchsetzung dieser Rechte. In diesem Zusammenhang wird die Frage diskutiert, ob es überhaupt gemeinschaftsrechtliche Berechtigungen gibt, die *ausschließlich* im Interesse der einheitlichen Geltung des Gemeinschaftsrechts eingeräumt sind und daher nicht zur Verleihung subjektiver öffentlicher Rechte zwingen. Dagegen wird eingewandt, dass das Gemeinschaftsrecht regelmäßig nicht zwischen „Rechten“ und sonstigen Individualinteressen unterscheide. Dies schon deshalb nicht, weil die Systementscheidung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und ihre prozessualen Auswirkungen auf europarechtlicher Ebene keine volle Entsprechung fänden. Da die Gemeinschaft zudem keine Kompetenz für das nationale Verwaltungsprozessrecht besitze, dürfte eine isolierte Zuerkennung isolierter Rechtspositionen – wie sie im nationalen Recht etwa in der altruistischen Verbands- oder Popularklage anerkannt sei – ausscheiden, jedenfalls auf seltene, geradezu systemwidrige Ausnahmen beschränkt bleiben.²⁵⁴

Andererseits wird darauf hingewiesen, dass es keinen Sinn mache, durch das Gemeinschaftsrecht vorgegebene Klagemöglichkeiten aus dem Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auszuschneiden und eine Zwischenkategorie „klagefähiger Rechtsreflexe“ zu schaffen, die der nationale Gesetzgeber des Prozessrechts in der Regel schon wegen des Diskriminierungsverbotes (Art. 9 EUV, Art. 6 Abs. 1 EUV in Verb. mit Art. 20, 21 GRCh, Art. 10, 18 AEUV) wie ein subjektives Recht zu behandeln hätte. Das bedeute freilich nicht, dass jeder gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten stets auch eine

²⁵³ Huber, in: von Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 410.

hinreichend bestimmte Individualberechtigung korrespondiere. Vielmehr müsse auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht stets geklärt werden, ob ein Rechtssatz im konkreten Fall tatsächlich *Individualbegünstigungen* vermitteln wolle.²⁵⁵

Dafür ist insbesondere eine (Interessen-) *Betroffenheit* zu fordern. Aber auch für das deutsche Verwaltungsprozessrecht stößt die Annahme, dass begünstigende normative Wirkungen lediglich Reflexcharakter haben, auf enge Grenzen aus der Verfassung, die im Wege verfassungskonformer Auslegung auf das einfache Recht einwirken und dazu führen können, dass ungeachtet gegenteiliger Absichten des Normengesetzgebers subjektive Rechte zuzuerkennen sind.²⁵⁶ Sofern sich danach aus dem Gemeinschaftsrecht subjektive öffentliche Recht herleiten lassen, wird die grundrechtliche Rechtsschutzgarantie durch die aus Art. 10 AEUV abgeleitete Pflicht der Mitgliedstaaten ergänzt, Rechtsschutz in einem Ausmaß zu gewähren, das die volle Wirksamkeit und die einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts sicherstellt.²⁵⁷

Aus europarechtlicher Sicht steht dem Einzelne danach das primärrechtlich gewährleistete Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz zur Verfügung. Zur Durchsetzung gemeinschaftsrechtlich vermittelter individueller Schutzpositionen vor den nationalen Gerichten gewährleistet ihm dazu in der Bundesrepublik Deutschland die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgewährleistung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG den erforderlichen Schutz.

d) Unmittelbare Wirkung der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 in den Mitgliedstaaten

aa) Funktion der Verordnung (EG) Nr. 343/2003

Nach den Erwägungsgründen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 steht diese im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen, wie sie insbesondere mit der Charta der Grundrechte anerkannt wurden. Sie zielt insbesondere darauf, die uneingeschränkte Wahrung des in Art.

²⁵⁴ Huber, in: von Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 411.

²⁵⁵ Huber, in: von Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 412.

²⁵⁶ Sachs, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 19 Rdn. 131.

²⁵⁷ Huber, in: von Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 412.

18 der Charta verankerten Rechts auf Asyl zu gewährleisten (Erwägungsgrund Nr. 15). Zu diesem Zweck soll das Gemeinsame Europäische Asylsystem allen *offen stehen*, die wegen besonderer Umstände rechtmäßig in der Gemeinschaft um Asyl nachsuchen (Erwägungsgrund Nr. 1). Auf kurze Sicht soll dieses System „eine *klare und praktikable Formel*“ für die Bestimmung des für die Behandlung des Asylbegehrens zuständigen Mitgliedstaates umfassen (Erwägungsgrund Nr. 3). Eine solche Formel sollte insbesondere eine rasche Bestimmung dieses Mitgliedstaates ermöglichen, „*um den effektiven Zugang*“ zum Asylverfahren zu gewährleisten und das Ziel einer zügigen Bearbeitung der Asylanträge nicht zu gefährden (Erwägungsgrund Nr. 4).

Die Verordnung ist damit als ein zentrales europarechtliches Instrument zur Gewährleistung des gemeinschaftlich anerkannten Rechts auf Asyl konzipiert worden, welches allen schutzbedürftigen Personen offen steht. Darüber hinaus will die Verordnung den wirksamen Zugang zum Asylverfahren und in diesem Zusammenhang die rasche Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates gewährleisten. Die Zuständigkeitsbestimmungen in Art. 4 bis 14 der Verordnung dienen diesem Ziel. Zwar liegt der Schwerpunkt einiger Bestimmungen eher auf den zwischen den Mitgliedstaaten bestehenden Beziehungen (z.B. Art. 9, 10, 11, 12 und 13), während bei anderen Bestimmungen der subjektive Schutzbezug offensichtlich ist (z.B. Art. 6, 7, 8 und 14). Alle Bestimmungen verfolgen indes das Ziel, den Zugang der Asylsuchenden zum Gemeinsamen Europäischen Asylsystem und damit den wirksamen Zugang zu einem Asylverfahren innerhalb der Gemeinschaft zu gewährleisten. Auch die eher die Interessen der Mitgliedstaaten befördernden Bestimmungen dienen dem Zweck, eine rasche Bestimmung dieses Mitgliedstaates zu ermöglichen, um den effektiven Zugang des Asylsuchenden zum Asylverfahren zu gewährleisten (Erwägungsgrund Nr. 4).

bb) Unmittelbare Wirkung der Zuständigkeitsbestimmungen

Die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 verfolgt damit durch konkrete Zuständigkeitsbestimmungen das Ziel, durch den Zugang zu einem Asylverfahren die schutzbedürftige Notlage der Asylsuchenden zu identifizieren und zu diesem Zweck innerhalb der Gemeinschaft zunächst ein verfahrensabhängiges Verbleibsrecht (Art. 7 RL 2005/85/EG) und nach endgültiger Klärung der Schutzbedürftigkeit ein Aufnahmerecht innerhalb der Gemeinschaft (Art. 24 RL 2004/83/EG) sicherzustellen. Diesem eindeutigen und präzisen

bestimmbaren sowie unbedingten Zweck dienen auch die Zuständigkeitsbestimmungen, sodass ihnen unmittelbare Wirkung zukommt. Auch die Verfahrensphase bis zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates, sei es nach Maßgabe der in Art. 4 bis 14 bezeichneten objektiven Kriterien, sei es auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 dient diesem Zweck. Denn auch in dieser Phase bedarf der Asylsuchende zureichender und wirksamer Schutzgarantien, damit rasch der zuständige Mitgliedstaat bestimmt und damit der Zugang zum Asylverfahren eröffnet wird.

Die Zuständigkeitsbestimmungen der Verordnung verfolgen damit generell und durch konkrete Regelungen das Ziel, humanitäre und menschenrechtskonforme Regelungen zur Durchsetzung der individuell geschützten Rechtsgüter von Asylsuchenden zu treffen, welche typischerweise bei der Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates betroffen sind und haben damit unmittelbare Wirkung.²⁵⁸ Dies folgt bereits aus der Grundrechtsintensität der Materie und der Pflicht des Gemeinschaftsgesetzgebers aus Art. 78 Abs. 2 AEUV (früher Art. 63 EGV), Regeln über die Zuständigkeit im Einklang mit der GFK und anderen relevanten menschenrechtlichen Abkommen zu erlassen.²⁵⁹ Dies bedeutet, dass Asylsuchende in allen Fällen, in denen aufgrund der Zuständigkeitsbestimmungen typische Individualschutzgüter in Frage stehen und diese eine klare und eindeutige gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten enthalten, in der Lage sein müssen, sich auf zwingende Vorschriften zu berufen, um ihre Rechte gegenüber Gerichten geltend machen zu können.²⁶⁰

Die Zuständigkeitsbestimmungen wollen damit im konkreten Fall tatsächlich Individualbegünstigungen vermitteln. Einige Bestimmungen können bereits nach ihrem Wortlaut dahin ausgelegt werden, dass sie dem Asylsuchenden subjektive Rechte verleihen. So stellt Art. 6 Abs. 1 auf das „Interesse des Minderjährigen“ und Art. 7 und 8 auf den „Wunsch“ der betroffenen Familienangehörigen“ ab und räumt Art. 14 diesen das Recht ein, ihr Interesse geltend zu machen, nicht getrennt zu werden. Der für die Auslegung von Art. 15 Abs. 1 maßgebende „familiäre oder kulturelle Kontext“ und die in diesem Zusammenhang angesprochene Abhängigkeit der Familienangehörigen voneinander bringen ebenfalls

²⁵⁸ So auch VG Düsseldorf, Urteil vom 10. Dezember 2009 – 18 K 718/09.A.

²⁵⁹ Weinzierl, Der Asylkompromiss 1993 auf dem Prüfstand, *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Hrsg.), 2009, S. 21.

²⁶⁰ Vgl. EuGH, Urt. vom 30. Mai 1991, Rs. C-361/88, Rdn. 16 – *Kommission gegen Bundesrepublik*.

subjektive Interessen ins Spiel. Aber auch die eher die allgemeinen Interessen der Mitgliedstaaten betreffenden Normen dienen zugleich auch den Interessen des Einzelnen. Ein typisches Beispiel hierfür stellen die Fristbestimmungen der Verordnung dar.

Die Fristbestimmung nach Art. 20 Abs. 1 Buchst. d) Verordnung (EG) Nr. 343/2003 verfolgt zwar vorrangig das Ziel, es den beiden betroffenen Mitgliedstaaten zu ermöglichen, sich im Hinblick auf die Durchführung der Überstellung des Asylsuchenden abzustimmen und zu diesem Zweck eine Frist zu bestimmen. Zugleich weist der Gerichtshof aber auch darauf hin, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht die Absicht gehabt habe, dem Erfordernis der zügigen Bearbeitung der Asylanträge „den gerichtlichen Schutz zu opfern“. Die Auslegung des Art. 20 Abs. 1 Buchst. d) Verordnung (EG) Nr. 343/2003 dürfe folglich nicht zu dem Ergebnis führen, dass sich die Mitgliedstaaten, die Rechtsbehelfen aufschiebende Wirkung zuerkennen würden, im Rahmen der Einhaltung des Gemeinschaftsrechts über die aufschiebende Wirkung der vorläufigen gerichtlichen Entscheidung hinwegsetzen müssten.²⁶¹

Hier wird der Zusammenhang zwischen den eher allgemeine Interessen der Mitgliedstaaten befördernden Fristbestimmungen und dem individuellen Rechtsschutz evident. Zwar entfällt dieser Zusammenhang bei den Mitgliedstaaten, die Rechtsbehelfen gegen Überstellungen keinen Suspensiveffekt zuerkennen. Jedoch dürfen die Mitgliedstaaten, die den Rechtsschutz gegen Überstellungen erschweren, gegenüber den anderen Mitgliedstaaten nicht begünstigt werden.²⁶² Aus Rechtsschutzgründen haben danach die Fristbestimmungen insgesamt unmittelbare Wirkung. Darüber hinaus geht im Falle des Fristablaufs die Zuständigkeit auf den ersuchenden Mitgliedstaat über (Art. 20 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003), sodass die Fristbestimmung individuelle Schutzwirkung für die Asylsuchenden hat, die die Übernahme dieser Zuständigkeit wünschen. Die Rechtsprechung erkennt folgerichtig eine subjektive Rechtsverletzung in den Fällen an, in denen die Voraussetzungen für die Fristverlängerung nach dieser Norm nicht erfüllt sind.²⁶³

²⁶¹ EuGH, Urt. vom 29. Januar 2009, Rs. C-19/08, Rdn. 40, 44. 48 - 51, InfAuslR 2009, 139 – *Petrosian*.

²⁶² VG Sigmaringen, Urteil vom 26. März 2009 – A 2 K 1821/08, AuAS 2009, 152 (155).

²⁶³ VG Ansbach, Urteil vom 16. April 2009 – AN 3 K 09.30012; VG Münster, Urteil vom 23. April 2008 – 8 K 1585/07.A, InfAuslR 2008, 372 (375); VG Sigmaringen, Urteil vom 26. März 2009 – A 2 K 1821/08, AuAS 2009, 152 (154 f.); VG Meiningen, Beschluss vom 8. Februar 2010 – 8 E 20009/10 Me; VG Meiningen,

Unabhängig davon, ob der Verordnung primär der Zweck der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Mitgliedstaaten oder primär der Zweck zugeschrieben wird, jedem Asylsuchenden nach Maßgabe des Rechtsstaatsprinzips und der internationalen Abkommen zum Schutze der Menschenrechte und Flüchtlinge den Zugang sowie die Durchführung eines Asylverfahrens zu sichern, wird in jedem Einzelfall der Asylsuchende durch eine an ihn gerichtete Überstellungsentscheidung stets unmittelbar persönlich betroffen und hat deshalb einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf die rechtmäßige Anwendung der Verordnung.²⁶⁴ Bekräftigt wird dies durch Erwägungsgrund Nr. 15 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 und dem darin eingeschlossenen Hinweis auf das primärrechtliche Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 6 Abs. 1 EUV in Verb. mit Art. 47 GRCh).

Insbesondere die Zuständigkeitsbestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003, welche die Rechte (unbegleiteter) Minderjähriger (Art. 4 Abs. 3 und Art. 6) und von Familienangehörigen (Art. 7, 8, 14 und 15) regeln, sind klar sowie eindeutig und betreffen unmittelbar den Asylsuchenden, dem aufgrund einer Überstellungsentscheidung die Zusammenführung mit seinen Angehörigen versagt wird.²⁶⁵ Bekräftigt wird dies durch Erwägungsgrund Nr. 6, wonach bei der Zuständigkeitsbestimmung grundsätzlich die Einheit der Familie gewahrt werden soll. Den Erwägungsgründen misst der Europäische Gerichtshof bei der Frage, ob eine europarechtliche Norm unmittelbare Wirkung zugunsten des Einzelnen hat, besondere Bedeutung bei.²⁶⁶ Darüber hinaus gehört das Recht auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK) zu den primärrechtlich geschützten Grundrechten (Art. 6 Abs. 1 EUV in Verb. mit Art. 7 GRCh), die traditionell nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützt werden.²⁶⁷ Dieses Recht beinhaltet auch die positive Verpflichtung, eine Person einreisen und sich dort aufhalten zu lassen.²⁶⁸ Danach ist offensichtlich, dass die Zuständigkeitsbestimmungen der Art. 4 Abs. 3, 6, 7, 8, 14 und 15 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 dem Schutz des

Beschluss vom 19. Februar 2010 – 5 E 20022/10 Me; so auch *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG II - § 27a Rdn. 264.

²⁶⁴ *Weinzierl/Hruschka*, Effektiver Rechtsschutz im Lichte deutscher und europäischer Grundrechte, in: NVwZ 2009, 1540 (1542 f.); a.A. *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG I - § 27a Rdn. 124, wonach die unmittelbare Wirkung für jede einzelne Vorschrift der Verordnung gesondert festzustellen ist.

²⁶⁵ *Weinzierl*, Der Asylkompromiss 1993 auf dem Prüfstand, *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Hrsg.), 2009, S. 21; *Funke-Kaiser*, in: G-AsylVfG II - § 27a Rdn. 125 ff.; *Bruns*, in: *Hofmann/Hoffmann*, Ausländerrecht. Handkommentar, 2008, § 27a AsylVfG Rdn. 19; a. A. *Schröder*, ZAR 2003, 126 (131).

²⁶⁶ EuGH, Urt. vom 17. September 2002, Rs. C-253/00, Rdn. 29 – *Munoz und Superior Fruiticola*

²⁶⁷ EuGH, Urt. 27. 6. 2006 – Rs. C-540/03, Rdn. 52, NVwZ 2006, 1033 (1034) – *EP gegen Rat*.

Familienlebens des Asylsuchenden dienen und damit unmittelbare Wirkung zu seinen Gunsten haben.

cc) *Unmittelbare Wirkung der Souveränitätsklausel nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003*

Aber auch die Handhabung der Souveränitätsklausel des Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 hat unmittelbare Auswirkungen auf den dadurch betroffenen Asylsuchenden und begründet daher ein subjektives Recht des Betroffenen.²⁶⁹ Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten bei einer erheblichen Überlastung des Asylsystems eines Mitgliedstaates die Zuständigkeit für die Behandlung eines Asylbegehrens zu übernehmen, verfolgt – wie ausgeführt – den Zweck, dem Asylsuchenden im Gemeinschaftsgebiet das ihm zustehende Schutzniveau zu gewährleisten. Bereits dies spricht dagegen, den Zweck der Souveränitätsklausel allein in der Beförderung öffentlicher Interessen zu sehen. Das Grundgesetz wie auch die Gemeinschaftsrechtsordnung haben sich von einer *selbstgenügsamen* sowie *selbstherrlichen Vorstellung souveräner Staatlichkeit* gelöst.²⁷⁰ Vielmehr wird die Staatsgewalt stets im Interesse des Einzelnen ausgeübt. Allerdings geht der Anspruch auf Ausübung der Souveränitätsklausel auf fehlerfreie Ermessensausübung, der indes unter bestimmten Umständen auf Null reduziert ist.²⁷¹ Beruft sich der Asylsuchende in schlüssiger Weise auf für ihn bedrohliche tatsächliche oder rechtliche Defizite im Asylsystem des zuständigen Mitgliedstaates, ist das Ermessen reduziert.

²⁶⁸ EuGH, Urt. 27. 6. 2006 – Rs. C-540/03, Rdn. 52 ff., NVwZ 2006, 1033 (1034) – *EP gegen Rat*.

²⁶⁹ VG Frankfurt am Main, Urteil vom 8. Juli 2009 – 7 K 4376/07.F.A(3), NVwZ 2009, 1176 (1177); VG Minden, Beschluss vom 2. Oktober 2009 – 1 L 533/09; VG Düsseldorf, Urteil vom 10. Dezember 2009 – 18 K 718/09.A; *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG II - § 27a Rdn. 134; *Filzwieser/Liebming*, Dublin II-Verordnung, 2. Aufl., 2007, S. 69; so auch VG Sigmaringen, Urteil vom 26. Oktober 2009 – A 1 K 1757/09, UA, S. 3; wohl auch OVG Rh-Pf, Beschluss vom 10. Dezember 2008 – 10 A 10918/08, InfAuslR 2009, 130 = NVwZ 2009, 404 (LS); OVG NW, Beschluss vom 7. Oktober 2009 – 8 B 1433/09.A, NVwZ 2009, 1571 (1573) = AuAS 2009, 273; VG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 13 L 1840/09.A, InfAuslR 2010, 85 (88); dagegen VG Cottbus, Urteil vom 20. Februar 2009 – 7 K 848/08. A, UA, S. 4, Selbsteintrittsrecht besteht allein im öffentlichen Interesse; offen gelassen VG Neustadt a.d.Weinstr., Beschluss vom 19. November 2008 – 3 L 1294/08.NW, BA, S. 3.

²⁷⁰ BVerfGE 123, 267, 381 ff. – *Lissabon*.

²⁷¹ VG Frankfurt am Main, Urteil vom 8. Juli 2009 – 7 K 4376/07.F.A(3), NVwZ 2009, 1176 (1177); *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG II - § 27a Rdn. 134.

dd) *Ergebnis*

Die Zuständigkeitsbestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 beruhen damit auf „einer klaren und praktikablen Formel“ für die Bestimmung des für die Behandlung des Asylbegehrens zuständigen Mitgliedstaates (Erwägungsgrund Nr. 3) und sind damit eindeutig, genau und unbedingt. Sie sind nicht um ihrer selbst willen, sondern zur raschen Identifizierung des zuständigen Mitgliedstaates und Durchführung eines Asylverfahrens zum Schutzes des Asylsuchenden erlassen worden. Daher kann sich der einzelne Asylsuchende vor den nationalen Gerichten auf die auch zu seinem Schutze erlassenen Zuständigkeitsbestimmungen berufen. Nach ihrer Rechtsnatur und ihrer Funktion im Rechtsquellen-system des Gemeinschaftsrechts begründet die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 also Rechte des Einzelnen, welche die nationalen Gerichte schützen müssen.²⁷² Diese Rechte verkörpern europarechtliche Rechtspositionen, die nach allgemeinen europarechtlichen Grundsätzen sowie nach Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 Buchst. e) Verordnung (EG) Nr. 343/2003 unbeschränkt vor nationalen Gerichten überprüfbar sein müssen. Eine Überstellung an einen anderen Mitgliedstaat kann deshalb die volle Wirksamkeit eines etwaigen Rechts, ein Asylverfahren in dem überstellenden Mitgliedstaat durchzuführen, hindern.²⁷³

5. *Primärrechtlicher Eilrechtsschutz zur Durchsetzung europarechtlicher Normen*

a) *Primärrechtliche Vorgaben zum Eilrechtsschutz*

Der Europäische Gerichtshof hat festgestellt, aus dem allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, dass alle Entscheidungen einer nationalen Behörde gerichtlich überprüfbar sein müssten, ergebe sich insbesondere im Hinblick auf die Aussetzung des Vollzugs der Entscheidung einer nationalen Behörde, dass ein mit einem nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasstes nationales Gericht in der Lage sein müsse, *einstweilige Anordnungen* zu erlassen, um die *volle Wirksamkeit* der späteren

²⁷² Vgl. EuGH, Urt. vom 17. September 2002, Rs. C-253/00, Rdn. 27 – *Munoz und Superior Fruiticola*.

²⁷³ *Weinzierl/Hruschka*, Effektiver Rechtsschutz im Lichte deutscher und europäischer Grundrechte, in: NVwZ 2009, 1540 (1542).

Gerichtssentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen.²⁷⁴

Der Gerichtshof begründet seine Auffassung damit, dass jede Bestimmung einer nationalen Rechtsordnung mit den in der Natur des Gemeinschaftsrechts liegenden Erfordernissen unvereinbar wäre, die dadurch zu einer Abschwächung der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts 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 Wirksamkeit der Gemeinschaftsnormen bildeten.²⁷⁵ Die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts würde daher auch dann abgeschwächt, wenn ein Gericht, das mit einem nach Gemeinschaftsrecht 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 Gerichtssentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht 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.²⁷⁶ Aus dem allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, dass alle Entscheidungen einer nationalen Behörde gerichtlich überprüfbar sein müssen, folgt damit insbesondere im Hinblick auf die Aussetzung des Vollzugs der Entscheidung einer nationalen Behörde, dass ein mit einem nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasstes nationales Gericht in der Lage sein muss, *einstweilige Anordnungen* zu erlassen, um die *volle Wirksamkeit* der späteren Gerichtssentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen.²⁷⁷ In diesem Sinne kommt der nationalen Rechtsschutzgewährleistung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG aus europarechtlicher Sicht *dienende Funktion* zu.

²⁷⁴ 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*.

²⁷⁵ 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*.

²⁷⁶ EuGH, Urt. vom 19. Juni 1990, Rs. C-213/89, Rdn. 21, Slg. 1990, I-02433 – *Factortame u.a.*

²⁷⁷ 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*.

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 gemeinschaftsrechtlich begründeter Rechtspositionen. Es obliegt den nationalen Gerichten, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben, entsprechend dem primärrechtlich verankerten Grundsatz der Mitwirkungspflicht die volle Wirkung seiner Bestimmungen zu gewährleisten, die sich für den Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergibt.²⁷⁸ Der nationale Richter übernimmt damit die Funktion eines europäischen Richters. Eine nationale Rechtsvorschrift, welche die Durchsetzung der vollen Wirksamkeit europarechtlicher Schutzpositionen im Eilrechtsschutzverfahren hindert, darf der nationale Richter nicht anwenden. Diese Verpflichtung trifft nach dem Anwendungsvorrang jeden nationalen Richter. Vor diesem Hintergrund kommt der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgewährleistung die Funktion zu, die Durchsetzung europarechtlich gewährleisteter individueller Schutzpositionen zu sichern.

b) Eilrechtsschutz im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003

aa) Vorbemerkung

Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Hs. wie auch Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter HS. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 stellen die Gewährung von Eilrechtsschutz in das Ermessen der Mitgliedstaaten, das heißt, die Zulässigkeit eines Eilrechtsschutzantrags gegen eine Überstellungsentscheidung ist davon abhängig, dass dieser nach dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten zulässig ist. Im Lichte des primärrechtlich gewährleisteten Eilrechtsschutzes gegen nationale Entscheidungen, die auf europarechtlicher Grundlage beruhen, werfen diese sekundärrechtlichen Regelungen erhebliche Probleme auf. Geht man davon aus, dass damit den Mitgliedstaaten die Befugnis eingeräumt wird, den Eilrechtsschutz gegen Überstellungen vollständig auszuschließen, würde es sich um primärrechtswidriges Sekundärrecht handeln. Dazu müssten diese Bestimmungen aber nach ihrem Wortlaut sowie

²⁷⁸ 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.

ihrer Zweckbestimmung nur die Auslegung zulassen, dass sie die Mitgliedstaaten ermächtigen, den Eilrechtsschutz nach ihrem nationalen Recht vollständig auszuschließen. Es ist aber fraglich, ob die Normen in diesem Sinne eindeutig sind.

Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend festgestellt, dass eine gemeinschaftsrechtliche *Verpflichtung zum Ausschluss des Eilrechtsschutzes* bei Überstellungen nicht bestehe. Vielmehr sehe das Gemeinschaftsrecht die *Möglichkeit* der Gewährung von Eilrechtsschutz gegen Überstellungen an den zuständigen Mitgliedstaat nach Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 selbst vor.²⁷⁹ Offen gelassen hat das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang aber die Frage, ob Gemeinschaftsrecht eine *Verpflichtung zur Gewährung von Eilrechtsschutz* enthält. Auf den Vorbehalt der nationalen Zulässigkeit des Eilrechtsschutzes, unter dem beide sekundärrechtliche Normen stehen, ist es nicht näher eingegangen. Die Frage des Eilrechtsschutzes wollte das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus zunächst nur anhand der Verfassungsbestimmungen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG prüfen.²⁸⁰ Inzwischen bezieht es in diesem Zusammenhang auch europarechtliche Vorschriften in seine Beschlussbegründungen ein.²⁸¹

Wie in den vorangegangenen Untersuchungen festgestellt, ist an die Stelle von Art. 16a GG der Europarechtsvorbehalt des Art. 23 GG getreten, sodass auch für die Frage des Ausschlusses des Eilrechtsschutzes bei Überstellungen (vgl. § 34 a AsylVfG) nicht Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG, sondern Art. 23 GG und damit Europarecht maßgebend ist. Allerdings weisen Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 – wie gesagt – darauf hin, dass der Eilrechtsschutz gegen

²⁷⁹ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 5. November 2009 – 2 BvQ 77/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

²⁸⁰ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 5. November 2009 – 2 BvQ 77/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09.

²⁸¹ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

Überstellungen nach innerstaatlichem Recht zulässig sein muss. Dieser war zunächst in der Bundesrepublik zulässig, mit Wirkung vom 28. August 2007 ist er jedoch nicht mehr zulässig (vgl. § 27a, § 34a AsylVfG). Für die weiteren Untersuchungen stellt sich daher zunächst die Frage, wie die Bestimmungen der Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 auszulegen sind, und in diesem Zusammenhang, welcher Rechtscharakter ihnen zukommt, sowie, ob diese Regelungen mit Primärrecht vereinbar sind.

bb) Entstehungsgeschichte von Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003

Nach Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 kann Eilrechtsschutz gegen die Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat beantragt werden, wenn dies nach innerstaatlichem Recht zulässig ist. Danach könnten diese Normen dahin verstanden werden, dass sie den Eilrechtsschutz gegen europarechtlich begründete Maßnahmen dem nationalen Ermessen anheim geben.

Im ursprünglichen Entwurf der Kommission wurde vorgeschlagen, dass gegen die Überstellung zwar ein gerichtlicher Rechtsbehelf eingelegt werden könne. Dieser habe jedoch keine aufschiebende Wirkung.²⁸² Aus dieser Formulierung wird geschlossen, dass die Kommission damit generell die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen gegen Überstellungsmaßnahmen habe ausschließen wollen,²⁸³ um die unverzügliche Überstellung sicherstellen zu können. Belegt wird diese Auslegung der entsprechenden Entwurfsbestimmungen nicht. Sie ist auch nicht zwingend. Die Kommission hatte in den Entwurfsregelungen der Art. 20 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 1 Buchst. f) vorgeschlagen, dass gegen die Entscheidung ein „gerichtlicher Rechtsbehelf eingelegt werden“ kann und im unmittelbaren Anschluss hieran ergänzend angefügt: *„Dieser Rechtsbehelf hat keine aufschiebende Wirkung auf die Durchführung der Überstellung“*. Begründet wurde dieser Vorschlag damit, dass aufgrund der Überstellung an einen anderen Mitgliedstaat „nicht die

²⁸² *Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines Asylantrages zuständig ist, den ein Staatsangehöriger eines dritten Landes in einem Mitgliedstaat stellt, KOM(2001) 447 endgültig 2001/0182/CNS, 26. Juli 2001, S. 40.*

²⁸³ *Schröder, ZAR 2003, 126 (131); Filzwieser/Liebinger, Dublin II-Verordnung, 2. Aufl., 2007, S. 144 f.; insoweit offen Funke-Kaiser, in: GK-AsylVfG II - § 34a Rdn. 90.*

Gefahr eines groben und schwer wiedergutzumachenden Schadens für die betreffende Person“ zu besorgen sei. Es sei daher „nicht erforderlich, dass deren Durchführung bis zum Abschluss des Streitverfahrens ausgesetzt wird.“

Der Wortlaut der Entwurfsbestimmungen lässt danach zwar die Auslegung zu, dass Überstellungen möglichst rasch vollzogen werden und deshalb der eingelegte Rechtsbehelf nicht automatisch Suspensiveffekt entfalten soll. Dass damit nach dem Willen der Kommission zugleich auch die Möglichkeit versperrt werden sollte, in einem gesonderten Verfahren beim zuständigen Gericht die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs gegen die Überstellung zu beantragen und durchzusetzen, kann dem Wortlaut des Entwurfs indes nicht entnommen werden. Der Kommissionsvorschlag kann vielmehr auch so verstanden werden, dass er eine Regelung wie etwa § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO einführen wollte. Danach „entfällt die aufschiebende Wirkung“ eines Rechtsbehelfs, wenn dies durch Gesetz bestimmt wird. Auch hier kommt einem Rechtsbehelf ebenso wie im Kommissionsentwurf nicht automatisch aufschiebende Wirkung zu. Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO, der sich ausdrücklich auf § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO bezieht, kann aber in einem gesonderten Verfahren die aufschiebende Wirkung beantragt werden. Dass im Kommissionsvorschlag eine mit § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO vergleichbare Regelung fehlt, kann nicht ohne greifbare Anhaltspunkte dahin ausgelegt werden, dass die Kommission damit den Eilrechtsschutz gegen Überstellungen habe ausschließen wollen. Für eine derartige Interpretation müssen Belege geliefert werden können. Sie würde der Kommission zudem ohne Not eine primärrechtswidrige Intention unterstellen.

Aus den Materialien kann kein Aufschluss hinsichtlich der geänderten Eilrechtsschutzbestimmungen gewonnen werden. Der in Kraft getretene Wortlaut wurde vielmehr ohne Begründung im Verlaufe der Diskussion eingeführt.²⁸⁴ Der Vorschlag der Kommission kann danach lediglich dahin verstanden werden, dass diese Rechtsbehelfen gegen Überstellungen nicht automatisch Suspensiveffekt zuerkennen wollte. Die Möglichkeit, in einem gesonderten Verfahren die aufschiebende Wirkung des eingelegten Rechtsbehelfs zu beantragen, wurde hingegen nicht behandelt. Der Entwurf war insoweit neutral. Das geltende Sekundärrecht hat den Vorschlag der Kommission in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1

²⁸⁴ Council of the European Union, Presidency Note, 25 November 2002, 14651/02, S. 22.

Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 übernommen und entsprechend dem Vorschlag des Rates klargestellt, dass Eilrechtsschutz ermöglicht wird, wenn dies nach nationalem Recht zulässig ist. Auch das Bundesverfassungsgericht weist darauf hin, dass die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 keine Verpflichtung zum Ausschluss des Eilrechtsschutzes enthalte, vielmehr die Möglichkeit der Gewährung von Eilrechtsschutz selbst vorsehe.²⁸⁵ Die den Mitgliedstaaten zugleich eingeräumten Befugnisse in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 2. Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 2. Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 ähnelt stark den Vorschriften des § 80 Abs. 5 Satz 1 in Verb. mit Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO und spricht für diese Interpretation.

cc) Auslegung des Wortlautes von Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003

Der Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 ist zweideutig: Geht man davon aus, dass die Kommission ursprünglich den Eilrechtsschutz habe vollständig ausschließen wollen, hätte der Vorbehalt in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 2. Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 2. Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 die Funktion der *Öffnung* für eine nationale Praxis, die über den vereinbarten Mindeststandard *hinausgeht*. Die Mitgliedstaaten, die den Eilrechtsschutz vollständig ausschließen, blieben danach im Einklang mit dem vereinbarten Mindeststandard der Verordnung.²⁸⁶ In diesem Fall stünde Sekundärrecht nicht mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz in Übereinstimmung.

Geht man hingegen davon aus, dass die Kommission zwar den automatischen Eintritt des Suspensiveffekts habe sperren, die in vielen Mitgliedstaaten geregelte Möglichkeit, den Suspensiveffekt in einem gesonderten Verfahren zu erstreiten, jedoch nicht habe ausschließen wollen, vielmehr vorausgesetzt habe, dass den Mitgliedstaaten diese Befugnis nicht genommen werden solle, erscheint Art. 19 Abs. 2 Satz 4 2. Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e)

²⁸⁵ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. September 2009 – 2 BvQ 56/09, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 5. November 2009 – 2 BvQ 77/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09.

²⁸⁶ So die Lesart von *Schröder*, ZAR 2003, 126 (131); *Filzwieser/Liebming*, Dublin II-Verordnung, 2. Aufl., 2007, S. 144 f.

Satz 4 2. Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 als normative Bekräftigung dieses Standards. Die Formulierung „nach Maßgabe ihres innerstaatlichen Rechts“ wäre der Rechtsprechung geschuldet, wonach die nationalen Gerichte „im Rahmen ihrer Zuständigkeit“ effektiven Rechtsschutz gegen gemeinschaftsrechtlich begründete Entscheidungen sicherzustellen haben²⁸⁷ und spricht für diese Lesart des Wortlautes. Die Formulierung, „wenn es nach ihrem innerstaatlichen Recht zulässig ist“, *eröffnet* bei dieser Auslegungsvariante den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, *unterhalb* des durch Sekundärrecht vereinbarten Mindeststandards *zu bleiben* und den Eilrechtsschutz völlig auszuschließen. In diesem Fall stünde eine *unterhalb* des sekundärrechtlich geregelten Standards verbleibende *nationale Praxis* nicht mit Primärrecht in Übereinstimmung. Ob das Sekundärrecht ebenfalls primärrechtswidrig wäre, weil es eine derartige nationale Praxis zuließe, wäre eine offene Frage.

Man kann also je nach der gewählten Interpretation den Wortlaut der bezeichneten Normen so lesen, dass einerseits nach Sekundärrecht grundsätzlich der Eilrechtsschutz ausgeschlossen ist, es sei denn (Öffnungsklausel), nach nationalem Recht ist die Möglichkeit, Eilrechtsschutz zu beantragen, zulässig. In diesem Fall gibt der *erste Halbsatz* von Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 den *sekundärrechtlichen Mindeststandard* – nämlich Ausschluss des Eilrechtsschutzes - vor und ergeben der *zweite und dritte Halbsatz* einen Sinnzusammenhang und stellen eine *Öffnungsklausel* für die Zulässigkeit des nationalen Eilrechtsschutzes dar. So versteht die Bundesregierung den Wortlaut und betont zugleich, sie habe von der Möglichkeit, Eilrechtsschutz gegen Überstellungsmaßnahmen zu gewährleisten, keinen Gebrauch gemacht.²⁸⁸ Man kann die Normen aber auch so verstehen, dass bereits das Sekundärrecht die Möglichkeit, Eilrechtsschutz zu beantragen, vorsieht. In diesem Fall wird der *erste und zweite Halbsatz* als ein Sinnzusammenhang verstanden, der Ausdruck des vereinbarten *Mindeststandard* ist. Der *dritte Halbsatz* erscheint dann als *Stillstandsklausel* für die Mitgliedstaaten, nach deren Recht der Eilrechtsschutz unzulässig ist, diese im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung bestehende Praxis (*Stillstand*) beizubehalten.

²⁸⁷ 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.

²⁸⁸ Vgl. BT-Drucksache 17/203 vom 15. Dezember 2009, S. 9.

Die Wortlautauslegung von Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 führt damit zu keinem eindeutigen Ergebnis. Ebenso unergiebig ist die Entstehungsgeschichte dieser Normen. Um die Funktion und den Sinnzusammenhang dieser sekundärrechtlichen Bestimmungen zu bestimmen, ist deshalb zunächst deren rechtlicher Charakter zu untersuchen. Dabei ist auch zu untersuchen, ob Sekundärrecht den Mitgliedstaaten abweichend vom Primärrecht das Recht einräumen kann, den Eilrechtsschutz auszuschließen oder ob nach dem Gebot gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung²⁸⁹ der Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 in Übereinstimmung mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz ausgelegt werden kann.

dd) Gemeinschaftsrechtlicher Charakter der Eilrechtsschutzregelungen in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003

Die Eilrechtsschutzbestimmungen in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 bezeichnen ein spezifisches Zusammenspiel von gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Regelungen im Bereich des Eilrechtsschutzes. Der Europäische Gerichtshof verwendet im Blick auf Regelungen, die ein derartiges Zusammenspiel steuern, den Begriff „Stillhalteklauseln.“²⁹⁰ Wie aus den vorstehenden Ausführungen folgt, erlauben Stillhalteklauseln den Mitgliedstaaten die Beibehaltung ihrer, den sekundärrechtlichen Standard *unterschreitenden* Praxis. Wendet man die Rechtsprechung des Gerichtshofes auf die Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung an, bedeutete dies, dass der Eilrechtsschutz nach Sekundärrecht zwar grundsätzlich vorgesehen ist, den Mitgliedstaaten jedoch erlaubt wird, ihre im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung hiervon abweichende Praxis, den Eilrechtsschutz auszuschließen, *beizubehalten*, sozusagen „einzufrieren“. Im Schrifttum wird hingegen im Blick auf die Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung der Begriff „Öffnungsklauseln“ verwendet.²⁹¹ Dies würde – wie vorstehend erläutert - bedeuten, dass Sekundärrecht eine Verpflichtung enthielte, den Eilrechtsschutz

²⁸⁹ S. hierzu von Bogdandy, Grundprinzipien des Unionsrechts, in: EuR 2009, 749 (755).

²⁹⁰ EuGH, Urt. 27. 6. 2006 – Rs. C-540/03, Rdn. 72, NVwZ 2006, 1033 1034) – *EP gegen Rat*, mit Bezug auf Art. 4 Abs. 1 letzter Unterabs. RL 2003/86/EG.

²⁹¹ Schröder, ZAR 2003, 126 (131).

auszuschließen, diese Bestimmungen den Mitgliedstaaten aber die Befugnis einräumten, über diesen Rechtsstandard hinauszugehen und den Eilrechtsschutz abweichend von der sekundärrechtlichen Verpflichtung zuzulassen. In diesem Fall *öffnen* die Klauseln den Weg zu einer nationalen Praxis, der über den Mindeststandard hinausgeht.

Die Strukturprinzipien, welche die auf Art. 63 EGV beruhenden Rechtsakte beherrschen, sprechen gegen die Charakterisierung der Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 als „Öffnungsklauseln“. Sämtliche Rechtsakte nach Art. 63 EGV sollen den Mitgliedstaaten den Prozess der Angleichung ihrer nationalen Rechtsvorschriften an einen verbindlich vorgegebenen Mindeststandard erleichtern, indem sie ihnen das Recht einräumen, ihre bisherige, den Mindeststandard unterschreitende Praxis beizubehalten. Sie enthalten damit Stillhaltekláuseln und keine Öffnungsklauseln. Dies spricht dafür, den sekundärrechtlichen Eilrechtsschutzbestimmungen den Charakter von „Stillhaltekláuseln“ zuzuweisen. Dementsprechend begründet der Gerichtshof die Zulässigkeit derartiger Klauseln mit den Schwierigkeiten, eine Angleichung der Rechtsvorschriften in einem Bereich vorzunehmen, der *bisher* in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten allein fiel.²⁹² So enthalten etwa insbesondere die Familienzusammenführungsrichtlinie (2003/86/EG), die Daueraufenthaltsrichtlinie (2003/109/EG) sowie die Qualifikationsrichtlinie (2004/83/EG) eine Vielzahl derartiger Klauseln.

Gewöhnlich wird den Mitgliedstaaten mit der Formulierung „abweichend davon kann ein Mitgliedstaat“ (z.B. Art. 4 Abs. 1 2. UAbs. RL 2003/86/EG) oder „die Mitgliedstaaten können“ (z.B. Art. 7 Abs. 2 RL 2003/86/EG; Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 und Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 1 RL 2003/109/EG, Art. 5 Abs. 3, Art. 8 Abs. 1 Art. 14 Abs. 4 und 5, Art. 23 Abs. 2 UAbs. 2, Abs. 5 RL 2004/83/EG) die Befugnis eingeräumt, nach ihrem Ermessen vom vereinbarten Mindeststandard abzuweichen. Demgegenüber formulieren Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Halbsatz und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Halbsatz Verordnung (EG) Nr. 343/2003 „wenn es nach ihrem innerstaatlichen Recht zulässig ist.“ Der semantische Unterschied bezeichnet zwar keinen Unterschied in der Sache, ist aber der unterschiedlichen Natur der Rechtsakte geschuldet. Während Richtlinien der Umsetzung durch einen mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt (Art. 249 Abs. 1 UAbs. 2 EGV, Art. 288 Abs. 1 UAbs. 1

²⁹² EuGH, Urt. 27. 6. 2006 – Rs. C-540/03, Rdn. 102, NVwZ 2006, 1033 1034) – *EP gegen Rat*.

AEUV) bedürfen und die bezeichneten Stillhalteklauseln den Mitgliedstaaten im Prozess der Umsetzung in ihr nationales Recht die Befugnis zur Unterschreitung des verbindlich vereinbarten Mindeststandards einräumen, gelten Verordnungen unmittelbar ohne mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt (Art. 249 Abs. 1 UAbs. 1 EGV, Art. 288 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV)).²⁹³ Mitgliedstaatliche Ausführungsakte oder verbindliche Auslegungsregeln sind unnötig und dann unzulässig, wenn sie die unmittelbare Geltung der Verordnung verbergen könnten.²⁹⁴

Die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 ist mit unmittelbarer Wirkung für die Mitgliedstaaten in Kraft getreten. Sie bedarf keines mitgliederschaftlichen Umsetzungsaktes, sodass den Mitgliedstaaten kein mittels Stillhalteklauseln überlassener Handlungsspielraum verbleibt, die Verordnung in nationales Recht umzusetzen. Vielmehr gilt diese im Umfang ihrer einzelnen Regelungen verbindlich und unmittelbar in den Mitgliedstaaten (Art. 288 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV). Während Stillhalteklauseln traditionell den eher flexiblen Umsetzungsprozess von Richtlinien in nationales Recht prägen, kommt ihnen im Blick auf Verordnungen die Funktion zu, den nationalen Teilbereich abzustechen, der nicht vom Anwendungsbereich der Regelungen der Verordnung erfasst wird. Im Schrifttum wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Eilrechtsschutzregelungen in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 auf nationales Recht verweisen und dem nationalen Gesetzgeber Entscheidungsspielräume einräumen.²⁹⁵ Dies ist so nicht zutreffend. Vielmehr nimmt die Verordnung eine im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens bestehende abweichende nationale Praxis hin. Der Umfang ihrer Regelungen ergreift diese nicht. Dem entspricht die Formulierung in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Halbsatz und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Halbsatz Verordnung (EG) Nr. 343/2003 „wenn es nach ihrem innerstaatlichen Recht zulässig ist.“ Ist der Eilrechtsschutz nach nationalem Recht nicht zulässig, nimmt die Verordnung dies hin. Ist er zulässig, entspricht das nationale Recht der Verordnung. Die Struktur des Zusammenspiels von Sekundärrecht und nationalem Recht, insbesondere die Formulierungen in den Eilrechtsschutzregelungen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 spricht danach für die Funktion dieser Regelungen als „Stillhalteklauseln“

²⁹³ Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., 2007, Art. 249 Rdn. 42; Gellermann, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl., 2003, § 33 Rdn. 18.

²⁹⁴ EuGH, Rs. 20/72, Rdn. 20/72, Slg. 1972, 1055– *Cobelex*.

²⁹⁵ Lehnert/Pelzer, ZAR 2010, 41 (45).

Stillhalteklauseln frieren aber nur die bisherige, abweichende nationale Praxis ein, ermächtigen die Mitgliedstaaten indes nicht, neue, abweichende Vorschriften nach dem Inkrafttreten der Verordnung einzuführen. Der Gerichtshof belässt den Mitgliedstaaten nur die Freiheit, in dem *Bereich*, der *bisher* in ihre Zuständigkeit allein fiel, abweichende Regelungen beizubehalten.²⁹⁶ Da dieser Bereich nunmehr vergemeinschaftet worden ist, spricht dies dagegen, nach dieser Vergemeinschaftung neue, abweichende Regelungen zu erlassen. Nur nationale Regelungen im Blick auf den nunmehr vergemeinschafteten Bereich, die vor der Vergemeinschaftung in Geltung waren, dürfen trotz der Abweichung vom vereinbarten Standard beibehalten werden. Gewöhnlich wird den Mitgliedstaaten mit der Formulierung „abweichend davon kann ein Mitgliedstaat“ (z.B. Art. 4 Abs. 1 2. Unterabs. RL 2003/86/EG) die Befugnis zur Beibehaltung ihrer abweichenden Praxis eingeräumt.

ee) Grundrechtskonforme Auslegung der Stillhalteklauseln in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003

Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Halbsatz und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Halbsatz Verordnung (EG) Nr. 343/2003 lassen es mit der Formulierung *“wenn es nach ihrem innerstaatlichen Recht zulässig ist“* zu, dass Mitgliedstaaten den Eilrechtsschutz gegen Überstellungen nach nationalem Recht vollständig ausschließen. Da der europarechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz und als dessen unmittelbarer Bestandteil das Recht auf Eilrechtsschutz gegen gemeinschaftsrechtlich begründete nationale Entscheidungen grundrechtlichen Charakter hat, nehmen die Eilrechtsschutzbestimmungen damit primärrechtswidriges nationales Recht hin, das heißt, sie schließen es nicht effektiv aus.

Unvergleichlich schärfer ist dieser Konflikt, wenn den Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung der Charakter von „Öffnungsklauseln“ für die Zulassung des Eilrechtsschutzes zugewiesen wird. Die Literaturmeinungen, welche Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 dahin auslegen, dass sie den Eilrechtsschutz ausschließen, können jedoch bereits deshalb nicht überzeugen, weil sie sich mit den

²⁹⁶ EuGH, Urt. 27. 6. 2006 – Rs. C-540/03, Rdn. 102, NVwZ 2006, 1033 1034) – *EP gegen Rat*.

primärrechtlichen Vorgaben in diesem Zusammenhang überhaupt nicht auseinandersetzen.²⁹⁷ Der Hinweis auf Art. 40 Abs. 3 Buchst. a) RL 2005/85/EG, der den Mitgliedstaaten freistellt, für das Rechtsbehelfsverfahren ein Verbleibsrecht einzuräumen,²⁹⁸ hilft nicht weiter, da nach Erwägungsgrund Nr. 29 RL 2005/85/EG die Verfahrensrichtlinie auf die Verfahren nach der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 keine Anwendung findet, ganz abgesehen davon, dass die Zulässigkeit dieser Verfahrensbestimmung mit Primärrecht fraglich ist.

Das Primärrecht steht an der Spitze der gemeinschaftsrechtlichen Normenhierarchie und hat dementsprechend Vorrang vor dem sekundären Gemeinschaftsrecht.²⁹⁹ Sekundärrechtliche Rechtsakte sind nach ihren Erwägungsgründen ausdrücklich im Lichte von Grundsätzen, insbesondere einzelner Grundrechte zu deuten. Erwägungsgrund Nr. 15 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 verweist ausdrücklich auf Grundrechte und Grundsätze, insbesondere die Grundrechtscharta und gibt als Auslegungsmethode vor, dass die Verordnung mit diesen „im Einklang steht.“ Daraus folgt, dass die Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung in Übereinstimmung mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz grundrechtskonform auszulegen und anzuwenden ist.

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, Sekundärrecht nach Maßgabe der Primärrechtskonformität auszulegen.³⁰⁰ Der Europäische Gerichtshof bindet die Mitgliedstaaten bei der Beibehaltung von Stillhalteklausein an die Grundrechte als integralen Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere an die Charta der Grundrechte, obwohl diese damals noch keinen primärrechtlichen Charakter hatte. Darüber hinaus verpflichtet der Gerichtshof die Mitgliedstaaten im Rahmen der Berufung auf Stillhalteklausein auf die in der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte verankerten Rechte.³⁰¹ Den Mitgliedstaaten werde bei der Berufung auf Stillhalteklausein zwar ein „begrenzter

²⁹⁷ Vgl. Schröder, ZAR 2003, 126 (131); Filzwieser/Liebmingler, Dublin II-Verordnung, 2. Aufl., 2007, S. 144 f.

²⁹⁸ Schröder, ZAR 2003, 126 (131 FN 73).

²⁹⁹ Gellermann, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl., 2003, § 33 Rdn. 4.

³⁰⁰ EuGH, Urt. vom 17. Dezember 1998 – Rs. C-186/96, Rdn. 35 – *Demand*; EuGH, Urt. vom 13. April 2000 – Rs. C-292/97, Rdn. 37, 63 – *Karlsson*; EuGH, Urt. vom 3. Oktober 2000 – Rs. C-411/98, Rdn. 47 – *Ferlini*; EuGH, Urt. vom 10. April 2003 – Rs. C-276/01, Rdn. 70, – *Steffensen*; EuGH, Urt. 27. 6. 2006 – Rs. C-540/03, Rdn. 60, NVwZ 2006, 1033 1034) – *EP gegen Rat* s. hierzu auch *Zorn/Twardozs*, DStR 2007, 2185 (2192); *von Bogdandy*, EuR 2009,749 (754 f.); *Möller*, NVwZ 2010, 225 (227).

Ermessensspielraum“ belassen. Sie müssten sich hierbei aber insbesondere an den europarechtlichen Grundrechten sowie den in der EMRK und im Pakt verankerten Rechten orientieren. Folglich könne eine Stillhalteklausele nicht dahin ausgelegt werden, dass sie die Mitgliedstaaten ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigte, Umsetzungsbestimmungen zu erlassen, die im Widerspruch zu diesen Rechten stehen.³⁰²

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist es Sache des nationalen Gerichts, das innerstaatliche Recht so auszulegen, dass es mit gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen übereinstimmt, wenn sich jemand auf unmittelbar geltende primärrechtliche Vorschriften beruft.³⁰³ Aus dieser Rechtsprechung hat sich der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung (vgl. auch Art. 10 EGV) entwickelt, der im Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Gemeinschaft besteht. Ist eine sekundärrechtliche Norm danach wie die Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 in ihrer Bedeutung mehrdeutig, dürfen die Mitgliedstaaten ihr nationales Recht nicht so auslegen, dass es primärrechtlichen Anforderungen zuwiderläuft, wenn auch eine primärrechtskonforme Auslegung möglich ist. Ausdrücklich weist der Gerichtshof darauf hin, dass die Mitgliedstaaten bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaftsrechtsordnung beachten und deshalb diese soweit wie möglich in Übereinstimmung mit diesen Erfordernissen anwenden müssen.³⁰⁴ Dies spricht dagegen, den Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung den Charakter von „Öffnungsklauseln“ für Mitgliedstaaten zuzuweisen, welche den Eilrechtsschutz nach ihrem nationalen Recht zulassen wollen. Eine derartige Auslegung dieser Bestimmungen setzte voraus, dass die Verordnung den Eilrechtsschutz grundsätzlich ausschließt. In diesem Fall verletzte Sekundärrecht das Primärrecht und wäre ungültig. Die in Übereinstimmung mit Sekundärrecht bestehenden nationalen Bestimmungen - wie etwa § 34a Abs. 2 AsylVfG - wären ebenfalls ungültig.³⁰⁵

³⁰¹ EuGH, Urt. 27. 6. 2006 – Rs. C-540/03, Rdn. 35 - 39, 102, NVwZ 2006, 1033 1034) – *EP gegen Rat*.

³⁰² EuGH, Urt. 27. 6. 2006 – Rs. C-540/03, Rdn. 62, 71, NVwZ 2006, 1033 1034) – *EP gegen Rat*.

³⁰³ EuGH, Urt. vom 4. Februar 1988 – Rs. 157/86, Rdn. 11, Slg 1988, 673 – *Murphy*; EuGH, Urt. vom 5. Oktober 1994 – Rs. C-165/91, Rdn. 34, Slg 1994, 4661 – *van Munster*; EuGH, Urt. vom 13. Dezember 1989 – Rs. 322/88, Rdn. 18, Slg 1989, 4407 – *Grimaldi*.

³⁰⁴ EuGH, Urt. vom 13. April 2000 – Rs. C-292/97, Rdn. 37 – *Karlsson*, unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. vom 24. März 1994 – Rs. C-2/92, Rdn. 16 – *Bostock*, Slg. 1994, I-955

Folgt man der zweiten Lesart und interpretiert die Klauseln dahin, dass Sekundärrecht grundsätzlich die Beantragung von Eilrechtsschutz ermöglicht, den Mitgliedstaaten indes die Befugnis einräumt, hiervon abzuweichen, besteht der Konflikt an sich nicht zwischen Primärrecht und Sekundärrecht, sondern zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, wenn ein Mitgliedstaat gegen Maßnahmen, die auf gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen beruhen, den Eilrechtsschutz ausschließt. Denn das Sekundärrecht stünde bei dieser Auslegung mit Primärrecht in Übereinstimmung, da es den Eilrechtsschutz gegen Überstellungsmaßnahmen an den zuständigen Mitgliedstaat zulässt (Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Die Klauseln der Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 sind also in Übereinstimmung mit Primärrecht so auszulegen, dass sie grundsätzlich den Eilrechtsschutz zulassen. Da der Grundsatz der grundrechtskonformen Auslegung den nationalen Richter verpflichtet, das Sekundärrecht in Übereinstimmung mit Primärrecht auszulegen, wenn es nach Wortlaut und Zweck eine derartige Auslegung zulässt, sind die Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung dahin auszulegen, dass sie die Mitgliedstaaten verpflichten, gegen Überstellungen den Eilrechtsschutz zuzulassen.

Fraglich bleibt bei dieser Auslegung angesichts der eindeutigen primärrechtlichen Vorgaben allerdings, ob die zugleich aus dem Sekundärrecht abgeleitete Befugnis, abweichende nationale Regelungen beizubehalten (Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003), gemeinschaftsrechtswidriges Sekundärrecht darstellt, weil das Sekundärrecht nicht eindeutig anordnet, dass der Ausschluss von Eilrechtsschutz unzulässig ist. Der Europäische Gerichtshof hat sich bislang mit dieser Frage noch nicht befasst. Lediglich im Zusammenhang mit der Überstellungsfrist nach Art. 20 Abs. 1 Buchst. d) Verordnung (EG) Nr. 343/2003 hat er die Folgen von Überstellungsmaßnahmen für die Fristberechnung geprüft, gegen die von vornherein aufschiebende Wirkung gewährt wird, ohne dass er in diesem Zusammenhang gezwungen war, zur Frage des Ausschlusses des Eilrechtsschutzes überhaupt Stellung zu nehmen.³⁰⁶ Eine irgendwie geartete Positionsbestimmung zu den Stillhaltesklauseln in Art. 19 Abs. 2 Satz 4

³⁰⁵ Zorn/Twardożs, Gemeinschaftsgrundrechte und Verfassungsgrundrechte im Steuerrecht, in: DStR 2007, 2185 (2187)

³⁰⁶ EuGH, Urt. vom 29. Januar 2009, Rs. C-19/08, Rdn. 48 ff., NVwZ 2009, 639 (640) – *Petrosian*.

und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 kann dem nicht entnommen werden.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass die Mitgliedstaaten bei der Auslegung und Anwendung ihrer innerstaatlichen Eilrechtsschutzregelungen nicht unter Berufung auf eine sekundärrechtliche Norm gegen die primärrechtliche Vorschrift des Art. 47 GRCh sowie gegen den entsprechenden allgemeinen Grundsatz verstoßen dürfen. Vielmehr haben sie ihr nationales Recht so auszulegen und anzuwenden, dass es mit gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen übereinstimmt, wenn sich jemand auf unmittelbar geltende primärrechtliche Vorschriften beruft.³⁰⁷ Nach dem Grundsatz, dass die primärrechtlichen Verpflichtungen nicht verletzt werden dürfen, ist den Mitgliedstaaten deshalb eine Berufung auf die Stillhalteklauseln des Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 verwehrt, weil dies auf eine primärrechtswidrige Anwendung des Sekundärrechts hinausläuft.

Die Kritik am Sekundärrecht zielt danach dahin, dass nicht ausdrücklich die dem gemeinschaftsrechtlichen Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz entgegenstehende Praxis der Mitgliedstaaten durch eine eindeutige sekundärrechtliche Regelung unterbunden worden ist. Andererseits geht Primärrecht dem sekundären Gemeinschaftsrecht vor.³⁰⁸ Da eine Auslegung der Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung möglich ist, wonach der Eilrechtsschutz nicht ausgeschlossen wird und nach dem Grundsatz der grundrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts diese Auslegung auch geboten ist, kann ein Konflikt mit Primärrecht nicht entstehen. Soweit die Kritik dahin geht, dass das Sekundärrecht den Mitgliedstaaten nicht ausdrücklich untersagt, den Eilrechtsschutz nicht auszuschließen, könnte argumentiert werden, dass bereits die doppelte Negation verdeutlicht, dass diese Kritik die Leistungskraft des Sekundärrechts überfordert. Aus sekundärrechtlicher Sicht ist vielmehr festzustellen, dass dieses ausdrücklich in Übereinstimmung mit Primärrecht den Eilrechtsschutz vorsieht und insbesondere den Mitgliedstaaten nicht untersagt, den Eilrechtsschutz auszuschließen. Wenn die Mitgliedstaaten ungeachtet dessen unter

³⁰⁷ EuGH, Urt. vom 4. Februar 1988 – Rs. 157/86, Rdn. 11, Slg 1988, 673 – *Murphy*; EuGH, Urt. vom 5. Oktober 1994 – Rs. C-165/91, Rdn. 34, Slg 1994, 4661 – *van Munster*; EuGH, Urt. vom 13. Dezember 1989 – Rs. 322/88, Rdn. 18, Slg 1989, 4407 – *Grimaldi*.

³⁰⁸ *Gellermann*, in: *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl., 2003, § 33 Rdn. 4.

Bezugnahme auf die StillhalteklauseIn den Eilrechtsschutz gegen Maßnahmen, die auf gemeinschaftsrechtlicher Grundlage beruhen, ausschließen, verletzen sie Gemeinschaftsrecht, nämlich Primärrecht.

Damit erweist sich, dass die StillhalteklauseIn des Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 leer laufen. Den Mitgliedstaaten wird gemeinschaftsrechtlich nicht die Befugnis eingeräumt, den Eilrechtsschutz auszuschließen, weil dies gegen Primärrecht verstößt (vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV in Verb. mit Art. 47 GRCh). Der einzige Zweck dieser KlauseIn besteht darin, den Mitgliedstaaten, die den Eilrechtsschutz gegen Überstellungsmaßnahmen ausgeschlossen haben, die Beibehaltung dieser Praxis zu erlauben. Die Beibehaltung dieser Praxis ist aber nicht zulässig, weil sie Primärrecht verletzt. Vielmehr sind die Mitgliedstaaten aufgrund von Primärrecht verpflichtet, im Falle der Einlegung von Rechtsbehelfen gegen Überstellungsentscheidungen zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts die Möglichkeit der Beantragung von Eilrechtsschutz zuzulassen.

Nunmehr empfiehlt die Kommission im Ergänzungsvorschlag zur Verordnung die Einführung einen neuen Art. 26. Danach haben von Überstellungsmaßnahmen betroffene Asylsuchende das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, diesen eine angemessene Zeit für die Einlegung des Rechtsbehelfs einzuräumen. Nach dessen Einlegung muss der Mitgliedstaat innerhalb von sieben Tagen von Amts wegen über den weiteren Aufenthalt eine Entscheidung treffen.³⁰⁹ Sofern der Kommissionsvorschlag so zu verstehen ist, dass gegen die Versagung des Verbleibsrechts der Eilrechtsschutz zugelassen wird, stünde er mit Primärrecht in Übereinstimmung.

ff) Gemeinschaftsrechtliche Rechtsfolgen für § 34a Abs. 2 AsylVfG

Die Berufung auf die StillhalteklauseIn der Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 war für die Bundesrepublik im

³⁰⁹ Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country-national or a stateless person, COM(2008)820; S. 45 f.

Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung, am 1. September 2003 (vgl. Art. 29 Abs. 1), nicht relevant. In diesem Zeitpunkt galten die Vorschriften der § 29 Abs. 3, § 35 AsylVfG a.F. und § 36 AsylVfG, die es den von einer Überstellungsmaßnahme (Art. 19 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 343/2003, § 35 AsylVfG a.F.) betroffenen Asylsuchenden ermöglichten, hiergegen Eilrechtsschutz zu beantragen (vgl. § 35 AsylVfG a.F. in Verb. mit § 36 Abs. 1 und 3 AsylVfG). Zwar bestimmte § 29 Abs. 3 Satz 2 AsylVfG a.F., dass § 26a Abs. 1 AsylVfG unberührt blieb. Entgegen der in der Rechtsprechung vereinzelt vertretenen Auffassung, dass damit auch im Rahmen des Völkerrechtsvorbehaltes des Art. 16a Abs. 5 GG die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG als „*alternative Handlungsmöglichkeit*“ verfügbar bleiben sollte,³¹⁰ folgte der völkerrechtliche Vorbehalt – wie bereits weiter oben ausgeführt wurde - anderen Gesetzmäßigkeiten als die Drittstaatenregelung.

Die bezeichnete Rechtsprechung verkannte darüber hinaus bereits damals, dass Art. 16a Abs. 5 GG die Regelung des Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG verdrängte.³¹¹ Wird hingegen entgegen dieser Rechtsprechung davon ausgegangen, dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung nach § 29 Abs. 3 Satz 2 in Verb. mit § 36a, § 34a Abs. 2 AsylVfG a.F. eine Wahlmöglichkeit bestanden hatte, entweder an den zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen (vgl. § 29 Abs. 3 Satz 1 in Verb. mit § 35 Satz 2 AsylVfG a.F.) oder in einen sicheren Drittstaat abzuschicken (§ 29 Abs. 3 Satz 2 in Verb. mit §§ 26a, 34a Abs. 1 AsylVfG a.F.), bedarf es nach dem selbst gesetzten Prüfauftrag des Bundesverfassungsgerichtes keiner Vertiefung dieser Frage. Denn das Bundesverfassungsgericht will ausschließlich die Frage des Eilrechtsschutzes gegen die Überstellung an Mitgliedstaaten klären,³¹² nicht aber die Frage des Eilrechtsschutzes gegen die Abschiebung in sichere Drittstaaten. Bei Überstellungen an Mitgliedstaaten fand die Regelung des § 29 Abs. 3 Satz 2 in Verb. mit § 26a AsylVfG a.F. am 1. September 2003 jedoch keine Anwendung. Vielmehr war in diesem Fall nach § 29 Abs. 3 Satz 1 in Verb. mit § 35 Satz 2 AsylVfG a.F. Eilrechtsschutz nach § 36 Abs. 3 AsylVfG in Verb. mit § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren.

³¹⁰ So OVG NW, NVwZ 1997, 1141 (1142), OVG NW, InfAuslR 2001, 94 = NVwZ-Beil. 2000, 150; Löper, ZAR 2000, 16 (19); dagegen Marx, Kommentar zum AsylVfG, 6. Aufl., 2005, § 29 Rdn. 93.

³¹¹ BVerfGE 94, 49 (86) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700.

³¹² BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer); BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ

Damit steht fest, dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 in der Bundesrepublik Deutschland der Eilrechtsschutz gegen Überstellungen an Mitgliedstaaten zugelassen war. Für den Ausschluss des Eilrechtsschutzes mit Wirkung zum 28. August 2007 durch § 27a in Verb. mit § 34 a AsylVfG konnte sich der Gesetzgeber des Richtlinienumsetzungsgesetzes damit nicht auf Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Halbsatz Verordnung (EG) Nr. 343/2003 berufen. Vielmehr ist § 34a Abs. 2 AsylVfG deshalb gemeinschaftsrechtswidrig, weil er bereits keine Rechtsgrundlage in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Halbsatz Verordnung (EG) Nr. 343/2003 findet. Im Übrigen darf der deutsche Richter § 34a Abs. 2 AsylVfG bezogen auf Überstellungen nicht anwenden, weil er in Übereinstimmung mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz den Eilrechtsschutzantrag zu behandeln hat.

6. *Konventionsrechtliche Begründung des Eilrechtsschutzes*

a) *Vorbemerkung*

Der Europäische Gerichtshof bindet die Mitgliedstaaten bei der Beibehaltung von Stillhalteklauseln insbesondere an die Rechte aus der EMRK.³¹³ In diesem Zusammenhang hebt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die besondere Rolle des Europäischen Gerichtshofes für den Grundrechtsschutz in den Mitgliedstaaten hervor. Wenn und soweit Gemeinschaftsrecht einen mit der Konvention vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleiste, spreche eine Vermutung für die Übereinstimmung von Gemeinschaftsrecht mit der Konvention.³¹⁴ Damit haben die Mitgliedstaaten bei der Berufung auf die Stillhalteklauseln des Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 auch die sich aus der EMRK folgenden Anforderungen zu berücksichtigen. Wie bereits oben ausgeführt, binden die materiellrechtlichen Verpflichtungen aus der EMRK die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Überstellungsmaßnahmen. Im nachfolgenden soll deshalb untersucht werden, welche

68/98; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 5. November 2009 – 2 BvQ 77/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09.

³¹³ EuGH, Urt. v. 27. Juni 2006 – Rs. C-540/03, Rdn. 35 - 39, 102, NVwZ 2006, 1033 1034) – *EP gegen*

Rat.

³¹⁴ EGMR, Urt. v. 30. Juni 2005 – Nr. 45036/98, Rd. 30 ff. – *Bosphorus Hava Yollari Turizm.*

Folgerungen sich aus dem Recht auf wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK für die Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 ergeben.

b) *Reichweite von Art. 13 EMRK*

Nach Art. 13 EMRK hat jede Person das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde einzulegen, wenn sie in einem ihrer in der Konvention anerkannten Rechten verletzt worden ist. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte garantiert Art. 13 EMRK die Verfügbarkeit einer Beschwerdemöglichkeit auf nationaler Ebene zur Durchsetzung der Substanz der Rechte und Freiheiten der Konvention, in welcher Form auch immer sie in der nationalen Rechtsordnung geschützt sein mögen. Folglich sei die Wirkung dieser Norm, die Einrichtung einer Beschwerdemöglichkeit im nationalen Recht zu erlangen, die den zuständigen Behörden erlaube, sich mit dem Gegenstand der betreffenden Konventionsbeschwerde zu befassen und geeignete Abhilfe zu gewähren, auch wenn den Vertragsstaaten ein gewisses Ermessen zuzusprechen sei, wie sie ihren Verpflichtungen aus dieser Bestimmung nachkämen.³¹⁵

Das Recht auf eine wirksame Beschwerde ist ein „*subjektives*“ Recht, das als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips eines der grundlegenden Prinzipien bezeichnet, die allen Bestimmungen der Konvention immanent sind.³¹⁶ 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.³¹⁷ 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.³¹⁸

³¹⁵ EGMR, Urt. v. 11. Juli 2000 – Nr. 40035/98, Rdn. 48, NVwZ-Beil. 2001, 97 (99) = InfAuslR 2001, 55 – *Jabari*; EGMR, Urt. v. 11. Dezember 2000 – Nr. 42502/06, Rdn. 99 – *Muminov*.

³¹⁶ EGMR, Urt. v. 5. Februar 2002 – Nr. 51564/99, Rdn. 83, – *Conka*.

³¹⁷ EGMR, Urt. v. 2. Dezember 2008 – Nr. 32733/08, Rdn. 48, NVwZ 2009, 965 (966) – *K.R.S.*

³¹⁸ EGMR, Urt. v. 11. Dezember 2000 – Nr. 42502/06, Rdn. 102 – *Muminov*.

Um sich auf Art. 13 EMRK zu berufen, muss die Behauptung der Rechtsverletzung „vertretbar“ („*arguable*“) sein.³¹⁹ Ähnlich wie im deutschen Verwaltungsprozessrecht die Zulässigkeit der Klage die Behauptung der Möglichkeit einer Rechtsverletzung des Klägers voraussetzt, wird danach der Zugang zu einer wirksamen Beschwerdemöglichkeit von einem Sachvorbringen abhängig gemacht, wonach der Antragsteller ernsthafte Gründe für die Besorgnis bezeichnen muss, dass tatsächlich die Gefahr einer Konventionsverletzung besteht. Aus dieser Rechtsprechung folgt damit, dass die Mitgliedstaaten gegen die Durchsetzung von Überstellungsmaßnahmen nach der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 in ihrem Rechtssystem den Zugang zu einer unabhängigen Beschwerdeinstanz und eine sorgfältige Prüfung der Beschwerdegründe sicherstellen müssen. Dabei muss der Antragsteller die Konventionsrechte nicht bezeichnen. Vielmehr reicht es aus, dass sein Beschwerdevorbringen in der Substanz die Behauptung einer Verletzung von Konventionsrechten enthält. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes folgt damit die Notwendigkeit einer *individuellen Prüfung* in jedem konkreten Einzelfall.³²⁰

Da die Konvention das Recht auf Asyl nicht anerkennt, andererseits den Asylbegehren in der Verwaltungspraxis in der Regel die Behauptung immanent ist, im Herkunftsland Folter oder unmenschlicher Behandlung ausgesetzt zu werden, muss vor einer Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat dieser Behauptung sorgfältig nachgegangen werden. Wie bereits ausgeführt, können sich die Mitgliedstaaten in diesem Zusammenhang nicht automatisch auf die Zuständigkeitsbestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 berufen. Vielmehr wäre es unvereinbar mit Ziel und Zweck der EMRK, wenn die Mitgliedstaaten sich dadurch von den sie treffenden Verpflichtungen aus der EMRK befreien könnten.³²¹ Darüber hinaus können sich die von der Überstellung betroffenen Asylsuchenden wegen ihrer dadurch beeinträchtigten individuellen und familiären Belange auch auf das Recht auf Privatleben und Familienleben nach Art. 8 EMRK berufen.

³¹⁹ EGMR, Urt. v. 11. Dezember 2000 – Nr. 42502/06, Rdn. 99 – *Muminov*.

³²⁰ *Weinzierl*, Der Asylkompromiss 1993 auf dem Prüfstand, *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Hrsg.), 2009, S. 14.

³²¹ EGMR, Urteil vom 7. März 2000 – Nr. 43844/88 - *T.I gegen Vereinigtes Königreich*, EZAR 933 Nr. 8 = InfAuslR 2000, 321 (323) = NVwZ 2001, 301 (302); EGMR, Urteil vom 2. Dezember 2008 – Nr. 32733/08, - *K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich*, NVwZ 2009, 965 (966).

c) *Recht auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs*

Der Gerichtshof leitet aus dem Begriff der wirksamen Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK auch ein Recht auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs ab. Der nach dieser Norm erforderliche Rechtsbehelf müsse „wirksam“ sein, und zwar sowohl nach den Rechtsvorschriften wie in der Praxis. Er müsse garantiert werden und dürfe nicht nur in einer Absichtserklärung oder einer praktischen Absprache bestehen. Daraus folge, dass er „*automatisch aufschiebende Wirkung haben*“ müsse.³²² Dass die Vertragsstaaten die Möglichkeit einräumten, die Rechtmäßigkeit der Abschiebung in einem gerichtlichen Verfahren anzugreifen, genüge nicht, wenn dieses Verfahren kein Recht zur Aussetzung der Vollstreckung gebe.³²³

Soweit die Möglichkeit der Aufhebung der Maßnahme in Frage steht, ist es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes im Blick auf Verwaltungsentscheidungen, die Art. 3 EMRK zuwiderlaufende irreversible Folgen haben können, unvereinbar mit Art. 13 EMRK, dass diese vollzogen werden, bevor die zuständigen nationalen Instanzen deren Vereinbarkeit mit der Konvention überprüft haben, auch wenn den Vertragsstaaten im Blick auf die Ausgestaltung dieser Verfahren ein gewisses Ermessen eingeräumt wird. Daraus folgt, dass Rechtsmittel aufschiebende Wirkung haben müssen.³²⁴ Es genügt nicht, dass der Beschwerdeinstanz die Möglichkeit eingeräumt wird, die Vollziehung der Maßnahme nach Ermessen auszusetzen. Denn Art. 13 EMRK stellt eine Garantie dar, erschöpft sich damit nicht in einer Absichtserklärung oder praktischen Absprache.³²⁵

Der Gerichtshof hat danach wiederholt und ohne Einschränkungen gefordert, Rechtsmittel gegen Maßnahmen, gegen die mit der vertretbaren Behauptung, durch deren Vollzug einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung ausgesetzt zu werden, *automatisch* mit *Suspensiveffekt* auszustatten.³²⁶ Es reicht insoweit nicht aus, dass in einem

³²² EGMR, Urteil vom 2. Dezember 2008 – Nr. 32733/08, - *K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich*, NVwZ 2009, 965 (966).

³²³ EGMR, Urt. v. 11. Juli 2000 – Nr. 40035/98, Rdn. 49, NVwZ-Beil. 2001, 97 (99) = InfAuslR 2001, 55 – *Jabari*.

³²⁴ EGMR, Urt. v. 11. Dezember 2000 – Nr. 42502/06, Rdn. 102 – *Muminov*.

³²⁵ EGMR, Urt. v. 5. Februar 2002 – Nr. 51564/99, Rdn. 83, – *Conka*.

³²⁶ *Weinzierl*, Der Asylkompromiss 1993 auf dem Prüfstand, *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Hrsg.), 2009, S. 14.

Eilrechtsschutzverfahren die aufschiebende Wirkung beantragt werden kann. Diese Rechtsprechung umfasst sowohl Abschiebungen³²⁷ wie auch Zurückweisungen an der Grenze. Ausdrücklich erklärte der Gerichtshof bezogen auf das Schnellverfahren im Transitbereich, in dem der beim zuständigen Richter eingelegte Rechtsbehelf nicht automatisch aufschiebende Wirkung hatte, dass dieses den Anforderungen von Art. 13 EMRK nicht genüge.³²⁸ Ein Verfahren, in dem die aufschiebende Wirkung erst beantragt werden muss, bietet im Hinblick auf die durch Art. 3 EMRK absolut garantierten Rechte nach Ansicht des Gerichtshofes keine ausreichende Sicherheit. Fehlentscheidungen seien insbesondere in Eilrechtsschutzverfahren nie auszuschließen. Daher fehle eine hinreichende Garantie für die Gewährung des nach der Konvention geforderten vorläufigen Rechtsschutzes, wenn eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung fehle.³²⁹

d) *Funktion von Art. 13 EMRK im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem*

Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte folgt damit, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 13 EMRK gegen die Durchsetzung von Überstellungsmaßnahmen nach der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 in ihrem Rechtssystem den Zugang zu einer unabhängigen Beschwerdeinstanz und eine sorgfältige Prüfung der Beschwerdegründe sicherstellen müssen. Darüber hinaus müssen die Vertragsstaaten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes für Menschenrechte Rechtsbehelfen aufschiebende Wirkung zukommen lassen. Entgegenstehende nationale Regelungen, die den Eilrechtsschutz vollständig ausschließen, sind danach nicht nur gemeinschaftsrechtswidrig, sondern auch konventionswidrig.

Dabei ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes für Menschenrechte so zu verstehen, dass die Vertragsstaaten zwar Eilrechtsschutzverfahren einrichten dürfen, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen eindeutig regeln. Sofern Verletzungen von Art. 3 EMRK im Herkunftsland oder im Zielstaat der Überstellung behauptet werden, muss von Amts wegen ohne Antrag automatisch Suspensiveffekt

³²⁷ EGMR, Urteil vom 2. Dezember 2008 – Nr. 32733/08, - *K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich*, NVwZ 2009. 965 (966).

³²⁸ EGMR, Urt. v. 26. April 2007 – Nr. 25389/05, Rdn. 65 - 67 – *Gebremedhin*.

³²⁹ EGMR, Urt. v. 5. Februar. 2002 – Nr. 51564/99, Rdn. 83, – *Conka*.

angeordnet werden. Die Verfahren können zwar beschleunigt durchgeführt werden. Es muss jedoch gewährleistet werden, dass den vorgebrachten Behauptungen sorgfältig nachgegangen wird. Eine lediglich summarische Überprüfung reicht insoweit nicht aus. Vielmehr muss die gerichtliche Prüfung notwendigerweise streng sein.

Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte folgt darüber hinaus, dass der Auslegung von Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 der Vorzug zu geben ist, die Sekundärrecht mit der Konvention in Übereinstimmung bringt. Der Gerichtshof unterstreicht die besondere Rolle nationaler Gerichte bei der Durchsetzung eines gemeinschaftsrechtlich anerkannten wirksamen Rechtsbehelfs. Wenn und soweit Gemeinschaftsrecht einen mit der Konvention vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleiste, spreche eine Vermutung für die Übereinstimmung von Gemeinschaftsrecht mit der Konvention.³³⁰

Die Praxis in der Bundesrepublik Deutschland ist mit diesen konventionsrechtlichen Vorgaben unvereinbar, da nicht nur der Suspensiveffekt, sondern auch die verfahrensrechtliche Möglichkeit ausgeschlossen wird, in einem gesonderten Eilrechtsschutzverfahren die Anordnung des Suspensiveffekts durchzusetzen. In der Schweiz hat das dortige, für die Überprüfung von Überstellungsentscheidungen im Rahmen von Dublin-Verfahren zuständige erstinstanzliche Bundesverwaltungsgericht festgestellt, es liege in der Natur der Sache, dass die Prüfung, ob konventionsrechtliche Verletzungen im zuständigen Vertragsstaat drohten, erfolgen müsse, solange der Beschwerdeführer sich noch der Schweiz befinde.³³¹

Darüber hinaus ist die *Zustellungspraxis* von Überstellungsmaßnahmen so gestaltet, dass dem Asylsuchenden auch rein praktisch die Möglichkeit genommen wird, Eilrechtsschutz zu beantragen.³³² Denn der Überstellungsbescheid wird persönlich an den Asylsuchenden zugestellt (§ 31 Abs. 1 Satz 4 AsylVfG) und entsprechend dem Rechtscharakter der Abschiebungsanordnung (§ 34a Abs. 1 AsylVfG) unmittelbar vollzogen. Auch wenn der Asylsuchende durch einen Verfahrensbevollmächtigten vertreten wird, sichert ihm dies nicht

³³⁰ EGMR, Urt. v. 30. Juni 2005 – Nr. 45036/98, Rd. 30 ff. – *Bosphorus Hava Yollari Turizm*.

³³¹ Bundesverwaltungsgericht, Abteilung V, Urteil vom 2. Februar 2010 – E 5841/2009, UA, S. 23.

³³² S. hierzu ausführlich S. 158 ff.

die Möglichkeit, vorbeugend Eilrechtsschutz zu beantragen. Denn diesem wird lediglich ein Abdruck der Abschiebungsanordnung – nachträglich – zugeleitet (§ 31 Abs. 1 Satz 6 AsylVfG).

7. *Anregungen für die verfassungsgerichtliche Prüfung des Eilrechtsschutzes gegen Überstellungen an Mitgliedstaaten*

a) *Vorbemerkung*

Abschließend werden ausgehend von den vorangegangenen Untersuchungen die Vorgaben, die das Grundgesetz trifft, wenn Gegenstand des *Eilrechtsschutzantrags* eine beabsichtigte Abschiebung in einen nach der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 zuständigen *Mitgliedstaat* der Europäischen Gemeinschaften ist, herausgearbeitet. Zunächst ist klarzustellen, dass das Bundesverfassungsgericht ausschließlich eine beabsichtigte Überstellung in einen nach Sekundärrecht zuständigen Mitgliedstaat zum Gegenstand des selbst gesetzten Prüfauftrags gemacht hat. Daher bedarf es keiner Erörterung der Frage, ob und welche Vorgaben das Grundgesetz unter Berücksichtigung der geltenden Regelungen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems für die fachgerichtliche Prüfung trifft, wenn Gegenstand des Eilrechtsschutzes eine beabsichtigte Abschiebung in einen *sicheren Drittstaat* (vgl. Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003) ist. Ebenso wenig bedarf es einer näheren Erörterung der entsprechenden Fragestellungen, wenn es um die Überstellung an einen mit der Gemeinschaft *assoziierten Drittstaat*, z.B. Schweiz, Norwegen, geht. Auch wenn für die Überstellung an assoziierte Drittstaaten Völkerrecht maßgebend ist, finden im Wesentlichen dieselben Grundsätze wie bei Überstellungen an Mitgliedstaaten Anwendung. Aus den bezeichneten Gründen wird diese Frage jedoch nicht weiter vertieft.

Von diesem Ausgangspunkt aus werden im nachfolgenden die für die verfassungsgerichtliche Prüfung aufgeworfenen Fragestellungen vorgestellt und Anregungen für deren Behandlung entwickelt. Das Verfassungsrecht und das Europarecht bilden hierbei aufgrund von Art. 23 GG einen miteinander verschränkten Normenkomplex, aus dem heraus die gesuchten Lösungen zu entwickeln sind. Der isolierte Blick auf Art. 16a Abs. 5 GG ist vor diesem durch die bezeichnete Verfassungsnorm vorgegebenen Hintergrund nicht zulässig. Vielmehr käme Art. 16a GG dann eine besondere Funktion zu, wenn der grundrechtliche Schutzstandard im

Gemeinsamen Europäischen Asylsystem unter den verfassungsrechtlichen Schutzstandard abzusinken drohte. Dies kann aber weder im Allgemeinen noch insbesondere im Blick auf die Frage der Überstellungen an Mitgliedstaaten erkannt werden.

b) Unzulässigkeit der Anwendung der verfassungsrechtlichen Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG

Aus den vorangegangenen Untersuchungen folgt, dass die Bundesrepublik Deutschland sich bei Überstellungen an Mitgliedstaaten nicht auf Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG berufen kann. Die unter anderen historischen Voraussetzungen entwickelte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes³³³ kann wegen des aus verfassungsrechtlicher Sicht in Art. 23 GG verankerten europarechtlichen Anwendungsvorrangs insoweit keine Anwendung mehr finden. Es fehlt damit eine verfassungsrechtliche Rechtsgrundlage für § 34a Abs. 2 AsylVfG, soweit Überstellungen an Mitgliedstaaten (vgl. § 27a AsylVfG) betroffen sind.

Die fachgerichtliche Rechtsprechung legt in diesem Zusammenhang im Blick auf Überstellungen an den Mitgliedstaat Griechenland die Vorschrift des § 34a Abs. 2 AsylVfG *verfassungskonform* dahin aus, dass die vorläufige Untersagung der Abschiebung nach § 123 VwGO dann in Betracht komme, wenn eine die konkrete Schutzgewährung in Zweifel ziehende Sachlage im zuständigen Mitgliedstaat besteht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes sei § 34a Abs. 2 AsylVfG verfassungskonform dahin auszulegen, dass sie entgegen ihrem Wortlaut die Gewährung von Eilrechtsschutz im Zusammenhang mit geplanten Abschiebungen in den sicheren Drittstaat nicht generell verbiete, sondern ausnahmsweise Eilrechtsschutz möglich bleibe. Davon ausgehend, dass es sich bei den Mitgliedstaaten um sichere Drittstaaten handle, sei zwar aufgrund des normativen Vergewisserungskonzepts davon auszugehen, dass die Anwendung der GFK und der EMRK sichergestellt sei. Eine Prüfung, ob der Zurückweisung in den Drittstaat ausnahmsweise Hinderungsgründe entgegenstünden, könne jedoch dann verlangt werden, wenn es sich aufgrund bestimmter Tatsachen aufdränge, dass einer der vom normativen Vergewisserungskonzept nicht aufgefangenen Sonderfälle gegeben sei.³³⁴

³³³ BVerfGE 94, 49 (100 ff.) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700.

³³⁴ VG Karlsruhe, Beschluss vom 23. Juni 2008 – A 3 K 1412/08, AuAS 2008, 165; VG Gießen, Beschluss vom 25. April 2008 – 2 L 201/08.GI.A, AuAS 2008, 131 (LS); VG Münster, Beschluss vom 23. Juli 2008 – 10 L

Dieser Lösungsweg erscheint problematisch, weil hier der Blick ausschließlich auf Art. 16a Abs. 2 GG gerichtet bleibt und ausgeblendet wird, dass es für den Ausschluss des Eilrechtsschutzes bei Überstellungen an Mitgliedstaaten für die Anwendung von § 34a Abs. 2 AsylVfG keine verfassungsrechtliche Grundlage gibt. Denn der mit Wirkung zum 1. Juli 1993 in Kraft getretene verfassungsrechtliche Ausschluss des Eilrechtsschutzes nach Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG bezieht sich auf „sichere Drittstaaten“. Soweit er früher auch „Mitgliedstaaten“ erfasst hatte, waren diese nach Inkrafttreten des Dubliner Übereinkommens am 1. September 1997 nicht mehr nach Art. 16a Abs. 2 GG, sondern nach Art. 16a Abs. 5 GG zu behandeln.

Zwar werden Mitgliedstaaten auch als „sichere Staaten für Drittstaatsangehörige“ bezeichnet (vgl. Erwägungsgrund Nr. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Der europarechtliche Begriff des „sicheren Staates“ kann jedoch nicht nach Maßgabe des verfassungsrechtlichen Begriffs des „sicheren Drittstaates“ bestimmt werden. Bereits begrifflich ist ein „Mitgliedstaat“ weder nach Europarecht noch nach Verfassungsrecht ein „Drittstaat“. Im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem sind Mitgliedstaaten durch den Grundsatz der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten (vgl. Art. 80 AEUV) miteinander im Geiste der die Gemeinschaft prägenden gemeinsamen Ziele und Wertvorstellungen (vgl. Art. 3 EUV) verbunden. Drittstaaten sind nicht Teil dieses Wertesystems, sondern erscheinen im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem entweder als Herkunfts- oder als Transitstaaten. Eine Sonderrolle nehmen insoweit mit der Gemeinschaft assoziierte Drittstaaten ein, die aufgrund von Völkerrecht weitgehend mit Mitgliedstaaten rechtlich gleichbehandelt werden. Die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung zielt in diesem Zusammenhang nicht auf die Herkunftsstaaten, sondern auf die Transitstaaten.

430/08.A; VG Ansbach, Beschluss vom 23. September 2008 – AN 14 E 08.30321, VG Saarlouis, Beschluss vom 21. Oktober 2008 – 2 L 1558/08; VG Saarlouis, Beschluss vom 21. Oktober 2008 – 2 L 1558/08; VG Berlin, Beschluss vom 27. Februar 2009 – VG 34 L 57.09.A; VG Schleswig, Beschluss vom 7. September 2009 – 26 B 32/09; Nieders.OVG, Beschluss vom 19. November 2009 – 13 MC 166/09, InfAuslR 2010, 83 (84); VG Hannover, Beschluss vom 20. November 2009 – 7 B 5716/09; VG Oldenburg, Beschluss vom 11. Dezember 2009 – 3 B 3190/09; VG Arnsberg, Beschluss vom 14. Dezember 2009 – 8 L 699/09.Aab; VG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Dezember 2009 – 2 L 1770//09.A; VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 6. Januar 2010 – VG 7 L 319/09.A; VG Braunschweig, Beschluss vom 8. Januar 2010 – 2 B 292/09; VG München, Beschluss vom 28. Januar 2010 – M 23 E 09.60088, BA, S. 5;VG; Augsburg, Beschluss vom 1. Februar 2010 – Au 5 S 10.30014, BA, S. 8 f.; VG Meiningen, Beschluss vom 8. Februar 2010 – 8 E 20009/10 Me, BA, S. 6 f.; VG Leipzig, Beschluss vom 10. Februar 2010 – A1 L 18/10, BA, S. 4 f.; VG Potsdam, Beschluss vom 10. Februar 2010 – VG 7 L 30/10.A, BA, S. 4 f.; VG Braunschweig, Beschluss vom 16. Februar 2010 – 2 B 32/10, BA, S. 3 f.; VG Minden, Beschluss vom 17. Februar 2010 – 12 L 76/10.A, BA, S. 2 f.

Auch der Verfassung liegt diese Unterscheidung zugrunde, wenn in Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG den „Mitgliedstaaten“ die „sicheren Drittstaaten“ gegenüber gestellt werden. Zwar behandelt Art. 16a Abs. 2 GG beide Staaten rechtlich gleich und schließt insbesondere den Eilrechtsschutz bei Abschiebungen in „sichere Drittstaaten“ wie „Mitgliedstaaten“ aus (vgl. Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG). Schon vor Entwicklung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems verdrängte jedoch die Behandlung eines Asylbegehrens nach Maßgabe eines völkerrechtlich vereinbarten Zuständigkeitssystems (vgl. Art. 16a Abs. 5 GG) die Anwendung der verfassungsrechtlichen Drittstaatenregelung und damit auch die verfassungsrechtliche Regelung über den Ausschluss des Eilrechtsschutzes (vgl. Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG). Das in Art. 16a Abs. 5 GG angesprochene Zuständigkeitssystem, das zunächst nach Maßgabe des Dubliner Übereinkommens vom 15. Juni 1990 (BGBl. II 1994 S. 792) mit Wirkung zum 1. September 1997 ins Werk gesetzt wurde, ist weitgehend durch die entsprechenden Regelungen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems ersetzt worden. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang es weiterhin Geltung beanspruchen kann, bedarf hier keiner näheren Erörterung, da das Bundesverfassungsgericht die Frage der Überstellung an Mitgliedstaaten untersucht und hierfür über Art. 23 GG die geltenden Regelungen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems maßgebend sind.

Ein Ausschluss des Eilrechtsschutzes gegen Überstellungen an andere Mitgliedstaaten kann nach alledem nicht auf die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG und damit auch nicht auf § 34a AsylVfG gestützt werden, weil aus verfassungsrechtlicher Sicht (vgl. Art. 23 GG) die Überstellung an Mitgliedstaaten nach der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 geregelt wird, aus europarechtlicher Sicht Mitgliedstaaten keine Drittstaaten sind und sich deshalb die Überstellung auch nicht nach Maßgabe der Drittstaatenregelung des Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 regelt, sondern nach anderen Normen der Verordnung und hierfür Eilrechtsschutzbestimmungen Anwendung finden (vgl. Art. 19 Abs. 2 Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003).

Es bedarf daher keiner verfassungskonformen Auslegung des § 34a Abs. 2 AsylVfG, wenn in einem Mitgliedstaat das sekundärrechtliche Schutzniveau derart unterschritten wird, dass dadurch für die Asylsuchenden bedrohliche tatsächliche oder rechtliche Hindernisse auftreten. Da für die Überstellungen an Mitgliedstaaten Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG nicht maßgebend ist,

darf aus verfassungsrechtlicher Sicht § 34a Abs. 2 AsylVfG nicht angewandt werden. Andere verfassungsrechtlich mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG übereinstimmende innerstaatliche Regelungen, die den Ausschluss des Eilrechtsschutzes rechtfertigen können, sind weder ersichtlich noch vom Gesetzgeber des § 34a Abs. 2 AsylVfG bezeichnet worden. Vielmehr begründet dieser den Ausschluss des Eilrechtsschutzes ausdrücklich mit der nationalen Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG.³³⁵ Da Überstellungen an Mitgliedstaaten jedoch rechtlich keine Abschiebungen in sichere Drittstaaten sind, eröffnet Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gegen diese den Rechtsweg.

c) *Eilrechtsschutz gegen Überstellungen*

aa) *Unzulässigkeit des Ausschlusses von Eilrechtsschutz*

Die Verfassung verweist für die Frage, ob und gegebenenfalls welche Vorgaben bei der Gestaltung des Eilrechtsschutzes gegen Überstellungen an Mitgliedstaaten zu berücksichtigen sind, aufgrund von Art. 23 GG auf Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003. Es bedarf deshalb keiner Auseinandersetzung mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen aus den Grenzen des Konzepts normativer Vergewisserung Ausnahmetatbestände für die Zulässigkeit des Eilrechtsschutzes gegen die Überstellung an Mitgliedstaaten zu entwickeln sind. Vielmehr ist kraft der verfassungsrechtlich legitimierten Übertragung von Hoheitsrechten an die Gemeinschaft die Lösung dieser Frage aus dem Gemeinsamen Europäischen Asylsystem zu entwickeln.

In diesem Zusammenhang haben die Untersuchungen ergeben, dass aus der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 individuelle Schutzpositionen des Asylsuchenden abgeleitet werden können. Deshalb sichert Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf nationaler Ebene die wirksame Durchsetzung dieser Rechte. Dabei sind die Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung nach dem Grundsatz der grundrechtskonformen Auslegung so auszulegen und anzuwenden, dass sie mit primärrechtlichen Anforderungen übereinstimmen. Zwar räumen die Stillhalteklauseln des Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 den Mitgliedstaaten die Befugnis ein, die bisherige abweichende nationale

³³⁵ BT-Drs. 16/65065, S. 416.

Praxis beizubehalten. Für die Bundesrepublik Deutschland besteht diese Befugnis jedoch nicht, weil im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 am 17. März 2003 der Eilrechtsschutz gegen Überstellungen an Mitgliedstaaten nach nationalem Recht zulässig war (vgl. § 29 Abs. 3 Satz 1, § 35 Satz 2 AsylVfG a.F. in Verb. mit § 36 Abs. 3 AsylVfG, § 80 Abs. 5 VwGO).³³⁶

Die geltende Regelung des § 34a Abs. 2 AsylVfG ist weder mit Verfassungsrecht noch mit Gemeinschaftsrecht vereinbar. Mit Verfassungsrecht ist sie unvereinbar, weil – wie vorstehend ausgeführt - aus verfassungsrechtlicher Sicht die Überstellung an Mitgliedstaaten nicht auf der Grundlage der Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG, sondern nach Maßgabe von Art. 23 GG durchgeführt wird und es deshalb für den Ausschluss des Eilrechtsschutzes durch Gesetz an einer verfassungsrechtlichen Grundlage fehlt. Aus europarechtlicher Sicht ist § 34a Abs. 2 AsylVfG unbeachtlich, weil die Vorschrift durch die Stillhalteklauseln in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Verordnung (EG) Nr. 3434/2003 nicht gedeckt ist und darüber hinaus diese Klauseln ihrerseits in Übereinstimmung mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 47 GRCh in Verb. mit Art. 6 Abs. 1 EUV) auszulegen und anzuwenden sind, sodass sich eine Anwendung von § 34a Abs. 2 AsylVfG verbietet.

bb) Folgerungen für die fachgerichtliche Behandlung von § 34a Abs. 2 AsylVfG

(1) Im Blick auf Unionsrecht

Da § 34a Abs. 2 AsylVfG den Eilrechtsschutz gegen Überstellungen an Mitgliedstaaten ausschließt, schwächt er die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts ab. Das Verwaltungsgericht, das unter diesen Umständen einstweilige Anordnungen erlassen würde, wenn dem nicht § 34a Abs. 2 AsylVfG entgegenstünde, darf diese nationale Vorschrift nicht anwenden.³³⁷ Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist es Sache des nationalen Gerichts, das innerstaatliche Recht so auszulegen, dass es mit gemeinschaftsrechtlichen

³³⁶ S. hierzu S. 140 ff.

³³⁷ Vgl. EuGH, Urt. vom 19. Juni 1990, Rs. C-213/89, Rdn. 21, Slg. 1990, I-02433 – *Factortame u.a.*

Anforderungen übereinstimmt, wenn sich jemand auf unmittelbar geltende primärrechtliche Vorschriften beruft.³³⁸

Hat das Fachgericht keine Zweifel, dass aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen gegen Überstellungen Eilrechtsschutz sicherzustellen ist, bedarf es keines Vorabersuchens an den Europäischen Gerichtshof (vgl. Art. 267 Abs. 1 AEUV). Denn die Auslegung anhand des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz obliegt jedem innerstaatlichen Gericht.³³⁹ Es hat hierbei zu bedenken, dass die Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 in ihrer Bedeutung zwar mehrdeutig sind, die Mitgliedstaaten ihr nationales Recht aber nicht so auslegen dürfen, dass es primärrechtlichen Anforderungen zuwiderläuft, wenn auch eine primärrechtskonforme Auslegung möglich ist. Ausdrücklich weist der Gerichtshof darauf hin, dass die Mitgliedstaaten bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaftsrechtsordnung beachten und deshalb diese soweit wie möglich in Übereinstimmung mit diesen Erfordernissen anwenden müssen.³⁴⁰

Hat das Fachgericht jedoch Zweifel, ob nach Sekundärrecht der Eilrechtsschutz gegen Überstellungen ausgeschlossen und eine primärrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts möglich ist, muss es diese Frage dem Gerichtshof und nicht dem Bundesverfassungsgericht zur Klärung vorlegen. Denn über die Anwendbarkeit von Sekundärrecht in Deutschland, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, übt das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit nicht mehr aus und überprüft dieses Recht nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs, einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten.³⁴¹

³³⁸ EuGH, Urt. vom 4. Februar 1988 – Rs. 157/86, Rdn. 11, Slg 1988, 673 – *Murphy*; EuGH, Urt. vom 5. Oktober 1994 – Rs. C-165/91, Rdn. 34, Slg 1994, 4661 – *van Munster*; EuGH, Urt. vom 13. Dezember 1989 – Rs. 322/88, Rdn. 18, Slg 1989, 4407 – *Grimaldi*.

³³⁹ *Zorn/Twardosz*, DSfR 2007, 2185 (2190).

³⁴⁰ EuGH, Urt. vom 13. April 2000 – Rs. C-292/97, Rdn. 37 – *Karlsson*, unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. vom 24. März 1994 – Rs. C-2/92, Rdn. 16 – *Bostock*, Slg. 1994, I-955.

³⁴¹ BVerfGE 118, 79 (95).

In einem derartigen Zweifelsfall hat das deutsche Fachgericht zuvor zwecks Herbeiführung dieser Klärung im konkreten Hauptsacheverfahren den Vollzug der Überstellung einstweilen aussetzen. Dies folgt daraus, dass im Eilrechtsschutzverfahren ungeachtet der Vorschrift des Art. 267 Abs. 2 AEUV keine Vorlagepflicht besteht, wenn im Hauptsacheverfahren die Frage der Gültigkeit oder Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelungen geprüft werden und Gegenstand einer Vorlage nach Art. 267 EUVA bilden soll.³⁴² Dementsprechend wird in der fachgerichtlichen Rechtsprechung ungeachtet europarechtlicher Zweifel, ob die Aussetzung der Überstellung an Griechenland das sekundärrechtliche Zuständigkeitssystem „zumindest auf Zeit in gewissem Umfang außer Kraft setzt“, eine Vorlagepflicht für das Eilrechtsschutzverfahren verneint, weil die weitere tatsächliche und rechtliche Klärung hiermit zusammenhängender komplexer Fragen dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben müsse.³⁴³

Ob daneben eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht (vgl. Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG) geboten ist, hatten die Fachgerichte zunächst wegen der verfassungskonformen Ausdehnung der Grenzen des Konzepts normativer Vergewisserung verneint.³⁴⁴ Da Überstellungen indes auf einer europarechtlichen Grundlage erfolgen, ist bei Zweifeln, ob die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 mit Europarecht vereinbar ist, wegen des sich aus dem Gemeinschaftsrecht sowie aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ergebenden Rechts auf effektiven Rechtsschutz erforderlich, dass die Fachgerichte die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben an den Gemeinschaftsgrundrechten messen und gegebenenfalls ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 EUVA durchführen. Erklärt daraufhin der Gerichtshof einen europarechtlichen Rechtsakt für ungültig, wird zwar das deutsche Umsetzungsgesetz nicht automatisch ebenfalls unbeachtlich. Jedoch ist dann Raum für eine Prüfung an den deutschen Grundrechten und gegebenenfalls für eine Vorlage nach Art. 100 GG.³⁴⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtsprechung im Blick auf Richtlinien entwickelt, die dem nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung keinen Entscheidungsspielraum belassen.

³⁴² EuGH, Urt. vom 24. Mai 1977 – Rs. 107/76, Rdn. 6, Slg. 1977, 957 – *Hoffmann-LaRoche*; EuGH, Urt. vom 27. Oktober 1982 – Rs. 35 und 36/82, Rdn. 6, Slg. 1982, 3723 – *Morson und Jhanjan*.

³⁴³ VG Minden, Beschluss vom 17. Februar 2010 – 12 L 76/10.A.

³⁴⁴ VG Karlsruhe, AuAS 2008, 165; VG Gießen, AuAS 2009, 129; VG Münster, Beschluss vom 23. Juli 2008 – 10 L 430/08.A.

³⁴⁵ BVerfGE 118, 79 (97 f.).

Nur für den Fall, dass die Fachgerichte Art. 19 Abs. 2 Satz 4 und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 für zwingend in dem Sinne erachten, dass diese Normen den Eilrechtsschutz ausschließen, müssen sie diese Frage dem Gerichtshof vorlegen. Wie im Einzelnen ausgeführt,³⁴⁶ kann weder nach dem Wortlaut noch nach der Entstehungsgeschichte noch nach dem Zweck dieser Normen eine derartige Rechtsfolge angenommen werden, sodass sich die Frage der Vorlagepflicht insoweit nicht stellt. Soweit jedoch ein Fachgericht eine derart zwingende Rechtswirkung der Normen unterstellt, ist es zur Vorlage an den Gerichtshof verpflichtet. Für die Frage, ob § 34a Abs. 2 AsylVfG mit Europarecht vereinbar ist, ist es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes hingegen Sache des nationalen Gerichts, das innerstaatliche Recht so auszulegen, dass es mit gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen übereinstimmt, wenn sich jemand auf unmittelbar geltende primärrechtliche Vorschriften beruft.³⁴⁷

(2) *Im Blick auf Verfassungsrecht*

Eine Vertiefung dieser Frage kann dann dahingestellt bleiben, wenn im Blick auf die Auslegung und Anwendung der Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 keine Zweifel im Blick auf ihre Vereinbarkeit mit Europarecht bestehen. Soweit die Vereinbarkeit von § 34a Abs. 2 AsylVfG mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in Frage steht, hat das Bundesverfassungsgericht durch inzwischen acht Beschlüsse selbst zu erkennen gegeben, dass es für diese Frage erheblichen verfassungsrechtlichen Klärungsbedarf sieht. Die Fachgerichte ihrerseits umschiffen das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichtes pragmatisch, in dem sie sich auf diese Beschlüsse beziehen³⁴⁸ und verweisen darauf, dass die Aussetzung der Überstellung im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes geboten erscheint und die Hauptsache dadurch nicht vorweggenommen wird.³⁴⁹ Die Hauptsache selbst kann aber erst nach der Klärung durch das Bundesverfassungsgericht entschieden werden.

³⁴⁶ S. hierzu S. 135 ff.

³⁴⁷ EuGH, Urt. vom 4. Februar 1988 – Rs. 157/86, Rdn. 11, Slg 1988, 673 – *Murphy*; EuGH, Urt. vom 5. Oktober 1994 – Rs. C-165/91, Rdn. 34, Slg 1994, 4661 – *van Munster*; EuGH, Urt. vom 13. Dezember 1989 – Rs. 322/88, Rdn. 18, Slg 1989, 4407 – *Grimaldi*.

³⁴⁸ Vgl. nur Nieders.OVG, AuAS 2010, 11; OVG NW, AuAS 2010, 12; VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 6. Januar 2010 – 7 L 319/09; VG Hannover, Beschluss vom 7. Januar 2010 – 7 B 6258/09.

³⁴⁹ VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 6. Januar 2010 – 7 L 319/09.

Im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Prüfung des § 34a Abs. 2 AsylVfG wird das Bundesverfassungsgericht ausschließlich verfassungsrechtliche Fragen zu prüfen haben. Eine Überprüfung der aufgeworfenen Fragen anhand der Gemeinschaftsgrundrechte ist ihm verwehrt.³⁵⁰ Sollte das Bundesverfassungsgericht abweichend von der Kammerrechtsprechung zu dem Ergebnis kommen, dass die Eilrechtsschutzbestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 zwingend den Eilrechtsschutz ausschließen, müsste es diese Frage dem Gerichtshof zur Klärung vorlegen.³⁵¹ Erstmals hat das Bundesverfassungsgericht im Urteil zur Datenvorratsspeicherung eine derartige Verpflichtung ausdrücklich anerkannt.³⁵² Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass es im konkreten Verfahren auf die Auslegung beziehungsweise Wirksamkeit des Unionsrechts ankommt. Lässt der Inhalt des insoweit in Betracht kommenden Rechtsaktes der Bundesrepublik für die Gestaltung einen weiten Entscheidungsspielraum, kommt es auf die europarechtliche Frage aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht an.³⁵³ Zwar ist diese Rechtsprechung für Richtlinien entwickelt worden. Die Eilrechtsschutzregelungen in Art. 19 Abs. 2 Satz 4 letzter Hs. und Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) Satz 4 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 verweisen jedoch auf nationales Recht und räumen dem nationalen Gesetzgeber damit zwar nicht Entscheidungsspielräume,³⁵⁴ wohl aber eine Wahlmöglichkeit für oder gegen die Zulassung des Eilrechtsschutzes ein.³⁵⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat damit die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses des Eilrechtsschutzes gegen Überstellungen an Mitgliedstaaten nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zu prüfen. Zwar sind grundsätzlich Kollisionen zwischen Verfassungs- und Europarecht nicht ausgeschlossen, über die grundsätzliche Behandlung des Verhältnisses beider Ebenen besteht jedoch zwischen der europäischen und der nationalen Rechtsprechung ungeachtet unterschiedlicher dogmatischer Begründungen Einigkeit.³⁵⁶ Da die Überstellung an Mitgliedstaaten aber auch nach Verfassungsrecht nicht nach Maßgabe der Drittstaatenregelung vollzogen wird (vgl. Art. 16a Abs. 5 GG), sind Kollisionen kaum

³⁵⁰ BVerfGE 118, 79 (95).

³⁵¹ Zur Vorlagepflicht des BVerfG s. *Möller*, NVwZ 2010, 225 (227 f.), mit Hinweis auf *Papier*, DVBl. 2009, 473 (480 FN 71).

³⁵² BVerfG, Urteil vom 2. März 2010 – 1 BvR 256/08, 263/08, 586/08, Rdn. 182 und 185.

³⁵³ BVerfG, Urteil vom 2. März 2010 – 1 BvR 256/08, 263/08, 586/08, Rdn. 185.

³⁵⁴ So *Lehnert/Pelzer*, ZAR 2010, 41 (45).

³⁵⁵ S. hierzu S. 134 ff.

³⁵⁶ *Voßkuhle*, NVwZ 2010, 1 (5); *Möller*, NVwZ 2010, 225 (227 f.).

vorstellbar. Eine Vertiefung der Konflikte, die sich aus der doppelten Grundrechtskontrolle ergeben können,³⁵⁷ erübrigt sich daher.

d) *Gebot der effektiven Gewährleistung von Eilrechtsschutz gegen Überstellungen*

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistet über die Eröffnung des Rechtswegs hinaus eine *tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle*.³⁵⁸ Zwar bedarf der Rechtsweg der gesetzlichen Ausgestaltung und belässt Art. 19 Abs. 4 GG dem Gesetzgeber dabei einen Gestaltungsspielraum, gibt jedoch die Zielrichtung und die Grundzüge der Regelung vor.³⁵⁹ Zur Effektivität des Rechtsschutzes gegenüber der öffentlichen Gewalt gehört es, dass das Gericht das Rechtsschutzbegehren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht prüfen kann und genügend Entscheidungsbefugnisse besitzt, um drohende Rechtsgutverletzungen abzuwenden.³⁶⁰

Im Lichte des aus Art. 19 Abs. 4 GG folgenden verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Effektivität der Rechtsschutzgewährung stößt die Regelung des § 34a Abs. 1 AsylVfG auf verfassungsrechtliche Bedenken, soweit sie mit Wirkung vom 28. August 2007 auch auf Überstellungen an Mitgliedstaaten ausgedehnt wurde. Ursprünglich wurde diese Regelung ausdrücklich auf die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG beschränkt, damit die „Aufenthaltsbeendigung in den sicheren Drittstaat *unmittelbar durchgeführt*“ werden kann.³⁶¹ Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Abschiebungsanordnung nach § 34a Abs. 1 Satz 1 AsylVfG auf Überstellungen verfolgt offensichtlich den Zweck, wie bei Abschiebungen in sichere Drittstaaten bei Überstellungen an Mitgliedstaaten den Eilrechtsschutz auszuschließen. Dies folgt daraus, dass sich aufgrund der Einbeziehung des § 27a AsylVfG in § 34a Abs. 1 Satz 1 AsylVfG der Anwendungsbereich des § 34a Abs. 2 AsylVfG automatisch auch auf Überstellungen an Mitgliedstaaten erstreckt. Bereits der enge Sachzusammenhang zwischen der verfassungsrechtlichen Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG mit der

³⁵⁷ S. hierzu *Callies*, ZEuS 2009, 559 (565 ff.); *Zorn/Twardosz*, DStR 2007, 2185 (2190); *Terhechte*, EuZW 2009, 724 (725); *Möller*, NVwZ 2010, 225 (227 f.).

³⁵⁸ BVerfGE 84, 34 (49); 118, 168 (207).

³⁵⁹ BVerfGE 101, 106 (123 f.).

³⁶⁰ BVerfGE 101, 106 (123).

³⁶¹ BVerfGE 94, 49 (105) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700.

Abschiebungsanordnung nach § 34a Abs. 1 Satz 1 AsylVfG und in diesem Zusammenhang insbesondere der verfassungsrechtliche Ausschluss des Eilrechtsschutzes nach Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG sprechen aus verfassungsrechtlicher Sicht dafür, Überstellungen an Mitgliedstaaten nicht nach Maßgabe des § 34a Abs. 1 Satz 1 AsylVfG durchzuführen.

Die verfahrensrechtliche Behandlung der europarechtlichen Überstellung als innerstaatliche Abschiebungsanordnung führt darüber hinaus dazu, dass das Verwaltungsgericht das Rechtsschutzbegehren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht wirksam prüfen kann, um drohende Rechtsgutverletzungen abzuwenden.³⁶² Nach § 31 Abs. 1 Satz 4 AsylVfG wird die Entscheidung nach § 27a AsylVfG zusammen mit der Abschiebungsanordnung nach § 34a Abs. 1 Satz 1 AsylVfG dem Asylsuchenden selbst zugestellt. Der Verfahrensbevollmächtigte erhält einen Abdruck der Entscheidung. Dies führt dazu, dass der Betroffene selbst vor dem Vollzug keine Rechtsmittel einlegen kann und dem Verfahrensbevollmächtigten Versäumnis der Klagefrist vorgehalten wird.³⁶³ Zugestellt wird die Entscheidung erst, wenn feststeht, dass die Abschiebung durchgeführt werden kann (vgl. § 34a Abs. 1 Satz 1 2. Hs. AsylVfG). Aus diesem Regelungszusammenhang wird deutlich, dass die Zustellungspraxis den Zweck verfolgt, im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Zustellung zugleich die Abschiebung durchzuführen. Eine Abschiebungsandrohung (§ 34 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG) ergeht daher ausdrücklich nicht. Ein derartiger Regelungsmechanismus ist verfassungsrechtlich jedoch nur dann bedenkenfrei, wenn der Ausschluss des Eilrechtsschutzes selbst zulässig ist und auf einer hinreichend tragfähigen verfassungsrechtlichen Rechtsgrundlage beruht. Dies ist bei Überstellungen an Mitgliedstaaten – wie ausführlich erörtert – indes nicht der Fall.

Die fachgerichtliche Rechtsprechung gewährt aus diesen Gründen Eilrechtsschutz nach Maßgabe des § 123 VwGO auch bereits vor der Zustellung der Abschiebungsanordnung nach § 34a Abs. 1 AsylVfG, da hierfür ein Rechtsschutzbedürfnis bestehe. Denn es sei dem Asylsuchenden nicht zuzumuten, mit einer Antragstellung auf Gewährung von Eilrechtsschutz zuzuwarten, bis eine Abschiebungsanordnung ergangen sei. Aufgrund der

³⁶² Vgl. BVerfGE 101, 106 (123).

³⁶³ Illustrativ hierzu VG Minden, Beschluss vom 2. Oktober 2009 – 1 L 533/09, auf die vom Verfahrensbevollmächtigten erhobene Klage wurde Wiedereinsetzung gewährt und die Rückgängigmachung des Vollzugs im Eilrechtsschutzverfahren angeordnet.

bekannten Behördenpraxis – Abschiebung noch am Tag der Zustellung – werde andernfalls die Inanspruchnahme effektiven Rechtsschutzes im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG unzumutbar erschwert.³⁶⁴ Inhaltlich wird deshalb die im Wege des § 123 VwGO durchzusetzende einstweilige Anordnung für zulässig erachtet, dem zuständigen Bundesamt für Migration und Flüchtlinge zu untersagen, die Abschiebung des Betroffenen gemäß § 34a Abs. 1 AsylVfG anzuordnen.³⁶⁵ Oder es wird eher allgemein dem bezeichneten Bundesamt aufgegeben, Maßnahmen zum Vollzug der Verbringung des Antragstellers in den zuständigen Mitgliedstaat vorläufig auszusetzen und es zugleich verpflichtet, der zuständigen Vollstreckungsbehörde mitzuteilen, dass eine Abschiebung des Antragstellers in diesen Staat vorläufig nicht durchgeführt werden darf.³⁶⁶ Teilweise wird die einstweilige Anordnung unter Beiladung des Bundesamtes gegen die Vollstreckungsbehörde gerichtet und dieser aufgegeben, gegenüber dem Bundesamt sicherzustellen, dass eine Abschiebung des Antragstellers vorläufig nicht vollzogen wird.³⁶⁷ Alternativ wird im Wege der einstweiligen Anordnung das Bundesamt verpflichtet, im Falle des Erlasses einer Abschiebungsanordnung sicherzustellen, dass die Abschiebung nicht vor Ablauf einer Frist von einer Woche nach deren Zustellung durchgeführt wird.³⁶⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang in allen Überstellungen an den Mitgliedstaat Griechenland betreffenden Eilrechtsschutzverfahren die einstweilige Anordnung gegen die Vollstreckungsbehörde gerichtet.³⁶⁹

³⁶⁴ VG Karlsruhe, Beschluss vom 23. Juni 2008 – A 3 K 1412/08, AuAS 2008, 165; VG Ansbach, Beschluss vom 23. September 2008 – AN 14 E 08.30321; VG Gießen, Beschluss vom 22. April 2009 – 1 L 775/09.GI.A. AuAS 2009, 129; VG Freiburg, Beschluss vom 26. Juni 2009 – A 2 K 710/09 – AuAS 2009, 178; VG Oldenburg, Beschluss vom 9. November 2009 – 3 B 2837/09, AuAS 2010, 8 (9); VG Berlin, Beschluss vom 24. November 2009 – VG 33v L 227.09.A; VG Arnberg, Beschluss vom 30. November 2009 – 13 L 7 13/09.A; VG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 13 L 1840/09.A, InfAuslR 2010, 85 (86); VG Oldenburg, Beschluss vom 11. Dezember 2009 – 3 B 3190/09; VG Wiesbaden, Beschluss vom 16. Dezember 2009 – 7 L 1390/09.WI.A; VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 6. Januar 2001 – VG 7 L 319/09.A; VG Braunschweig, Beschluss vom 8. Januar 2010 – 2 B 292/09; Hannover, Beschluss vom 26. Januar 2010 – 4 B 624/10; VG Meiningen, Beschluss vom 8. Februar 2010 – 8 E 20009/10 Me; VG Potsdam, Beschluss vom 10. Februar 2010 – VG 7 L 30/10.A; VG Braunschweig, Beschluss vom 16. Februar 2010 – 2 B 32/10; VG Minden, Beschluss vom 17. Februar 2010 – 12 L 76/10.A.; VG Saarlouis, Beschluss vom 25. Februar 2010 – 5 L 132/10, BA, S. 2 f.

³⁶⁵ VG Gießen, Beschluss vom 22. April 2009 – 1 L 775/09.GI.A. AuAS 2009, 129; ähnlich VG Freiburg, Beschluss vom 26. Juni 2009 – A 2 K 710/09 – AuAS 2009, 178; dagegen OVG Bremen, Beschluss vom 3. November 2009 – 2 A 460/06, AuAS 201, 7.

³⁶⁶ VG Potsdam, Beschluss vom 10. Februar 2010 – VG 7 L 30/10.A; VG Meiningen, Beschluss vom 8. Februar 2010 – 8 E 20009/10; VG Braunschweig, Beschluss vom 16. Februar 2010 – 2 B 32/10.

³⁶⁷ VG Berlin, Beschluss vom 24. November 2009 – VG 33 L 227.09.A.

³⁶⁸ VG Oldenburg, Beschluss vom 9. November 2009 – 3 B 2837/09, AuAS 2010, 8 (9); VG Hannover, Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 13 B 6047/09; VG Hannover, Beschluss vom 7. Januar 2010 – 7 B 6258/09.

³⁶⁹ BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. September 2009 – 2 BvQ 56/09, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23. September 2009 – 2 BvQ 68/98; BVerfG

Begründet werden diese gerichtlichen Maßnahmen damit, dass § 34a Abs. 2 AsylVfG den Eilrechtsschutz nicht ausschließe, wenn die Abschiebungsanordnung noch nicht wirksam zugestellt sei.³⁷⁰ In der Schweiz, in der bei Überstellungen eine ähnliche Zustellungspraxis geübt wird, hat das dortige Bundesverwaltungsgericht gegen diese Verfahrensweise ebenfalls rechtliche Bedenken angemeldet. Darüber hinaus wird ebenso wie in der deutschen fachgerichtlichen Rechtsprechung gerügt, aufgrund der Tatsache, dass nach der Überstellung nach Griechenland mangels ordnungsgemäßer Unterbringung des Betroffenen die Kommunikation zwischen diesem und dem Gericht nicht aufrechterhalten werden könne, „Zweifel an der realistischen Chance“ bestünden, von dort aus „ein faires Asylverfahren im ursprünglichen Mitgliedstaat führen zu können.“³⁷¹

Aus den aufgezeigten fachgerichtlichen Versuchen, gegen Überstellungen Eilrechtsschutz sicherzustellen, wird deutlich, dass die Abschiebungsanordnung nach § 34a Abs. 1 AsylVfG als verwaltungsrechtliche Maßnahme der Aufenthaltsbeendigung mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes kaum vereinbar ist und deshalb aus verfassungsrechtlicher Sicht Vieles dafür spricht, wie bis zum 27. August 2007 im Falle der beabsichtigten Überstellung an einen Mitgliedstaat eine Abschiebungsandrohung (vgl. § 35 Satz 2 AsylVfG a.F.) zu erlassen. Dadurch erhält der Asylsuchende innerhalb der einwöchigen Ausreisefrist (vgl. § 36 Abs. 1 AsylVfG a.F.) Gelegenheit, Eilrechtsschutz zu beantragen, mit der Folge, dass bis zum unanfechtbaren Abschluss des Eilrechtsschutzverfahrens ein gesetzliches Vollzugshindernis Anwendung findet (vgl. § 36 Abs. 3 Satz 8 AsylVfG).

Auch gemeinschaftsrechtliche und konventionsrechtliche Gründe sprechen für die Gestaltung der Überstellungspraxis nach Maßgabe der Abschiebungsandrohung. Die derzeitige Praxis der Abschiebungsanordnung ist weder mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, wonach aus Art. 13 EMRK zwingend die Suspensivwirkung des

(Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 9. Oktober 2009 – 2 BvQ 72/09, BA, S. 3; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 13. November 2009 – 2 BvR 2603/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 2 BvR 2780/09, InfAuslR 2010, 82; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 2 BvR 2767/09; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2879/09.

³⁷⁰ Nieders.OVG, Beschluss vom 6. Januar 2010 – 11 ME 588/09, 13 B 6047/09.

eingelegeten Rechtsbehelfs gegen Art. 3 EMRK zuwiderlaufende Maßnahmen folgt, vereinbar³⁷² noch dürfte sie den Anforderungen des Art. 7 Abs. 1 Buchst. a) Verordnung (EG) Nr. 1560/2003 gerecht werden. Danach kann die Überstellung „auf eigene Initiative des Asylbewerbers innerhalb einer vorgegebenen Frist“ erfolgen. Daneben kann die Überstellung auch in Form der „kontrollierten Ausreise“ oder „in Begleitung“ erfolgen (vgl. Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) und c) Verordnung (EG) Nr. 1560/2003). Die Überstellung „auf eigene Initiative“ kann in Form der Abschiebungsandrohung nach § 34 Abs. 1 AsylVfG ins Werk gesetzt werden. Nur für den Fall der nicht freiwilligen Ausreise oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung kann die Ausreisepflicht zwangsweise durchgesetzt werden (vgl. § 58 Abs. 1 AufenthG). Demgegenüber wird die Abschiebungsanordnung entsprechend ihrem Zweck stets zwangsweise, also in Form der kontrollierten oder begleiteten Ausreise (vgl. Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) und c) Art. 7 Abs. 1 Buchst. a) Verordnung (EG) Nr. 1560/2003) - mit allen damit verbundenen auch finanziellen Folgekosten - durchgeführt. Zwar stellt die Verordnung die Wahl der Form der Überstellung in das nationale Ermessen. Aus dem Zusammenhang der Vorschrift mit Art. 19 Abs. 2 Satz 2 letzter Hs. Verordnung (EG) Nr. 343/2003 kann jedoch der Grundsatz abgeleitet werden, der freiwilligen Ausreise des Asylsuchenden den Vorzug zu geben.³⁷³ Jedenfalls folgt aus dem grundrechtlichen Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes das Gebot, dem Asylsuchenden die Möglichkeit der freiwilligen Ausreise und in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit der Beantragung von Eilrechtsschutz einzuräumen. Wird ohne besonderen Anlass die Form der kontrollierten oder begleiteten Ausreise vorgezogen, erschwert dies die Inanspruchnahme von Eilrechtsschutz. Aus diesen Gründen stößt eine derartige Praxis auf gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Bedenken und ist deshalb § 34a Abs. 1 AsylVfG, soweit er auch Überstellungen nach § 27a einbezieht, aufzuheben.



Dr. Reinhard Marx
- Rechtsanwalt -

³⁷¹ Bundesverwaltungsgericht, Abteilung V, Urteil vom 2. Februar 2010 – E 5841/2009, UA, S. 16, 23.

³⁷² S. hierzu S. 145 ff.

³⁷³ So im Ergebnis auch Bundesverwaltungsgericht, Abteilung V, Urteil vom 2. Februar 2010 – E 5841/2009, UA, S. 25/26.