

Rechtsanwalt
Dr. Reinhard Marx
- Fachanwalt für Migrationsrecht -

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

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

Mo.-Fr.: 9.00 - 12.00

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

Telefon: 0049 / 69 / 24 27 17 34

Telefax: 0049 / 69 / 24 27 17 35

E-Mail: sekretariat@ramarx.de

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

Rechtsgutachten
zur Vereinbarkeit der von der Kommission der
Europäischen Union vorgeschlagenen
Konzeption des ersten Asylstaates sowie der
Konzeption des sicheren Drittstaates mit Völker-
und Unionsrecht

7. März 2018

Gliederung

I.	Gutachtauftrag	3
II.	Völkerrechtlicher völkerrechtliche Referenzrahmen der Drittstaatenkonzeption	4
III.	Vorrang der Drittstaatenregelung vor dem Dubliner System	9
	1. Vorschlag der Kommission	9
	2. Geschichtliche Entwicklung des Verhältnisses von Drittstaatenregelung und Dubliner System	10
	3. Völkerrecht	12
	4. Subsidiärer Schutz	18
	5. Ergebnis	19
IV.	Drittstaaten, die die GFK nicht ratifiziert haben	20
	1. Geltendes Sekundärrecht	20
	2. Völkerrecht	21
	3. Ergebnis	24
V.	Vertragsstaaten mit geografischen Vorbehalt nach Art. 1 B GFK	24
	1. Geltendes Sekundärrecht	24
	2. Völkerrecht	24
	3. Ergebnis	25
VI.	Anwendung einer drittstaatsbezogenen internen Schutzkonzeption	25
	1. Geltendes Sekundärrecht	25
	2. Vorschlag der Kommission	26

3.	Vorschlag der Ratspräsidentschaft	26
4.	Völkerrecht	27
5.	Handlungskompetenz der Bundesregierung	29
6.	Ergebnis	30
VII.	Unzulässigkeit drittstaatsbezogener unwiderleglicher Sicherheitsvermutungen	31
1.	Geltendes Sekundärrecht	31
2.	Vorschlag der Kommission	32
3.	Ergebnis	33
VIII.	Bindungen des Flüchtlings zum Drittstaat	34
1.	Geltendes Unionsrecht	34
2.	Vorschlag der Kommission	35
3.	Völkerrecht	36
4.	Ergebnis	38
IX.	Listung sicherer Drittstaaten auf Unionsebene	39
1.	Vorschlag der Kommission	39
2.	Völkerrecht	41
3.	Ergebnis	41
X.	Konzept des wirksamen Schutzes im Drittstaat	41
1.	Geschichtliche Entwicklung des Begriffs des sicheren Drittstaates	41
2.	Schutzstandard im ersten Asylstaat	43
a)	Geltendes Sekundärrecht	43
b)	Vorschlag der Kommission	44
3.	Schutzstandard im sicheren Drittstaat	46
a)	Geltendes Sekundärrecht	46
b)	Vorschlag der Kommission	47
c)	Völkerrecht	47
4.	Ergebnis	52
XI.	Verfahrensrechtlicher Schutz	53
1.	Geltendes Unionsrecht	53
2.	Vorschlag der Kommission	54
a)	Verwaltungsverfahren	54
b)	Rechtsschutz	55
c)	Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge	57
3.	Ergebnis	57
XII.	Ergebnisse des Gutachtens	58

I. Gutachtauftrag

Der Bundesverband der Arbeiterwohlfahrt, der Deutsche Anwaltsverein – Arbeitsgemeinschaft Migrationsrecht, der Deutsche Caritasverband, das Deutsche Rote Kreuz, Diakonie Deutschland, der Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland, der Paritätische Gesamtverband, Pro Asyl und die Neue Richtervereinigung. Zusammenschluss von Richterinnen und Richtern und Staatsanwälten e.V. haben mich beauftragt, ein Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der von der Kommission der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Regelungen zum Konzept des ersten Asylstaates und zum Konzept des sicheren Drittstaates mit Völker- und Unionsrecht zu erstellen. Die Kommission hat am 4. Mai 2016 einen Vorschlag zur Neuregelung des Dubliner Verfahrens¹ vorgelegt. Am 13. Juli 2016 hat sie ferner einen Vorschlag zur gemeinsamen Verordnung zur Regelung des Asylverfahrens (VerfahrensVO)² vorgelegt. Inzwischen hat das Europäische Parlament mit Datum von 6. November 2017 einen Bericht zum Vorschlag der Kommission zur Neuregelung der Dublin-Verordnung verabschiedet, der in weiten Teilen vom Kommissionsvorschlag abweicht, insbesondere zur vorgeschlagenen Zulässigkeitsprüfung, in deren Rahmen der vorgeschlagenen Drittstaatenregelung eine zentrale Rolle zugewiesen wird.³ Der Vorschlag zur VerfahrensVO wurde bislang noch nicht durch das Parlament abschließend beraten. Es liegt aber ein Kompromissvorschlag der Ratspräsidentschaft vor.⁴ Die abschließende Beratung im Parlament ist für 2018 geplant.

Ausgehend von dieser Sachlage werden nachfolgend die folgenden Rechtsprobleme erörtert:

¹ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), Brüssel, 4. Mai 2017, COM(2016)0270 final, 2016/0133 (COD).

² *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines gemeinsamen Verfahrens für internationalen Schutz in der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 2013/32/EU, Brüssel, 13. Juli 2017, COM(2016)0224 final, 2016/0224 (COD).

³ *Europäisches Parlament*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), Brüssel, 6. November 2017, A8-0345/2017.

⁴ Presidency compromise proposals in relations to Articles 1 – 43 during three Meetings (26–27 September, 5–6 October and 24–25 October (2017)), No 14098/17 – 2016/0224(COD) - common procedure for international protection.

1. Ist der *verfahrensrechtliche Vorrang der Drittstaatenregelung* vor dem *Verfahren zur Zuständigkeitsbestimmung* im Rahmen des *Dublin-Systems* mit völker- und unionsrechtlichen Grundsätzen vereinbar?
2. Dürfen auch Staaten, die die *Genfer Flüchtlingskonvention* von 1951 (GFK) und das New Yorker Protokoll von 1967 *nicht unterzeichnet* haben, als sichere Drittstaaten behandelt werden?
3. Dürfen die Europäische Union und die Mitgliedstaaten auch Staaten, die bei der Unterzeichnung die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 (GFK) den in Art. 1 B GFK zulässigen *geografischen Vorbehalt* erklärt haben, als sichere Drittstaaten behandelt werden?
4. Darf die Drittstaatenregelung mit einer *unwiderleglichen Sicherheitsvermutung* umgesetzt werden?
5. Sind Abschiebungen von Asylsuchenden und Flüchtlingen in Drittstaaten, die sie vor ihrer Einreise in die Union nicht durchquert haben, rechtlich zulässig, darf also das Drittstaatenkonzept *ohne Bindung der Asylsuchenden und Flüchtlinge in dem als sicher behandelten Drittstaat* angewandt werden?
6. Sind Abschiebungen von Asylsuchenden und Flüchtlingen in Drittstaaten zulässig, auch wenn dort nur bestimmte Regionen oder Orte sicher sind (*drittstaatenbezogene Anwendung des Konzeptes des internen Schutzes*)?
7. Welchen *Schutzstandard* haben der erste Asylstaat sowie der als sicher bestimmte Drittstaat zu gewähren?
8. Sind die vorgeschlagenen Verfahrensbestimmungen zur Anwendung der Drittstaatenregelung mit völker- und unionsrechtlichen Rechtsvorgaben vereinbar?

II. Völkerrechtlicher Referenzrahmen der Drittstaatenkonzeption

Funktion des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention – GFK) ist die *Gewährleistung wirksamen Flüchtlingsschutzes*, der den *Verlust des nationalen Schutzes* ersetzen soll. Hierzu hat die GFK das Prinzip der einzelstaatlichen Verantwortlichkeit eingeführt, das heißt, der Vertragsstaat, bei dem ein Flüchtling einen Antrag auf Schutzgewährung stellt, ist zunächst für die Behandlung dieses Antrags verantwortlich. Er kann diesen Antrag inhaltlich prüfen. Will er dies nicht, darf er den Flüchtling nicht in den Herkunftsstaat abschieben oder zurückweisen (Art. 33 Abs. 1 GFK). Auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen er ihn in andere Vertragsstaaten abschieben oder zurückweisen darf (*Drittstaatenregelung*), gibt der Text der Konvention keine Antwort. Dass bedeutet jedoch nicht, dass er bei dieser Entscheidung und deren Vollziehung rechtlich völlig frei wäre. Vielmehr handelt er im Rahmen eines multilateralen Vertrages und ist an das Ziel und den Zweck der GFK (Art. 31 Abs. 1

WVRK), wirksamen Flüchtlingsschutz zu gewähren, gebunden und darf dabei die Interessen anderer Vertragsstaaten nicht verletzen.

Nach einer am bloßen Wortlaut der GFK ausgerichteten Auslegung der Konvention gewährt diese nur *Rechte im Asyl*, aber *kein Recht auf Asyl*. Das Fehlen eines Asylanspruchs hat in den siebziger und achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts insbesondere im gegenseitigen Verkehr europäischer Vertragsstaaten miteinander die Konzeption des Drittstaates hervorgebracht. Dem lag das Verständnis zugrunde, dass dieser Mangel die endlose Abschiebung der Flüchtlinge von einem Vertragsstaat zu anderen Vertragsstaaten erlaube. Dadurch wandelten sich Drittstaaten zu Zwischengliedern endloser Verweisungsketten und damit zu Orbitstaaten: So wie die Drittstaatenkonzeption in Europa in den 1970er und 1980er Jahren praktiziert wurde, wurde mithin der Typus des „*refugee in orbit*“ geschaffen, dessen endlose Rundreise häufig in seinem Herkunftsland enden konnte. Diesem Phänomen wollte die Europäische Union mit der Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems von dessen Beginn an ein Ende setzen.

Eine Analyse und Bewertung dieser Praxis muss von der GFK ausgehen. Dass diese kein Recht auf Asyl gewährt, ist zwar zutreffend, besagt aber als solches nicht viel. Da die Abschiebung und Zurückweisung in den Herkunftsstaat verboten sind, muss der um Schutz ersuchte Vertragsstaat - wie erwähnt - eine Lösung suchen, welche die Interessen der anderen Vertragsstaaten berücksichtigt. Das heißt, wenn dieser Vertragsstaat kein Asyl gewähren will, darf er den Flüchtling zwar in andere Vertragsstaaten abschieben oder zurückweisen, vorausgesetzt, die nachfolgend zu untersuchenden Voraussetzungen hierfür sind erfüllt. Weisen diese den Flüchtling aber zurück, weil er bereits in diesem Vertragsstaat um Schutz ersucht hat, muss er nach der Rückkehr des Flüchtlings eine am Ziel und Zweck der Konvention orientierte Lösung finden. Er muss also bei der Anwendung der Drittstaatenkonzeption diesen völkerrechtlichen Auslegungsgrundsatz beachten. Weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte der Konvention kann er aber für seine Anwendungspraxis bis ins Einzelne gehende entsprechende Kriterien gewinnen.

Die konservative Lesart der Konvention hilft also nicht weiter. Dieser ist zu entgegen, dass bei der Auslegung und Anwendung der Konvention nach Art. 31 Abs. 3 WVRK die Entwicklung des Völkerrechts sowie der Staatenpraxis seit deren Verabschiedung

berücksichtigt werden muss. Die Konvention muss danach als „*living instrument*“⁵, also dynamisch ausgelegt und angewandt werden. Diese Auslegungsmethode ist bei uns als „stillter Verfassungswandel“ bekannt. Im Lichte dieses Auslegungsgrundsatzes sind daher Maßstäbe für die Anwendung von Drittstaatenregelungen zu gewinnen:

Die GFK beruht zwar – wie erwähnt - auf dem *Prinzip der einzelstaatlichen Verantwortung* für den Flüchtling, enthält aber keine Kriterien dafür, ob und in welchem Umfang außer der Beachtung des Refoulementverbotes weitere Verpflichtungen aus der Konvention folgen. Sie ist Ausdruck und Quelle der Flüchtlingsrechte, enthält jedoch nicht alle hierfür erforderlichen Lösungsansätze, das heißt, sie ist klar in der Formulierung von Flüchtlingsrechten, schweigt indes dazu, wessen aktuelle Verantwortlichkeit durch diese im Kontext moderner humanitärer Wanderungsbewegungen begründet wird,⁶ soweit es über den Refoulementschutz nach Art. 33 Abs. 1 hinausgeht. Die erforderlichen Antworten hierfür können aber im Grundsatz aus dem aus der GFK abgeleiteten Grundsatz gewonnen werden, dass *alle* Vertragsstaaten in ihrer Gesamtheit eine *Schutzfunktion* für den einzelnen Flüchtling als Ersatz für den weggefallenen nationalen Schutz übernommen haben. Der Wegfall des nationalen Schutzes ist das alles bestimmende Moment der Konvention. Um diesen auszugleichen, wurde die GFK geschaffen.

Dies ist aber keine ausschließliche Aufgabe eines einzelnen, sondern aller Vertragsstaaten. Der einzelne Vertragsstaat handelt also bei der Prüfung des Schutzgesuchs des einzelnen Flüchtlings im Kontext eines *Verantwortungszusammenhangs aller Vertragsstaaten der GFK*. Der nach Art. 31 Abs. 1 WVRK maßgebliche humanitäre Zweck der Konvention, Schutz zu gewähren, muss mit dem Ziel, die Verantwortung für die Schutzgewährung unter den Vertragsstaaten aufzuteilen, in Einklang gebracht werden. Ein Vertragsstaat handelt eindeutig den Konventionspflichten zuwider, wenn er durch seine Maßnahmen eine Situation hervorruft, in welcher der geforderte Schutz versagt wird. Es besteht aber insoweit ein Dilemma, dass in der Konvention einerseits Rechte begründet, andererseits jedoch keine klaren Verantwortlichkeiten geregelt werden. Die hieraus folgenden Schwierigkeiten aber können durch eine Balance zwischen der einzelstaatlichen Verantwortlichkeit und der

⁵ *McAdam*, in: Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2011, Interpretation of the 1951 Convention, para. 83 ff.

⁶ *Feller*, IJRL 2006509 (525).

Aufteilung der Verantwortung für die Schutzgewährung („burden-sharing“) unter den Vertragsstaaten überwunden werden.⁷ Es besteht also eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit (*responsibility to cooperate*).⁸ Bereits zu Beginn der Konvention wurde sie als Ausdruck der Überzeugung der Vertragsstaaten interpretiert, dass alle Vertragsstaaten *in gemeinsamer Anstrengung* eine humanitäre Lösung für die Flüchtlinge entwickeln müssen.⁹ Jeder Vertragsstaat hat gegenüber anderen Vertragsstaaten, die Verpflichtung, die Konvention nach Treu und Glauben auszulegen (Art. 31 Abs. 1 WVRK). Dies bedeutet, dass die Vertragsstaaten im bilateralen Verkehr nicht lediglich eine generelle Verpflichtung, die GFK nach Treu und Glauben auszulegen, trifft, sondern sie nach Maßgabe der einzelnen Bestimmungen der GFK darüber hinaus eine Reihe von spezifischen Verpflichtungen zu beachten haben.¹⁰

Zwar wird die Schutzverantwortung aller Vertragsstaaten der GFK zumeist im Zusammenhang mit der Aufgabe des „burden-sharing“ diskutiert, also mit einer weniger rechtlichen denn politischen Aufgabe. Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Verantwortung eine insoweit bloß politische Dimension der Konvention aufzeige. Wie vorstehend ausgeführt, hat die konventionsrechtliche Schutzverantwortung vielmehr auch Auswirkungen auf die konkreten Beziehungen zwischen den Vertragsstaaten, insbesondere auf die an der Anwendung der Drittstaatenregelung beteiligten Vertragsstaaten. Die insoweit allgemein anerkannten Grundsätze leiten die Auslegung und Anwendung der Drittstaatenregelung:

Prüft der um Schutz ersuchte Vertragsstaat nicht die Flüchtlingseigenschaft, darf er den Flüchtling nicht in seinen Herkunftsstaat abschieben oder zurückweisen. Will er ihn anstelle der Statusprüfung und -gewährung in einen Drittstaat abschieben oder zurückweisen, hat er den Verantwortungszusammenhang aller Vertragsstaaten und damit sowohl seine wie die

⁷ Feller, IJRL 2006509 (525); Wall, IJRL 2017, 201 (205 ff.).

⁸ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 2005, S. 92 f.; Goodwin-Gill/McAdam, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl., 2007, S. 2; McAdam, in: Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2011, Interpretation of the 1951 Convention, para. 42 ff.; Feller, IJRL 2006509 (525); Wall, IJRL 2017, 201 (205 ff.); UNHCR ExCom, Beschluss zum internationalen Rechtsschutz Nr. 85 (XLIX) (1998), No. d); UNHCR, Conclusion No 112 (LXVII) 2016 on International Cooperation from a Protection and Solutions Perspective; ExComGrandi, United Nations High Commissioner for Refugees, Opening Statement at the 67th Session of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme, in: IJRL 2017, 346 (347).

⁹ Robinson, *Convention relating to the Status of Refugees*, 1953, S. 5.

¹⁰ Goodwin-Gill/McAdam, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl., 2007, S. 432.

Verantwortung des Drittstaates zu beachten. Solange sich der Flüchtling an oder auf seinem Staatsgebiet aufhält, bleibt er für diesen verantwortlich. Mit der Abschiebung oder Zurückweisung wird er seiner Verantwortung aber nicht ledig. Vielmehr bleibt er für den Flüchtling solange verantwortlich, bis die Gewährung des Flüchtlingsschutzes zu dessen Gunsten durch einen anderen Vertragsstaat feststeht. Aus dem durch Zweck und Ziel der Konvention hergeleiteten Verantwortungszusammenhang aller Vertragsstaaten folgt also die Verpflichtung, bei der Anwendung von Drittstaatenregelungen kooperativ mit dem Drittstaat zusammen zu arbeiten. Ob daraus folgt, vor der Abschiebung oder Zurückweisung des Flüchtlings dessen Zustimmung zur Übernahme des Flüchtlings einzuholen ist, wird in den nachfolgenden Ausführungen untersucht werden. Ebenso ist es eine offene, nachfolgend zu erörternde Frage, welche Rechte nach der GFK der Drittstaat dem Flüchtling gewähren muss und ob und auf welche Weise der Vertragsstaat, der den Flüchtling in diesen abschieben oder zurückweisen will, sich vergewissern muss, dass diese dem Flüchtling gewährt werden.

Die allgemeine Anerkennung des grundlegende Auslegungsprinzips, dass die einzelstaatliche Schutzgewährung Ausdruck der Gesamtverantwortlichkeit aller Vertragsstaaten der GFK für den Flüchtlingsschutz ist, folgt aus dem *spezifischen Charakter des Flüchtlingsrechts*: Verpflichtende menschenrechtliche Verträge haben einen klaren Adressaten, nämlich die nationalen Vertragsstaaten, die für die auf ihrem Staatsgebiet lebenden Menschen die Verantwortung tragen und hierbei durch die Verpflichtungen gebunden werden, die sie durch Unterwerfung unter den völkerrechtlichen Vertrag anerkannt haben. Der Einzelne kann sich bei Verletzungen der Vertragsbestimmungen an die nationalen Institutionen und unabhängigen Kontrollinstanzen und abschließend an das durch den Vertrag eingerichtete internationale Kontrollgremium wenden. Dies alles fehlt bei der Konvention. Der Herkunftsstaat ist nicht Adressat der GFK. Denn es ist ja seine Handlung bzw. die auf seinem Staatsgebiet vollzogene oder drohende Handlung, die nach der Überquerung seiner nationalen Grenze durch den Einzelnen ins Ausland erst die Verpflichtungen nach der GFK begründet. Verpflichtet ist dieser Staat möglicherweise aufgrund menschenrechtlicher Verträge. Verletzt er diese und flüchtet der Betroffene ins Ausland, bleibt er zwar nach dem menschenrechtlichen Vertrag verantwortlich für die Menschenrechtsverletzung, die einzelstaatliche Verantwortlichkeit nach der GFK trifft ihn jedoch nicht, sondern die um Schutz ersuchten Vertragsstaaten. Es ist dieses menschenrechtlichen Verträgen nicht

immanente Spezifikum, das im Flüchtlingsrecht einen anderen mit diesen Verträgen nicht vergleichbaren Verantwortungszusammenhang begründet. Dem muss die Auslegung der GFK gerecht werden. Nach Maßgabe dieser anerkannten völkerrechtlichen Grundsätze werden nachfolgend die einzelnen zur Begutachtung aufgestellten Fragen untersucht.

III. Vorrang der Drittstaatenregelung vor dem Dubliner System

1. Vorschlag der Europäischen Kommission

Nach Art. 3 Abs. 3 Buchst. a) des Kommissionsvorschlags zur Neuregelung des Dubliner Systems *hat* der um internationalen Schutz ersuchte Mitgliedstaat, bevor er das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren einleitet, zu prüfen, ob der Asylantrag unzulässig ist, weil eine Abschiebung in den „ersten Asylstaat“ oder in einen für den Antragsteller „sicheren Drittstaat“ in Betracht kommt. Für diese Prüfung gilt er als zuständiger Mitgliedstaat (Art. 3 Abs. 4), d.h. vor der Anwendung des Dubliner Systems besteht eine *zwingende Verpflichtung* des zuerst um Schutz ersuchten Mitgliedstaates zu prüfen, ob eine Abschiebung in einen Drittstaat außerhalb der Union zulässig ist. Der Wortlaut („er prüft“) ist eindeutig. Da das Asylverfahren erst durch den nach dem Dubliner System als zuständig bestimmten Mitgliedstaat durchgeführt und erst dann eine Entscheidung über die formelle Anerkennung des Asylsuchenden als Flüchtling getroffen oder ihm subsidiärer Schutz gewährt wird, hat dies zur Folge, dass der zuerst innerhalb der Europäischen Union um Schutz ersuchte Mitgliedstaat nicht seine Flüchtlingseigenschaft oder die Voraussetzungen des subsidiären Schutzes prüfen darf. Es steht ihm damit nicht frei, zu prüfen, ob der Antragsteller die Voraussetzungen des Flüchtlingsbegriffs erfüllt.

Weist der um Schutz ersuchte Mitgliedstaat den Antrag als unzulässig zurück, wird er zuständiger Mitgliedstaat. Nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 wird ihm nicht die Möglichkeit eingeräumt, die Drittstaatenregelung nicht anzuwenden. Hierzu ist er vielmehr verpflichtet. Einerseits muss er bei Vorliegen der Voraussetzungen der Drittstaatenregelung den Asylantrag als unzulässig ablehnen, andererseits wird er dadurch zuständiger Mitgliedstaat, darf aber wegen der seine Zuständigkeit begründenden Ablehnung als unzulässig den Asylantrag nicht mehr inhaltlich prüfen. Nur aus familiären Gründen darf er nach dem Kommissionsvorschlag sein Selbsteintrittsrecht bis zur Einleitung des Verfahrens zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates ausüben (Art. 19 Abs. 1).

Nach der Ratio der genannten Vorschriften des Vorschlags der Kommission muss er den Asylsuchenden in den als sicher bestimmten Drittstaat abschieben. Die Folge hiervon ist, dass der in der Europäischen Union gestellte Asylantrag des Asylsuchenden in dieser nicht geprüft, der Asylsuchende also in diesen Fällen *nicht* als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter behandelt wird.¹¹ Das Parlament beantragt Streichung von Art. 3 Abs. 3, soweit in diesem die vorgeschaltete Zulässigkeitsprüfung hinsichtlich der Anwendung der Drittstaatenregelung vorgeschlagen wird.¹²

2. *Geschichtliche Entwicklung des Verhältnisses von Drittstaatenregelung und Dubliner System*

Die sachgerechte Regelung des Verhältnisses zwischen der Drittstaatenregelung einerseits und dem Dubliner Zuständigkeitsbestimmungsverfahren andererseits hat von Beginn an das europäische Asylsystem geprägt. In den Londoner Beschlüssen der Ad hoc-Groupe Immigration der damals zwölf Mitgliedstaaten vom 3. Dezember 1992 wurde unter Punkt 1 Buchst. d) geregelt, dass die Dublinregelungen erst angewandt werden sollten, wenn die Rückführung in den ersten Asylstaat („host *third country*“) nicht durchführbar war.¹³ Zwar ließ Art. 3 Abs. 5 des Dubliner Übereinkommens (Dublin I) die Frage offen, ob der um Schutz ersuchte Mitgliedstaat vor der Anwendung des Übereinkommens die Drittstaatsregelung anzuwenden hatte. So wurde die Vorschrift jedoch in den Londoner Beschlüssen interpretiert. Diese Interpretation wurde im Schrifttum heftig kritisiert. Damit werde die Ausnahme zur Regel. Nur für den Fall, dass die Abschiebung in einen Drittstaat nicht möglich sei, werde das Prinzip der Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für den Flüchtling als „notwendiges Übel“ verstanden, um „refugee in orbit“-Situationen zu verhindern.¹⁴ Durch die angeordnete vorherige Anwendung der Drittstaatenregelung würden

¹¹ S. hierzu im einzelnen *Marx*, Stellungnahme zum Vorschlag der Europäischen Kommission zur Reform des Dubliner Systems im Auftrag des Forums für Menschenrechte vom 10. Oktober 2016.

¹² *Europäisches Parlament*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), Brüssels, 6. November 2017, A8-0345/2017, S. 40/164.

¹³ Abgedruckt in: *A new Immigration Law for Europe? Standing Committee of experts in international immigration, refugee and criminal law* (Hrsg.), 1993, s. dort auch *Fernhout/Meiyers*, Introduction, S. 8 (16 ff.).

¹⁴ *Achermann/Gattiker*, Safe Third Countries: European Developments, in: *IJRL* 1995, 19 (23); *Standing Committee of experts in international immigration, refugee and criminal law*, *A New Immigration Law For Europe? The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, 1993, S. 16.

die Mitgliedstaaten sich aber weiterhin an der Entstehung von „refugees in orbit“ im Rest der Welt beteiligen.¹⁵

An diese ursprüngliche Fehlentwicklung des europäischen Flüchtlingsrechts knüpft der Kommissionsvorschlag wieder an, obwohl inzwischen das Unionsrecht in Art. 78 Abs. 1 AEUV eine verbindliche Aufnahmeverpflichtung für schutzbedürftige Flüchtlinge geschaffen hat, mit der ein Vorrang von Drittstaatenregelungen – wie er im multilateralen System vor der Errichtung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems üblich war – unvereinbar ist. Die dem Dubliner Übereinkommen folgenden Art. 3 Abs. 5 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin II) und Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (Dublin III) griffen zwar den Wortlaut von Art. 3 Abs. 5 des Übereinkommens auf. Diese Normen waren aber nicht vorrangig gegenüber der Anwendung des Dubliner Systems. Auch wurde ihre Anwendung nicht zwingend angeordnet. Vielmehr wurde deren Anwendung dem Ermessen der Mitgliedstaaten anheim gegeben. Dies trägt dem völkerrechtlichen Grundsatz Rechnung, dass die Verpflichtungen nach Art. 33 Abs. 1 GFK stets den um Schutz ersuchten Vertragsstaat treffen, und zwar unabhängig davon, ob der Asylsuchende bereits in einem anderen Drittstaat Schutz erhalten hat oder hätte beantragen können. Dies wird nachfolgend näher erläutert. Seit 2009 ist ein derartiger Vorrang auch mit dem Primärrecht unvereinbar.

Nach dem Dubliner Übereinkommen durfte die Drittstaatenregelung angewandt werden, wenn der Antragsteller in dem Drittstaat bereits Schutz gefunden oder dort die Möglichkeit gehabt hatte, Schutz zu suchen. Es handelte sich beim „third host state“ um den Vorläufer des Konzepts der „ersten Asylstaats“. Drittstaatenregelungen im heute bekannten Sinne, dass der Transit als Verbindung zum sicheren Drittstaat genügt, gab es in den 1980er Jahren nicht. Das änderte sich mit der Einrichtung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems. Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 stellte den Mitgliedstaaten allgemein frei, den Antragsteller nach ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften und unter Wahrung der Bestimmungen der GFK in einen Drittstaat zurückzuweisen. Hingegen verweist die Verordnung (EU) Nr. 604/2013 auf die Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU (Art. 3 Abs. 3), sodass das Konzept des ersten Asylstaats (Art. 35), des sicheren Drittstaats (Art. 38) wie auch insbesondere des sicheren europäischen Drittstaats (Art. 39) einbezogen sind.

15 Hurwitz, The 1990 Dublin Convention: A Comprehensive Assessment, in: IRLJ 1999, 646 (649 f.).

Das Verhältnis zwischen Drittstaatenregelung und Dublin-Verfahren hat hiernach eine wechselvolle und komplizierte Geschichte durchlaufen, wobei die völker- und primärrechtliche Abstützung bislang nicht diskutiert, geschweige denn gerichtlich geprüft worden ist. Zwar verweist der Vorschlag der Kommission zum Dublin-Verfahren nur auf Art. 33 Abs. 2 Buchst. b) und c) RL 2013/32/EU und damit nur auf das Konzept des ersten Asylstaats und das des sicheren Drittstaates. Das Konzept des „*sicheren europäischen Drittstaats*“ (Art. 39 RL 2013/32/EU) soll aber im Rahmen des dem Dublin-Mechanismus vorgeschalteten Prüfungsverfahrens nicht angewandt werden. Das geltende Unionsrecht unterscheidet im Blick auf Drittstaaten zwischen diesen drei Konzeptionen. Im Vorschlag für eine VerfahrensVO wird dieses Konzept vollständig aufgegeben, sodass nur noch die Konzeption des ersten Asylstaates (Art. 44) und die Konzeption des sicheren Drittstaates (Art. 46) aufrechterhalten bleiben.

Zur Anwendung der Konzeption des ersten Asylstaates oder der des sicheren Drittstaates im Zusammenhang mit dem Dubliner System hat der Gerichtshof der Europäischen Union festgestellt, die Drittstaatenregelung dürfe sowohl *vor* wie auch *nach* der Durchführung des Zuständigkeitsbestimmungsverfahrens angewandt werden. Er hat dies damit begründet, dass ein Antragsteller, der vor einer endgültigen Entscheidung über seinen Asylantrag in einem anderen Mitgliedstaat Asyl beantragt, andernfalls besser gestellt würde als ein Antragsteller, der eine Prüfung seines Antrags im zuständigen Mitgliedstaat abwartet, wenn nach der Bestimmung des Zuständigkeitsverfahrens die Drittstaatenregelung nicht angewandt werden dürfte.¹⁶ Nach Art. 3 Abs. 3 des Vorschlags der Kommission wird allerdings nach der Rückführung des Antragstellers in den ersten Asylstaat oder sicheren Drittstaat für den Fall, dass er in den die Rückführung durchführenden Mitgliedstaat zurückkehrt, die Anwendung der Drittstaatenregelung gesperrt. Vielmehr wird sie nur vor der Rückführung zugelassen. Der Vorschlag zur Verfahrensverordnung verhält sich zu dieser Frage nicht.

3. *Völkerrecht*

Nach Art. 33 Abs. 1 GFK darf ein Flüchtling *nicht auf irgendeine Weise* über die Grenzen von Gebieten ausgewiesen oder zurückgewiesen werden, in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer

¹⁶ EuGH, InfAuslR 2016, 241 (252) Rn 39, 51, 53 – *Mirza*.

bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Überzeugung (Art. 1 A Nr. 2 GFK) bedroht sein würde. Die Konvention begründet für den Flüchtling aber anders als Art. 24 Abs. 1 RL 2011/95/EU kein Recht auf Aufenthalt, sondern verbietet lediglich die zwangsweise Verbringung des Flüchtlings in den Staat, in dem Verfolgung aus den bezeichneten Gründen droht. Allerdings umfasst Art. 33 Abs. 1 GFK auch das *Verbot der Kettenabschiebung* („nicht auf irgendeine Weise“). Das bedeutet, dass vor einer Abschiebung in den Drittstaat geprüft werden muss, ob der Flüchtling dort vor einer Abschiebung oder Ausweisung in den Herkunftsstaat wirksam geschützt wird.

In diesem Verbot allein erschöpft sich die Verpflichtung des um Schutz ersuchten Staates aber nicht. Bei der Anwendung von Art. 33 Abs. 1 GFK ist vielmehr die *deklaratorische Natur*¹⁷ der formellen Statuszuerkennung zu beachten. Es ist allgemein anerkannt, dass die Anerkennung als Flüchtling nicht konstitutiv wirkt, also erst der Statusakt dazu verpflichtet, einen um Asyl nachsuchenden Antragsteller als Flüchtling zu behandeln. Im Handbuch des UNHCR wird dies ausdrücklich so ausgeführt:

*„Eine Person ist ein Flüchtling im Sinne der 1951er Konvention sobald sie die Kriterien der in dieser geregelten Flüchtlingsdefinition erfüllt. Dies wirkt notwendigerweise bereits vor der formellen Zuerkennung des Status. Deshalb macht sie die Zuerkennung des Status nicht zum Flüchtling, sondern erklärt ihn lediglich zum Flüchtling. Sie wird nicht aufgrund der Statuszuerkennung zum Flüchtling, sondern dieser wird zuerkannt, weil sie ein Flüchtling ist.“*¹⁸

Das Bundesverfassungsgericht geht insoweit von einer „gleichsam konstitutiven Wirkung“ der Asylenerkennung aus.¹⁹ Man mag in dieser Beschreibung ein nebulöses Ausweichen vor der klaren völkerrechtlichen Begrifflichkeit erkennen. Andererseits erkennt das Gericht damit indirekt, wenn auch in umständlicher Beschreibung die lediglich deklaratorische Wirkung der Statuszuerkennung an.

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

18 UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, para. 28: “A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as he fulfils the criteria contained in the definition. This would necessarily occur prior to the time at which his refugee status is formally determined. Recognition of his refugee status does not make him a refugee but declares him to be one. He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee.”

Welche Bedeutung hat der deklaratorische Rechtscharakter der Statuszuerkennung für die Anwendung der Drittstaatenregelung? Daraus folgt zunächst, dass der Vertragsstaat, der die Flüchtlingseigenschaft nicht prüfen will, den Schutzsuchenden bei der Abschiebung oder Zurückweisung als Flüchtling behandeln muss. Dieser anerkannte Grundsatz bestimmt auch die Anwendung der Drittstaatenregelung. Aus der Entstehungsgeschichte der Konvention folgt nach übereinstimmender Meinung, dass ein unerlaubt, also spontan einreisender Flüchtling den Schutz der Konvention genießt. Gerade für diesen Personenkreis wurde die Konvention verabschiedet. Für die reguläre humanitäre Zuwanderung bedarf es keiner Konvention. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, dem spontan einreisenden Flüchtling bis zu seiner formellen Anerkennung jedenfalls die Rechte zu gewähren, die nicht die formelle Zuerkennung des Flüchtlingsstatus voraussetzen.²⁰ Dazu gehört insbesondere der Schutz aus Art. 33 Abs. 1 GFK. Die hieraus folgende Verpflichtung kann aber durch mechanistische Absprachen zur Teilung der Verantwortlichkeiten zwischen den Vertragsstaaten für die Bearbeitung eines Asylsuchenden zwischen ihnen verletzt werden. Sie dürfen sich nicht bewusst blind machen vor den vorhersehbaren Folgen eines nach der Abschiebung folgenden Refoulements durch den Drittstaat.²¹ Vielmehr werden sie ihrer Verpflichtung nach der GFK erst enthoben, wenn der Flüchtling durch den Drittstaat wirksamen Schutz erlangt hat. Hier kommt der Verantwortungszusammenhang der Vertragsstaaten ins Spiel.

Der deklaratorische Rechtscharakter der Statuszuerkennung folgt in nicht aufhebbarer Weise aus der Art und Weise, wie aus der Konvention Rechte begründet werden. Sie enthält neben dem Refoulementverbot einige zunächst vorübergehend wirkende Rechte, sobald der Flüchtling in den Zuständigkeitsbereich eines Vertragsstaates gelangt. Aus der Entstehungsgeschichte der Konvention folgt, dass in diesem Stadium die um Schutz suchende Person als Flüchtling zu behandeln ist und ihr gewisse Rechte zu gewähren sind, die für dieses Stadium vorgesehen sind. Dazu gehören insbesondere die aus Art. 31 bis 33 GFK

19 BVerfGE 60, 253 (2569)= EZAR 610 Nr. 14 = InfAuslR 1982, 245 (LS).

20 S. hierzu im Einzelnen Abschnitt IX 3 und 4.

21 *Hathaway*, *The Rights of Refugees in International Law*, 2005; S. 157 ff., 321 ff., mit Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte der GFK und die Rechtsprechung der Vertragsstaaten

folgenden (*negatorischen*) Rechte. Die Konvention kann nicht dahin interpretiert werden, dass dem Flüchtling während dieser Phase überhaupt keine Rechte zustünden.²²

Was folgt aus diesen völkerrechtlichen Grundsätzen für die Anwendung der Drittstaatenregelung? Es kann sicherlich nicht behauptet werden, dass einem Flüchtling in der Phase seiner Ankunft an der Grenze oder innerhalb des Gebietes eines Vertragsstaates das Recht einzuräumen ist, dass seine Asylgründe geprüft werden und ihm nach positiver Prüfung anschließend der Flüchtlingsstatus zuerkannt werden müsste. Aus der deklaratorischen Natur der Gewährung dieses Status folgt jedoch, dass er bis dahin als Flüchtling zu behandeln ist. Dies schließt im Falle der Anwendung einer Drittstaatenregelung ein, dass ihm in diesem Fall jedenfalls die Rechte aus Art. 31 bis 33 GFK einzuräumen sind und den Vertragsstaat entsprechende Verpflichtungen treffen. Ein bilaterales oder multilaterales Abkommen darf diese Verpflichtungen der Vertragsstaaten nicht außer Acht lassen. Es muss dem Flüchtling deshalb das Recht gewährt werden, dass ihm während des auf diese Normen bezogenen Verfahrens die hieraus folgenden Gewährleistungen nicht vorenthalten werden. Eine Abschiebung oder Zurückweisung in andere Drittstaaten, ohne eine hierauf bezogene Prüfung wäre deshalb völkerrechtlich unzulässig.

Würde der von der Kommission vorgeschlagene Vorrang der Drittstaatenregelung vor der Einleitung des Verfahrens zu Zuständigkeitsbestimmung dazu führen, dass die Rechte aus Art. 31 bis 33 GFK nicht beachtet würden, wäre dies völkerrechtlich unzulässig. Der von der Kommission gemachte Vorschlag, dass die Anwendung der Drittstaatenregelung Vorrang vor der Einleitung des Zuständigkeitsbestimmung haben soll, hat jedoch nicht diese Folge: Bevor ein Mitgliedstaat das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren einleitet, hat er - wie eingangs erwähnt - nach Art. 3 Abs. 3 Buchst. a) zu prüfen, ob der Asylantrag unzulässig ist, weil eine Abschiebung in den „ersten Asylstaat“ oder in einen für den Antragsteller „sicheren Drittstaat“ in Betracht kommt. Nach dem Wortlaut der vorgeschlagenen Norm ist er für das weitere Verfahren zuständiger Mitgliedstaat, wenn er den Asylantrag als unzulässig zurückweist. Das Dublin-Verfahren wird nicht durchgeführt (Art. 4). Sein Selbsteintrittsrecht kann er damit im Dublin-Verfahren selbst nicht mehr ausüben, sondern nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 in Verb. mit Art. 3 Abs. 1 nur bevor er das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren

²² *Hathaway/Foster, The Law of Refugee Status, 2. Aufl., 2014, S. 26.*

eingeleitet hat und auch nur, wenn familiäre Gründe vorgebracht werden (Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1). Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung ist das Verbot der Kettenabschiebung zu beachten und darf deshalb der Flüchtling nicht in den ersten Asylstaat oder sicheren Drittstaat abgeschoben oder zurückgewiesen werden, wenn dort die Gefahr der Verletzung des Refoulementverbots besteht (Art. 44 Abs. 2 Buchst. c), Art. 45 Abs. 1 Buchst. c)). Daraus folgt, dass der Vorschlag der Kommission den Mitgliedstaaten zwar das Selbsteintrittsrecht nimmt, die Mitgliedstaaten, aber verpflichtet sind, im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung Art. 33 Abs. 1 GFK zu beachten.

Andererseits werden sie aber nach einer Abweisung des Asylantrags des Flüchtlings als unzulässig (Art. 36 Abs. 2 Buchst. a) und b) des Vorschlags der Kommission einer VerfahrensVO) diesen nicht mehr aufnehmen, sondern ihn als Folge dieser Ablehnung in den sicheren Drittstaat abschieben oder zurückweisen. Zwar enthält der Vorschlag keine Regelungen zum Vollzug asylverfahrensrechtlicher Entscheidungen. Nach der bisherigen Praxis der Mitgliedstaaten kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass dem Flüchtling trotz einer Abweisung seines Asylantrags als unzulässig ein Aufenthaltsrecht gewährt werden wird. In der Bundesrepublik Deutschland z.B. besteht grundsätzlich eine behördliche Verpflichtung, vollziehbar ausreisepflichtige Drittstaatsangehörige abzuschicken (§ 58 Abs. 1 AufenthG). Vollziehbar ausreisepflichtig sind jedoch Antragsteller, deren Antrag als unzulässig abgewiesen wurde, wenn die im Zusammenhang mit dieser Entscheidung ergangene Abschiebungsandrohung (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 und 4 in Verb. mit § 34 Abs. 1 AsylG) aufgrund des erstinstanzlichen (§ 80 AsylG) negativen Eilrechtsbeschlusses (§ 36 Abs. 1 und 3 AsylG in Verb. mit § 80 Abs. 5 VwGO) vollziehbar ist. Auch kann unterstellt werden, dass nach der Vorstellung der Kommission der Unzulässigkeitsentscheidung die Abschiebung folgen soll. Wegen fehlender Kompetenz, Vollzugsregelungen vorzuschlagen, muss sie sich jedoch insoweit zurückhalten.

Dem Flüchtling werden auch keine subjektiven Rechte zur Vollzugsverhinderung gegeben. Einen Folgeantrag kann er nicht stellen, da über den ersten Asylantrag nicht inhaltlich entschieden wurde (Art. 42 Abs. 1 Vorschlag einer VerfahrensVO). Wird der gegen die

Zurückweisung des Asylantrags als unzulässig beantragte Eilrechtsschutz (Art. 54 Abs. 2 Vorschlag einer VerfahrensVO)²³ versagt, wird die Ausreisepflicht begründet.

Die völkerrechtliche Zulässigkeit von Drittstaatenregelungen ist andererseits nicht unumstritten: Es ist allgemein anerkannt, dass die GFK nicht vorschreibt, dass der Flüchtling verpflichtet ist, im ersten Staat, in dem ihm dies möglich ist, Schutz zu beantragen. Daher rechtfertigt es die Nichtinanspruchnahme der Möglichkeit, in einem Durchreisestaat Schutz zu beantragen, allein nicht, die formelle Zuerkennung des begehrten Flüchtlingsstatus zu versagen.²⁴ Darüber hinaus ist nach Ansicht der völkerrechtlichen Literatur im Völkerrecht anerkannt, dass Flüchtlinge jedenfalls ein begrenztes Recht haben, sich den Vertragsstaat, in dem sie Schutz suchen möchten, auszusuchen, insbesondere wenn Familienangehörige sich bereits in diesem Staat aufhalten.²⁵ Dementsprechend setzt sich das Exekutivkomitee für das Programm des UNHCR in der Empfehlung Nr. 15 (XXX) – Flüchtlinge ohne Asylsland – von 1979 für eine Regelung der Zuständigkeit für die Behandlung von Asylanträgen ein und schlägt hierzu vor, dass „die Vorstellungen des Asylsuchenden hinsichtlich des Landes, in das er um Asyl nachsuchen möchte, *soweit wie möglich berücksichtigt* werden sollten“. Die Staatenpraxis ist dieser Empfehlung überwiegend nicht gefolgt.²⁶ Nach dem Federal Court of Australia begrenzen jedoch Völkerrecht, menschenrechtliche und flüchtlingsrechtliche Standards die Handlungsfreiheit der Staaten gegenüber der Wahl des Flüchtlings, das Aufnahmeland auszusuchen, in gewisser Weise.²⁷

Jedoch haben die Vertragsstaaten gegenüber an der Staatsgrenze oder auf ihrem Staatsgebiet Schutz suchenden Flüchtlingen, mehr als lediglich die negatorischen Rechte nach Art. 31 bis

23 S. hierzu Abschnitt XI.

24 Canadian Federal Court (2000)194 FTR 161 – *Gavryushenko*; *Goodwin-Gill/McAdam*, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl., 2007, S. 392; *Hathaway/Foster*, *The Law of Refugee Status*, 2. Aufl., 2014, S. 31 ff., mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung der Vertragsstaaten.

25 *Goodwin-Gill/McAdam*, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl., 2007, S. 392; *Gil-Bazo*, IRLJ 2006, 571 (599); *Hathaway/Foster*, *The Law of Refugee Status*, 2. Aufl. 2015, S. 32, mit Bezugnahme auf U.S. Court of Appeal, 9th Cir., (2003) 320 F.3d 1061 – *Melkonian*.

26 Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Upper Tribunal (Vereinigtes Königreich) vom 5. Januar 2010 UKUT 422 (IAC) Rn26, 31 - *RR*,) in dem die ablehnende Begründung der Vorinstanz, der Antragsteller hätte Schutz im Transitstaat beantragen können, zwar wiedergegeben, aber nicht bestätigt wird. Dazu brauchte das Tribunal sich deshalb nicht verhalten, weil es festgestellt hatte, dass der (syrische) Antragsteller im Transitstaat (Algerien) nicht sicher sei.

27 Federal Court of Australia (2001) FCA 1141 Rn 52 – *Al Rahal*.

33 GFK zu beachten. Da sie sich an multilateralen Systemen zur Aufteilung der Verantwortlichkeit für Flüchtlinge – wie die Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 - beteiligen, bleiben sie ungeachtet dessen völkerrechtlich verantwortlich für den Flüchtling²⁸ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat hierzu festgestellt, dass es unvereinbar mit Ziel und Zweck der EMRK wäre, wenn die Vertragsstaaten sich durch ein System der Verantwortungsaufteilung wie das Dubliner System in einem bestimmten Umfang von ihren völkervertraglichen Pflichten befreien könnten.²⁹ Daraus folgt, dass ein derartiges System die individuelle Verantwortlichkeit der jeweiligen Mitgliedstaaten nach der GFK für die bei ihnen um Schutz nachsuchenden Flüchtlinge nicht aufheben darf. Dies betrifft aber lediglich die Beachtung des Refoulementschutzes. Dieser wird – wie aufgezeigt – durch den Vorschlag der Kommission gewahrt. Auch wenn der Verfahrensvorschlag der Kommission dahin interpretiert würde, dass es den Mitgliedstaaten entsprechend ihrer völkerrechtlich anerkannten Einzelverantwortlichkeit unbenommen bleibe, den Flüchtling aufzunehmen, könnte dieser sich hierauf nicht berufen. Denn dieser anerkannte völkerrechtliche Grundsatz ist nach Wortlaut, Zweck und Inhalt nicht geeignet und hinreichend bestimmt, wie eine innerstaatliche Norm, rechtliche Wirkung zu entfalten, sodass er eine subjektive Rechtswirkung entfalten würde.³⁰

4. *Subsidiärer Schutz*

Für subsidiär Schutzberechtigte sind die Bestimmungen der GFK nicht relevant, aber zu ihren Gunsten wirken die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, den Grundsatz der Nicht-Zurückweisung in Übereinstimmung mit ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen zu achten (Art. 21 RL 2011/95/EU). Für den subsidiären Schutz ist deshalb Art. 3 EMRK, Art. 7 IPbR und Art. 3 Übereinkommen gegen Folter zu beachten. Vergleichbar Art. 33 Abs. 1 GFK

28 *Gil-Bazo*, IRLJ 2006, 571 (599).

29 EGMR, InfAuslR 2000, 321 (323) = NVwZ 2001, 301 = EZAR 933 Nr. 8 – *T.I.*, EGMR, NVwZ 2009, 965 (966) – *K.R.S.*; *Marx*, Gutachten zu den verfassungs- und europarechtlichen Fragen im Hinblick auf Überstellungen an Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin-II-Verordnung), S.87 f. Der EGMR hatte dies zwar zunächst in *T.I.* hinsichtlich des ursprünglichen multilateralen Dubliner Systems festgestellt, diesen Grundsatz später aber in *K.R.S.* auch auf unionsrechtliche Systeme der Verantwortungsaufteilung angewandt.

30 BVerwGE 80, 233 (235) = EZAR 271 Nr. 19 = InfAuslR 1989, 98; BVerwGE 87, 11 (13) = EZAR 252 Nr. 5 = NVwZ 1991, 787 = InfAuslR 1991, 72; BVerwG, EZAR 232 Nr. 1, zu Art. 28 GFK; BGHZ 18 Nr. 22 (25 f.); *Marx*, Kommentar zum AsylG, 9. Aufl., 2017, § 18 AsylG Rn 11.

enthalten diese Normen auch ein Verbot der Kettenabschiebung.³¹ Vor einer Abschiebung in einen Drittstaat ist deshalb zu prüfen, ob in diesem das Verbot der Abschiebung in einen weiteren Drittstaat oder in den Herkunftsstaat beachtet wird, wenn dort die Gefahr von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung droht (vgl. auch Art. 15 Buchst. b) RL 2011/95/EU).

5. Ergebnis

1. Der Vorschlag der Kommission zur Anwendung der Drittstaatenregelung im Rahmen des Dubliner Verfahrens wird – sofern dem hiergegen gerichteten Antrag des Parlaments nicht zugestimmt wird - dazu führen, dass im Falle der Ablehnung des Asylantrags als unzulässig und der daraufhin folgenden Abschiebung oder Zurückweisung in den ersten Asylstaat oder sicheren Drittstaat der in der Europäischen Union gestellte Asylantrag eines Asylsuchenden in dieser nicht geprüft, der Asylsuchende also in diesen Fällen *nicht* als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter behandelt wird.
2. Das *Selbsteintrittsrecht* der Mitgliedstaaten kann nur vor der Einleitung des Zuständigkeitsbestimmungsverfahrens ausgeübt werden. Vor dessen Einleitung ist zwingend die Drittstaatenregelung anzuwenden. Das Selbsteintrittsrecht erlaubt den Mitgliedstaaten keine Übernahme der Zuständigkeit, da es erst nach der Einleitung des Zuständigkeitsbestimmungsverfahrens ausgeübt werden darf, dieses aber durch die Anwendung der Drittstaatenregelung ausgeschlossen wird. Die spezifische Art und Weise der Verschränkung der Drittstaatenregelung mit dem Dublin-System missachtet damit das völkerrechtliche Prinzip der Einzelverantwortlichkeit des um Schutz ersuchten Vertragsstaates der GFK, indem er es diesem unmöglich macht, entsprechend seiner Einzelverantwortlichkeit den Flüchtling anstelle der Abschiebung in einen ersten Asylstaat oder sicheren Drittstaat aufzunehmen.
3. Mit Ziel und Zweck der GFK wie auch der EMRK ist es unvereinbar, wenn die Vertragsstaaten sich durch ein System der Verantwortungsaufteilung wie das Dubliner System in einem bestimmten Umfang von ihren völkervertraglichen Pflichten befreien. Durch die zwingende Anwendung der Drittstaatenregelung und die weitreichende Untersagung, das Selbsteintrittsrecht auszuüben, wird den Mitgliedstaaten aber die Übernahme dieser völkerrechtlichen Verantwortung unmöglich gemacht.
4. Das von der Kommission vorgeschlagene Konzept der Verschränkung der Drittstaatenregelung mit dem Dubliner Verfahren stellt aber andererseits sicher, dass das Verbot der Kettenabschiebung beachtet wird und deshalb der Flüchtling nicht in

³¹ EGMR, InfAuslR 2011, 221 (223 f.) - *M.S.S.*; Ausschuss gegen Folter, Urt. v. 14. 5. 1999 – Nr. 129/1998 – *Sadiq Shek Elmi*; s. hierzu *Alleweldt*, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, 1996, S. 64, 115 *Hamdan*, The Principle of Non-Refoulement under the ECHR and the UN Convention against Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 2016, S. 108 ff.

den ersten Asylstaat oder sicheren Drittstaat abgeschoben werden darf, wenn dort die Gefahr der Verletzung des Refoulementverbots besteht.

IV. Drittstaaten, die die GFK nicht ratifiziert haben

1. Geltendes Sekundärrecht

Das geltende Recht unterscheidet zwischen dem „ersten Asylstaat“, dem „sicheren Drittstaat“ und dem „sicheren europäischen Drittstaat“. Danach darf ein Asylsuchender nur dann in einen Drittstaat abgeschoben werden, wenn dort Refoulementschutz nach Art. 33 Abs. 1 GFK und absoluter Schutz vor Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung gewährt wird (Art. 38 Abs. 1 Buchst. c) und d), Art. 39 Abs. 2 Buchst. a) und c) RL 2013/32/EU). Art. 35, der die Konzeption des ersten Asylstaates regelt, setzt voraus, dass der Asylsuchende im Drittstaat als Flüchtling anerkannt wurde oder ihm anderweitig ausreichender Schutz einschließlich Refoulementschutz gewährt wird. Im Blick auf die erste Alternative ist darauf hinzuweisen, dass die Behandlung als Flüchtling den Refoulementschutz einschließt. Anders als Art. 38 und 39 RL 2013/32/EU, die das Konzept des sicheren Drittstaates bzw. des sicheren europäischen Drittstaates regeln und hierzu auf die GFK verweisen, fehlt in Art. 35 jedoch ein Hinweis auf die GFK.

Das geltende Recht verlangt für die Abschiebung in den ersten Asylstaat also nicht, dass der Betroffene dort als Flüchtling nach der GFK, sondern lediglich, dass er dort als Flüchtling anerkannt wurde, ohne ausdrücklich auf die GFK hinzuweisen (Art. 35 Abs. 1 Buchst. a) RL 2013/32/EU). Unklar bleibt, nach welchen anderen Vorschriften eine Anerkennung als Flüchtling in Betracht kommen könnte. Dafür könnte die Flüchtlingskonvention der Organisation Afrikanische Staaten von 1969 in Betracht kommen. Dies träfe jedoch nur auf Flüchtlinge aus den Vertragsstaaten dieser Konvention zu. Außerdem mag der Richtliniengeber an nationale Regelungen zur Flüchtlingsanerkennung gedacht haben. Derartige Regelungen richten sich aber nicht nach internationalem Recht und stünden deshalb der Anwendung der Konzeption des ersten Asylstaates entgegen, weil ein derartiger Drittstaat kein Vertragsstaat der GFK wäre.

Noch deutlicher wird die Entkoppelung des Konzepts des ersten Asylstaates von der GFK in Art. 35 Abs. 1 Buchst. b) RL2013/32/EU. Diese Norm verweist auf den Begriff des „anderweitigen Schutzes“ in allgemeiner Form und fordert die Anwendung des Grundsatzes

der Nicht-Zurückweisung durch den Drittstaat, ohne dies mit der GFK zu verbinden. Das geltende Recht lässt damit eine Abschiebung in den ersten Asylstaat zu, der nicht die GFK und/oder das Protokoll ratifiziert hat. Er muss zwar den Betroffenen als Flüchtling anerkannt haben oder ihm anderweitig ausreichenden Schutz gewähren. Nach welchen rechtlichen Vorgaben der erste Asylstaat den Flüchtlingsstatus gewährt hat oder anderweitigen Schutz gewähren wird, bleibt offen. Jedenfalls wird nicht zwingend vorausgesetzt, dass insoweit die GFK maßgebend ist. In der Praxis der Mitgliedstaaten wird das Konzept des ersten Asylstaates aber hingegen kaum angewandt. Anders ist hingegen die Rechtslage beim Konzept des sicheren oder des sicheren europäischen Drittstaates. Hier verweisen Art. 38 Abs. 1 Buchst. c) und e) RL 2013/32/EU (sicherer Drittstaat) und Art. 39 Abs. 2 Buchst. a) RL 2013/32/EU (sicherer europäischer Drittstaat) ausdrücklich auf die GFK.

2. Völkerrecht

Der GFK kann nicht unmittelbar entnommen werden, ob die Abschiebung auch in einen Drittstaat zulässig ist, der nicht die GFK unterzeichnet hat. Allerdings verbietet das dem Refoulementverbot immanente Verbot der Kettenabschiebung die Abschiebung in einen Drittstaat, der keinen Refoulementschutz gewährt und folgt aus dem Verantwortungszusammenhang aller Vertragsstaaten, dass als erster Asylstaat oder sicherer Drittstaat nur ein Vertragsstaat der GFK in Betracht kommen kann. Darüber hinaus spricht gegen die Einbeziehung von Nicht-Vertragsstaaten, dass diese nicht durch Art. 33 GFK gebunden werden. Allerdings wird das Nicht-Refoulement als gewohnheitsrechtliche Regel angesehen. Dafür spricht, dass die Staatenlosenkonzferenz 1954 in Abschnitt IV der Schlussakte den Grundsatz aufgestellt hat, Art. 33 GFK sei Ausdruck eines allgemein anerkannten Grundsatzes und bestätigte damit die bereits damals herrschende Überzeugung, dass das Refoulementverbot Bestandteil des allgemeinen Völkerrechts geworden war.³² Die Berichte von UNHCR gehen einen Schritt weiter und sprachen bereits in den 1980er Jahren dem Prinzip des Non-Refoulement sogar den Charakter von *jus cogens* zu,³³ sodass dieser

³² *Kimminich*, AVR 1982, 369; *Hyndman*, The Australian LJ 1986, 153 f.; *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in international Law, 3. Aufl., S. 206 ff.; *Weis*, AYIL 1954, 199; *Sexton*, Vanderbilt JTL 1985, 731,737; *Sinha*, Asylum and International Law, 1971, S. 160; *Grahl-Madsen*, AAPSS 1983, 14; *Stenberg*, Non-Expulsion and Non-Refoulement, 1989, S. 275 f.; zurückhaltender *Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement, 1982, S. 72.

³³ *UNHCR*, Report, UN Doc. E/1985/62, 1985, Rn 22 f.; *UNHCR*, Report, UN Doc. E/18989/64, 1989, Rn 24; so auch *Allain*, IJRL 2001, 533, 534

Grundsatz nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann (Art. 53 WVRK). Das Prinzip des Non-Refoulement bindet damit auch Nicht-Vertragsstaaten.

Ob allerdings der Nicht-Vertragsstaat das zur gewohnheitsrechtlichen Regel erstarkte Refoulementverbot auch unabhängig von völkervertraglichen Verpflichtungen anerkennt und wirksam anwendet, kann von dem Vertragsstaat, den der Flüchtling um Schutzgewährung ersucht hat, nicht mit der erforderlichen Gewissheit prognostiziert werden. Nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Nicht-Vertragsstaat einwenden kann, durch das Refoulementverbot nicht gebunden zu sein.³⁴ Darüber hinaus kann der Drittstaat eine andere als die in Art. 1 A Nr. 2 GFK geregelte Flüchtlingsdefinition anwenden.³⁵ Verletzt hingegen der Vertragsstaat, der vom Aufenthaltsstaat als Drittstaat angesehen wird, das Refoulementverbot, kann sich der Flüchtling auf Art. 33 Abs. 1 GFK berufen, sofern diese völkerrechtliche Norm wie innerstaatliches Recht eine subjektive Rechtswirkung entfaltet oder der Vertragsstaat diese Norm im nationalen Recht ausdrücklich umgesetzt hat.

In der Bundesrepublik Deutschland ist z.B. die nationalstaatliche Anwendbarkeit des Refoulementverbotes in zweifacher Weise umgesetzt worden, einmal durch Transformation von Art. 33 Abs. 1 GFK aufgrund der Ratifizierung der GFK³⁶ und zum anderen bereits früher durch § 14 AuslG1965 und nachfolgend durch § 51 Abs. 1 AuslG1990 und § 60 Abs. 1 Satz 1 AufenthG. Ist das Refoulementverbot hingegen im Drittstaat nicht kraft Völkervertragsrecht, sondern als gewohnheitsrechtliche Regel anzuwenden, ist der Schutz des Flüchtlings vor einer Abschiebung, Ausweisung oder Zurückweisung in seinen Herkunftsstaat zu schwach und kann er sich insbesondere im konkreten Einzelfall nicht auf diesen berufen, sondern ist darauf angewiesen, dass der Drittstaat den gewohnheitsrechtlichen Charakter des Refoulementverbotes anerkennt und dieses in seinem Fall auch beachtet. Der Vertragsstaat, der den Asylsuchenden in einen derartigen Drittstaat abschieben will, kann

³⁴ Hofmann/Löhr, in: Zimmermann, The 1951 Convention relating to the Status of Refugee and its 1967 Protocol, 2011, S. 1112.

³⁵ Hofmann/Löhr, in: Zimmermann, The 1951 Convention relating to the Status of Refugee and its 1967 Protocol, 2011, S. 1112.

³⁶ BVerwGE 80, 233 (235) = EZAR 271 Nr. 19 = InfAuslR 1989, 98; BVerwGE 87, 11 (13) = EZAR 252 Nr. 5 = NVwZ 1991, 787 = InfAuslR 1991, 72; BVerwG, EZAR 232 Nr. 1, zu Art. 28 GFK; BGHZ 18 Nr. 22 (25 f.); Marx, Kommentar zum AsylG, 9. Aufl., 2017, § 18 AsylG Rn 11.

deshalb die wirksame Einhaltung des Refoulementverbotes nicht mit der erforderlichen Gewissheit prognostizieren. Art. 33 Abs. 1 GFK steht hingegen für die Vertragsstaaten der GFK der Abschiebung oder Zurückweisung in einen derartigen Drittstaat entgegen. Bereits dies spricht dafür, nur Vertragsstaaten der GFK und/oder des New Yorker Protokolls als sichere Drittstaaten in Betracht zu ziehen.

Darüber hinaus sprechen weitere völkerrechtliche Gründe gegen die Einbeziehung von Nicht-Vertragsstaaten in die Konzeption des ersten Asylstaates oder die des sicheren Drittstaates. Die Abschiebung oder Zurückweisung in einen Drittstaat setzt voraus, dass dieser nicht nur das Verbot der Abschiebung und Zurückweisung beachtet, sondern er dem Flüchtling auch einen bestimmten Schutzstandard gewährt. Wie ausgeführt, kann den erforderlichen Schutz nur ein Vertragsstaat der GFK gewähren.³⁷ Der Gerichtshof der Europäischen Union erachtet deshalb eine Abschiebung in den sicheren Drittstaat nur dann für zulässig, wenn dieser die GFK und EMRK nicht nur ratifiziert hat, sondern ihre Bestimmungen auch einhält.³⁸ Bei Nicht-Vertragsstaaten ist das Risiko, dass in ihrem nationalen Recht das Refoulementverbot nicht geregelt ist und daher auch keinen wirksamen Refoulementschutz gewähren werden wird, von vornherein zu hoch, um sie als sichere Drittstaaten in Betracht ziehen zu können. Das Völkerrecht steht deshalb der Abschiebung von Asylsuchenden und Flüchtlingen in Nicht-Vertragsstaaten entgegen. Da sich Art. 18 GRCh auf die GFK und damit auf deren Art. 33 Abs. 1 GFK bezieht, sperrt auch Unionsrecht die Abschiebung von Asylsuchenden und Flüchtlingen in derartige Drittstaaten.

Eindeutig geregelt ist diese Frage im deutschen Recht. Nach Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG darf ein Staat nur dann zum sicheren Drittstaat bestimmt werden, wenn der Asylsuchende oder Flüchtling dort ein Schutzgesuch tatsächlich anbringen und dadurch die Verpflichtung einer zuständigen Stelle zu begründen vermag, hierüber nach vorgängiger Prüfung eine Entscheidung zu treffen. Sie dürfen sich nicht durch Unterlassen eines Feststellungsverfahrens den Verpflichtungen aus der GFK entziehen, zumal nur durch ein in irgendeiner Weise formalisiertes Verfahren festgestellt werden kann, ob eine Abschiebung das Refoulementverbot des Art. 33 GFK berührt. Der Drittstaat darf darüber hinaus nach

³⁷ S. hierzu Abschnitt IV.

³⁸ EuGH, NVwZ 2012, 417 (421) = InfAuslR 2012, 108 Rn 102 ff. – N.S.; Marx, Kommentar zum AsylG, 9. Auflage 2017, § 20 Rn 116.

seiner Rechtsordnung nicht befugt sein, Ausländer in einen Staat abzuschieben, in dem ihnen eine Weiterschickung in den Herkunftsstaat droht.³⁹

3. *Ergebnis*

1. Das geltende Recht verlangt für die Abschiebung in den ersten Asylstaat weder, dass der Betroffene dort als Flüchtling nach der GFK anerkannt, noch, dass dort anderweitiger ausreichender Schutz im Sinne der GFK gewährt werden muss und lässt damit die Abschiebung oder Zurückweisung in einen Nicht-Vertragsstaat zu.
2. Für die Anwendung der GFK ist jedoch der Verantwortungszusammenhang aller Vertragsstaaten zu beachten, sodass die Abschiebung oder Zurückweisung von Flüchtlingen in Drittstaaten nur dann zulässig ist, wenn diese Vertragsstaaten der GFK sind.
3. Da sich das Unionsrecht auf die GFK bezieht (Art. 18 GRCh, Art. 78 AEUV), sperrt Unionsrecht die Abschiebung oder Zurückweisung in Nicht-Vertragsstaaten.

V. Vertragsstaaten mit geografischen Vorbehalt nach Art. 1 B GFK

1. *Geltendes Sekundärrecht*

Der Vorschlag der Kommission zur Schaffung einer VerfahrensVO verwendet in Art. 44 und 45 den Begriff der GFK, ohne dass darauf hingewiesen würde, dass der geografische Vorbehalt nach Art. 1 B GFK nicht erklärt worden sein dürfe. Danach kann der Vertragsstaat bei der Unterzeichnung, Ratifikation oder dem Beitritt eine Erklärung abgeben, dass die GFK nur im Blick auf Ereignisse angewandt wird, die vor dem 1. Januar 1951 in Europa eingetreten sind. Damit werden unabhängig von der zeitlichen Einschränkung alle Flüchtlinge ausgeschlossen, die vor Ereignissen geflohen sind, die außerhalb von Europa eingetreten sind.⁴⁰ Alle Flüchtlinge aus nichteuropäischen Herkunftsländern wird damit nicht der Schutz der GFK zuteil. Demgegenüber wird in Art. 39 Abs. 2 Buchst. a) RL 2013/32/EU im Blick auf den sicheren europäischen Drittstaat ausdrücklich gefordert, dass die GFK im Drittstaat „ohne geografischen Vorbehalt“ ratifiziert sein muss. Ein entsprechendes Erfordernis fehlt in Art. 35 (erster Asylstaat) und 38 RL 2013/32/EU (sicherer Drittstaat).

2. *Völkerrecht*

³⁹ BVerfGE 94, 49 (93) = NVwZ 1996, 700 = EZAR 208 Nr. 7.

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

Nach dem Völkerrecht gilt zwar die GFK und damit auch Art. 33 Abs. 1 GFK für nichteuropäische Flüchtlinge dann nicht, wenn ein Vertragsstaat den bezeichneten geografischen Vorbehalt erklärt hat. Allerdings darf ein derartiger Vertragsstaat Flüchtlinge aus nichteuropäischen Staaten gleichwohl nicht in ihr Herkunftsland abschieben, weil Art. 33 Abs. 1 GFK – wie bereits ausgeführt - zumindest gewohnheitsrechtlichen Charakter hat.⁴¹

3. *Ergebnis*

1. Auch Vertragsstaaten, die den Europavorbehalt nach Art. 1 B GFK erklärt haben, dürfen nichteuropäische Flüchtlinge nicht in ihr Herkunftsland abschieben oder zurückweisen.

2. Das Verbot des Refoulement hat *gewohnheitsrechtlichen Charakter* und bindet deshalb alle Staaten und damit auch Vertragsstaaten, die den Europavorbehalt erklärt haben.

3. Vertragsstaaten, die zwar den geografischen Vorbehalt nach der GFK erklärt haben, jedoch Vertragsstaaten des Übereinkommens der Vereinten Nation gegen die Folter und der EMRK sind, dürfen den Flüchtling nicht in sein Herkunftsland abschieben oder zurückweisen (Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens, Art. 3 EMRK).

VI. Anwendung einer drittstaatsbezogenen internen Schutzkonzeption

1. *Geltendes Sekundärrecht*

Die geltende Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU enthält keinen Hinweis darauf, dass ein Staat, der in seiner Gesamtheit nicht sicher ist, wohl aber in einem oder mehreren Teilgebieten, als sicherer Drittstaat in Betracht gezogen werden darf. Für den Herkunftsstaat wird in der Qualifikationsrichtlinie geregelt, dass Schutz auch durch Parteien oder Organisationen gewährt werden kann, die einen wesentlichen Teil des Staatsgebietes beherrschen (Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) RL 2011/95/EU). Das Konzept des auf das Herkunftsland bezogenen internen Schutzes verweist aber nicht auf diese Norm (Art. 8 RL 2011/95/EU).

Weder Art. 35 noch Art. 38 noch Art. 39 RL 2013/32/EU rechtfertigen eine Anwendungspraxis, nach der ein Drittstaat auch dann als sicher behandeln werden dürfte, wenn dort lediglich eine oder mehrere Regionen oder sonstige Teilgebiete als sicher bewertet werden. Für die erste Alternative des Konzepts der ersten Asylstaates scheidet eine entsprechende Verwaltungspraxis bereits deshalb aus, weil die Anerkennung als Flüchtling

⁴¹ S. hierzu Abschnitt IV 2.

(Art. 35 Abs. 1 Buchst. a) RL 2013/32/EU) - unabhängig davon, ob nach der GFK oder nach nationalem Recht - im Drittstaat ein funktionierendes Rechts- und Schutzsystem im Gesamtstaat voraussetzt. Aber auch die zweite Alternative könnte ein Anwendungspraxis nicht rechtfertigen, die den ersten Asylstaat auch dann als sicher behandeln würde, in dem nur Teilgebiete sicher sind, weil die Einhaltung des Refoulementverbotes wie auch der auf den „betreffenden Staat“ bezogene erforderliche „anderweitige ausreichende Schutz“ (Art. 35 Abs. 1 Buchst. b) RL 2013/32/EU) ebenfalls ein funktionierendes Rechts- und Schutzsystem im Gesamtstaat voraussetzt. Wie in Abschnitt X näher ausgeführt wird, scheidet ein derartiger Ansatz auch bei der Konzeption des sicheren Drittstaates aus, weil auch dieses grundsätzlich einen an Art. 2 bis 34 GFK ausgerichteten wirksamen Schutzstandard im Drittstaat, also ebenfalls ein funktionierendes Rechts- und Schutzsystem voraussetzt.

2. *Vorschlag der Kommission*

Der Vorschlag der Kommission zur VerfahrensVO behält die oben aufgezeigten Grundsätze der geltenden Verfahrensrichtlinie nicht nur bei, sondern verbessert darüber hinaus sogar die Konzeption des ersten Asylstaates wie auch die des sicheren Drittstaates, indem er die dort bezeichneten Rechtsgewährleistungen an die GFK knüpft (Art. 44 Abs. 1, Art. 45 Art. 1 in Verb. mit Art. 44 Abs. 2), also eine Anwendung der Drittstaatenregelung auf Staaten, in denen Schutz nur in einem oder mehreren Teilgebieten gewährt werden könnte, von vornherein ausschließt. Das Konzept des sicheren europäischen Drittstaates wird in dem Vorschlag nicht mehr aufgegriffen, vielmehr aufgegeben.

3. *Vorschlag der Ratspräsidentschaft*

Nunmehr wird aber im Kompromissvorschlag der Ratspräsidentschaft angeregt, dass die Konzeption des sicheren Drittstaates auch dann angewandt werden *soll*, wenn das Refoulementverbot nur in einem Teilgebiet des Drittstaates beachtet wird und die Möglichkeit besteht, ausreichenden Schutz zu erlangen (Art. 45 Abs. 1 , Abs. 2a Buchst. c)).⁴²

⁴² Presidency compromise proposals in relations to Articles 1 – 43 during three Meetings (26 – 27 September, 5 – 6 October and 24 – 25 October (2017)), No 14098/17 – 2016/0224(COD) - common procedure for international protection, S. 11.

4. *Völkerrecht*

Das Konzept des internen Schutzes wie es in der Praxis der Vertragsstaaten wie auch in der Union bislang anerkannt ist (Art. 8 RL 2011/95/EU), bezieht sich auf den Herkunftsstaat. Streit besteht darüber, ob es auf dem Grundsatz der Subsidiarität des internationalen Schutzes gegenüber dem nationalen Schutz im Herkunftsstaat, der nur gewährt werden soll, wenn kein nationaler Schutz verfügbar ist, oder auf der Voraussetzung beruht, dass sich die Furcht vor Verfolgung auf den Gesamtstaat beziehen muss.⁴³ Dieser Streit braucht hier aber nicht vertieft zu werden. Weder trifft einen Drittstaat die vorrangige Verpflichtung gegenüber der Gemeinschaft der Vertragsstaaten der GFK noch gegenüber der internationalen Gemeinschaft einem für ihn fremden Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen nationalen Schutz zu gewähren. Beherrscht der Vertragsstaat selbst eine oder mehrere Teilgebiete, erscheint es als fraglich, dass er den erforderlichen Schutz nach der GFK gewähren kann, weil er nicht im gesamten Staatsgebiet die Einhaltung der Bestimmungen der GFK wirksam durchsetzen kann. Beherrschen nichtstaatliche Entitäten eine oder mehrere Regionen im Staatsgebiet, kommt eine Abschiebung oder Zurückweisung in diese Regionen bereits deshalb nicht in Betracht, weil sie wegen fehlender Staatsqualität nicht als Vertragsstaaten der GFK angesehen werden können. Dies ist jedoch – wie bereits ausgeführt – notwendige Voraussetzung für die Anwendung von Drittstaatenregelungen. Diese Entitäten können schlichtweg keine völkerrechtlichen bindenden Erklärungen abgeben, auch wenn ihnen das humanitäre Völkerrecht bei der Kriegführung bestimmte Grenzen aufzeigt.

Darüber hinaus scheidet die Entwicklung einer drittstaatsbezogenen internen Schutzkonzeption an dem Erfordernis, dass der Flüchtling die Möglichkeit haben muss, die Staatsgrenze des Drittstaates zu überqueren. Dies setzt nicht lediglich einen faktischen Zugang zu dem Drittstaat, sondern die Möglichkeit, in diesen rechtmäßig einzureisen, voraus. Die zuständigen Organe des Drittstaates müssen ausdrücklich erklärt haben, dass sie den Flüchtling zurücknehmen. Nach der Ankunft im sicheren Drittstaat muss der Flüchtling darüber hinaus Zugang zu einem rechtsstaatlichen und fairen Verfahren haben. Derartige Voraussetzungen können in Teilgebieten eines Drittstaates nicht vorausgesetzt werden. Denn diese kann nur ein Staat, der in seinem Gesamtgebiet eine funktionierendes Rechts- und

⁴³ *Marx*, IJRL 2002, 179 f.

Verwaltungssystem eingerichtet hat, erfüllen. Ohne einen derartigen verfahrensrechtlichen Schutz ist der Flüchtling aber nicht vor der Gefahr des Refoulement unter Berücksichtigung seiner individuellen Umstände geschützt.⁴⁴

Zerfallende oder bereits zerfallene Drittstaaten wie z.B. Afghanistan, Irak, Libyen, Syrien, kommen daher als sicherer Drittstaat nicht in Betracht. In der Praxis werden sie allerdings auch nicht als solche behandelt. Die Europäische Union trifft jedoch mit Warlords, Kriegsverbrechern und anderen lokalen Machthabern mit zweifelhaftem Ruf und einem hohen Rekord menschenrechtlicher Verbrechen in Libyen gemeinsame Absprachen zur Bewachung der Grenzen und der Verhinderung der Weiterreise über das Mittelmeer und zu ihrer Rückübernahme. Alle genannten Staaten sind keine Vertragsstaaten der GFK. Bei Libyen kommt hinzu, dass keine der unterschiedlichen Akteure die Kompetenz und Legitimität hat, für den Gesamtstaat Libyen Abkommen zu verhandeln, formell anzuerkennen und wirksam durchzusetzen.

Aus all diesen Gründen dürfte die GFK wohl so zu interpretieren und anzuwenden sein, dass sicherer Drittstaat ein Vertragsstaat der GFK und dieser völkerrechtlich handlungsfähig und als solcher imstande sein muss, innerhalb des *gesamten Staatsgebietes* ein Gewalt- und Schutzmonopol auszuüben. Zerfallende oder im Zerfallsprozess begriffene Drittstaaten kommen aus diesen Gründen von vornherein nicht als sichere Drittstaaten in Betracht. Diese für die Anwendung des Konzepts des sicheren Drittstaats unabdingbaren Voraussetzungen machen deutlich, dass ein Drittstaat, der insgesamt nicht sicher ist, nicht als sicherer Drittstaat behandelt werden darf. Eine rechtlich geregelte Einreise in ein Teilgebiet eines Staates ist dann nicht möglich, wenn de facto-Entitäten in an der Staatsgrenze gelegenen Gebieten herrschen. Selbst wenn ein faktischer Zugang in eine interne sichere Region möglich sein sollte, ist damit noch nicht die Frage beantwortet, wie vom Mitgliedstaat aus ein sicherer und rechtmäßiger Zugang zum Drittstaat und nach der Grenzüberquerung die Weiterreise in das interne Schutzgebiet gelingen soll. Zudem dürfte in aller Regel die erforderliche Prognose, dass der Flüchtling dort vor Übergriffen und Gefahren wirksam geschützt wird, nicht getroffen werden können.

⁴⁴ Hofmann/Löhr, in: Zimmermann, The 1951 Convention relating to the Status of Refugee and its 1967 Protocol, 2011, S. 1111; Legomsky, IJRL 2003, 567 (573).

Ferner sind die staatlichen Autoritäten wie auch die nichtstaatlichen Entitäten, die nur in einem oder mehreren Entitäten Herrschaftsgewalt ausüben, mit der Gewährleistung der Sicherheit der in diesen Regionen bereits lebenden Bevölkerung bereits überfordert und kaum in der Lage, darüber hinaus auch noch die Sicherheit fremder Staatsangehörige sicherzustellen. Sie werden es im Übrigen nicht akzeptieren, dass sie von stabilen und wirtschaftlich starken Staaten wie den Mitgliedstaaten Flüchtlinge übernehmen sollen.

5. Handlungskompetenz der Bundesregierung

Sollten der Rat und das Parlament einer drittbezogenen internen Schutzkonzeption zuneigen, stellt sich die Frage, ob der Bundesregierung die erforderliche Handlungskompetenz zusteht, dem zuzustimmen: Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes setzt die Bestimmung eines sicheren Drittstaates nach Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG voraus, dass dort die Anwendung der GFK und der EMRK sichergestellt ist und die Organe des Drittstaates nach dessen Rechtsordnung verpflichtet sein müssen, die Konventionen auch anzuwenden.⁴⁵ Das setzt voraus, dass er im gesamten Staatsgebiet diese Verpflichtungen einhalten können muss. Für die Konzeption des sonstigen Drittstaates nach § 27 AsylG gilt nichts anderes. Denn diese trägt dem Prinzip der Subsidiarität des Asylrechts Rechnung⁴⁶ und bezieht sich damit auf das Asylgrundrecht. Daher gelten für die Einzelfallprüfung nach § 27 AsylG dieselben Grundsätze wie für die parlamentarische Entscheidung über die Sicherheit eines Drittstaates. Denn beide Konzeptionen gewinnen ihren Inhalt und ihre Grenzen aus dem Asylgrundrecht. Dieses kann aber nur versagt werden, wenn der Drittstaat insgesamt sicher ist und wirksam die GFK und EMRK anwendet.

Ein Drittstaat mit nur teilweise sicheren Regionen erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Die Drittstaatenregelung hat jedoch keine Auswirkungen auf die Anwendung der GFK, auf der das Gemeinsame Europäische Asylsystem aufbaut (Art. 78 Abs. 1 AEUV). Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass die Drittstaatenregelung nicht für die GFK Geltung hat. Denn diese ist seiner Ansicht nach nicht vom „Konzept der normativen Vergewisserung“, nach der Ratio des Parlamentsvorbehalts des Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG

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

⁴⁶ BVerwGE 78, 332 (345 f.) = EZAR 205 Nr. 6; BVerwG, InfAusIR 1989, 175

umfasst.⁴⁷ Die Bundesregierung dürfte damit dem Vorschlag der Ratspräsidentschaft nicht zustimmen.

5. Ergebnis

1. Das geltende Sekundärrecht verbietet die Abschiebung oder Zurückweisung in Drittstaaten, wenn dort lediglich ein oder mehrere Regionen oder sonstige Teilgebiete als sicher angesehen werden können.
2. Der Vorschlag der Kommission schließt eine derartige Anwendungspraxis der Drittstaatenregelung weiterhin aus. Hingegen wird diese von der Ratspräsidentschaft vorgeschlagen.
3. Die Abschiebung oder Zurückweisung in Teilregionen eines Drittstaates ist von vornherein rechtlich unzulässig, weil angesichts dort fehlender demokratischer und rechtsstaatlicher Strukturen keine auf rechtmäßige Weise erfolgende Rückkehr erfolgen kann.
4. Die Situation in einem Staat, in dem nur Teilgebiete sicher sind, ist insgesamt instabil und unsicher. Die Verhältnisse in diesem sind einem fortwährenden Wechsel unterworfen. Vormalig sichere Teilgebiete können deshalb sehr schnell instabil und unsicher werden wie umgekehrt vormalig unsichere Regionen vorübergehend oder auch länger sicher werden können. Daher kann nicht mit der erforderlichen Gewissheit prognostiziert werden, dass eine sichere Rückkehr in den Drittstaat und anschließend in die als sicher angesehene Teilregion dieses Drittstaates erfolgen kann.
5. Bestimmte Teilregionen eines Drittstaates beherrschende Entitäten oder Autoritäten haben keine völkerrechtliche Kompetenz, Verträge zu ratifizieren und sind daher keine Vertragsstaaten der GFK, sodass die Abschiebung oder Zurückweisung in diese Teilregionen völkerrechtlich unzulässig sind.
6. Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG erlaubt die parlamentarische Bestimmung eines Drittstaates als sicher nur, wenn dieser in seinem Staatsgebiet insgesamt die GFK und EMRK wirksam durchsetzen kann. Der Parlamentsvorbehalt bezieht sich jedoch nur auf die Asylberechtigung nach Art. 16 a Abs. 1 GG, nicht jedoch auf die GFK. Daher hat die Bundesregierung die Handlungsmacht, einem Vorschlag zuzustimmen, dass auch ein Drittstaat, der nur teilweise sicher ist, als sicherer Drittstaat behandelt werden darf.

⁴⁷ BVerfGE 94, 49 (99) = NVwZ 1996, 700 = EZAR 208 Nr. 7, für § 51 Abs. 1 AuslG 1990, der Vorläufernorm des § 60 Abs. 1 Satz 1 AufenthG in Verb. mit § 3 Abs. 1 in Verb. mit Abs. 4 1. Hs. AsylG.

VII. Unzulässigkeit drittstaatsbezogener unwiderleglicher Sicherheitsvermutungen

1. *Geltendes Sekundärrecht*

Art. 35 Satz 3 RL 2013/32/EU eröffnet dem Flüchtling die Möglichkeit, die Anwendung der Konzeption des ersten Asylstaates *unter Berufung auf seine besonderen Umstände* anzufechten. Die Anwendung des Konzepts des sicheren Drittstaates unterliegt nach Art. 38 Abs. 2 Buchst. c) RL 2013/32/EU den Regeln, die im nationalen Recht festgelegt sind. Dazu gehören mit dem Völkerrecht vereinbare Regeln, die es ermöglichen, in Form einer *Einzelfallprüfung* festzustellen, ob der betreffende Drittstaat für einen bestimmten Antragsteller sicher ist. Für diese Prüfung muss ihm zumindest die Möglichkeit gegeben werden, die Anwendung der Konzeption des sicheren Drittstaates mit der Begründung anzufechten, dass der betreffende Drittstaat für ihn in seiner *besonderen Situation* nicht sicher ist. Wenn das nationale Recht aber derartige Voraussetzungen nicht aufweist, ist nicht klar, ob der Mitgliedstaat nach Unionsrecht zur Schaffung entsprechender Regelungen verpflichtet ist. Mit dem Hinweis auf mit dem Völkerrecht vereinbare nationale Regelungen wird aber vorausgesetzt, dass nach dem Völkerrecht eine Einzelfallprüfung geboten ist und nationale Regelungen, die hiermit nicht vereinbar sind, völkerrechtswidrig sind und damit auch sekundäres Unionsrecht verletzen. Darüber hinaus steht das Sekundärrecht der Einführung von Vermutungsregeln hinsichtlich der Sicherheit von Drittstaaten entgegen. Die nationale unwiderlegliche Sicherheitsvermutung des Art. 16a Abs. 2 GG, § 26a Abs. 1 AsylG darf deshalb auf sekundärrechtliche Drittstaatenregelungen nicht angewandt werden.

Schließlich eröffnet Art. 39 Abs. 3 RL 2013/32/EU dem Antragsteller die Möglichkeit, die Konzeption des sicheren europäischen Drittstaates mit der Begründung anzufechten, dass der betreffende Drittstaat für ihn in seiner *besonderen Situation* nicht sicher ist. In allen Fällen wird anders als bei Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG *keine Sicherheitsvermutung* aufgestellt, sondern werden lediglich nationale Regelungen zugelassen, nach denen Mitgliedstaaten einen konkreten Drittstaat im Einzelfall als sicher ansehen können, aber für den Einzelnen die Möglichkeit eröffnen müssen, diese Voraussetzung für seine Person in Frage zu stellen. Darüber hinaus handelt es sich bei allen Konzeptionen nicht um zwingende, sondern um *fakultative* Konzeptionen. Die Mitgliedstaaten werden also nicht verpflichtet, einen Drittstaat bei Vorliegen der im Sekundärrecht vorgesehenen Kriterien als sicher anzusehen.

Das geltende Sekundärrecht trägt der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union Rechnung. Dieser hatte im Blick auf den Vorläufer der Konzeption des sicheren Drittstaates in Art. 36 RL 2005/85/EG festgestellt, dass ein Drittstaat nur dann als „sicherer Drittstaat“ betrachtet werden darf, wenn er die GFK und EMRK nicht nur ratifiziert hat, sondern ihre Bestimmungen auch einhält. Eine solche Formulierung weise darauf hin, dass die bloße Ratifizierung der Konventionen durch einen Drittstaat nicht eine unwiderlegliche Vermutung ihrer Einhaltung durch den Drittstaat zu Folge haben könne. Dieser Grundsatz gelte sowohl für die Mitgliedstaaten wie auch für Drittstaaten.⁴⁸ Dem Antragsteller muss also die Möglichkeit eingeräumt werden, mit Hinweis auf seine besonderen Umstände die Anwendung der Konzeption des sicheren Drittstaates anzufechten. Dem möglichen Einwand, der Gerichtshof habe lediglich geltendes Sekundärrecht interpretiert und die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dieses auch anders zu regeln, wäre entgegen zu halten, dass die Ausführungen des Gerichtshofes in den Begründungskontext gestellt sind, in dem er feststellt, dass die Aufstellung einer unwiderleglichen Sicherheitsvermutung „selbst als eine Regelung angesehen werden kann, die die Garantien in Frage stellt, mit denen der Schutz und die Beachtung der Grundrechte durch die Union und ihre Mitgliedstaaten sichergestellt werden sollen.“⁴⁹

2. *Vorschlag der Kommission*

Die Vorschläge der Kommission zur Konzeption des ersten Asylstaates und zur Konzeption des sicheren Drittstaates übernehmen ohne Textänderung die im geltenden Sekundärrecht geregelten Vorschriften zur Möglichkeit des Antragstellers, mit Bezugnahme auf seine besonderen Umstände die Anwendung des Konzepts des ersten Asylstaates oder des sicheren Drittstaates anzufechten (Art. 44 Abs. 3, Art 45 Abs. 4). Die im geltenden Sekundärrecht festgelegte Konzeption des sicheren europäischen Drittstaates greift der Kommissionsvorschlag nicht mehr auf. Auch nach dem Vorschlag der Kommission soll also keine unwiderlegliche, aber auch keine widerlegliche Vermutung der Sicherheit geregelt, sondern ohne verfahrensrechtliche Einschränkung die Möglichkeit zugunsten des Antragstellers vorgesehen werden, die Anwendung der Konzeption des sicheren Drittstaates

⁴⁸ EuGH, NVwZ 2012, 417 (421) = InfAuslR 2012, 108 Rn 102 ff. – N.S.; Marx, Kommentar zum AsylG, 9. Auflage 2017, § 20 Rn 116.

⁴⁹ EuGH, NVwZ 2012, 417 (421) = InfAuslR 2012, 108 Rn 100 – N.S.

auf ihn unter Berufung auf seine besondere Situation anzufechten. Andererseits werden die Konzeptionen des ersten Asylstaates und des sicheren Drittstaates abweichend vom geltenden Sekundärrecht als zwingende, die Anwendungspraxis der Mitgliedstaaten bei Vorliegen des entsprechenden Voraussetzungen bindende Regelungen festgeschrieben. Allerdings soll nach dem Vorschlag der Ratspräsidentschaft vom September/Okttober 2017 nur noch die Konzeption des ersten Asylstaates (*shall*) zwingend angewandt, hingegen die Anwendung der Konzeption des sicheren Drittstaates dem Ermessen der Mitgliedstaaten anheim gegeben werden (*may*).⁵⁰

Das geltende Sekundärrecht geht davon aus, dass das Völkerrecht eine auf den Einzelfall bezogene Prüfung nicht ausschließen darf (Art. 38 Abs. 2 Buchst. c) RL 2013/32/EU) und nach Art. 18 GRCh das Recht auf Asyl nach *Maßgabe der GFK* gewährleistet wird. Der Vorschlag der Kommission schlägt zwar keine unwiderlegliche Sicherheitsvermutung vor, will aber eine zwingende Regelung zur Anwendung der Drittstaatenregelung einführen. Hierzu hat sich der Gerichtshof mangels eines entsprechenden Vorlagebeschlusses, für den es nach geltendem Sekundärrecht auch keinen Anlass gibt, bislang nicht geäußert. Er fordert aber die wirksame Anwendung der GFK und der EMRK durch den Drittstaat. Was für diesen gilt, hat erst recht für den Mitgliedstaat Bedeutung, der die Drittstaatenregelung anwendet. Diese Anwendung darf durch Sekundärrecht nicht in einer Weise vorgeschrieben werden, dass sie mit den Bestimmungen der GFK und der EMRK nicht vereinbar wäre. Da der Mitgliedstaat nach dem Kommissionsvorschlag gehalten ist, vor der Abschiebung in den Drittstaat die Anwendung der EMRK und damit zu prüfen, ob keine Kettenabschiebung in Gang gesetzt wird, ist er insoweit mit der EMRK vereinbar. Er ist aber deshalb nicht mit der GFK vereinbar, weil ihm – wie eingangs ausgeführt- die vom Völkerrecht eingeräumte einzelstaatliche Ermessensfreiheit genommen wird. Nach der Vorlage des Vorschlags der Präsidentschaft hat dieser Einwand nur noch für die Konzeption des ersten Asylstaates, hingegen nicht für die Konzeption des sicheren Drittstaates Bedeutung.

3. *Ergebnis*

50 Presidency compromise proposals in relations to Articles 1 – 43 during three Meetings (26–27 September, 5–6 October and 24–25 October (2017)), No 14098/17 – 2016/0224(COD) - common procedure for international protection. S. 4, 9.

1. Nach geltendem Sekundärrecht muss dem Flüchtling zumindest die Möglichkeit eingeräumt werden, die Anwendung die Konzeption des sicheren Drittstaates mit der Begründung anzufechten, dass der betreffende Drittstaat für ihn in seiner *besonderen Situation* nicht sicher ist.
2. Nach dem Vorschlag der Kommission soll keine unwiderlegliche, aber auch keine widerlegliche Vermutung der Sicherheit geregelt, sondern die durch verfahrensrechtliche Regelungen nicht eingeschränkte Möglichkeit zugunsten des Antragstellers vorgesehen werden, die Anwendung der Konzeption des sicheren Drittstaates auf ihn unter Berufung auf seine besondere Situation anzufechten.
3. Andererseits will die Kommission eine zwingende Regelung zur Anwendung der Drittstaatenregelung einführen und berücksichtigt damit nicht die den Mitgliedstaaten völkerrechtlich eingeräumte Ermessensfreiheit zur Anwendung der GFK. Diese betrifft nicht lediglich die Einhaltung des Refoulementverbotes, sondern auch die Möglichkeit, den Flüchtling aufzunehmen und ihm die Rechtsstellung nach der GFK zu gewähren. Nach dem Vorschlag der Ratspräsidentschaft soll nur die Anwendung der Konzeption des ersten Asylstaates zwangsweise angeordnet werden.

VIII. Bindungen des Flüchtlings zum Drittstaat

1. Geltendes Sekundärrecht

Die Konzeption des ersten Asylstaates hat bei der ersten Alternative zur Voraussetzung, dass der Flüchtling dort als Flüchtling anerkannt *wurde*. Hingegen ist die zweite Alternative nicht auf den Reiseweg zum Mitgliedstaat ausgerichtet, setzt also begrifflich keinen vorhergehenden Aufenthalt oder eine Durchreise durch diesen voraus. Allerdings wird für beide Alternativen gefordert, dass der Flüchtling vom ersten Asylstaat „*wieder*“ aufgenommen wird (Art. 35 Abs. 1 UAbs. 1 letzter Halbsatz RL 2013/32/EU). Daraus wird deutlich, dass dieser bereits vor seiner Einreise in den Mitgliedstaat in diesem aufgenommen worden sein muss und dort durch Schutzgewährung besondere Bindungen aufgebaut haben muss. Die Konzeption des sicheren Drittstaates weist hingegen zunächst auf die zukünftige Behandlung des Flüchtlings im Drittstaat hin, setzt also voraus, dass nach der Abschiebung dort bestimmte negatorisch ausgerichtete Rechte (Art. 31 bis 33 GFK) gewahrt werden (Art. 38 Abs. 1 RL 2013/32/EU). Erlaubt der Drittstaat dem Flüchtling die Einreise nicht, ist bereits nicht sichergestellt, dass ihm Zugang zum Verfahren gewährt wird, in dem die Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft geprüft werden (Art. 38 Abs. 3 RL 2013/32/EU). Unklar ist, ob die letzte Voraussetzung vom Mitgliedstaat, der die Abschiebung oder Zurückweisung in den Drittstaat durchführen will, bereits in diesem Verfahrensstadium oder

erst nach einem fehlgeschlagenen Abschiebungsversuch zu beachten ist, wenn er den Flüchtling erneut in diesen Drittstaat abschieben oder zurückweisen will.

Ferner wird vorausgesetzt, dass der Flüchtling nach nationalen Regelungen behandelt wird, die eine Verbindung zwischen ihm und dem betreffenden Drittstaat erfordern, sodass es aufgrund dieser Verbindungen vernünftig erscheint, dass er sich in diesen Staat begibt (Art. 38 Abs. 2 Buchst. a) RL 2013/32/EU). Wenn das nationale Recht aber eine derartige Verbindung nicht aufweist, ist nicht klar, ob der Mitgliedstaat nach Unionsrecht zur Schaffung entsprechender Regelungen verpflichtet ist. Auch wird nicht geregelt, welcher Art diese Verbindungen sein müssen, ob etwa die bloße Durchreise des Flüchtlings durch den Drittstaat ausreichend ist. Letzteren Ansatz verfolgt die Konzeption des sicheren europäischen Drittstaates. Art. 39 Abs. 1 RL 2013/32/EU stellt darauf ab, dass der Flüchtling „aus einem sicheren Drittstaat“ eingereist ist, setzt also zwar eine Verbindung des Flüchtlings mit diesem Staat voraus, allerdings begrenzt auf die bloße Durchreise, wie dies bei Art. 16a Abs. 2 GG genügt. Schließlich ist dem Antragsteller bei beiden Drittstaatskonzeptionen die Möglichkeit einzuräumen, das Bestehen einer Verbindung zwischen ihm und dem betreffenden Drittstaat anzufechten (Art. 38 Abs. 2 Buchst. c) Satz 2 Art. 39 Abs. 2 RL 2013/32/EU).

2. Vorschlag der Kommission

Der Vorschlag der Kommission zur VerfahrensVO behält die oben aufgezeigten Grundsätze der geltenden Verfahrensrichtlinie zum ersten Asylstaat bei (Art. 44 Abs. 1). Im Blick auf die Konzeption des sicheren Drittstaates beseitigt er die Defizite des geltenden Rechts und klärt die entsprechenden Voraussetzungen. Zu prüfen ist, ob eine Verbindung zwischen dem Flüchtling und dem Drittstaat besteht und deshalb vernünftigerweise angenommen werden kann, dass er in diesen Staat einreisen kann (Art. 45 Abs. 3 Buchst. a)). Erlaubt der Drittstaat dem Flüchtling die Einreise nicht, muss sichergestellt werden, dass ihm Zugang zum Verfahren gewährt wird, in dem die Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft geprüft werden (Art. 45 Abs. 7).

Darüber hinaus schlägt die Kommission vor, dass insbesondere dann eine Verbindung zwischen dem Flüchtling und dem betreffenden Drittstaat anzunehmen ist, wenn er aus dem Staat eingereist ist, der geografisch in der Nähe des Herkunftsstaates liegt (Art. 45 Abs. 3

Buchst. a)). Die bloße Durchreise genügt. Zwar kann aus dieser Formulierung wohl nicht geschlossen werden, dass Flüchtlinge zwingend in die den Herkunftsstaaten benachbarten Drittstaaten abzuschicken oder zurückzuweisen wären. Dass nur derartige benachbarte Staaten als Drittstaaten in Betracht kämen, wird wohl schon deshalb nicht beabsichtigt sein, weil in diesem Fall jene Flüchtlinge, die etwa mit dem Flugzeug aus Drittstaaten, die weit entfernt vom Herkunftsstaat gelegen und von dort aus in den Mitgliedstaat weitergereist sind, nicht als sichere Drittstaaten behandelt werden könnten, liegen sie doch nicht in geografischer Nähe zum Herkunftsstaat. Als Prinzip dürfte aber wohl beabsichtigt sein, dass Flüchtlinge nach Möglichkeit in ihre Herkunftsregion befördert werden und die Europäische Union auf diese Weise die überwiegende Mehrheit der Flüchtlinge abweisen könnte.

3. *Völkerrecht*

Entgegen dem weitverbreiteten Verständnis, dass ein Flüchtling verpflichtet ist, Schutz in dem – nach welchen Kriterien auch immer als sicher angesehenen - Drittstaat zu beantragen hat, den er zuerst erreicht hat, rechtfertigt das Absehen von der Schutzsuche in diesen Staat keine Ablehnung des Antrags auf Gewährung internationalen Schutzes.⁵¹ Wie bereits ausgeführt, verpflichtet das Völkerrecht die Flüchtlinge nicht, im ersten Durchreisestaat oder in irgendeinem anderen Staat Asyl zu beantragen. Allein aufgrund der Nichtinanspruchnahme tatsächlich wirksamer Schutzmöglichkeiten im Drittstaat darf der Flüchtling dorthin nicht abgeschoben werden.⁵² Jedenfalls muss ihm dort tatsächlich die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ermöglicht worden sein. Aus der Rechtsprechung der Vertragsstaaten folgt damit, dass die bloße Durchreise durch einen Transitstaat nicht für die Annahme eines ersten Asylstaates oder sicheren Drittstaates genügt.⁵³ Vielmehr wird jedenfalls als Mindestvoraussetzung gefordert, dass der Flüchtling überhaupt eine Verbindung zu irgendeinem der Transitstaaten, durch die er vor seiner Schutzsuche im Mitgliedstaat durchgereist war, gehabt hatte und im aktuellen Entscheidungszeitpunkt immer noch hat.

51 Canadian Federal Court (2000)194 FTR 161 – *Gavryushenko*; U.S. Court of Appeal (1971) 402 US 49 (USSC) April 21, 1971 – Rosenberg; Canadian Federal Court of Appeal (1991) 124 NR 388 – Tung; Gallagher/*Martin/Weis-Fagen*, Temporary Safe Haven: The Need for North American-European Responses, in: Loescher/Monahan, *Refugees and International Relations*, 1990, 334 (335, 341)

52 High Court of Ireland (2009) IEHC 491 – *C*.

53 So auch *Legomsky*, *IJRL* 2993, 567 (575).

Die Möglichkeit, dass ein Staat, durch den der Flüchtling nicht durchgereist war oder zu dem er sonst keinerlei auf persönlichen oder familiären Umständen beruhende konkrete Verbindungen hat, als erster Asylstaat oder sicherer Drittstaat in Betracht kommen könnte, wird weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung der Vertragsstaaten erwogen. Vielmehr muss vor der Einreise notwendigerweise eine konkrete Verbindung des Flüchtlings zu dem Drittstaat bestanden haben und noch andauern.⁵⁴ Für die Annahme, dass ein Drittstaat einen Flüchtling, der nicht durch diesen durchgereist war, von einem Vertragsstaat übernehmen würde, bei dem dieser keinen Asylantrag gestellt hat und dem dieser keinen Schutz gewähren will, sind keine überzeugungskräftige Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Auch eine bloße Durchreise begründet keinen den Drittstaat verpflichtenden Tatbestand, der eine Bereitschaft des Drittstaats zur Übernahme des Flüchtlings bewirken könnte.⁵⁵ Aber selbst diese Minimalbedingungen zeigen, dass eine Bindung, wenn auch nur aufgrund einer Durchreise, bestehen muss. Als mittlere Position kann aber wohl angenommen werden, dass ein Flüchtling während seiner Durchreise durch den Drittstaat die wirksame Möglichkeit gehabt haben musste, die Gewährung des Flüchtlingsstatus und die damit verbundenen Rechte im vollen Umfang zu erlangen.⁵⁶ Lediglich die faktische Möglichkeit der Wiedereinreise genügt nicht. Vielmehr muss es für den Flüchtling möglich sein, rechtmäßig in den Drittstaat einreisen zu können.⁵⁷ Insoweit sind eindeutige Feststellungen zur Ermöglichung der Rückübernahme gefordert.⁵⁸

Die Vertragsstaaten der GFK haben durch Ratifizierung der Konvention die Verantwortung für den Flüchtlingsschutz übernommen. Von dieser können sie sich nicht dadurch befreien, dass sie lediglich den Refoulementschutz beachten und im Übrigen frei in der Behandlung der Flüchtlinge wären. Vielmehr folgt aus der vertraglich übernommenen Verantwortung für den Flüchtlingsschutz, dass die Überführung von Flüchtlingen in andere Vertragsstaaten auf

⁵⁴ Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), (2019) UKUT 422 Rn 11(IAC) – *RR.*; *Goodwin-Gill/McAdams*, *The Refugee in International Law*, 3. Auflage, 2007, S. 392.

⁵⁵ Offen *Hathaway/Foster*, *The Law of Refugee Status*, 2. Auflage, 2014, 31.

⁵⁶ *Goodwin-Gill/McAdams*, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl., 2007, S. 392; Committee of Ministers, Rec. No. R (97) 22

⁵⁷ *Hofmann/Löhr*, in: Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the Status of Refugee and its 1967 Protocol*, 2011, S. 1111; Federal Court of Australia (2001) FCA 1141 – *Al-Rahal.*, bezogen auf das Konzept des ersten Asylstaates.

⁵⁸ Committee of Ministers, Rec. No. R (97) 22.

vernünftigen, konsensfähigen Kriterien beruhen muss. Die Abweisung von Flüchtlingen in Drittstaaten, zu denen diese keine durch persönliche, familiäre oder sonstige vergleichbare Gründe geprägte konkrete Verbindungen haben, erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Daher bleiben die Mitgliedstaaten völkerrechtlich für den Flüchtling verantwortlich, solange nicht die Übernahme der Verantwortlichkeit eines anderen Vertragsstaates für diesen gewiss ist.⁵⁹

Auch wenn die Übernahme von Drittstaatsangehörigen durch *Rückübernahmeabkommen* vereinbart worden ist, müssen Schutzvorkehrungen zugunsten der Flüchtlinge getroffen worden sein, insbesondere muss wirksamer Schutz vor einer Abschiebung in den Herkunftsstaat gewährleistet werden.⁶⁰ Die Entwicklung von Rückübernahmeabkommen reflektiert einen Trend, wonach Staaten verpflichtet sind, diejenigen Drittstaatsangehörigen zurückzunehmen, die von diesen in andere Staaten weitergereist sind,⁶¹ d.h. es muss jedenfalls aufgrund der Durchreise des Flüchtlinge durch das Staatsgebiet des Vertragspartners eine konkrete Verbindung begründet worden sein. Bereits der Begriff „*Rückübernahme*“ indiziert, dass der Flüchtling vor der Einreise eine konkrete Verbindung zu dem Vertragspartner des Mitgliedstaates vor der Einreise gehabt haben muss. Es ist auch kaum vorstellbar, dass sich Drittstaaten zur Übernahme einer weitreichenden Verantwortlichkeit für Personen bereit erklären, die überhaupt keine Verbindungen zu ihnen gehabt haben oder noch haben.

4. Ergebnis

1. Nach dem Vorschlag der Kommission soll der Flüchtling nach Möglichkeit in den Staat abgeschoben oder zurückgewiesen werden, der geografisch in der Nähe des Herkunftsstaates liegt. Die bloße Durchreise genügt.
2. Die bloße Durchreise durch einen Transitstaat reicht jedoch nach der Staatenpraxis und der Literatur für die Annahme eines ersten Asylstaates oder sicheren Drittstaates nicht aus. Vielmehr muss der Flüchtling eine Verbindung zum Transitstaat gehabt haben, die etwa darin gesehen wird, dass ihm wirksame Schutzmöglichkeiten angeboten wurden einschließlich des Zugangs zu einem Asylverfahren und der Inanspruchnahme der

⁵⁹ *Gil-Bazo*, IJRL 2006, 571 (599).

⁶⁰ *Kelley*, IJRL 2007, 403 (429 f.); *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann, The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 2011, Article 33, para. 1 Rn 48; *Legomsky*, IJRL 2003, 567 (587 f.).

⁶¹ *Melander*, Refugees in Orbit, in: Bewährungsprobe für ein Grundrecht, amnesty international (Hrsg), 1978, S. 67, (74, 88 ff.); *Hailbronner*, Rückübernahme eigener und fremder Staatsangehöriger, 1996, S. 93; *Lehngut/Maaßen/Schieffer*, Rückführung und Rückübernahme, 1998, S.62.

Rechte nach der GFK. Auch muss weiterhin die Bereitschaft des Transitstaates zur Übernahme des Flüchtlings bestehen.

IX. Listung sicherer Drittstaaten auf Unionsebene

1. Vorschlag der Kommission

Die geltende Richtlinie 2013/32/EU kennt das Konzept der Listung sicherer Drittstaaten ebensowenig wie die ursprüngliche Verfahrensrichtlinie 2005/85/EG. Hingegen *wird* nach Art. 46 des Vorschlags der Kommission zur VerfahrensVO ein Drittstaat verbindlich nach Unionsrecht als sicher bestimmt, wenn die in Art. 45 aufgeführten Kriterien, wie insbesondere die Beachtung des Refoulementverbotes und des Rechts auf Leib und Leben sowie die Gewährung bestimmter sozialer Rechte im Drittstaat sichergestellt sind. Die Kommission wird verpflichtet, in regelmäßigen Abständen diese Einstufung zu überprüfen. In Art. 48 wird bestimmt, dass derartige als sicher bestimmte Drittstaaten im Anhang zur VerfahrensVO gelistet werden. Für die Dauer von fünf Jahren nach Inkrafttreten der VerfahrensVO dürfen die Mitgliedstaaten nationale Regelungen zur Listung sicherer Drittstaaten beibehalten (Art. 50 Abs. 1). Nach Ablauf dieser Frist dürfen sie bislang nach nationalem Recht gelistete Drittstaaten jedenfalls bei der Anwendung von Unionsrecht nicht mehr nach ihrem nationalen Recht als sichere Drittstaaten listen. Die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung betrifft das nicht, da sie sich nicht auf den Flüchtlingsschutz, sondern auf die Asylberechtigung bezieht (Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG; § 26a Abs. 3 Asyl Anhang 1).⁶²

Nach dem Gesamtzusammenhang der Regelungen zum sicheren Drittstaat ist offen, ob die Listung eines Drittstaates als sicher im Einzelfall eine Vermutungswirkung der Sicherheit im als sicher gelisteten Drittstaat begründet. Art 46 Abs. 1 verweist ausschließlich auf die Kriterien nach Art. 45 Abs. 1, nicht jedoch auf Art. 45 Abs. 4, wonach der Einzelne im Hinblick auf seine besonderen Umstände die Anwendung der Drittstaatenregelung auf ihn anfechten kann. Aus diesem Gesamtzusammenhang kann aber nicht abgeleitet werden, dass die Anwendung der Drittstaatenregelung nur bei einem gelisteten Drittstaat zulässig wäre. Dazu hätte es klarer Regelungen in Art. 45 bedurft. Vielmehr ist Art. 45 Abs. 1 wie Art. 46 Abs. 1 so zu verstehen, dass die in Art. 45 Abs. 1 bezeichneten Kriterien für die Anwendung der Drittstaatenregelung bei nicht gelisteten wie bei gelisteten Drittstaaten Anwendung

⁶² Abschnitt VI 5.

finden. Zwar wird bei gelisteten Drittstaaten die Anfechtungsmöglichkeit nicht ausgeschlossen. Insgesamt bleibt Art. 46 insoweit aber unklar. Da nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union bei der Anwendung von Drittstaatenregelungen keine Vermutungsregelung zulässig ist,⁶³ ist die Norm dahin auszulegen, dass die Listung nicht nur keine unwiderlegliche, sondern auch keine Vermutungswirkung der Sicherheit im konkreten Einzelfall zur Folge hat. Gleichwohl kann wohl das Risiko nicht ausgeschlossen werden, dass die Mitgliedstaaten aus der Listung eines Drittstaates eine gewisse Vermutungswirkung für seine Sicherheit herleiten werden. Die Europäische Union trifft vor Aufnahme eines Drittstaates in die Liste bei Zweifeln an dessen Sicherheit die Beweislast dafür, dass er sicher ist. Umgekehrt wird der Flüchtling mit der Beweislast dafür beschwert, dass er im Drittstaat nicht sicher ist.⁶⁴

Unklar ist, welche Institution über die Aufnahme von Drittstaaten in die Liste entscheiden soll. Der Kommission wird zwar die Überprüfungscompetenz für die Kontrolle wie auch für die Aufhebung und Aussetzung der Listung zugewiesen (Art. 46 Abs. 2, Art. 49 Abs. 1). Nicht geregelt ist indes, wer über die Listung von Drittstaaten als sicher entscheidet. Wahrscheinlich wird die Kompetenz hierfür dem Rat zugewiesen werden. Notwendig ist aber die Zustimmung des Parlaments, ohne die kein Drittstaat gelistet werden sollte.

Nach dem Vorschlag der Kommission darf die den Asylantrag prüfende Behörde einen Drittstaat nur nach einer *individuellen Prüfung* als sicher einstufen, wenn sie überzeugt ist, dass der Drittstaat für den Flüchtling nach Maßgabe der in der VerfahrensVO bezeichneten Kriterien sicher ist (Art. 45 Abs. 3). Art. 46 des Vorschlags einer VerfahrensVO verweist zwar nicht auf Art. 45 Abs. 3 dieses Vorschlags. Aus den bereits erörterten Gründen ist aber eine konkrete Einzelfallprüfung erforderlich. Hieraus wird deutlich, dass die Listung eines Drittstaates lediglich die Funktion eines Referenzrahmens haben kann, aus dieser aber in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union⁶⁵ *keine Vermutung der Sicherheit* hergeleitet werden darf, vielmehr stets eine verfahrensrechtlich uneingeschränkte Prüfung anhand der besonderen persönlichen, familiären und sonstigen

63 EuGH, NVwZ 2012, 417 (421) = InfAuslR 2012, 108 Rn 100 – N.S.; s. auch Abschnitt VII.

64 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 3. Februar 2006 – Nr. 03-4840 – *Sall*, für die einzelfallbezogene Anwendungspraxis.

65 EuGH, NVwZ 2012, 417 (421) = InfAuslR 2012, 108 Rn 100 – N.S.

Umstände des Einzelnen vorauszusetzen ist. Der Vorschlag der Ratspräsidentschaft verhält sich nicht zu den aufgeworfenen Fragen.

2. *Völkerrecht*

Nach dem Völkerrecht setzt die Anwendung von Listen sicherer Drittstaaten voraus, dass gleichwohl im konkreten Einzelfall eine Entscheidung unter Berücksichtigung der persönlichen Umstände des Flüchtlings getroffen wird.⁶⁶ Darüber hinaus muss gegen eine Entscheidung die Möglichkeit eines wirksamen *Rechtsbehelfs mit aufschiebender Wirkung* eröffnet werden.⁶⁷

3. *Ergebnis*

1. Nach dem Vorschlag der Kommission zur VerfahrenVO *wird* ein Drittstaat verbindlich als sicher bestimmt und im Anhang der VerfahrensVO als solcher gelistet.
2. Dem betroffenen Flüchtling wird nach dem bloßen Wortlaut und der Verweisungstechnik nicht die Möglichkeit eingeräumt, unter Hinweis auf seine besondere Situation die Einstufung eines bestimmten Drittstaates als sicher für seine Person anzufechten. Die Rechtsgrundlage für die Listung schließt dies andererseits aber auch nicht aus.
3. Dem Flüchtling wird die Beweislast dafür, dass er im Drittstaat nicht sicher ist, auferlegt, während umgekehrt die Europäische Union bei Zweifeln an der Sicherheit des Drittstaates die Beweislast hierfür trägt.
4. Der Vorschlag der Kommission enthält keine Regelung darüber, wer über die Listung eines Drittstaates entscheidet. Wahrscheinlich wird dem Rat die Kompetenz hierfür übertragen werden. Dieser muss jedoch in Übereinstimmung mit dem Parlament und der Kommission über die Listung einzelner Drittstaaten als sicher entscheiden.

X. Konzept des wirksamen Schutzes im Drittstaat

1. *Geschichtliche Entwicklung des Begriffs des sicheren Drittstaates*

Um Inhalt und Umfang des im Drittstaat erforderlichen Schutzstandards zu bestimmen, ist die geschichtliche Entwicklung des Konzepts des „sicheren Drittstaates“ in den Blick zu nehmen. Die Entwicklung begann mit dem Schengener Durchführungsübereinkommen vom

⁶⁶ Legomsky, IJRL 2003, 567 (670 f.); Goodwin-Gill/McAdam, The Refugee in International Law, 3. Aufl., 2017, S. 392.

⁶⁷ Hofmann/Löhr, in: Zimmermann, The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 2011, S. 1113; Legomsky, IJRL 2003, 567 (675); UNHCR, Legal Considerations on the Return of Asylum Seekers and Refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the Safe Third Country and the First Country Concept, in: IJRL 2017, 492 (500).

19. Juni 1990 und wurde mit dem Dubliner Übereinkommen vom 15. Juni 1990 (Dublin I) fortgesetzt. Das erste Übereinkommen trat am 26. März 1996 für die damals sieben Schengen-Staaten in Kraft, das zweite am 1. September 1997. Beide räumten den Vertragsstaaten das Recht ein, einen Asylsuchenden unter Wahrung der Bestimmungen der GFK und des New Yorker Protokolls in einen Drittstaat zurück- oder auszuweisen. Der Drittstaat selbst wurde nicht definiert, aber mit dem Verweis auf die GFK wurde klargestellt, dass diese bei der Abschiebung und im Blick auf die im Drittstaat für erforderlich erachtete Situation maßgebend war. In den Londoner Empfehlungen der Ad hoc-Group Immigration wurde – wie eingangs erwähnt - zur Ausführung des Dubliner Übereinkommens ausschließlich die Konzeption des ersten Asylstaates (host third country) genannt.⁶⁸ Die Verordnung (EG) Nr. 343/3003 (Dublin II) sowie die Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (Dublin III) haben am Text der Vorläuferregelungen nichts geändert. Die Verfahrensrichtlinien 2005/95/EG sowie 2013/32/EU differenzieren aber zwischen den Konzeptionen des ersten Asylstaates, des sicheren und des sicheren europäischen Drittstaates. Der anfängliche Fokus auf den Begriff des ersten Asylstaates macht aber deutlich, dass im Drittstaat ein Schutzstandard gewährt werden musste, der jedenfalls weitgehend den Bestimmungen der GFK entsprach. Durch die bezeichneten weitergehenden Konzepte wurde hiervon jedoch abgewichen. Für die Frage nach dem Inhalt und Umfang des im Drittstaat geforderten Schutzstandards ist diese Entwicklung von besonderer Bedeutung, beruht doch die Konzeption des ersten Asylstaates auf einen Schutzstandard entsprechend der GFK und damit auf der Gewährung positiver Leistungsrechte, während der Begriff des sicheren Drittstaates allein auf einen negatorisch umschriebenen Schutzstandard abstellt, also darauf, dass in bestimmte Rechte, nämlich die Rechtsgüter Freiheit, körperliche Unversehrtheit und Leben nicht durch Übergriffe im Drittstaat oder durch Refoulement eingegriffen wird.

Ähnlich verlief die gesetzliche Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland. Das AuslG von 1965 bestimmte in § 28 Nr. 2, dass Antragsteller dann nicht als Asylberechtigte anerkannt wurden, wenn sie bereits in einem anderen Land Anerkennung nach der GFK oder „anderweitig Verfolgungsschutz“ *erhalten hatten*. Anknüpfend hieran bestimmte § 2 Abs. 1 AsylVfG 1982, dass Ausländer, die bereits in einem anderen Staat „Schutz vor Verfolgung“

⁶⁸ Abgedruckt in: A new Immigration Law for Europe?, Standing Committee of experts in international immigration, refugee and criminal law (Hrsg.), 1993, s. dort auch *Fernhout/Meijers*, Introduction, S. 8 (16 ff.).

erhalten hatten“ nicht als Asylberechtigte anerkannt wurden. An diesem Wortlaut hielten die nachfolgenden gesetzlichen Änderungen fest und regelten damit ausschließlich die Konzeption des ersten Asylstaates. Mit dem AsylVfG von 1992 wurde dieser Wortlaut indes dahin erweitert, dass ein Ausländer, der bereits in einem sonstigen Drittstaat vor politischer Verfolgung sicher war, nicht als Asylberechtigter anerkannt wurde (§ 27 Abs. 1 AsylVfG). An diesem Wortlaut hält das Gesetz bis heute unter dem Begriff des „*sonstigen Drittstaates*“ fest. Irgendein positiv geregelter Schutzstandard wurde durch diese Vorschriften nicht gefordert. Mit dem Inkrafttreten von Art. 16a Abs. 2 GG am 28. Juni 1993 wurde das Drittstaatenkonzept durch den Begriff des „*sicheren Drittstaates*“ ergänzt. Während die vorgenannten Konzepte darauf abstellten, dass der Asylsuchende im Drittstaat anderweitigen Schutz gefunden hatte oder dort sicher vor Verfolgung war, reichte es nunmehr aus, dass der Asylsuchende aus einem sicheren Drittstaat eingereist war. Sichere Drittstaaten sind kraft Verfassung Mitgliedstaaten und die durch Parlamentsgesetz gelisteten Drittstaaten. In Bezug auf beide Gruppen wird kraft Verfassung die Sicherheit unwiderleglich vermutet. Derzeit sind aber nur noch Norwegen und die Schweiz gelistet, die jedoch nicht als sichere Drittstaaten im Sinne des Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG, sondern aufgrund der Assoziierung dieser Staaten zum Dubliner System im Rahmen dieses Systems behandelt werden.

Diese Geschichte der Entwicklung der Konzeption des sicheren Drittstaates macht es im folgenden erforderlich, erstens zu untersuchen, was die Differenzierung zwischen der Konzeption des ersten Asylstaates und der des sicheren Drittstaates für die Bestimmung des zu fordernden Schutzstandards im Einzelnen für Folgen hat und ob zweitens diese Differenzierung zwischen einem positiven und einem bloß negatorischen Schutzstandard gerechtfertigt werden kann.

2. *Schutzstandard im ersten Asylstaat*

a) *Geltendes Sekundärrecht*

Wie ausgeführt, muss bei der Konzeption des ersten Asylstaates der Flüchtling in diesem als Flüchtling anerkannt worden sein und diesen Schutz weiterhin in Anspruch nehmen können oder es muss dort anderweitig ausreichender Schutz einschließlich Refoulementschutz gewährt werden (Art. 35 RL 2013/32/EU). Mit dem „Schutz als Flüchtling“ als Folge der Anerkennung (Alt. 1) sowie dem anderweitigen ausreichenden Schutz (Alt. 2) müssen also

positive Leistungsrechte gewährt werden. Der fehlende Hinweis auf die GFK in beiden Alternativen lässt nach geltendem Recht die Frage nach dem Maßstab für den Schutzstandard zwar offen. Als internationaler Maßstab kommt für europäische, lateinamerikanische und asiatische Staaten aber nur die GFK in Betracht, für afrikanische Staaten zusätzlich die Flüchtlingskonvention der Organisation für Afrikanische Einheit von 1969. Nach geltendem Sekundärrecht besteht ferner zwischen der zweiten Alternative der Konzeption des ersten Asylstaates (anderweitig ausreichender Schutz) und dem Begriff des sicheren Drittstaates (Art. 38 RL 2013/32/EU) kein Unterschied, sofern Inhalt und Umfang des „anderweitigen ausreichenden Schutzes“ als identisch mit den in Art. 38 Abs. 1 Buchst. a) bis e) RL 2013/32/EU geforderten Kriterien angesehen werden.

b) Vorschlag der Kommission

Nach dem Vorschlag der Kommission zur Konzeption des ersten Asylstaates soll nunmehr der Maßstab der GFK ausdrücklich verbindlich sein (Art. 44 Abs. 1 Buchst. a) des Vorschlags einer VerfahrensVO). Bei der zweiten Alternative bleibt der Bezugsrahmen zwar offen. „Anderweitig“ kann aber nur dahin verstanden werden, dass dieser Schutz in etwa dem Schutzstandard der GFK entsprechen muss. Dieser wird in den Art. 2 bis 24 GFK geregelt. Der Richtliniengeber mag zwar bei der Erfindung der Figur des „anderweitigen ausreichenden Schutzes“ an einen Maßstab unterhalb des Standards der GFK gedacht haben. Wird jedoch – wie hier – vertreten, dass als Drittstaaten nur Vertragsstaaten der GFK in Betracht kommen (Abschnitt IV), muss stets der Standard nach der GFK gewährt werden und ist deshalb der Begriff des anderweitigen ausreichenden Schutzes überflüssig. Würden allerdings auch Nicht-Vertragsstaaten in die Betrachtung einbezogen, müsste jedenfalls ein dem Schutz der GFK gleichwertiger Schutzstandard gewährt werden. Dies stellt die Kommission mit ihrem Vorschlag zu Art. 44 Abs. 2 der VerfahrensVO ausdrücklich klar. Dieser enthält vier negatorisch ausgestaltete Rechte (Leib und Leben, Refoulementschutz nach der GFK und Schutz vor Folter und grausamen, unmenschlichen und erniedrigenden Maßnahmen) und drei positive Leistungsrechte, nämlich das Erfordernis, dass im ersten Asylstaat ein Recht auf rechtmäßiger Aufenthalt gewährt („*right of legal residence*“), angemessener Zugang zum Arbeitsmarkt, Unterkunft, Gesundheitsversorgung, Bildung sowie das Recht auf Familienzusammenführung in Übereinstimmung mit Standards des

internationalen humanitären Rechts gewährt werden muss. Damit nähert sich dieser Standard in etwa dem Schutzstandard nach der GFK an.

Nach den gesetzlichen Vorschriften in den Vereinigten Staaten wird die Konzeption des ersten Asylstaates angewandt, wenn sich der Flüchtling dort vor seiner Einreise dauerhaft angesiedelt („*firmly resettled*“) hatte. Er muss nach den gesamten Umständen des konkreten Einzelfalles dort wie ein Ausländer behandelt worden sein („*totality of the alien's test*“).⁶⁹ Dies wird z.B. bei einem Aufenthalt von sechs Jahren angenommen. Andererseits reicht aber z.B. ein Aufenthalt von vier Jahren dann nicht aus, wenn der Flüchtling dort nach den Gesamtumständen des Falles nicht wie andere Ausländer behandelt wurde.⁷⁰ Ob über den dauernden Aufenthalt hinaus bestimmte positive Leistungsrechte gewährt werden mussten, bleibt offen. In anderen Vertragsstaaten reicht lediglich die Möglichkeit, im Durchreisestaat dessen Staatsangehörigkeit zu erlangen, nicht aus, wenn diese Option ungewiss war und nicht mit der Gewährung eines wirksamen Schutzes wie für andere Staatsangehörigen verbunden war.⁷¹ Hinsichtlich der Option auf die Staatsangehörigkeit des ersten Asylstaates muss er diese tatsächlich erlangt haben. Hingegen reicht die bloße Option auf dessen Staatsangehörigkeit nicht aus, wenn er sie nicht wirksam erlangt hat. Vielmehr ist erforderlich, dass der Flüchtling die Staatsangehörigkeit des ersten Asylstaates tatsächlich erlangt hat und auch aktuell den Schutz aus dieser Staatsangehörigkeit wirksam in Anspruch nehmen kann.⁷² Allerdings ist in diesem Fall die Flüchtlingseigenschaft ohnehin erloschen (Art. 1 C Nr. 3 GFK). Sofern er im Drittstaat zwar nicht dessen Staatsangehörigkeit erworben, er jedoch Rechte und Pflichten hat, die mit dem Besitz der Staatsangehörigkeit dieses Staates verbunden sind, findet von vornherein ein Ausschlussgrund Anwendung (Art. 1 E GFK). Diese Rechtsprechung und die Konvention kann dahin verallgemeinert werden, dass der im ersten Asylstaat erlangte Schutz dauerhaften Charakter haben muss und nach der Einreise aus dem Mitgliedstaat, in dem Asyl beantragt wurde, unverändert fortbesteht, was einschließt, dass die Wiedereinreise ermöglicht werden muss.

69 U.S. Court of Appeal of the 10th Circuit 43 F.3d 1397, 1400 – *Abdalla*; U.S. Court of Appeal for the Second Circuit 43, 3. Februar 2006 Nr. 03-4840 – *Sall*;

70 U.S. Court of Appeal for the Second Circuit 43 3. Februar 2006 Nr. 03-4840 – *Sall*;

71 New Zealand, Immigration and Protection Tribunal (2011) NZIPT 800014 – *AB*.

72 Dutch Council of State, Decision of 18 July 2014 – 201404877/1/V2.

3. *Schutzstandard im sicheren Drittstaat*

a) *Geltendes Sekundärrecht*

Der Schutzstandard beim sicheren Drittstaat ist nach geltendem Sekundärrecht nahezu ausschließlich negatorisch ausgerichtet: Nach Art. 38 Abs. 1 RL 2013/32/EU muss der Flüchtling in diesem Staat nach folgenden Grundsätzen behandelt werden:

1. Ihm darf dort keine Gefährdung von Leben und Freiheit aus Gründen der Rasse, der Religion, der Nationalität, der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Überzeugung drohen.
2. Es darf nicht die Gefahr bestehen, dass er dort einen ernsthaften Schaden im Sinne von Art. 15 RL 2011/95/EU erleiden wird.
3. Der Drittstaat muss den Grundsatz der Nicht-Zurückweisung nach Art. 33 Abs. 1 GFK wahren.
4. Der Drittstaat muss das Verbot der Abschiebung einhalten, sofern im Falle der Abschiebung in den Drittstaat das im Völkerrecht festgelegte Verbot der Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung verletzt wird.
5. Ihm muss die Möglichkeit eingeräumt werden, einen Antrag auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft zu stellen und im Falle der Anerkennung als Flüchtling Schutz nach der GFK zu erhalten.

Nur im Blick auf die fünfte Voraussetzung wird der Schutzstandard nach der GFK angesprochen, allerdings unter dem Vorbehalt der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft. Der Zugang zum Verfahren nach der GFK, in dem die Flüchtlingseigenschaft und nicht lediglich die Zulässigkeit der weiteren Abschiebung in einen sicheren Drittstaat geprüft wird, wird aber als *zwingend* vorausgesetzt. Dies wird auch in der völkerrechtlichen Literatur für erforderlich erachtet.⁷³ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genügt hingegen der Zugang zu einem Verfahren, in dem im Drittstaat lediglich die Zulässigkeit der Weiterschickung in einen weiteren Drittstaat geprüft wird, aus.⁷⁴

Der Mitgliedstaat muss also bei der Anwendung der Konzeption des ersten Asylstaats prüfen, ob unmittelbar nach der Ankunft in diesem ein Schutzstandard gewährt wird, wie er von Art. 2 bis 34 GFK vorgeschrieben wird oder doch diesem zumindest in etwa gleichwertig ist.⁷⁵ Da im Schutzstandard der GFK bereits der Refoulementschutz enthalten ist (Art. 33 Abs. 1

⁷³ Hathaway/Foster, *The Law of the Refugee Status*, 2. Aufl., 2015, S. 45 FN 171.

⁷⁴ BVerfGE 94, 49 (90 f) = NVwZ 1996, 700 = EZAR 208 Nr. 7.

⁷⁵ Goodwin-Gill/McAdams, *The Refugee in International Law*, 3. Auflage, 2007, S. 395 f.

GFK), bedarf es anders als beim anderweitigen ausreichenden Schutz nicht der ausdrücklichen Erwähnung dieses Schutzes. Demgegenüber müssen bei der Konzeption des sicheren Drittstaates zwingend eine Reihe von negatorischen Rechten in diesem gewahrt werden. Im Blick auf den angestrebten Schutzstandard nach der GFK schiebt die Union die Verantwortung für die Gestaltung des Feststellungsverfahrens auf den Drittstaat ab. Hingegen wird bei der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 nach Art. 3 Abs. 1 Satz 2 die Überstellung an einen anderen Mitgliedstaat derart geregelt, dass dieser den in den Rechtsakten des GEAS verankerten Standard des Verfahrens- und des Aufenthaltsschutzes für die Phase während des Asylverfahrens und nach der Statusgewährung wahren muss. Offen bleibt damit bei der Regelung des ersten Asylstaates und sicheren Drittstaates die zweite Frage, nämlich, ob die unterschiedliche Behandlung der Flüchtlinge, je nachdem, ob sie aus einem ersten Asylstaat oder aus einem Drittstaat eingereist sind, gerechtfertigt werden kann.

b) Vorschlag der Kommission

Nach dem Vorschlag der Kommission zur VerfahrensVO in Art. 45 Abs. 1 Buchst. e) in Verb. mit Art. 44 Abs. 2 muss im Drittstaat die Möglichkeit bestehen, Schutz nach Maßgabe der GFK zu erlangen einschließlich des Rechts auf einen rechtmäßigen Aufenthalt und des Rechts auf Zugangs zum Arbeitsmarkt, des Rechts auf Unterbringung, Gesundheitsfürsorge und Bildung sowie des Rechts auf Familienzusammenführung. Damit bezieht der Vorschlag auch jene Vorschriften der GFK mit ein, die einen rechtmäßigen Aufenthalt zur Voraussetzung haben (Art. 17 und 18, 21, 22, 23) und geht sogar mit dem Recht auf Familienzusammenführung über diesen hinaus. Mit diesem geforderten Schutzstandard nicht vereinbar ist die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes, nach der nur dann kein wirksamer Schutz im Drittstaat besteht, wenn der Flüchtling im Drittstaat nichts anderes zu erwarten hat als ein *Dahinvegetieren am Rande des Existenzminimums*.⁷⁶

c) Völkerrecht

Dem Wortlaut der GFK können unmittelbar keine Einwände gegen die unterschiedliche Behandlung für Flüchtlinge aus dem ersten Asylstaat einerseits und dem sicheren Drittstaat andererseits entnommen werden. Art. 3 verbietet die unterschiedliche Behandlung der

⁷⁶ BVerwGE 78, 332 (346) = EZAR 205 Nr. 6 = InfAuslR 1988, 12; BVerwG EZAR 205 Nr. 8 = NVwZ 10888, 1035; BVerwG, EZAR 205 Nr. 11 = NVwZ 1990 Nr. 81.

Flüchtlinge aus Gründen der Rasse, Religion oder des Herkunftslandes, enthält aber kein unabhängiges und autonomes Diskriminierungsverbot. Seine Funktion besteht vielmehr darin, den ohnehin im Flüchtlingsrecht geltenden Diskriminierungsverboten menschenrechtlicher Verträge spezifische Diskriminierungsverbote hinzuzufügen. Sie verbieten, Flüchtlinge je nach Rasse, Religion oder Herkunftsland unterschiedlich zu behandeln.⁷⁷ Eine Differenzierung unter den Schutz suchenden Flüchtlingen je nach Maßgabe der Länge und Art des Aufenthalts und der in den Durchreisestaaten erworbenen aufenthaltsrechtlichen Rechtsstellung fällt aber bereits nach dem Wortlaut weder unter diese Diskriminierungsverbote noch unter die der menschenrechtlichen Verträge.

Die Lösung kann aus dem eingangs erwähnten Grundsatz der *deklaratorischen Natur* der Statuszuerkennung⁷⁸ in Verbindung mit dem anerkannten Grundsatz des Verantwortungszusammenhangs aller Vertragsstaaten⁷⁹ abgeleitet werden. Danach sind Asylsuchende solange als „Flüchtlinge“ zu behandeln, bis ihre Berufung auf die Flüchtlingseigenschaft inhaltlich geprüft und verneint worden ist. Sie fallen damit bis zu dieser Entscheidung in den Schutzbereich der GFK. Wird ihre Flüchtlingseigenschaft nicht geprüft, sind sie während der Verfahrensphase als Flüchtlinge zu behandeln, in der die Zulässigkeit der Abschiebung oder Zurückweisung in einen Drittstaat geprüft wird. Beide Personengruppen müssen daher bei der Frage der Statusgewährung und der Anwendung von Art. 33 GFK nach einheitlichen Grundsätzen behandelt werden. Sie sind weiterhin als Flüchtling zu behandeln, weil eine Statusentscheidung nicht getroffen wird.

Es handelt sich bei dieser Frage nicht um ein für das Diskriminierungsverbot relevantes Phänomen, sondern um eine Frage, die die Funktion und Ratio der GFK ins Blickfeld rückt. Nach Sinn und Zweck der GFK soll Flüchtlingen die „größtmögliche Ausübung grundlegender Menschenrechte und Grundfreiheiten“ ermöglicht werden (Präambel der GFK) und ist Flüchtlingen deshalb Schutz nach Maßgabe der in der Konvention vorgesehenen Rechte zu gewähren.⁸⁰ Der Kernbereich dieses Schutzes besteht im Verbot der

⁷⁷ Marx/Staff, in: Zimmermann/Mahler, in: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 2011, Article 3 Rn 23, 29.

⁷⁸ S. hierzu Abschnitt III 3.

⁷⁹ S. hierzu Abschnitt II.

⁸⁰ Feller, IJRL 2006, 509 (529).

Diskriminierung, des Refoulementschutzes, der Strafbefreiung wegen irregulärer Einreise sowie der Verpflichtung, die Voraussetzungen zu schaffen, um Flüchtlingen den Genuss von Rechten zu ermöglichen.⁸¹ Daraus folgt auch die Verpflichtung, alle Flüchtlinge verfahrensrechtlich nach einheitlichen Grundsätzen zu behandeln sowie Schutz zu gewähren.

Bei der Anwendung von Art. 33 GFK sind daher Flüchtlinge bei der Prüfung, ob die Abschiebung oder Zurückweisung in einen Drittstaat zulässig ist, nicht unterschiedlich, sondern unabhängig davon, wie lang und unter welchen Bedingungen sie sich dort vor ihrer Einreise aufgehalten haben, als Flüchtlinge im Sinne der GFK zu behandeln. Die Frage der Zulässigkeit von Drittstaatenregelungen ist *immanenter Bestandteil* des Refoulementschutzes, eines – wie erwähnt – der Kernprinzipien der Konvention. Die Staaten sind verantwortlich für die verfahrensrechtliche Behandlung von Asylanträgen, die an oder in ihrem Staatsgebiet gestellt werden. Verweigern sie die Gewährung des Flüchtlingsstatus, weil sie diesen in einen Drittstaat abschieben wollen, erlischt damit – wie erwähnt – nicht die Eigenschaft des Flüchtlings. Vielmehr sind der die Abschiebung oder Zurückweisung vollziehende Vertragsstaat ebenso wie der Zielstaat der Abschiebung oder Zurückweisung eingebunden in den Verantwortungszusammenhang aller Vertragsstaaten der Konvention und werden dadurch ihre Verpflichtungen für die weitere Behandlung des Flüchtlings bestimmt.

Es wird in diesem Zusammenhang kritisiert, dass die Vertragsstaaten Flüchtlingen den Zugang zu ihren Verfahren mit der Begründung verweigern, dass sie in Durchreisestaaten wirksamen Schutz *hätten erlangen* können. Das Konzept des sicheren Drittstaates sei ein verfahrensrechtlicher Mechanismus, um Asylsuchende an Staaten zu verweisen, die für deren verfahrensrechtliche Behandlung als verantwortlich angesehen würden. Damit die Vertragsstaaten das Refoulementverbot und *andere* menschenrechtliche Verpflichtungen wahren könnten, sei aber eine Vorbedingung für die Anwendung der Konzeption des sicheren Drittstaates, dass dieser ihnen „wirksamen Schutz“ („*effective protection*“) gewährt. Ein Flüchtling genieße grundlegende Menschenrechte, wie sie auch Staatsangehörigen und Ausländern zustünden. Würden diese im Drittstaat im Allgemeinen gewährt sowie rechtsstaatliche Verpflichtungen einschließlich eines Beschwerderechts gegen ablehnende Entscheidungen, könne man von der Gewährung wirksamen Schutzes nach der Abschiebung

81 *Türk*, Foreword of the Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, 2011.

im Drittstaat ausgehen. Allerdings werde der Begriff des wirksamen Schutzes in der Staatenpraxis unterschiedlich gehandhabt. Grundlegend sei aber, dass Flüchtlinge im Drittstaat gegen Verletzungen des Refoulementverbots geschützt sein müssten und ihnen die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, internationalen Schutz zu erlangen und dass sie in Übereinstimmung mit anerkannten internationalen Standards behandelt würden. Dies bedeute, dass ihnen angemessener *und* menschenwürdiger Schutz garantiert und die Familie als Einheit behandelt werde. Die Konvention stelle auf einen *bestimmten Standard des Schutzes* ab, der gewahrt werden müsse, nicht aber allein darauf, dass dieser während der Durchreise durch diesen verfügbar gewesen sei.⁸² Das Flüchtlingsrecht sei Bestandteil des Menschenrechtsschutzes. Daher könne allein ein menschenrechtlich basierter holistischer Ansatz einen grundlegenden gemeinsamen Schutzstandard im Drittstaat sicherstellen.⁸³

Bei der Prüfung der Zulässigkeit der Abschiebung des Asylsuchenden in einen Drittstaat müssen danach die Vertragsstaaten folgende Voraussetzungen beachten:

Es kommt nicht darauf an, dass der Flüchtling im Durchreisestaat Schutz hätte beantragen können. Vielmehr ist entscheidend, dass ihm dort Schutz vor Verfolgung und unmenschlicher Behandlung gewährt wird und er dort grundlegende Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen kann.

*Bevor der Flüchtling in den Drittstaat abgeschoben oder zurückgewiesen wird, ist zu prüfen, ob er sicher und ohne Gefahren für Leib und Leben in den Drittstaat einreisen kann.*⁸⁴

Der die Abschiebung durchführende Vertragsstaat muss sich wegen des Verantwortungszusammenhangs der Vertragsstaaten Gewissheit verschaffen, dass der Drittstaat die ihm von der Konvention auferlegten Verpflichtungen auch einhält. Während des dortigen Verfahrens bleibt der in den Drittstaat abgeschobene oder zurückgewiesene Asylsuchende Flüchtling und bleibt der Vertragsstaat neben dem Drittstaat weiterhin für diesen verantwortlich. Daher müssen ihm grundsätzlich auch bereits in dieser Phase im Drittstaat die Rechte der GFK gewährt und muss ihm ein Verfahren eröffnet werden. Der Vertragsstaat, der die Abschiebung oder Zurückweisung in den Drittstaat durchführen will,

⁸² *Goodwin-Gill/McAdams*, *The Refugee in International Law*, 3. Auflage, 2007, S. 393 ff.

⁸³ *Gil-Bazo*, *IJRL* 2006, 571 (596 f.).

⁸⁴ Australian Tribunal, 14. August 2014 – Nr. 1404235; Australian Tribunal, 8. Oktober 2013 – Nr. 1216622; Council of Europe, *Rec. No. R (97) 22*.

muss sich vor dem Vollzug vergewissern, ob dort dieser Schutzstandard wirksam gewährt werden wird.

Auch wenn dieser Ansicht nicht gefolgt werden sollte, sind jedenfalls die in Art. 2 bis 34 GFK enthaltenen Rechte zu gewähren, die keinen rechtmäßigen Aufenthalt als Folge der Statusgewährung voraussetzen, also *Religionsfreiheit* (Art. 4), *Zugang zu den Gerichten* (Art. 16), *öffentliche Erziehung* nach dem Inländergleichbehandlungsprinzip (Art. 22), Ausstellung eines *Personalausweises* (Art. 27), *Strafbefreiung wegen irregulärer Einreise* (Art. 31) und *Ausweisungs- sowie Refoulementschutz* (Art. 32 und 33). Der Begriff des rechtmäßigen Aufenthalts in den anderen Normen der GFK, die mehr als nur die genannten Rechte gewähren, ist aber nicht notwendigerweise an die Gewährung der Statusentscheidung geknüpft. So folgt etwa aus der Entstehungsgeschichte der GFK, dass die Freizügigkeit für Flüchtlinge (Art. 26) zwar für die – kurz zu haltende - Anfangsphase des Verfahrens, in der die Identität des Flüchtlings geklärt wird, aus administrativen Gründen eingeschränkt werden darf. Anschließend genießt der Flüchtling aber auch bereits während des Verfahrens nach Art. 26 GFK Freizügigkeit im gesamten Vertragsstaat, hat er also den hierfür erforderlichen rechtmäßigen Aufenthalt,⁸⁵ ohne dass zuvor der Flüchtlingsstatus gewährt sein muss. Der Begriff des „rechtmäßigen Aufenthalts“ setzt also nicht notwendigerweise eine Statusgewährung voraus. Ob dies auch für die andern Rechte in der GFK, die einen rechtmäßigen Aufenthalt voraussetzen, gilt, ist eine offene Frage. Wird diese bejaht,⁸⁶ sind grundsätzlich alle in Art. 2 bis 34 GFK enthaltenen Rechte auch bereits während des Feststellungsverfahrens zu gewähren. Andernfalls sind die nicht an einen rechtmäßigen Aufenthalt geknüpften Rechte während der Phase des Feststellungsverfahrens zu beachten. Je nach Interpretation des Begriffs des rechtmäßigen Aufenthalts im Sinne der GFK fällt der

85 *Marx*, in: Zimmermann, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2011, Artikel 26 Rn 58 bis 67.

86 So *Hathaway/Foster*, *The Law of the Refugee Status*, 2. Aufl., 2015, S. 45 FN 47 FN 171, unklar, aber wohl eher ablehnend *Legomsky*, *IJRL* 2013, 624; EHER DAFÜR *UNHCR*, *Legal Considerations on the Return of Asylum Seekers and Refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the Safe Third Country and the First Country Concept*, in: *IJRL* 2017, 492 (499 FN 4): protection *at least* from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, risks of life or the deprivation of liberty without due process and *other rights associated with refugee status*.“ Hervorhebung nicht im Original; in diesem Sinne auch *Feller*, *IJRL* 2006, 509 (529):“genuine prospect of an accessible durable solution“ ...“within a reasonable timeframe, stay is permitted under conditions which protect against arbitrary expulsion and deprivation of liberty and which provide for an *adequate and dignified means of existence*“ and “the unity and integrity of the family”.

Maßstab für den im Drittstaat zu fordernden wirksamen Schutz („effective protection“) damit unterschiedlich aus.

Das geltende Sekundärrecht steht mit diesen völkerrechtlichen Grundsätzen nicht in Übereinstimmung. Weder Art. 38 (sicherer Drittstaat) noch Art. 39 RL 2013/32/EU (sicherer europäischer Drittstaat) setzen über den bloßen negatorischen Schutz hinaus die Gewährung positiver Leistungsrechte voraus. Welche Rechte bei der Konzeption des ersten Asylstaates (Art. 35 Buchst. a) RLL 2013/32/EU) gewährt werden müssen, bleibt offen. Mit dem Hinweis auf die GFK beim ersten Asylstaat wird dies nach Vorschlag der Kommission zur VerfahrensVO gefordert. Bei der Konzeption des sicheren Drittstaates nähert sich der Vorschlag dem völkerrechtlichen Standard an. Über diesen besteht aber andererseits in der Literatur keine übereinstimmende Auffassung, sodass der Kommissionsvorschlag durchaus auch als weitere Stimme bei der Hervorbringung eines völkerrechtlichen Standards verstanden werden kann.

5. Ergebnis

1. Das geltende Recht verlangt für die Abschiebung in den *ersten Asylstaat* nicht, dass der Betroffene dort als Flüchtling nach der GFK oder in diesem Sinne „anderweitigen ausreichenden“ Schutz erlangt haben muss. Das Konzept des ersten Asylstaates lässt damit eine Abschiebung in einen Staat zu, der nicht „die GFK unterzeichnet“ hat.
2. Demgegenüber soll nach dem Vorschlag der Kommission der Maßstab der GFK bei der Anwendung der Konzeption des *ersten Asylstaates* verbindlich sein. Würden allerdings auch Nicht-Vertragsstaaten in die Betrachtung einbezogen, müsste jedenfalls ein dem Schutz der GFK gleichwertiger Schutzstandard gewährt werden. Hierfür verweist die Kommission auf vier negatorisch ausgestaltete Rechte - Leib und Leben, Refoulementschutz nach der GFK und Schutz vor Folter und grausamen, unmenschlichen und erniedrigenden Maßnahmen - und drei positive Leistungsrechte - Recht auf rechtmäßiger Aufenthalt, auf angemessenen Zugang zum Arbeitsmarkt, auf Unterkunft, Gesundheitsversorgung, Bildung und auf Familienzusammenführung. Damit nähert sich dieser Standard in etwa dem Schutzstandard nach der GFK an und geht mit dem zuletzt genannten Recht noch darüber hinaus.
3. Der Schutzstandard beim *sicheren Drittstaat* ist nach geltendem Sekundärrecht ausschließlich negatorisch ausgerichtet. Die Anwendung unterschiedlicher Maßstäbe hinsichtlich des ersten Asylstaates einerseits und des sicheren Drittstaates andererseits ist jedoch nicht gerechtfertigt, weil aufgrund der lediglich *deklaratorischen Funktion* der Statusgewährung alle Flüchtlinge bis dahin und somit auch bis zur Entscheidung im sicheren Drittstaat als Flüchtlinge zu behandeln sind und ihnen deshalb die Rechte nach Art. 2 bis 34 GFK bis zu diesem Zeitpunkt zu gewähren sind.

Hingegen nähert sich der Vorschlag der der Kommission zur VerfahrensVO hinsichtlich der Anwendung der Konzeption des sicheren Drittstaates dem international dem nach internationalen Recht erforderlichen Schutzstandard an, weil gefordert wird, dass im Drittstaat die Möglichkeit bestehen muss, Schutz nach Maßgabe der GFK zu erlangen einschließlich des Rechts auf einen rechtmäßigen Aufenthalt und des Rechts auf Zugangs zum Arbeitsmarkt, des Rechts auf Unterbringung, Gesundheitsfürsorge und Bildung sowie des Rechts auf Familienzusammenführung. Damit bezieht der Vorschlag auch jene Vorschriften der GFK mit ein, die einen rechtmäßigen Aufenthalt zur Voraussetzung haben (Art. 17 und 18, 21, 22, 23) und geht sogar mit dem Recht auf Familienzusammenführung über diesen hinaus.

XI. Verfahrensrechtlicher Schutz

1. Geltendes Sekundärrecht

Nach Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 behält jeder Mitgliedstaat das Recht, einen Antragsteller nach Maßgabe der Bestimmungen und Schutzgarantieren der Richtlinie 2013/32/32 in einen sicheren Drittstaat zurück- oder auszuweisen. Damit regelt sich der Rechts- und Verfahrensschutz in diesem Fall nicht nach der Verordnung (EU) Nr. 604/2013, sondern nach Maßgabe des Verwaltungsverfahrens nach Art. 6 ff. und 31 ff. dieser Richtlinie. Da der Mitgliedstaat den Asylantrag des Antragstellers nicht im Rahmen des Dublin-Verfahrens behandeln, sondern ihn in eigener Zuständigkeit in einen ersten Asylstaat oder sicheren Drittstaat abschieben oder zurückweisen will, ist der Asylantrag unzulässig (Art. 33 Abs. 2 Buchst. b) und c) RL 2013/32/EU). Gegen diese Entscheidung steht dem Asylantragsteller das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht zu (Art. 46 Abs. 1 Buchst. a) ii) in Verb. mit Art. 33 Abs. 2 RL 2013/32/EU). Art. 33 Abs. 2 RL 2013/32/EU verweist auf Art. 35 (erster Asylstaat) und Art. 38 (sicherer Drittstaat). In diesem Fall ist das Gericht befugt, entweder auf Antrag des Antragstellers oder von Amts wegen darüber zu entscheiden, ob dieser im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates verbleiben darf. Dies entspricht dem völkerrechtlichen Grundsatz, dass gegen eine Entscheidung die Möglichkeit eines wirksamen *Rechtsbehelfs mit aufschiebender Wirkung* eröffnet werden muss.⁸⁷

⁸⁷ Hofmann/Löhr, in: Zimmermann, The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 2011, S. 1113; Legomsky, IJRL 2003, 567 (675); UNHCR, Legal Considerations on the Return of Asylum Seekers and Refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the Safe Third Country and the First Country Concept, in: IJRL 2017, 492 (500).

Der vom Flüchtling gestellte Asylantrag kann bereits an der Grenze geprüft werden, wenn der um Schutz gebetene Mitgliedstaat diesen in den ersten Asylstaat oder einen sicheren Drittstaat zurückweisen will (Art. 43 Abs. 1 in Verb. mit Art. 33 Abs. 1 Buchst. b) und c) RL 2013/32/EU). Er hat dabei aber auch die im Inland geltenden Verfahrensrechte zu beachten (Art. 43 Abs. 1 Hs. 1 RL 2013/32/EU). Das Verfahren ist innerhalb angemessener Frist durchzuführen. Ist innerhalb einer Frist von vier Wochen keine Entscheidung ergangen, wird dem Flüchtling die Einreise gestattet und sein Antrag im Inland geprüft (Art. 43 Abs. 2 RL 2013/32/EU). Nach der Richtlinie ist nur eine Entscheidung über die Unzulässigkeit des Asylantrags zu treffen. Ob dem die Zurückweisung auf dem Fuße folgt und durch welche Behörde hierüber entschieden wird, lässt sie offen und belässt damit dem Mitgliedstaat die Möglichkeit, diese Fragen nach seinem nationalen Recht zu regeln. Dies beruht darauf, dass der Union – wie eingangs erwähnt - die Kompetenz fehlt, Vollstreckungsmaßnahmen unionsrechtlich begründeter Entscheidungen der Mitgliedstaaten zu regeln. Zwar enthält die geltende Verfahrensrichtlinie keine Bestimmungen zur Inhaftnahme des Flüchtlings. Die Zeitvorgaben und die Funktion des Grenzverfahrens legen aber nahe, dass diese notwendigerweise praktiziert wird, so wie es z.B. im deutschen Flughafenverfahren geregelt wird (§ 15 Abs. 6 AufenthG, § 18a Abs.6 AsylG).

2. Vorschlag der Kommission

a) Verwaltungsverfahren

Nach dem Vorschlag der Kommission zum Dublin-Verfahren (Art. 3 Abs. 3 Buchst. a)) hat der Mitgliedstaat zu prüfen, ob der Asylantrag nach Art. 33 Abs. 2 RL 2013/32/EU (erster Asylstaat und sicherer Drittstaat) unzulässig ist, weil der Antragsteller aus dem ersten Asylstaat oder sicheren Drittstaat eingereist ist. Da mit der Neuregelung des Dublin-Verfahrens auch die VerfahrensVO in Kraft treten wird, dürften diese Normen des geltenden Sekundarrechts im Vorschlag der Kommission durch Art. 36 Abs. 1 Buchst. a) und b) der VerfahrensVO ersetzt werden, da nach diesen ein Asylantrag unzulässig ist, wenn der Antragsteller aus dem ersten Asylstaat oder einem sicheren Drittstaat eingereist ist. Die hierfür erforderliche Prüfung ist innerhalb einer angemessenen Frist durchzuführen. Ist innerhalb einer Frist von vier Wochen keine Entscheidung ergangen, wird dem Flüchtling die Einreise gestattet und sein Antrag im Inland geprüft (Art. 43 Abs. 2 RL 2013/32/EU). Es ist nur eine Entscheidung über die Unzulässigkeit des Asylantrags zu treffen. Ob dem die

Zurückweisung auf dem Fuße folgt und durch welche Behörde hierüber entschieden wird, lässt der Vorschlag wegen der fehlenden Kompetenz, Vollstreckungsmaßnahmen zu regeln, wie auch das geltende Recht offen und belässt damit dem Mitgliedstaat weiterhin die Möglichkeit, diese Fragen nach seinem nationalen Recht zu regeln.

Anders als nach geltendem Recht können nach dem Vorschlag der Kommission für den Fall der Ankunft einer *unverhältnismäßig großen Anzahl von Flüchtlingen an der Grenze oder in Transitzonen* und der dadurch bedingten Schwierigkeit, das normale Grenzverfahren durchzuführen, das Verfahren in Einrichtungen (*locations*) nahe der Grenze oder der Transitzone durchgeführt werden (Art. 41 Abs. 4). Da der Begriff der „unverhältnismäßig großen Anzahl von Flüchtlingen“ nicht definiert wird, besteht ein signifikantes Risiko, dass eine derartige Praxis zum Regelfall werden könnte, wie derzeit etwa in Ungarn und nach den Absichten der Koalitionäre in der Bundesrepublik Deutschland mit der als „Ankerregelung“ bezeichneten massenhaften Konzentration neu einreisender Asylsuchender in Lagern in entlegenen Gebieten auch dort geplant wird.

b) Rechtsschutz

Dem Antragsteller ist Gelegenheit zu geben, gegen eine behördliche Entscheidung, mit der der Asylantrag als unzulässig zurückgewiesen wird, einen wirksamen Rechtsbehelf gegen die Zurückweisung einzulegen (Art. 53 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a) i). Ein wirksamer Rechtsbehelf setzt eine vollständige tatsächliche und rechtliche Überprüfung der behördlichen Entscheidung voraus (Art. 53 Abs. 3). Der Rechtsbehelf ist innerhalb von zwei Wochen einzulegen (Art. 53 Abs. 6 Buchst. b)). Die Frist beginnt mit der persönlichen Zustellung der Entscheidung an den Flüchtling oder von dem Zeitpunkt an, an dem sein Bevollmächtigter die Vertretung angezeigt und gegebenenfalls einen Antrag auf freie rechtliche Vertretung („*free legal assistance*“, Prozesskostenhilfe) gestellt hat (Art. 53 Abs. 6 UAbs. 3). Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten in diesem Fall eine Überprüfung der Entscheidung von Amts wegen vorsehen (Art. 53 Abs. 6 UAbs. 2).

Nach Art. 54 des Vorschlags einer VerfahrensVO kann gegen die behördliche Entscheidung ein gerichtlicher Antrag auf Anordnung der *aufschiebenden Wirkung* gestellt werden, sodass während des Eilrechtsschutzverfahrens der weitere Aufenthalt gestattet wird. Art. 54 Abs. 2 sieht auch vor, dass über den Eilrechtsschutz von Amts wegen entschieden werden kann.

Allerdings fehlt ein Hinweis auf den sicheren Drittstaat in den drei bezeichneten Fallgruppen. Dort wird neben zwei anderen hier nicht relevanten Kategorien nur der erste Asylstaat genannt. Nach einer informellen Klarstellung durch die Union werde das Verbleibsrecht während des gerichtlichen Verfahrens aber bereits mit der Einlegung des Rechtsbehelfs selbst begründet, sodass beim sicheren Drittstaat eine Gewährung des Eilrechtsschutzes nicht erforderlich sei. Dazu wird auf die Begründung des Vorschlags hingewiesen, in der bei der Erläuterung des unzulässigen Antrags neben dem ersten Asylstaat auch der sichere Drittstaat erwähnt wird.⁸⁸ Allerdings wird dort nicht auf den Eilrechtsschutz hingewiesen. Es ist kaum vorstellbar, dass die Konzeption des sicheren Drittstaates bei der Regelung des Rechtsschutzes gegenüber der Konzeption des ersten Asylstaates privilegiert werden sollte. Jedenfalls werden die Mitgliedstaaten mit hoher Wahrscheinlichkeit die fehlende Erwähnung des sicheren Drittstaates in Art. 54 Abs. 2 zum Anlass nehmen, die Abschiebung oder Zurückweisung des Antragstellers ungeachtet der Einlegung eines Rechtsbehelfs durchzuführen. Wenn dies nicht gewollt sein sollte, bedürfte es während der derzeitigen Verhandlung und der abschließenden Einigung über den Vorschlag der Kommission zur VerfahrensVO einer entsprechend unzweideutigen Regelung, wonach der Eilrechtsschutz auch im Falle des sicheren Drittstaates zulässig ist und der Antrag ein entsprechendes verfahrensabhängiges Bleiberecht begründet. Eine derartige Regelung ist primärrechtlich (Art. 47 GRCh) und auch konventionsrechtlich (Art. 3, 14 EMRK) erforderlich.

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

⁸⁸ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rats zur Einführung eines gemeinsamen Verfahrens für internationalen Schutz in der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 2013/32/EU, Brüssel, 13. Juli 2017, COM(2016)0224 final, 2016/0224 (COD), S.16.

c) *Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge*

Das Grenzverfahren soll auch im Falle der Einreise unbegleiteter Minderjähriger aus einem sicheren Drittstaat durchgeführt werden (Art. 41 Abs. 5 Buchst. c)). Für die Einreise aus einem ersten Asylstaat enthält der Vorschlag hinsichtlich unbegleiteter Minderjähriger keine Regelungen zum Grenzverfahren. Es ist in allen Fällen der Einreise unbegleiteter Minderjähriger von Amts wegen ein Vormund zu bestellen, dem die zuständige Entscheidungsbehörde über alle tatsächlichen, verfahrensrechtlichen und unbegleitete Minderjährige betreffenden Fristregelungen informieren muss (Art. 22 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 2 des Vorschlags einer VerfahrensVO). Die für die Überstellung in den zuständigen Mitgliedstaaten geltenden Bestimmungen, wonach das Wohl des Kindes bei der Entscheidung eine „vorrangige Erwägung“ darstellt und die Möglichkeiten der Familienzusammenführung, das Wohlergehen und die soziale Entwicklung des Kindes berücksichtigt werden sollen (Art. 22 Abs. 1, Abs. 3 Buchst. a) und b) und Erwägungsgrund 20 des Vorschlags), werden im Grenzverfahren nicht in Bezug genommen bzw. eigenständig geregelt. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Gerichtshof der Europäischen Union für das Dublin-Verfahren mit Bezug auf Primärrecht den Grundsatz entwickelt hat, dass unbegleitete Minderjährige nach Möglichkeit nicht in einen anderen Mitgliedstaat überstellt werden dürfen.⁸⁹ Da der Gerichtshof diese Verpflichtung primärrechtlich begründet, gilt er nicht nur für das Dublin-Verfahren, sondern erst recht für die Anwendung des Konzepts des sicheren Drittstaates. Die im Vorschlag geregelt bloße Berücksichtigungspflicht ist signifikant schwächer als die Verpflichtung, nach Möglichkeit keine Zwangsmaßnahmen gegen einen unbegleiteten Minderjährigen anzuordnen und durchzuführen.

3. *Ergebnis*

1. Wie auch nach geltendem Recht steht dem Antragsteller gegen die Ablehnung seines Asylantrags als unzulässig das *Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf* vor einem Tribunal oder Gericht zu. Das Gericht oder Tribunal ist befugt, entweder auf Antrag des Antragstellers oder von Amts wegen darüber zu entscheiden, ob dieser im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates verbleiben darf.
2. Wird der Antrag wegen der Einreise aus einem ersten Asylstaat als unzulässig zurückgewiesen, kann hiergegen Eilrechtsschutz beantragt werden. Unmittelbar geregelt im Vorschlag der Kommission zur VerfahrensVO wird dies bei der

⁸⁹ EuGH, NVwZ-RR 2013, 735 (736) Rn 55 – MA, BT, DA.

Anwendung der Konzeption des sicheren Drittstaates nicht. Ob deshalb bereits die Einlegung des Rechtsbehelfs in der Hauptsache ein verfahrensabhängiges Bleiberecht in diesen Fällen begründet, erscheint mehr als fragwürdig und bedarf einer unzweideutigen Regelung im Text der VerfahrensVO. Unklar ist darüber hinaus, innerhalb welcher Frist der Eilrechtsschutz beantragt werden muss. Er dürfte wohl innerhalb der für den Rechtsbehelf selbst geregelten Zweiwochenfrist gestellt werden müssen.

3. Das Verfahren zur Prüfung der Voraussetzungen der Zurückweisung wegen einer Einreise aus dem ersten Asylstaat oder einem sicheren Drittstaat kann auch bereits *an der Grenze* durchgeführt werden. Für den Fall der Ankunft einer „*unverhältnismäßig großen Anzahl von Flüchtlingen*“ an der Grenze oder in Transitzonen und der dadurch bedingten Schwierigkeit, das normale Grenzverfahren durchzuführen, kann dieses darüber hinaus in Einrichtungen nahe der Grenze oder der Transitzone durchgeführt werden. Dadurch dürfte allerdings der Rechtsschutz wegen der Schwierigkeiten, unverzüglich einen Verfahrensbeistand zu bestellen, einschneidend geschwächt werden und besteht angesichts des interpretationsoffenen Begriffs „*unverhältnismäßig große Anzahl von Flüchtlingen*“ die Gefahr, dass diese Praxis zum Regelfall werden könnte wie es z.B. mit der „Ankerregelung“ in der Bundesrepublik Deutschland geplant ist.
4. Die im Vorschlag der Kommission geregelte *bloße Berücksichtigungspflicht* des Kindeswohls *unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge* ist signifikant schwächer als die nach der Rechtsprechung des Gerichtshof der Europäischen Union im Dublin-Verfahren geltende *Verpflichtung, nach Möglichkeit keine Zwangsmaßnahmen* gegen einen unbegleiteten Minderjährigen anzuordnen und durchzuführen. Da das Kindeswohl primärrechtlich gewährleistet wird (Art. 24 Abs. 2 GRCh), gilt diese Verpflichtung auch im Verfahren zur Anwendung der Drittstaatenregelung.

XII. Ergebnisse des Gutachtens

Nach einer Analyse des geltenden Sekundärrechts sowie der Vorschläge der Kommission zur Neuregelung der Drittstaatenregelung in der VerfahrensVO sowie der Vorschläge der Ratpräsidentschaft in Verbindung mit dem Dublin-Verfahren und der Frage, ob und in welchem Umfang diese mit dem Völkerrecht und dem Primärrecht der Europäischen Union vereinbar sind, komme ich zu folgenden Ergebnissen:

1. Der Vorschlag der Kommission zur Anwendung der Drittstaatenregelung im Rahmen des Dubliner Verfahrens wird – sofern dem hiergegen gerichteten Antrag des Parlaments nicht zugestimmt wird - dazu führen, dass im Falle der Ablehnung des Asylantrags als unzulässig und der daraufhin folgenden Abschiebung oder Zurückweisung in den ersten Asylstaat oder sicheren Drittstaat dieser in der Europäischen Union dieser nicht *inhaltlich* geprüft, der Asylsuchende

also in diesen Fällen *nicht* als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter behandelt wird.

2. Das *Selbsteintrittsrecht* der Mitgliedstaaten kann nur nach der Einleitung des Zuständigkeitsbestimmungsverfahrens und allein aus familiären Gründen ausgeübt werden. Folge der Zurückweisung des Asylantrags als unzulässig ist jedoch, dass das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren nicht eingeleitet wird. Dem Mitgliedstaat, der den Flüchtling entsprechend seiner völkerrechtlichen Verantwortlichkeit gleichwohl übernehmen will, ist damit der Weg über das Selbsteintrittsrecht versperrt.

3. Um das *völkerrechtliche Prinzip der Einzelverantwortlichkeit* des um Schutz ersuchten Vertragsstaates der GFK zu wahren, hat der Mitgliedstaat deshalb ungeachtet der Unzulässigkeitsentscheidung das Recht, den betroffenen Flüchtling aufzunehmen, auch wenn dies nach dem vorgeschlagenen Regelungsmechanismus nicht beabsichtigt zu sein scheint. Den Refoulementschutz muss er ohnehin und auch nach dem Vorschlag der Kommission bei der Anwendung der Drittstaatenregelung beachten.

4. Das geltende Sekundärrecht verlangt für die Abschiebung oder Zurückweisung in den ersten Asylstaat weder, dass der Betroffene dort als Flüchtling nach der GFK anerkannt noch, dass dort anderweitiger ausreichender Schutz im Sinne der GFK gewährt werden muss und lässt damit die Abschiebung oder Zurückweisung in einen Nicht-Vertragsstaat zu. Das Unionsrecht bezieht sich jedoch auf die GFK (Art. 18 GRCh, Art. 78 Abs. 1 AEUV). Die Abschiebung oder Zurückweisung in einen Nicht-Vertragsstaat ist aber mit der GFK nicht vereinbar.

5. Das geltende Sekundärrecht verbietet die Abschiebung oder Zurückweisung in Drittstaaten, wenn dort lediglich eine oder mehrere Regionen oder sonstige Teilgebiete als sicher angesehen werden können (*Unzulässigkeit der Anwendung der drittstaatsbezogenen Konzeption des internen Schutzes*). Demgegenüber soll diese Konzeption nach dem Vorschlag der Ratspräsidentschaft eingeführt werden. Der Vorschlag der Kommission schließt eine derartige bislang nicht anerkannte Anwendungspraxis der Drittstaatenregelung weiterhin aus.

6. Nach geltendem Sekundärrecht muss dem Flüchtling zumindest die Möglichkeit eingeräumt werden, die Anwendung der Konzeption des sicheren Drittstaates mit der Begründung anzufechten, dass der betreffende Drittstaat für ihn in seiner *besonderen Situation* nicht sicher ist. Dementsprechend soll nach dem Vorschlag der Kommission keine unwiderlegliche, aber auch keine widerlegliche Vermutung der Sicherheit geregelt, sondern lediglich die Möglichkeit zugunsten des Antragstellers vorgesehen werden, die Anwendung der Konzeption des sicheren Drittstaates auf ihn unter Berufung auf seine besondere Situation anzufechten.

7. Nach dem Vorschlag der Kommission zur VerfahrenVO *soll* ein Drittstaat verbindlich nach Unionsrecht als sicher bestimmt und im Anhang der VerfahrensVO als solcher gelistet werden. Dem davon betroffenen Flüchtling wird nicht die Möglichkeit eingeräumt, unter Hinweis auf seine besondere Situation die Listung eines bestimmten Drittstaates als sicher anzufechten. Diese Möglichkeit muss ihm jedoch nach dem Völkerrecht eingeräumt werden

8. Der Vorschlag der Kommission enthält keine Regelung darüber, wer über die Listung eines Drittstaates entscheidet. Wahrscheinlich wird dem Rat die Kompetenz hierfür übertragen werden. Es bedarf hierzu aber einer einvernehmlichen Entscheidung der Kommission, des Parlaments und des Rates.

9. Nach Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten der VerfahrensVO darf die Bundesrepublik ihre in der Praxis ohnehin bedeutungslos gewordene gegenläufige verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung nicht mehr anwenden.

10. Der *Schutzstandard beim sicheren Drittstaat* ist nach geltendem Sekundärrecht anders als beim ersten Asylstaat nahezu ausschließlich negatorisch ausgerichtet. Die Anwendung unterschiedlicher Maßstäbe hinsichtlich des ersten Asylstaates einerseits und des sicheren Drittstaates andererseits ist jedoch nicht gerechtfertigt, weil aufgrund der lediglich *deklaratorischen Funktion* der Statusgewährung bis zur Statusentscheidung im sicheren Drittstaat die Betroffenen als Flüchtlinge zu behandeln sind und ihnen deshalb grundsätzlich die

Rechte nach Art. 2 bis 34 GFK oder ein Bestand in etwa gleichwertiger Rechte bis zu diesem Zeitpunkt zu gewähren sind.

11. Wie auch nach geltendem Recht steht dem Antragsteller gegen die Ablehnung seines Asylantrags als unzulässig wegen der Anwendung der Drittstaatenregelung aus seinen Fall das *Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf* vor einem Tribunal oder Gericht zu. Das Gericht oder Tribunal ist befugt, entweder auf Antrag des Antragstellers oder von Amts wegen bei der Anwendung der Konzeption des ersten Asylstaates darüber zu entscheiden, ob dieser im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates verbleiben darf.

12. Ein derartiges Recht wird im Rahmen der Anwendung der Konzeption des sicheren Drittstaates nach dem Wortlaut des Vorschlags zur VerfahrensVO nicht gewährt. Ob dieses aus der vorgeschlagenen Systematik der Regelungen folgt, erscheint zweifelhaft. Nach Primärrecht (Art. 47 GFCh) und Konventionsrecht (Art. 3 und 14 EMRK) muss jedoch Eilrechtsschutz gewährt werden.

13. Das Verfahren zur Prüfung der Voraussetzungen der Zurückweisung wegen einer Einreise aus dem ersten Asylstaat oder einem sicheren Drittstaat kann auch bereits *an der Grenze* durchgeführt werden. Für den Fall der Ankunft einer „*unverhältnismäßig großen Anzahl von Flüchtlingen*“ an der Grenze oder in Transitzonen und der dadurch bedingten Schwierigkeit, das normale Grenzverfahren durchzuführen, kann dieses darüber hinaus in Einrichtungen nahe der Grenze oder der Transitzone durchgeführt werden. Dadurch dürfte allerdings der Rechtsschutz wegen der Schwierigkeiten, unverzüglich einen Verfahrensbeistand zu bestellen, einschneidend geschwächt und einer entsprechenden Regelpraxis der Weg eröffnet werden.

14. Die im Vorschlag der Kommission geregelte *bloße Berücksichtigungspflicht* des Kindeswohls *unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge* ist signifikant schwächer als die nach der Rechtsprechung des Gerichtshof der Europäischen Union im Dublin-Verfahren geltende *Verpflichtung, nach Möglichkeit keine Zwangsmaßnahmen* gegen einen unbegleiteten Minderjährigen anzuordnen und durchzuführen. Da das Kindeswohl primärrechtlich gewährleistet wird (Art. 24

Abs. 2 GRCh), gilt diese Verpflichtung auch im Verfahren zur Anwendung der Drittstaatenregelung.

15. a) Funktion der GFK ist die Gewährleistung wirksamen Flüchtlingsschutzes, der den Verlust des nationalen Schutzes ersetzen soll. Hierzu hat die GFK das *Prinzip der einzelstaatlichen Verantwortlichkeit* eingeführt. Der Vertragsstaat, bei dem ein Flüchtling einen Antrag auf Schutzgewährung stellt, ist zunächst für die Behandlung dieses Antrags verantwortlich und handelt dabei im Rahmen eines multilateralen Vertrages. Er ist an das Ziel und den Zweck der GFK (Art. 31 Abs. 1 WVRK), wirksamen Flüchtlingsschutz zu gewährleisten, gebunden und hat deshalb die Interessen der anderen Vertragsstaaten zu berücksichtigen. Das heißt, er darf seine nationale Drittstaatenregelung nur in einer Art und Weise anwenden, welche diese Interessen nicht verletzt.

Die Praxis der Vertragsstaaten steht jedoch mit diesen völkerrechtlichen Prinzipien häufig nicht in Übereinstimmung. Vielmehr handeln diese bei der Anwendung von Art. 33 Abs. 1 GFK vorrangig nach Maßgabe ihrer nationalen Interessen. Das heißt, sie beachten zwar diese Vorschrift und schieben Flüchtlinge nicht in ihr Herkunftsland ab oder weisen sie dorthin nicht zurück (*Refoulementschutz*), im Übrigen aber fühlen sie sich frei von völkerrechtlichen Bindungen und handeln damit Art. 31 Abs. 1 WVRK zuwider. Beispielgebend für das dadurch ausgelöste Risiko von endlosen Verweisungsketten steht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. Denn nach dieser darf ein Drittstaat auch dann als sicher behandelt werden, wenn er ebenfalls eine Drittstaatenregelung eingeführt hat (*Viertstaat*), vorausgesetzt, er prüft in einem förmlichen Verfahren, ob die Voraussetzungen der Art. 33 GFK und Art. 3 EMRK vorliegen oder ein dementsprechender Schutz tatsächlich gewährt wird.⁹⁰

Die Praxis vieler Vertragsstaaten macht damit deutlich, dass sie zwar die aus der Konvention zum Schutz spontan reisender Flüchtlinge unmittelbar folgenden Verpflichtungen beachten, sich aber in ihrer Handlungsfreiheit nur durch eine

⁹⁰ BVerfGE 94, 49 (90, 92) = NVwZ 1996, 700; kritisch hierzu *Marx*, Kommentar zum AsylVfG, 1999, 4. Aufl., § 26a Rn 52 ff.

negatorisch wirkende Verpflichtung gebunden fühlen, nämlich die Reise der Flüchtlinge nicht gewaltsam durch Abschiebung oder Zurückweisung in ihr Herkunftsland zu beenden.

b) So wie die Drittstaatenkonzeption in Europa in den 1970er und 1980er Jahren praktiziert wurde, wurde der Typus des „*refugee in orbit*“ geschaffen,⁹¹ dessen endlose Rundreise häufig entgegen den Verpflichtungen aus der GFK in seinem Herkunftsland enden konnte. Diesem Phänomen wollte die Europäische Union mit der Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems von Anfang an ein Ende setzen. Mit dem Vorschlag der Ratspräsidentschaft, anders als bislang nicht nur Staaten mit einem im Gesamtstaat bestehenden stabilen Rechts- und Schutzsystem zu Adressaten der Drittstaatenpraxis zu machen, sondern die Drittstaatenregelung auch dann anzuwenden, wenn in dem Drittstaat nur eine bestimmte Region sicher ist, erweitert die Union jedoch die Basis für das „*refugee in orbit*“ - Phänomen auf die gesamte Welt und potenziert sich die Gefahr des Refoulements über das in den 1970er Jahren in Europa insoweit bestehende entsprechende Risiko um ein Vielfaches. Damit droht das Risiko, dass die Vertragsstaaten verpflichtende Refoulementverbot in seinen Grundfesten erschüttert werden kann.

c) Aus der in der Europäischen Union entwickelten Konzeption des sicheren Drittstaates gewinnen die Institutionen dieser Union und die Mitgliedstaaten die Bausteine für ein *nach außen abgedichtetes Europa*. Priorität hat nach der Lesart der Kommission⁹² die Verschiebung der Verantwortlichkeit für den Flüchtling auf den *in geografischer Nähe zum Herkunftsstaat gelegenen Drittstaat*. Ist er zerfallen oder im Zerfallsprozess begriffen, hindert dies nach dem Vorschlag der Ratspräsidentschaft nicht die Abschiebung oder Zurückweisung in diesen. Vielmehr soll diese sogar selbst in diesem Fall den Mitgliedstaaten zwingend

⁹¹ Melander, Refugees in Orbit, in: Bewährungsprobe für ein Grundrecht, amnesty international (Hrsg), 1978, S. 67, (78, 97 ff.); Gerber, Wir brauchen eine europäische Asylpolitik, in: Asylpolitik gegen Flüchtlinge, Däpp/Karlen (Hrs.), 1984, 97, 99 ff.); Leuthardt, Festung Europa, 1994, S135 ff.

⁹² Art. 45 Abs. 3 Buchst. a) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU, Brüssels, 13. Juli 2017, COM(2016)0224 final, 2016/0224 (COD).

vorgeschrieben werden. Bindungen des Flüchtlings zu diesem Drittstaat werden nicht für erforderlich erachtet. Mit diesen Vorschlägen wird eine Entwicklung auf die Spitze getrieben, die in den 1970er Jahren in Europa begonnen hatte und nun legitimieren soll, dass der Flüchtlingsschutz von den Nachfahren der europäischen Schöpfern des modernen Flüchtlingsschutzes an die Grenzen des Herkunftsstaates exportiert oder der Zugang zu diesem Schutz von vornherein versperrt wird.

d) Offensichtlich soll mit dieser Architektur der Drittstaatenregelung nachträglich die Sperrung der Balkanroute und das Abkommen der Union mit der Türkei in rechtlich anerkannte Bahnen gelenkt und die erforderlichen sekundärrechtlichen Grundlagen für die derzeit praktizierten Absprachen mit Libyen und weiteren Drittstaaten, die entsprechend den zukünftigen Reiserouten der Flüchtlinge ins Blickfeld der Mitgliedstaaten geraten können, geschaffen werden.

Jedenfalls die Sperrung der Balkanroute und das Abkommen der Europäischen Union mit der Türkei wurden in der westlichen Presse als kluge und effektive Politik gelobt. Die Nachfrage, ob den Flüchtlingen an den Schranken der gesperrten Route ein Verfahren zur Prüfung eröffnet und ob der Refoulementschutz beachtet wird, unterblieb und unterbleibt. Zwar oblag diese Aufgabe dem Nicht-Mitgliedstaat Serbien. Doch hatte der Mitgliedstaat Österreich diese Sperrung maßgeblich initiiert und traf und trifft ihn deswegen die Verantwortung, dafür zu sorgen, dass die abgewiesenen Flüchtlinge vor dem direkten oder indirekten Refoulement geschützt werden. Diese völkerrechtliche Verpflichtung war jedoch weder Gegenstand der Diskussion noch der Presseberichterstattung.

e) Pilotfunktion scheint das Abkommen mit der Türkei wohl für die geplante Anwendungspraxis der Drittstaatenkonzeption, den Flüchtlingsschutz an die Grenze der Herkunftsstaaten zu verschieben, zu haben. Die Türkei hatte bereits ein halbes Jahr vor diesem Deal die Grenze zum Nachbarstaat Syrien zwecks Abwehr der Flüchtlinge aus diesem Staat geschlossen und damit die unionsrechtliche Voraussetzung, dass der Drittstaat das Refoulementverbot achtet, nicht erfüllt. Für die derzeitigen Absprachen mit Libyen scheint wohl die vorgeschlagene Konzeption, auch die Staaten zu Drittstaaten zu erklären, in denen

nur ein Teilgebiet die erforderliche Sicherheit gewähren kann, bedeutsam zu sein. Die Reiseroute der Flüchtlinge nach Europa geht aber noch durch andere fragile Staaten.

f) Die resignative Schlussfolgerung, dass die sich vergrößernde Kluft zwischen dem Weltflüchtlingsproblem und abwehrender Flüchtlingspolitik die von Immanuel Kant entwickelte Idee des „ewigen Friedens“ zum unerfüllbaren Traum werden lasse,⁹³ ist zwar nachvollziehbar, andererseits aber nicht zwingend. Wenn Maßstab nicht das Endziel des Friedens, sondern der Weg dorthin ist, kann Resignation verhindert und können Schritte zur Lösung der Flüchtlingsfrage aufgezeigt werden. Diese müssen beim *Verantwortungszusammenhang aller Vertragsstaaten der GFK für den Flüchtlingsschutz* ansetzen. Dadurch kann in wirksamer Weise eine zunehmend uferlos werdende Ausweitung der Drittstaatenpraxis eingedämmt werden.

Dr. Reinhard Marx
Rechtsanwalt

⁹³ Söllner, Asylpolitik im „deutschen Frühling“. Eine zeitgeschichtliche Momentaufnahme, in: Butterwege/Jäger, Europa gegen den Rest der Welt?, 1993, 127 (143)