

Forum Menschenrechte



Geschäftsstelle: Beate Ziegler
Haus der Demokratie und Menschenrechte
Greifswalder Straße 4
10405 Berlin
Tel. 030 – 42 02 17 71
E-Mail: kontakt@forum-menschenrechte.de

Stellungnahme zum Vorschlag der Europäischen Kommission zur Reform des Dubliner Systems

im Auftrag
des FORUM MENSCHENRECHTE
10. Oktober 2016
von
Dr. Reinhard Marx

Einleitung

1. *Stärkung der subjektiven Rechte von Asylsuchenden*

Dem von der Union in den letzten Jahren in der Flüchtlingsfrage eingeschlagenen Weg, der durch die Vorschläge der Kommission nicht nur lediglich weiterverfolgt, sondern in rigoroser und die Rechte des Einzelnen weitgehend verneinender Weise nachhaltig zu Ende gebracht werden soll, ist von allen gesellschaftlichen Gruppierungen mit einer gut begründeten und auf Überzeugung setzenden Strategie entgegen zu treten.

Anders als bislang will die Kommission Asylsuchenden Verpflichtungen auferlegen und bezieht insoweit auch anerkannte Schutzberechtigte ein. Die Schaffung von Verpflichtungen geht andererseits jedoch nicht mit der Verstärkung subjektiver Rechte einher. Vielmehr werden die bislang ohnehin nur unzulänglich geregelten Rechte des Einzelnen weitgehend abgebaut. Der Ewigkeitscharakter der einmal erfolgten Zuständigkeitsbestimmung, die Aufhebung von Überstellungsfristen und die darin zum Ausdruck kommende Entrechtlichung des Zuständigkeitsbestimmungs- und Überstellungsverfahrens sowie die Reduzierung der gerichtlichen Prüfungskompetenz auf wenige subjektive Rechte werden in ihrer Gesamtwirkung dazu führen, dass Asylsuchende und Flüchtlinge im gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art 67 AEUV) zum bloßen Objekt staatlichen Handelns herabgewürdigt werden.

2. *Die Abschiebung irregulär weitergereister Asylsuchender in den zuständigen Mitgliedstaat verletzt Art. 3 EMRK und Art. 33 Abs. 1 GFK*

Der Regelungsmechanismus, den die Kommission zur Behandlung irregulär weiter gereister Asylsuchender vorschlägt, verletzt Art. 3 EMRK und Art. 33 Abs. 1 GFK und schafft für die Betroffenen darüber hinaus im Aufenthaltsstaat einen rechtlosen Zustand. Er darf deshalb nicht eingeführt werden.

Der die Rückführung irregulär weiter gereister Asylsuchender durchführende Mitgliedstaat verletzt Art. 3 EMRK und Art. 33 Abs. 1 GFK, weil in den meisten Fällen weder vor der Rückführung noch - nach dem Vorschlag der Kommission - nach der Rückführung die ursprünglichen Fluchtgründe geprüft wurden bzw. werden. Der EGMR hat festgestellt, dass die indirekte Rückführung über einen Durchreisestaar, der ebenfalls ein Vertragsstaat ist, nicht die Verantwortung des die Abschiebung durchführenden Vertragsstaates im Hinblick auf Art. 3 EMRK aufhebt.¹ Der Mitgliedstaat kann sich daher nicht seiner Verantwortung nach Art. 3 EMRK und nach Art. 33 Abs. 1 GFK mit dem Hinweis auf den zuständigen Mitgliedstaat entziehen, wenn ihm bekannt ist, dass dieser weder vor der irregulären Weiterreise den Asylantrag inhaltlich geprüft hat noch eine solche Prüfung nach der Rückführung durchführen wird.²

3. *Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Solidarität (Art. 80 AEUV)*

Das Gemeinsame Europäische Asylsystem bedarf der Solidarität unter den Mitgliedstaaten. Hiermit unvereinbar ist die einseitige Belastung der Grenzstaaten wie in der Vergangenheit, die im Vorschlag der

¹ EGMR, EZAR 933 Nr. 8 = InfAuslR 2000, 321 (323) = NVwZ 2001, 301 (302) - T.I.; EGMR, NVwZ 2009, 965 (966) - K.R.S.; s. hierzu auch Costello, *The European asylum procedures directive in legal context*, UN HCR, Research Paper No.134, November 2006, S. 5.

² EGMR, NVwZ 2011, 413 (417 f.) Rn 342 ff - M.S.S.

Kommission nicht nur nicht beseitigt, sondern im Gegenteil weiter verschärft und mit Ewigkeitscharakter festgeschrieben wird.

Obwohl Art. 80 AEUV die Mitgliedstaaten zur *Solidarität* verpflichtet, enthält der Vorschlag der Kommission weder in der Begründung noch im Kapitel II und III einen Hinweis auf diese Verpflichtung. Zwar wird im Zusammenhang mit der Einführung eines „Korrekturmechanismus für die Zuweisung“ (Kapitel VII) in Art. 37 der Grundsatz der „finanziellen Solidarität“ genannt. Dem Korrekturmechanismus voran gehen jedoch die Zuständigkeitsregelungen des Kapitels II und III. Diese befördern aber mit dem in vielfältiger Weise hervorgehobenen Zuständigkeitskriterium des Einreisestaates (Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 Buchst. a)), dem zudem im konkreten Einzelfall Ewigkeitscharakter beigegeben wird, die ohnehin in der Vergangenheit bewirkte Spaltung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems in Süd und Nord und laufen damit nicht nur dem Ziel der Solidarität, vielmehr insbesondere auch dem Ziel, Binnenwanderungen zu unterbinden, zuwider. Der Kommission sind die in der Vergangenheit gewählten Reiserouten der Flüchtlinge und damit die Einreisewege in die Union insbesondere über Italien, Griechenland, Ungarn und Bulgarien bekannt. Vor diesem Hintergrund erscheinen die vorgeschlagenen Regelungen zum Einreisestaat als gravierende Verletzung des Grundsatzes der Solidarität. Die Kommission bedient damit einseitig die Interessen der Mitgliedstaaten in der Mitte der Union, also der wirtschaftlich und politisch mächtigen Staaten.

Allein mit der Hochzoning von Richtlinien zu Verordnungen und der Abschaffung von Freistellungsklauseln lassen sich die noch immer bestehenden schwerwiegenden Defizite in den Asylsystemen insbesondere ost- und südosteuropäischer Mitgliedstaaten nicht beheben. Hier hätte es des Mutes zu differenzierenden Lösungen und der Bereitschaft, den mächtigen Mitgliedstaaten eine besondere Verantwortung für die Flüchtlingsaufnahme abzufordern, bedurft. Dieser scheint der Kommission jedoch zu fehlen.

4. *Verfassungsrechtlicher Anspruch auf Schutz innerhalb der Union*

Der Zwangsmechanismus der der Anwendung des Dublin-Verfahrens vorgeschalteten Drittstaatsregelung negiert die in Art. 78 Abs. 1 AEUV verankerte Verpflichtung, Schutzbedürftigen innerhalb der Europäischen Union einen angemessenen Status anzubieten, und darf deshalb nicht ein geführt werden

Zentrales Fundament des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems ist das Ziel, Flüchtlingen *innerhalb* der Union ein Aufnahmerecht zu gewährleisten. Nach Art. 78 Abs. 1 Satz 1 AEUV entwickelt die Union eine gemeinsame Politik im Bereich Asyl, subsidiärer und vorübergehender Schutz, mit der *jedem Drittstaatsangehörigen*, der internationalen Schutz benötigt, ein angemessener Status angeboten und Refoulementschutz gewährleistet wird. Unionsrechtliches Vertragsrecht ist also so zu verstehen, dass jedem Schutzbedürftigen *innerhalb der Union* ein Status gewährleistet wird. Art. 78 Abs. 1 Satz 1 AEUV will offensichtlich die ursprünglichen Fehlentwicklungen des europäischen Flüchtlingsrechts beseitigen. Das ursprüngliche Konzept des Vorrangs der Drittstaatenregelung wurde als Quelle des Konflikts zwischen den Interessen der Asylsuchenden und denen der Mitgliedstaaten verstanden³ und auch deshalb kritisiert, weil die Union sich damit an der Entstehung von „refugees in orbit“ außerhalb der Union beteiligt hatte. Dementsprechend liegt der Fokus von Art. 78 Abs. 1 Satz 1 AEUV auf den Interessen der Asylsuchenden und der Gewährleistung eines angemessenen Status innerhalb der Union, um derartige Konflikte zu

³ *Blake, The Dublin Convention and Rights of Asylum Seekers in the European Union*, in: *Guild/Harlow* (Hrsg.), *Implementing Amsterdam*, 2001, S. 95 (99 f.).

vermeiden und die Entstehung von „refugees in orbit“ nach der Rückführung in Drittstaaten zu verhindern. Diese Ziele bestimmen auch die Auslegung des Vorbehalts der Schutzbedürftigkeit in Art. 78 Abs. 1 Satz 1 AEUV.

Zwar bestimmt Art. 78 Abs. 1 Satz 2 AEUV, dass die in Art. 78 Abs. 1 Satz 1 AEUV verankerte Politik mit der GFK in Übereinstimmung stehen muss und verstoßen Drittstaatsregelungen als solche nicht gegen die GFK. Dies rechtfertigt jedoch nicht, allein deshalb die Schutzbedürftigkeit zu verneinen, weil ein als erster Asylstaat oder als sicher angesehener Drittstaat Schutz gewähren könnte. Vielmehr ist die Union bei der Schaffung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems von Beginn an über die GFK hinausgegangen, indem sie etwa einen Anspruch auf Prüfung von Asylanträgen und auf Erteilung eines Aufenthaltstitels an Flüchtlinge geregelt hat. Die Gewährleistung des angemessenen Status in der Union und die Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung sind kumulative Voraussetzungen von Art. 78 Abs. 1 Satz 1 AEUV und damit als einheitlicher Zusammenhang zu bewerten.⁴ Indem Satz 2 dieser Norm auf „diese“ Politik verweist, wird sichergestellt, dass diese nicht unterhalb des Schutzstandards der GFK verbleibt, will sie jedoch nicht einschränken. Der Vorbehalt der Schutzbedürftigkeit kann dem Asylsuchenden vielmehr nur dann entgegengehalten werden, wenn ihm im Drittstaat mit Gewissheit ein dem angemessenen Status in der Union vergleichbarer Status gewährt werden wird. Primärrechtlich wird das Schutzversprechen des Art. 78 Abs. 1 AEUV durch Art. 18 GRCh verstärkt. Diese Norm gewährleistet das Recht auch Asyl nach Maßgabe der GFK, des EUV und des AEUV, d.h. Art. 18 GRCh macht den in Art. 78 Abs. 1 Satz 1 AEUV gewährten Schutz, der grundsätzlich nicht durch Drittstaatsregelungen eingeschränkt werden darf, zum Inhalt des Grundrechts auf Asyl.

Soweit der Vorschlag der Kommission zur Verfahrensverordnung in Art. 44 Abs. 1 Buchst. a) bestimmt, dass eine Verweisung an den ersten Asylstaat voraussetzt, dass der Asylsuchende im Drittstaat Schutz nach der GFK erhalten hat und ihm dieser Schutz nach der Rückführung weiterhin gewährt werden wird, ist die Verweisungsnorm des Art. 3 Abs. 3 Buchst. a) des Vorschlags zum Dublin-Verfahren mit Art. 78 Abs. 1 AEUV vereinbar. Soweit aber auch der anderweitig gewährte Schutz (Art. 44 Abs. 1 Buchst. b) Vorschlag zur Verfahrensverordnung) genügen soll, ist dies mit Art. 78 Abs. 1 AEUV nur vereinbar, wenn dieser Schutz auf der uneingeschränkten und allumfassenden Anwendung der GFK beruhen wird. Da dies aber bereits in der ersten Variante gefordert wird, ist die zweite überflüssig. Hingegen ist die Verweisung an sichere Drittstaaten, die nicht die Kriterien des ersten Asylstaats erfüllen, unvereinbar mit Vertragsrecht. Dies folgt daraus, dass die Drittstaatsregelung auch dann angewandt wird, wenn dem Asylsuchenden im Drittstaat zwar Zugang zu einem Verfahren zur Prüfung der Flüchtlingseigenschaft nach der GFK eröffnet und eine einzelfallbezogene Prüfung der Sicherheit in diesem Staat durchgeführt wird. Bedenken nach Art. 78 Abs. 1 AEUV und Art. 18 GRCh gegen diesen Ansatz bestehen aber deshalb, weil als Ersatz für den in der Union versprochenen Status lediglich der *Zugang* zu einem Verfahren und damit eine *potenzielle Möglichkeit*, einen Status im Drittstaat zu erlangen, ausreicht. Die Union wälzt damit die Verantwortung für die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft auf Staaten außerhalb der Union ab und handelt deshalb Art. 78 Abs. 1 Satz 1 AEUV zuwider. Allein die Möglichkeit, einen Status im Drittstaat erlangen zu können, lässt die Schutzbedürftigkeit nicht entfallen. Der Regelungsmechanismus in Art. 3 Abs. 3 Buchst. a) knüpft an die Zeit vor der Schaffung des Gemeinsamen Europäischen Asylrechts an, negiert damit die mit dem Lissaboner Vertrag in Art. 78 Abs. 1 AEUV geregelte Aufnahmeverpflichtung der Europäischen Union. Der Vorschlag der Kommission bewirkte in seiner

Anwendung, dass grundsätzlich die Verantwortung für Flüchtlinge auf Staaten außerhalb der Union abgewälzt und die Gewährleistung des Art. 78 Abs. 1 Satz 1 AEUV für Flüchtlinge dadurch außer Kraft gesetzt würde

Daher darf der Zwangsmechanismus der vorgeschalteten Drittstaatsregelung nicht weiterverfolgt werden. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in *Mirza* mangels hierauf bezogener Vorlagefragen die verfassungsrechtliche Verortung der Drittstaatenregelung nicht erörtert.⁵ Die bisherigen Dublin-Verordnungen kennen keinen Zwangsmechanismus, sondern verweisen lediglich auf das sekundärrechtlich geregelte Recht der Mitgliedstaaten, Drittstaatsregelungen anzuwenden. Für das deutsche Rechtssystem hat das Bundesverfassungsgericht bei der Bestimmung des Verhältnisses der verfassungsrechtlichen Drittstaatsregelung des Art. 16a Abs. 2 GG zur völkerrechtlichen Vorbehaltsklausel des Art. 16a Abs. 5 GG, der als verfassungsrechtliche Grundlage des damaligen multilateralen Dubliner Systems (Dublin I) zu verstehen ist, festgestellt, dass die Drittstaatsregelung hinter dem Dubliner System zurücktritt.⁶ Die Verfassung enthält damit einen klaren Auftrag, völkerrechtliche Regelungen zu schaffen, dass in einem geschlossenen Kreis von Staaten der Schutz für Flüchtlinge wirksam durchgesetzt werden kann und diese an die Stelle von einseitigen Lastenabwälzungsnormen wie Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG oder Konzepte des ersten Asylstaates oder sicheren Drittstaates treten.⁷

⁴ *Graßhof*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 5. Aufl., 2012, Art. 78 AEUV Rn 12.

⁵ EuGH, InfAuslR 2016, 241 – *Mirza*.

⁶ BVerfGE 94, 49 (86) Rn 5, 48 = EZAR 208 Nr. 7 – *verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung*.

⁷ *Marx*, Urteile des BVerfG vom 14. Mai 1996 mit Erläuterungen. Ergänzungsband zum Kommentar zum Asylverfahrensgesetz, 1996, S. 55

I. Vorbemerkung

Die Europäische Union hat aufbauend auf dem Amsterdamer Vertrag ein *Gesamteuropäisches Asylsystem* entwickelt. Dieses darf nicht aufgegeben werden. Es hat jedoch Schwächen, die insbesondere den Zugang zur Europäischen Union und die Aufteilung der Verantwortlichkeit für Asylsuchende und Flüchtlinge innerhalb der Union betreffen. Im Mai und Juli 2016 hat die Kommission eine Vielzahl von Vorschlägen vorgelegt, die auf eine Änderung der bestehenden Rechtsakte des gemeinsamen Asylsystems zielen. Im Zentrum der Vorschläge steht die Änderung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (Dublin III-Verordnung). Die weiteren Vorschläge zur Änderung der anderen Rechtsakte sind weitgehend auf diese Verordnung bezogen, enthalten aber auch unabhängig hiervon Vorschläge für eine Neuregelung. Im Fokus der Auseinandersetzung mit den Vorschlägen der Kommission steht daher zunächst die Reform des Dubliner Systems.

II. Geplante Reform des Dubliner Systems

1. Vorschläge der Kommission

Im Ausgangspunkt der vorgelegten Vorschläge steht die Feststellung der Kommission, dass die Verordnung (EU) Nr. 604/2013 das Fundament des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems sei, aber Schwächen aufweise. Sie berücksichtige weder die Kapazitäten der Mitgliedstaaten noch ziele sie auf eine ausgewogene Verteilung der Belastung ab. Auch verzögere die Methode für die Zuweisung der Zuständigkeit den Zugang zum Asylverfahren. Dem solle durch eine geordnete Steuerung der Migrationsströme entgegengewirkt werden. Deshalb soll eine neue Verpflichtung eingeführt werden, wonach Asylsuchende ihren Antrag entweder im Mitgliedstaat der ersten irregulären Einreise oder – im Falle eines legalen Aufenthalts – im betreffenden Mitgliedstaat stellen *müssten*. Diese Verpflichtung solle dadurch umgesetzt werden, dass sie nur dort, wo sie sich aufhalten müssten, materielle Leistungen im Rahmen der Aufnahme erhielten. Außerdem werde dem Zuständigkeitsbestimmungsverfahren eine Zulässigkeitsprüfung vorgeschaltet, das heißt, könne die Abschiebung in den ersten Asylstaat oder einen sicheren Drittstaat durchgeführt werden, habe der betreffende Mitgliedstaat die Zulässigkeitsprüfung durchzuführen und werde für diese Prüfung unabhängig von den Zuständigkeitskriterien der Verordnung zuständiger Mitgliedstaat. Kommt der Asylsuchende aus einem sicheren Herkunftsstaat, habe der Mitgliedstaat den Asylantrag vor der Anwendung des Dublin-Verfahrens im beschleunigten Verfahren zu prüfen und werde für diese Prüfung zuständiger Mitgliedstaat.

Anders als bislang bleibt nach den Vorschlägen der Kommission der Mitgliedstaat, der nach der Verordnung zuständig für die inhaltliche Prüfung des Asylantrags ist, für alle weiteren Asylanträge, auch wenn der Antragsteller in der Zwischenzeit mehr als drei Monate aus dem Unionsgebiet ausgereist sei, zuständig. Auch sollen anders als bislang in anderen Mitgliedstaaten anerkannte international Schutzberechtigte, die derzeit nicht im Dubliner System behandelt werden, vom zuständigen Mitgliedstaat übernommen werden, sodass das Kriterium des Einreisestaates nicht nur lediglich bestätigt wird. Vielmehr wird ihm zunächst hinsichtlich der Asylsuchenden ein *Ewigkeitscharakter* beigemessen, der also auch bei länger dauernden Ausreisen aus dem Unionsgebiet nicht zum Erlöschen der einmal begründeten Verpflichtungen des Einreisestaates führt. Dieser ist auch nicht in der Lage, durch

Statusgewährung seine Verpflichtungen zu beenden. Hat er keinen Status gewährt, wird er angehalten, nach der Weiterwanderung des Asylsuchenden in einen anderen Mitgliedstaat die inhaltliche Prüfung des Asylantrags abzuschließen, auch wenn er vor der Weiterwanderung des Asylsuchenden noch keine Anhörung zu den Fluchtgründen durchgeführt hat. Dies hat zur Folge, dass nach der Rückübernahme des Asylsuchenden der Asylantrag nicht mehr geprüft wird. Nur wenn dieser vor der Ausreise den Asylantrag zurückgenommen hat, kann ein Folgeantrag gestellt werden. In allen Fällen werden aber die ursprünglichen Fluchtgründe im Unionsgebiet nicht inhaltlich geprüft. Dies hat zur Folge, dass in diesen Fällen in der Union eine Abschiebung in das Herkunftsland ohne inhaltliche Prüfung der Asylgründe erfolgt und damit dem Refoulementverbot nach Art. 33 Abs. 1 GFK und Art. 3 EMRK zuwidergehandelt wird. Leistungsverweigerungen sollen dafür sorgen, dass der Asylsuchende und/oder Flüchtling von sich aus in den für ihn zuständigen Mitgliedstaat zurückkehrt.

Der Ablauf der Ersuchens- und der Überstellungsfrist solle nicht mehr zu einer Verlagerung der Zuständigkeiten führen, mit Ausnahme der Frist für die Beantwortung von Aufnahmegesuchen. In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass zwischen 2008 und 2014 72% der ausgehenden Ersuchen die Wiederaufnahme und 28% die Aufnahme betrafen. Es genüge, wenn der Aufenthaltsstaat die geplante Überstellung ankündige. Die Mitteilung müsse vom zuständigen Mitgliedstaat nicht beantwortet werden. Rechtsmittel müssten innerhalb von sieben Tagen eingereicht werden, hätten aber als solche automatisch aufschiebende Wirkung. Die gerichtliche Entscheidung sei innerhalb von 15 Tagen zu treffen. Das Gericht solle auf die Prüfung beschränkt werden, ob systemische Schwachstellen des Asylverfahrens oder der Aufnahmebedingungen im zuständigen Mitgliedstaat bestünden oder die Schutznormen zugunsten unbegleiteter Minderjähriger, Familienangehöriger oder zugunsten abhängiger Personen anwendbar seien. Der Vorschlag der Kommission zur Überarbeitung der Aufnahmebedingungen dient insbesondere dem Zweck, eine Rechtsgrundlage für die Versagung materieller Leistung an jene Asylsuchenden zu schaffen, die sich nicht in ihrem zuständigen Mitgliedstaat aufhalten. Schließlich solle ein Korrekturmechanismus zur Entlastung unverhältnismäßig belasteter Mitgliedstaaten eingeführt werden. Nach Maßgabe eines Referenzschlüssels sollten in diesem Fall die Mitgliedstaaten für die Behandlung des Asylantrags zuständig werden, deren Asylanträge unterhalb einer in diesem Schlüssel festgelegten Zahl geblieben seien.⁸

2. *Vorgeschaltete Drittstaatenregelung (Art. 3 Abs. 3 Buchst. a)*

a) *Vorrang der Drittstaatsregelung gegenüber dem Dubliner System*

Nach Art. 3 Abs. 3 Buchst. a) des Kommissionsvorschlags hat der um 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 soll der zuerst um Schutz ersuchte Mitgliedstaat prüfen, ob eine Abschiebung in einen Drittstaat außerhalb der Union zulässig ist. Die Konzepte des ersten Asylstaates und des sicheren Drittstaates beziehen sich nicht auf Mitgliedstaaten. Der Vorschlag hat also zur Folge, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet werden sollen, die Asylsuchenden nicht innerhalb der Union aufzunehmen, sofern sie zwangsweise in einen Drittstaat außerhalb der Union, in dem sie sicher sind, verbracht

⁸ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedsstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung) vom 4. Mai 2016 – COM(2016)0133 (COD), S. 9 ff., 16 ff.

werden können. Nach geltendem Recht besteht kein derartiger Mechanismus. Vielmehr bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, ob und wenn ja, wann sie ihre nationalen Drittstaatenregelungen anwenden wollen.

Nach dem Vorschlag der Kommission zur Verfahrensverordnung hat der um Schutz ersuchte Mitgliedstaat innerhalb von *zehn Tagen* die Zulässigkeitsprüfung abzuschließen (Art. 34 Abs. 1 UAbs. 2). Kommt er zu dem Schluss, dass die entsprechenden Voraussetzungen nicht vorliegen, bleibt er zuständiger Mitgliedstaat und hat in der Sache über den Asylantrag zu entscheiden. Dies folgt aus Art. 3 Abs. 4 des Vorschlags zum Dublin-Verfahren. Erachtet er den Asylantrag für unzulässig, hat er hiergegen Rechtsmittel zuzulassen, die innerhalb von zwei Wochen eingelegt werden müssen (Art. 53 Abs. 1 Buchst. a), Abs. 5 Buchst. b) des Vorschlags zur Verfahrensverordnung). Auch hat er den Eilrechtsschutz zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu gewährleisten (Art. 54 Abs. 2 Buchst. b))

b) Geschichtliche Entwicklung des Verhältnisses von Drittstaatsregelung und Dubliner System

Die sachgerechte Regelung des Verhältnisses zwischen der Drittstaatsregelung einerseits und dem Dubliner Zuständigkeitsbestimmungsverfahren andererseits hat von Beginn an das europäische Asylsystem geprägt. In den Londoner Beschlüssen der Justiz- und Innenminister 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. 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“-⁹ Situationen zu verhindern. Durch die angeordnete vorherige Anwendung der Drittstaatsregelung würden die Mitgliedstaaten sich aber weiterhin an der Entstehung von „refugees in orbit“ im Rest der Welt beteiligen.¹⁰

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 geschaffen hat, mit der ein Vorrang von Drittstaatsregelungen – 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. Ihnen wurde aber gegenüber der Anwendung des Dubliner Systems kein Vorrang gegeben. Seit 2009 ist ein derartiger Vorrang auch mit dem Vertragsrecht unvereinbar.

Nach dem Dubliner Übereinkommen durfte die Drittstaatsregelung angewandt werden, wenn der Antragsteller in dem Drittstaat bereits Schutz gefunden oder dort die Möglichkeit gehabt hatte, Schutz zu suchen. Es handelte sich

⁹ *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.

beim „third host state“ um den Vorläufer des Konzepts der „ersten Asylstaats“. Drittstaatsregelungen im heute bekannten Sinne gab es damals 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 RL 2013/32/EU (Art. 3 Abs. 3), sodass das Konzept des ersten Asylstaats (Art. 35), des sicheren Drittstaats (Art. 38) wie auch insbesondere des europäischen sicheren Drittstaats (Art. 39) einbezogen sind.

Das Verhältnis zwischen Drittstaatsregelung und Dublin-Verfahren hat hiernach eine wechselvolle und komplizierte Geschichte durchlaufen, wobei die primärrechtliche Abstützung bislang nicht diskutiert, geschweige denn gerichtlich geprüft worden ist. Zwar darf nach dem Vorschlag der Kommission, der nur auf Art. 33 Abs. 2 Buchst. b) und c) RL 2013/32/EU und damit auf das Konzept des ersten Asylstaats und das des sicheren Drittstaats verweist, das Konzept des „europäischen sicheren Drittstaats“ (Art. 39 RL 2013/32/EU) im Rahmen des dem Dublin-Mechanismus vorgeschalteten Prüfungsverfahrens nicht mehr angewandt werden. Das Unionsrecht unterscheidet im Blick auf Drittstaaten zwischen diesen drei Konzepten. Für das neu geplante Dublin-Verfahren soll das dritte Konzept, nämlich der „europäische sichere Drittstaat“ nicht angewandt werden. Im Vorschlag für eine Verfahrensverordnung wird dieses Konzept vollständig aufgegeben, sodass nur noch das Konzept des ersten Asylstaates (Art. 44) und das Konzept des sicheren Drittstaates (Art. 45) aufrechterhalten bleibt. Gleichwohl ist eine Vorrangregelung zugunsten der Anwendung von Drittstaatsregelungen – wie ausgeführt – mit Vertragsrecht nicht vereinbar.

Zur Anwendung des Konzepts des ersten Asylstaates oder das des sicheren Drittstaates im Zusammenhang mit dem Dubliner System hat der Gerichtshof der Europäischen Union festgestellt, die Drittstaatsregelung 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.¹¹ 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 Drittstaatsregelung gesperrt. Vielmehr wird sie nur vor der Rückführung zugelassen. Der Vorschlag zur Verfahrensverordnung verhält sich zu dieser Frage nicht.

c) *Verbot der Abschiebung in Drittstaaten, die die GFK nicht uneingeschränkt anwenden*

Gegen den Vorschlag der Kommission wird eingewandt, er sei eine unmittelbare Reaktion auf die Vereinbarung der Union mit der Türkei vom 18. März 2016.¹² Das geltende Unionsrecht wie auch der Vorschlag der Kommission lassen aber eine Rückführung in die Türkei im Rahmen der Verfahrensrichtlinie nicht zu. Die Union handelt

¹⁰ Hurwitz, The 1990 Dublin Convention: A Comprehensive Assessment, in: IRLJ 1999, 646 (649 f.).

¹¹ EuGH, InfAuslR 2016, 241 (252) Rn 39, 51, 53 – *Mirza*.

vielmehr rechtswidrig: Wie bereits erwähnt, verweist Art. 3 Abs. 3 Buchst. a) des Kommissionsvorschlags auf Art. 33 Abs. 2 Buchst. a) und b) und damit auf Art. 35 und 38 RL 2013/32/EU. Nach Art. 35 darf ein Flüchtling nur dann in den ersten Asylstaat zurückgeführt werden, wenn er dort als Flüchtling anerkannt wurde und er diesen Schutz weiterhin in Anspruch nehmen darf. Da Art. 78 Abs. 1 Satz 2 AEUV auf die GFK verweist, muss er also im ersten Asylstaat als Flüchtling nach der GFK anerkannt worden sein. Alternativ wird ein Drittstaat als erster Asylstaat für den Flüchtling angesehen, wenn dort „anderweitig ausreichender Schutz“ einschließlich Refoulementschutz gewährt und der Antragsteller von diesem Staat aufgenommen wird. Durch die Bezugnahme auf den Refoulementschutz ist auch hier die GFK – nämlich Art. 33 Abs. 1 - maßgebend. Das Erfordernis des „ausreichenden Schutzes“ muss also dem von der GFK vorgesehenen Schutz vergleichbar sein.

Damit kommen für das Konzept des ersten Asylstaates nur Vertragsstaaten der GFK in Betracht. Auch wenn man Art. 35 Buchst. b) RL 2013/32/EU insoweit als offen ansehen wollte, folgt diese Interpretation unmittelbar aus Art. 78 Abs. 1 Satz 2 AEUV. Drittstaaten, wie die Türkei, die den Europavorbehalt nach Art. 1 B GFK erklärt haben, können damit nicht als erster Asylstaat behandelt werden.¹³ Die Grundlage für diese Rechtsfolge hat der Europäische Rat in den *Tampere-Beschlüssen* vom 15. und 16. Oktober 1999, die im Anschluss an den Amsterdamer Vertrag und in Vorbereitung auf dessen Umsetzung durch die vertraglich angeordneten Rechtsakte eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems getroffen wurden, unmissverständlich dadurch zum Ausdruck gebracht, dass dieses System auf der „uneingeschränkten und allumfassenden Anwendung der GFK“ beruht. Daher darf das Konzept sicherer Drittstaaten nur angewandt werden, wenn in diesen Zugang zu einem Verfahren nach der GFK eröffnet wird (Art. 38 Abs. 1 Buchst. e) RL 2013/32/EU).

Anders als Art. 35 Buchst. b) RL 2013/32/EU, der nur darauf abstellt, dass nach der Einreise in den Drittstaat „ausreichender Schutz“ gewährt wird, verlangt Art. 44 Abs. 1 Buchst. b) des Vorschlags der Kommission für eine Verfahrensverordnung, dass dem Flüchtling *vor seiner Einreise* in den Mitgliedstaat im ersten Asylstaat bereits ausreichender Schutz gewährt wurde und auch weiterhin gewährt werden wird. Es genügt also nicht wie nach Art. 35 Buchst. b) RL 2013/32/EU, dass er nach seiner Abschiebung im ersten Asylstaat ausreichenden Schutz finden wird. Vielmehr muss er nach Art. 44 Abs. 1 Buchst. b) des Vorschlags darüber hinaus bereits vor seiner Einreise in das Unionsgebiet dort ausreichenden Schutz gefunden haben („*has enjoyed sufficient protection*“). Die Prognose in die Zukunft nach geltendem Recht wird durch eine rückschauende Betrachtung ergänzt. Auf ein derartiges rückschauendes Erfordernis kommt es andererseits beim Konzept des sicheren Drittstaats nach Art. 45 des Vorschlags der Verfahrensverordnung nicht an.

Bei der Anwendung des Konzepts des sicheren Drittstaates nach Art. 38 RL 2013/32/EU ist im Einzelnen zu prüfen, ob der Flüchtling nach der Abschiebung dorthin u.a. aus Gründen der GFK an Leib und Leben gefährdet ist, einen ernsthaften Schaden erleidet, Refoulementschutz nach Art. 33 Abs. 1 GFK und Art. 3 EMRK erhalten und ihm die

¹² Council of Bars and Law Societies of Europe, CCBE Initial Comments on the Proposal for the Reform of the Dublin III Regulation COM(2016)270; *amnesty international*, Positionspapier zur geplanten Reform der Dublin-Verordnung (Dublin-IV, COM(2016)270 vom 4. Mai 2016), 28. September 2016.

¹³ Marx, Rechtsgutachten im Auftrag von Pro Asyl zur unionsrechtlichen Zulässigkeit des Plans der Staats- und Regierungschefs der Europäischen Union die Türkei als „sicherer Drittstaat“ zu behandeln, 14. März 2016.

Möglichkeit eingeräumt wird, dass ihm dort Zugang zu einem Verfahren zur Prüfung der Flüchtlingseigenschaft nach der GFK eröffnet wird. Art. 38 Abs. 1 verlangt eine *einzelfallbezogene Prüfung* und schließt damit nicht nur ein unwiderlegliche, sondern darüber hinaus auch bereits eine widerlegliche Vermutung der Sicherheit im Drittstaat aus. Dies steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH, nach der selbst beim Konzept des europäischen sicheren Drittstaats die Anwendung einer unwiderlegbaren Sicherheitsvermutung unzulässig ist.¹⁴ Der Vorschlag der Kommission zur Verfahrensverordnung will den Mitgliedstaaten zwar die Möglichkeit einräumen, bestimmte Drittstaaten für eine Dauer von fünf Jahren für sicher zu erklären (Art. 50 Nr. 1). Ungeachtet dessen soll aber in *jedem konkreten Einzelfall* geprüft werden, ob der Drittstaat *für den Flüchtling* sicher ist (Art. 45 Abs. 3) und er dort Schutz in Übereinstimmung mit dem materiellrechtlichen Schutzstandard der GFK („substantive standards of the Geneva Convention“) erhalten wird. Dies setzt aber die uneingeschränkte und allumfassende Anwendung der Bestimmungen der GFK voraus.

Daraus folgt erstens, dass im Unionsrecht weder eine unwiderlegliche Vermutung der Sicherheit im Drittstaat - wie nach Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG - noch eine widerlegliche Vermutung der Sicherheit zugelassen wird, sondern in jedem Einzelfall eine konkrete Prüfung der Einzelfallumstände erforderlich ist. Zweitens folgt hieraus, dass ein Drittstaat nur dann als erster Asylstaat oder sicherer Drittstaat behandelt werden darf, wenn ihm dort Zugang zu einem Verfahren auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nach Maßgabe der GFK eröffnet wird. Damit dürfen Drittstaaten, die die GFK nicht vorbehaltlos für alle Flüchtlinge anerkannt haben und etwa wie die Türkei nichteuropäische Flüchtlinge vom Schutz der GFK ausschließen, nicht in Betracht gezogen werden. Denn sie erhalten keinen Zugang zu einem Verfahren gemäß der GFK (Art. 38 Abs. 1 Buchst. e) RL 2013/32/EU) bzw. besteht dort keine Möglichkeit, Schutz in Übereinstimmung mit dem uneingeschränkten und allumfassenden materiellrechtlichen Schutzstandard nach der GFK (Art. 45 Abs. 1 Buchst. e) Vorschlag zur Verfahrensverordnung) zu erlangen.

3. *Vorgeschaltete Prüfung von Antragstellern aus sicheren Herkunftsstaaten*

Der Vorschlag der Kommission zur Reform des Dubliner Systems will ferner mit dem Hinweis auf Art. 31 Abs. 8 RL 2013/32/EU in Art. 3 Abs. 3 Buchst. b) der Anwendung der Regelungen dieses Systems die Prüfung vorschalten, ob der Asylantrag im beschleunigten Verfahren bearbeitet werden kann. Ist dies der Fall, ist dieses Verfahren anstelle des Dublin-Verfahrens durchzuführen und wird der um Schutz ersuchte Mitgliedstaat für diese Prüfung zuständiger Mitgliedstaat (Art. 3 Abs. 4). Von den in Art. 31 Abs. 8 RL 2013/32/EU bezeichneten zehn Tatbeständen beschränkt sich die vorgeschaltete Prüfung auf zwei, nämlich auf die Frage, ob der Antragsteller aus einem sicheren Herkunftsstaat kommt, oder ob schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass er eine Gefahr für die nationale Sicherheit oder öffentliche Ordnung darstellt oder er aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zwangsausgewiesen wurde.

Während es Art. 31 Abs. 8 RL 2013/32/EU in das Ermessen der Mitgliedstaaten stellt, ob sie in diesen Fällen ein beschleunigtes Verfahren durchführen, werden sie hierzu durch Art. 3 Abs. 3 Buchst. b) des Kommissionsvorschlags verpflichtet (der Mitgliedstaat „prüft den Antrag im beschleunigten Verfahren“). Im Zeitpunkt der Vorstellung des Kommissionsvorschlags lag der Vorschlag zur Verfahrensverordnung noch nicht vor. In diesem werden die in Art.

¹⁴ EuGH, InfAusIR 2012, 108 (112) Rn 103 - N.S.

31 Abs. 8 RL 2013/32/EU enthaltenen Regelungen teilweise in Art. 40 aufgenommen. In Art. 40 Nr. 1 Buchst. f) wird der Fall geregelt, dass der Antragsteller eine Gefahr für die nationale Sicherheit oder die öffentliche Ordnung des Mitgliedstaates darstellt. Die weiteren Fallgruppen beschleunigter Gefahren in Art. 40 werden in Art. 3 Abs. 3 Buchst. b) des Kommissionsvorschlags zur Reform des Dubliner Systems nicht genannt. Das dort in Art. 3 Buchst. b) i) erwähnte Konzept des sicheren Herkunftsstaates wird in Art. 47 des Vorschlags der Verfahrensverordnung geregelt. Nach Art. 48 sollen im Anhang 1 die sicheren Herkunftsstaaten gelistet werden. Eine derartige Listung kennt das geltende Unionsrecht nicht. Anhang 1 zu Art. 37 Abs. 1 RL 2013/32/EU listet nur die Kriterien auf, welche die Mitgliedstaaten zu beachten haben, wenn sie das Konzept des sicheren Herkunftsstaates nach ihrem Recht anwenden. Offensichtlich verfolgt die Kommission das Ziel, neben Fällen der schwerwiegenden Gefahr für die nationale Sicherheit oder öffentliche Ordnung das Konzept des sicheren Herkunftsstaates unionsrechtlich verbindlich zu steuern und im beschleunigten Verfahren durchzusetzen, um das Dubliner Zuständigkeitsbestimmungsverfahren von vornherein zu entlasten.

Zwar soll in beiden Fallgruppen die Prüfung dem Dublin-Verfahren vorgeschaltet werden. Es handelt sich hierbei aber anders als bei der vorrangigen Prüfung nach Maßgabe des ersten Asylstaates oder sicheren Drittstaates nicht um eine Zulässigkeitsprüfung, sondern um eine zwar beschleunigte, aber volle inhaltliche Prüfung.¹⁵ Art. 47 Abs. 4 Buchst. c) des Vorschlags der Verfahrensverordnung verlangt, dass das Konzept des sicheren Herkunftsstaates im konkreten Einzelfall nur angewandt werden darf, wenn der Antragsteller keine ernsthaften Gründe vorgebracht hat, dass sein Herkunftsland aufgrund seiner besondere Umstände für ihn kein sicheres Herkunftsland ist. Eine Regelvermutung nach Art des deutschen Rechts (Art. 16a Abs. 3 Satz 2 GG, § 29a Abs. 1 AsylG) kennt das Unionsrecht nicht. Bereits die Darlegung einzelfallbezogener ernsthafter Informationen über eine dem Antragsteller drohende Verfolgung oder eines ernsthaften Schadens sperrt die Anwendung des Konzepts sicherer Herkunftsstaaten im Einzelfall. Die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten wegen des Vorrangs der vorgeschalteten Prüfung beschleunigte Verfahren im Rahmen der Konzeption sicherer Herkunftsstaaten ohne zureichende Gewährung der erforderlichen Verfahrensgarantien und ohne gewissenhafte und vollständige Aufklärung des Sachverhalts durchführen, ist aber als nicht gering einzuschätzen.

Wenn auch der Gerichtshof der Europäischen Union gegen die Einführung dieses Konzepts in der Sache selbst keine Bedenken angemeldet hat,¹⁶ widerspricht eine generalisierende Prüfung rechtsstaatlichen Erfordernissen und stellt einen Fremdkörper im primärrechtlich vorgegebenen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des *Rechts* (Art. 67 Abs. 1 AEUV) dar. Diese ohnehin gegen das Konzept sicherer Herkunftsstaaten bestehenden Bedenken werden durch die Vorschaltung des hierfür vorgesehenen Verfahrens vor der Zuständigkeitsbestimmungsprüfung zusätzlich verstärkt. Die Mitgliedstaaten, die zu Anwendung dieses Konzepts durch Art. 3 Abs. 3 Buchst. b) i) des Kommissionsvorschlags verpflichtet werden, obwohl sie für die Prüfung des Asylantrags an sich gar nicht zuständig sind bzw. diese Frage nicht geklärt wird, werden danach trachten, möglichst schnell und ohne sorgfältige Prüfung den gestellten Asylantrag zu behandeln. Sie haben gegen eine zurückweisende Entscheidung aber *wirksamen*

¹⁵ Dies verkennt die Stellungnahme des *Council of Bars and Law Societies of Europe*, CCBE Initial Comments on the Proposal for the Reform of the Dublin III Regulation COM(2016)270, S. 4, in der sowohl die Drittstaaten- wie auch die sichere Herkunftsstaatenregelung der Fallgruppe unzulässiger Anträge zugeordnet wird.

¹⁶ EuGH, NVwZ-RR 2013, 334 (336) Rn 72 – D. und A.

Rechtsschutz (Art. 47 GRCh, Art. 46 Abs. 6 Buchst. a) in Verb. mit Art. 31 Abs. 8 Buchst., b) RL 2013/32/EU) zu gewähren. Allerdings bezieht Art. 53 Abs. 1 des Vorschlags zur Verfahrensverordnung sichere Herkunftsstaates nicht ausdrücklich in den Rechtsschutz ein. Da es sich bei einer negativen Entscheidung aber um ein unbegründetes Asylbegehren handelt („unfounded application“), ist insoweit aber der Rechtsschutz (Art. 53 Abs. 1 Buchst. a) ii) wie auch der Eilrechtsschutz (Art. 54 Abs. 2) unter Beachtung der grundlegenden Prinzipien und Garantien der Verfahrensverordnung (Art. 53 Abs. 1) wirksam zu gewährleisten.

4. *Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge*

Art. 4 Abs. 1 bestimmt, dass Asylsuchende den Asylantrag im ersten Einreisestaats zu stellen haben und macht für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge von dieser Pflicht keine Ausnahme. Insoweit besteht zum geltenden Recht kein Unterschied, weil das Einreisekriterium des Art. 13 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 ebenfalls keine Ausnahme für diesen Personenkreis vorsieht. Allerdings ist nach geltendem Recht anders als nach Art. 4 Abs. 1 des Vorschlags der Asylsuchende nicht verpflichtet, den Asylantrag im Einreisestaat zu stellen. In Art. 8 Abs. 4 des Vorschlags der Kommission wird festgelegt, dass der Überstellung eines unbegleiteten Minderjährigen „eine *Würdigung seines Wohls*“ vorausgeht und hierbei die Möglichkeiten der Familienzusammenführung, sein Wohlergehen und seine soziale Entwicklung zu berücksichtigen sind. Demgegenüber bestimmt Art. 8 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 604/2013, dass der Mitgliedstaat zuständig *ist*, in dem sich Verwandte des Minderjährigen aufhalten, sofern dies seinem Wohl entspricht. Die *Berücksichtigungspflicht* soll also durch eine *bloße Erwägungsregel* ersetzt werden. Diese Abschwächung ist nach der Rechtsprechung des EuGH nicht zulässig. Dieser hat die Zuständigkeitsregeln so ausgelegt, dass unbegleitete Minderjährige eine Kategorie besonders gefährdeter Personen bilden und grundsätzlich nicht in einen anderen Mitgliedstaat überstellt werden dürfen. Aufgrund des Achtungsgebots des Kindeswohls ist daher derjenige Mitgliedstaat als zuständig zu bestimmen, in dem sich der Minderjährige aufhält, nachdem er dort einen Asylantrag gestellt hat.¹⁷ Darüber hinaus wird der Vorrang des Kindeswohls verfassungsrechtlich gewährleistet (Art. 24 Abs. 2 GRCh). Dem wird eine bloße Erwägungsregel nicht gerecht.

5. *Selbsteintrittsrecht*

Das Selbsteintrittsrecht ist bislang an keine materiellen Voraussetzungen gebunden, sondern überlässt es den Mitgliedstaaten, in welchen Fällen sie dieses ausüben wollen. Nunmehr soll es an *familiäre Bindungen* im aufgesuchten Mitgliedstaat und eine zeitliche Sperre gebunden werden (Art. 19 Abs. 1). Es ist aber nicht eindeutig, ob dies eine Regelung mit Ausschließlichkeitscharakter darstellt. Dafür spricht der Wortlaut: Abweichend von der Zuständigkeitsbestimmung und solange kein Mitgliedstaat als zuständig bestimmt worden ist, kann jeder Mitgliedstaat beschließen, einen Asylantrag aus familiären Gründen und über den in Art. 2 Buchst. g) bezeichneten Begriff der Familie hinaus zu prüfen. Hat er aber bereits das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren eingeleitet und ist ein Mitgliedstaat als zuständig bestimmt worden, wird ihm das Selbsteintrittsrecht genommen. Für die zeitliche Begrenzung kommt es auf die Bestimmung der Zuständigkeit an. Ob ein derartiger Eingriff in die nationale Souveränität der Mitgliedstaaten unionsrechtlich zulässig und darüber hinaus sogar geboten ist, erscheint fraglich.

Eine Verschärfung gegenüber dem geltenden Recht stellt der Vorschlag der Kommission insoweit dar, dass danach das Selbsteintrittsrecht auch bei familiären Gründen nicht mehr ausgeübt werden darf, sobald ein Mitgliedstaat als

zuständig bestimmt worden ist.¹⁸ Dieser Bestimmung erfolgt im Aufnahmeverfahren durch das Ersuchen (Art. 24 Abs. 1 UAbs. 1) und im Wiederaufnahmeverfahren durch die Wiederaufnahmemitteilung (Art. 26 Abs. 1). Das bedeutet, dass spätestens nach dem Ersuchen oder der Mitteilung das Selbsteintrittsrecht nicht mehr ausgeübt werden darf. Bislang können die Mitgliedstaaten zu jeder Zeit dieses Recht ausüben, etwa wenn sie feststellen, dass die Überstellung für den Einzelnen unzumutbar ist. Diese Befugnis wird ihnen nach dem Vorschlag der Kommission nach der einmal erfolgten Zuständigkeitsbestimmung genommen. Setzt sich der betroffene Asylsuchende zur Wehr, taucht er unter oder entzieht er sich in sonstiger Weise der Überstellung, ist eine humanitäre Lösung des Falls versperrt.

6. Zuständigkeitsbestimmungsverfahren

a) Aufnahmeersuchen

Das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren beginnt, sobald in einem Mitgliedstaat *erstmalig* (im Unionsgebiet) ein Asylantrag gestellt wird, sofern dieser Mitgliedstaat nicht deshalb zuständig ist, weil er die Drittstaatenregelung oder die Regelung über sichere Herkunftsländer anwendet (Art. 21 in Verb. mit Art. 3 Abs. 4 oder 5). Der Mitgliedstaat führt eine Abfrage im VIS, in dem alle Daten über den Antragsteller gespeichert sind, durch (Art. 22 Abs. 5). Bei einem *Aufnahmeersuchen*, also in Fällen, in denen in dem für zuständig erachteten Mitgliedstaat noch kein Asylantrag gestellt wurde, ist so bald wie möglich, auf jeden Fall aber innerhalb von einem Monat nach Antragstellung und bei einer Eurodac- oder VIS-Treffermeldung innerhalb von zwei Wochen das Ersuchen durchzuführen (Art. 24 Abs. 1 UAbs. 1 und 2). Wird das Gesuch nicht innerhalb dieser Frist unterbreitet, ist der ersuchende Mitgliedstaat zuständig (Art. 24 Abs. 1 UAbs. 3). Der ersuchte Mitgliedstaat antwortet innerhalb eines Monats, im Falle einer Eurodac- oder VIS-Treffermeldung innerhalb von zwei Wochen (Art. 25 Abs. 1 und 2). Wird das Ersuchen nicht innerhalb dieser Fristen beantwortet, wird nach Art. 25 Abs. 7 die Zustimmung unterstellt (*Zustimmungsfiktion*). Insoweit bleibt es beim bisherigen Verfahren (Art. 22. Abs. 7 Verordnung (EU) Nr. 604/2013), allerdings mit verkürzten Fristen.

b) Wiederaufnahmemitteilung

aa) Ablauf des Verfahrens

Anders verhält es sich im *Wiederaufnahmeverfahren*, also in den Fällen, in denen in einem anderen Mitgliedstaat bereits ein Asylantrag gestellt wurde. Das war im Zeitraum von 2008 bis 2014 in 72 % aller Ersuchen der Fall.¹⁹ Allerdings werden z.B. in Bulgarien, Polen und Ungarn den Asylsuchenden bei der erkennungsdienstlichen Behandlung mehrere Formulare vorgelegt und sie zur Unterzeichnung gezwungen, ohne dass sie über deren Inhalt aufgeklärt werden. Dass sie damit einen Asylantrag gestellt hatten, erfahren sie erst im Wiederaufnahmeverfahren im ersuchenden Mitgliedstaat aufgrund der Mitteilung des ersuchten Mitgliedstaates.

¹⁷ EuGH, NVwZ-RR 2013, 735 (736) Rn 54 ff. - MA, BT, DA.

¹⁸ Dies wird von *amnesty international*, Positionspapier zur geplanten Reform der Dublin-Verordnung (Dublin-IV, COM(2016)270 vom 4. Mai 2016), 28. September 2016, S. 11, verkannt.

¹⁹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedsstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung) vom 4. Mai 2016 – COM (2016)0133 (COD), S. 11.

Abweichend von der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (Dublin III) wird die mit dieser eingeführte strukturelle Gleichheit von Aufnahme- und Wiederaufnahmeverfahren wieder aufgegeben: Der Mitgliedstaat übermittelt spätestens innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt der Eurodac-Treffermeldung eine Wiederaufnahmemitteilung und überstellt den Antragsteller in den zuständigen Mitgliedstaat (Art. 26 Abs. 1). Der zuständige Mitgliedstaat bestätigt unverzüglich den Erhalt der Mitteilung (Art. 26 Abs. 3). Dem Antragsteller wird unverzüglich schriftlich die Überstellungsentscheidung zugestellt und die Entscheidung mitgeteilt, ihn in den zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen (Art. 27 Abs. 1 und 2). Werden Rechtsmittel eingelegt, ist die gerichtliche Entscheidung abzuwarten (Art. 28 Abs. 3 Satz 3). Spätestens innerhalb einer Woche wird die Überstellung vollzogen (Art. 30 Abs. 1). Zwar knüpft der Beginn der Wochenfrist an die Abgabe der Wiederaufnahmemitteilung an. Da aber vor der gerichtlichen Entscheidung die Überstellung nicht vollzogen werden darf, ist diese abzuwarten. Innerhalb welcher Frist in diesem Fall vollzogen werden darf, beantworten weder Art. 28 Abs. 3 noch Art. 30. Da aber spätestens innerhalb von vier Wochen nach Erlass der endgültigen Überstellungsentscheidung zu vollziehen ist (Art. 30 Abs. 1 UAbs. 2) und der Antragsteller innerhalb von sieben Tagen nach Zustellung der Überstellungsentscheidung den Rechtsbehelf einzulegen und das Gericht innerhalb von 15 Tagen zu entscheiden hat, also durch das Kontrollverfahren insgesamt 22 Tage Verzögerung eintreten können, wird die Vierwochenfrist für den Vollzug der Überstellungsentscheidung gewahrt.

c) *Überstellung*

Der Vorschlag der Kommission unterstellt stillschweigend, dass alle Überstellungen erfolgreich durchgeführt werden. Zwar erfolgt die Überstellung „nach Abstimmung der beteiligten Mitgliedstaaten“ (Art. 30 Abs. 1 UAbs. 2). Andererseits kann der die Überstellung vollziehende Mitgliedstaat nach Ablauf einer Frist von einem Monat davon ausgehen, dass dem Gesuch stattgegeben wird (Art. 25 Abs. 7) und hat er spätestens innerhalb von vier Wochen nach Erlass der Überstellungsentscheidung den Asylsuchenden zu überstellen (Art. 30 Abs. 1 UAbs. 2). Wenn der für zuständig erachtete Mitgliedstaat nicht reagiert, kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass er „in Absprache“ mit dem ersuchenden Mitgliedstaat handeln wird. Da er nicht reagiert hat, ist auch denkbar, dass er die vorgelegten Beweise für seine Zuständigkeit nicht für ausreichend erachtet und seine Zustimmung verneint und deshalb den Asylsuchenden nicht übernehmen wird. Mitteilen, dass der Antragsteller angekommen ist, muss er nur gegebenenfalls (Art. 30 Abs. 1 UAbs. 5), also nicht zwingend. Es ist also vorstellbar, dass ein Asylsuchender bei einer derartigen Gestaltung des Verfahrens nicht übernommen wird, die Zustellung mithin scheitert. Zur Übernahme des Asylsuchenden verpflichtet ist der ersuchende Mitgliedstaat aber nur, wenn der Asylsuchende irrtümlich überstellt wurde oder einem Rechtsmittel gegen die Überstellung stattgegeben wird (Art. 30 Abs. 2). Da der Asylsuchende sich aber nicht auf die fehlerhafte Ermittlung der Zuständigkeitskriterien berufen kann (Art. 28 Abs. 4), kann er auch die irrtümliche Überstellung nicht gerichtlich angreifen.

Die Regelungen sehen vor, dass bei einer „*irrtümlichen Überstellung*“ der die Überstellung vollziehende Mitgliedstaat den Asylsuchenden wiederaufzunehmen hat (Art. 30 Abs. 2 Alt. 1) und damit zuständiger Mitgliedstaat wird. Auch eine gescheiterte kann als irrtümliche Überstellung gewertet werden. Jedenfalls ist der Begriff des Irrtums objektiv auszulegen. Da lediglich eine Mitteilung genügt und anders als bislang die Erklärung des Übernahmewillens für die Überstellung nicht erforderlich ist, ist vorzusehen, dass viele Überstellungen deshalb einen rechtlosen Zustand herbeiführen werden, weil der Asylantrag nicht geprüft wird und die Asylsuchenden sich

selbst überlassen bleiben. Ob der Mitgliedstaat tatsächlich zuständig ist, wird nicht im gegenseitigen Rechtsverkehr und im Einvernehmen der beteiligten Mitgliedstaaten, sondern einseitig von dem die Überstellung durchführenden Staat entschieden. Eine Abstimmung der beteiligten Mitgliedstaaten ist nicht zwingend, sondern erfolgt nur, wenn dies „praktisch möglich“ ist und entfällt nach Ablauf von vier Wochen (Art. 30 Abs. 1 UAbs. 2). Bei einem derartigen Regelungsmechanismus muss eine gescheiterte Überstellung als irrtümliche behandelt werden, welche die Wiederaufnahmepflicht des die Überstellung vollziehenden Mitgliedstaates auslöst (Art. 30 Abs. 2).

d) Ewigkeitscharakter der Zuständigkeitsbestimmung

Entsprechend der Zielvorgabe, Binnenwanderungen zu verhindern, wird dieses Ziel rigoros durchgesetzt. Anders als nach geltendem Recht, das regelt, dass nach Ablauf von drei Monaten Aufenthalt außerhalb der Union die Aufnahmepflicht des bis dahin zuständigen Mitgliedstaates endet (Art. 19 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 604/2013), bleibt der einmal bestimmte Mitgliedstaat unabhängig davon zuständig, ob der Antragsteller das Unionsgebiet verlassen hat oder abgeschoben wurde (Art. 3 Abs. 5). Konsequenterweise finden die Zuständigkeitskriterien nur einmal Anwendung (Art. 9 Abs. 1).

Die Ewigkeitsklausel ist auch im Zusammenhang mit den Vorschriften zur Familienzusammenführung zu sehen. Nach Art. 9 Abs. 1 findet die Zuständigkeitsprüfung nur einmal statt. Beruft sich ein Asylsuchender daher nach der tatsächlichen Überstellung auf sein Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 11 bis 13, ist der zuständige Mitgliedstaat rechtlich daran gehindert, diesen Antrag zu prüfen. Die Asylsuchenden müssen daher ihre entsprechenden Rechte während des Zuständigkeitsbestimmungsverfahrens geltend machen. Allerdings bleibt die Berufung auf die Erforderlichkeit der Betreuung durch Verwandte nach Art. 18 des Vorschlags abweichend von Art. 9 Abs. 1 zulässig, weil nur die Zuständigkeitskriterien im Kapitel III nur einmal geprüft werden dürfen, Art. 18 aber eine Regelung in Kapitel IV ist. Familiäre Gründe im Rahmen des Selbsteintrittsrechts dürfen aber nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 nach der Zuständigkeitsbestimmung nicht mehr berücksichtigt werden.

7. Subjektive Rechte im Zuständigkeitsbestimmungsverfahren

a) Vorbemerkung

Der Vorschlag der Kommission lässt zwar einige bisher bestehende Rechte der Antragsteller bestehen, verneint derartige Rechte aber weitgehend. Das beginnt bereits im verwaltungsrechtlichen Verfahren und betrifft hier zunächst die Ersetzung des Zustimmungserfordernisses durch die Ankündigungspflicht im Wiederaufnahmeverfahren (Art. 26). Insbesondere im Ewigkeitscharakter der Zuständigkeitsbestimmung (Art. 3 Abs. 5, Art. 9 Abs. 1) kommt das vorrangig zwischenstaatlich orientierte Interesse an eindeutigen und unveränderbaren Regelungen zum Ausdruck, die den Interessen der Asylsuchenden keinen Raum lassen. Schließlich äußert sich die Entrechtung der Asylsuchenden in der Abschaffung des automatischen Verantwortungsübergangs bei Überschreitung der Überstellungsfrist (Art. 30) und in der Versagung materieller Leistungen beim Fehlschlagen der Überstellung und der Rückkehr der Asylsuchenden in den ersuchenden Mitgliedstaat (Art. 5 Abs. 3). Ergänzt wird die Versagung dieser Leistungen durch die Verpflichtung des Mitgliedstaates, in dem sich der Asylsuchende aufhält, ein beschleunigtes Verfahren nach Art. 31 Abs. 8 RL 2013/32/EU durchzuführen (Art. 5 Abs. 1). Im gerichtlichen Verfahren kommt das Interesse der Mitgliedstaaten an einem durch subjektive Rechte des Einzelnen nicht gestörten Verfahren in der Einschränkung des Prüfungsumfanges des Gerichts (Art. 28 Abs. 4) zum Ausdruck.

b) *Ablauf des Rechtsbehelfsverfahrens*

Während die geltende Verordnung (EU) Nr. 604/2013 beim Rechtsschutz viele Fragen hinsichtlich des subjektiven Rechtscharakters der Ordnungsbestimmungen offen lässt, schlägt die Kommission zunächst vor, dass jeder Antragsteller das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gegen eine Überstellungsentscheidung in Form einer auf Sach- und Rechtsfragen gerichteten Überprüfung durch das Gericht hat (Art. 28 Abs. 1). Für die Einlegung wird zwingend eine Frist von sieben Tagen vorgesehen (Art. 28 Abs. 2), den Mitgliedstaaten insoweit also keine davon abweichende Fristregelung erlaubt. Das Gericht ist verpflichtet, innerhalb von 15 Tagen eine Entscheidung in der Sache zu treffen (Art. 28 Abs. 3 Satz 1). Auch insoweit werden den Mitgliedstaaten abweichende Gestaltungsmöglichkeiten abgeschnitten. Bevor eine Entscheidung im Zusammenhang mit dem Rechtsbehelf oder der Überprüfung ergangen ist, darf keine Überstellung erfolgen (Art. 28 Abs. 2 Satz 2). Das ist so zu verstehen, dass jeder Rechtsbehelf ein Vollstreckungshindernis bewirkt, es damit eines besonderen Eilrechtsschutzantrags, wie z.B. bislang in Deutschland nach § 80 Abs. 5 VwGO, nicht bedarf. Andererseits ist über den Rechtsbehelf innerhalb von 15 Tagen zu entscheiden. Da sich zwecks Einhaltung der Vierwochenfrist (Art. 30 Abs. 1 UAbs. 2) an die gerichtliche Entscheidung unverzüglich die Vollstreckung anschließt, dürfte nach den Vorstellungen der Kommission diese wohl als unanfechtbare konzipiert sein.

Dagegen spricht andererseits, dass der Mitgliedstaat den Antragsteller wiederaufzunehmen hat, wenn einem Rechtsbehelf nach dem Vollzug der Überstellung stattgegeben wird (Art. 30 Abs. 2). Demnach darf zwar an sich vor der Entscheidung in der Sache die Überstellung nicht vollzogen werden (Art. 28 Abs. 2 Satz 2), andererseits ist aber nach Ablauf der Vierwochenfrist des Art. 30 Abs. 1 UAbs. 2 die Überstellung zu vollstrecken, ohne dass diese Norm für den Fall, dass noch keine gerichtliche Entscheidung ergangen ist, eine Ausnahme macht. Bei einer derartigen Interpretation dürfte kein sachlich gerechtfertigter Grund zu erkennen sein, die gerichtliche Entscheidung als unanfechtbare zu behandeln. Es ist aber davon auszugehen, dass es nur eine gerichtliche Entscheidung, nämlich die in der Hauptsache geben soll. Bei Art. 20 Abs. 2 Alt. 2 kann also nicht der Fall eintreten, dass zunächst der Eilrechtsschutzantrag zugunsten des Asylsuchenden und nachträglich die Hauptsache zu seinen Lasten ausgeht und erst dann die Überstellungsfrist zu laufen beginnt wie nach geltendem Recht (Art. 29 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 604/2013). Die in Art. 20 Abs. 2 Alt. 2 des Vorschlags angesprochene Entscheidung ist vielmehr stets eine in der Hauptsache. Beruht sie auf Art. 10 bis 13 oder 18 ist der ersuchende Mitgliedstaat damit automatisch zuständig, sofern die gerichtliche Entscheidung als endgültige konzipiert sein sollte. Im Falle des Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 ist in diesem Fall zwar das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren fortzusetzen. Nach den bisherigen Erfahrungen wird aber zumeist kein anderer als der ersuchende Mitgliedstaat als zuständiger in Betracht kommen (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 3).

Hinsichtlich der gerichtlichen Entscheidungsfrist von 15 Tagen ist zweifelhaft, ob der vorgeschlagene Regelungsmechanismus mit Art. 47 GRCh und dem nationalen Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten vereinbar ist. Dies ist insbesondere deshalb zweifelhaft, weil bei komplexen tatsächlichen Fragen im Blick z.B. auf die Feststellung verwandtschaftlicher Beziehungen oder die Überstellung hindernder Erkrankungen einschließlich Aktenübersendung und der etwa in Deutschland zwingend durchzuführenden mündlichen Verhandlung (§ 101 Abs. 1 VwGO) das Verfahren kaum in 15 Tagen abgeschlossen werden kann. Keinesfalls darf ein Hauptsacheverfahren z.B. in Deutschland wie ein Eilrechtsschutzverfahren nur nach Maßgabe einer summarischen Überprüfung durchgeführt

werden. Dies wäre mit § 86 Abs. 1 VwGO nicht vereinbar. Bereits dies steht dagegen, dass das Gericht in 15 Tagen entscheiden kann. Darüber hinaus dürfte es mit Art. 47 GRCh kaum zu vereinbaren sein, Asylsuchende vor Erlass einer gerichtlichen Entscheidung zu überstellen.

c) *Umfang und Reichweite des Rechtsbehelfs*

Von besonderer Bedeutung ist angesichts der nach geltendem Recht hoch umstrittenen Frage der subjektiven Rechtswirkung der Normen der Verordnung die Regelung dieser Frage im Vorschlag der Kommission. Insoweit beschränkt sich nach Art. 28 Abs. 4 die „*Tragweite des wirksamen Rechtsbehelfs*“ darauf, dass geprüft wird, ob die Überstellungsentscheidung Art. 3 Abs. 2 oder Art. 10 bis 13 und 18 zuwiderläuft. Die erste Norm unterbindet die Überstellung bei systemischen Schwachstellen des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen im zuständigen Mitgliedstaat. In Art. 10 bis 13 werden die Rechte Minderjähriger und die verwandtschaftlichen Beziehungen der Asylsuchenden zu im Mitgliedstaat lebenden Verwandten geregelt, wobei der Begriff des Verwandten auf die Geschwister des Antragstellers (Art. 2 Buchst. g) 5. Spiegelstrich) erweitert und dies nicht auf minderjährige und ledige Geschwister weder in die eine noch in die andere Richtung begrenzt wird. Art. 18 schließlich enthält wie das geltende Recht eine Regelanordnung für besonderer Gruppen von Antragstellern, z.B. Schwangere, schwerwiegend erkrankte und deshalb auf Unterstützung angewiesene Personen. Die Ausübung des Selbsteintrittrechts nach Art. 19 kann aber nicht gerichtlich überprüft werden.

Aus der Begrenzung der gerichtlichen Prüfkompetenz auf diese Fragen kann entnommen werden, dass die Kommission die Berufung des Antragstellers etwa auf die fehlerhafte Prüfung der Zuständigkeitskriterien oder sonstige schwerwiegende Verfahrensfehler im Verfahren unterbinden will. Damit wäre auch die umstrittene Frage, ob der Ablauf der Überstellungsfrist vom Einzelnen gerügt werden kann, negativ beantwortet. Der EuGH hat einen Monat nach der Bekanntgabe des Vorschlags der Kommission festgestellt, aus den Informationsrechten der Antragsteller und insbesondere aus der Verpflichtung, ein persönliches Gespräch mit diesen durchzuführen, wie dies in Art. 4 und 5 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 geregelt werde, folge, dass sich die Verordnung nicht darauf beschränke, allein die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten zu regeln, sondern sich dafür entschieden habe, die Asylsuchenden an diesem Verfahren zu beteiligen, indem sie dazu verpflichtet werden, die Asylsuchenden über die Zuständigkeitskriterien zu informieren und ihnen Gelegenheit zur Mitteilung der Informationen zu geben, die die fehlerhafte Anwendung der Zuständigkeitskriterien erlauben und ihnen einen wirksamen Rechtsbehelf zu eröffnen. Eine restriktive Auslegung der Reichweite des Rechtsbehelfs erschiene deshalb insbesondere geeignet, dem Ziel der Beteiligung der Asylsuchenden am Verfahren entgegenzuwirken und würde den übrigen in der Verordnung den Asylsuchenden gewährten Rechten ihre praktische Wirksamkeit nehmen. Daher könne der Asylsuchende die fehlerhafte Anwendung der Zuständigkeitskriterien rügen. Dies könne dazu führen, dass die Zuständigkeit eines Mitgliedstaates in Frage gestellt werde, auch wenn in diesem keine systemischen Schwachstellen bestünden.²⁰ Der Gerichtshof habe bereits früher entschieden, dass der Unionsgesetzgeber nicht die Absicht gehabt habe, dem Erfordernis der zügigen Bearbeitung der Asylanträge den gerichtlichen Schutz der Asylsuchenden zu opfern. Diese bereits zur früheren Verordnung (EG) Nr. 343/2003 getroffene Feststellung gelte erst recht im Hinblick auf die

²⁰ EuGH, InfAusIR 2016, 312 (314) Rn 51 ff. = NVwZ 2016, 1157 – *Ghezelbash*; so bereits Marx, NVwZ 2014, 189; EuGH, InfAusIR 2016, 310 (311) Rn 22 = NVwZ 2016, 1155 – *Karim*.

Verordnung (EU) Nr. 604/2013, weil der Unionsgesetzgeber die Verfahrensgarantien, die Asylsuchenden im Rahmen des Dublin-Systems gewährt würden, erheblich erweitert habe.²¹

Wie im geltenden Recht enthält der Vorschlag der Kommission Rechte der Asylsuchenden auf Informationen über die Zuständigkeitskriterien und das Verfahren und insbesondere über das Rechtsbehelfsverfahren und in diesem Zusammenhang allerdings auch über die inhaltliche Beschränkung der Prüfung (Art. 6) und die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ein persönliches Gespräch mit dem Antragsteller durchzuführen (Art. 7). Es wird darüber hinaus abweichend vom geltenden Recht die Möglichkeit ausgeschlossen, auf das persönliche Gespräch zu verzichten. Ferner besteht ein Rechtsanspruch auf Überprüfung der Überstellungsentscheidung in Form einer auf Sach- und Rechtsfragen gerichteten gerichtlichen Entscheidung (Art. 28 Abs. 1). Aus Art. 28 Abs. 1 folgt damit, dass der Asylsuchende unabhängig von den Beschränkungen des Art. 28 Abs. 4 die fehlerhafte Anwendung der Zuständigkeitskriterien rügen und dies dazu führen kann, dass die Zuständigkeit eines Mitgliedstaates in Frage gestellt wird, auch wenn in diesem keine systemischen Schwachstellen bestehen²² und er im ersuchenden Mitgliedstaat keine verwandtschaftlichen Beziehungen hat, vielmehr durch diesen die Zuständigkeitsprüfung nicht sachgerecht durchgeführt wurde.

8. *Irreguläre Binnenwanderungen*

a) *Bekämpfung irregulärer Binnenwanderungen*

Eines der erklärten Ziele des Kommissionsvorschlags ist die Bekämpfung irregulärer Binnenwanderungen. Am Ausgangspunkt steht die Verpflichtung des Asylsuchenden, den Asylantrag im Einreisestaat zu stellen (Art. 4 Abs. 1). Kommt er dieser Pflicht nach, hat der zuständige Mitgliedstaat das Asylverfahren stets selbst *abschließen*. Im Aufnahmeverfahren prüft er entweder nach der Übernahme des Asylsuchenden den Asylantrag oder schließt seine Prüfung inhaltlich ab (Art. 20 Abs. 2). Verlässt der Asylsuchende nach Stellung des Asylantrags den ersuchten Mitgliedstaat, führt der zuständige Mitgliedstaat entweder ein beschleunigtes Verfahren nach Art. 31 Abs. 8 RL 2011/32/EU (Art. 40 Vorschlag einer Verfahrensverordnung) durch oder schließt inhaltlich seine Prüfung ab (Art. 20 Abs. 3). Hat der Asylsuchende seinen Asylantrag im ersuchten Mitgliedstaat zurückgenommen, behandelt er dessen Antrag als Folgeantrag (Art. 20 Abs. 4). Wurde der Asylantrag abgelehnt, darf nach der Übernahme kein Rechtsbehelf mehr zugelassen werden (Art. 20 Abs. 5).

b) *Asylsuchende*

Wartet der Asylsuchende den Ausgang des Asylverfahrens nicht ab, sondern reist in einen anderen Mitgliedstaat weiter, hat er in diesem keinen Anspruch auf materielle Leistungen für Asylsuchende mit Ausnahme der medizinischen Notversorgung (Art. 5 Abs. 3). Der zuständige Mitgliedstaat hat ungeachtet der Weiterwanderung das Asylverfahren stets *abzuschließen*. Er führt entweder ein beschleunigtes Verfahren nach Art. 31 Abs. 8 RL 2011/32/EU (Art. 40 Vorschlag einer Verfahrensverordnung) durch oder schließt inhaltlich seine Prüfung ab (Art. 20 Abs. 3). Hat der Asylsuchende seinen Asylantrag im ersuchten Mitgliedstaat zurückgenommen, behandelt er dessen Antrag oder weitere Angaben als Folgeantrag (Art. 20 Abs. 4). Wurde der Asylantrag abgelehnt, darf nach der Übernahme kein Rechtsbehelf mehr zugelassen werden (Art. 20 Abs. 5). Ledig wird der zuständige Mitgliedstaat

²¹ EuGH, InfAuslR 2016, 312 (314) Rn 57 = NVwZ 2016, 1157 – *Ghezelbash*.

dieser Verpflichtungen nur, wenn ein anderer Mitgliedstaat dem Asylsuchenden einen Aufenthaltstitel erteilt. In diesem Fall tritt dieser in die bezeichneten Verpflichtungen des bis dahin zuständigen Mitgliedstaates ein (Art. 20 Abs. 6).

Zentrale Bedeutung für die irreguläre Binnenwanderung hat Art. 20 des Vorschlags, der die Pflichten des zuständigen Mitgliedstaates regelt. Abs. 1 regelt die Aufnahmepflicht, Abs. 2 bis 7 zusätzliche Pflichten nach der irregulären Weiterwanderung des Asylsuchenden. Unklar ist, ob die in Abs. 2 bis 7 geregelten Pflichten erst nach der Rückführung oder bereits nach der irregulären Weiterwanderung des Asylsuchenden zu erfüllen sind. Würden sie erst nach der Rückführung relevant werden, müsste erst jetzt die inhaltliche Prüfung des Asylantrags abgeschlossen werden. Gegen diese Interpretation spricht aber, dass der zuständige Mitgliedstaat das Verfahren einzustellen hat, wenn der Antragsteller nicht zur Anhörung erscheint oder den ihm zugewiesenen Wohnort verlassen hat, ohne die Behörden zu informieren (Art. 39 Abs. 1 Buchst. d) und e) Vorschlag zur Verfahrensverordnung). Auch nach geltendem Recht haben die Mitgliedstaaten das Verfahren einzustellen, wenn der Antragsteller seinen Antrag stillschweigend zurückgenommen hat oder das Verfahren nicht weiter betreibt (Art. 28 Abs. 1 RL 2013/32/EU). Die irreguläre Weiterreise vor der inhaltlichen Entscheidung über den Asylantrag wird als stillschweigende Rücknahme des Asylantrags interpretiert. Jedenfalls kann der weitergereiste Antragsteller nicht zur Anhörung erscheinen und hat den ihm zugewiesenen Wohnort verlassen. Ein Folgeantrag nach der Rückführung kann der Asylsuchende zwar stellen. Dies setzt jedoch eine ablehnende inhaltliche Entscheidung über seinen Asylantrag voraus (Art. 42 Abs. 1 Vorschlag zur Verfahrensverordnung). Eine Einstellung ist jedoch keine inhaltliche Ablehnung eines Antrags. Zwar regelt der Vorschlag zum Dublinverfahren in Art. 20 Abs. 4, dass ein Antragsteller, der vor seiner Weiterreise seinen Asylantrag während der Antragsprüfung zurückgezogen hat, einen Folgeantrag stellen kann. Für die anderen Varianten der Weiterreise wird diese Möglichkeit aber nicht eröffnet. Art. 20 Abs. 4 steht nicht in Übereinstimmung mit Art. 42 Abs. 1 des Vorschlags zur Verfahrensverordnung. Denn bei einer ausdrücklichen Rücknahme des Asylantrags wird das Verfahren ohne eine inhaltliche Entscheidung eingestellt (Art. 38 Abs. 2) und damit die Möglichkeit eines Folgeantrags gesperrt.

Dieser unübersichtliche, aber doch eindeutige Regeln zur Behandlung zurückgeführter Asylsuchender festlegende Regelungsmechanismus ist als solcher ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK und Art. 31 Abs. 1 GFK: Bis auf die Fälle, in denen Asylsuchende nach der inhaltlichen Ablehnung ihres Asylantrags weiterreisen (Art. 20 Abs. 1 Buchst. d), Abs. 5) wurde in allen Fällen der irregulären Weiterreise keine inhaltliche Entscheidung über den Asylantrag getroffen, sondern das Verfahren ohne inhaltliche Prüfung eingestellt. Da in diesen Fällen der Zugang zum Folgeantrag gesperrt ist und der zuständige Mitgliedstaat nach der Rückführung des Asylsuchenden diesen mangels Aufenthaltsrechts in sein Herkunftsland abschieben wird, verletzt dieser Art. 3 EMRK und Art. 33 Abs. 1 GFK. Im Blick auf Art. 3 EMRK hat der EGMR darauf hingewiesen, dass ein Vertragsstaat, der ohne jegliche Prüfung der tatsächlichen Gründe einen Asylsuchenden in sein Herkunftsland abschiebt, weil er etwa eine Ausschlussfrist für die Asylantragstellung festgelegt hat, Art. 3 EMRK verletzt.²³Die Verfahrenseinstellung nach der Weiterreise wirkt wegen des Ausschlusses der Prüfung der Asylgründe wie eine Ausschlussfrist. Die Stellung eines Folgeantrags führt nicht dazu, dass die ursprünglichen Asylgründe geprüft werden, weil nur neue Tatsachen oder Beweismittel (Art. 42

²² EuGH, InfAuslR 2016, 312 (314) Rn 51 ff. = NVwZ 2016, 1157 – *Ghezelbash*; so bereits *Marx*, NVwZ 2014, 198 (199 f.); EuGH, InfAuslR 2016, 310 (311) Rn 22 = NVwZ 2016, 1155 – *Karim*.

Abs. 2 Vorschlag zur Verfahrensverordnung) geprüft werden. Diese werden die Asylsuchenden in aller Regel nicht geltend machen können.

Aber auch der die Rückführung durchführende Mitgliedstaat verletzt Art. 3 EMRK und Art. 33 Abs. 1 GFK. Der EGMR hat festgestellt, dass die indirekte Rückführung über einen Durchreisestaat, der ebenfalls ein Vertragsstaat ist, nicht die Verantwortung des die Abschiebung durchführenden Vertragsstaates im Hinblick auf Art. 3 EMRK aufhebt. Daher ist es unvereinbar mit Ziel und Zweck der EMRK, wenn die Vertragsstaaten sich in einem bestimmten zwischenstaatlichen Verbund, in dem die Zuständigkeit der Staaten für die Prüfung von Asylanträgen geregelt werden, von den Verpflichtungen aus der EMRK befreien könnten.²⁴ Der Mitgliedstaat kann sich daher nicht seiner Verantwortung nach Art. 3 EMRK und nach Art. 33 Abs. 1 GFK mit dem Hinweis auf den zuständigen Mitgliedstaat entziehen, wenn ihm bekannt ist, dass dieser weder vor der irregulären Weiterreise den Asylantrag inhaltlich geprüft hat noch eine solche Prüfung nach der Rückführung durchführen wird. Vielmehr muss er sich vor der Rückführung vergewissern, dass das Asylverfahren des zuständigen Mitgliedstaates ausreichend Garantien bietet, damit der Asylsuchende nicht direkt oder indirekt in sein Herkunftsland abgeschoben wird, ohne dass die Gefahr, die dadurch für ihn entsteht, unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 EMRK geprüft worden ist.²⁵ Der bezeichnete Regelungsmechanismus führt aber dazu, dass der Asylsuchende, der vor seiner Anhörung im Asylverfahren weitergereist ist, im zuständigen Mitgliedstaat nicht zu seinen Asylgründen angehört werden wird. Nach der Weiterreise ist das Asylverfahren eingestellt worden. Mangels inhaltlicher negativer Entscheidung wird kein Folgeantrag zugelassen. Aber selbst, wenn dieser behandelt würde, würden die ursprünglichen Asylgründe nicht geprüft. Die Abschiebung in den Herkunftsstaat ohne vorherige Prüfung der Asylgründe nach der Rückführung ist daher überwiegend wahrscheinlich. Daraus folgt, dass bei einem derartigen Regelungsmechanismus der die Rückführung veranlassende Mitgliedstaat Art. 3 EMRK und Art. 33 Abs. 1 GFK verletzt.

c) *Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte*

Neu geregelt werden soll, dass der zuständige Mitgliedstaat auch weitergereiste international anerkannte Schutzberechtigte, also Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte, wieder aufnehmen muss (Art. 20 Abs. 1 Buchst. e)). Nach Art. 29 Abs. 2 des Vorschlags zur Qualifikationsverordnung werden sie in den zuständigen Mitgliedstaat abgeschoben, wenn sie im Aufenthaltsstaat keinen rechtmäßigen Aufenthalt begründet haben.²⁶ Unrechtmäßig wird der Aufenthalt in anderen Mitgliedstaaten nach Ablauf der 90-Tage-Frist des Art. 21 Abs. 1 SDÜ. Zugleich kündigt die Kommission in der Begründung ihres Vorschlags zur Qualifikationsverordnung an, dass die Daueraufenthaltsrichtlinie dahin geändert werden solle,

²³ EGMR, *InfAusIR* 2011, 57 (??) = *NVwZ-Beil.* 2001, 97 – *Jabari*.

²⁴ EGMR, *EZAR* 933 Nr. 8 = *InfAusIR* 2000, 321 (323) = *NVwZ* 2001, 301 (302) - *T.I.*; EGMR, *NVwZ* 2009, 965 (966) - *K.R.S.*; s. hierzu auch *Costello*, *The European asylum procedures directive in legal context*, UN HCR, *Research Paper No. 134*, November 2006, S. 5.

²⁵ EGMR, *NVwZ* 2011, 413 (417 f.) Rn 342 ff. - *M.S.S.*

²⁶ *European Commission*, Proposal for a Regulation on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC, 13 July 2016 – COM (2016)466 final, S. 47.

dass die für die Erlangung der Daueraufenthaltsberechtigung und damit für die Gewährleistung der Mobilität innerhalb der Union maßgebliche Dauer von fünf Jahren des Besitzes der Aufenthaltserlaubnis bei international Schutzberechtigten, die sich unrechtmäßig in anderen Mitgliedstaaten aufhalten, von neuem zu laufen beginne. Ein weiterer Asylantrag in einem anderen Mitgliedstaat wird als unzulässiger Asylantrag behandelt (Art. 36 Abs. 2 Vorschlag zur Verfahrensverordnung).

Weigert sich der Betroffene, in den zuständigen Mitgliedstaat zurückzukehren, kann er zwangsweise in diesen überstellt werden. Anders als bei irregulär weitergereisten Asylsuchenden stehen einer Überstellung keine völkerrechtlichen Gründe entgegen, da der Betroffene wegen des ihm gewährten Schutzstatus nicht in den Herkunftsstaat abgeschoben wird. Die Wiederaufnahmepflicht anerkannter international Schutzberechtigter wirft aber Konflikte mit den bestehenden Rückübernahmeabkommen auf, die für die Wiederaufnahmepflicht bestimmte Fristen regeln, während die Wiederaufnahmepflicht nach Art. 20 Abs. 1 Buchst. e) des Vorschlags unbegrenzt ist.

d) Rechtsstellung im Aufenthaltsstaat

Irregulär weitergereiste Asylsuchende, Flüchtlinge sowie subsidiär Schutzberechtigte befinden sich im unzuständigen Mitgliedstaat im rechtlosen Raum. Eine Abschiebung in den Herkunftsstaat ist diesem Mitgliedstaat allerdings untersagt, solange er den Asylantrag nicht inhaltlich geprüft hat, was er ja gerade nicht will, weil er sich hierfür nicht für zuständig erachtet. Eine Anwendung der Drittstaatsregelung dürfte unzulässig sein, weil dieser Mitgliedstaat dieses Recht nur vor der Einleitung des Verfahrens zur Bestimmung der Zuständigkeit und nicht nachher hat (Art. 3 Abs. 3 Buchst. a)). Daraus folgt, dass Asylsuchende und international Schutzberechtigte im Aufenthaltsstaat zwar im rechtlosen Raum leben, solange sie sich nicht in den zuständigen Mitgliedstaat begeben. Die Gefahr einer Abschiebung in den Herkunftsstaat oder in Drittstaaten besteht jedoch in dieser Situation nicht. In vielen Fällen verlassen die Asylsuchenden den zuständigen Einreisestaat, weil sie dort weder menschenwürdig noch im Verfahren rechtsstaatlich behandelt werden. Auch wenn die hoch gesetzte Schwelle „systemischer Schwächen“ nicht erreicht wird, ist in den letzten Jahren festzustellen, dass viele Asylsuchende nicht im Einreisestaat bleiben, weil sie dort unzumutbare Lebensbedingungen vorfinden.

Bleibt der Antragsteller nicht im zuständigen Mitgliedstaat, hat er in anderen Mitgliedstaaten keinen Anspruch auf Sozialleistungen nach Art. 14 bis 19 der Aufnahmerichtlinie 2013/33/32. Dementsprechend bestimmt der nachträglich vorgelegte Vorschlag zur Änderung der Aufnahmerichtlinie in Art. 17a Abs. 1, dass ein Antragsteller in keinem außer dem zuständigen Mitgliedstaat leistungsberechtigt ist. An versteckter Stelle, nämlich in Art. 16 Abs. 1 des Vorschlags zur Änderung der Aufnahmerichtlinie in Verbindung mit Art. 25 des Vorschlags zur Verfahrensverordnung wird jedoch geregelt, dass Antragsteller Anspruch auf soziale Leistungen während des

Zuständigkeitsbestimmungsverfahren und Minderjährige während dieser Phase Anspruch auf Zugang zu Bildungsmaßnahmen haben (Art. 17a Abs. 3 des Vorschlags zur Änderung der Aufnahmerichtlinie).²⁷ Der Gerichtshof der Europäischen Union hat hierzu entschieden, dass alle Asylsuchenden, die auf die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates warten, leistungsberechtigt nach der Aufnahmerichtlinie sind und dieser Anspruch erst *endet*, wenn der Asylsuchende *tatsächlich* an den zuständigen Mitgliedstaat übergeben wird.²⁸ Daraus folgt, dass bei einer gescheiterten Zustellung die Erfüllung der Leistungsansprüche nicht verweigert werden darf. Kehrt der Asylsuchende nach der Überstellung zurück, bleibt allerdings offen, ob Leistungen nach der Aufnahmerichtlinie versagt werden dürfen.

Der Kommissionsvorschlag beschränkt sich darauf, die Wiederaufnahmepflichten des zuständigen Mitgliedstaates festzulegen (Art. 20) und anzuordnen und Ansprüche auf materielle Leistungen im unzuständigen Mitgliedstaat zu versagen (Art. 5 Abs. 3 Vorschlag zum Dublin-Verfahren, Art. 17a Abs. 1 Vorschlag zur Aufnahmerichtlinie). Für den Fall, dass der Asylsuchende oder Flüchtling nicht zurückkehren will, weil ihm etwa im zuständigen Mitgliedstaat die für ein Leben in menschlicher Würde unerlässlichen Leistungen verweigert werden, wie dies derzeit etwa in den Mitgliedstaaten Italien, Bulgarien, Rumänien und Ungarn der Fall ist, oder in denen die Rückführung scheitert, enthalten die Vorschläge der Kommission keine Regelungen. Die Behandlung der Betroffenen richtet sich insoweit nach dem jeweiligen Recht der Mitgliedstaaten

Nach deutschem Recht ist ihnen eine Duldung zu erteilen, wenn die Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist (§ 60a Abs. 2 AufenthG). Es ist unerheblich, dass die Unmöglichkeit der Abschiebung auf einem Verschulden des Betroffenen beruht. Denn die Duldung ist *Teil des Vollstreckungsverfahrens*. Ihre Bedeutung liegt darin, dass bei rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit der Abschiebung ein *Rechtsanspruch auf Erteilung der Duldung* besteht (§ 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG).²⁹ Im deutschen Aufenthaltsrecht ist grundsätzlich kein Raum für einen unregelmäßigen Aufenthalt. Vielmehr hat der Ausländer, dessen Ausreise wegen tatsächlicher Unmöglichkeit nicht zwangsweise durchsetzbar ist, einen Anspruch auf die der Schriftform bedürftige Duldung (§ 60a Abs. 4 AufenthG).³⁰ Dieser Anspruch besteht auch bei der Möglichkeit einer freiwilligen Ausreise. Andererseits sind die Behörden erst nach einem fehlgeschlagenen Abschiebungsversuch verpflichtet, von der tatsächlichen Unmöglichkeit

²⁷ European Commission, Proposal for a Directive laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast) – COM (2016)465 final, S. 45.

²⁸ EuGH, EZAR NF 87 Nr. 15 - *Cimade*.

²⁹ BVerwGE 105, 232 (236 ff.) = NVwZ 1998, 297 = EZAR 045 Nr. 7 = InfAuslR 1998, 12; BVerwGE 108, 21 (28) = EZAR 015 Nr. 8 = DVBl. 1999, 546.

³⁰ BVerwGE 105, 232 (236) = NVwZ 1998, 297 = EZAR 045 Nr. 7 = InfAuslR 1998, 12.

der Abschiebung ausgehen.³¹ Zwar ist der geduldete Aufenthalt als solcher grundsätzlich *nicht strafbar* (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG). Wird die Duldungsbescheinigung (§ 60a Abs. 4 AufenthG) aber nicht als Ausweisersatz ausgestellt, erfüllt der Duldungsinhaber den Straftatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 in Verb. mit § 48 Abs. 2 AufenthG).

31 BVerwGE 105, 232 (236,238) = NVwZ 1998, 297 = EZAR 045 Nr. 7 = InfAuslR 1998, 12.